



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**De rol van de curator bij de aanpak van
onregelmatigheden: een empirisch-juridisch
onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij
de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens
faillissement**

Pool, J.M.W.

Citation

Pool, J. M. W. (2022, September 27). *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden: een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement. Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464369>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464369>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden

Een empirisch-juridisch onderzoek
naar de rol van de curator in de praktijk
bij de aanpak van onregelmatigheden
voor en tijdens faillissement

J.M.W. POOL

De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden

De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden

Een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op dinsdag 27 september 2022
klokke 16.15 uur

door

Jessica Martha Wilhelmina Pool

geboren te Rotterdam

in 1994

Promotor: prof. mr. R.D. Vriesendorp
Co-promotor: dr. H. Pluut

Promotiecommissie: prof. mr. dr. W.H. van Boom (Radboud Universiteit Nijmegen)
prof. mr. G. van Dijck (Universiteit Maastricht)
mr. dr. R.M. Hermans (Radboud Universiteit Nijmegen)
prof. mr. M.L. Lennarts (Rijksuniversiteit Groningen)
prof. mr. dr. M.A.H. van der Woude

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 978-94-6421-827-5

© 2022 J.M.W. Pool

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressie-regeling van Stichting Reprecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprecht.nl). Voor het vervoelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	xi
1 INLEIDING	1
1.1 Introductie	1
1.2 Probleemanalyse, doelstelling en onderzoeksvragen	2
1.3 Methodologie	4
1.4 Afbakening	5
1.5 Relevantie en innovatief karakter van het onderzoek	6
1.6 Plan van behandeling	7
DEEL I – Theoretisch kader	9
2 DE BELEIDSTHEORIE: DE AMBITIE VAN DE WETGEVER IN HISTORISCH PERSPECTIEF	11
2.1 Introductie	11
2.2 Een beknopt wetshistorisch overzicht	11
2.2.1 Antimisbruikwetgeving (1980-1995)	12
2.2.2 De intensivering van de aanpak van faillissementsfraude (1995-2003)	14
2.2.3 Groeiende aandacht voor onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen (2004-2006)	15
2.2.4 Het voorontwerp Insolventiewet (2006-2011)	17
2.2.5 De opmaat naar een wettelijke regeling (2011-2012)	18
2.2.6 De herijking van het faillissementsrecht: de pijler fraudebestrijding	18
2.2.7 Het begrip onregelmatigheden	20
2.2.8 Blik op de toekomst	22
2.3 De beleidstheorie	23
3 DE BELEIDSTHEORIE: DE CURATOR EN DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN	25
3.1 Introductie	25
3.2 De taak van de curator	26
3.2.1 De 'primaire' taak van de curator	26
3.2.2 Reconstructie van de boedel	26

3.2.3	Maatschappelijke belangen	27
3.2.4	De aanpak van onregelmatigheden	27
3.3	De samenwerking van de curator met de overige ketenpartners	30
3.3.1	De schakelfunctie van de curator	30
3.3.2	De rol van de Belastingdienst en de FIOD bij de aanpak van onregelmatigheden	30
3.3.3	De rol van de politie en justitie bij de aanpak van onregelmatigheden	33
3.4	Een schematisch overzicht van de taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden	36
3.5	Belangenpluralisme bij de aanpak van onregelmatigheden	38
3.5.1	Tegenstrijdige belangen: het boedelbelang en het financiële belang van de curator versus het belang van de aanpak van onregelmatigheden	38
3.5.2	Tegenstrijdige belangen bij de samenwerking met de ketenpartners	42
3.6	Conclusie	43
DEEL II – De curator en de aanpak van onregelmatigheden in de praktijk		45
4	EEN <i>GROUND</i> ED <i>THEORY</i> -STUDIE NAAR HET BESLUITVORMINGSPROCES VAN DE CURATOR BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN	47
4.1	Introductie	47
4.2	Onderzoeksopzet	49
4.2.1	<i>Grounded Theory</i>	48
4.2.2	Steekproef	49
4.2.3	Interviews	51
4.2.4	Analyse	52
4.3	Resultaten	54
4.4	Het werkproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden	55
4.4.1	Introductie	55
4.4.2	Het eerste contact met het bestuur	55
4.4.3	De signaleringsfase	57
4.4.4	De beoordelingsfase	64
4.4.5	De redresseringsfase	66
4.4.6	Afsluitend	71
4.5	Het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden	71
4.5.1	Algemeen	71
4.5.2	Factoren die samenhangen met het betreffende faillissement	72
4.5.3	Factoren die samenhangen met de curator	75
4.5.4	Factoren die samenhangen met de rechtbank	79
4.6	De besluitvormingstheorie	81
4.7	Discussie	85
4.8	Methodologische reflectie	86
4.9	Conclusie	88

5	ONREGELMATIGHEDEN AANPAKKEN BIJ EEN GEBREK AAN VERHAALSMOGELIJKHEDEN: EEN KWANTITATIEVE ANALYSE VAN FAILLISSEMENTSVERSLAGEN	91
5.1	Introductie	91
5.2	Hypothesen	92
5.3	Onderzoeksopzet	94
5.3.1	Steekproef	94
5.3.2	Variabelen	95
5.3.3	Beschrijvende statistieken	96
5.3.4	Toetsing van hypothesen	98
5.4	Resultaten	101
5.4.1	Bivariate analyse	101
5.4.2	Binaire logistische regressie	102
5.4.3	Multinomiale logistische regressie	107
5.5	Discussie	108
5.6	Methodologische reflectie	109
5.7	Conclusie	110
6	DE BEREIDHEID OM ONREGELMATIGHEDEN AAN TE PAKKEN. EEN SURVEY ONDER NEDERLANDSE CURATOREN	111
6.1	Introductie	111
6.2	Hypothesen	112
6.3	Onderzoeksopzet	116
6.3.1	Steekproef	116
6.3.2	Items en variabelen	118
6.3.3	Toetsing van hypothesen	121
6.4	Resultaten: de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden	122
6.4.1	Introductie	122
6.4.2	De signaleringsfase	122
6.4.3	De beoordelingsfase	126
6.4.4	De redresseringsfase	127
6.4.5	Afsluitend	131
6.5	Resultaten: de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken	131
6.5.1	Algemeen	131
6.5.2	Descriptieve statistieken	131
6.5.3	Het financiële belang van de curator	133
6.5.4	De taakopvatting van de curator: belangenbehartiging	136
6.5.5	Het instrumentarium van de curator	139
6.5.6	Eerdere ervaringen met het doen van fraudemeldingen	140
6.5.7	De visie van de rechtbank en de rechters-commissarissen	141
6.5.8	De relatie met de rechtbank	142
6.5.9	Toetsing van de besluitvormingstheorie	144
6.5.10	Aanvullende opmerkingen	150
6.5.11	Conclusie	150
6.6	Discussie	151

6.7	Methodologische reflectie	153
6.8	Conclusie	153
DEEL III – Van feit naar norm		155
7	SYNTHESE. BELEMMERINGEN EN STIMULANSEN BIJ DE AANPAK VAN ONREGLMATIGHEDEN	157
7.1	Introductie	157
7.2	Samenvatting van de belangrijkste empirische resultaten	157
7.2.1	Kwalitatieve interviewstudie	157
7.2.2	Documentenanalyse van faillissementsverslagen	159
7.2.3	Surveystudie	161
7.3	Belemmeringen en stimulanzen bij de aanpak van onregelmatigheden	163
7.3.1	Introductie	163
7.3.2	Eerste dimensie: de financiële toestand in het specifieke faillissement	163
7.3.3	Tweede dimensie: de persoon van de individuele curator	165
7.3.4	Derde dimensie: de toezichthoudende rechtbank en haar insolventierechters	167
7.3.5	Conclusie	168
7.4	Discussie: de praktijk versus de beleidstheorie	170
7.4.1	Introductie	170
7.4.2	Toetsing van de aannames uit de beleidstheorie	170
7.4.3	Conclusie	173
7.5	Methodologische reflectie	174
7.5.1	<i>Mixed methods</i> -aanpak	174
7.5.2	Wisselwerking met de praktijk	175
7.5.3	<i>Law in action</i> versus <i>law in the books</i>	175
7.5.4	Beperkingen	176
7.5.5	Suggesties voor vervolgonderzoek	177
7.6	Afsluiting	180
8	BELANGENPLURALISME IN FAILLISEMENTEN	183
8.1	Inleiding	183
8.2	De <i>fact-value gap</i>	184
8.3	Aanbeveling 1: Het faciliteren van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden	185
8.3.1	Introductie	185
8.3.2	De opvolging van fraudemeldingen	186
8.3.3	Het instrumentarium van de curator	187
8.3.4	De visie van de rechtbank op de aanpak van onregelmatigheden	188

8.3.5 Een adequate beloning voor de werkzaamheden van de curator	194
8.3.6 Conclusie	195
8.4 Aanbeveling 2: Het stimuleren van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden	196
8.4.1 Introductie	196
8.4.2 Richtlijnen voor de aanpak van onregelmatigheden	196
8.4.3 Conclusie	200
8.5 Slotbeschouwing: Het primaat van de schuldeisers lijkt onhoudbaar	201
 SAMENVATTING	 203
SUMMARY	207
LITERATUUR	214
APPENDICES	221
1. <i>Empirische begrippen</i>	223
2. <i>Onderwerpenlijst interview</i>	229
3. <i>Survey</i>	231
4. <i>Gespreksverslag interview FIOD</i>	243
TREFWOORDENREGISTER	251
CURRICULUM VITAE	253

Lijst van afkortingen

AA	<i>Ars Aequi Maandblad</i>
aant.	Aantekening
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CIR	Centraal Insolventieregister
CMF	Centraal Meldpunt Faillissementsfraude
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
FIP	<i>Financiering, Zekerheden & Insolventierechtpraktijk</i>
FIOD	Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst
Fw	Faillissementswet
GSR	Garantstellingsregeling Curatoren
HR	Hoge Raad
IBB	Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders
INSOLAD	Vereniging voor Insolventierecht Advocaten
IW	Invorderingswet
JIRA	Vereniging voor Jonge InsolventieRecht Advocaten
KPI	Key Performance Indicators
m.nt.	met annotatie
MvO	<i>Maandblad voor Ondernemingsrecht</i>
MvV	<i>Maandblad voor Vermogensrecht</i>
NJ	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NJB	<i>Nederlands Juristenblad</i>
NV	Naamloze Vennootschap
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
par.	paragraaf
Rb.	Rechtbank
RdW	<i>Recht der Werkelijkheid</i>
Recofa	Landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling
Red.	redactie
RMThemis	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
r.o.	rechtsoverweging
Sr	Wetboek van Strafrecht
TBS&H	<i>Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving</i>
TvI	<i>Tijdschrift voor Insolventierecht</i>

<i>TvOB</i>	<i>Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur</i>
<i>TvCu</i>	<i>Tijdschrift voor Curatoren</i>
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WFR	<i>Weekblad Fiscaal Recht</i>

1 | Inleiding

1.1 INTRODUCTIE

Jaarlijks worden in Nederland ruim drieduizend bedrijven in staat van faillissement verklaard.¹ Het faillissement heeft als doel het vermogen van deze bedrijven te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. Het bedrag dat de gezamenlijke schuldeisers totaal te vorderen hebben, overstijgt echter veelal de waarde van het vermogen van het bedrijf. Per faillissement blijft er gemiddeld 582 duizend euro aan onbetaalde schuld achter, waarvan 109 duizend euro aan belasting- en sociale premieschulden. De totale onvoldaan gebleven schuld van de in 2015 beëindigde faillissementen bedroeg 4,4 miljard euro.² De gemiddelde *recovery rate* – het percentage van de schulden van de gezamenlijke schuldeisers dat uiteindelijk wordt voldaan – bedraagt per faillissement slechts 4,8 procent. De gemiddelde *recovery rate* laat al jaren een dalende trend zien.³

Een eenduidige oorzaak van een faillissement is vaak niet aan te wijzen. Meestal is de oorzaak extern van aard, denk bijvoorbeeld aan een toename van de concurrentie of aan conjunctuurschommelingen waarbij niet met de markt is meebewogen.⁴ Een kwart van alle faillissementen wordt echter niet veroorzaakt door externe factoren, maar door mismanagement van het bestuur.⁵ Uit meerdere onderzoeken blijkt bovendien dat gemiddeld in ruim een kwart van de faillissementen een of meerdere onregelmatigheden voorkomen waardoor schuldeisers – al dan niet opzettelijk – zijn benadeeld.⁶ Dat wil zeggen dat er (sterke) aanwijzingen bestaan dat sprake is van bijvoorbeeld paulianeus handelen, (kennelijk) onbehoorlijk bestuur of fraude. De maatschappelijke schade die door deze onregelmatigheden wordt veroorzaakt, wordt geschat op meer dan een miljard euro per jaar.⁷ Dat is bijna een kwart van de totaal onbetaald gebleven schuld.

1 'Faillissementen', cbs.nl/nl-nl/reeksen/faillissementen.

2 Elswijk e.a. 2015, p. 33-39. Recentere gegevens zijn niet beschikbaar.

3 Boer & Lalta 2011, p. 11.

4 Elswijk e.a. 2015, p. 29-30.

5 Elswijk e.a. 2015, p. 29-30.

6 'Faillissementsfraude', om.nl/onderwerpen/fraude/faillissementsfraude. Zie ook Elswijk e.a. 2015. Zie voor eenzelfde conclusie voor 2010: Boer & Lalta 2011.

7 Elswijk e.a. 2015, p. 51-59. Zie Hilverda 2012, p. 6 en de aldaar genoemde wetgevingsdocumenten.

De aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen staat om die reden al decennia op de agenda van de wetgever.⁸ Eind 2012 is het wetgevingsprogramma ‘Herijking faillissementsrecht’ aangekondigd, met fraudebestrijding als belangrijkste pijler.⁹ Het doel van het wetgevingsprogramma was mede om te komen tot een helder wettelijk kader met betrekking tot de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen (zie verder hoofdstuk 2).

Bij de aanpak van onregelmatigheden wordt in Nederland sterk op de curator geleund. Zo neemt de curator al sinds 1986 – met de invoering van de wettelijke bewijsvermoedens van artikel 2:138/248 lid 2 BW in de derde antimisbruikwet – een centrale plek in bij de bestrijding van misbruik van faillissementen.¹⁰ In 2017 – bij de invoering van de Wet versterking positie curator – is de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden verder verstevigd.¹¹ Deze wet heeft als doel curatoren te stimuleren om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen aan te pakken om zo een preventief effect te creëren waardoor onregelmatigheden uiteindelijk zouden moeten worden voorkomen (zie verder hoofdstuk 3).¹² De wetgever heeft de taak van de curator om te onderzoeken of sprake is van eventuele onregelmatigheden wettelijk vastgelegd om de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd te vergroten. Het is de bedoeling dat de curator in ieder faillissement enig onderzoek doet naar eventuele onregelmatigheden. Indien de curator tijdens dit onderzoek onregelmatigheden constateert, stelt hij de rechter-commissaris hiervan vertrouwelijk op de hoogte en wordt – indien nodig – bij de bevoegde instanties melding of aangifte gedaan van faillissementsfraude. Hoewel geen meldings- of aangifteverplichting is geïntroduceerd, wordt van de curator wel verwacht dat hij melding doet van serieuze signalen van onregelmatigheden.¹³ De curator kan tevens het civielrechtelijk bestuursverbod gebruiken als middel om op te treden tegen geconstateerde onregelmatigheden.¹⁴ Daarnaast kan de curator civielrechtelijk optreden als de schuldeisers door het onregelmatige handelen zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden.

1.2 PROBLEEMANALYSE, DOELSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

Met de Wet versterking positie curator beoogt de wetgever onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen. De curator is in het huidige

⁸ Zie voor een overzicht van de relevante wetgevingsstukken Renssen 2017, par. 1.2.

⁹ *Kamerstukken II* 2012/12, 29911, nr. 74.

¹⁰ Zie Harmsen 2015, nr. 3.2.1 en de aldaar besproken parlementaire geschiedenis.

¹¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253. Zie voor de ondergelegen problematiek omtrent faillissementsfraude ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 1-3.

¹² Artikel 68 Fw en *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 13.

¹³ *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 3.

¹⁴ Artikel 106a Fw.

systeem de eerst aangewezen persoon om onregelmatigheden te signaleren en te redresseren. De wetgever meent dat de curator voldoende wordt gestimuleerd om onregelmatigheden aan te pakken, omdat hij in een faillissement vergaande bevoegdheden heeft. Hierdoor zou hij op een relatief eenvoudige wijze onregelmatigheden kunnen opsporen en daar bovendien profijt van hebben, omdat het optreden tegen onregelmatigheden kan leiden tot vergroting van de boedel.¹⁵

Vanuit de faillissementspraktijk klinkt al jaren kritiek op de wetgever die de curator de taak heeft opgelegd om onregelmatigheden aan te pakken.¹⁶ De kritiek is vooral gericht op de aanname van de wetgever dat de taak om onregelmatigheden aan te pakken in het verlengde ligt van de taak om in het belang van de gezamenlijke schuldeisers de boedel te vereffenen. Een onderzoek naar de aanpak van onregelmatigheden is immers niet per definitie in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. In sommige situaties kost het meer om onregelmatigheden te onderzoeken en te redresseren dan het oplevert, bijvoorbeeld omdat er onvoldoende verhaalsmogelijkheden zijn. De kosten die gemoeid zijn met de aanpak van onregelmatigheden komen dan in mindering op het boedelactief dat beschikbaar is voor de gezamenlijke schuldeisers. De aanpak van onregelmatigheden is in die situaties niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Bovendien wordt gesteld dat de faillissementen waarin onregelmatigheden een rol spelen, tevens de faillissementen zijn waarin onvoldoende boedel beschikbaar is om het salaris van de curator dat is gemoeid met de aanpak van onregelmatigheden te voldoen.¹⁷ Als er in die situaties ook geen zicht is op (voldoende) verhaalsmogelijkheden, draagt (het kantoor van) de curator de kosten voor de aanpak van onregelmatigheden. De aanpak van onregelmatigheden is in die situaties niet in het belang van (het kantoor van) de curator (zie verder par. 3.5).

Critici nemen op basis van bovenstaande aan dat de curator niet in iedere situatie staat te springen om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen aan te pakken.¹⁸ Enigszins gedateerde cijfers over het aantal geconstateerde en geredresseerde onregelmatigheden in faillissementen zijn in lijn met deze aanname.¹⁹ Dit betekent dat het aannemelijk is dat de inspanningen van de wetgever om curatoren aan te moedigen om onregelmatigheden aan te pakken

15 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3, 13.

16 Zie bijvoorbeeld het leeuwendeel van de reacties op de consultatie van het Civielrechtelijk Bestuursverbod (via internetconsultatie.nl/civielbestuursverbod/reacties); Lennarts, *TvI* 2013; Keijzer, *Ondernemingsrecht* 2015; Van Nielen, *TBS&H* 2016.

17 Beke e.a. 2021, p. 91; Hilverda 2012, p. 11.

18 Zie bijvoorbeeld het leeuwendeel van de reacties op de consultatie van het Civielrechtelijk Bestuursverbod (via internetconsultatie.nl/civielbestuursverbod/reacties); Lennarts, *TvI* 2013; Keijzer, *Ondernemingsrecht* 2015; Van Nielen, *TBS&H* 2016.

19 Knegt e.a. 2005, par. 6.1.2; Luttkhuis & Timmermans 2007, par. 5.2. Zie ook Hilverda 2012; Beke e.a. 2021, p. 42, 75 en 90.

nog onvoldoende effect hebben. Onduidelijk is echter waarom het niet wil lukken om curatoren aan te sporen onregelmatigheden consequent aan te pakken.

De aanleiding voor dit onderzoek is het ontbreken van inzicht in de wijze waarop de curator onregelmatigheden in de praktijk aanpakt. Het gebrek aan kennis maakt het lastig de anekdotische kritiek vanuit de praktijk op waarde te schatten. Met dit onderzoek voorzie ik in die kennisleemte om vervolgens voorstellen te kunnen doen om de in dit onderzoek geconstateerde belemmeringen te kunnen verminderen of zelfs te kunnen wegnemen.

Gelet op het voorgaande luidt de hoofdvraag van het onderzoek als volgt:

Hoe kunnen de belemmerende factoren die curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in de praktijk worden ingeperkt om (beter) aan te sluiten bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen?

1. Wat zijn onregelmatigheden in de zin van artikel 68 Fw?
2. Welke ambitie heeft de wetgever (gehad) om onregelmatigheden voor en tijdens faillissement aan te pakken?
3. Welke rol speelt de curator volgens de wetgever bij de aanpak van onregelmatigheden?
4. Hoe verhoudt de rol van de curator zich volgens de wetgever tot de rol van de andere ketenpartners bij de aanpak van onregelmatigheden?
5. Hoe pakken curatoren onregelmatigheden in de praktijk aan?
6. Welke factoren beïnvloeden (negatief (belemmerend) dan wel positief (stimulerend)) de curator bij de aanpak van onregelmatigheden in de praktijk?
7. Welke aanbevelingen kunnen worden gedaan om aan te sluiten bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissement in te dammen?

Doel van het onderzoek is om op basis van belemmeringen die in de praktijk spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator, te komen tot een aanbeveling voor een (wettelijk) systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen.

1.3 METHODOLOGIE

Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag is zowel juridisch dogmatisch als empirisch onderzoek nodig. Het dogmatische deel van het onderzoek (deel I) ziet op het in kaart brengen en uiteenzetten van het geldende Neder-

landse recht omtrent de aanpak van onregelmatigheden aan de hand van wet- en regelgeving, jurisprudentie, parlementaire geschiedenis en literatuur.

Het empirische deel van het onderzoek (deel II) bestaat uit drie verschillende studies naar de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in de praktijk en heeft zowel een beschrijvende en inventariserende als een verklarende functie. Het empirische onderzoek is meer specifiek gericht op de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden.

Allereerst onderzoek ik binnen deel II op basis van een kwalitatieve analyse van interviews met curatoren hoe curatoren onregelmatigheden aanpakken en welke factoren meespelen in het besluitvormingsproces van de curator. Op basis van de *grounded theory*-methode presenteer ik vervolgens een besluitvormingstheorie (zie par. 4.2.1 voor meer uitleg over die methode). Vervolgens toets ik de besluitvormingstheorie in twee kwantitatieve studies om te bezien welke factoren samenhangen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De eerste kwantitatieve studie bestaat uit een documentenanalyse van faillissementsverslagen. De tweede kwantitatieve studie is een surveyonderzoek onder Nederlandse curatoren.

Kwalitatieve en kwantitatieve methoden worden gecombineerd om een zo getrouw mogelijk beeld te kunnen schetsen van de praktijk. Een meer gedetailleerde uitleg over de empirische methoden volgt in de desbetreffende hoofdstukken. Voor de (juridische) lezer die niet empirisch is geschoold, heb ik extra uitleg over de methodologie in verschillende methodeblokken toegevoegd. Deze methodeblokken geven op laagdrempelige wijze uitleg over de gebruikte definities en methoden. De lezer die wel empirisch geschoold is, kan deze methodeblokken overslaan.

In deel III wordt het empirische en dogmatische deel van het onderzoek bij elkaar gebracht en doe ik aanbevelingen om de geconstateerde belemmeringen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator te verminderen. De aanbevelingen die ik in deel III doe, zijn gebaseerd op mijn empirische bevindingen zoals beschreven in deel II. Dit betekent dat de aanbevelingen (slechts) zien op mogelijkheden om de in dit onderzoek geconstateerde belemmeringen weg te nemen.

1.4 AFBAKENING

De wijze waarop in Nederland onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen worden aangepakt, is complex. Niet alleen voor de curator, maar ook voor andere ketenpartners die zijn belast met de aanpak van onregelmatigheden (zoals het Openbaar Ministerie (OM), de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (de FIOD) en de politie) is een rol weggelegd. De curator fungeert in het complexe proces als eerste en belangrijkste signaleerder van onregelmatigheden. Zo is het onderzoek naar eventuele onregelmatigheden primair belegd bij de curator. De curator kan vervolgens melding doen bij het Centraal Meld-

punt Faillissementsfraude, zodat de FIOD, het OM of de politie de zaak op kan pakken. De ketenpartners zijn afhankelijk van de informatie die de curator aanlevert. Slechts in uitzonderingsgevallen starten de ketenpartners zelfstandig een onderzoek op. Het systeem van de aanpak van onregelmatigheden hangt dus in belangrijke mate af van de inzet van de curator. Om deze reden is dit onderzoek primair gericht op de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. De rol van de andere handhavingsinstanties belicht ik slechts summier (zie hoofdstuk 3).

Het onderzoek is beperkt tot het Nederlandse recht en de Nederlandse rechtspraktijk. Dat betekent dat geen rechtsvergelijkend onderzoek is verricht. Het onderzoek is afgerond op 1 februari 2022. Nadien verschenen jurisprudentie, parlementaire stukken en literatuur zijn niet (of nauwelijks) in het onderzoek betrokken.

1.5 Relevantie en innovatief karakter van het onderzoek

Het innoverende karakter van het onderzoek is gelegen in de gekozen invalshoek en methodologie. De kritiek van curatoren op hun taak om onregelmatigheden aan te pakken, laat zien dat er een discrepantie bestaat tussen de verwachting van de wetgever en de feitelijke inzet van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden. De aandacht voor deze discrepantie kent een cyclisch verloop²⁰, waarbij nog niet eerder een gedetailleerd onderzoek is verricht naar de (mogelijke) belemmeringen die in de praktijk spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator. Onderhavig onderzoek voorziet in die kennisleemte. De resultaten van het onderzoek geven inzicht in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken en welke factoren hen daarbij beïnvloeden. Deze resultaten zijn relevant voor curatoren en praktijkverenigingen- en organen zoals INSOLAD en Recofa, omdat ze belangrijke input kunnen leveren voor bijvoorbeeld het opstellen van (nadere) richtlijnen voor curatoren (en rechters-commissarissen). Ook zijn de resultaten relevant voor de ketenpartners, omdat inzichtelijk wordt waar curatoren in de samenwerking met ketenpartners tegenaan lopen.

Daarnaast geeft het onderzoek – hoewel de hoofdvraag daarop niet per se is gericht – inzicht in de veelbesproken (maatschappelijke) risico's die voortvloeien uit de wijze waarop de positie van de curator in Nederland is vormgegeven. Curatoren worden bij de aanpak van onregelmatigheden nogal eens weggezet als 'necrofielen' of 'graaiers', omdat zij ongefundeerd uren zouden kunnen schrijven en zo geld zouden verdienen over de rug van schuldeisers.²¹ Hoewel onderhavig onderzoek naar zijn aard geen uitsluitsel kan geven over de omvang van dergelijke praktijken, biedt het onderzoek wel enig

20 Zie ook Hilverda 2012, p. 7.

21 Zie De Boeck, *quote.nl* 2020; Polman, *fd.nl* 2020 en Mijnheer, *ftm.nl* 2015.

inzicht in de wijze waarop dergelijke risico's zich kunnen openbaren en mogelijke waarborgen om dergelijke risico's te beperken (zie met name par. 3.5.1, 4.5.2, 4.5.3, 6.5.3 en 7.3.3).

De resultaten van het onderzoek kunnen bijdragen aan een nadere invulling van de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Bovendien kunnen de resultaten bijdragen aan het creëren van een (wettelijk) systeem dat curatoren daadwerkelijk aanmoedigt onregelmatigheden aan te pakken. Daarmee kunnen de resultaten van het onderzoek in potentie bijdragen aan het voorkomen van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen.

Overigens is de *mixed method*-aanpak van dit onderzoek in het domein van het insolventierecht niet eerder toegepast. Ik heb mij ingespannen om de methodologische secties van dit onderzoek voor eenieder die niet is geschoold in empirisch onderzoek inzichtelijk te maken. In appendix 1 staat een overzicht van de uitleg over de empirische begrippen die in de desbetreffende hoofdstukken wordt gegeven. Door extra aandacht te besteden aan de methodologie probeer ik bij te dragen aan de kennis over empirisch onderzoek bij degenen bij wie deze kennis ontbreekt. Ik hoop dat dit proefschrift daarmee voor diegenen als naslagwerk kan dienen bij het doen van vergelijkbaar empirisch-juridisch onderzoek binnen het ondernemings- en faillissementsrecht, maar ook in andere domeinen.

1.6 PLAN VAN BEHANDELING

Dit proefschrift bestaat uit drie delen. Deel I omvat een overzicht van het juridische kader. In hoofdstuk 2 geef ik een beknopt wetshistorisch overzicht van de verschillende regelingen die beogen onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen aan te pakken. Aan de hand van dit overzicht geef ik antwoord op de vraag welke ambitie de wetgever heeft bij de aanpak van onregelmatigheden en wat het concept onregelmatigheden inhoudt (deelvraag 1 en 2). Ik concludeer hoofdstuk 2 met een samenvatting van de ambitie van de wetgever in de vorm van een beleidstheorie.

Vervolgens ga ik in hoofdstuk 3 nader in op de visie van de wetgever met betrekking tot de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden (deelvraag 3). Daarbij bespreek ik tevens de verhouding tussen de curator en de andere ketenpartners (deelvraag 4). Hoofdstuk 3 concludeert met een uiteenzetting van de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden zoals de wetgever die voor ogen heeft gehad.

Deel II behandelt de aanpak van onregelmatigheden door de curator in de praktijk. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 doe ik verslag van de drie empirische studies naar de wijze waarop de curator onregelmatigheden aanpakt en welke factoren hen daarbij beïnvloeden (deelvraag 5 en 6). In hoofdstuk 4 doe ik verslag van een interviewstudie onder curatoren. Op basis van de interviews presenteer ik mijn besluitvormingstheorie waarin ik een overzicht geef van

factoren die meespelen bij de aanpak van onregelmatigheden. In hoofdstuk 5 en 6 wordt de besluitvormingstheorie getoetst door een kwantitatieve analyse van faillissementsverslagen respectievelijk een surveystudie onder Nederlandse curatoren. Daarbij worden de factoren uit de besluitvormingstheorie aangescherpt.

Deel III is de synthese. In hoofdstuk 7 beschouw ik daartoe allereerst de resultaten van de empirische onderzoeken gezamenlijk. Vervolgens ga ik in op de discrepanties tussen de bedoeling van de wetgever (deel I) en de praktijk (deel II). Daarna bespreek ik in hoofdstuk 8 enkele normatieve implicaties van het onderzoek om zo te komen tot aanbevelingen voor een systeem van signaleren en redresseren van onregelmatigheden dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen (deelvraag 7). In hoofdstuk 8 concludeer ik afsluitend dat het Nederlandse insolventierecht curatoren onvoldoende ruimte biedt om rekening te houden met belangen die strijdig zijn met de belangen van de schuldeisers.

Deel I

Theoretisch kader

2 De beleidstheorie: de ambitie van de wetgever in historisch perspectief

2.1 INTRODUCTIE

In 2011 kondigde de wetgever het wetgevingsprogramma ‘herijking faillissementsrecht’ aan.¹ Dit wetgevingsprogramma was het resultaat van een jarenlange discussie over het gebrek aan een effectieve aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen. Het wetgevingsprogramma is het (voorlopige) sluitstuk van die discussie en moet zorgen voor een effectievere aanpak van onregelmatigheden. Om antwoord te geven op de onderzoeksvraag is het van belang inzicht te krijgen in de ambitie van de wetgever bij de aanpak van onregelmatigheden (deelvraag 1). In dit hoofdstuk geef ik daartoe allereerst een beknopt historisch overzicht van de verschillende stappen die door de wetgever zijn gezet om de onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen (verder) te bestrijden (par. 2.2). Een kernelement van de jarenlange discussie is het begrip ‘onregelmatigheden’. De wetgever heeft dit begrip met opzet niet willen definiëren om te voorkomen dat alleen strafrechtelijk handelen onder de term zou vallen.² Aan de hand van de wetshistorische ontwikkeling die in paragraaf 2.2 wordt beschreven, probeer ik tot een definitie van het begrip ‘onregelmatigheden’ te komen. Zodoende wordt in dit hoofdstuk ook antwoord gegeven op de vraag wat het begrip ‘onregelmatigheden’ inhoudt (deelvraag 2). Hoofdstuk 2 wordt afgesloten met een tussenconclusie waarin ik de beleidstheorie van de wetgever op het gebied van de aanpak van onregelmatigheden samenvat (par. 2.3).

2.2 EEN BEKNOPT WETSHISTORISCH OVERZICHT³

Eind jaren '70 is de aandacht van de wetgever voor misbruik en oneigenlijk gebruik van BV's toegenomen. Aanleiding was de in de maatschappij heersende

1 *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, nr. 74.

2 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 13.

3 Gezien de aard van dit beknopte overzicht blijft een bespreking van regelingen en initiatieven die niet specifiek zijn gericht op de aanpak van onregelmatigheden rondom faillissementen achterwege. Voor een meeromvattend overzicht van regelingen omtrent het voorkomen van misbruik van rechtspersonen, zie Renssen 2016, p. 178-204.

onrust over de vele signalen van misbruik van BV's, vooral voor faillissementen.⁴ In die periode waren zogenoemde plof-BV's in opkomst, waarbij voorafgaand aan een faillissement de belangrijkste activa werden overgeheveld naar een andere BV, waardoor de schuldeisers van de plof-BV – waaronder veelal de Belastingdienst – met lege handen achterbleven. In dat kader heeft het WODC onderzoek laten uitvoeren naar de omvang en de verschijningsvormen van dergelijk misbruik.⁵ De resultaten van het onderzoek lieten zien dat bij twee derde van de onderzochte faillissementen sprake was van onregelmatig handelen. Het ging dan om indicaties dat op onzorgvuldige wijze met de belangen van de schuldeisers was omgesprongen, zoals het voeren van een onverantwoord beleid. De resultaten van het onderzoek lieten tevens zien dat bij ruim een derde van de faillissementen volgens de faillissementsverslagen zelfs sprake was van opzettelijk misbruik ofwel fraude. Het onderzoek heeft daarbij onderscheid gemaakt tussen twee gevaltypen van frauduleus handelen, namelijk 'onttrekking vermogen' en 'belasting- en premiefraude'. Bij onttrekking vermogen wordt bedoeld op de situatie waarin activa uit de BV worden onttrokken, waardoor de schuldeisers hun verhaalsmogelijkheden zien verdampen. Denk aan verduistering of de inbreng van zwaar overgewaardeerd vermogen in een BV. Bij belasting- en premiefraude gaat het veelal om de opzet van een constructie van diverse BV's die wordt gebruikt voor ontduiking van belastingen en premies.⁶

De onderzoeksresultaten laten zien dat onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen destijds veelvuldig voorkwamen. Bovendien bleek uit het onderzoek dat lang niet bij ieder vermoeden van misbruik actie werd ondernomen en dat fraudeurs daarmee nauwelijks nadeel ondervonden van de malafide praktijken waarbij ze betrokken waren.⁷

2.2.1 Antimisbruikwetgeving (1980-1995)

Om te voorkomen dat fraudeurs te gemakkelijk weg zouden komen met hun malafide praktijken en de schade zou worden afgewenteld op schuldeisers, zijn eind jaren '80 drie antimisbruikwetten ingevoerd, te weten de Wet ketenaansprakelijkheid⁸, de Wet bestuurdersaansprakelijkheid⁹ en de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement.¹⁰

4 Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26625, nr. 2, onder 3.1 historie.

5 Berghuis & Paulides 1983.

6 Berghuis & Paulides 1983, p. 8-10.

7 Berghuis & Paulides 1983, p. 18.

8 Wet van 4 juni 1981, *Stb.* 1981, 370.

9 Wet van 21 mei 1986, *Stb.* 1986, 276.

10 Wijzigingswet van 16 mei 1986, *Stb.* 275.

De eerste antimisbruikwet (de Wet ketenaansprakelijkheid) zag op het voorkomen van oneigenlijke onderaanneming door koppelbazen en komt gezien de afbakening van dit onderzoek verder niet aan bod.¹¹

De tweede antimisbruikwet (de Wet bestuurdersaansprakelijkheid) is neergelegd in artikel 36 Invorderingswet 1990 en zag op een verruiming van de mogelijkheid voor de Belastingdienst om bestuurders aansprakelijk te stellen voor enkele onbetaald gebleven belastingschulden indien zij verzaken melding te doen van betalingsonmacht. De gedachte achter de regeling was dat misbruikers veelal geen behoorlijke administratie voeren en daardoor niet op tijd een melding zouden kunnen doen ofwel geen nadere inlichtingen over een melding zouden kunnen verstrekken.¹² Het doel van de tweede antimisbruikwet was enerzijds om betere waarborgen te creëren voor de inning van belastingen en anderzijds om een sterk preventief effect te creëren door de introductie van een persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders als sanctie op misbruik van rechtspersoonlijkheid.¹³

De derde antimisbruikwet (de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement) zag op een verruiming van de mogelijkheden voor curatoren om op te treden tegen onregelmatig handelen voorafgaand aan een faillissement. In de eerste plaats verruimde de regeling de mogelijkheid voor de curator om bestuurders aansprakelijk te stellen voor het boedelkort indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dit onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. De regeling introduceerde daartoe twee bewijsvermoedens, neergelegd in de artikelen 2:138/248 BW. Wanneer blijkt dat het bestuur niet aan de administratieplicht (artikel 2:10 BW) of de deponeringsplicht (artikel 2:394 BW) heeft voldaan, staat vast dat het bestuur kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement (lid 2). Het is vervolgens aan de bestuurder om het tegendeel te bewijzen en aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Doel van de regeling was om het voor curatoren eenvoudiger te maken om bestuurders aansprakelijk te stellen door de bewijslast te verkleinen, hetgeen ook weer ten goede zou moeten komen aan de preventieve werking van de regeling.¹⁴

In de tweede plaats heeft de regeling de mogelijkheden voor de curator verruimd om rechtshandelingen voorafgaand aan het faillissement te vernietigen met een beroep op de faillissementspauliana (artikel 42 Fw en artikel 47 Fw). De derde antimisbruikwet vereenvoudigde daartoe de bewijsopdracht van de curator voor een van de voorwaarden van de faillissementspauliana,

11 Zie daarover verder Van Schie & Van Smeden, *WFR* 1982.

12 *Kamerstukken II* 1987/88, 20588, nr. 3, p. 97.

13 *Kamerstukken II* 1987/88, 20588, nr. 3, p. 96–100; *Kamerstukken II* 1988/89, 20588, nr. 6, p. 45.

14 *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3.

namelijk de wetenschap van benadeling.¹⁵ Indien de rechtshandeling binnen een bepaalde periode voorafgaand aan het faillissement wordt verricht, dan wordt voor rechtshandelingen om niet vermoed dat sprake is van wetenschap van benadeling bij de gefailleerde (artikel 45 Fw). Voor rechtshandelingen anders dan om niet geldt dat, indien de rechtshandeling is verricht binnen een jaar voorafgaand aan het faillissement en onder bepaalde 'verdachte' voorwaarden (zoals verbondenheid van partijen), wordt vermoed dat sprake is van wetenschap van benadeling. Deze termijn werd door de derde antimisbruikwet verruimd van veertig dagen naar één jaar voorafgaand aan het faillissement. Ook deze regeling beoogde om het voor curatoren eenvoudiger te maken op te treden tegen onregelmatig gedrag.

In 1993 is naar aanleiding van een evaluatie van de antimisbruikwetgeving het Besluit garantstellingsregeling curatoren in werking getreden. De garantstellingsregeling had als doel om (een onderzoek naar) het instellen van vorderingen tegen bestuurders te voorfinancieren (zie ook par. 3.3.3).¹⁶

2.2.2 De intensivering van de aanpak van faillissementsfraude (1995-2003)

De verwachting was dat de antimisbruikwetgeving het aantal onregelmatigheden voor faillissementen sterk zou terugdringen. Die verwachting is niet volledig uitgekomen. Al in 1992 klonken geluiden dat nog steeds in ruim een derde van de faillissementen sprake zou zijn van fraude.¹⁷ Het WODC heeft vervolgens in 1995 opnieuw onderzoek laten uitvoeren naar de omvang en de aard van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen. Dit keer was het onderzoek ingegeven door geluiden dat het faillissement steeds vaker zou worden gebruikt als middel voor selectief ontslag van werknemers. Ondernemers zouden veelvuldig het faillissement aanvragen om vervolgens na faillissement alle activa op te kopen en de onderneming voort te zetten, maar dan zonder dure werknemers. Het onderzoek was gericht op de omvang en verschijningsvormen van 'oneigenlijk gebruik' van het faillissement, wat wil zeggen gebruik van het faillissement 'als middel om (een deel van) het personeel zonder veel belemmeringen en kosten "kwijt te raken"'. Ook dit onderzoek concludeerde dat onregelmatigheden nog niet waren teruggedrongen: in ruim een kwart van de onderzochte faillissementen was sprake van oneigenlijk gebruik van het faillissement.¹⁸

De antimisbruikwetgeving had dus niet het gewenste effect. Om die reden kondigde minister Sorgdrager van Justitie in 1998 een intensivering van de

15 *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, nr. 3, p. 12-13.

16 Wet van 21 april 1993, *Stb.* 1993, 76.

17 Blom 1992. Zie ook Hilverda, e.a.1999, p. 1.

18 Knegt, Beltzer & Mudde 1996, p. 19.

faillissementsfraudebestrijding aan.¹⁹ Daarbij werd wederom ingezet op preventieve maatregelen om fraude en misbruik voor en tijdens faillissementen te voorkomen.²⁰ In het kader van de preventie is een Kenniscentrum Faillissementsfraude opgezet om de verschillende ketenpartners beter te laten samenwerken.²¹ Het idee achter het kenniscentrum was dat curatoren, de FIOD en de politie via dit kenniscentrum makkelijker met elkaar in contact zouden kunnen komen. Om het voor curatoren makkelijker te maken om aangifte te doen van faillissementsfraude werd daarnaast een standaard aangifteformulier geïntroduceerd.²²

Eind 2002 bleek dat ook het intensiveringsprogramma niet de gewenste vruchten had afgeworpen. Het rapport *Opsporing en Vervolgiging van Fraude* van de Algemene Rekenkamer liet zien dat de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen aanzienlijk was achtergebleven bij de verwachting.²³ Minister Donner van Justitie meende echter dat de bestaande regelingen wél voldoende effectief waren om onregelmatigheden aan te pakken.²⁴ Het nemen van aanvullende maatregelen was niet aan de orde en daarmee zwakte de aandacht voor de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen tijdelijk af.

2.2.3 Groeiende aandacht voor onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen (2004-2006)

Begin 2004 werd de aandacht voor het onderwerp weer aangewakkerd. Aanleiding was een uitzending van Zembla, waarin werd aangekaart dat nog steeds veelvuldig faillissementsfraude werd gepleegd en dat curatoren bij (signalen van) onregelmatigheden geregeld een oogje dichtknepen. De uitzending stond lijnrecht tegenover de stelling van minister Donner van Justitie dat de regelingen om onregelmatigheden te voorkomen wel voldoende effectief waren en leidde tot verschillende Kamervragen.²⁵ De minister zag echter geen directe

19 *Kamerstukken II* 1997/98, 17050, nr. 203; *Kamerstukken II* 1997/98, 17050, nr. 202.

20 *Kamerstukken II* 1997/98, 17050, nr. 203, p. 4, 28-29. Zie ook het regeerakkoord van 1998, waarin expliciet aandacht is besteed aan financiering voor het voorkomen van faillissementsfraude: *Kamerstukken II* 1998/99, 26200 VI, nr. 8, p. 2.

21 Zie voor meer informatie: Timmer, *Tijdschrift voor de Politie* 2018.

22 *Kamerstukken II* 2000/01, 17050, nr. 221, p. 34, 36-37.

23 *Kamerstukken II* 2000/01, 27555, nrs. 1-2, p. 30.

24 *Kamerstukken II* 2002/03, 17050 en 28244, nr. 252, p. 3-4, 8-9. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 17050, nr. 256, p. 10-11.

25 *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nrs. 1017, 2030408280, 2030408400 en 2030408350. Zie ook *Handelingen II* 2003/04, nr. 52, waarin Marijnissen (SP) tevens aandacht vraagt voor de omvang en de (gebrekkige) aanpak van onregelmatigheden rondom faillissement. In de vergadering krijgt Marijnissen steun van mede-Kamerleden, waarna wordt besloten het onderwerp in een debat te behandelen. Dat debat is gevoerd in maart 2004, waarbij het kabinet aangaf de aanpak van onregelmatigheden rondom faillissementen in onderzoek

reden tot zorg, omdat hij geen ‘harde cijfers’ had omtrent de omvang van de onregelmatigheden.²⁶ De minister onderkende wel dat curatoren beter gefaciliteerd moesten worden omdat onvoldoende bereidheid bestond om op te treden tegen onregelmatigheden.²⁷ Om die reden introduceerde de minister een (nog) intensievere aanpak van faillissementsfraude met als belangrijkste speerpunten het verhogen van de aangiftebereidheid onder curatoren en het bevorderen van de samenwerking tussen civielrechtelijke en strafrechtelijke handhavers.²⁸ De nadruk verschoof daarbij langzaam naar een meer civielrechtelijke aanpak, met curatoren als belangrijkste handhavers.²⁹ Hoe de intensivering precies vormgegeven zou worden, moest blijken uit nader onderzoek.

Om meer inzicht te krijgen in de omvang van de problematiek heeft het WODC daarnaast wederom de opdracht uitgezet om onderzoek te doen naar de aard en de omvang van faillissementsfraude.³⁰ Het onderzoek werd begin 2006 afgerond en liet opnieuw geen rooskleurig beeld zien. Uit het onderzoek bleek dat in 43% van de onderzochte faillissementen volgens de verslagen sprake was van wederrechtelijk handelen. Het ging dan bijvoorbeeld om het onttrekken van activa uit de boedel (19%), tekortkomingen in de administratie (27%) of faillissementsfraude (24%).³¹ Ook bleek dat curatoren inderdaad niet bereid waren om actie te ondernemen indien zij constateerden dat (waarschijnlijk) sprake was van onregelmatigheden. Slechts tegen een op de vijf wederrechtelijke gedragingen werd actie ondernomen.³² Het rapport noemde de gebrekkige vergoeding als belangrijkste knelpunt voor curatoren om actie te ondernemen of aangifte te doen.³³

De ‘harde cijfers’ van het WODC vormden echter geen aanleiding voor minister Donner van Justitie om nadere stappen te zetten. Het belangrijkste knelpunt voor curatoren – de gestelde gebrekkige vergoeding voor het doen van een melding of een aangifte – werd volgens de minister al ondervangen door de Garantstellingsregeling curatoren (GSR).³⁴ Kosten die niet voldaan konden worden uit de boedel, konden immers onder voorwaarden door de GSR worden vergoed, zo suggereerde de minister.

De evaluatie van de GSR liet al snel een tegenovergesteld beeld zien. Uit het onderzoek volgde dat de GSR slechts in beperkte mate bijdroeg aan de

te hebben. Daarbij wordt opgemerkt dat ook in het burgerlijk recht een groot aantal instrumenten is opgenomen om zaken aan het licht te brengen (*Handelingen II* 2003/04, nr. 56, pagina 3660-3710).

26 *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 1269, 1271 en 1272.

27 *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 1271. Zie ook *Handelingen II* 2003/04, nr. 63, pagina 4078-4080.

28 *Kamerstukken II* 2003/04, 27244, nr. 22, p. 7-8.

29 *Kamerstukken II* 2003/04, 27244, nr. 18, p. 4, 11-12, 18-20, 24-26.

30 *Kamerstukken II* 2003/04, 27244, nr. 22.

31 Knegt e.a. 2005, par. 4.5.

32 Knegt e.a. 2005, par. 6.1.

33 *Kamerstukken II* 2005/06, 27244, nr. 25.

34 *Kamerstukken II* 2005/06, 27244, nr. 25. Zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 17050, nr. 319.

aanpak van onregelmatigheden. De GSR vergoedde werkzaamheden van curatoren namelijk niet in alle situaties omdat voor een succesvolle aanvraag het bestaan van verhaalsmogelijkheden moest worden aangetoond.³⁵ Minister Hirsch Ballin van Justitie, opvolger van Donner, wilde echter niet aan een herziening van de GSR of een uitbreiding van de beloning van curatoren. Enkele administratieve aanpassingen en vereenvoudigingen zouden de problemen grotendeels op moeten lossen.³⁶ Hoewel niet alle Kamerleden overtuigd waren³⁷, bleef de minister bij zijn standpunt. Beloofd werd dat in het voorontwerp voor een nieuwe insolventiewet bijzondere aandacht zou worden besteed aan de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen.³⁸

2.2.4 Het voorontwerp Insolventiewet (2006-2011)

In 2007 diende de Commissie insolventierecht het voorontwerp voor een nieuwe insolventiewet in. Bij het voorontwerp was een specifiek addendum toegevoegd met een voorstel voor de wijziging van enkele strafbepalingen. Naast het strafbaar stellen van het niet voldoen aan de inlichtingenplicht zag het addendum vooral op de strafbaarstelling van onregelmatige gedragingen zoals het ontbreken van een administratie en het doen van buitensporige uitgaven buiten het kader van de normale bedrijfsuitoefening.³⁹ Op het gebied van de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement richtte het voorontwerp zich – in aansluiting op de wens van de minister van Justitie – vooral op het faciliteren van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Zo introduceerde het voorontwerp een inlichtingenplicht voor de schuldenaar⁴⁰ en een meldingsplicht voor de curator bij een redelijk vermoeden dat een misdrijf is gepleegd.⁴¹ De curator zou een vermoeden van een misdrijf of van fraude moeten melden bij de rechter-commissaris, die de curator naar aanleiding van die melding op zou kunnen dragen om aangifte te doen.⁴² Hiermee zou de curator een expliciete eigen verantwoordelijkheid krijgen bij de bestrijding van faillissementsfraude, waarbij de kosten van die bestrijding ten laste van de staat zouden kunnen worden gebracht.⁴³ Verder zou ook worden ingezet op enerzijds het uitbreiden van de GSR voor ondersteuning

35 *Kamerstukken II* 2006/07, 30800 VI, nr. 36.

36 *Kamerstukken II* 2006/07, 30800 VI, nr. 36.

37 *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nr. 2060716910.

38 *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nr. 2170.

39 In dit addendum is een voorstel gedaan voor aanpassing van artikel 194, 340, 340a, 340b, 341, 342a, 342b, 343, 344, 345 en 442 Sr.

40 Artikel 4.1.6 Voorontwerp Insolventiewet. Zie ook Addendum: voorstel strafbepalingen, artikel 194 Sr.

41 Artikel 4.2.14 Voorontwerp Insolventiewet.

42 Artikel 4.3.4 Voorontwerp Insolventiewet.

43 Toelichting bij Voorontwerp Insolventiewet, p. 8 en 126.

bij de aanpak van onregelmatigheden en anderzijds het vergroten van de capaciteit van politie en openbaar ministerie voor opvolging van duidelijke fraudegevallen.⁴⁴

De behandeling van het voorontwerp verliep niet voorspoedig. Begin 2011 gaf minister Opstelten van Veiligheid en Justitie aan toch geen aanleiding te zien voor een integrale herziening van de Faillissementswet.⁴⁵ Het voorontwerp Insolventiewet – alsmede de ambities voor de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement – verdween in de la.

2.2.5 De opmaat naar een wettelijke regeling (2011-2012)

Midden 2011 werd de aanpak van onregelmatigheden weer opgepakt. Minister Opstelten van Veiligheid en Justitie kondigde aan dat het kabinet de focus op de aanpak van faillissementsfraude opnieuw wilde oppakken om er voor te zorgen dat ‘malafide ondernemers die profiteren van faillissementen worden gestopt.’ Daarbij zou de focus liggen op een geïntegreerde aanpak van private en publieke handhaving, met als *ultimum remedium* een ondergeschikte rol voor het strafrecht.⁴⁶ Om de private handhaving te stimuleren werd de GSR uitgebreid en vereenvoudigd, en werd een Centraal Meldpunt Faillissementsfraude opgericht om het doen van een melding voor curatoren te vereenvoudigen.⁴⁷ Ook het hierna te bespreken wetgevingsprogramma zou de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement een extra impuls moeten geven.⁴⁸

2.2.6 De herijking van het faillissementsrecht: de pijler fraudebestrijding

In 2012 heeft de wetgever het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht aangekondigd. Hoewel een complete herziening van de Faillissementswet te omvangrijk werd geacht, waren er een aantal problemen binnen het faillissementsrecht waar concrete oplossingen voor moesten komen. Dit heeft geleid tot het programma Herijking faillissementsrecht, dat rust op drie pijlers: modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding.⁴⁹

44 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 29991, nr. 10, p. 8.

45 *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 1014.

46 *Kamerstukken II* 2010/11, 29 911, nr. 52.

47 *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 67.

48 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74.

49 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 2. De pijlers modernisering en versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven worden gezien de scope van het onderzoek buiten beschouwing gelaten. Zie daarover verder Renssen 2019; Renssen 2021.

De bestrijding van faillissementsfraude lijkt het speerpunt van het programma Herijking faillissementsrecht en komt tot uiting in de pijler fraudebestrijding.⁵⁰ De voorgenomen strategie bestond uit een integrale aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement met aandacht voor preventie en (vooral private) handhaving. De curator (en in mindere mate de rechter-commissaris) vervult binnen de strategie een belangrijke spilfunctie.⁵¹ Het streven was 'om te komen tot maatregelen die curatoren stimuleren om bij hun onderzoek naar de oorzaken van het faillissement meer dan nog nu het geval is aandacht te besteden aan mogelijke signalen van fraude en om, wanneer deze signalen aanwezig blijken te zijn, deze te melden.'⁵²

Binnen de pijler fraudebestrijding zijn uiteindelijk drie wettelijke regelingen in werking getreden. Eerst zijn per 1 juli 2016 zowel de Wet civielrechtelijk bestuursverbod⁵³ als de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude⁵⁴ in werking getreden. Daarna is op 1 juli 2017 de Wet versterking positie curator in werking getreden.⁵⁵

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod maakt het mogelijk om bestuurders die onregelmatig hebben gehandeld in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Het doel van de wet is om te voorkomen dat malafide bestuurders via nieuwe rechtspersonen hun malafide praktijken kunnen voortzetten.⁵⁶ Een bestuursverbod kan op grond van artikel 106a Fw worden opgelegd aan bestuurders van rechtspersonen op een vijftal gronden, namelijk a) bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:138/248 BW, b) doelbewust paulianeus handelen, c) schending van de informatieverplichting jegens de curator, d) recidive en e) fiscale vergrijpboetes. De bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd kan voor een periode van maximaal vijf jaar geen bestuurder of commissaris zijn van een rechtspersoon.⁵⁷ De curator is de 'eerst aangewezen' om een bestuursverbod te vorderen omdat hij degene is die in de praktijk als eerste op onregelmatigheden stuit.⁵⁸ Voor het starten van een procedure is machtiging van de rechter-commissaris vereist. De rechter-commissaris kan de curator ook opdracht geven om een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen, bijvoorbeeld op verzoek van enkele schuldeisers (artikel 69 Fw).⁵⁹ Naast de curator heeft ook het OM de zelfstandige bevoegdheid om een be-

50 Zie ook Renssen 2017, par. 1.4.

51 *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, nr. 74, p. 4. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33695, nr. 1, p. 6.

52 *Kamerstukken II* 2013/14, 33695, nr. 3, p. 3.

53 *Stb.* 2016, 205. Zie verder *Kamerstukken* 34011. Het bestuursverbod stond al langer op de agenda, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29449, nr. 1, p. 17-18.

54 *Stb.* 2016, 205. *Kamerstukken* 33994.

55 *Stb.* 2017, 176. *Kamerstukken* 34253.

56 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 1.

57 Artikel 106b Fw.

58 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 3.

59 Artikel 69 Fw.

stuursverbod te vorderen in gevallen waarin het algemeen belang in het geding is.

De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude verbetert de wettelijke mogelijkheden om strafrechtelijk op te treden tegen faillissementsfraude. De voorzet voor de wet was gegeven in het Addendum: voorstel strafbepalingen bij het Voorontwerp Insolventiewet in 2007. Doel van de regeling is enerzijds om de strafrechtelijke faillissementsbepalingen (artikel 340-343 Sr) te moderniseren. Anderzijds is het wettelijk instrumentarium om faillissementsfraude te bestrijden uitgebreid met mogelijkheden voor strafbaarstelling van schending van de administratie- en inlichtingenplicht en mogelijkheden voor strafrechtelijk optreden wanneer het faillissement (nog) niet is opgetreden.⁶⁰

Met de Wet versterking positie curator is de rol van de curator op het gebied van de aanpak van onregelmatigheden versterkt. Het doel van de regeling is om curatoren aan te moedigen onregelmatigheden daadwerkelijk aan te pakken door de obstakels die curatoren zouden ervaren, waarbij met name lijkt te worden bedoeld op de soms gebrekkige informatiepositie, weg te nemen. Ten eerste wordt daartoe de informatiepositie van de curator versterkt door de inlichtingen- en medewerkingsplicht van de failliet te verduidelijken zodat het voor de curator makkelijker zou moeten worden om informatie te vergaren. Ten tweede voorziet de regeling in een wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator en in een uitbreiding van deze rol door te voorzien in vervolgstappen als de curator in het faillissement onregelmatigheden signaleert.⁶¹ Uiteindelijk moet de curator een spilfunctie vervullen in de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement.

2.2.7 Het begrip onregelmatigheden

Het programma herijking faillissementsrecht heeft gezien de hiervoor besproken parlementaire geschiedenis als doel de curator te stimuleren om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen aan te pakken om zo een preventief effect te creëren waardoor onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen uiteindelijk zouden moeten worden voorkomen.

De term onregelmatigheden is in het wetgeviingsprogramma niet heel precies gedefinieerd. Bewust is gekozen voor een neutrale en brede term die meer omvat dan alleen strafbare handelingen. In de memorie van toelichting worden (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, paulianeus handelen en het ontbreken van een adequate administratie als voorbeelden van onregelmatig handelen genoemd.⁶² De brede term past bij de hierboven besproken wetshistorische

60 *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, nr. 3, p. 1-2. Zie ook Verrest & Heukels, AA 2017.

61 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 1.

62 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 13.

ontwikkeling van de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement, die is samengevat in figuur 2.1.

Figuur 2.1 De wetshistorische ontwikkeling van de aanpak van onregelmatigheden



De tijdlijn laat zien dat de wettelijke regelingen omtrent de aanpak van onregelmatigheden hun oorsprong vinden in de antimisbruikwetgeving die was gericht op het voorkomen van misbruik van rechtspersonen. In de jaren '70 en '80 werd de term misbruik van rechtspersonen gebruikt voor verschillende handelingen, waarbij vaak een onderscheid werd gemaakt tussen malafide handelen en onverantwoordelijk handelen.⁶³ Onverantwoordelijk handelen ziet bijvoorbeeld op onnodige risico's nemen waardoor derden benadeeld kunnen worden, maar waarbij geen oogmerk bestaat om anderen te benadelen. Bij malafide handelen bestaat dat oogmerk wel en moet er enige vorm van opzet in het spel zijn.

Door de jaren heen is aandacht geweest voor zowel onverantwoord als malafide handelen voor en tijdens faillissementen. Zo is er enerzijds aandacht geweest voor onverantwoorde handelingen die schuldeisers of werknemers benadelen en anderzijds voor het malafide frauduleuze handelen. De laatste jaren lijkt de aandacht steeds meer uit te gaan naar faillissementsfraude waarbij schuldeisers, werknemers en meer in het algemeen de maatschappij opzettelijk worden benadeeld.

Opvallend is dat, hoewel de aandacht steeds meer is verlegd naar de bestrijding van faillissementsfraude, juist de privaatrechtelijke handhaving door de curator een steeds belangrijkere rol is gaan spelen in de bestrijding van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen. Zo laat de tijdlijn zien dat de wetgever de curator al in 1986 een belangrijke rol heeft gegeven bij het bestrijden van misbruik. Tegelijkertijd is in de aanloop naar het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht de curator meerdere malen naar voren gekomen als zwakke schakel. Met de Wet versterking positie curator heeft de wetgever de curator definitief als eerste en belangrijkste schakel aangewezen in het handhavingproces.

63 Berghuis & Paulides 1983, p. 5.

Met het naar voren schuiven van de curator als belangrijkste schakel bij de bestrijding van faillissementsfraude is tegelijkertijd ook de term ‘onregelmatigheden’ geïntroduceerd. De focus van het programma Herijking faillissementsrecht is rond 2011 verschoven van het voorkomen van faillissementsfraude naar het nemen van maatregelen ‘die beogen laakbaar handelen bij of voorafgaand aan faillissementen aan te pakken.’⁶⁴ De pijler fraudebestrijding heeft een breder bereik dan de enkele bestrijding van faillissementsfraude in strafrechtelijke zin.⁶⁵ Ik heb een sterk vermoeden dat de brede term ‘onregelmatigheden’ is gekozen om de taak van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude te rechtvaardigen. Door te spreken over onregelmatigheden kan de wetgever niet worden verweten dat hij het aanpakken van faillissementsfraude een wettelijke taak van de curator maakt, terwijl er wel degelijk wordt verwacht dat de curator faillissementsfraude meldt en fraudebestrijding dus onderdeel van zijn taak is (geworden). Ik vermoed dat de curator voor de wetgever de meest betaalbare en wenselijke oplossing was voor de bestrijding van faillissementsfraude. Om die reden is het aannemelijk dat de definitie van het op te lossen probleem (onregelmatigheden in plaats van fraude) is aangepast om aan te sluiten bij de beoogde oplossing: het stimuleren van de curator om onregelmatigheden, waaronder ook fraude valt, aan te pakken.⁶⁶

Gezien het voorgaande wordt het begrip ‘onregelmatigheden’ in dit onderzoek gedefinieerd als onrechtmatig of frauduleus handelen waardoor het faillissement (mede) is veroorzaakt, de afwikkeling van het faillissement wordt bemoeilijkt, het tekort in het faillissement is vergroot en/of schuldeisers zijn benadeeld (vgl. art 68 Fw).

2.2.8 Blik op de toekomst

De aanpak van onregelmatigheden blijft een belangrijk punt op de agenda van de wetgever.⁶⁷ Ook de FIOD blijft aandacht besteden aan de aanpak van onregelmatigheden.⁶⁸ Uitgangspunt is nog steeds dat curatoren de eerste én belangrijkste schakel vormen in de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement,⁶⁹ waarbij het faciliteren van de curator een belangrijk aandachtspunt blijft.⁷⁰ De recent gepubliceerde Fraudemonitor laat zien dat er relatief gezien meer meldingen van faillissementsfraude worden gedaan.⁷¹

64 *Kamerstukken II* 2013/14, 33695, nr. 5, p. 2.

65 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 1; *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 13.

66 Zie ook Van Boom 2020, p. 264-265.

67 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2021/22, 33199, nr. 48, p. 4; *Kamerstukken II* 2020/21, 29911, nr. 293.

68 Belastingdienst Voortgangsrapportage Jaarplan 2021, p. 21.

69 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2020/21, 29911, nr. 293.

70 *Kamerstukken II* 2020/2021, 33173, nr. 20, p. 7, 51 en 53.

71 *Fraudemonitor 2019 en 2020*, Den Haag: Openbaar Ministerie, p. 22.

Recent onderzoek laat echter zien dat er nog veel te winnen valt op het gebied van de aanpak van onregelmatigheden, omdat die aanpak niet altijd prioriteit heeft.⁷² De evaluatie van de Wet versterking positie curator loopt momenteel. Het lijkt er niet op dat de wetgever op korte termijn wetgevingsactiviteiten op de planning heeft staan waarbij de aanpak van onregelmatigheden anders wordt vormgegeven.

2.3 DE BELEIDSTHEORIE

De wetgever heeft al jaren de ambitie om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen. Deze ambitie heeft geleid tot diverse wettelijke regelingen, met als voorlopig slotstuk de voltooide fraudepijler van het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht.

In de loop der tijd is aandacht geweest voor het aanpakken van zowel onverantwoord als malafide handelen. Voorafgaand aan de introductie van het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht leek de focus vooral te liggen op het bestrijden van faillissementsfraude. In de fraudepijler van het programma is de focus verschoven naar de aanpak van het meer omvattende 'onregelmatigheden' (deelvraag 1). Aangezien de focus op het bestrijden van de strafrechtelijk getinte faillissementsfraude is losgelaten, wordt de verantwoordelijkheid voor de daadwerkelijke aanpak van onregelmatigheden steeds meer bij private partijen neergelegd. De verantwoordelijkheid voor de aanpak rust sinds de invoering van de Wet versterking positie curator in belangrijke mate bij de curator. De curator is onder toezicht van de rechter-commissaris belast met het onderzoek naar eventuele onregelmatigheden, heeft verschillende (exclusieve) bevoegdheden om schade te verhalen én fungeert als doorgeefluik voor de Belastingdienst en justitie en politie.

Figuur 2.2 vat de beleidstheorie van de wetgever samen.⁷³ Het doel van de verschillende regelingen is het voorkomen van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen. Meer specifiek beoogt de wetgever de curator te stimuleren om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen aan te pakken. De nadruk heeft altijd gelegen op het creëren van regelingen die de pakkans vergroten. Door de pakkans te vergroten wordt volgens de wetgever een preventief effect gecreëerd waardoor onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen uiteindelijk zouden moeten worden voorkomen. Het vooruitzicht dat er bij een faillissement een curator wordt aangesteld die de wettelijke taak heeft om onregelmatigheden aan te pakken zal bestuurders in de ogen

⁷² Beke e.a. 2021.

⁷³ Bij het vormgeven van de beleidstheorie heb ik mij laten inspireren door Van Boom 2020, p. 264.

van de wetgever ontmoedigen om onregelmatig te handelen en aanmoedigen om behoorlijk te besturen (deelvraag 2).⁷⁴

Figuur 2.2 De beleidstheorie

Hoofddoel	Het voorkomen van onregelmatigheden rondom faillissementen (par. 2.2)
Probleem	Curatoren pakken onregelmatigheden niet consequent aan (par. 2.2.2 en 2.2.3)
Oplossing	Curatoren stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken om zo een preventief effect te creëren (par. 2.2.3 en 2.2.6)
Aannames gedrag curatoren	• De curator doet een oorzakenonderzoek (art. 68 Fw) • De curator meldt (vermoedens van) onregelmatigheden bij de rechter-commissaris (art. 68 Fw) • De curator doet melding of aangifte van onregelmatigheden of vordert een civielrechtelijk bestuursverbod in gevallen die zich daarvoor lenen (par. 2.2.6)

De beleidstheorie bevat bovendien enkele aannames over het gedrag van curatoren.⁷⁵ Zo gaat de wetgever ervan uit dat de curator een onderzoek doet naar eventuele onregelmatigheden en geconstateerde onregelmatigheden uiteindelijk aanpakt. De aannames die de wetgever heeft gedaan, vormen de basis van een beoordeling van de effectiviteit van de beleidstheorie. In het volgende hoofdstuk wordt nader ingegaan op de taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden en de aannames die de wetgever heeft gedaan over het gedrag van curatoren (deelvraag 3). Inzicht in de verwachtingen die de wetgever heeft van het gedrag van curatoren is noodzakelijk om in deel II te kunnen toetsen hoe de curator in de praktijk onregelmatigheden aanpakt.

⁷⁴ Zie ook Van Boom 2020, p. 264.

⁷⁵ Zie ook Van Boom 2020, p. 262-263.

3 | De beleidstheorie: de curator en de aanpak van onregelmatigheden¹

3.1 INTRODUCTIE

De curator vervult een centrale rol bij de afwikkeling van faillissementen. Hij is degene die ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Ook bij de aanpak van onregelmatigheden heeft de curator een belangrijke spilfunctie. In het vorige hoofdstuk heb ik laten zien dat de wetgever curatoren wil aanmoedigen om onregelmatigheden daadwerkelijk aan te pakken, zodat de pakkans wordt vergroot. Om curatoren aan te moedigen hebben zij sinds 2017 expliciet de wettelijke taak gekregen om onregelmatigheden aan te pakken en/of te melden bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, en is getracht hun informatiepositie te verbeteren.² De wetgever heeft daarbij enkele aannames gedaan over het verwachte gedrag van curatoren.

Om antwoord te kunnen geven op de vraag welke ambitie de wetgever heeft (gehad) om onregelmatigheden voor en tijdens faillissement aan te pakken is het van belang dat inzicht wordt gegeven in de verwachtingen die de wetgever van curatoren heeft en de aannames die de wetgever heeft gedaan over het gedrag van curatoren. In dit hoofdstuk staat de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden in de ogen van de wetgever centraal. Allereerst geef ik een korte beschrijving van de taak van de curator (par. 3.2). Daarna ga ik nader in op de taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden en de verhouding tussen de curator en de andere ketenpartners bij de aanpak van onregelmatigheden (par. 3.3). In een schematisch overzicht zet ik vervolgens uiteen hoe de wetgever de taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden voor ogen heeft (par. 3.4). Daarna bespreek ik de tegenstrijdige belangen die kunnen spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator (par. 3.5). Afsluitend wordt geconcludeerd en vooruit gekeken naar deel II van dit proefschrift (par. 3.6).

1 Dit hoofdstuk is gedeeltelijk gebaseerd op Pool, Pluut & Vriesendorp, *RdW* 2021.

2 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 2.

3.2 DE TAAK VAN DE CURATOR

3.2.1 De 'primaire' taak van de curator

De taak van de curator is het beheren en vereffenen van de failliete boedel, hetgeen inhoudt dat hij het vermogen van de failliet vereffent en de opbrengsten daarvan verdeelt onder de gezamenlijke schuldeisers.³ Deze taak vindt zijn oorsprong in het doel van het faillissement, namelijk het uitwinnen van het gehele vermogen van de schuldenaar om daaruit alle schuldeisers overeenkomstig hun rang zoveel mogelijk te voldoen. Zo geeft hij uitvoering aan de regel dat eenieder met zijn gehele vermogen instaat voor de nakoming van zijn verplichtingen (artikel 3:276 BW).⁴ Bij de vervulling van zijn taak richt de curator zich vooral op belangenbehartiging ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁵ De curator streeft om die reden primair naar een zo groot mogelijke boedel.⁶ Alle wettelijke bevoegdheden van de curator staan in het teken van het zo efficiënt mogelijk uitoefenen van de taak.⁷

3.2.2 Reconstructie van de boedel

Onderdeel van het beheren en vereffenen van de failliete boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is het reconstrueren van de boedel.⁸ Reconstrueren betekent dat de curator ernaar streeft de boedel zoveel mogelijk (terug) te brengen in de staat waarin deze zou verkeren als bepaalde onregelmatigheden niet zouden hebben plaatsgevonden. Als de curator meent dat onregelmatigheden hebben plaatsgevonden in de fase voorafgaand aan het faillissement en de boedel is benadeeld, dan heeft hij verschillende mogelijkheden en bevoegdheden om deze onregelmatigheden te redresseren. Enerzijds kan de curator met behulp van de faillissementspauliana de vernietiging van sommige door de schuldenaar al dan niet verplicht verrichte handelingen inroepen.⁹ Anderzijds kan hij als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers derden (onder wie bestuurders, commissarissen en aandeelhouders) aanspreken, bijvoorbeeld uit hoofde van een onrechtmatige daad of – voor de bestuurders – op grond van het verwijt dat het bestuur (kennelijk) onbehoorlijk heeft bestuurd.¹⁰ De curator kan zo onrechtmatig verdwenen

3 Artikel 68 lid 1 Fw, zie ook Van der Feltz 1896, artikel 68 Fw.

4 Verstijlen 1998, p. 103.

5 Vriesendorp 2021, nr. 162; Verstijlen 1998, p. 155.

6 Verstijlen 1998, p. 105.

7 Vriesendorp 2021, nr. 127.

8 Wibier 2018, nr. 50; Verstijlen 1998, p. 46. Zie ook INSOLAD Praktijkregels Curatoren, artikel 5.1.

9 Artikel 42 Fw en artikel 47 Fw. Zie ook Polak 2002, par. 4.2.1.

10 Vriesendorp 2021, nr. 123 en 180 e.v.

goederen terug de boedel in krijgen, een adequate schadevergoeding in de boedel krijgen of zelfs een aanzuivering van het boedeltekort bereiken.

3.2.3 Maatschappelijke belangen

Van oudsher heeft de curator geen specifieke taak toebedeeld gekregen om maatschappelijke belangen te behartigen.¹¹ De taak van de curator is echter aan verandering onderhevig en vindt aansluiting bij hetgeen in een bepaald tijdsgewricht van belang wordt geacht.¹² Inmiddels is dan ook vaste rechtspraak dat de curator in zijn belangenafweging ten opzichte van individuele schuldeisers rekening mag houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals het voortzetten van de onderneming of behoud van werkgelegenheid.¹³ Hoewel de belangen van de gezamenlijke schuldeisers nog altijd prevaleren boven maatschappelijke belangen,¹⁴ wordt de curator – in lijn met de ontwikkelingen over de maatschappelijke rol van het vennootschapsrecht¹⁵ – steeds meer gezien als hoeder van maatschappelijke belangen. De taken van de curator om onregelmatigheden te signaleren en die vervolgens te redresseren passen bij deze ontwikkeling.¹⁶

3.2.4 De aanpak van onregelmatigheden

Al in 1986 – met de invoering van de antimisbruikwetgeving (zie par. 2.2.1) – heeft de curator een belangrijke taak toebedeeld gekregen op het gebied van het voorkomen van misbruik van rechtspersonen en het voorkomen van faillissementsfraude. Doel van die regeling was om het voor curatoren makkelijker te maken om bestuurders aansprakelijk te stellen of om ontnomen activa terug de boedel in te krijgen.¹⁷ In 2017 – bij de invoering van de Wet versterking positie curator – is de rol van de curator bij het indammen van onregel-

11 Zie Verstijlen 1998, p. 149 en de aldaar geciteerde antwoorden van de toenmalige minister van justitie.

12 Zie bijvoorbeeld Bekkers, *TvI* 2004.

13 HR 4 december 1963, *NJ* 1964/144 en HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472. Zie ook INSOLAD Praktijkregels Curatoren, artikel 1.1.

14 HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515 (Prakke/Gips). Zie ook Verstijlen 1998), p. 155; HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293 (Mobell/Interplan). Zie over de afweging tussen het maatschappelijk belang en het belang van de gezamenlijke schuldeisers ook De Kloe, *RMThemis* 2020.

15 Zie bijvoorbeeld Winter e.a., *Ondernemingsrecht* 2020 en Timmerman, *MvO* 2020.

16 Bentfort van Valkenburg & Van de Wiel, *MvV* 2020, par. 4.4. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3, waarin de wetgever aangeeft dat de fraudesignalerende rol een 'bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid reflecteert'.

17 Zie Harmsen 2015, nr. 3.2.1 en de aldaar besproken parlementaire geschiedenis.

matigheden nog verder verstevigd.¹⁸ Deze wet heeft als doel de curator te stimuleren onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen aan te pakken om zo een preventief effect te creëren, waardoor onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen uiteindelijk zouden moeten worden voorkomen.¹⁹ Enerzijds zijn daartoe de inlichtings- en medewerkingsverplichtingen van de failliet uitgebreid, waardoor de curator meer mogelijkheden heeft om informatie te vergaren. Zo zijn de verplichtingen van de gefailleerde om alle medewerking te verlenen aan het beheer en de vereffening van de boedel en terstond de volledige administratie over te dragen aan de curator wettelijk vastgelegd.²⁰ Anderzijds is de wettelijke verplichting geïntroduceerd voor de curator om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Hoe dit oorzakenonderzoek moet worden ingericht is niet verder gespecificeerd. De wetgever heeft slechts aangegeven dat het onderzoek bij een lege boedel kan worden beperkt tot een *prima facie*-onderzoek. Als het onderzoek is afgerond dient de curator de rechter-commissaris vertrouwelijk te informeren over de uitkomsten van het oorzakenonderzoek en – indien de rechter-commissaris of de curator dit nodig acht – melding of aangifte te doen van onregelmatigheden.²¹

In het vorige hoofdstuk heb ik laten zien dat er verschillende soorten onregelmatigheden bestaan. Onregelmatigheden zijn grofweg te onderscheiden in onverantwoordelijk (of onrechtmatig) en malafide (of frauduleus) handelen. Bij onverantwoordelijk handelen zou het voor de hand liggen dat de curator probeert de schade die is veroorzaakt door het onverantwoordelijke handelen te verhalen op degenen die onverantwoordelijk hebben gehandeld. De curator zal onregelmatigheden die kwalificeren als onverantwoordelijk handelen eerder aanpakken door een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering in te stellen of rechtshandelingen te vernietigen op grond van de (faillissements)pauliana dan door het doen van een fraudemelding of een aangifte. Een fraudemelding bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude of aangifte (zie hierover verder par. 3.3.2) is bij onverantwoordelijk handelen niet direct op zijn plaats, omdat geen sprake is van opzettelijk handelen en het strafrecht slechts als *ultimum remedium* dient te worden ingezet.

Voor onregelmatigheden die (ook) kwalificeren als malafide handelen ligt dat anders. Bij malafide handelen is wel opzet in het spel en kan – gezien de ernst of de aard van de onregelmatigheden – strafrechtelijk optreden mogelijk of gewenst zijn. De wetgever heeft niet duidelijk gemaakt wanneer de curator

18 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253. Zie voor de ondergelegen problematiek omtrent faillissementsfraude ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 1-3.

19 Artikel 68 Fw en *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3.

20 Artikel 105, 105a en 105b Fw.

21 Artikel 68 Fw.

voor civielrechtelijk optreden mag kiezen en/of wanneer melding van onregelmatigheden noodzakelijk is. Bovendien is geen meldings- of aangifteverplichting geïntroduceerd. Wel wordt van de curator verwacht dat hij melding doet van serieuze signalen van onregelmatigheden, zoals in het geval van herhaaldelijk terugkomende fraudeurs.²² Aangezien malafide handelen ook kwalificeert als onverantwoordelijk handelen, heeft de wetgever de keuze tussen civielrechtelijk optreden en/of melding of aangifte doen van faillissementsfraude aan de curator gelaten.

De curator kan tevens de Wet civielrechtelijk bestuursverbod inzetten als middel om op te treden tegen geconstateerde onregelmatigheden.²³ De rechtbank kan op verzoek van de curator of het OM een bestuursverbod opleggen aan een bestuurder indien a) deze in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement aansprakelijk is voor het boedeltekort op grond van artikel 2:138/148 BW (a-grond), b) de bestuurder doelbewust namens de rechtspersoon rechtshandelingen heeft verricht waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld én deze rechtshandelingen door de rechtbank zijn vernietigd op grond van de faillissementspauliana (b-grond), c) de bestuurder ernstig tekort is geschoten in zijn inlichtingen- of medewerkingsverplichtingen (c-grond), d) de bestuurder ten minste tweemaal eerder was betrokken bij een faillissement en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft (d-grond) of e) aan de rechtspersoon of de bestuurder een boete is opgelegd wegens een fiscaal vergrijp (e-grond).²⁴ Hoewel het hier gaat om een *civilrechtelijk* bestuursverbod, is deze vordering niet te vergelijken met de andere civielrechtelijke mogelijkheden die de curator heeft om schade te verhalen op bestuurders. Een succesvolle vordering zorgt er immers voor dat de betreffende bestuurder gedurende vijf jaar niet als bestuurder of commissaris van een rechtspersoon kan worden benoemd.²⁵ Een bestuursverbod zorgt dus niet voor een vergoeding van de schade die de schuldeisers hebben geleden of voor extra inkomsten voor de boedel. Uitzondering is een eventuele dwangsom die kan worden opgelegd ter verzekering van naleving van de uitspraak, maar dat gebeurt slechts bij uitzondering.²⁶ Het civielrechtelijk bestuursverbod is dus niet direct van belang voor de schuldeisers in het specifieke faillissement, maar kan er wel voor zorgen dat toekomstige schuldeisers niet de dupe worden van de desbetreffende bestuurder. De curator heeft dus enerzijds de taak om onregelmatigheden te signaleren (het oorzakenonderzoek) en anderzijds de taak om geconstateerde onregelmatigheden te redresseren (aangifte/melding, reconstructie van de boedel of civielrechtelijk bestuursverbod). Het signaleren en redresseren tezamen vormen de door de wetgever gewenste aanpak van onregelmatigheden

22 Artikel 106a Fw.

23 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 3.

24 Artikel 106a Fw.

25 Artikel 106b lid 1 Fw.

26 Artikel 106b lid 5 Fw.

door de curator, omdat door het oorzakenonderzoek de pakkans zou worden vergroot en van het redresseren van onregelmatigheden een preventieve werking zou uitgaan. Aangezien de Wet versterking positie curator tevens een uitbreiding zou moeten bevatten van de inlichtings- en medewerkingsverplichtingen van de gefailleerde, gaat de wetgever ervan uit dat de curator voldoende is gefaciliteerd bij de aanpak van onregelmatigheden. De beleidstheorie bevat dus de aanname dat curatoren daadwerkelijk signaleren én redresseren.

3.3 DE SAMENWERKING VAN DE CURATOR MET DE OVERIGE KETENPARTNERS

3.3.1 De schakelfunctie van de curator

De curator heeft een wettelijke taak om onregelmatigheden aan te pakken (artikel 68 Fw). Deze taak behelst enerzijds de verplichting om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening hebben bemoeilijkt of het boedeltekort hebben vergroot ('het oorzakenonderzoek') en anderzijds de verplichting om geconstateerde onregelmatigheden te melden bij de rechter-commissaris. Indien de curator en/of de rechter-commissaris dat nodig achten, kan de curator ofwel civielrechtelijk optreden ofwel melding doen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude of aangifte doen bij de politie van de geconstateerde onregelmatigheden. De curator vervult dus een belangrijke schakelfunctie voor de FIOD, het OM en de politie. Hierna licht ik kort de rol van de ketenpartners bij de aanpak van onregelmatigheden toe.

3.3.2 De rol van de Belastingdienst en de FIOD bij de aanpak van onregelmatigheden

De Belastingdienst is een belangrijke ketenpartner van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. De rol die de Belastingdienst bij die aanpak vervult is tweeledig. Enerzijds heeft de Belastingdienst als schuldeiser in een faillissement, naast de bevoegdheden die iedere schuldeiser heeft, enkele (exclusieve) bevoegdheden om zich te verhalen op het vermogen van de schuldenaar (en soms van derden) en om bestuurders aan te spreken. Anderzijds heeft de Belastingdienst de taak om in meer algemene zin belasting- en financiële fraude op te sporen. De opsporingstaak van de Belastingdienst is belegd bij de FIOD.²⁷

De Belastingdienst is vrijwel in ieder faillissement van een onderneming een van de schuldeisers, zo niet de belangrijkste. De Belastingdienst heeft als schuldeiser bepaalde (exclusieve) mogelijkheden om schade door onbetaald

²⁷ Zie artikel 80 AWR.

gebleven belastingschulden te verhalen op de schuldenaar. Zo is de Belastingdienst in faillissement – net als daarbuiten – preferent schuldeiser (artikel 21 IW 1990), hetgeen inhoudt dat de Belastingdienst voor andere concurrente schuldeisers wordt voldaan. Pand- en hypotheekrechten gaan in principe boven het voorrecht van de Belastingdienst (artikel 3:279 BW). Het voorrecht van de Belastingdienst gaat echter boven een stil pandrecht voor zover dat pandrecht rust op een bodemzaak (artikel 21 lid 2 IW 1990). Naast het bodemvoorrecht heeft de Belastingdienst ook een bodemrecht, hetgeen inhoudt dat de Belastingdienst zich ook mag verhalen op bodemzaken indien deze zaken aan een derde toebehoren (artikel 22 lid 3 IW 1990). De fiscus heeft ook een vergaande bevoegdheid om alle gelden die de curator onder zich heeft op te eisen om de openstaande belastingschulden te voldoen zonder dat verificatie nodig is (artikel 19 lid 3 IW 1990). De verhaalspositie van de Belastingdienst als schuldeiser in een faillissement is dus relatief goed.²⁸ Naast een versterkte verhaalspositie op de schuldenaar zelf, heeft de Belastingdienst bovenop een mogelijke actie uit hoofde van de onrechtmatige daad, ook een zelfstandige positie om bestuurders aansprakelijk te stellen voor het niet melden van betalingsonmacht (artikel 36 IW). Voor het overige is de Belastingdienst als schuldeiser afhankelijk van de curator.²⁹

Naast de bevoegdheden die de Belastingdienst in een specifiek faillissement heeft om op te treden tegen onregelmatigheden, heeft de Belastingdienst een algemene taak om belasting- en financiële fraude op te sporen.³⁰ Een van de kerntaken is de aanpak van faillissementsfraude. Jaarlijks stelt de Belastingdienst honderden miljoenen mis te lopen door faillissementen en in vrijwel ieder faillissement is de Belastingdienst betrokken als schuldeiser. Om die reden heeft de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen binnen de opsporing van belastingfraude prioriteit.³¹

De verantwoordelijkheid voor de opsporing van onregelmatigheden ligt bij de FIOD.³² De werkwijze van de FIOD is als volgt. De FIOD krijgt een melding van de curator (of een derde) over een vermoedelijke onregelmatigheid in een faillissement. Vervolgens beoordeelt de FIOD, mede in samenspraak met het OM, welke zaken worden opgepakt.³³ Uitgangspunt is dat de FIOD de middelzware en zware faillissementszaken oppakt en dat de lichte zaken worden onderzocht door de politie.³⁴ Niet iedere melding kan worden opge-

28 Zie voor meer informatie Biemans, Opraus & Witting, *Tvl* 2015.

29 Vgl. artikel 57 lid 3 Fw.

30 Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders (IIB), Supplement 65 – april 2021, p. 791.

31 Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders (IIB), Supplement 65 – april 2021, p. 791.

32 Zie ook par. 7.5.4, waarin ik verslag doe van een interview met de projectleider faillissementsfraude van de FIOD.

33 Zie fiod.nl/hoe-werkt-de-fiod/.

34 Artikel 58 Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders (IIB), Supplement 65 – april 2021.

pakt wegens beperkte capaciteit.³⁵ Binnen de zware en middelzware zaken wordt prioriteit gegeven aan onderzoek naar rechtssubjecten over wie al meer meldingen zijn binnen gekomen of over wie al voorafgaand aan het faillissement signalen binnen zijn gekomen.³⁶ Daarnaast pakt de FIOD alleen meldingen op als dat dienstig is aan het eigen fiscale belang van de Belastingdienst.

De FIOD is bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen vooral afhankelijk van meldingen van de curator. Om die reden probeert de FIOD curatoren zoveel mogelijk te stimuleren om een melding te doen. Naast de hierna te bespreken proceskostengarantie en de garantstellingsregeling (zie par. 3.3.3), is een vergoedingsregeling ontworpen voor het doen van aangifte bij een ontoereikende boedel.³⁷ Daarnaast wordt geprobeerd om het doen van aangifte voor curatoren zo makkelijk mogelijk te maken, bijvoorbeeld door het geïntroduceerde Kenniscentrum Faillissementsfraude en door gebruik te maken van een standaard aangifteformulier (zie ook par. 2.2.2).³⁸

De relatie tussen de Belastingdienst – inclusief de FIOD als onderdeel van de Belastingdienst – en de curator is bijzonder. Hoewel de curator het belang van de gezamenlijke en dus de belangen van alle schuldeisers moet behartigen, bepaalt de Faillissementswet specifiek dat de curator de belangen van hoger gerangschikte schuldeisers moet behartigen. Dit houdt in dat de curator ook de belangen van de Belastingdienst moet behartigen voor zover deze het bodemvoorrecht kan uitoefenen.³⁹ De Belastingdienst kan de curator daar bij helpen. Om de curator bij te staan kan de Belastingdienst hem informatie verschaffen over de failliet.⁴⁰ De Belastingdienst vereenzelvigt de curator met de failliet (artikel 43 AWR). Dat wil zeggen dat de Belastingdienst alle informatie over de failliet kan verstrekken aan de curator (artikel 67 AWR en artikel 67 IW 1990 lid 2 onder c). Indien de curator informatie over een derde verzoekt, is de situatie ingewikkelder. In dat geval stuit de curator op de geheimhoudingsverplichting van de Belastingdienst (artikel 67 AWR). Deze geheimhoudingsverplichting kan aan de kant worden gezet indien de curator gegevens vraagt omtrent een (mogelijke) bestuurdersaansprakelijkheidsclaim en indien met de gegevensverstrekking een fiscaal belang is gediend.⁴¹ Hoewel deze norm erg ruim is en er dus ook gegevens kunnen worden verstrekt indien alleen de wenselijkheid van een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure moet

35 Beke e.a. 2021, p. 75. Zie over het Kenniscentrum Faillissementsfraude hierboven par. 2.2.2.

36 Artikel 58.5 Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders (IIB), Supplement 65 – april 2021.

37 Artikel 58.5 e.v. Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders (IIB), Supplement 65 – april 2021.

38 H. Haverkamp e.a. 2004.

39 Zie artikel 57 lid 3 Fw.

40 De informatie in deze en de volgende alinea is gedeeltelijk geïnspireerd door Kop 2009, p. 527 e.v.

41 Artikel 36.2 Leidraad Invordering 2008.

worden beoordeeld, moet de curator er wel zelf om vragen. De Belastingdienst informeert de curator in principe niet proactief. De Belastingdienst kan de curator op verzoek ook gegevens verstrekken over een vordering tot een bestuursverbod op de e-grond, inhoudende dat de failliet of diens bestuurders een boete opgelegd heeft gekregen wegens een fiscaal vergrijp (artikel 106a lid 3 Fw).

Naast het verstrekken van informatie over de failliet of diens bestuurders, kan de Belastingdienst de curator ook financieel bijstaan door het afgeven van een proceskostengarantie. De curator kan de Belastingdienst verzoeken om een proceskostengarantie voor een gerechtelijke procedure – niet zijnde een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure – wanneer de boedel niet toereikend is om de proceskosten te voldoen.⁴² De Belastingdienst toetst het verzoek aan een aantal criteria. Zo moet er een behoorlijke succeskans zijn, moet verhaal bij de wederpartij worden aangetoond en moet iedereen die baat heeft bij de procedure deelnemen in de garantie. Uitgangspunt is dat de actie van de curator een zodanige opbrengst oplevert dat de Belastingdienst ten minste een deel van de ingediende vorderingen in het faillissement kan innen.⁴³

De rol van de Belastingdienst bij de aanpak van onregelmatigheden is beperkt tot situaties waarin optreden dienstig is aan het eigen fiscale belang. Dat houdt in dat de Belastingdienst alleen zal optreden indien ten minste een deel van de fiscale vorderingen kunnen worden voldaan.

3.3.3 De rol van de politie en justitie bij de aanpak van onregelmatigheden

Aangezien de Belastingdienst en de curator alleen (civielrechtelijk) optreden indien er een financieel belang is, wordt betoogd dat strafrechtelijk optreden tegen onregelmatigheden voor en tijdens faillissement onmisbaar is.⁴⁴ Indien civielrechtelijk optreden onmogelijk of – gezien de ernst van de gedragingen – onvoldoende is, bestaan verschillende mogelijkheden om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen strafrechtelijk aan te pakken. Politie en justitie hebben belangrijke dwangmiddelen om ontnomen activa op te sporen en zijn daarnaast niet afhankelijk van eventuele verhaalsmogelijkheden. Het uitgangspunt van strafrechtelijk optreden is dat het strafrecht complementair is aan de andere, civielrechtelijke instrumenten en moet worden gezien als *ultimum remedium*.⁴⁵

Meldingen van faillissementsfraude worden door de curator gedaan bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, eventueel nadat de curator heeft

42 Artikel 73.1.4 Leidraad Invordering 2008.

43 Artikel 56.19 Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders (IIB), Supplement 65 – april 2021.

44 Hilverda 2009, par. 15.1.

45 Zie Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude, *Stb.* 2009, 40., p. 1.

deelgenomen aan een faillissementsfraudezitting op de rechtbank. De binnengekomen zaken worden verdeeld onder de FIOD en de politie. Eenvoudige zaken van faillissementsfraude, zoals het niet naleven van de administratieplicht of het onttrekken van activa aan de boedel met een veroorzaakte benadeling van minder dan honderdduizend euro, worden opgepakt door de politie. Meer complexe zaken met een veroorzaakte benadeling van meer dan honderdduizend euro of zaken waarvoor specialistische kennis nodig is, zoals het gebruik van stromannen of een georganiseerd verband van misbruik, worden opgepakt door de FIOD.⁴⁶ Of zaken daadwerkelijk worden opgepakt is ook bij de politie afhankelijk van de capaciteit.⁴⁷

Naast de politie speelt het ministerie van Justitie en Veiligheid zelf een belangrijke rol bij de aanpak van onregelmatigheden. Het ministerie – en meer specifiek de minister van Justitie en Veiligheid – is belast met de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen. Naast verschillende wetgevingsactiviteiten valt onder deze taak ook het ondersteunen in de preventieve aanpak van onregelmatigheden. De Justitiële uitvoeringsdienst Toetsing, Integriteit en Screening (Dienst Justis) – meer specifiek de afdeling TRACK – is belast met de uitvoering van deze ondersteuning.⁴⁸

Allereerst beheert Dienst Justis ten behoeve van de ondersteuning bij de aanpak van onregelmatigheden een databank met gegevens over alle NV's en BV's in Nederland. Dienst Justis is verantwoordelijk voor de uitvoering van de Wet controle op rechtspersonen, hetgeen inhoudt dat Dienst Justis doorlopend de integriteit van rechtspersonen, bestuurders en andere betrokkenen screent. De curator kan gebruikmaken van de databank door een netwerktekening op te vragen. Een netwerktekening – officieel een TRACK informatieverstrekking (TIV) – geeft de relaties tussen een rechtspersoon of meerdere rechtspersonen en daarbij betrokken personen en bedrijven weer. Zo biedt de netwerktekening inzicht in of bestuurders van de failliet ook bestuurder of aandeelhouder zijn van andere rechtspersonen.⁴⁹ Inzicht in dit soort relaties kan de curator helpen bij zijn oorzaken- of rechtmatigheidsonderzoek. Bovendien biedt de netwerktekening belangrijke aanknopingspunten voor het verhaalsonderzoek van de curator, omdat een netwerktekening laat zien welke rechtspersonen en natuurlijke personen bij de rechtspersoon betrokken zijn. Of de netwerktekening en het achterliggende trackingssysteem daadwerkelijk bijdra-

46 Artikel 58 Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders (IIB), Supplement 65 – april 2021. Zie ook Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude, *Stb.* 2009, 40, Bijlage 1: Matrix opsporing en vervolging faillissementsfraude.

47 Beke e.a. 2021, p. 75.

48 De navolgende alinea's zijn gebaseerd op de Garantstellingsregeling Curatoren 2012, nr. 3973 1 maart 2012 en informatie van de website van Dienst Justis, justis.nl, waaronder de 'Factsheet Garantstelling curatoren'.

49 Zie voor een voorbeeld Homburg e.a. 2021, p. 58 e.v. en p. 74.

gen aan het voorkomen van misbruik van rechtspersonen (en onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen), is niet bekend.⁵⁰

Ten tweede biedt Dienst Justis financiële ondersteuning bij de aanpak van onregelmatigheden met de Garantstellingsregeling Curatoren 2012 (GSR). De regeling vloeit voort uit de eerder besproken Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement en heeft als doel om curatoren in staat te stellen onregelmatigheden aan te pakken wanneer de boedel ontoereikend is. De Garantstellingsregeling is onderdeel van een breder pakket van maatregelen om fraude en misbruik van rechtspersonen aan te pakken (zie hoofdstuk 2).⁵¹ De curator kan een verzoek indienen indien hij een vermoeden heeft van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur (op grond van de artikelen 2:9/138/149/248 en/of 259 BW) en/of van paulianeus handelen (op grond van de artikelen 42, 43 of 47 Fw). De garantie kan worden aangevraagd voor verschillende stadia van de aanpak van onregelmatigheden. Zo kunnen reeds gemaakte kosten die direct gerelateerd zijn aan het opstellen van de aanvraag of een reeds uitgevoerd verhaalsonderzoek voor garantstelling in aanmerking komen. Daarnaast verleent Justis garantie voor een nog uit te voeren verhaalsonderzoek en voor het oorzakenonderzoek. De kosten voor inschakeling van een accountant kunnen tevens onder de garantie vallen. Indien de curator overgaat tot aansprakelijkstelling (op grond van de artikelen 2:9/138/149/248 en/of 259 BW) en/of vernietiging van rechtshandelingen (op grond van de artikelen 42, 43 of 47 Fw), kunnen ook kosten gemaakt in het kader van deze procedures vallen onder de garantstelling. Subsidiaire (maar dus geen primaire) vorderingen voor bijvoorbeeld onrechtmatige daadacties of een civielrechtelijk bestuursverbod vallen eveneens onder de garantie. De proceskosten zijn eveneens gedekt indien het gaat om veiligstellen van verhaalsmogelijkheden. Tot slot komen executiekosten zoals het inschakelen van een deurwaarder ook voor garantie in aanmerking. Voor al deze handelingen valt tevens het salaris van de curator onder de dekking van de garantieregeling.

Het bestaansrecht van de Garantstellingsregeling Curatoren 2012 is gelegen in de mate waarin de boedels bij de garantstelling gebaat zijn.⁵² Bovendien is het de bedoeling van de garantie – net zoals iedere andere garantie – dat deze uiteindelijk wordt terugbetaald. Aangezien de garantie uiteindelijk moet worden terugbetaald én de boedel baat moet hebben bij de garantie, moet de curator het bestaan van voldoende verhaalsmogelijkheden aantonen. Om dezelfde redenen kan de garantie niet worden aangevraagd voor het doen van een fraudemelding bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, het doen van een aangifte of een vordering op grond van het civielrechtelijk bestuursverbod. Die redresseringsmogelijkheden bieden immers geen extra inkomsten voor de boedel.

50 Homburg e.a. 2021, p. 46 e.v.

51 Toelichting bij Garantstellingsregeling Curatoren 2012, _nr. 3973 1 maart 2012, p. 5.

52 Toelichting bij Garantstellingsregeling Curatoren 2012, _nr. 3973 1 maart 2012, p. 6.

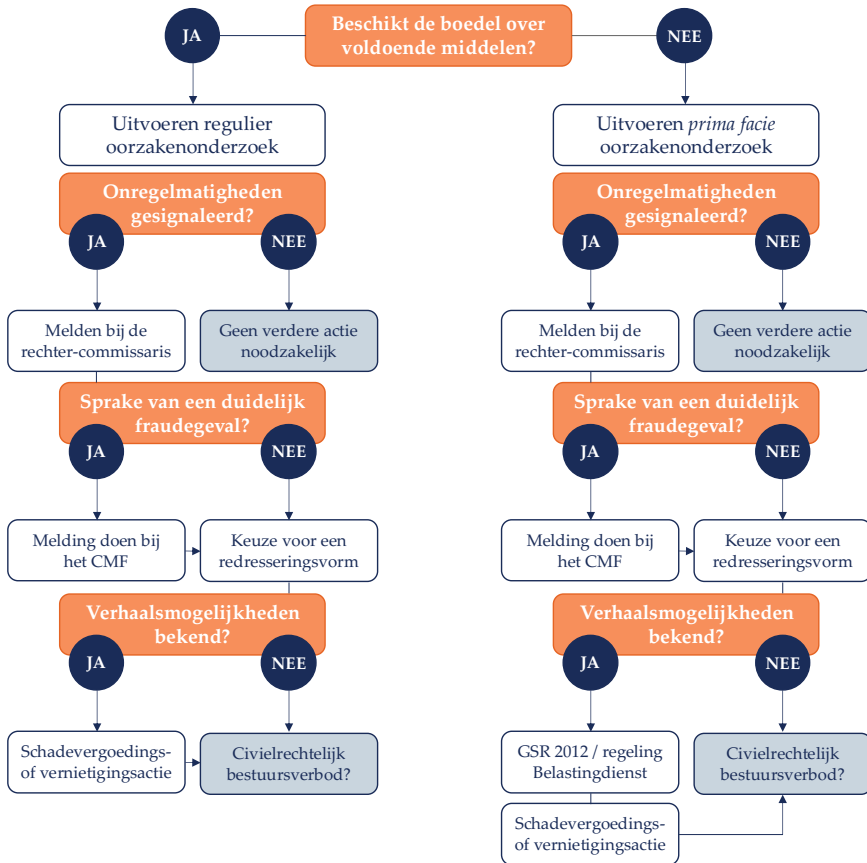
De eis van voldoende verhaalsmogelijkheden betekent dat de garantstelling wordt verstrekt bij een verhouding van ten minste 4:1. Dat wil zeggen dat indien de curator een garantie aan wil vragen voor een bedrag van tien duizend euro, er verhaal mogelijk dient te zijn voor minimaal een bedrag van veertigduizend euro. Als de verhaalobjecten nog niet bekend zijn, dan kan ook een garantie voor een verhaalsonderzoek worden verzocht. Daarnaast moet de curator aantonen dat er voldoende schulden zijn, namelijk met een verhouding van 1:2. Dat wil zeggen dat indien de curator een garantie aan wil vragen voor een bedrag van tienduizend euro, de schulden minimaal twintigduizend euro moeten bedragen. Voor de faillissementspauliana geldt dat sprake moet zijn van een redelijke verhouding tussen het bedrag waarvoor de garantie wordt aangevraagd en het bedrag dat gemoeid is met de te vernietigen rechtshandeling.

3.4 EEN SCHEMATISCH OVERZICHT VAN DE TAAK VAN DE CURATOR BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

Uit de vorige paragrafen blijkt dat de wetgever curatoren wil stimuleren om onregelmatigheden te signaleren én te redresseren. Figuur 3.1 biedt een schematische weergave van de stappen die de curator volgens de wetgever moet nemen om onregelmatigheden aan te pakken.

Figuur 3.1 laat zien dat de aanpak van onregelmatigheden start met een oorzakenonderzoek door de curator. Het oorzakenonderzoek mag worden beperkt tot een *prima facie*-onderzoek indien de boedel niet voldoende middelen bevat. Hoe het oorzakenonderzoek volgens de wetgever moet worden uitgevoerd en wat het verschil is tussen een regulier oorzakenonderzoek en een *prima facie*-onderzoek is niet duidelijk. Indien de curator geen aanwijzingen vindt van onregelmatigheden, wordt het oorzakenonderzoek (en daarmee het rechtmatigheidshoofdstuk) afgesloten, tenzij er in de loop van het faillissement nadere aanwijzingen opduiken. Indien de curator in het oorzakenonderzoek wel (mogelijke) onregelmatigheden constateert, meldt hij die bij de rechter-commissaris. Vervolgens heeft de curator verschillende mogelijkheden om onregelmatigheden te redresseren. Enerzijds kan de curator civielrechtelijk optreden door bijvoorbeeld een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te starten of een rechtshandeling te vernietigen en anderzijds kan de curator melding doen van onregelmatigheden bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude of een aangifte doen. Bovendien kan de curator een vordering instellen op grond van het civielrechtelijk bestuursverbod. De keuze (of cumulatie) tussen de verschillende vormen van redresseren ligt in beginsel bij de curator. Uitgangspunt is dat de curator duidelijke fraudegevallen – bijvoorbeeld veelplegers – in ieder geval meldt bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude.

Figuur 3.1 De taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden gezien vanuit de beleidstheorie



Bij een fraudemelding zijn de staat van de boedel en de verhaalsmogelijkheden bij de bestuurder volgens de wetgever niet relevant aangezien deze werkzaamheden nauwelijks tijd kosten en bovendien deels worden vergoed. Bij de civielrechtelijke aanpak streeft de curator ernaar om de boedel zoveel mogelijk (terug) te brengen in de staat waarin deze zou verkeren als bepaalde onregelmatigheden niet zouden hebben plaatsgevonden. Hierbij spelen de staat van de boedel en de verhaalsmogelijkheden wél een rol. Als de bestuurder geen verhaal biedt, bestaat er voor de curator geen reden om civielrechtelijk op te treden. Indien de curator onvoldoende middelen in de boedel heeft om een actie te starten, maar wel uitzicht heeft op verhaalsmogelijkheden, dan kan de curator een garantie aanvragen onder de GSR 2012 of de garantieregeling van de Belastingdienst.

Bij het vormgeven van de taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden heeft de wetgever enkele aannames gedaan (zie hoofdstuk 2). Zo verwacht de wetgever dat de curator in ieder faillissement een (beperkt) oorzakenonderzoek uitvoert. Bovendien verwacht de wetgever dat de curator geconstateerde onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris en stappen onderneemt om deze onregelmatigheden te redresseren. Aangenomen wordt dat het huidige wettelijke kader en de samenwerking met de ketenpartners curatoren voldoende faciliteren om onregelmatigheden aan te pakken.

In de literatuur is de nodige kritiek geleverd op aannames die de wetgever heeft gedaan bij de invoering van de Wet versterking positie curator. Hierna ga ik nader in op die kritiek en bespreek ik waarom de aannames van de wetgever volgens critici niet (helemaal) correct zijn.

3.5 BELANGENPLURALISME BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

3.5.1 Tegenstrijdige belangen: het boedelbelang en het financiële belang van de curator versus het belang van de aanpak van onregelmatigheden

Bij de uitoefening van zijn taken komt de curator een grote mate van beleidsvrijheid toe.⁵³ In de praktijk komt de curator door zijn positie en taken in aanraking met tal van partijen en heeft hij rekening te houden met verschillende, soms tegenstrijdige, belangen. Dit wordt ook wel belangenpluralisme genoemd.⁵⁴ Richtsnoer is dat de curator handelt in het belang van de boedel, hetgeen samenvalt met het belang van zowel de gezamenlijke als de individuele schuldeisers.⁵⁵ De curator dient daarnaast waar mogelijk rekening te houden met maatschappelijke belangen.⁵⁶

Onderdeel van het afwikkelen van het faillissement in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is het reconstrueren van de boedel (par. 3.2.2). Het staat de curator in beginsel vrij om te beoordelen of een bepaalde actie in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.⁵⁷ Ook indien kennelijk onbehoorlijk bestuur een gegeven lijkt, kan de curator om proceseconomische redenen afzien van het instellen van een actie.⁵⁸ Het risico dat de curator de procedure uiteindelijk (gedeeltelijk) verliest, kan – gezien het streven naar een zo hoog

53 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Maclou); HR 16 december 2011, NJ 2012/515 (Prakke/Gips). Zie ook Verstijlen, *TvI* 2020, par. 2.

54 Deze term is ontleend aan De Kloe, *RMThemis* 2020.

55 Zie ook Verstijlen 1998, p. 105-107.

56 HR 19 december 2003, NJ 2004/293 (Mobell/Interplan). Zie over de afweging tussen het maatschappelijk belang en het belang van de gezamenlijke schuldeisers ook De Kloe, *RMThemis* 2020; Van Hees, *TvI* 2004.

57 Verstijlen 1998, p. 129-136; Vriesendorp 2021, nr. 207a. Zie ook INSOLAD Praktijkregels Curatoren, artikel 4.1.

58 Borrius 2015, nr. 2.4.

mogelijke boedelopbrengst – te groot zijn om het instellen van een actie te rechtvaardigen. Ook het verhaalsrisico kan een reden zijn om acties achterwege te laten. Immers, als de aangesproken persoon geen verhaal biedt, levert een succesvolle procedure niets op voor de gezamenlijke schuldeisers.⁵⁹

De reconstructietaak ligt in het verlengde van de taak om een zo hoog mogelijke boedelopbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te realiseren.⁶⁰ Waar bij de reconstructie van de boedel de nadruk vooral ligt op het herstel van de verhoudingen en schadeloosstelling, is de nadruk bij de aanpak van onregelmatigheden gelegen in het sanctioneren van gedrag dat tot die onregelmatigheden heeft geleid. De sanctie moet immers zorgen voor een preventief effect. Het sanctioneren van onregelmatig gedrag is dan niet langer altijd een middel om de boedel te vergroten, maar wordt een opzichzelfstaand doel. De belangen die gepaard gaan met dit doel kunnen strijdig zijn met de belangen van de boedel en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Vanuit de curator bezien kunnen deze potentiële tegenstrijdige belangen als gevolg hebben dat de curator onregelmatigheden alleen aanpakt indien hij daarmee de belangen van de gezamenlijke schuldeisers kan dienen. Al tijdens de consultatiefase van de Wet versterking positie curator is naar voren gebracht dat de taak om onregelmatigheden aan te pakken strijdig kan zijn met de taak van de curator om het faillissement met een zo hoog mogelijke opbrengst (dus zo min mogelijk verspilde uitgaven) af te wikkelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁶¹ Verschillende auteurs menen dat de fraudesignalerende taak moet worden gezien als een verlengde van de primaire taak van de curator, wat betekent dat voor de curator alleen een verplichting bestaat om onregelmatigheden aan te pakken indien de gezamenlijke schuldeisers door die onregelmatigheden zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden en zijn acties dat nadeel wegnemen. De curator is immers geen politieagent of boevenvanger.⁶² Kenmerkend voor dit standpunt is een citaat van oud-curator Deterink: 'Ik vind dat te veel curatoren, jongere wellicht vooral, officier van justitie willen uithangen, aanklager willen zijn. Daarmee bereik je voor de crediteuren vaak niet het beste. Natuurlijk vind ik dat we in het kader van de fraudebestrijding een rol hebben, maar onze primaire taak is toch dat de crediteuren er het maximale uithalen.'⁶³ Er zijn echter ook auteurs die de fraudesignalerende taak zien als een maatschappelijke rol die de wetgever heeft toegewezen aan de curator en die losstaat van het boedelbelang. Een lege boedel en gebrek aan verhaal kunnen in deze zienswijze dan

59 Kroeze & Wezeman 2015, nr. 1.8.

60 Verstijlen 1998, p. 117.

61 Zie bijvoorbeeld Van Nielen & Derijks, *TBS&H* 2014, p. 26; Van Enckevort, *TvCu* 2016, par. 4.2 en Lennarts, *TvI* 2013.

62 Van Nielen & Derijks, *TBS&H* 2014, p. 26; Van Enckevort, *TvCu* 2016, par. 4.2 en Vriesendorp, *TvI* 2017.

63 Schreurs, *TvI* 2020.

ook geen argument zijn om onregelmatigheden niet aan te pakken.⁶⁴ Men is het eens over de aanname dat een algemene meld- of aangifteplicht strijdig kan zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar niet over de vraag of die strijdigheid voor de curator reden mag zijn om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden.

Daarnaast bestaat bij de aanpak van onregelmatigheden ook een potentiële strijdigheid met het financiële belang van de curator. Zijn salaris wordt immers betaald uit de boedel. Een van de gevolgen van deze wijze van beloning is dat de curator een rechtstreeks belang heeft bij het vergroten van de boedel, althans zolang deze onvoldoende geld bevat om zijn salaris en onkosten te voldoen. Een dergelijke situatie doet zich voor in bijna 20% van de faillissementen.⁶⁵ Vanuit zijn persoonlijke financiële belang heeft de curator dus een prikkel om zoveel mogelijk opbrengsten voor de boedel te realiseren of in ieder geval een zodanig bedrag te verzamelen dat hij zijn kosten kan vergoeden.⁶⁶ Een ander gevolg van de wijze van beloning is dat de curator een rechtstreeks belang heeft bij het maken van meer uren, althans zolang de boedel voldoende geld bevat om zijn salaris en onkosten te voldoen. Vanuit zijn persoonlijke financiële belang heeft de curator dus ook een prikkel om zoveel mogelijk uren te maken in faillissementen met een gevulde boedel. Aangezien de curator wordt betaald uit de boedel, bestaat aan de andere kant het risico dat de curator niet altijd een gedegen onderzoek doet naar onregelmatigheden indien zijn beloning in het gedrang komt.⁶⁷

Bij de aanpak van onregelmatigheden zijn in dit kader twee indicatoren te onderscheiden die maken of de aanpak van onregelmatigheden in een specifieke situatie strijdig is met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en/of de (financiële) belangen van de curator, te weten het bestaan van verhaalsmogelijkheden en de financiële staat van de boedel. Het bestaan van verhaalsmogelijkheden bepaalt of het praktisch mogelijk is voor de curator om de boedel te vergroten. Zonder vooruitzicht op verhaalsmogelijkheden valt de prikkel om zoveel mogelijk inkomsten voor de boedel te genereren weg. De financiële staat van de boedel bepaalt daarnaast mede of er voldoende geld beschikbaar is om de aanpak van onregelmatigheden (inclusief het salaris en de onkosten van de curator) te bekostigen. Bovenstaande leidt tot vier mogelijke situaties, samengevat in figuur 3.2.

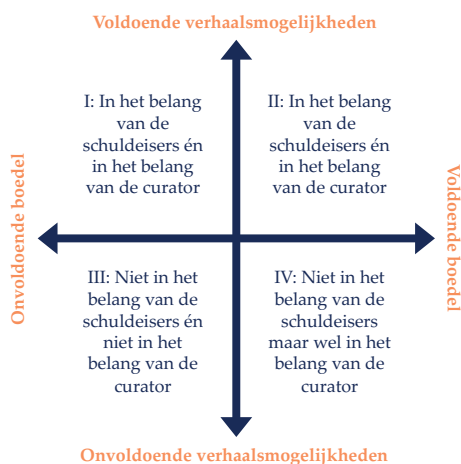
64 Hilverda, *TBS&H* 2014, p. 12; Van Nielen & Derijks, *TBS&H* 2014, p. 31 en Vermaire & Luijkx, *FIP* 2016.

65 Zie Elswijk e.a. 2016, par. IV.1.

66 Artikel 71 Fw. Zie ook Franken e.a. 2008, voorwoord, waarin de totstandkoming van de salariëring wordt besproken.

67 Hilverda 2012, p. 5; Verdaas, *TvI* 2009, p. 177-179.

Figuur 3.2 Belangenpluralisme bij de aanpak van onregelmatigheden



In situatie I is er onvoldoende boedel beschikbaar om onregelmatigheden aan te pakken maar zijn er wel voldoende verhaalsmogelijkheden. In situatie II is er voldoende boedel en zijn er voldoende verhaalsmogelijkheden. In beide situaties is het in het belang van zowel de gezamenlijke schuldeisers als de curator om onregelmatigheden aan te pakken.

In situatie III is er onvoldoende boedel beschikbaar om onregelmatigheden aan te pakken én zijn er onvoldoende verhaalsmogelijkheden. In deze situatie is het niet direct duidelijk of een oorzakenonderzoek kan leiden tot winst voor de boedel. In dat geval wordt een omslagpunt bereikt waarbij het uitvoeren van een oorzakenonderzoek ook niet meer in lijn is met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Een onderzoek is immers niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers als het onderzoek niet leidt tot een inbare vordering op een bestuurder of andere derde. Als een oorzakenonderzoek per saldo verlies oplevert voor de boedel en er onvoldoende geld is om de (boedel)schuldeisers te voldoen (een 'lege boedel'), draagt bovendien de curator dat tekort omdat hij de werkzaamheden dan uit eigen zak zou moeten vergoeden. De curator staat dan voor een lastige beslissing: toch een uitgebreid oorzakenonderzoek uitvoeren, opdat een eventuele fraudemelding of zelfs een aangifte kan volgen, of geen verdere stappen nemen omdat dit niet opportuun wordt geacht voor de gezamenlijke schuldeisers en voor hemzelf. Kiest de curator ervoor om tijd te steken in een oorzakenonderzoek dat uiteindelijk tot niets leidt, dan volgt soms de kritiek dat dit er alleen maar toe heeft geleid dat hij met zijn 'privépet' inkomsten genereert ten koste van de schuldeisers die hij met zijn functionele pet moet dienen en voor wie hij nu juist is aangesteld, zelfs als er onvoldoende boedel beschikbaar is om zijn salaris te voldoen. Laat hij het oorzakenonderzoek om die reden dan maar (gedeeltelijk)

achterwege, dan kan de curator het verwijt krijgen dat hij zijn wettelijke taken alleen uitvoert als hij er zelf (financieel) beter van wordt.

In situatie IV is er wel voldoende boedel om onregelmatigheden aan te pakken maar zijn er onvoldoende verhaalsmogelijkheden. In deze situatie is het voor de gezamenlijke schuldeisers niet opportuun als de curator tijd steekt in de aanpak van onregelmatigheden. De schuldeisers zien daar immers niets van terug, terwijl er wel geld uit de boedel vloeit om het salaris van de curator dat is gemoeid met de extra inspanningen te voldoen. Voor de curator is het echter wel opportuun om extra uren te maken. Zolang de boedel voldoende middelen bevat om zijn salaris te betalen, geldt dat ieder uur dat de curator extra besteedt aan het oorzakenonderzoek of het doen van een fraudemelding of aangifte, zorgt voor extra omzet. In dit soort situaties klinkt soms het verwijt dat de curator de aanpak van onregelmatigheden rekt om meer omzet te genereren. De curator wordt in dat kader ook wel eens verweten bestuurders enkel en alleen aansprakelijk te stellen voor eigen gewin.⁶⁸

Het belangenpluralisme maakt dat het door de wetgever met de Wet versterking positie curator beoogde doel mogelijk niet wordt bereikt, doordat het aanpakken van onregelmatigheden ten koste kan gaan van zowel het belang van een zo groot mogelijke boedel voor schuldeisers als van de eigen portemonnee van de curator.

3.5.2 Tegenstrijdige belangen bij de samenwerking met de ketenpartners

Eerder heb ik laten zien dat de curator bij de aanpak van onregelmatigheden een belangrijke schakelfunctie vervult voor de FIOD, de politie, het OM en justitie (par. 3.3). De wetgever heeft getracht om de samenwerking zo in te richten dat het voor curatoren eenvoudig is om melding van onregelmatigheden te doen of om bijvoorbeeld een garantie aan te vragen voor de aanpak van onregelmatigheden.

In de literatuur klinkt kritiek op de samenwerking met de ketenpartners. Zo stelt Feenstra dat het te vaak is voorgekomen dat een curator melding of aangifte heeft gedaan van onmiskenbare fraude, maar dat hij geen (adequate) reactie ontving. Daarnaast meent hij dat meldingen en aangiftes nauwelijks worden opgepakt wegens gebrek aan capaciteit bij zowel het OM als de politie en de FIOD.⁶⁹ Het is niet uit te sluiten dat curatoren, indien de afwikkeling van meldingen en aangiftes daadwerkelijk gebrekkig is, niet (langer) bereid zijn om meldingen of aangiftes te doen. Bovendien lijkt een effectieve samen-

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld Vriesendorp, *Tvl* 2017.

⁶⁹ Feenstra 2019, p. 275-276. Zie ook Lieferink 2020, p. 20-21 en 25 e.v.; De Ridder e.a. 2019, p. 57; Beke e.a. 2021, p. 75.

werking met de ketenpartners niet altijd mogelijk, omdat informatie niet altijd gedeeld wordt of kan worden in het kader van de privacy.⁷⁰

Ook de faciliterende werking van de Garantstellingsregeling Curatoren 2012 lijkt in de praktijk beperkt. De regeling is ingericht als een garantie, dus het is de bedoeling dat de garantie bij een succesvolle actie wordt terugbetaald én de boedel er ook nog iets aan overhoudt. In lijn met dat uitgangspunt is het logisch dat de garantie niet wordt verstrekt indien er geen (aantoonbare) verhaalsmogelijkheden zijn. Het is ook logisch dat de garantie niet wordt verstrekt voor het doen van fraudemeldingen of aangiftes of voor het instellen van een zelfstandige vordering op grond van het civielrechtelijk bestuursverbod. De garantie kan dan immers niet worden terugbetaald en de boedel houdt er ook nog eens niets aan over. Dat houdt wel in dat curatoren de garantie niet kunnen gebruiken voor de aanpak van onregelmatigheden indien de bestuurder geen verhaal biedt. In dat kader geldt voor de Belastingdienst en de FIOD iets vergelijkbaars. Zij zullen slechts optreden indien dit dienstig is aan het fiscale belang, en dat zal niet het geval zijn als er onvoldoende verhaalsmogelijkheden zijn. Kortom: de werkwijze bij de beoordeling van de Garantstellingsregeling Curatoren 2012 en de werkwijze van de FIOD kunnen de curator het idee geven dat optreden alleen gewenst is indien er verhaalsmogelijkheden zijn, terwijl de wetgever die beperking niet (uitdrukkelijk) heeft beoogd.

Het door de wetgever met de Wet versterking positie curator beoogde doel wordt dus mogelijk niet bereikt, omdat het doel van de beleidstheorie – het creëren van een preventief effect – strijdig lijkt te zijn met de wijze waarop door de ketenpartners wordt omgegaan met de aanpak van onregelmatigheden.

3.6 CONCLUSIE

Om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen heeft de wetgever ingezet op maatregelen die de pakkans vergroten. Om de pakkans te vergroten heeft de wetgever de taak van de curator om onregelmatigheden aan te pakken wettelijk geïnstitutionaliseerd. Zo is de curator verplicht om een oorzakenonderzoek uit te voeren naar eventuele onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de afwikkeling van het faillissement hebben bemoeilijkt of hebben bijgedragen aan het boedeltekort. Daarnaast wordt van hem verwacht dat hij stappen neemt om onregelmatigheden aan te pakken. Om curatoren aan te moedigen is getracht hen meer mogelijkheden te geven, denk aan de aanvullende bevoegdheden die zijn geïntroduceerd met de Wet versterking positie curator en de mogelijkheid om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen (deelvraag 3). Bovendien is geprobeerd om de samenwerking met de verschillende ketenpartners zo efficiënt mogelijk in te

70 Schreurs, *TvI* 2021.

richten. De curator is verantwoordelijk voor de signalering en de civielrechtelijke aanpak, de ketenpartners voor de ondersteuning en het strafrechtelijke traject (deelvraag 4).

Bij de vormgeving van de taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden heeft de wetgever enkele aannames gedaan. Zo verwacht de wetgever dat de curator in ieder faillissement een (beperkt) oorzakenonderzoek uitvoert. Bovendien verwacht de wetgever dat de curator geconstateerde onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris en stappen onderneemt om deze onregelmatigheden te redresseren (deelvraag 3). In de literatuur wordt gesuggereerd dat deze aannames (deels) incorrect zijn. Zo kan de taak om onregelmatigheden aan te pakken strijdig zijn met de belangen van de boedel en de persoonlijke financiële belangen van de curator waardoor de curator juist zou worden ontmoedigd om onregelmatigheden aan te pakken. Bovendien blijkt de samenwerking met de ketenpartners enkele knelpunten te bevatten. Het beoogde doel van de wetgever om curatoren te stimuleren onregelmatigheden aan te pakken, wordt dus mogelijk niet bereikt.

In het volgende deel bied ik inzicht in de factoren die curatoren in de praktijk belemmeren en aanmoedigen bij de aanpak van onregelmatigheden. Vervolgens doe ik in deel III op basis van de belemmeringen die in de praktijk bij curatoren spelen bij de aanpak van onregelmatigheden aanbevelingen voor een (wettelijk) systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen.

Deel II

De curator en de aanpak van onregelmatigheden in de praktijk

4 Een *Grounded theory*-studie naar het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden¹

4.1 INTRODUCTIE

In deel I heb ik geconcludeerd dat de wetgever heeft beoogd om curatoren te stimuleren om onregelmatigheden consequent aan te pakken door aanvullende mogelijkheden te introduceren en de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden wettelijk vast te leggen. De beleidstheorie omvat enkele aannames over hoe curatoren zich zouden gedragen na invoering van de verschillende wettelijke regelingen. Zo wordt van de curator verwacht dat hij zich consequent inzet voor de aanpak van onregelmatigheden door onregelmatigheden te onderzoeken en te redresseren. Het is onduidelijk of deze aannames ook in de praktijk correct blijken. De aanpak van onregelmatigheden kan immers strijdig zijn met het belang van de gezamenlijke schuldeisers en/of het (financiële) belang van de curator, waardoor curatoren wellicht in de praktijk niet geneigd zijn om onregelmatigheden aan te pakken.

Om antwoord te geven op de onderzoeksvraag hoe de belemmeringen die curatoren ervaren kunnen worden ingeperkt is het belangrijk om inzicht te krijgen in hoe curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken (deelvraag 5) en welke factoren hen daarin (zowel positief als negatief) beïnvloeden (deelvraag 6). Deelvraag 5 en 6 worden beantwoord door drie separate studies. Hoofdstuk 4 doet verslag van de eerste studie. In dit hoofdstuk wordt door een *grounded theory*-studie aan de hand van interviews met curatoren inzicht geboden in het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Deze *grounded theory* vormt de basis voor de kwantitatieve studies waarvan verslag wordt gedaan in hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6.

Deze studie vergt een empirische benadering met bijbehorende methoden en bijbehorend jargon, waarover ik extra uitleg geef in speciale omkaderde methodeblokken. Deze methodeblokken zijn bedoeld voor de lezer die minder goed thuis is in de toegepaste empirische benadering.

In hoofdstuk 4 bespreek ik allereerst de *grounded theory*-methode en de onderzoekszopzet (par. 4.2). Vervolgens wordt ingegaan op de resultaten van het onderzoek. Na enkele algemene opmerkingen over de resultaten (par. 4.3), bespreek ik achtereenvolgens het werkproces van de curator bij de aanpak

1 Een gedeelte van deze studie is eerder gepubliceerd, zie: Pool, Pluut & Vriesendorp, *RdW* 2021.

van onregelmatigheden (par. 4.4) en de verschillende factoren die de curator beïnvloeden bij die aanpak (par. 4.5). In paragraaf 4.6 presenteer ik vervolgens de besluitvormingstheorie die ik heb opgesteld op basis van de afgenomen interviews. In paragraaf 4.7 bespreek ik hoe mijn besluitvormingstheorie zich verhoudt tot de beleidstheorie. Afsluitend ga ik in op de methodologische beperkingen (par. 4.8) en concludeer ik met een vooruitblik op de hoofdstukken 5 en 6 (par. 4.9).

4.2 ONDERZOEKSOPZET

4.2.1 *Grounded Theory*

Empirische begrippen

<i>Iteratief</i>	Iteratief betekent dat verschillende stappen in een bepaald proces zich stelselmatig herhalen. In kwalitatief onderzoek betekent iteratief dat dataverzameling en data-analyse tegelijkertijd plaatsvinden. Met andere woorden, na ieder interview bekijkt de onderzoeker over welke onderwerpen er voldoende informatie beschikbaar is en over welke onderwerpen in volgende interviews moet worden doorgevraagd.
<i>Inductief</i>	Inductief betekent dat er op basis van waarnemingen (data) een theorie wordt ontwikkeld. Die theorie moet vervolgens worden getoetst. Bij inductief onderzoek is het vertrekpunt de data.
<i>Deductief</i>	Deductief betekent dat er op basis van een theorie bepaalde assumpties worden getoetst in de data. Bij deductief onderzoek is het vertrekpunt de theorie.
<i>Hypothese</i>	Een hypothese is een stelling waarin de onderzoeker aangeeft welk verband hij verwacht te vinden in het onderzoek.

Grounded theory is een methode waarin door een iteratief en systematisch onderzoeksproces een verklarende theorie van bepaalde processen kan worden ontwikkeld.² Bij deze methode worden de onderzoeksdata inductief benaderd. Dit houdt in dat er, anders dan in de hoofdstukken 5 en 6, niet wordt gewerkt met vastomlijnde hypothesen, maar met een open onderzoeksvraag of een onderzoeksprobleem. Op basis van waarnemingen (data) worden patronen gevonden die leiden tot een (voorlopige) theorie. Bij een inductieve benadering worden hypothesen aan de (te formuleren) theorie ontleend en is de formulering van de hypothesen dus het resultaat van het onderzoek. Dit in tegenstelling tot een deductieve benadering, waarbij hypothesen het startpunt zijn en

2 Glaser & Strauss 1967. Deze alinea is gebaseerd op een eerdere bijdrage, zie: Pool, *Leiden Law Methods Portal* 2020.

worden gebaseerd op al bestaande theorieën. De deductieve benadering komt terug in hoofdstuk 5 en 6.

Binnen de *grounded theory*-methode zijn verschillende stromingen te onderscheiden.³ De eerste (klassieke) *grounded theory*-methode is bedacht door Glaser en Strauss.⁴ De klassieke methode gaat uit van een zogenoemde 'tabula rasa', hetgeen inhoudt dat van de onderzoeker wordt verwacht dat hij met een open blik het onderzoek instapt. Deze aanpak gaat ervan uit dat de onderzoeker zo min mogelijk voorkennis heeft en geen onderzoeksvraag opstelt. De tweede *grounded theory*-methode is de 'Straussian approach'. Deze methode vereist geen complete *tabula rasa*.⁵ De *Straussian approach* onderkent dat een (beperkte) literatuurstudie noodzakelijk is om een theorie te kunnen formuleren en staat het gebruik van open onderzoeksvragen toe. De derde (meer flexibele) variant is de 'constructivist approach'.⁶ Deze variant staat nog meer literatuuronderzoek toe en heeft een meer open codeerstructuur in vergelijking met de andere twee varianten.

Voor dit onderzoek heb ik om twee redenen de *Straussian approach* gekozen. Allereerst valt de klassieke aanpak af, omdat ik voor het maken van mijn onderzoeksplan al een literatuuronderzoek heb uitgevoerd en dus geen complete *tabula rasa* was op het gebied van het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. De beschikbare informatie over het besluitvormingsproces is echter beperkt en er zijn geen bestaande theorieën over het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Om die reden past de *Straussian approach* – met een beperkte voorkennis – het beste bij de achtergrond van dit onderzoek. Ten tweede is de strikte en duidelijke codeermethode van de *Straussian approach* geschikter voor dit onderzoek dan een open codeerstructuur. Een minder strikte codeermethode zorgt immers voor minder betrouwbare resultaten. Aangezien er geen bestaande theorieën zijn om de resultaten mee te vergelijken, is het belangrijk om een betrouwbare codeerstructuur te gebruiken.

3 Kenny & Fourie, *The Qualitative Report* 2015.

4 Glaser & Strauss 1967. De eerste toepassing van de *grounded theory*-methode was in 1965, zie: Glaser & Strauss 1965.

5 Strauss & Corbin 1998.

6 Charmaz 2006.

4.2.2 Steekproef

Empirische begrippen

<i>Steekproef</i>	Een steekproef (ook wel <i>sample</i>) is een selectie uit de gehele groep (populatie) die je wilt onderzoeken.
<i>Semigestructureerde interviews</i>	Bij een semigestructureerd interview wordt vooraf geen vragenlijst opgesteld. De interviews worden in plaats daarvan uitgevoerd aan de hand van een onderwerpenlijst. Een semigestructureerd interview laat daarmee voldoende ruimte voor eigen inbreng van participanten.
<i>Purposeful sampling</i>	<i>Purposeful sampling</i> is een methode om participanten voor een studie te selecteren op basis van enkele vooraf opgestelde criteria zoals (in mijn geval) ervaring, arrondissement of grootte van het kantoor.
<i>Theoretical sampling</i>	<i>Theoretical sampling</i> is een methode om participanten voor een studie te selecteren op basis van de informatie die ze kunnen geven. Denk bijvoorbeeld aan het kiezen van participanten die ervaring hebben met het doen van fraudemeldingen, omdat die invalshoek onderbelicht is gebleven in eerdere interviews.

Om inzicht te krijgen in het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden, zijn semigestructureerde interviews uitgevoerd met 33 curatoren.⁷ Het samplingproces van deze studie bestond uit twee stappen. De eerste steekproef is geselecteerd door *purposeful sampling*.⁸ De selectie van participanten berust bij *purposeful sampling* niet compleet op toeval, maar vindt plaats aan de hand van enkele selectiecriteria die bewust zijn opgesteld. Het doel van deze selectiemethode is om juist die participanten te selecteren die naar verwachting de meeste informatie kunnen geven over het onderzoeksonderwerp. Op basis van een lijst van alle curatoren in Nederland ($N = 610$) is een aantal curatoren geselecteerd.⁹ Bij de selectie is rekening

7 Deze interviewtechniek staat beter bekend als *semi-structured in-depth interviewing*. Zie Webley 2010, p. 9. Hoewel curatoren experts op het gebied van het insolventierecht zijn, heb ik geen expertinterviews uitgevoerd. De curatoren kwalificeren als specialisten maar niet als experts. Het verschil tussen die groepen zit erin dat de expert (in tegenstelling tot de specialist) overzichts kennis heeft over het onderzoeksgebied, waarbij de kennis vooral ziet op overkoepelende problemen die de eigen werkkruis overstijgen. De curatoren die ik heb gesproken vallen niet per se in die categorie en daarnaast ging het gesprek juist over eigen ervaringen en niet over oplossingen van problemen. De curatoren in mijn studie hebben enkel inzicht gegeven in hun eigen ervaringen. De interviews gingen niet over meer overkoepelende problematiek. Dat maakt dat ik de curatoren in mijn studie kwalificeer als specialist en niet als expert. Zie Bogner e.a. 2009, p. 81-83.

8 Webley 2010, p. 7.

9 De curatorenlijst is opgesteld aan de hand van een lijst met kantoren met een curatorenpraktijk via www.curatoren.nl. Vervolgens is handmatig via de website van de desbetreffende kantoren onderzocht welke advocaten tevens curator zijn.

gehouden met de gewenste variatie in arrondissement, aantal jaren werkervaring als advocaat en kantoorgrootte. Verder is de steekproef willekeurig. De steekproef is zodanig samengesteld dat alle relevante variaties een plek hebben gekregen in het onderzoek.¹⁰ Op basis van de analyse van de afgenomen interviews en daaruit verkregen informatie zijn – in lijn met de *theoretical sampling*-methode – aanvullende participanten geselecteerd.¹¹ Het doel van *theoretical sampling* was om aanvullende informatie te vergaren over specifieke onderwerpen die onderbelicht zijn gebleven in eerdere interviews. In tabel 4.1 staat een overzicht per rubriek van alle participanten.

Tabel 4.1 Overzicht participanten

Arrondissement*	Ervaring	Kantoorgrootte
Amsterdam (n = 8)	0-5 jaar (n = 5)	Klein – 1-50 advocaten (n = 24)
Den Haag (n = 3)	6-10 jaar (n = 7)	Middel – 51-100 advocaten (n = 6)
Gelderland (n = 3)	11-15 jaar (n = 7)	Groot – 101 of meer advocaten (n = 3)
Limburg (n = 2)	16 of meer jaren (n = 14)	
Midden-Nederland (n = 5)		
Noord-Holland (n = 2)		
Noord-Nederland (n = 2)		
Oost-Brabant (n = 6)		
Overijssel (n = 2)		
Rotterdam (n = 4)		
Zeeland-West-Brabant (n = 2)		

* Enkele participanten zijn werkzaam (geweest) in meerdere arrondissementen.

4.2.3 Interviews

Empirische begrippen

<i>Sensitizing concepts</i>	Sensitizing concepts zijn open en niet-gedefinieerde concepten die een algemeen beeld schetsen van het onderzoeksonderwerp en zo richting geven aan open kwalitatief onderzoek.
<i>Pilotinterviews</i>	Pilotinterviews zijn voorbereidende interviews met participanten waarin wordt nagegaan of er een werkbare onderwerpenlijst is opgesteld. Bovendien zorgen pilotinterviews voor een beter inzicht in het onderzoeksgebied, zodat tijdens de daadwerkelijke interviews beter kan worden doorgevraagd.
<i>Transcriberen</i>	Transcriberen is het letterlijk uittypen van de opnames van interviews.

10 Zie ook Remmers & Groenland, KWALON 2006.

11 Webley 2010, p. 7.

De interviews zijn uitgevoerd op basis van een onderwerpenlijst. De onderwerpen kunnen worden beschouwd als *sensitizing concepts*.¹² De eerste onderwerpenlijst is opgesteld op basis van het literatuuronderzoek, eerder uitgevoerde pilotinterviews en de (eerste) bevindingen van de kwantitatieve studie van faillissementsverslagen (zie hoofdstuk 5). De onderwerpenlijst is twee keer gewijzigd. Zo kwamen tijdens eerdere interviews het benoemingsbeleid en de voorfinanciering van procedures door de curator zelf naar voren als belangrijke aanvullende thema's.¹³ De finale *topic list* behandelde de volgende onderwerpen: 1) opleiding en ervaring, 2) benoeming door de rechtbank, 3) eerste contact met de bestuurder(s), 4) het oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek, 5) redressering bestuursnormen: schikking, procedure en fraudemelding, 6) artikel 68 Fw: de taak van de curator, 7) lege boedels, voorfinanciering en de garantstellingsregeling en 8) de rol van de rechter-commissaris.¹⁴ Tijdens de interviews heb ik per onderwerp open vragen gesteld om inzicht te krijgen in het afwegings- en besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. De duur van de interviews varieerde van 54 minuten tot 1 uur en 46 minuten. De interviews werden met toestemming opgenomen en anoniem getranscribeerd.¹⁵ Uiteindelijk heeft het dataverzamelingsproces geleid tot 572 pagina's aan transcripten.

4.2.4 Analyse

Empirische begrippen

<i>Atlas.ti</i>	Atlas.ti is een softwareprogramma dat behulpzaam kan zijn bij het gestructureerd analyseren van onderzoeksdata. Atlas.ti biedt mogelijkheden om (in dit geval) interviewtranscripten te analyseren en te vergelijken. Bovendien biedt het programma mogelijkheden om een theorie te ontwikkelen op basis van de data.
<i>Coderen</i>	Coderen is een proces om data te analyseren. Coderen is niets anders dan het selecteren van een stuk tekst uit een transcript en daar een label aanhangen. Denk bijvoorbeeld aan de quote 'ik krijg geen reactie van het CMF', die het label 'geen reactie CMF' krijgt.

12 Bowen, *International Journal of Qualitative Methods* 2006, p. 3.

13 De eerste versie van de *topic list* bestond uit de volgende onderwerpen: 1) opleiding en ervaring, 2) aanstelling als curator, 3) oorzakenonderzoek en artikel 68 Fw, 4) beoordeling van bestuurlijk handelen, 5) schikking versus een procedure en 6) de rol van de rechter-commissaris. De tweede versie van de *topic list* bestond uit de volgende onderwerpen: 1) opleiding en ervaring, 2) aanstelling door de rechtbank, 3) eerste stappen na aanstelling, 4) artikel 68 Fw, 5) beoordeling bestuurlijk handelen, 6) redressering bestuursnormen en 7) de rol van de rechter-commissaris.

14 Zie appendix 2 voor de onderwerpenlijst.

15 De auteur bedankt in het bijzonder Sebastian Kingdon en Gijs de Koning voor hun bijdrage aan het transcriberen van de interviews.

<i>Open coding</i>	<i>Open coding</i> is een wijze van coderen waarbij de labels die worden gegeven aan een quote aansluiten bij hetgeen de participant letterlijk heeft gezegd.
<i>Axial coding</i>	<i>Axial coding</i> is een fase in het coderen waarbij de codes van de open coding die zien op vergelijkbare aspecten worden samengevoegd in één code. Denk bijvoorbeeld aan het samenvoegen van de codes 'curator is geen politieagent' en 'curator is geen boevenvanger'.
<i>Selective coding</i>	<i>Selective coding</i> is de laatste fase van het coderen, waarbij de verschillende (samengevoegde) codes met elkaar in verband worden gebracht zodat er een verhaal ontstaat.
<i>Constant comparison</i>	<i>Constant comparison</i> is een kernelement van de <i>grounded theory</i> -methode en houdt in dat tijdens het coderen (analyseren) van de transcripten steeds wordt gekeken of bestaande codes kunnen worden gebruikt voor een quote. Als een participant bijvoorbeeld vertelt over gebrekkige reacties van het CMF, dan kan de onderzoeker de hierboven besproken code 'geen reactie CMF' gebruiken.
<i>Memoën</i>	Memoën is een kernelement van de <i>grounded theory</i> -methode en betekent dat tijdens het analyseren memo's worden aangemaakt waarin de onderzoeker zijn gedachten over het proces opschrijft. Dat kan bijvoorbeeld zien op lichaamstaal van een bepaalde participant in een interview of op een bepaalde gedachte over verbanden tussen codes, alvorens wordt toegekomen aan de <i>selective coding</i> -fase. De memo's bieden inzicht in het werkproces van de onderzoeker.
<i>Saturatie</i>	Saturatie (of verzadiging) betekent dat nieuwe interviews geen nieuwe informatie meer opleveren. Op het moment dat saturatie is bereikt, kan de onderzoeker stoppen met het afnemen van interviews.

De transcripten zijn gecodeerd met behulp van Atlas.ti. Het coderingsproces bestond uit drie fases.¹⁶ In de eerste fase, de *open coding*-fase, zijn de quotes uit de interviews gelabeld met codes. Deze codes sloten aan bij de inhoud van de quote. Hierbij is *constant comparison* toegepast. Dat houdt in dat ik bij het toewijzen van codes aan quotes steeds heb gekeken of een bestaande code kon worden gebruikt. Alleen als dat niet mogelijk bleek, is een nieuwe code aangemaakt.¹⁷ Na de *open coding*-fase, resulterend in 262 codes, zijn de codes gecategoriseerd in overkoepelende categorieën (de *axial coding*-fase) en is ten slotte bekeken hoe de verschillende categorieën van codes met elkaar verband hielden (*selective coding*-fase). Tijdens het coderen is door memoën verslag

16 Zie Saldaña 2013.

17 Zie ook Boeije, *Quality & Quantity* 2002, p. 391-401.

gedaan van ontstane ideeën over bijvoorbeeld samenhang tussen codes of koppelingen tussen bepaalde uitspraken van participanten en geraadpleegde literatuur. Deze memo's vormden een belangrijke input voor de uiteindelijke analyse.

De data-analyse verliep gelijktijdig met de dataverzameling, waardoor analyses konden worden gebruikt om de onderwerpen en vragen in nieuwe interviews aan te scherpen. Door het toepassen van *constant comparison* kon worden gemonitord op welke punten voldoende informatie was verzameld en op welke punten tijdens de latere interviews nog extra doorgevraagd moest worden. Zodra duidelijk werd dat nieuwe interviews geen nieuwe informatie (codes) meer opleverden en het punt van saturatie was bereikt, ben ik gestopt met het benaderen van participanten. Interviews die gepland stonden op het moment dat saturatie was bereikt, zijn nog wel afgenomen. Ook deze interviews leverden geen nieuwe informatie (codes) op en bevestigden dat saturatie was bereikt.

4.3 RESULTATEN

De analyse van de interviews heeft inzicht gegeven in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken. De analyse heeft tevens geleid tot een overzicht van zes factoren die van invloed zijn op het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Hierna wordt eerst aan de hand van de resultaten van het onderzoek inzicht verschaft in het werkproces van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden (par. 4.4). Daarbij wordt aandacht besteed aan de signaleringsfase, de beoordelingsfase en de redresseringsfase. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de zes factoren die van invloed zijn op de wijze waarop de curator beslissingen neemt en afwegingen maakt bij de aanpak van onregelmatigheden (par. 4.5). Daarbij wordt ingegaan op mogelijke verklaringen voor de verschillen die bestaan bij de aanpak van onregelmatigheden.

De informatie in de navolgende paragrafen is volledig gebaseerd op hetgeen de participanten in de interviews hebben verteld. De resultaten worden beschreven aan de hand van quotes uit verschillende interviews. De geselecteerde quotes laten de gemiddelde werkwijze van curatoren zien. Omdat er bij bijna iedere code meerdere quotes horen, heb ik gekozen voor de meest heldere quote die bovendien de meeste informatie bevatte over een bepaald onderwerp. Wanneer er verschillende zienswijzen waren over bepaalde onderwerpen, worden de verschillende zienswijzen naar voren gebracht.

Voorafgaand aan de interviews is iedere curator volledige anonimiteit gegarandeerd. Aangezien een bepaalde combinatie van kenmerken (arrondissement, kantoor grootte en aantal jaar ervaring) voor sommige curatoren herkenbaarheid kan opleveren, heb ik besloten om deze kenmerken niet bij de quotes te vermelden.

4.4 HET WERKPROCES VAN DE CURATOR BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

4.4.1 Introductie

De eerste dagen van een faillissement zijn hectisch. De curator wordt direct met verschillende actoren geconfronteerd die ieder om zijn aandacht vechten. Werknemers bijvoorbeeld die willen weten of hun salarissen nog worden uitbetaald of klanten die willen weten of hun cadeaubon nog kan worden ingewisseld. Voor de curator is het van belang zich zo snel mogelijk te verdiepen in het bedrijf en helder te krijgen welke rechten en verplichtingen het bedrijf en de verschillende actoren hebben. Om informatie te verzamelen plant de curator vaak nog de eerste dag een gesprek in met het bestuur, terwijl zijn (faillissements)medewerkers achtergrondinformatie verzamelen, data veiligstellen door *datadumps* en administratieve handelingen uitvoeren. Die informatie heeft de curator nodig omdat hij vaak prioriteit geeft aan het realiseren van een eventuele doorstart om zoveel mogelijk waarde te creëren voor de gezamenlijke schuldeisers. De aanpak van en het onderzoek naar eventuele onregelmatigheden heeft niet de eerste prioriteit. Toch start het signaleren van onregelmatigheden al in het eerste gesprek met het bestuur.

4.4.2 Het eerste contact met het bestuur

Het eerste gesprek met het bestuur is een verkennend gesprek waarin de curator uitlegt wat zijn taken zijn, wat het bestuur van hem mag verwachten en wat van het bestuur wordt verwacht in een faillissement.¹⁸ In dit eerste gesprek vraagt de curator nog niet uitgebreid naar de eventuele oorzaken van het faillissement. Wel staan de ‘voelsprietten’ van de curator al aan. De curator laat in het eerste gesprek vooral het bestuur zijn verhaal doen.

‘De bestuurder wil ook graag zijn verhaal vertellen. En dan krijg je een verhaal van de bestuurder waarvan ik me inderdaad wel realiseer van, dat is zijn verhaal en dat is nog geen diepgravend onderzoek, helemaal niet. Dat is zijn ervaring.’

Deze quote laat zien dat de curator de verklaringen van het bestuur niet direct voor waar aanneemt. Curatoren proberen kritisch te zijn (en te blijven) op het verhaal van het bestuur.

Curatoren waarderen de eerste verklaringen van het bestuur verschillend. Sommige curatoren zijn van mening dat ‘het bestuur voor elk faillissement

18 Zie bijvoorbeeld de INSOLAD folder ‘Wat betekent het faillissement voor u als bestuurder van een failliete rechtspersoon’, te raadplegen via insolad.nl/publicaties/.

verantwoordelijk is' en zijn sceptisch over hetgeen het bestuur hen vertelt. Deze curatoren vinden het een slecht teken als het bestuur het faillissement wijdt aan externe factoren. Voor deze curatoren is het noemen van externe oorzaken van het faillissement een teken van zwakte en/of een slecht inschattingsvermogen. Andere curatoren gaan weer meer uit van 'het goede in de mens'.

'Maar ik ga er nog wel steeds vanuit dat – en daar zie ik wel verschillende trends met curatoren – dat er toch wel een onschuldpresumptie is ten aanzien van bestuurders. We hebben de BV natuurlijk gecreëerd om ondernemingsrisico te kunnen lopen. Dus dat vind ik wel een belangrijk uitgangspunt om in een faillissement binnen te stappen. Ik zie (ook directe) collega's die dat anders doen [...] Die zijn op zoek naar iemand die moet hangen. En dat vind ik niet de juiste instelling.'

Deze curatoren menen dat faillissementen vaak worden veroorzaakt door externe factoren en zijn minder sceptisch ten opzichte van de eerste verklaringen van het bestuur.

Een eventueel (voor)oordeel over het gedrag van het bestuur voorafgaand aan het faillissement zal de curator (vrijwel) nooit laten doorschemeren. Aan het begin van het faillissement is samenwerken met de bestuurder voor de curator van groot belang.

'We hebben eigenlijk samen een missie en dat zeg ik ook altijd. Die missie zit erin om het bedrijf zo goed mogelijk te verkopen en te liquideren, de activa te gelde te maken.'

'In de beginfase probeer ik een bestuur altijd wel als vriendje te houden. En als die fase eenmaal afgesloten was, dan wilde het beeld nog wel eens veranderen.'

'Meestal schuif ik het rechtmatigheidsonderzoek wat naar achter. Ik wil daar ook niet mee beginnen, omdat er andere meer dringende zaken zijn om op te pakken en eerst af te wikkelen. En je wil de bestuurder meestal ook niet afschrikken. Juist in het begin heb je veel informatie van hem nodig en soms ook zijn medewerking bij een doorstart.'

De voornaamste reden voor de curator om te streven naar een goede samenwerking met het bestuur ligt in de bereidheid van het bestuur om informatie te verschaffen. Soms zorgt dat voor lastige situaties.

'Je bent gewoon altijd op je hoede. Je gaat eigenlijk altijd uit van de zwartste – dat klinkt wat zwaar hoor – maar van de meest negatieve scenario's. En dat is ook een soort spel dat je speelt. Want je wilt eerst zoveel mogelijk informatie hebben, dus je moet de bestuurder op zijn gemak kunnen stellen en daarna – in de loop van het dossier – kan het weleens veranderen. Dan moet je van standpunt veranderen – althans zo voelt zo'n bestuurder dat dan he, je bent eerst – als je bijvoorbeeld aan een doorstart werkt dan ga je heel intensief met elkaar om. Soms dagelijks en in het weekend heb je contact met elkaar om te kijken of je de onderneming kan laten landen en dat lukt dan. Iedereen blij. Zoveel werkgelegenheid gered en

crediteuren kunnen in ieder geval weer door met leveren. En dan blijkt – naar mate je het dossier beter gaat bestuderen – dat de bestuurder een fors verwijt gemaakt kan worden. En dan ben je opeens niet meer zo aardig. Dat is een lastig traject.’

Hoewel het oorzakenonderzoek geen prioriteit heeft en de curator in het eerste gesprek vooral het vertrouwen van het bestuur probeert te winnen, legt het eerste verkennende gesprek wel een belangrijke basis voor het verdere verloop en de inrichting van het oorzakenonderzoek.

‘Eigenlijk begint dat toch met een soort *fingerspitzengefühl*. Je voelt eigenlijk vanaf de eerste vijf minuten al aan of dit een faillissement is waar bestuurdersaansprakelijkheid vanaf druppelt of niet’

‘Vaak is het al bekend in de markt dat het een fraudefaillissement is of je wordt direct op datum faillissement gebeld door betrokkenen. En heel soms heb je zelf een onderbuikgevoel [...]. Je hebt eigenlijk al binnen 24 uur in de gaten wat voor faillissement je hebt.’

Deze quotes laten zien dat de curator zijn eerste oordeel over de intenties van het bestuur snel vormt. Dit eerste oordeel staat vervolgens aan de basis van de (verdere) inrichting van het oorzakenonderzoek. Sommige curatoren geven aan dat zij hun eerste oordeel in het oorzakenonderzoek proberen te falsificeren om zo tunnelvisie te voorkomen.

4.4.3 De signaleringsfase

In het eerste gesprek met het bestuur wordt al een eerste – informele – stap gezet in het oorzakenonderzoek. Over de vraag of het oorzakenonderzoek in ieder faillissement moet plaatsvinden zijn de meningen eenduidig.

‘Het oorzakenonderzoek gebeurt altijd. Heel simpel, het gebeurt altijd. Maar het is theoretisch denkbaar dat je een oorzakenonderzoek afrondt in 10 uur.’

‘De beslissing of er een aanwijzing aanwezig is, vind ik al oorzakenonderzoek. Want dan heb je op dat puntje, de F7 van ons lijstje, al tijd besteed. Je kan niet zonder iets eraan te doen zeggen dat er geen aanleiding voor is. Dus ook de simpele beslissing dat we niets hoeven te doen omdat er geen aanleiding voor is, is een oorzakenonderzoekje in het klein.’

‘Ik denk dat je het altijd moet doen, dat iedere curator een oorzakenonderzoek moet doen alleen de vraag is hoe diep doe je hem. Ga je inderdaad alleen maar een gesprekje doen? Dat is ook een oorzakenonderzoek. Dat is iets anders dan zo’n heel extern bureau erop zetten. Dat is een heel grijs gebied.’

Hoe het onderzoek vervolgens wordt ingericht verschilt per curator, maar er zijn ook verschillen te ontdekken per arrondissement en per faillissement. Zo zijn er curatoren die het oorzakenonderzoek beperken tot het controleren van

bankrekeningen en een korte check (*quick scan*) van de administratie. Veelal worden daar automatische programma's voor gebruikt die relatief snel grote hoeveelheden data uit e-mails en documenten kunnen doorzoeken. Dat soort programma's hebben zeer intensieve zoekmogelijkheden en herkennen ook bijvoorbeeld spelfouten (curater in plaats van curator of pauliana in plaats van pauliana) en kunnen zelfs verwijderde e-mails en bestanden boven tafel halen. Daarnaast wordt er vaak informatie opgevraagd bij bijvoorbeeld de Kamer van Koophandel. Ook vragen curatoren nog wel eens om een netwerktekening bij Dienst Justis of om (verhaals)informatie bij de Belastingdienst. Er wordt tevens gesproken met medewerkers en de curator houdt tijdens de afwikkeling van het faillissement zijn oren en ogen open voor (aanwijzingen van) eventuele onregelmatigheden. Pas bij (sterke) signalen van onregelmatigheden wordt een uitgebreid oorzakenonderzoek opgezet. Uitzondering op die regel vormen de grote(re) faillissementen. Bij de grote(re) faillissementen – waarbij ook vaak maatschappelijke belangen meespelen – wordt ook zonder duidelijke aanwijzingen van onregelmatigheden een uitgebreid oorzakenonderzoek opgetuigd.

Voordat wordt overgegaan tot een eventueel uitgebreid onderzoek bij signalen van onregelmatigheden, wordt eerst een verhaalsonderzoek gedaan om te beoordelen of het instellen van acties – en dus het doen van een uitgebreid oorzakenonderzoek – wel zin heeft. Soms gebeurt dat verhaalsonderzoek zelfs voor de eerste korte check van de administratie (*quick scan*).

'Overigens parallel daaraan, als ik in een vroeg stadium weet of er in beginsel sprake zou kunnen zijn van bestuurdersaansprakelijkheid – ik zeg nadrukkelijk niet dat dit dan uiteindelijk ook zo is, ik pretendeer ook niet dat ik binnen een week zeker weet dat een bestuurder aansprakelijk is – maar als ik in een vroeg stadium daar wel al aanleiding voor heb te veronderstellen dat het zo kan zijn, dan laat ik in een vroeg stadium ook een verhaalsonderzoek doen. De uitkomst daarvan kan ik dan meewegen bij het verdere traject. Ik kan door de combinatie van alle feiten en omstandigheden, crediteurenpositie, alle (verhaals)info, dan wel snel zien of het opportuun is om nader onderzoek te doen. Dan kan het zijn dat het prachtig is wat je gevonden hebt, maar hoe zinvol is het ook om hiermee door te gaan als je weet dat er geen enkel verhaal mogelijk is of dat het crediteurenbelang beperkt is.'

'Oftewel, platgezegd: op het moment dat de bestuurder verhaal biedt en je hebt voldoende boedelactief – of je kunt daardoor een garantstelling aanvragen – dan heb je ook meer faciliteiten om een oorzakenonderzoek ordentelijk in te richten en de juiste stappen te nemen. Hoor- en wederhoor, nader onderzoek naar de administratie, misschien wel een accountant inschakelen die diepgravender naar de cijfers kijkt en die op bepaalde punten beter kan inzoomen.'

Het verhaalsonderzoek bestaat uit het opvragen van verhaalsinformatie bij de Belastingdienst of het opvragen van een netwerktekening bij Dienst Justis om te kijken of bestuurders bijvoorbeeld ook aandeelhouder en/of bestuurder

zijn bij andere vennootschappen. Ook worden minder officiële methoden ingezet om een beeld te vormen van de verhaalsmogelijkheden. Zo bekijken sommige curatoren op Funda voor welke prijs huizen in de buurt te koop staan, om zo te kunnen beoordelen of een verkoop tot extra inkomsten voor de boedel zou kunnen leiden.

Zodra de curator voldoende overtuigd is van het bestaan van verhaalsmogelijkheden, volgt een uitgebreid(er) onderzoek. Sommige curatoren zien het oorzakenonderzoek als een proces van waarheidsvinding en focussen zich bij het oorzakenonderzoek op de feitelijke gang van zaken voorafgaand aan het faillissement.

‘En wat ik dan heel erg doe is heel systematisch gewoon de feitelijke gegevens onder elkaar zetten. Dus wanneer is de vennootschap opgericht, wanneer zijn de jaarrekeningen ingediend, dat is gewoon een excelbestand. Daar staat dan de oprichting in, soms wel tien jaarrekeningen, die zet je er netjes in op het moment dat ze zijn vastgesteld en gedeponerd. Vervolgens zet je er bijvoorbeeld bij wanneer de bestuurder is aangesteld. Vind je nog een belangrijk feit, dan zet je dat in dat feitenoverzicht. Op een bepaald moment zie je relevante e-mails die zijn gewisseld tussen een aantal *key* actoren, die zet je in je feitenoverzicht. Zo bouw je een puur feitelijk verhaal op van wat je hebt vastgesteld en wat heeft plaatsgevonden.’

‘Mij gaat het om een reconstructie wat er voor het faillissement gebeurd is. En wat zijn rol daarin is – ik heb zelf het idee dat op het moment dat ik dat soort aspecten al ga uitlichten, dat het voor een bestuurder in ieder geval misschien groter wordt dan het op dat moment is. En die rechtmatigheid hoeft natuurlijk helemaal geen rol te spelen. Je hebt facetten die per definitie wel een rol spelen, dat zijn gegevens omtrent wat de aanleiding is geweest van het faillissement en wat zich binnen de onderneming in dat kader heeft afgespeeld. Of economie-breed, wat de crediteurenpositie is, wat de lopende facturen zijn, maar andere aspecten, dat een bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld en wat voor impact dat op hemzelf kan hebben, daar heb ik het niet over.’

‘Dan kom je eigenlijk – nadat je die feitenfase hebt gehad – bij de echte kwalificatiefase. En die kwalificatiefase – van is hier misschien iemand verantwoordelijk en zo ja, waarom – dat kan je alleen maar doen als je een goed feitelijk fundament hebt wat getoetst is, waar inderdaad iemand op kan zeggen “wacht eens even, je hebt het feitenoverzicht gemaakt op basis van een dataset, maar als ik dan de hele berg van bestanden bekijk dan zie ik opeens dat je die en die bestanden niet hebt gehad.” Daarom is het ook zo relevant om het gewoon te laten zien en er ook niet panisch over te zijn.’

Deze curatoren doen feitelijk en systematisch onderzoek naar de daadwerkelijke oorzaken van het faillissement, zonder in dat onderzoek al in te gaan op de vraag wie voor die oorzaken verantwoordelijk (of zelfs aansprakelijk) is. Bij deze curatoren is een duidelijke scheiding te zien tussen het oorzakenonderzoek (de ‘wat-vraag’) en het rechtmatigheidsonderzoek (de ‘wie-vraag’).

Een scherp onderscheid tussen het oorzaken- en het rechtmatigheidsonderzoek wordt niet door iedere curator gemaakt.

‘Dus oorzaken en rechtmatigheid doen we een beetje door elkaar. Want ja, meestal kijken we eerst naar de bankafschriften en schrijven we op wat daar gekke dingen zijn en dan kun je vanzelf zien dat er bijvoorbeeld beslag is gelegd en dat is weer belangrijk voor de oorzaken van het faillissement: liquiditeitsproblemen door het beslag. Dus zo pingpong je er een beetje doorheen tot je alle vragen gehad hebt. Dus ik zou niet zeggen dat ik heel sec kijk eerst de oorzaken, dan de rechtmatigheidsaspecten. Want dat loopt toch een beetje door elkaar heen. Een simpel voorbeeld, als de bestuurder een heleboel geld onttrekt aan de vennootschap dan is dat onrechtmatig, kennelijk onbehoorlijk bestuur en als daardoor de tent omvalt is het ook een belangrijke oorzaak van het faillissement.’

Soms vindt zelfs eerst een rechtmatigheidsonderzoek plaats en volgt alleen een feitelijk oorzakenonderzoek als dat noodzakelijk is voor de bewijsvoering in een eventuele aansprakelijkheidsprocedure.

‘Ik denk dat ons oorzakenonderzoek heel erg ook afhankelijk is van of het iets toevoegt. En een heel pragmatische insteek, maar bij MKB bedrijven is misschien eerst de vraag aan de orde: “is de bestuurder aansprakelijk?” Dan zit je meer in het rechtmatighedenonderzoek, ben ik iets tegengekomen dat niet kan? Dat is misschien voor jou raar, kan ik me voorstellen. Want normaal zeg je, met het oorzakenonderzoek begin je, hoe heeft het tot een faillissement kunnen komen. Maar dat is voor mij eigenlijk pas relevant op het moment dat ik vind dat een bestuurder een verwijt gemaakt kan worden en ik dus in 248 zit. En sterker nog, in sommige gevallen zeker weet dat de bestuurder verhaal biedt. Dus dat is eigenlijk andersom geredeneerd.’

‘En als je dan je rechtmatigheden op papier hebt gezet en je denkt er is wel iets meer aan de hand, dan kom je eigenlijk pas terug – zeker als het om 248 gaat – dan vind ik ook dat ik onderzoek moet doen naar de oorzaken van een faillissement.’

Of het oorzakenonderzoek gericht is op de feitelijke gang van zaken of op de vraag wie verantwoordelijk is voor het faillissement verschilt. Daarmee samenhangend verschillen de meningen onder curatoren over de aard en het doel van het oorzakenonderzoek. Zo zijn er curatoren die het oorzakenonderzoek zien als voorportaal van een aansprakelijkheidsvordering. Het oorzakenonderzoek is voor die curatoren dienstig aan het doel om de boedel te reconstrueren indien eventuele onregelmatigheden hebben plaatsgevonden.

‘Dat is heel makkelijk, een oorzakenonderzoek moet vaststellen wat de oorzaken zijn van het faillissement en waarom moet je dat vaststellen: als er een verantwoordelijke voor is dat dat faillissement is veroorzaakt, dan zou dat tot reconstructie van de boedel kunnen leiden. En een oorzakenonderzoek kan ook leiden tot een pauliana natuurlijk he – of 2:248. Dus het oorzakenonderzoek gaat alleen over de oorzaken, maar je kan dat niet helemaal los zien van dat dat een boedelreconstructie tot gevolg heeft. Het enige dat van belang is, is dat je het stuk achter de oorzaken, dat moet je uit je onderzoek laten.’

‘Uiteindelijk is het doel om te kijken of onregelmatigheden hebben plaatsgevonden waar mogelijk derden aansprakelijk voor zijn. Het is ook om vast te stellen of de oorzaken van het faillissement zoals de bestuurder en anderen die hebben genoemd ook matchen met wat ik in de administratie tegenkom, omdat dat weer relevant is voor een 2:248 claim. Het is niet primair mijn doel om nu als onderzoeker vast te stellen dit is de oorzaak van het faillissement en als ik niet een aanwijzing heb dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dan is de vraag of de oorzaak echt honderd procent klopt net iets minder relevant voor mij want ik ben er niet voor de maatschappij om iedere keer te vertellen ‘he deze tent is failliet, dit is de oorzaak, dat u het weet maatschappij.’ Dat is niet een van de dingen die ik in mijn taakomschrijving zie zitten, maar wel – het is sinds kort natuurlijk wettelijk verankerd, artikel 68 – kijken welke onregelmatigheden hebben plaatsgevonden en daar is onbehoorlijk bestuur als belangrijke oorzaak van het faillissement relevant voor. En het helpt inderdaad ook om vast te stellen ‘het bestuur zegt dit, dat zal het verweer zijn.’ Als ik eventueel een 248 claim instel. Dus ik moet daar sowieso onderzoek naar doen, want als ik niet de overtuiging heb dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan stel ik die vordering ook niet in. Ook indachtig de praktijkregels van INSOLAD. Ik wil ook echt de overtuiging hebben, dit is echt kennelijk onbehoorlijk bestuur, dit is echt een belangrijke oorzaak van het faillissement, dit is gewoon een boef.’

Maar weinig curatoren zien het feitelijke onderzoek naar de oorzaken van een faillissement als losstaand doel, gescheiden van de aansprakelijkheidsvraag.

‘Ik vind ook dat de schuldeisers recht hebben om te weten wat nou de oorzaak is van het faillissement. Want zij zijn er ten slotte de dupe van, of worden geraakt, economisch door dat faillissement.’

Ook over het gebruik van protocollen voor het signaleren van onregelmatigheden bestaat geen eenduidigheid. Sommige curatoren vinden het gebruik van protocollen ‘onzin.’

‘Het is zo divers dat het bijna niet te doen is om dat volgens een bepaald stappenplan te gaan behandelen. En ook de volgorde zelf al is zo lastig. Want soms zie je ook op dag één bijvoorbeeld al dat het foute boel is. Dat vergt een hele andere aanpak dan dat je daar gaandeweg achter komt. Soms dan lijkt iets volledig in orde en dan is het toch foute boel. Of andersom kom je er achter dat het toch allemaal wel mee valt dus het is bijna niet te doen om dat van tevoren volgens een bepaalde aanpak te doen. Dus nee ik moet zeggen wat dat betreft dat deze praktijk behoorlijk ad hoc is en dat het belangrijkste is dat je gewoon voldoende kennis hebt van de mogelijkheden, van de partijen, dat je weet ook waar je terecht kan als je zelf ergens vast loopt. En ik denk dat dat ook vooral het gebied is waar veel te verbeteren valt hoor, want het is in heel veel gevallen ook best wel onduidelijk voor veel ook curatoren denk ik wat de mogelijkheden eigenlijk zijn en dat is zonde.’

‘Nou, met name voor in de beginfase zeg maar wel he, dus het afvinken hebben we alles, hebben we alle punten nagelopen en dergelijke. Daarvoor wel, maar niet

in de rest van het traject. Het is toch altijd een beetje afhankelijk van de feiten en omstandigheden.'

'Nu moet ik wel zeggen dat ik niet zo'n ontzettende verwerker ben van onderzoeksresultaten ofzo hoor. Het is meer een vergaarbak van, oké ik heb dit beeld van die bestuurder, ik heb dit onderbuikgevoel, ik denk dat daar iets mis is, dus ik ga daar zoeken. En dan ga je daar zoeken.'

Andere curatoren zien juist in het gebruik van protocollen een belangrijke waarborg voor de objectiviteit van het oorzakenonderzoek.

'Standaardisatie van onderzoek, ik denk dat dat wel een belangrijke is. Het protocol van Schimmelpenninck voor grote faillissementen, ik probeer best wel wat daarvan ook te gebruiken in kleine faillissementen, bijvoorbeeld hoor en wederhoor, een voorlopige conclusie eerst delen met het bestuur en andere betrokken voordat je daarmee naar buiten treedt. Maar je kan je afvragen of zo'n model – zoals het Excel lijstje waar ik het over had – of je dat dan breder zou moeten toepassen. Daar kan je verschillend op reageren, ieder faillissement is anders, soms is al op voorhand duidelijk dat het niet nodig is. Maar dat is denk ik wel een interessante om over na te denken. Er is geen richtlijn voor nu, je doet het op de manier waarop je denkt dat het moet en ik denk dat het heel verschillend gaat, dat heel veel curatoren het op andere manieren doen. En er is niet per se een goede en een slechte, maar je ziet nu langzaam in de literatuur signalen dat we daar misschien over na moeten gaan denken, bijvoorbeeld dat Slotervaart verhaal. Moet je een oorzakenonderzoek altijd doen. [...] Dat is wel iets waarover ik me verbaasd heb, iedereen doet maar wat en iedereen doet het op zijn eigen manier. En dat is toch wel gek, ik weet niet alles sowieso, er kan een knoepertje van een BTW-fraude zijn en die ik dan gewoon kan missen omdat ik het niet eerder gezien heb. Ik heb mezelf daar wel in ontwikkeld de afgelopen jaren, je krijgt meer ervaring en je wordt er steeds beter in. Iets van standaardisatie of een opleiding die specifiek ziet op fraude, een CPO-cursus of INSOLAD misschien zelfs wel, want daar zit ook geen specifiek element op fraude of onderzoeken in. Hij zit al heel vol, maar ik denk dat het wel een aardig aspect is om te kijken waarom dat er niet is en of dat nodig is, of er behoefte aan is. En zou dat uiteindelijk de uitkomst en de efficiëntie van de onderzoeken ten goede komen, dat is een vraag. Ik weet niet wat het antwoord daarop is.'

'Wij hebben wel een standaardprotocol in de zin van een (intake)formulier op basis waarvan, alle voor een faillissement van belang zijnde zaken, tijdens een eerste gesprek de revue passeren. En ja, als je zegt standaard protocol, wij hebben wel dat we direct in faillissementen dat veiligstellen van de administratie, veiligstellen van het e-mail verkeer, het uitvoeren van die *quick scan*, dat zijn zaken die we standaard doen. Net zoals dat we standaard op dag één eigenlijk al de eerste uren na faillissement dat we dan het kadaster onderzoeken, KvK onderzoek, we schrijven RDW aan, we hebben de Belastingdienst die we aanschrijven, banken die we aanschrijven. Dat zijn allemaal standaard handelingen die we eigenlijk de eerste 24 uur doen, die eigenlijk inderdaad ook wel horen bij het oorzakenonderzoek met het rechtmatigheidsonderzoek, die we direct uitvoeren op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken.'

Ook over de vraag wie het oorzakenonderzoek moet uitvoeren verschillen de meningen. Zo vinden enkele curatoren dat zij zelf niet objectief en/of onafhankelijk genoeg zijn om een oorzakenonderzoek uit te voeren.

‘Nou ja, tot op zekere hoogte is een curator maar geëquipeerd. Dus ten aanzien van het overzichtelijke gedeelte kan die dat. Je kunt vragen in hoeverre die voldoende onafhankelijk is. En ook op voldoende afstand staat om zo’n feitenonderzoek goed te kunnen verrichten. Maar ik denk dat je in de meeste gevallen, met name in de faillissementen waarin het echt – waarbij je echt de afweging op basis daarvan moet gaan maken van ga ik procederen of niet – dat je dat dus eigenlijk meestal niet zelf kan doen. Dat je zowel qua deskundigheid als qua onafhankelijkheid niet de juiste persoon bent om zo’n onderzoek te verrichten.’

‘Ik zie collega’s daar wel meer mee worstelen. Ook met dat hele doorgronden van de administratie. Hoe minder geschoold je bent om die administratie daadwerkelijk te doorgronden, hoe eerder je geneigd bent om een derde in te schakelen als jij denkt hier is iets aan de hand. Dan ga je dat staven, dat kan ik zelf niet en dan schakel je een derde in. Een accountant of een RA of wat dan ook. Je ziet dat vaak. Je hebt natuurlijk ook wel van die *valuators*, die worden ook weleens ingeschakeld. Ik zie collega’s hier wel mee worstelen. Zeker natuurlijk in de kleinere faillissementen waarvan ik net zeg, als je gewoon geen vijftigduizend euro hebt om dat te kunnen betalen, wat ga je dan doen. Zeker als je het zelf niet kan, dan heb je wel een probleem. En dan zie je ook vaak dat er niet doorgepakt wordt. Dus dan wordt die aansprakelijkheidstelling niet geëffectueerd, dan vloeit het weg, belandt het in de kast.’

‘In een ideale wereld zou de persoon die het onderzoek doet naar de feiten – en die kan wat mij betreft prima voor de curator werken – maar, zou altijd op enige distantie moeten zitten en zou helemaal niet bij de rest van het faillissement betrokken moeten zijn.’

‘Bijvoorbeeld in de Ceteco-affaire. Prachtige uitspraak waar het oorzakenonderzoek werd gedaan door de curator, ook intern met kantoorgenoten. En daar waren de advocaten van de bestuurders vreselijk boos over, dat dat soort oorzakenonderzoeken ook door de kantoorgenoten van de curatoren werden gedaan. Want die zeiden ‘joh hoe kan je dat nou objectief doen? En onafhankelijk.’ Dus het geldt eigenlijk voor al dat soort dingen, het voeren van procedures, het uitvoeren van oorzakenonderzoeken. En ik zou het mooi vinden als daar iets van een richtlijn voor zou komen dat het gewoon beter, objectiever en onafhankelijker werkt door een externe.’

Anderen vinden weer dat zij juist zelf verantwoordelijk zijn voor de afwikkeling van het faillissement en juist het onderzoek zelf moeten uitvoeren om voldoende informatie te hebben om onderzoeken uit te voeren.

‘En er wordt ook weleens gezegd, je kan vandaag de dag geen bestuurdersaansprakelijkheidszaak meer winnen als je geen dik rapport hebt van KPMG of van wie dan ook. Ik ben het daar niet mee eens want ik heb ook recent nog wel zaken gewonnen waarbij ik niet zo’n dik rapport had. Waarbij ik zelf de onderzoeken in de administratie heb gedaan en waarbij ik het zelf ook helemaal heb uitgeschreven. Liquiditeit, cash flow, debiteuren, crediteuren, wat ging er uit, wanneer kon

je zien dat het niet meer met elkaar ging matchen, wat heb je toen gedaan, toen ging je dingen verhangen en ja dan gaat het natuurlijk mis. Als je dat zelf uitvoerig goed beschrijft, en je begrijpt wat je doet, dan begrijpt de rechter uiteindelijk ook wat hij leest en dan is het voor de bestuurder uiteindelijk ook heel lastig om dat te weerleggen.'

Samenvattend is er geen eenduidige wijze te onderscheiden waarop curatoren de signalering van onregelmatigheden vormgeven. De resultaten van de interviewstudie suggereren dat curatoren vaak (maar niet altijd) een oorzakenonderzoek uitvoeren, maar dat de wijze waarop dat gebeurt verschillend is. Zo vinden sommige curatoren de enkele constatering dat geen sprake is van onregelmatigheden een oorzakenonderzoek, terwijl andere curatoren weer van mening zijn dat een oorzakenonderzoek een grondige feitelijke analyse vergt. Ook verschillen de meningen over het gebruik van protocollen, al lijkt het merendeel van de curatoren niets te zien in een vast protocol voor ieder oorzakenonderzoek.

Bovendien lijkt er geen consensus te bestaan over het doel van een oorzakenonderzoek en het onderscheid tussen het oorzaken- en het rechtmatigheidsonderzoek. Een deel van de curatoren is van mening dat het doel van het oorzakenonderzoek uiteindelijk is gelegen in het genereren van extra middelen voor de boedel. Deze curatoren maken geen scherp onderscheid tussen het oorzakenonderzoek en het rechtmatigheidsonderzoek. Een ander (kleiner) deel van de curatoren meent juist dat het doel van het oorzakenonderzoek is om een zo feitelijk mogelijk onderzoek te doen naar de periode voorafgaand aan het faillissement. Deze curatoren maken een scherp onderscheid tussen het oorzaken- en het rechtmatigheidsonderzoek, vaak om tunnelvisie en *biases* te voorkomen. In lijn met deze discussie stellen sommige curatoren vraagtekens bij hun eigen deskundigheid en onafhankelijkheid om het oorzakenonderzoek uit te voeren, terwijl andere curatoren deze twijfels niet lijken te onderkennen.

4.4.4 De beoordelingsfase

Na de onderzoeksfase komt de curator toe aan de beoordelingsfase. Om te beoordelen of actie gewenst is, is het voor de curator van belang om te kijken of – en zo ja welke – onregelmatigheden plaats hebben gevonden. Eerder heb ik het begrip 'onregelmatigheden' gedefinieerd als onrechtmatig of frauduleus handelen waardoor het faillissement (mede) is veroorzaakt, de afwikkeling van het faillissement wordt bemoeilijkt of waardoor schuldeisers zijn benadeeld (hoofdstuk 2).

De interviews laten zien dat curatoren de vraag of sprake is van onregelmatigheden vooral beantwoorden aan de hand van enkele *red flags*. Zo zijn curatoren op hun hoede indien er bijvoorbeeld vlak voor het faillissement wisselingen hebben plaatsgevonden in de samenstelling van het bestuur of

de aandeelhouders of indien het adres voorafgaand aan het faillissement is gewijzigd. Ook het aanhouden van rekeningen bij 'wat alternatievere banken' of het hebben van een 'kerstboomstructuur' wekt argwaan bij curatoren.

Een opvallende overeenkomst tussen vrijwel alle curatoren is dat bij de vraag of sprake is van een onregelmatigheid, ook (en vooral) subjectieve factoren een rol spelen.

'Dat is heel subjectief hoor zeg ik er meteen bij. Maar ja, het zijn hele subjectieve dingen. Gewoon wat iemand uitstraalt, hoe iemand er bij zit, in hoeverre iemand wel of niet echt er bovenop zit dus weet wat er van hem verwacht wordt. Of nou weet, als je iets uitlegt of je verwacht dat hij dat serieus wel of niet op gaat pakken. Ja, het zijn echt – het zijn super subjectieve dingen. En soms zit je er ook wel eens naast. Gewoon ja wat heeft iemand aan, hoe woont iemand? Ja, wat voor een auto rijdt iemand? Het zijn hele, toch wel basale dingen waar je dan wel je eerste indruk op baseert.'

'Op het moment dat een bedrijf – ja er zijn altijd uitzonderingen en ik heb zeker als advocaat geleerd, je moet nooit handelen naar vooroordelen want daar ga je de mist mee in een keer. Dus je blijft altijd zo objectief mogelijk, maar het is natuurlijk wel op het moment als je bij een groot bedrijf komt en je komt binnen en het is een grote zooi overall. En je vraagt om de administratie en die komt niet direct naar boven want de boekhoudster is er niet en ik heb zelf geen verstand van computers en je vraagt naar de debiteuren en dan zeg je, die krijg je straks nog wel. Dat is vaak al wel een eerste aanwijzing van dat zou wel eens een oorzaak van het faillissement kunnen zijn.'

'Dat is meer een gewetensvraag, ethiek is het he. Ik zal maar gewoon zeggen hoe het is. Kijk, als ik ergens binnenkom en je ziet daar een ondernemer die altijd hard heeft gewerkt en altijd in het belang van de onderneming zich heeft ingespannen, en ook op datum faillissement je volledig ondersteunt in het afwikkelen en eigenlijk alles doet wat je wilt hebben om het goed te kunnen afwikkelen en je stelt dan vast dat hij vlak voor faillissement toch zijn management fee heeft betaald – ik noem maar iets, dat is iets wat je heel vaak ziet – dan is de vraag, ga ik voor die paar duizend euro en die meneer die al genoeg heeft verloren en keihard heeft meegewerkt om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren, me druk maken om een paar duizend euro. Als ik heel *straight* ben dan moet ik zeggen, ja hij heeft iets gedaan wat niet mag. Maar aan de andere kant heb je ook een menselijk aspect vind ik en daar moet je af en toe als curator wel oog voor hebben.'

Het blijkt in de praktijk voor curatoren niet makkelijk om uit te leggen wat precies een onregelmatigheid is. De grens tussen onhandig en onregelmatig handelen is vaag en de participanten hebben geen eenduidig antwoord kunnen formuleren op de vraag wanneer het gedrag van het bestuur 'ernstig' genoeg is om als onregelmatig te kwalificeren. Ook wanneer werd gevraagd waar de grens ligt tussen onverantwoord handelen (denk aan (kennelijk) onbehoorlijk bestuur) en malafide handelen (fraude), worden geen eenduidige antwoorden gegeven. Naast de expliciete voorbeelden zoals een greep uit de kas of het doen van selectieve betalingen, hebben de interviews niet geleid tot een

helder onderscheid tussen beide normen of een nadere invulling van het begrip onregelmatigheden.

4.4.5 De redresseringsfase

Na het constateren dat sprake is (geweest) van onregelmatigheden, heeft de curator verschillende mogelijkheden om die onregelmatigheden te redresseren. Zo heeft de curator de mogelijkheid om de boedel te reconstrueren en verdwenen activa terug de boedel in te krijgen (faillissementspauliana of OD-vordering). Daarnaast kan de curator een vordering instellen voor vergoeding van de schade die is veroorzaakt door (kennelijk) onbehoorlijk bestuur. Bovendien heeft de curator de mogelijkheid om in geval van malafide handelen (fraude) een fraudemelding te doen en/of een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen (zie ook par. 3.2.4).

Bij het redresseren van onregelmatigheden proberen curatoren allereerst om de kwestie onderling met de bestuurder op te lossen in de vorm van een schikking. Een schikking is immers goedkoper dan een procedure en dus voor beide partijen voordelig. Mochten curator en bestuurder er onderling niet uitkomen, dan zal de curator de mogelijkheid onderzoeken om een procedure te starten. Bij de keuze om tot een procedure te komen, spelen verschillende factoren (zie daarover meer in de hierna volgende paragraaf 4.5). De curator wil in ieder geval voorkomen dat hij een procedure uiteindelijk verliest. Bij de keuze om wel of niet te procederen wordt door de curator om die reden vaak een extra controlemechanisme ingebouwd. Zo laten sommige curatoren een kantoorgenoot de casus en (de slagingskans van) de vordering beoordelen.

‘Wat wij op kantoor doen – dat is ook gemankeerd deels – is voordat wij iemand aansprakelijk stellen gaat het in principe naar een andere vestiging toe met de vraag: “wij willen dit gaan doen, wat vind je hier van?” Die gaat uiteraard niet het hele onderzoek opnieuw doen. Die krijgt onze feitelijke vaststellingen, die krijgt onze mening en waarom we vinden dat er aansprakelijk gesteld moet worden. Vaak proberen we het vier ogen systeem in te bouwen, of ja dat bouwen we in.’

In sommige arrondissementen vormt een kritische rechter-commissaris het controlemechanisme.

‘Wij als curatoren denken echt die bestuurder is aansprakelijk, we moeten gaan. En soms denk ik ook dat het bijvoorbeeld goed is om een signaal af te geven en als er nog geen schikking is om dan gewoon echt een doorbraak te forceren zodat je niet van a tot z hoeft te procederen tot aan de Hoge Raad maar dat je wel als je je tanden laat zien en ook echt doorpakt je echt een doorbraak kan forceren. Dat het ook kan leiden tot een goede schikking. Maar zij kijken ook echt naar van ‘wat is het belang van de boedel en wat blijft erover voor de boedel nadat jij salaris hebt

opgenomen.’ Zij zijn daar gewoon heel kritisch in. Dus ze wegen meerdere belangen af.’

‘Die geeft ook aan, zo’n RC heeft duizend dossiers in de kast hangen. Kan die nog wel van al die faillissementen overzien wat er gebeurt. En tuurlijk, die wordt ook nog eens een keer alleen gevoed door de curator. Ik weet in ieder geval wel, dat zie je ook wel gelukkig, dat RC’s hier in Oost Brabant maar ook in Amsterdam weet ik dat, wel zeggen: “ik wil ook de reactie zien van de bestuurder anders krijg je helemaal niets van mij”.’

De rechter-commissaris kijkt dan kritisch naar het verzoek tot machtiging om te gaan procederen. Soms vraagt de rechter-commissaris zelfs om een reactie van de bestuurder of wordt de bestuurder uitgenodigd voor een gezamenlijk gesprek. De toets van de rechter-commissaris is echter niet in ieder arrondissement even kritisch.

‘Dat is wel eens lastig, sommige rechters-commissarissen die boeit het echt geen fuck. Die kan je vragen: verzoek toestemming om de buurvrouw te elimineren. Oh goedgekeurd als verzocht, niks, die lezen het niet eens die kan je de gekste dingen verzoeken. En sommigen die kijken kritisch mee, dat is soms wel eens lastig.’

‘In alle openheid en eerlijkheid dat laatste. Ik heb het gevoel dat het meer afstempen is. Je kunt het verhaal altijd goed neerzetten, hoe evenwichtig is dat. Ik denk dat de check van de RC nog wel belangrijker zou kunnen zijn. Proactiever, kritischer. Aan de voorkant dus niet achteraf als het mis gaat. Extra waarborg. Je hebt toch goedkeuring nodig om een procedure te starten en ook om schikkingen te treffen. Ik denk dat je daar best nog wel wat mee zou kunnen, in het hele systeem. Dus dat je extra eisen stelt, van: “ik wil graag een toetsing van een andere advocaat of ik wil dat je de procedure laat doen door een ander kantoor.” Dat kan allemaal.’

Zodra de beslissing is gemaakt om te gaan procederen, komt de vraag aan de orde wie de procedure gaat voeren. Sommige curatoren besteden het voeren van een aansprakelijkheidsprocedure uit.

‘Ik vind er ook echt wel wat voor te zeggen om een KOB procedure door een ander kantoor te laten doen. Maar ik denk dat ik binnen kantoor een van de weinigen ben die dat vindt. Maar ik vind dat. Zeker als ik kijk naar dat hoge uurtarief van 350 euro van mij. Voor 350 kan ik een hele goede advocaat inschakelen, die niet gekleurd is en die een eerlijk procesadvies kan afgeven. Ik zou daar – gewoon als curator zijnde en ook financieel kijkende naar de afwikkeling van het dossier – veel voor te zeggen vinden. Daar kun je hele goede prijsafspraken misschien wel mee maken. En je voorkomt in ieder geval de schijn van belangenverstrengeling, je hebt in ieder geval een extra check.’

‘Maar als ik daar als curator en advocaat zit en ik als leugenaar word uitgemaakt dan is het wel belangrijk om de objectiviteit erbij te houden. Dan is het wel prettig als iemand je vertegenwoordigt. We doen het niet zelf. Dan is mijn collega advocaat en dan zit ik er meestal zelf wel bij als cliënt. Ik merk – en dat is heel kunstmatig –

dat als ik zelf als advocaat het woord ga doen, dat mijn rol als partij en advocaat door elkaar gaan lopen. (...) Of omdat iedereen met dezelfde vooringenomenheid behept is, of dat iedereen geïrriteerd is. Om objectiever vertegenwoordigd te worden. Ik zou willen dat ik zou kunnen zeggen dat dat niet het geval is, maar het bestaat. Ik ben er niet heel blij mee, maar het gebeurt. Ik ben ook weleens als getuige gehoord in de zaak waarin ik als advocaat heb opgetreden en dat vond ik ook hoogst irritant. Dat vond ik heel vervelend, met name door een beschuldigende vraag van een van de advocaten. Als het een persoonlijk verwijt wordt kun je het niet los zien van je beroepsmatige optreden. Of in ieder geval ik niet. Daar heeft mijn karakter waarschijnlijk ook wel wat mee te maken.'

'En daar zat ik ook in de voorbereiding aan dit gesprek over na te denken. In hoeverre – als je met een bestuurder zes weken lang doorstart hebt gehad of in het uiterste geval omdat het de enige optie is omdat hij geld heeft en je het wel aan de bestuurder moet verkopen omdat hij het pandrecht op alle activa heeft en dus feitelijk machtspositie heeft. In hoeverre – ja je gaat jezelf niet vereenzelvigen – ben je dan nog helemaal objectief. En dat realiseerde ik me eigenlijk pas toen ik over dit gesprek zat na te denken. En in een ander faillissement denken we daar net iets langer over na en gaan we ook iemand om een opinie vragen. Kijk er eens objectief naar. Soms ook omdat je mindere klik met iemand kan hebben, dus als wij zelf het gevoel hebben – laat ik het dan maar zo formuleren – dat iets onze objectiviteit in de weg zal staan, dan besteden we het soms uit en meestal hebben we dan wel een accountant er objectief naar laten kijken. Het gevaarlijke is dat je zelf niet bewust bent omdat je met iemand een gezamenlijk traject hebt gehad dan dat je een minder grote klik hebt. Er speelt ook gewoon iets sociaals mee. Ik vrees dat je dat niet uitschakelt. Als eenmaal die procedurebeslissing is genomen dan wordt het wel in huis gedaan. Omdat dat efficiënter is, zowel in tijd als in informatieoverdracht. Anders moet je weer iemand gaan bijpraten, dus in beginsel wordt het wel binnen kantoor gedaan.'

Als reden daarvoor wordt vaak gegeven dat een advocaat van een ander kantoor zorgt voor meer objectiviteit en op deze manier tunnelvisie kan voorkomen.

'Het voorkomen van tunnelvisie. Dat is één. Je kan het mis hebben, je kan dingen niet goed zien en dan is het heel goed dat iemand je er even op kan wijzen dat het toch wel wat anders ligt. Soms is het specialistisch werk. We hebben nu een paar procedures lopen in een groot dossier, daar speelt de accountancy een grote rol. Daar hebben we echt een accountantsadvocaat, die daar echt in gespecialiseerd is voor aan het werk gezet. Die kennis heb ik onvoldoende, dus dat is ook een punt, kennis halen. Dat zijn eigenlijk de twee dingen. Dus voorkomen dat je zelf in jouw eigen gelijk dingen over het hoofd ziet, jouw blinde vlek, en deskundigheid buiten de deur. Dat is het zo'n beetje wel.'

'Het spanningsveld is dat de advocaat zou moeten kunnen zeggen, dat gaan we niet doen of dat is een onzinnige stelling of dat gaat te veel tijd kosten. Terwijl de partner dat misschien niet vindt en dat de advocaat-stagiair zwicht voor het feit dat er misschien ook wel een werknemer-werkgever relatie is. Dat kan ik me voorstellen dat dat plaatsvindt.'

‘En dat is, wij doen niet anders hoor, maar dat is natuurlijk eigenlijk wel iets wat een beetje gek is. Op het moment dat ik als curator een advocaat nodig heb, ik ben eigenlijk mijn eigen advocaat, formeel gezien heb ik wel iemand anders nodig als advocaat, maar dat is een kantoorgenoot. Dus het is nog steeds je eigen portemonnee. Dus zoiets als dit zou misschien kunnen worden opgelost en dat is niet in het belang van het kantoor wat ik nu zeg natuurlijk. Als je bijvoorbeeld als curator verplicht zou zijn om een advocaat van een ander kantoor in te schakelen. Probleem daarvan is als je dat op die manier probeert op te lossen dan vindt elke curator wel weer een bevriend kantoor van oké, ga jij dat voor mij doen, doe ik dat voor jou. Dus ik vraag me af of je dit helemaal sluitend gaat krijgen.’

Toch schakelen maar weinig curatoren daadwerkelijk een ander kantoor in voor het voeren van de procedure.

‘Ten eerste omdat een kantoorgenoot vaak al in zo’n dossier zit. Dus die heeft een kennisvoorsprong ten opzichte van een externe. Als je naar een externe gaat dan zijn de tarieven vaak hoger. Ik kies dan vaak iemand die wat minder ervaring heeft dan ik, dus die wat lager in de schaal zit. Dus het is als je het bij elkaar raapt, gewoon het kostenargument. Dus dat de boedel er niet al te veel last van heeft, financieel. Als je extern moet dan moet de advocaat zich eerst inlezen, de tarieven zijn hoger. Daar zou je tegenover kunnen stellen dat als je een hele specialistische discussie hebt dat je daar dan de specialist bij zou kunnen zoeken. Als we bijvoorbeeld een IE zaak zouden hebben – dat doen wij hier niet op kantoor – dan zou ik wel een externe advocaat inschakelen. Of bouwrecht. Of iets met vastgoed. Als we die expertise hier niet in huis zouden hebben – maar dit gaat puur over bestuursaansprakelijkheid. Dan doen we dat intern. Efficiency.’

‘Ik heb het in het verleden vaak zelf gedaan als C-curator. Want, ja, je wilt de kosten beperkt houden. Dat je ook alleen dan een mooie opbrengst kunt realiseren, nog voor de boedel en de schuldeisers. Maar goed, tegenwoordig schakel ik een kantoorgenoot in – die treedt op als advocaat als ik als curator procedeer. En dat wil ik eigenlijk omdat je dan – ik merk gewoon dat, dat is dan een kantoorgenoot die 30 jaar lang al advocaat is en ook rechter-plaatsvervanger. Ik maak zelf de processtukken en de spreekantekeningen en dergelijke, maar zijn naam staat eronder. Dus hij kijkt ook overal naar. In het collegiaal overleg wordt daar ook op gestimuleerd. Dus ja, dan profiteer ik eigenlijk en met mij dus de boedel, zeg maar, van zijn ervaring, zonder dat dat tot aanzienlijk meer kosten leidt.’

‘Ik vind het een beetje dubbel, want het is een beetje een curator die voor eigen parochie staat te spreken. Denk de kleinere procedures moet je sowieso intern doen, omdat je anders die, he, waar ik de keuze maak om niet het hele memorandum te doen. Het hele memorandum is er wel, maar het staat niet helemaal uitgewerkt. Het zit meer in je hoofd, het zit in de brieven, vanuit kost efficiëntie. Ik denk bij kleinere faillissementen moet je dat ook doen. En je zou ook kunnen overwegen om bij grotere faillissementen juist wel extern te doen omdat je dan een kritischere blik krijgt op de uren. Kijk, je gaat niet aan je eigen kantoor vragen geef een, ja, v-quote af. Dat zul je misschien wel doen bij een ander kantoor. Of je dan het beste resultaat krijgt weet ik ook niet, maar in het kader van wat ben je als curator eigenlijk, ja, afwikkelaar van het faillissement. Als daar een procedure in opkomt,

ja, dan moet je die zelf afwikkelen, laten afwikkelen. Vind het dubbel. Ik neig heel erg naar intern toch doen, maar daar zit een incentive in voor het eigen omzet, ja, die kan maken dat je, ja, dat je niet het beste resultaat haalt voor de gezamenlijke schuldeisers. Maar ik moet eerlijk zeggen, ik heb daar veel over nagedacht, maar ik vind het heel lastig.'

Naast het aansprakelijk stellen van bestuurders of het terugvorderen van verdwenen activa op grond van de faillissementspauliana, kunnen curatoren ook een fraudemelding doen of een civielrechtelijk bestuursverbod vorderen. In de vorige paragraaf liet ik zien dat curatoren het verschil tussen onverantwoord en malafide gedrag niet goed kunnen duiden. Het ontbreken van een duidelijke afbakening tussen onverantwoord handelen enerzijds en malafide handelen anderzijds maakt dat sommige curatoren het strafrechtelijke traject vooral als een *last resort* zien.

'Ja dat – we kijken daar wel naar. We kijken wel naar het civielrechtelijke bestuursverbod, ook het strafrechtelijke traject. Maar de focus ligt meestal toch gewoon op het binnenhalen van de claim.'

'Maar als er geen verhaal mogelijk is, dan heeft het ook niet zoveel zin om een bestuurder aansprakelijk te stellen. Als er dan een vermoeden is van faillissementsfraude, dan kun je beter melding doen, en dan kan de FIOD of het OM daarmee aan de slag.'

'Maar in de regel, als ik met een bestuurder er niet uitkom, is er bijna altijd wel sprake van dat ik een melding moet doen. Ja. Ja. En dat laatste is ook wel een grappige, ik zeg omdat ik er met de bestuurder niet uitkom. Wat bestuurders vaak doen is als jij het wel gaat schikken, dan zegt zo'n bestuurder ik wil het wel schikken maar dan mag jij geen melding faillissementsfraude doen. Ja, dat zou ik ook doen als ik zijn advocaat was. En dan moet je een afweging maken van oké ik ben hier voor de gezamenlijke crediteuren, handel ik dan in het belang van de boedel als ik deze schikking aanga? Of juist niet. Kijk, puur qua geld-technisch gezien, kijk, voor de crediteuren willen geld zien. Dus dan ga je die schikking aan. Maar vanuit maatschappelijk oogpunt is het natuurlijk best discutabel dat je dan geen melding faillissementsfraude doet. Maar ja, dat is een weegschaal.'

Het bestuursverbod wordt eigenlijk nauwelijks overwogen. Alleen indien er middelen beschikbaar worden gesteld of als het echt geen extra werk oplevert, willen curatoren overwegen om een bestuursverbod te vorderen.

'We hebben die overweging twee keer gehad maar we hebben het uiteindelijk nog niet aan de hand gehad om het ook daadwerkelijk te doen. Nee. Ook daar zit je dan heel vaak met een volstrekt lege boedel, waarbij het dan ook de vraag is 'en wie gaat dan die procedure betalen.' Een bestuursverbod kan ook door het openbaar ministerie worden gevraagd. En als er dan maar andere partijen die wel de capaciteiten en de mogelijkheid en het geld hebben om het te doen en die zien ervan af, dan heb ik zo iets van waarom zou ik het dan wel moeten doen. Voor mijn eigen rekening. Want geld is er niet. Dan vind ik dat eigenlijk een verantwoordelijkheid

van de overheid, die moet er dan in voorzien dat die procedure gevoerd kan worden.'

'Als ik een bestuurder aansprakelijk zou stellen, dat heb ik tot nu toe nog niet gedaan, dan kan ik me wel voorstellen dat ik het meeneem in de dagvaarding. Als een apart verzoek. Ik kan me wel voorstellen dat ik het ook weer weggeef in onderhandelingen, over een schikkingsbedrag eventueel. Dat lijkt me niet helemaal ondenkbaar.'

'Er is een potje van Arie, ken je het potje van Arie? Nou ik heb het potje van Arie gevonden en ik heb dus van de Belastingdienst € 8000,- gekregen om een civiel bestuursverbod te gaan vorderen. Dus ik heb aan de RC uitgelegd dat wat er in het dossier zit dat dat waarschijnlijk civiel niks is en dat ik wel redenen heb om aan te nemen dat er sprake is van een katvanger. Dat daar niet aan de inlichtingenplicht wordt voldaan, dus inhoudelijke toets dat ook het bestuursverbod kans van slagen heeft. Dat de fiscus het betaalt en daarnaast dat de FIOD het prettig vindt dat ondersteunend aan het strafproces dat dit door mij wordt gevorderd. Volgens mij heb je dan ook naar de RC toe een voorstel dat je doet dat je niet kunt weigeren, namelijk ik ga procederen, het kost niks en de FIOD wil het ook.'

4.4.6 Afsluitend

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat er grote verschillen bestaan in het werkproces van curatoren. Curatoren hebben ieder een eigen werkwijze en die werkwijze verschilt per type faillissement. Toch zijn er enkele overeenkomsten aan te wijzen in de wijze waarop curatoren beslissingen nemen bij de aanpak van onregelmatigheden. In de volgende paragraaf ga ik in op die overeenkomsten.

4.5 HET BESLUITVORMINGSPROCES VAN DE CURATOR BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

4.5.1 Algemeen

Curatoren moeten in de signaleringsfase, de beoordelingsfase en de redresseringsfase verschillende afwegingen maken. Zo moeten curatoren de keuze maken of zij een oorzakenonderzoek uitvoeren en zo ja, hoe diepgravend dit onderzoek dan moet zijn en wie dit onderzoek gaat uitvoeren. Daarnaast hebben curatoren verschillende mogelijkheden om de boedel te reconstrueren of een aansprakelijkheidsvordering in te stellen én kunnen zij een fraudemelding doen of een civielrechtelijk bestuursverbod vorderen.

De resultaten van de interviews laten zien dat curatoren geen helder onderscheid kunnen maken tussen onverantwoord en malafide handelen. In lijn met deze constatering baseren curatoren de beslissing voor een bepaalde redresseringsvorm niet op de aard van de geconstateerde onregelmatigheden.

De curator baseert zijn keuzes bij de aanpak van onregelmatigheden op andere factoren. Deze factoren lijken op het eerste gezicht tamelijk individueel maar nadere analyse op basis van de *grounded theory*-methode toont dat er zeven factoren zijn die meespelen in het besluitvormingsproces van curatoren. Die factoren zijn naar voren gekomen door de codes die zijn gegeven aan de uitspraken van curatoren te categoriseren (de *axial-coding* fase). De factoren zijn onder te verdelen in factoren die samenhangen met (i) de context van een specifiek faillissement, (ii) persoonlijke opvattingen en ervaringen van een curator en (iii) de rechtbank. Hierna ga ik nader in op de factoren die meespelen bij het nemen van besluiten bij de aanpak van onregelmatigheden.

4.5.2 Factoren die samenhangen met het betreffende faillissement

De wijze waarop de curator beslissingen neemt bij de aanpak van faillissementen lijkt allereerst te zijn gebaseerd op een tweetal factoren die samenhangen met het faillissement waarin de curator is aangesteld. Het gaat om het boedelbelang (factor 1) en het financiële belang van de curator (factor 2).

– Boedelbelang

Allereerst baseert de curator zijn afwegingen bij de aanpak van onregelmatigheden in een specifiek faillissement op de mate waarin zijn acties in het belang van de boedel zijn. De curator is constant bezig met een kosten-batenanalyse: wat kost het de boedel en wat levert het de boedel op?

‘Aan het eind van de rit moet het zo zijn dat de kans dat de boedel er baat bij heeft gehad, aanmerkelijk is. Dat is de afweging die je moet maken. Als je het vanuit principes doet, of omdat het een lul is of weet ik het wat, dat zijn geen goede redenen om te overwegen om te gaan procederen. (...) Je doet het voor de crediteuren, die moeten er baat bij hebben en niet omdat jij principieel vindt dat je die man of die vrouw het leven zuur moet maken. Er moet onderaan de streep voor jouw crediteuren geld binnenkomen.’

De kosten-batenanalyse sluit aan bij de gedachte dat curatoren hun werkzaamheden uiteindelijk primair verrichten ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het gewicht dat wordt gegeven aan het boedelbelang in de kosten-batenanalyse kan een verklaring zijn voor de tegenvallende inzet van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden.

‘Natuurlijk spelen er ook andere belangen, maatschappelijke belangen en zo, maar de kern is nog steeds de gezamenlijke schuldeisers. Maar de gezamenlijke schuldeisers hebben natuurlijk er verder niks aan op het moment dat een bestuurder een bestuursverbod krijgt omdat zij het leed al hebben. Dus alleen toekomstige schuld-

eisers hebben er baat bij. Dat is voor mij ook een overweging om niet altijd – en ik heb het tot op heden ook niet gedaan hoor – een bestuursverbod te vorderen.’

De mogelijkheid om een garantstelling aan te vragen via de Garantstellingsregeling Curatoren biedt overigens nog altijd geen soelaas. Ook de garantstellingsregeling kent immers een kosten-batenanalyse, omdat de curator aan dient te tonen dat er voldoende verhaalsmogelijkheden zijn (verhouding 1:4). Bovendien kan de regeling niet worden gebruikt om een bestuursverbod te vorderen of om een fraudemelding te doen. Gevolg is dat curatoren procedures in een lege boedel veelal zelf voorfinancieren, maar alleen indien de acties naar verwachting uiteindelijk onder de streep iets opleveren voor de boedel.

‘Je hebt de garantstellingsregeling. Het probleem daarvan is alleen, zij verstrekken alleen garantie op het moment dat ik die eigenlijk niet nodig heb. Want op het moment dat ik voor mezelf de beoordeling kan maken dat de kans zo groot is dat dit tot opbrengsten gaat leiden, ja waarom zou ik dan al die bureaucratie doorlopen. Toevallig heb ik net de afgelopen weken geprobeerd een garantstelling te verkrijgen, tegen de tijd dat ik de eerste terugkoppeling had, waren de kosten alweer drie keer opgelopen. En op het moment dat zij nog willen beslissen over het verhaalsonderzoek ben ik al tien stappen verder. Je loopt de hele tijd achter de feiten aan.’

‘Ik heb tot nu toe alleen maar gezien dat we dat zelf voorfinancieren. Ik heb het wel een keer gehad hoor over die garantstellingsregeling, wat we zouden moeten proberen. Maar wat ik daarvan heb gehoord, wat het idee van kantoor is, is dat je vordering best wel hard moet zijn. Dat is een bezwaar. En soms als je vordering 70 procent of 60 procent zeker is dan zou je ook misschien wel gaan procederen maar dat is misschien niet genoeg om voor die garantstellingsregeling in aanmerking te komen. En daar zit toch ook wel weer tijd in om die garantstellingsregeling aan te vragen. En nou ja daar heeft het kantoor zoiets van dan doen we het zelf wel als er genoeg vertrouwen is dat er iets uit gaat komen. Dus dan wordt daar geen beroep op gedaan.’

Kortom, de interviews suggereren dat het gebrek aan verhaalsmogelijkheden in combinatie met het gebrek aan een degelijke vergoeding voor de kosten die gemoeid zijn bij de aanpak van onregelmatigheden, een belangrijke rol spelen bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken.

– *Het financiële belang van de curator*

Naast het boedelbelang speelt als tweede factor het financiële belang van de curator in een specifiek faillissement een rol. Het salaris van de curator wordt betaald uit de boedel en bij een lege boedel krijgen zij dus geen vergoeding voor de gemaakte uren.

‘Wat dat betreft – en dat zeg ik ook maar tegen jou – we werken allemaal bij commerciële kantoren, dus die commerciële kantoren hebben ook de faillissementspraktijk omdat het geld oplevert voor de kantoren, het is gewoon omzet. Maar

als curator heb je natuurlijk een boedelbelang en dat is tegenstrijdig met het belang van jouw kantoor. Kantoor wil – in theorie natuurlijk – geld verdienen en omzet behalen, terwijl jij als curator een boedelbelang hebt en dus gewoon moet kijken naar dat boedelbelang en als dat zegt dat verdere kosten niet meer gemaakt moeten worden, dan moeten verdere kosten niet meer gemaakt worden. (...) Ik denk dat het iets is wat wel speelt, ja. En ik denk dat niemand daar open en eerlijk over zal zijn.'

'Kantooromzet speelt ook wel mee. Ik heb daar ook weleens over nagedacht, als een kantoorgenoot van mij in die zaak werkzaamheden verricht – en dan is het zo dat zij op basis van hun plek op de curatorenlijst voor die uren salaris krijgen – maar ons commerciële uurtarief is lager dan de Recofa uurtarieven. Dat betekent dat als ik een kantoorgenoot, die ook op lijst 3 staat, mij bij laat staan in een grote bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure – hij heeft hetzelfde uurtarief als ik terwijl hij eigenlijk commercieel een lager uurtarief heeft. Als ik dat extern zou doen, kan ik een kantoor zoeken met een lager uurtarief en daar zou de boedel profijt van kunnen hebben. Maar ik weet het niet helemaal zeker, want misschien is die kwaliteit minder. Het is wel zo dat je onder één dak zit en informatie kan uitwisselen. Even overleggen. Maar, dat is dus wel een – ik weet zeker dat dat voor alle kantoren speelt, die omzetkwestie. En zeker bij kantoren waarbij de faillissementsafdeling ook binnen kantoor moet laten zien dat ze ook een goede business hebben. En ik heb dat meegemaakt bij [kantoor X]. Daar zat ik op een faillissementsafdeling en die moest dus binnen kantoor laten zien wat de omzet was. Er werd daar heel simpel gekeken naar 'je houdt zoveel plekken bezet, iedere plek kost geld en we willen dat je daar als insolventieafdeling ook aan bijdraagt'. En als je werk buiten kantoor gaat brengen dan is dat minder omzet, dus dat speelt gewoon mee.'

Deze quotes laten zien dat curatoren in hun afwegingsproces ook de gevolgen meewegen die bepaalde werkzaamheden hebben voor hun persoonlijke financiële situatie. Een voorbeeld daarvan is het compenseren van niet-declarabele uren. Uit de resultaten van de interviews blijkt dat het uurtarief dat wordt betaald in faillissementen voor curatoren die niet werkzaam zijn bij de grote en gespecialiseerde kantoren, zodanig hoog ligt dat zij onbetaald gebleven uren in lege boedels kunnen compenseren met de uren waarvoor zij wel een beloning ontvangen.

'Je weet gewoon dat je zelf van de tien faillissementen die je hebt, er vijf of zes zijn met een boedel erin. Maar goed, het uurtarief dat we hebben, met alle respect, maar wij zijn natuurlijk een klein kantoor en geen Zuidaskantoor, is 335 euro, het hoogste tarief. Mijn adviestarief is 265 euro per uur. Als ik het verlies verdisconteer, dan zit ik ongeveer op mijn normale tarief. Dat vind ik fantastisch.'

Opvallend is dat iedere curator ondanks bovengenoemde overwegingen aangaf zich niet te laten leiden door persoonlijke financiële prikkels als deze strijdig zijn met het belang van de gezamenlijke schuldeisers, maar daarentegen wel aangaf collega-curatoren te kennen die wél gevoelig zijn voor financiële prikkels.

‘Ik denk wel dat de tendens in Nederland is dat curatoren inderdaad hun zakken vullen over de rug van schuldeisers.’

‘Ik vind dat een lege boedel niet de reden moet zijn voor een beslissing van een curator om een bepaalde handeling niet te doen. In het verlengde daarvan geldt dat curatoren niet – toevallig – moeten stoppen met hun acties als het boedelactief op is gegaan aan hun salaris. (...) In kleinere faillissementen is niet altijd zeker dat het salaris van de curator betaald kan worden. Als ik in rechtmatigheidsdiscussies bestuurders bijsta, dan valt mij wel eens op dat onderzoek wordt gedaan op kosten van de crediteuren, terwijl eventuele opbrengsten daarvan volledig of nagenoeg volledig opgaan aan het salaris van de curator. Soms proberen curatoren in dat soort gevallen schikkingen te treffen voor enkele tienduizenden euro’s die (nagenoeg) volledig opgaan aan het salaris van de curator zelf. Natuurlijk is het niet zo dat dit nooit een gerechtvaardigd resultaat is. De wet bepaalt immers de volgorde waarin schuldeisers worden betaald. Toch vind ik van belang om met dit aspect en de publieke opinie daarover rekening te houden.’

‘Er zijn best wel veel kantoren voor een groot gedeelte afhankelijk van de faillissementspraktijk. Die hebben hun praktijk zien leeglopen. Dus op het moment dat er dan een keer een faillissement is waar geld in te verdienen valt. En dat hoeft niet eens bewust te zijn hè. Maar je kan bijvoorbeeld in plaats van een briefje één keer even te checken en doorlezen kan je hem twee keer doorlezen want je hebt de tijd toch. (...) Dus ik denk niet eens dat het uit kwade wil is maar dat het gebeurt, ik kan mij niet voorstellen dat dat niet zo is.’

Samenvattend suggereren deze quotes dat de financiële situatie van de curator zelf, waaronder inbegrepen de financiële situatie van de insolventieafdeling van het kantoor, meeweegt bij beslissingen die de curator in een specifiek faillissement maakt bij de aanpak van onregelmatigheden.

4.5.3 Factoren die samenhangen met de curator

De hierboven genoemde factoren zijn afhankelijk van de boedel en de verhaalsmogelijkheden die de boedel in een specifiek faillissement biedt. Naast factoren die samenhangen met het faillissement waarin de curator is benoemd, spelen ook factoren mee die zien op de persoon van de curator. Deze factoren zijn voor iedere curator verschillend en zijn veelal afhankelijk van de eerdere ervaringen van de desbetreffende curator met de aanpak van onregelmatigheden. Het gaat om de wijze waarop de curator denkt over (i) zijn taak (factor 3), (ii) het instrumentarium dat hem ter beschikking staat om onregelmatigheden aan te pakken (factor 4) en (iii) de terugkoppeling en opvolging die wordt gegeven aan fraudemeldingen (factor 5).

– Taakopvatting

Hoe de curator beslissingen neemt bij de aanpak van onregelmatigheden hangt allereerst af van de wijze waarop de curator denkt over de invulling van zijn

taak. Onder de participanten bestaat grote eenduidigheid over de ‘primaire’ taak van de curator, het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Niet alle participanten hebben echter dezelfde persoonlijke opvatting over het bestaan en de strekking van de fraudesignalerende taak. Onder de participanten zijn ruwweg twee visies te onderscheiden. De eerste groep curatoren is op zijn zachtst gezegd niet blij met de taak om onregelmatigheden aan te pakken.

‘En natuurlijk de curator heeft daar een extra opdrachtje meegekregen dankzij Opstellen en zijn vriendjes. Maar wie is de curator om dat verder op te pakken en dat verder uit te zoeken, dat moet echt liggen bij de politie en het OM.’

‘Het komt er allemaal een beetje bij, zoals de wetgever er wel meer taken bij heeft gepropt, waar niet iedereen heel gelukkig mee is volgens mij.’

‘Weg ermee.’

Deze quotes laten zien dat er onbegrip heerst over de fraudesignalerende taak van de curator. Sommige participanten zijn gefrustreerd over het ‘afschuiven’ van de faillissementsfraudebestrijding op een commerciële partij. Bovendien bestaat er geen consensus over de invulling en de reikwijdte van de taak om onregelmatigheden aan te pakken. Gevolg van het onbegrip en de onduidelijkheid over de reikwijdte van de taak is dat deze groep curatoren de aanpak van onregelmatigheden vooral ziet en gebruikt als middel om benadeling van schuldeisers ongedaan te maken.

‘Ik doe het altijd in het belang van de boedel: het gaat om geld. En ik ben het niet helemaal eens geweest met al die wetswijzigingen van de laatste jaren – in die zin dat wij geen fraudeopspoorder of politieagent zijn. Laat het OM dat maar lekker opknappen. Het gaat puur om het boedelbelang, het terughalen van dingen die weg zijn wat mij betreft.’

Deze groep curatoren pakt onregelmatigheden niet consequent en actief aan als de boedel er niet bij gebaat is. Toch geven de meeste curatoren uit deze groep aan een fraudemelding te willen doen indien zij tegen frauduleuze handelingen aanlopen en indien de fraudemelding hen niet te veel tijd kost.

De tweede groep curatoren ziet de fraudesignalerende taak als *part of the job* en kijkt minder naar financiële argumenten.

‘Natuurlijk is het zo dat er veel lege boedels zijn en dat je je af en toe zorgen maakt over de betaling van de curatorsalarissen, maar aan de andere kant heb je ook gekozen voor deze rol, je hoeft het niet te doen. Ik vind wel dat er standaardwerkzaamheden en standaarduren bij zijn en ik vind wel dat in ieder geval de fraudemelding erbij hoort.’

Voor deze groep participanten hoort in ieder geval het doen van een fraudemelding – indien daar redenen voor zijn – bij de reguliere werkzaamheden

in een faillissement. Deze groep participanten heeft veelal ook een persoonlijke overtuiging om boeven te vangen en onregelmatig gedrag te sanctioneren.

‘Wat dat betreft is mijn rechtvaardigheidsgevoel misschien iets te groot voor een curator. Maar ik kan er heel slecht tegen dat er hier in Nederland bestuurders zijn die, of het nou eenmalig is of meermalig, vennootschappen misbruiken ten behoeve van zichzelf. (...) Zo iemand moet aangepakt worden. (...) Ik wil niet die curator zijn die een faillissement afwikkelt en dan hoor ik heel vaak die zijn eigen zakken vult en vervolgens denkt dat was leuk, klaar! Ik wil die curator zijn die daadwerkelijk een bestuurder aanpakt. Maar ja, dat kan niet altijd.’

Deze groep curatoren let ook meer dan de andere groep op eventuele onregelmatigheden bij de faillissementen waarin zij zijn aangesteld, omdat ze niet willen dat bestuurders weggelaten worden met onregelmatig gedrag.

Samengevat, de persoonlijke opvatting over de taakomschrijving van de curator is een belangrijke factor bij de afweging van de curator om onregelmatigheden aan te pakken. De interviews suggereren dat de bereidheid van curatoren om zich in te zetten voor de aanpak van onregelmatigheden in belangrijke mate afhangt van het antwoord dat die curator geeft op de vraag welke werkzaamheden onder zijn taak vallen.

– *Het beschikbare instrumentarium*

Bij afwegingen in het kader van de aanpak van onregelmatigheden speelt ook de persoonlijke opvatting van de curator over het instrumentarium dat hem ter beschikking staat om onregelmatigheden daadwerkelijk en met succes te kunnen aanpakken mee.

‘Sommigen die voelen dat dan als een roeping ineens, die denken van: nou moeten we het gaan doen, wij zijn hét. Wij zijn het niet, je hebt helemaal niks. Je hebt een kantoor, je hebt wat papier en een e-mailaccount. Dan ben je curator, dan kan je heel hard gaan zwaaien met je tekst en commentaar maar die gasten trekken zich daar helemaal niks van aan. Die hebben wietplantages, schulden. Dat is helemaal niet iets voor ons, we zijn gewoon eenvoudige afwikkelaars van een failliete boedel. Ik vind ook echt dat de overheid ons daar niet mee mag opzadelen, ja mag wel maar dan moeten we ook een organisatie daaromheen kunnen bouwen om daarop toegerust te zijn. (...) Nou dan wil ik graag een dienstpistool, dan wil ik ook de machtiging om mensen te arresteren, mee te nemen, hier op kantoor in een celletje te plaatsen.’

Een groot deel van de curatoren geeft aan dat de huidige gereedschapskist om onregelmatigheden aan te pakken voor curatoren niet voldoende is om onregelmatigheden onder alle – dus ook ingewikkelde – omstandigheden te kunnen aanpakken. Zo is het bijvoorbeeld moeilijk om op te treden tegen katvangers of bestuurders die zich schuilhouden in het buitenland. Bovendien blijken de wettelijke mogelijkheden voor de curator om verhaal te halen op

buitenlandse activa vaak onvoldoende. Daarnaast geven curatoren aan dat de bewijslast in procedures soms zo hoog is dat zij op voorhand al kansloos zijn. Veel curatoren vinden het frustrerend dat zij onregelmatigheden niet altijd (succesvol) kunnen aanpakken. Zij geven aan het gevoel te hebben dat al hun inzet voor niets is, aangezien echte fraudeurs slim genoeg zijn om weg te komen met hun onregelmatige gedrag.

Kortom, de resultaten van de interviews suggereren dat de bereidheid van curatoren om zich in te zetten voor de aanpak van onregelmatigheden afhangt van hun persoonlijke opvattingen over het beschikbare instrumentarium. Curatoren die slechte ervaringen hebben met het succesvol aanpakken van onregelmatigheden hebben veelal de opvatting dat hun instrumentarium ontoereikend is om onregelmatigheden daadwerkelijk en met succes aan te kunnen pakken. Die slechte ervaringen spelen mee bij beslissingen die curatoren moeten nemen bij de aanpak van onregelmatigheden.

– *Ervaringen met fraudemeldingen*

Voorts speelt ook de wijze waarop opvolging wordt gegeven aan fraudemeldingen mee bij de keuzes die de curator maakt bij de aanpak van onregelmatigheden. Tijdens de gesprekken werd duidelijk dat de opvolging van fraudemeldingen door de ketenpartners (met name de FIOD, het OM en de politie) volgens de participanten vaak te wensen overlaat.

‘En een ander punt vind ik dat de opvolging en het idee dat je het ergens voor doet, de terugkoppeling omtrent opvolging, die lijkt niet heel erg aanwezig te zijn. (...) Ik krijg niet de indruk dat daar echt iets mee gebeurt. Hier op kantoor roep ik weleens grappend, dat fraudemeld-emailadres is volgens mij gewoon een no-reply-adres, dat het niet eens ergens terechtkomt. Alsof je een e-mail stuurt aan de kerstman of aan sinterklaas, dat er nooit wat mee gebeurt. Ik zet het iets te zwaar aan, Jessie, maar ik krijg niet het idee dat daar een opvolging op komt.’

Curatoren geven aan dat als zij een fraudemelding doen, zij vaak niet eens een reactie krijgen. Als er wel een reactie volgt, is dit vaak een mededeling dat gezien de beperkte capaciteit geen prioriteit kan worden gegeven aan de fraudemelding.

Het gebrek aan terugkoppeling en opvolging van fraudemeldingen is een frustratie voor curatoren die maakt dat zij minder geneigd zijn een fraudemelding te doen of zelfs onderzoek te doen naar onregelmatigheden. Positieve ervaringen zijn schaars, maar lijken wel een positieve invloed te hebben op de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Samenvattend suggereren de resultaten van de interviews dat de bereidheid van curatoren om zich in te zetten voor de aanpak van onregelmatigheden afhangt van de eerdere ervaringen van curatoren met de terugkoppeling op en opvolging van fraudemeldingen. Curatoren die slechte ervaringen hebben met de terugkoppeling

en opvolging, hebben daardoor de persoonlijke opvatting dat een fraude-melding weinig zinvol is.

4.5.4 Factoren die samenhangen met de rechtbank

Tot slot lijkt ook de rechtbank een belangrijke rol te spelen bij de wijze waarop curatoren beslissingen nemen bij de aanpak van onregelmatigheden. Curatoren lijken geneigd om de visie van de rechtbank (factor 6) over de aanpak van onregelmatigheden te volgen als er een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de rechtbank en de curator (factor 7).

– *De visie van de rechtbank en de relatie met de rechtbank*

De zesde factor die meespeelt in het besluitvormingsproces is de visie van de rechtbank (en de rechters-commissarissen) over de aanpak van onregelmatigheden. Rechtbanken en rechters-commissarissen kunnen – net als curatoren – uiteenlopende meningen hebben over de aanpak van onregelmatigheden. Zo kunnen sommige rechtbanken en rechters-commissarissen de aanpak van onregelmatigheden stimuleren, terwijl andere rechtbanken of rechters-commissarissen de aanpak van onregelmatigheden juist ontmoedigen.

De reden waarom de visie van de rechtbank belangrijk is, lijkt te zijn gelegen in de relatie tussen de curator en de rechter-commissaris (factor 7). De relatie tussen de curator en de rechter-commissaris/de rechtbank blijkt een gevoelig gespreksonderwerp voor curatoren. Sommige curatoren vroegen voorafgaand aan de beantwoording van de interviewvragen over de relatie met de rechter-commissaris en/of de rechtbank nogmaals om bevestiging van anonimiteit en bij het controleren van de transcripten hebben curatoren veelvuldig passages geschrapt waarin zij zich kritisch uitlaten over de (relatie met de) rechtbank en/of de rechters-commissarissen.

‘Ik neem aan dat ik niet met naam en toenaam word gequote hierin, maar ik heb niet het idee dat – we hebben in [arrondissement X] één keer per jaar een bijeenkomst met de RC’s en curatoren, maar laat ik het zo zeggen, de ene RC die staat overal voor open en laat dat ook blijken en daar heb je ook het idee dat er iets mee gebeurt. Maar andere RC’s – op het moment dat je dingen naar voren zou brengen die als kritiek kunnen worden beschouwd, zullen ook als kritiek worden beschouwd en dat leidt niet direct tot applaus aan de andere kant van de tafel.’

De gevoeligheid lijkt te zijn gelegen in het feit dat de rechtbank ook broodheer is van de curator. De rechtbank – bestaande uit de rechters-commissarissen die ook toezicht houden op curatoren in specifieke faillissementen – is verantwoordelijk voor de verdeling van faillissementen onder curatoren. Hoe de rechtbank tot die verdeling komt, is voor veel curatoren onduidelijk.

‘Vriendjespolitiek. Volstrekt ondoorzichtig, niet transparant. Duidelijk bevoordeling van een aantal kantoren. Ik weet dat een van de huidige RC’s in [arrondissement X] oud-advocaat is. Is opgeleid door een curator nu in [stad X], van één van de grotere kantoren, was dus haar stagiaire, is na zes/zeven jaar vertrokken bij dat kantoor, is rechter in een ander arrondissement geworden, wordt vervolgens rechter in [arrondissement X] en is nu RC in faillissementen van zijn oud patroon. Ja, ik vind dat dat niet mag. En niet moet kunnen. Zo onafhankelijk moet je als RC zijn. Maar ja, je merkt ook dat RC’s mensen zijn.’

‘En je krijgt soms zelfs het idee dat als ze je ’s ochtends aan de telefoon hebben gehad, dat je ineens *top of mind* zit als die middag de benoemingen moeten worden verdeeld.’

Volgens sommige curatoren vindt de verdeling van faillissementen vooral plaats op basis van subjectieve voorkeuren van de rechters-commissarissen. Een duidelijke beoordelingsmaatstaf voor curatoren ontbreekt volgens hen.

‘Maar ook vooral die beoordeling. Want inderdaad aan de ene kant vind ik ook in heel Nederland zouden de eisen om curator te mogen worden gelijk moeten zijn, dat vooropgesteld, maar ik vind ook de beoordeling daarvan. Het kan niet zo zijn dat jij bij de ene rechtbank toevallig niet zo lekker ligt – ik heb dat ook wel eens gehoord, dat een advocaat of een curator bij het ene arrondissement had die een goede klik met de RC, had altijd leuke faillissementen, op een gegeven moment gaat die RC naar een ander arrondissement, hij krijgt geen faillissementen meer, nee niet veel meer, uiteindelijk wordt hij geschrapt als curator, hij verplaatst zijn kantoor naar het andere arrondissement van die RC en hij is daar weer curator. Dat kán niet, weet je!’

‘Je krijgt daar tegenwoordig wel een terugkoppeling op. Wel overigens weinig hoor, een keer per jaar, een keer per twee jaar dus dat is vrij weinig. Maar wat met name wel een ding is, is als er wel wat aan de hand is dan hoor je het. Dan moet je het eigenlijk min of meer merken aan het feit dat je een tijd lang niet benoemd wordt. Dus dat is een beetje gek.’

Curatoren zijn afhankelijk van de rechtbanken voor de toebedeling van faillissementen. Hoe meer faillissementen curatoren toebedeeld krijgen en hoe meer boedel er beschikbaar is in die faillissementen, des te meer inkomsten zij genereren. Curatoren zullen dus – bij gebrek aan een (voor hen) duidelijk benoemings- en beoordelingsbeleid – op zoek gaan naar mogelijkheden om in een goed daglicht te komen bij de rechtbank en/of de rechters-commissarissen om zo de kans te vergroten dat zij worden benoemd in faillissementen.

In het kader van de aanpak van onregelmatigheden hebben sommige curatoren aangegeven dat er rechters-commissarissen zijn die de aanpak van onregelmatigheden als speerpunt hebben en daar expliciet op aansturen.

‘Ik weet nog goed, toen ik een keer een faillissement kreeg overgedragen van een vertrekkende kantoorgenoot. Toen zei de RC tegen mij – toen ik het wilde afwikke-

len – oké maar heeft u ook hier en hier naar gekeken, want misschien moeten we wel een fraudemelding doen.’

Curatoren zijn door hun (financiële) afhankelijkheid van de rechtbank voor hun aanstellingen geneigd suggesties van de rechters-commissarissen op te volgen en stellen vaker voor een fraudemelding te doen als zij weten dat de toezichthoudende rechter-commissaris fraudebestrijding belangrijk vindt.

‘Het heeft toch ook wel weer te maken – en dat is misschien een hele flauwe reden – dat je bij de rechtbank en bij de rechters-commissarissen er ook niet heel slecht op wilt staan als je het elke keer niet doet. En ook niet doorpakt als daar wel een aanleiding toe is. En dat kan ook wel weer vervelende consequenties hebben bij de verdeling van faillissementen die wel wat ondoorzichtig is, waar we het eerder al over hadden. Ik denk dat dat misschien ook wel meespeelt bij het functioneren van een curator. Als je nooit een fraudemelding doet terwijl de rechter-commissaris vindt dat daar wel aanleiding toe is, dan – ik kan niet overzien of de rechtbank daar consequenties aan verbindt – maar ik kan me wel voorstellen dat ze daar niet zo heel blij mee zijn.’

Samenvattend, de interviews suggereren dat curatoren geneigd zijn hun gedrag af te stemmen op de wensen van de rechtbank. Enerzijds ziet dat op expliciete sturing die wordt gegeven bij feedbackmomenten en anderzijds op impliciete sturing die blijkt uit het gedrag van de rechtbank bij de benoemingen en/of de mate waarin de rechtbank of een bepaalde rechter-commissaris de aanpak van onregelmatigheden belangrijk vindt. Hoe meer de curator afhankelijk is van de rechtbank – door gebrek aan een transparant benoemingsbeleid of door gebrek aan terugkoppeling en de daarmee samenhangende financiële afhankelijkheid – hoe meer de curator geneigd zal zijn om de (impliciete) wensen van de rechtbank en de rechters-commissarissen te volgen. De afhankelijkheidsrelatie kan een belemmering zijn voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, maar deze kan ook werken als stimulans indien de rechtbank de aanpak van onregelmatigheden als speerpunt heeft.

4.6 DE BESLUITVORMINGSTHEORIE

De resultaten van de interviewstudie hebben inzicht gegeven in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken. Ook laten de resultaten zien dat bij het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden zeven factoren een rol spelen. Op basis van deze resultaten heb ik aan de hand van de *grounded theory*-methode een besluitvormingstheorie geformuleerd die inzicht geeft in de wijze waarop de curator beslissingen neemt bij de aanpak van onregelmatigheden. De besluitvormingstheorie is opgesteld door te onderzoeken hoe de verschillende factoren met elkaar verband houden (*selective coding*-fase).

De resultaten van de interviewstudie laten zien dat in een specifiek faillissement vooral het boedelbelang (factor 1) en het financiële belang van de curator (factor 2) meespelen bij de beslissingen van de curator. Curatoren stellen zich in ieder faillissement steeds de vraag of de aanpak van onregelmatigheden in een specifieke situatie in het (financiële) belang is van de boedel én de curator zelf.

De interviewstudie laat bovendien zien dat de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken ook afhankelijk is van de persoon van de curator. Door zijn persoonlijke opvatting over de taak van de curator (factor 3), zijn ervaringen met het beschikbare instrumentarium (factor 4) of de opvolging van fraudemeldingen en aangiftes (factor 5) heeft de curator in het algemeen al een bepaalde bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Indien de curator van mening is dat de aanpak van onregelmatigheden niet tot zijn takenpakket behoort, zal hij in het algemeen minder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken. Daarnaast zullen curatoren volgens deze theorie minder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken indien hun eerdere ervaringen hebben uitgewezen dat onregelmatig handelende bestuurders toch met hun handelen weggkomen, omdat bijvoorbeeld fraudemeldingen niet zijn opgepakt of omdat de juridische mogelijkheden niet toereikend waren om de fraudeurs daadwerkelijk aan te pakken. De persoonlijke opvattingen en ervaringen van curatoren spelen op deze manier op de achtergrond mee in het besluitvormingsproces, maar ze hangen niet direct samen met het faillissement waarin de curator een beslissing moet nemen.

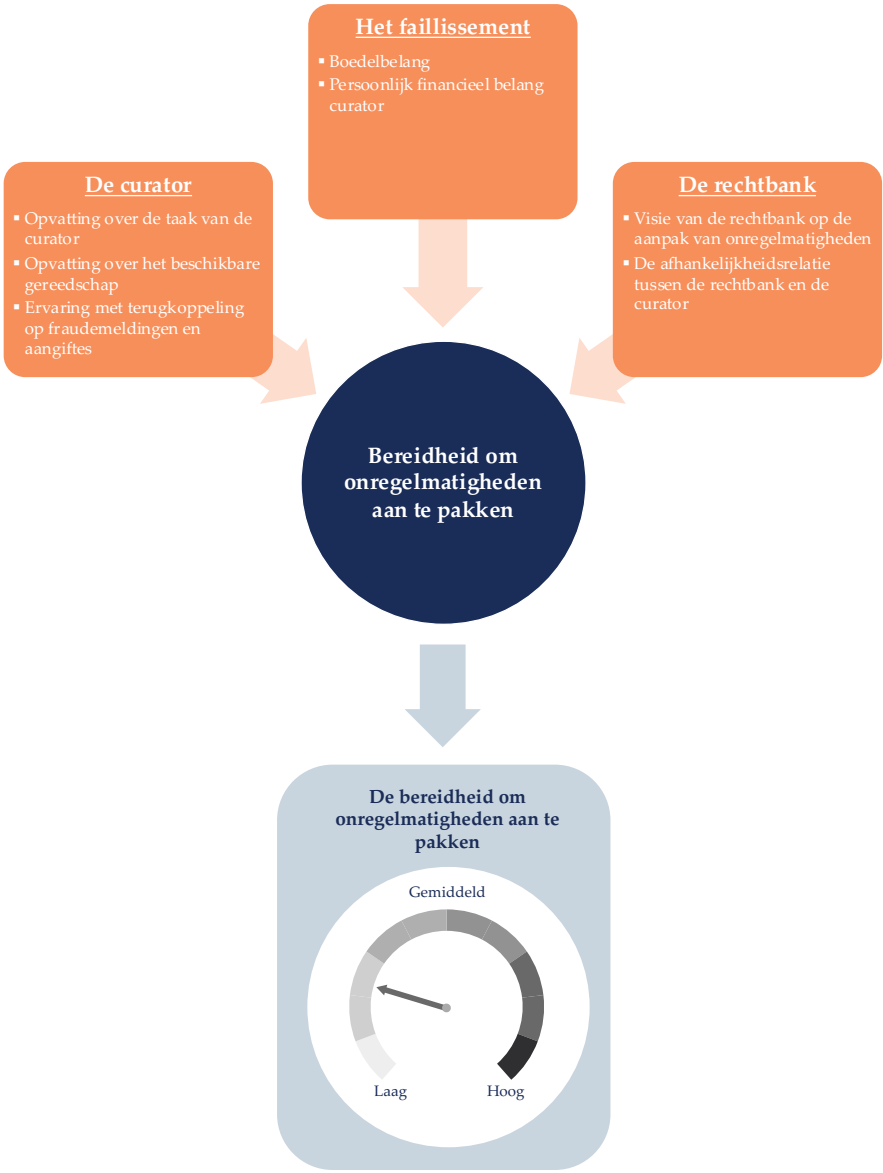
Een andere factor die niet direct samenhangt met het faillissement waarin de curator een beslissing moet nemen maar die wel meespeelt bij afwegingen van de curator is de visie van de rechtbank (factor 6). De interviewstudie laat zien dat een curator zich zal laten stimuleren als de rechtbank (of de rechter-commissaris in een specifiek faillissement) de aanpak van onregelmatigheden belangrijk vindt of zelfs opdraagt. Voorts blijkt uit de interviewstudie dat curatoren menen dat er een helder en transparant benoemings- en beoordelingsbeleid ontbreekt of dat het benoemings- en beoordelingsbeleid in de praktijk anders werkt dan het beleid op papier. Een voor curatoren onduidelijk en niet transparant benoemings- en beoordelingsbeleid heeft zijn weerslag op de relatie tussen de curator en de rechtbank. Hoe onduidelijker het beoordelings- en benoemingsbeleid voor curatoren is – en dus hoe slechter de relatie tussen curator en rechtbank – des te eerder de curator geneigd zal zijn om de visie van de rechtbank of de rechter-commissaris te volgen. Hoe zwaar de curator de visie van de rechtbank (of de rechter-commissaris) (factor 6) laat meewegen lijkt dus te worden beïnvloed door de relatie die de curator met de rechtbank heeft (factor 7).

Op basis van bovenstaande resultaten ben ik gekomen tot een besluitvormingstheorie die is samengevat in figuur 4.1. De besluitvormingstheorie stelt dat de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken allereerst samenhangt met de mate waarin er in een specifiek faillissement voldoen-

de middelen zijn om onregelmatigheden aan te pakken. Hoe meer boedel er is en/of hoe meer verhaalsmogelijkheden de aangesproken persoon biedt, des te hoger de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, omdat er dan voldoende inkomsten kunnen worden gegenereerd voor henzelf en voor de gezamenlijke schuldeisers. Bovendien stelt de besluitvormingstheorie dat de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken samenhangt met de persoonlijke opvattingen en ervaringen van de curator en de visie van de rechtbank. Zo kunnen curatoren een hoge bereidheid hebben om onregelmatigheden aan te pakken, bijvoorbeeld omdat zij de aanpak van onregelmatigheden tot hun taak rekenen, omdat zij positieve ervaringen hebben met de aanpak van onregelmatigheden en/of omdat zij door hun rechtbank worden gestimuleerd om onregelmatigheden aan te pakken. Daarentegen kunnen curatoren in een bepaalde situatie ook een lage bereidheid hebben, bijvoorbeeld omdat zij de aanpak van onregelmatigheden niet tot hun takenpakket vinden behoren, omdat zij negatieve ervaringen hebben met de aanpak van onregelmatigheden en/of omdat zij door hun rechtbank worden ontmoedigd om onregelmatigheden aan te pakken. Gevolg van een hoge bereidheid is een proactieve werkwijze die zich bijvoorbeeld uit in het consequent uitvoeren van een oorzakenonderzoek of het consequent sanctioneren van onregelmatig gedrag. Als curatoren een lage bereidheid hebben om onregelmatigheden aan te pakken, zullen zij eerder geen inzet tonen voor de aanpak van onregelmatigheden en als zij een gemiddelde bereidheid hebben, zullen curatoren naar verwachting een afwachtende houding aannemen, waarbij zij bijvoorbeeld geen uitgebreid oorzakenonderzoek uitvoeren maar wachten tot belangrijke schuldeisers of werknemers zich melden.

De besluitvormingstheorie geeft geen uitsluitsel over de vraag welke factoren het meest van invloed zijn op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Op basis van mijn besluitvormingstheorie verwacht ik dat voornamelijk de factoren die samenhangen met een specifiek faillissement (het boedelbelang en het persoonlijke financiële belang van de curator) meespelen bij de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. De persoonlijke opvattingen en ervaringen van de curator en de visie van de rechtbank lijken meer op de achtergrond mee te spelen en hangen daardoor minder samen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Het kan zo zijn dat een curator door zijn persoonlijke ervaringen normaliter een lage bereidheid heeft om onregelmatigheden aan te pakken, terwijl de aanpak van onregelmatigheden in een specifiek faillissement juist in het belang is van de boedel en kan zorgen voor uitbetaling van zijn eigen kosten. De factoren die samenhangen met de ervaringen van de curator en de factoren die samenhangen met het specifieke faillissement spreken elkaar dan tegen. Mijn besluitvormingstheorie geeft geen uitsluitsel over welke factor in zo'n geval doorslaggevend is.

Figuur 4.1 De besluitvormingstheorie: de aanpak van onregelmatigheden door de curator in de praktijk



4.7 DISCUSSIE

De resultaten van de interviewstudie geven allereerst inzicht in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden. Deze resultaten geven aanleiding om te veronderstellen dat de aannames die de wetgever heeft gedaan bij het formuleren van de taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden niet (volledig) correct blijken. Zo blijkt dat curatoren niet in ieder faillissement een onderzoek doen naar eventuele onregelmatigheden en evenmin bij iedere onregelmatigheid actie ondernemen, terwijl de wetgever dat wel heeft verondersteld. Dit betekent dat het aannemelijk is dat het oorspronkelijke probleem van de wetgever, namelijk dat curatoren onregelmatigheden niet consequent oplossen, nog niet voldoende is opgelost. Het beoogde preventieve effect dat zou ontstaan door een onderzoekende en redresserende curator en dat bestuurders zou moeten ontmoedigen om onregelmatig te handelen wordt dus mogelijk niet bereikt.

Daar komt bij dat de resultaten suggereren dat curatoren hun (eerste) oordeel over eventuele onregelmatigheden veelal baseren op subjectieve aspecten. Hoewel curatoren aangeven zich niet te laten leiden door eerste (voor)oordelen, is het nog maar de vraag in hoeverre curatoren van hun eerste (subjectieve) indrukken kunnen afstappen. De resultaten van de interviewstudie geven aanleiding om vraagtekens te zetten bij de objectiviteit van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Ik kom hier in deel III van dit proefschrift op terug.

Voorts hebben de resultaten geleid tot een besluitvormingstheorie die inzicht geeft in de factoren die meespelen bij de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Mijn besluitvormingstheorie vertoont op bepaalde aspecten belangrijke verschillen met de wijze waarop de wetgever meent dat curatoren onregelmatigheden zouden moeten aanpakken. Zo stelt de besluitvormingstheorie dat onregelmatigheden vaak alleen worden aangepakt indien dat in het (financiële) belang is van de boedel en de curator zelf en indien de curator goede ervaringen heeft met de aanpak van onregelmatigheden. De besluitvormingstheorie veronderstelt ten eerste dat de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken (mede) afhankelijk is van de vraag of zij voor de werkzaamheden die daarmee gemoeid zijn, een adequate vergoeding ontvangen. Dit betekent allereerst dat curatoren dus minder bereid zijn zich in te zetten voor de aanpak van onregelmatigheden als hun vergoeding in het geding komt. Ik heb eerder besproken dat curatoren nogal eens het verwijt krijgen dat zij hun wettelijke taken alleen uitvoeren als zij er zelf (financieel) beter van worden (zie par. 3.5.1). De besluitvormingstheorie laat zien dat dit verwijt soms terecht kan zijn. Ten tweede suggereert de besluitvormingstheorie dat curatoren eerder overwegen om zich in te zetten voor de aanpak van onregelmatigheden als de boedel voldoende middelen bevat om hun salaris en onkosten te voldoen of als er voldoende verhaalsmogelijkheden zijn. De inzet van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken is echter

niet altijd in het belang van de gezamenlijke schuldeisers als zij uiteindelijk onder de streep minder overhouden dan wanneer curatoren zich niet zouden hebben ingespannen om onregelmatigheden aan te pakken. Ik heb eerder aangegeven dat de curator in dit soort situaties soms het verwijt krijgt dat hij de tijd die is gemoeid met de aanpak van onregelmatigheden (onnodig) rekt om meer omzet te genereren (zie par. 3.5.1). Op basis van de besluitvormingstheorie kan niet worden geconcludeerd dat curatoren (bewust of onbewust) onnodig veel uren steken in de aanpak van onregelmatigheden, maar deze werkwijze kan ook niet volledig worden uitgesloten. Het feit dat curatoren bij een bepaalde strategie een persoonlijk belang hebben dat strijdig *kan* zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers geeft aanleiding om te twijfelen aan de objectiviteit van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. De besluitvormingstheorie geeft aanleiding om de objectiviteit van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden nader tegen het licht te houden. In deel III ga ik nader op deze problematiek in.

Op basis van de besluitvormingstheorie kunnen tevens vraagtekens worden gezet bij de aanname dat het huidige wettelijke kader de curator in de praktijk voldoende faciliteert en aanmoedigt om onregelmatigheden aan te pakken. De resultaten van de studie geven inzicht in de factoren die meespelen bij bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken en daaruit blijkt dat de aanmoediging niet altijd volgt. In de hoofdstukken 5 en 6 toets ik de besluitvormingstheorie in twee empirische studies en ga ik in op de onderlinge rangorde van en de eventuele samenhang en interacties tussen de verschillende factoren. Die studies dienen om de besluitvormingstheorie te toetsen en te verfijnen.

4.8 METHODOLOGISCHE REFLECTIE

Deze studie biedt belangrijk inzicht in de wijze waarop de curatoren zeggen onregelmatigheden aan te pakken en biedt een basis voor het zoeken naar oplossingen voor de tegenvallende bereidheid van curatoren bij die aanpak. Het belangrijkste pluspunt van de gebruikte methode is dat de door mij opgestelde besluitvormingstheorie is gebaseerd op de interviews en daarmee zijn basis vindt in de empirische data. Mijn besluitvormingstheorie is ingegeven door de *grounded theory*-methode. De *grounded theory*-methode werkt met een zogenoemd *coding paradigm* om op een gestructureerde manier de verbanden tussen de verschillende factoren te onderzoeken. Het oorspronkelijke *coding paradigm* werkt met een centraal concept of thema. Om de verschillende factoren die van belang zijn voor dat centrale thema met elkaar in verband te brengen, heeft een *coding paradigm* verschillende categorieën waarin de data (en dus de factoren) kunnen worden ingedeeld. Zo zijn er causale factoren (die direct van invloed zijn op het centrale thema), *intervening* factoren (die fungeren als de condities of voorwaarden waaronder een bepaalde strategie

wordt gekozen) en contextuele factoren (die zien op de context waarin met het centrale thema om moet worden gegaan). Deze factoren maken dat er verschillende strategieën zijn waarop kan worden omgegaan met het centrale thema en die strategieën hebben weer bepaalde consequenties. Het *coding paradigm* is een goed instrument om ervoor te zorgen dat de theorie die wordt geformuleerd daadwerkelijk voortvloeit uit de empirische data, maar is niet geschikt voor ieder onderzoek. Om die reden is het gebruikelijk om het *coding paradigm* aan te passen aan het onderzoeksonderwerp.¹⁹ Dat heb ik gedaan om ervoor te zorgen dat de theorie aansluit op de context van mijn onderzoek en daarmee begrijpelijk is voor het lezerspubliek. Zo lijken aspecten van het specifieke faillissement waarin een curator wordt aangesteld, te fungeren als causale factoren voor de beslissing om onregelmatigheden aan te pakken. Verder heb ik ervoor gekozen om de factoren die niet samenhangen met een specifiek faillissement onder te verdelen in factoren die betrekking hebben op de persoon van de curator en factoren die betrekking hebben op de visie van de rechtbank. Deze factoren scheppen voorwaarden en vormen de context waarin een curator opereert en zijn dus te kwalificeren als *intervening* en contextuele factoren. De besluitvormingstheorie is daarmee ingegeven door het *coding paradigm*, omdat ik de verschillende categorieën uit het *coding paradigm* als inspiratie heb gebruikt voor het leggen van verbanden tussen de verschillende factoren.

Door gebruik te maken van de *grounded theory*-methode is mijn besluitvormingstheorie volledig gebaseerd op hetgeen curatoren mij hebben verteld (de data) en niet op mijn verwachtingen of vooroordelen. Deze werkwijze heeft als voordeel dat mijn besluitvormingstheorie inzicht biedt in factoren die in de praktijk meespelen bij de aanpak van onregelmatigheden.

De kwalitatieve insteek van het onderzoek brengt echter ook beperkingen met zich mee. Ten eerste geven interviews slechts inzicht in percepties van bepaalde curatoren en is niet onderzocht hoe deze – en andere – curatoren daadwerkelijk handelen in bepaalde situaties. Onbekend is in hoeverre curatoren in het interview sociaal wenselijke antwoorden hebben gegeven. Ik heb geprobeerd dit te beperken door de participanten op hun gemak te stellen, bijvoorbeeld door eerst te vragen naar hun ervaring en achtergrond, anonimiteit te garanderen en verschillende controlevragen te stellen.²⁰ Nader onderzoek kan zich richten op hoe curatoren daadwerkelijk handelen in specifieke situaties. Ook triangulatie – door een enquête of door aanvullende interviews met bijvoorbeeld rechters-commissarissen, de FIOD en betrokken bestuurders uit te voeren – kan helpen om meer inzicht te krijgen in de handelwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden.²¹

19 Vollstedt & Rezat 2019.

20 Van Male, KWALON 2011, p. 6-13 en Poelen, KWALON 2017, p. 24-28.

21 Zie par. 7.5.4 voor een eerste poging daartoe.

De kwalitatieve analyses zijn ten tweede niet geschikt om (causale) verbanden aan te tonen en die te generaliseren naar de volledige populatie van de huidige steekproef omdat geen sprake is van een representatieve steekproef.²² Toch heb ik geprobeerd om door het toepassen van een gestructureerde dataverzameling en een gestructureerde analysemethode te komen tot resultaten die representativiteit benaderen.²³ Door het bereiken van saturatie kan worden aangenomen dat sprake is van zogenoemde variatiedekkende generalisatie, waardoor het waarschijnlijk is dat de resultaten van het kwalitatieve onderzoek representatief zijn voor de Nederlandse curatorenpraktijk.²⁴

Ten derde is de kwalitatieve analyse naar zijn aard subjectief. Hoewel ik heb geprobeerd om het onderzoeksproces zo navolgbaar mogelijk te maken door het toepassen van een gestructureerde dataverzameling en een gestructureerde analysemethode, is het onderzoeksproces afhankelijk van de persoon van de onderzoeker. Zo merkte ik een duidelijk verschil tussen de eerste interviews – waar ik (nog) beperkte kennis had van de curatorenpraktijk – en de latere interviews, omdat ik bij die interviews meer een volwaardige gesprekspartner was voor de curatoren. Bovendien lukte het mij in de loop van het onderzoeksproces beter om over bepaalde onderwerpen door te vragen en weg te blijven van onderwerpen die minder relevant waren voor mijn onderzoeksvraag.

In de volgende hoofdstukken worden de resultaten van deze studie getoetst en aangevuld door twee kwantitatieve studies om zoveel mogelijk tegemoet te komen aan de drie genoemde beperkingen van deze kwalitatieve studie.

4.9 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk heb ik het werkproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden behandeld. De resultaten van de interviewstudie hebben inzicht gegeven in hoe curatoren de signaleringsfase, de beoordelingsfase en de redresseringsfase invullen en heeft uiteindelijk geleid tot een besluitvormingstheorie. Mijn besluitvormingstheorie suggereert dat er zeven factoren zijn die meespelen bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Die factoren zijn onder te verdelen in factoren die samenhangen met een specifiek faillissement (het boedelbelang en het financiële belang van de curator), factoren die samenhangen met (de persoon van) de curator (de persoonlijke taakopvatting, de opvatting over het beschikbare instrumentarium en eerdere ervaringen met fraudemeldingen) en factoren die samenhangen met de rechtbank (de visie van de rechtbank en daarmee samenhangend de relatie tussen de curator en de rechtbank).

22 Zie Strauss & Corbin 1998, H3.

23 Smaling, KWALON 2014, onder 1 en 2.

24 Smaling, KWALON 2014, onder 8 en 10.

De resultaten van de studie laten zien dat de bezwaren van de (curatoren)praktijk voorafgaand aan de invoering van de Wet versterking curator niet ongegrond waren. De resultaten geven aanleiding om te twijfelen aan de aannames die de wetgever heeft gedaan over het gedrag van curatoren. Zo blijkt dat curatoren onregelmatigheden niet consequent onderzoeken en aanpakken, terwijl dit wel het beoogde doel was van de wetgever.

In de volgende hoofdstukken wordt de besluitvormingstheorie op twee manieren getoetst. Allereerst wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan op de twee factoren waarvan ik op basis van mijn besluitvormingstheorie verwacht dat ze het meeste samenhangen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, namelijk het boedelbelang en het persoonlijke financiële belang van de curator. Hoofdstuk 5 doet verslag van een documentenanalyse van faillissementsverslagen en die studie ziet op het daadwerkelijke handelen van curatoren zoals door hen gerapporteerd in de faillissementsverslagen. Vervolgens wordt in hoofdstuk 6 in een surveystudie het effect van de verschillende factoren op de bereidheid van curatoren getoetst en wordt nader gekeken naar de onderlinge samenhang en rangorde van de verschillende factoren.

Onregelmatigheden aanpakken bij een gebrek aan verhaalsmogelijkheden

Een kwantitatieve analyse van faillissementsverslagen¹

5.1 INTRODUCTIE

De mate waarin een bepaalde actie zorgt voor extra inkomsten voor de boedel, lijkt op basis van mijn besluitvormingstheorie in direct verband te staan met de beslissing van de curator om wel of geen actie te ondernemen bij geconstateerde onregelmatigheden. Als extra inzet zorgt voor extra inkomsten, is de curator waarschijnlijk eerder bereid werkzaamheden te verrichten om onregelmatigheden aan te pakken, omdat die aanpak enerzijds zorgt voor extra middelen om te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers (het boedelbelang) en anderzijds zorgt voor extra middelen waarmee het salaris van de curator kan worden voldaan (het financiële belang van de curator). In dit hoofdstuk richt ik mij op de toetsing van deze twee factoren die volgens mijn besluitvormingstheorie samenhangen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken en waarvan ik denk dat ze direct van invloed zijn op de beslissing die een curator in een specifiek faillissement moet nemen. Meer specifiek wordt nader ingegaan op de relatie tussen de beslissing van de curator om gesignaleerde onregelmatigheden aan te pakken en (het gebrek aan) verhaalsmogelijkheden. Een gebrek aan verhaalsmogelijkheden betekent immers dat er geen direct financieel belang is voor de gezamenlijke schuldeisers en de curator om actie te ondernemen. De verwachting is dan ook dat de curator onregelmatigheden minder snel aanpakt indien sprake is van een gebrek aan verhaalsmogelijkheden.

Om te bekijken of en zo ja, in hoeverre een (gebrek aan) verhaalsmogelijkheden samenhangt met de eventuele acties van de curator is een steekproef van 2134 faillissementsverslagen onderzocht. Deze studie vormt een belangrijke aanvulling op de interviewstudie – en de surveystudie die wordt besproken in hoofdstuk 6 – omdat deze documentenanalyse inzicht biedt in de daadwerkelijke acties die curatoren in een bepaald faillissement hebben genomen. De kracht van deze studie is bovendien gelegen in het inzicht dat wordt geboden in de data over het aantal geconstateerde en geredresseerde onregelmatigheden en de data over de verschillende vormen van onregelmatigheden en de verschillende redresseringsvormen.

1 Dit onderzoek is gedeeltelijk eerder gepubliceerd, zie: Pool, Pluut & Vriesendorp, *RdW* 2021.

Bij deze studie gebruik ik (net als bij de vorige studie) een empirische methode. In speciale omkaderde methodeblokken geef ik opnieuw extra uitleg over de gebruikte methode en over het gebruikte jargon. Deze methodeblokken zijn bedoeld voor de lezer die minder goed thuis is in de toegepaste empirische benadering.

Hieronder formuleer ik allereerst de hypothesen (par. 5.2) en bespreek ik de onderzoekszopzet (par. 5.3). Dan ga ik in op de resultaten van het onderzoek (par. 5.4), gevolgd door een discussie, waarbij ik de resultaten van de documentenanalyse naast de resultaten van de interviewstudie leg (par. 5.5). Afsluitend reflecteer ik op de gebruikte methode (par. 5.6) en volgt een conclusie (par. 5.7).

5.2 HYPOTHESEN

Empirische begrippen

<i>Hypothese</i>	Een hypothese is een stelling waarin de onderzoeker aangeeft welk verband hij verwacht te vinden in het onderzoek.
------------------	--

Het doel van het kwantitatieve onderzoek is het testen van de relatie tussen onregelmatigheden en (een gebrek aan) verhaal enerzijds en de beslissing van de curator om onregelmatigheden te redresseren anderzijds. Op basis van het wettelijke instrumentarium dat de curator ter beschikking staat en de door de wetgever veronderstelde taak van de curator op het gebied van het redresseren van onregelmatigheden, verwacht ik dat de curator in ieder faillissement waar onregelmatigheden zijn signaleerd actie onderneemt. Om die reden luidt de eerste hypothese als volgt:

Hypothese 1: Er bestaat een positieve samenhang tussen signaleerde onregelmatigheden en de waarschijnlijkheid van redressering door de curator in faillissementen.

Mijn besluitvormingstheorie geeft redenen om deze hypothese te nuanceren. Er bestaat een mogelijke tegenstrijdigheid tussen enerzijds het (financiële) belang van de gezamenlijke schuldeisers en het financiële belang van de curator en anderzijds de taak om onregelmatigheden aan te pakken. De aanpak van onregelmatigheden is niet altijd in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Zo kan de aanpak van onregelmatigheden strijdig zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als er geen verhaalsmogelijkheden zijn. De aanpak van onregelmatigheden kost in die situaties meer dan dat het oplevert. Bovendien kan de aanpak van onregelmatigheden strijdig zijn met het eigen financiële belang van de curator als er onvoldoende vergoeding is voor de werkzaamheden die gemoeid zijn met de aanpak van onregelmatigheden,

bijvoorbeeld omdat er geen verhaalsmogelijkheden zijn. Daarom verwacht ik tevens dat de beslissing van de curator om actie te ondernemen tevens afhangt van het bestaan van verhaalsmogelijkheden. Om die reden luidt de tweede hypothese als volgt:

Hypothese 2: Er bestaat een negatieve samenhang tussen gebrek aan verhaalsmogelijkheden en de waarschijnlijkheid van redressering door de curator in faillissementen.

Hypothese 2 ziet op een eventueel direct verband tussen gebrek aan verhaalsmogelijkheden en redressering. Naast dit directe verband verwacht ik op basis van mijn besluitvormingstheorie ook dat gebrek aan verhaalsmogelijkheden een modererend effect heeft op de relatie tussen gesignaleerde onregelmatigheden en redressering. Dat wil zeggen dat de verwachting is dat gesignaleerde onregelmatigheden minder vaak worden geredresseerd indien er twijfels zijn geuit over verhaalsmogelijkheden dan wanneer deze twijfels niet door de curator worden vermeld. Om die reden luidt de derde hypothese als volgt:

Hypothese 3: Gebrek aan verhaalsmogelijkheden matigt het verband tussen onregelmatigheden en de waarschijnlijkheid van redressering door de curator zodanig dat onregelmatigheden minder invloed hebben op de redresseringsbeslissing als de bestuurders geen verhaal bieden.

Hypothese 1, 2 en 3 zien op de invloed van onregelmatigheden en gebrek aan verhaalsmogelijkheden op alle redresseringsvormen. De curator heeft echter verschillende mogelijkheden om onregelmatigheden te redresseren, onder te verdelen in civielrechtelijke acties en het doen van een fraudemelding of aangifte. De civiele mogelijkheden die de curator heeft om onregelmatigheden te redresseren (een vordering op grond van de faillissementspauliana, een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure of een schikking) zijn vooral gericht op herstel van verhoudingen door onrechtmatig verdwenen goederen terug de boedel in te krijgen of een adequate schadevergoeding in de boedel te krijgen. Indien er twijfel bestaat over verhaalsmogelijkheden, dan lijkt het logisch dat de curator eventuele (civielrechtelijke) vervolgstappen achterwege laat. De resultaten van de interviewstudie zijn in lijn met deze aanname.

Het doen van een fraudemelding of een aangifte zou daarentegen niet moeten afhangen van eventuele verhaalsmogelijkheden, omdat het is gericht op het sanctioneren van onregelmatig gedrag. De verwachting is dus dat een eventueel gebrek aan verhaalsmogelijkheden (vrijwel) geen invloed heeft op de beslissing om een fraudemelding of aangifte te doen. Ik verwacht dat de invloed van gebrek aan verhaalsmogelijkheden op de beslissing om een fraudemelding of aangifte te doen significant minder is dan de invloed die twijfels over verhaal hebben op de beslissing om civielrechtelijke acties in te stellen. Om die reden luidt hypothese 4 als volgt:

Hypothese 4: De invloed van gebrek aan verhaalsmogelijkheden op de waarschijnlijkheid van civielrechtelijke redressering (d.w.z. pauliana, bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure en/of schikking) is groter dan de invloed van gebrek aan verhaalsmogelijkheden op de waarschijnlijkheid van een fraudemelding of aangifte door de curator.

5.3 ONDERZOEKSOPZET

5.3.1 Steekproef

Om de relatie tussen de variabelen te onderzoeken zijn 2134 faillissementsverslagen² onderzocht. Faillissementsverslagen worden in beginsel in ieder faillissement periodiek opgesteld en zijn de laatste jaren vrij toegankelijk via het Centraal Insolventieregister (CIR) waarin ieder faillissement gedurende de looptijd in Nederland is opgenomen.³ Het CIR heeft echter geen zoekfunctie waarmee beëindigde faillissementen kunnen worden gefilterd. Bovendien zijn faillissementsverslagen in het CIR slechts toegankelijk tot maximaal zes maanden na beëindiging van het faillissement, waardoor geen grote dataset kan worden verkregen van reeds enige tijd geleden afgeronde faillissementen. Om die reden is een steekproef gebruikt bestaande uit verslagen van faillissementen die zijn beëindigd tussen april 2018 en december 2018.⁴ Deze startdatum is gekozen omdat vanaf april 2018 in vrijwel alle faillissementen een gestandaardiseerd faillissementsverslag werd gebruikt, waardoor de faillissementsverslagen eenvoudig doorzoekbaar en vergelijkbaar zijn. De einddatum is gebaseerd op praktische overwegingen, waaronder de tijd die nodig was om de faillissementsverslagen handmatig te coderen.⁵

Om inzicht te krijgen in de factoren die van invloed zijn op de redresseringsbeslissing van de curator, is gekeken naar de gestandaardiseerde paragrafen in het faillissementsverslag waar de curator het oorzaken- en rechtmatig-

2 Het gaat hier om het eindverslag, waarin ingevolge de standaardverslaglegging ook informatie is opgenomen over de eerdere verslagen.

3 Artikel 73a Fw en insolventies.rechtspraak.nl/#!/zoeken/index.

4 De dataset is beschikbaar gesteld door Raimond Dufour, failimprove.nl en schuldeisers belang.nl. De dataset is gebaseerd op publiekelijk toegankelijke faillissementsverslagen die automatisch werden opgeslagen in een database. De volgende informatie is beschikbaar gesteld van elk faillissement: 1) startdatum van het faillissement, 2) einddatum van het faillissement, 3) insolventiekenmerk, 4) bedrijfsnaam, 5) rechtsvorm, 6) KvK-nummer, 7) aantal medewerkers op datum faillissement, 8) rechtbank, 9) curator, 10) link naar de oorspronkelijke vindplaats van het verslag, 11) paragraaf 'oorzaken' en 12) paragraaf 'rechtmatigheid'.

5 Dit betekent dat de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator in artikel 68 Fw niet op alle faillissementen van toepassing was. De fraudesignalerende rol bestond echter ook al voor de wettelijke institutionalisering. Om aan deze beperking tegemoet te komen zijn aanvullend interviews uitgevoerd en is een survey afgenomen.

heidsonderzoek beschrijft (paragraaf 1.7 en paragraaf 7). De inhoud van deze twee paragrafen is gecodeerd om tot een overzicht te komen van de geïdentificeerde typen onregelmatigheden, een eventueel gebrek aan verhaalsmogelijkheden en de redresseringsacties die zijn ingezet door de curator.⁶

5.3.2 Variabelen

De afhankelijke variabele is 'redressering' door de curator. Redressering is iedere actie van de curator die is bedoeld om gesignaleerde onregelmatigheden aan te pakken (zie ook par. 3.2.2 en par. 3.2.4). De variabele *redressering* is onder te verdelen in de verschillende vormen van redressering, te weten 'schikking', 'bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure', 'pauliana-actie' en 'fraudemelding en/of aangifte'. Deze variabele is (net als de aparte vormen) geoperationaliseerd als een binaire variabele (0 = geen redressering, 1 = redressering).

Empirische begrippen

<i>Variabele</i>	Een variabele is iedere factor die verschillende waarden kan aannemen, oftewel die variabel is. Denk aan leeftijd of geslacht, maar ook de mate waarin iemand tevreden is (van laag tot hoog variërend).
<i>Onafhankelijke variabele</i>	Een onafhankelijke variabele is een variabele waarvan de onderzoeker verwacht dat deze variabele een effect heeft op een andere variabele (de afhankelijke variabele). Het is de verklarende of voorspellende variabele, doorgaans aangeduid met x. Denk aan de (onafhankelijke) variabele leeftijd die een effect kan hebben op de (afhankelijke) variabele salaris.
<i>Afhankelijke variabele</i>	Een afhankelijke (ook wel uitkomst)variabele is een variabele waarover de onderzoeker een voorspelling wil doen op basis van de waarde(n) van de onafhankelijke variabele(n). De afhankelijke variabele wordt doorgaans aangeduid met y. Denk aan de (afhankelijke) variabele salaris die voorspeld kan worden aan de hand van de (onafhankelijke) variabelen leeftijd en geslacht.
<i>Binaire variabele</i>	Een binaire variabele is een variabele met twee categorieën en dus twee mogelijke waarden die elkaar uitsluiten. Denk aan 'Ja' of 'Nee', '0' of '1' en 'Dood' of 'Levend'.

De twee belangrijkste onafhankelijke variabelen zijn 'onregelmatigheid' en 'gebrek aan verhaalsmogelijkheden'. De binaire variabele 'onregelmatigheid'

6 De auteur bedankt Susan van den Dool en Sofia de Jong voor hun bijdragen aan het coderen. De coderingen zijn steekproefsgewijs gecontroleerd, waarbij geen grote afwijkingen zijn geconstateerd.

geeft aan of de curator in het faillissementsverslag heeft aangegeven een onregelmatigheid te hebben gesignaleerd (0 = geen onregelmatigheid gesignaleerd, 1 = wel een onregelmatigheid gesignaleerd). Er is vervolgens onderscheid gemaakt tussen vier onregelmatigheden, te weten de binaire variabelen '(kenmerk) onbehoorlijk bestuur' (artikel 2:9, 6:162 en/of 2:138/248 BW), 'schending van de administratieplicht' (artikel 2:10 BW), 'schending van de deponeringsplicht' (artikel 2:394 BW) en 'frauduleus handelen' (zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk).⁷

Bij de andere onafhankelijke variabele geldt dat ik op basis van eerder onderzoek vooral geïnteresseerd ben in het effect van een 'gebrek aan verhaalsmogelijkheden' en om die reden is dit gebruikt als referentiecategorie voor deze binaire variabele.⁸ De variabele is dus gecodeerd als 1 wanneer in het faillissementsverslag expliciet werd gesproken over het gebrek aan verhaal, met letterlijke bewoordingen of met frases die duiden op een gebrek aan verhaal (bijv. 'een succesvolle actie kan niet leiden tot een verhaalbare voordeeling'). Idealiter zou het onderzoek situaties waarin de bestuurder geen verhaal bood, vergelijken met situaties waarin de bestuurder wel verhaal bood. De expliciete benoeming van het bestaan van verhaalsmogelijkheden kwam echter nauwelijks voor ($n = 14$). Hoewel het aannemelijk is dat er verhaalsmogelijkheden bestaan wanneer de curator het gebrek aan verhaalsmogelijkheden niet expliciet benoemt of actie onderneemt, kan ik niet overtuigend stellen dat het niet noemen van een gebrek aan verhaal altijd het bestaan van verhaalsmogelijkheden impliceert. In de praktijk zijn er ook curatoren die in actie komen zonder dat op dat ogenblik het bestaan van verhaalsmogelijkheden al vaststaat. Denk aan curatoren die fraudesignalering belangrijk vinden en zich op dit punt extra inzetten. Om die reden heb ik ervoor gekozen om deze categorie (gecodeerd als 0) als 'overig' te bestempelen. Het onderzoek vergelijkt dan ook situaties waarin sprake was van een gebrek aan verhaalsmogelijkheden met situaties waarin dergelijke zorgen niet werden benoemd in het faillissementsverslag.

5.3.3 Beschrijvende statistieken

In tabel 5.1 staan enkele beschrijvende statistieken van de variabelen. In 45,2% van alle onderzochte faillissementen heeft de curator onregelmatigheden geconstateerd. Dit getal sluit aan bij eerder onderzoek waaruit lijkt te volgen

7 De verschillende vormen van onregelmatigheden en de verschillende redresseringsmogelijkheden zijn gekozen op basis van de informatie die beschikbaar was in de faillissementsverslagen. De Peeters/Gatzen-vordering werd bijvoorbeeld niet genoemd in de geanalyseerde verslagen en is daardoor niet als variabele opgenomen.

8 Knecht e.a. 2005, par. 6 en par. 8.6; Luttikhuis & Timmermans 2007, par. 5.2; Lieferink 2020, p. 20 e.v.

dat onregelmatigheden veelvuldig voorkomen en is zelfs iets hoger dan in die studies naar voren kwam.⁹ De curator heeft onregelmatigheden geredresseerd in 28,7% van de onderzochte faillissementen. Deze percentages laten zien dat de curator gesignaleerde onregelmatigheden niet altijd aanpakt. In 21,1% van de gevallen werd door de curator vastgesteld dat er geen verhaalsmogelijkheden zouden zijn voor een eventuele vordering. Van alle redresseringsacties die de curator kan nemen, komt het treffen van een schikking het meest voor, namelijk in 17,1% van de faillissementen.

Tabel 5.1 *Descriptieve statistieken van de variabelen**

<i>Variabele</i>	<i>N</i>	<i>Aantal (1)</i>	<i>% (1)</i>
Onregelmatigheden	1815	820	45,2
(Kennelijk) onbehoorlijk bestuur	1765	549	31,1
Schending van de administratieplicht	1772	408	23,0
Schending van de deponeringsplicht	1760	505	28,7
Frauduleus handelen	1773	101	5,7
Gebrek aan verhaalsmogelijkheden	1780	375	21,1
Redressering	1772	509	28,7
Schikking	1774	303	17,1
Pauliana-actie	1783	132	7,4
Bestuursdaanvaardigheidsprocedure	1771	73	4,1
Fraudemelding en/of aangifte	1773	108	6,1

* De variabelen '(kennelijk) onbehoorlijk bestuur', 'schending van de administratieplicht', 'schending van de deponeringsplicht' en 'frauduleus handelen' kunnen tegelijk voorkomen. Om die reden is de variabele 'onregelmatigheden' geen som van de genoemde variabelen. Hetzelfde gaat op voor de verschillende redresseringsvormen. Voor de variabele 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' geldt dat deze variabele geen optelsom is van de variabelen 'schending van de administratieplicht' en 'schending van de deponeringsplicht'. Soms schreef de curator in het faillissementsverslag namelijk dat de deponeringsplicht was geschonden, maar dat (voor het overige) geen sprake was van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur.

* Alle variabelen bevatten enkele zogenaemde *missing cases*. Deze *missing cases* kunnen worden verklaard doordat sommige faillissementsverslagen niet het standaardformat hebben gevolgd, waardoor de betreffende alinea's over het oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek niet in de dataset zijn opgenomen en dus niet konden worden gecodeerd.

Tabel 5.2 geeft inzicht in de redresseringsratio's uitgesplitst per type onregelmatigheid. Uit de resultaten blijkt dat slechts in 46% van de gevallen waarin de curator onregelmatigheden heeft gesignaleerd, ook daadwerkelijk actie is ondernomen. Opvallend is dat curatoren consequenter lijken in het redresseren van geconstateerde fraude (90%) dan bij andere soorten onregelmatigheden.

9 Elswijk e.a. 2016, par. 5.2. Zie voor eenzelfde conclusie over 2010: Boer & Lalta 2011. Zie Vriesendorp, *TvI* 2017 voor enkele opmerkingen over de in dat onderzoek gebruikte term onregelmatigheden.

Een uitgebreidere beschrijving van de resultaten volgt na een uitleg van de gebruikte analysemethodes.

Tabel 5.2 *Redresseringsratio per onregelmatigheid**

	<i>Aantal</i>	<i>Redressering</i>
Onregelmatigheden	793	368 (46%)
(Kennelijk) onbehoorlijk bestuur	536	310 (58%)
Schending van de administratieplicht	396	209 (53%)
Schending van de deponeringsplicht	488	169 (35%)
Frauduleus handelen	98	88 (90%)
Geen onregelmatigheden	967	130 (13%)

* Het aantal onder ‘onregelmatigheden’ verschilt van tabel 1, omdat tabel 2 alleen de gevallen laat zien met een waarde voor redressering.
* In sommige faillissementsverslagen heeft de curator geen onregelmatigheden vermeld, maar wel opgeschreven dat hij bijvoorbeeld een schikking had getroffen (dus 0 voor onregelmatigheden, 1 voor redressering). Het gaat hier bijvoorbeeld om de situatie dat er een vaststellingsovereenkomst is getroffen (en dus een schikking is overeengekomen), maar waarbij de curator in het faillissementsverslag geen uitspraken heeft gedaan over eventuele onregelmatigheden.

5.3.4 Toetsing van hypothesen

Empirische begrippen

<i>Nominale of categorische variabele</i>	Een nominale (ook wel categorische) variabele is een variabele waarvan de waarde niet numeriek is. Denk aan het arrondissement waar iemand werkzaam is. Hier kan ten behoeve van de analyse alsnog een numerieke waarde aan worden verbonden. Zo kan bijvoorbeeld het arrondissement Amsterdam het nummer ‘1’ krijgen, het arrondissement Den Haag het cijfer ‘2’, et cetera.
<i>Dichotome variabele</i>	Een dichotome variabele is een nominale variabele die slechts twee waarden kan aannemen. Denk aan ‘Dood’ of ‘Levend’. Zie ook binaire variabele (par. 5.3.2).
<i>Bivariate analyse</i>	Een bivariate analyse ziet op het testen van een verband tussen twee variabelen. Correlaties zijn hier een voorbeeld van.
<i>Regressieanalyse</i>	Een regressieanalyse is een statistische analysetechniek die ziet op het voorspellen van een bepaalde uitkomst voor de afhankelijke variabele op basis van informatie over andere (onafhankelijke) variabelen. We spreken dan van een regressie van de onafhankelijke variabele op de afhankelijke variabele. Bij enkelvoudige regressie is sprake van één onafhankelijke variabele. Bij meervoudige of multi-pele regressie is er meer dan één onafhankelijke variabele.

<i>Logistische regressie</i>	Bij een logistische regressieanalyse is de afhankelijke variabele een categorische variabele. Dit in tegenstelling tot lineaire regressie, waar de afhankelijke variabele aangenomen wordt continu te zijn en aldus elke waarde aan kan nemen.
<i>Binaire logistische regressie</i>	Als de afhankelijke variabele in de logistische regressie twee categorieën kent, spreken we van een binaire logistische regressie.
<i>Multinomiale logistische regressie</i>	Als de afhankelijke variabele in de logistische regressie meer dan twee categorieën kent, spreken we van een multinomiale logistische regressie. Bij multinomiale logistische regressie wordt er altijd voor een referentiecategorie gekozen, wat betekent dat de waarschijnlijkheid van een uitkomst wordt voorspeld ten opzichte van de referentiecategorie.
<i>Odds ratio</i>	Bij logistische regressie wordt niet de uitkomst zelf, maar de kans op die uitkomst voorspeld. De odds geeft de verhouding weer tussen de waarschijnlijkheid dat een gebeurtenis optreedt (zal optreden) en de waarschijnlijkheid dat een gebeurtenis niet zal optreden. Dit is de relatieve kans. De odds ratio is vervolgens de vergelijking van de relatieve kans voor waarden van de onafhankelijke variabele. De odds ratio loopt van 0 tot oneindig, waarbij een odds ratio van 1 betekent dat er geen samenhang is tussen de onafhankelijke en de afhankelijke variabele. De odds ratio wordt veel gebruikt in medisch onderzoek, waar het veelal gaat om de kans (of het risico) op ziekte of sterfte. Een voorbeeld is de odds ratio voor roken in vergelijking met niet-roken op het krijgen van een hartinfarct.
<i>Significantie</i>	Statistische significantie geeft aan of het gevonden verband te verklaren is door toeval. Als een bepaalde uitkomst statistisch significant is, betekent dat dat het gevonden verband (waarschijnlijk) niet op toeval berust.
<i>Significantieniveau</i>	Het significantieniveau (uitgedrukt middels de α of de p-waarde) is een drempelwaarde die de onderzoeker vooraf kiest. Als de p-waarde onder de vooraf vastgestelde drempel ligt, betekent dat dat het gevonden verband statistisch significant is. Een significantieniveau van 0,05 is het meest gebruikelijk. Dat betekent dat er een kans is van 5% dat de gevonden samenhang toch niet bestaat.

De nominale variabelen in het onderzoek zijn gebaseerd op dichotome gegevens; het antwoord op de vragen of er is geredresseerd en of er onregelmatigheden zijn geconstateerd, is simpelweg 'ja' of 'nee'. De twee waarden vertegenwoordigen dus geen numerieke waarde. Om die reden wordt de *Pearson's chi-square test* gebruikt om te bepalen of er een significant verband bestaat tussen twee categorische variabelen en de *Cramér's V statistic* om informatie te verkrijgen over de sterkte van de samenhang. Deze bivariate analyses geven inzicht in de samenhang tussen één afhankelijke en één onaf-

hankelijke variabele. In dit onderzoek geeft de bivariate analyse dus inzicht in de samenhang van iedere aparte variabele met de redresseringsbeslissing van de curator.

Om de hypothesen met betrekking tot de invloed van onregelmatigheden en gebrek aan verhaalsmogelijkheden te testen, wordt een meervoudige regressieanalyse gebruikt, die de samenhang tussen een onafhankelijke variabele en de afhankelijke variabele schat en daarbij controleert voor een aantal andere variabelen. Deze analyse geeft dus inzicht in de samenhang van meerdere onafhankelijke variabelen met één afhankelijke variabele. De afhankelijke variabele is zoals aangegeven een binaire variabele, namelijk of de curator in een bepaald faillissement heeft besloten onregelmatigheden te redresseren (waarde 1) of niet (waarde 0). Om die reden wordt een binaire logistische regressieanalyse gebruikt om de waarschijnlijkheid van redresseringsacties te relateren aan de onafhankelijke variabelen.

Hypothese 4 gaat over de invloed van gebrek aan verhaalsmogelijkheden op het instellen van civielrechtelijke acties in vergelijking met de beslissing om een fraudemelding of -aangifte te doen. Het gaat hier dus om meerdere afhankelijke variabelen die naast elkaar worden gelegd. Om inzicht te geven in de effecten van een gebrek aan verhaal op de verschillende redresseringsvormen wordt allereerst een regressieanalyse gedaan met als afhankelijke variabele steeds een andere redresseringsvorm. Een optimale toets van hypothese 4 is echter door middel van een multinomiale logistische regressieanalyse, om de waarschijnlijkheid van een fraudemelding of aangifte ten opzichte van een civielrechtelijke actie te schatten. De afhankelijke variabele is bij deze analyse geen dichotome variabele (met waarde 0 of 1) maar een *multicategory* variabele, met de categorieën 'geen actie', 'civielrechtelijke actie' en 'fraudemelding- of aangifte', waarbij de categorie civielrechtelijke actie als referentiecategorie wordt gebruikt. Voor alle statistische testen is een significantieniveau van $\alpha = 0,05$ gebruikt. Dit betekent dat ik een risico van 5% accepteer dat ik een samenhang vind, die eigenlijk niet bestaat. Als een resultaat statistisch significant is (d.w.z. met een p -waarde $< 0,05$), is het resultaat dermate zeldzaam gegeven de afwezigheid van het effect, dat het onwaarschijnlijk is dat deze op toeval berust, en dus is het aannemelijk dat het gevonden effect daadwerkelijk bestaat.

Bij het interpreteren van de uitkomsten van het logistische regressiemodel maak ik gebruik van de *odds ratio*. In de analyses wordt een onafhankelijke variabele gerelateerd aan de relatieve kans op redressering (waarde = 1), oftewel de waarschijnlijkheid van redressering ten opzichte van de waarschijnlijkheid dat de curator geen stappen onderneemt om onregelmatigheden te redresseren. Die verhouding in kansen wordt de *odds* genoemd. De *odds ratio* geeft vervolgens de samenhang weer met de onafhankelijke variabele. Wanneer bijvoorbeeld onregelmatigheid als voorspellende variabele wordt gerelateerd aan redressering, dan wordt de zogenaamde *odds* van situaties met en zonder onregelmatigheid vergeleken. De *odds ratio* wordt uitgedrukt in een waarde

tussen 0 en oneindig, waarbij een *odds ratio* van 1 betekent dat er geen samenhang is tussen de onafhankelijke en de afhankelijke variabele.

5.4 RESULTATEN

5.4.1 Bivariate analyse

Empirische begrippen

Deze paragraaf doet verslag van de resultaten van de bivariate analyse. Een bivariate analyse ziet op het testen van een verband tussen twee variabelen, in dit geval de onafhankelijke en de afhankelijke variabele (zie ook par. 5.3.4).

In tabel 5.2 heb ik onder beschrijvende statistieken geconstateerd dat onregelmatigheden in minder dan de helft van de gevallen (46%) worden aangepakt. De resultaten van de bivariate analyse laten zien dat onregelmatigheden wel degelijk sterk positief samenhangen met redressering ($\chi^2(1) = 233,3, p < 0,001, \Phi_{\text{Cramer}} = 0,36$). De sterkte van de samenhang baseer ik op de waarden van Cohen, waarbij een waarde voor Φ_{Cramer} van onder de 0,3 een zwakke samenhang betekent, een waarde tussen de 0,3 en 0,5 een middelmatige samenhang betekent en een waarde van boven de 0,5 een sterke samenhang impliceert.¹⁰

Voor de verschillende vormen van onregelmatigheden heb ik een samenhang gevonden met redressering. De samenhang tussen redressering en de variabelen (kennelijk) onbehoorlijk bestuur ($\chi^2(1) = 336,8, p < 0,001, \Phi_{\text{Cramer}} = 0,44$), schending van de administratieplicht ($\chi^2(1) = 157,2, p < 0,001, \Phi_{\text{Cramer}} = 0,30$) en frauduleus handelen ($\chi^2(1) = 193,3, p < 0,001, \Phi_{\text{Cramer}} = 0,33$) zijn matig tot sterk. De samenhang tussen schending van de deponeringsplicht en redressering is ook significant, maar tussen de twee variabelen bestaat slechts een zwakke samenhang ($\chi^2(1) = 15,4, p < 0,001, \Phi_{\text{Cramer}} = 0,10$). Daarnaast laten de resultaten zien dat ook de samenhang tussen gebrek aan verhaalsmogelijkheden en redressering ($\chi^2(1) = 11,4, p < 0,001, \Phi_{\text{Cramer}} = 0,08$) significant is, maar dat wel sprake is van een zwakke samenhang.

10 Zie Cohen 1988, p. 215 e.v.

5.4.2 Binaire logistische regressie

Empirische begrippen

Deze paragraaf doet verslag van de verschillende binaire logistische regressie-analyses. Door gebruik te maken van een regressieanalyse kan een bepaalde uitkomst worden voorspeld op basis van informatie over andere variabelen. Een bivariate regressie ziet op het verband tussen twee variabelen (één afhankelijke en één onafhankelijke variabele), terwijl een meervoudige regressie ziet op het verband tussen meerdere variabelen (meerdere onafhankelijke variabelen die één afhankelijke variabele voorspellen). Bij een logistische regressieanalyse is de afhankelijke variabele een categorische variabele. Als deze (uitkomst)variabele twee categorieën kent, spreken we van een binaire logistische regressie en als de afhankelijke variabele meer dan twee categorieën kent, spreken we van een multinomiale logistische regressie (zie ook par. 5.3.4).

Model 1 – Onregelmatigheden en verhaal

Naast bivariate analyses (één onafhankelijke variabele) heb ik ook een meervoudige regressieanalyse gebruikt om de gecombineerde effecten van de onafhankelijke variabelen op redressering te bepalen. De resultaten van de binaire logistische regressie (tabel 3; model 1) laten zien dat zowel de variabele onregelmatigheden ($b = 1,83, p < 0,001$) als gebrek aan verhaalsmogelijkheden ($b = -0,35, p < 0,005$) samenhangt met de waarschijnlijkheid van redressering. De *odds ratio* (e^b) is 6,3 voor onregelmatigheden en 0,7 voor gebrek aan verhaalsmogelijkheden. Meer specifiek betekent dit dat de waarschijnlijkheid van redressering bij gesignaleerde onregelmatigheden meer dan zes keer zo groot is als de waarschijnlijkheid van redressering wanneer er geen onregelmatigheden zijn gesignaleerd. Wanneer de curator twijfelt over de verhaalsmogelijkheden, is de waarschijnlijkheid van redressering bijna anderhalf keer lager dan wanneer de curator dergelijke zorgen niet in het faillissementsverslag benoemt. Deze resultaten ondersteunen zowel hypothese 1 als 2. Onregelmatigheden lijken een hogere voorspellende waarde te hebben dan gebrek aan verhaalsmogelijkheden. De gevonden waarde voor de Nagelkerke R^2 laat overigens zien dat gesignaleerde onregelmatigheden en gebrek aan verhaalsmogelijkheden de redresseringsbeslissing niet volledig verklaren.¹¹ Het is aannemelijk dat er ook andere factoren meespelen bij de beslissing om onregelmatigheden te redresseren. Deze resultaten zeggen niets over welke factoren dat zijn.

11 De Nagelkerke R squared zegt iets over de waarschijnlijkheid van een perfecte voorspelling. Een waarde van 1 betekent dat het zeer waarschijnlijk is dat de onderzochte variabelen de afhankelijke variabele volledig verklaren en voorspellen. Zie ook Nagelkerke, *Biometrika* 1991, p. 691-692.

Tabel 5.3 *Regressieanalyse met redressering als afhankelijke variabele[†]*

Onafhankelijke variabelen	Model 1			Model 2			Model 3		
	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>OR</i>	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>OR</i>	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>OR</i>
Onregelmatigheden	1,83**	0,13	6,25				1,95**	0,13	6,99
(Kennelijk) onbehoorlijk bestuur				2,45**	0,18	11,55			
Schending van de administratieplicht				0,33	0,18	1,39			
Schending van de deponeringsplicht				-0,65**	0,16	0,52			
Frauduleus handelen				3,15**	0,40	23,26			
Gebrek aan verhaalsmogelijkheden	-0,35*	0,14	0,70	-1,17**	0,19	0,31	0,48	0,33	1,62
Onregelmatigheden × Geen verhaal							-0,97**	0,36	0,38
Nagelkerke <i>R</i> ²		0,187			0,351			0,192	

[†] Alleen ongestandaardiseerde coëfficiënten (*b*) worden gerapporteerd voor de logistische regressiemodellen (model 1, model 2 en model 3). *SE* = standaardfout, *OR* = *odds ratio*.

* *p* < 0,05; ** *p* < 0,01.

Model 2 – Uitgesplitst per type onregelmatigheid

Empirische begrippen

<i>Interactie-effect</i>	Een interactie-effect houdt in dat het effect van een onafhankelijke variabele op de afhankelijke (uitkomst)variabele afhangt van een derde variabele, de zogenaamde moderator.
<i>Productterm</i>	Het interactie-effect in een regressiemodel wordt geschat door in het regressiemodel een variabele op te nemen die bestaat uit de productterm (letterlijk een vermenigvuldiging) van de twee onafhankelijke variabelen die naar verwachting niet enkel los van elkaar maar ook tezamen een invloed uitoefenen op de afhankelijke variabele.

Uit tabel 5.2 bleek al dat er verschillen bestaan tussen de redresseringsratio's van de verschillende vormen onregelmatigheden. Om de invloed van de verschillende vormen onregelmatigheden op de redresseringsbeslissing tegelijkertijd te testen is een logistische regressie uitgevoerd. De resultaten (tabel 5.3; model 2) wijzen op een significant verband tussen enerzijds (kennelijk) onbehoorlijk bestuur (*b* = 2,45, *p* < 0,001), schending van de deponeringsplicht (*b* = -0,65, *p* < 0,001) en frauduleus handelen (*b* = 3,15, *p* < 0,001) en anderzijds de waarschijnlijkheid van redressering. De geschatte waarschijnlijkheid van redressering is 11,5 keer zo groot voor faillissementen waarin de curator (kennelijk) onbehoorlijk bestuur heeft gesignaleerd als voor faillissementen waarin hij dat niet heeft gesignaleerd. Voor frauduleus handelen geldt eveneens dat de geschatte waarschijnlijkheid van redressering 23,3 keer zo groot is bij een dergelijke constatering als wanneer de curator geen frauduleus handelen

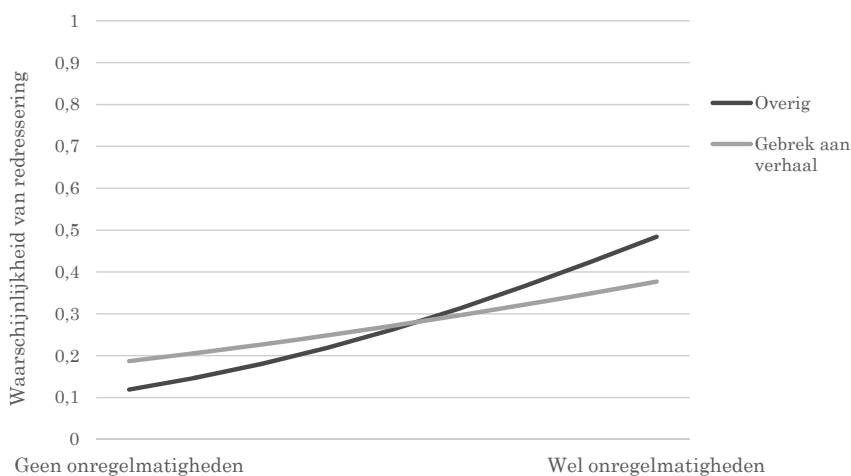
heeft geconstateerd. Daarentegen maakt de constatering van de curator dat de deponeringsplicht is geschonden redressering juist minder waarschijnlijk: de waarschijnlijkheid was 1,9 keer kleiner dan wanneer de deponeringsplicht niet werd geschonden. Ik heb geen significante relatie gevonden tussen schending van de administratieplicht ($b = 0,33$, $p = 0,072$) en de waarschijnlijkheid van redressering. Deze resultaten zijn niet consistent met de resultaten van de bivariate analyse, welke ook schending van de administratieplicht als significante voorspeller van redressering aanwees. Verschillen in resultaten kunnen worden verklaard door de aanwezigheid van controlevariabelen in de meervoudige regressieanalyses. Dat wil zeggen dat de schattingen verwijzen naar de effecten van de ene factor, terwijl ze voor de invloed van een andere factor controleren (die wordt als het ware constant gehouden). Bovendien is er in deze analyse gecontroleerd voor gebrek aan verhaalsmogelijkheden, welke factor ook in dit model significant was ($b = -1,17$, $p < 0,001$). Hoewel de voorspellende waarde van dit model sterker is dan dat van model 1, kunnen ook deze variabelen de redresseringsbeslissing niet volledig verklaren.

Model 3 – Interactie-effect tussen onregelmatigheden en gebrek aan verhaalsmogelijkheden

Model 1 en 2 kijken naar hoofdeffecten, waarbij wordt aangenomen dat het effect van de ene variabele onafhankelijk is van de waarde van een andere variabele die in het model is opgenomen. Er kan echter wel degelijk een samenspel bestaan tussen de variabelen. Om de derde hypothese met betrekking tot het interactie-effect tussen onregelmatigheden en het gebrek aan verhaalsmogelijkheden te testen, is een productterm van de respectievelijke variabelen in het regressiemodel opgenomen (tabel 5.3; model 3). De resultaten wijzen op een significant interactie-effect ($b = -0,97$, $p < 0,001$). Het hoofdeffect van onregelmatigheden ($b = 1,95$, $p < 0,001$) dient daarom geïnterpreteerd te worden in het licht van het significante interactie-effect.

De negatieve interactiecoëfficiënt impliceert dat de invloed van onregelmatigheden zwakker (dus minder positief) is wanneer twijfels bestaan over de verhaalsmogelijkheden. Anders gezegd: onregelmatigheden leiden minder vaak tot redressering wanneer geen of onvoldoende verhaal wordt geboden. Dit maak ik inzichtelijk in figuur 1, waarin de invloed van waarschijnlijkheid van redressering wordt vergeleken voor de situatie waarin de curator aangaf zorgen te hebben over de verhaalsmogelijkheden met situaties waarin dergelijke zorgen niet werden benoemd. Uit figuur 5.1 is af te lezen dat onregelmatigheden positief verband houden met redressering (gezien de stijgende lijn) en dat dit verband minder sterk aanwezig is als er een gebrek aan verhaalsmogelijkheden is (gezien de minder steile helling van die lijn). Deze resultaten zijn in lijn met hypothese 3. Het interactie-effect heeft er echter niet voor gezorgd dat de voorspellende waarde van het model groter is geworden. Het blijft aannemelijk dat er andere factoren zijn die de redresseringsbeslissing verklaren.

Figuur 5.1 De invloed van onregelmatigheden op de waarschijnlijkheid van redressering naar verhaalsmogelijkheden*



* De categorie 'overig' bestaat uit faillissementen waarin zorgen over verhaalsmogelijkheden niet werden benoemd in het faillissementsverslag.

Regressieanalyse met diverse vormen van redressering als afhankelijke variabele

De hiervoor besproken modellen zien op de invloed van (diverse vormen van) onregelmatigheden en verhaal op de redresseringsbeslissing. Redressering is een variabele met meerdere dimensies. De curator heeft immers meerdere mogelijkheden om geconstateerde onregelmatigheden aan te pakken. Om de vierde hypothese met betrekking tot de invloed van gebrek aan verhaalsmogelijkheden op civielrechtelijke acties versus een fraudemelding of aangifte te testen, is eerst inzicht nodig in de afzonderlijke redresseringstypes.

De binaire logistische regressies hebben inzicht gegeven in de verschillende redresseringsvormen. Model 4 gaat in op de schikkingen. De resultaten van de binaire logistische regressie met schikking als afhankelijke variabele (tabel 5.4; model 4) laten zien dat zowel de variabele onregelmatigheden ($b = 1,55$, $p < 0,001$) als gebrek aan verhaalsmogelijkheden ($b = -0,89$, $p < 0,001$) samenhangt met de waarschijnlijkheid van een schikking. De waarschijnlijkheid dat de curator een schikking treft is 2,5 keer lager als de curator zorgen heeft over verhaalsmogelijkheden dan wanneer dergelijke zorgen niet worden geuit. Model 5 geeft inzicht in pauliana-acties. De resultaten laten geen significante samenhang zien tussen de waarschijnlijkheid van het instellen van een pauliana-actie (tabel 5.4; model 5) en onregelmatigheden ($b = 1,55$, $p = 0,41$) of gebrek aan verhaalsmogelijkheden ($b = -0,89$, $p = 0,61$). Model 6 gaat in op bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures. De resultaten van de binaire logistische regressie (tabel 4; model 6) laten een significante samenhang zien tussen de

variabele onregelmatigheden en de waarschijnlijkheid dat de curator een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure start ($b = 3,34, p < 0,001$). Er is geen significante samenhang gevonden tussen gebrek aan verhaalsmogelijkheden en de waarschijnlijkheid dat de curator een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure start ($b = 0,20, p = 0,44$).

Bij elkaar genomen laten deze resultaten zien dat er een samenhang bestaat tussen gebrek aan verhaalsmogelijkheden en een schikking. Voor de andere civielrechtelijke redresseringsacties is geen significante samenhang gevonden tussen gebrek aan verhaalsmogelijkheden en het instellen van een actie. De gevonden waarde voor de Nagelkerke R^2 laat echter ook hier zien dat gesignaleerde onregelmatigheden en gebrek aan verhaalsmogelijkheden de redresseringsbeslissing niet volledig verklaren.¹²

De resultaten van de binaire logistische regressie met fraude als afhankelijke variabele (tabel 5.4; model 7) laten een significante en (zeer) sterke samenhang zien tussen de variabele onregelmatigheden en de waarschijnlijkheid dat de curator een fraudemelding of aangifte doet ($b = 3,97, p < 0,001$). Ik heb tevens een significante samenhang gevonden tussen gebrek aan verhaalsmogelijkheden en de waarschijnlijkheid van een fraudemelding of aangifte ($b = 0,82, p < 0,001$). De waarschijnlijkheid dat de curator een fraudemelding of aangifte doet, is bijna 2,5 keer hoger als de curator zorgen heeft over verhaalsmogelijkheden dan wanneer dergelijke zorgen niet worden geuit. Dit betekent dat de verhaalsmogelijkheden ook meespelen bij de beslissing van de curator om een fraudemelding of aangifte te doen.

Tabel 5.4 Regressieanalyse uitgesplitst per type redressering[†]

	Model 4 Schikking			Model 5 Pauliana-actie			Model 6 Procedure (aanspr.)			Model 7 Fraudemelding		
	<i>b</i>	SE	OR	<i>b</i>	SE	OR	<i>b</i>	SE	OR	<i>b</i>	SE	OR
Onregelmatigheden	1,55**	0,15	4,70	0,16	0,20	1,18	3,34**	0,60	28,16	3,97**	0,72	53,20
Gebrek aan verhaalsmogelijkheden	-0,89**	0,18	0,41	-0,13	0,24	0,88	0,20	0,26	1,22	0,82**	0,21	2,28
Nagelkerke R^2	0,114			0,001			0,175			0,251		

[†] Alleen ongestandaardiseerde coëfficiënten (*b*) worden gerapporteerd. SE = standaardafwijking, OR = odds ratio.

* $p < 0,05$; ** $p < 0,01$.

12 De Nagelkerke R squared zegt iets over de waarschijnlijkheid van een perfecte voorspelling. Een waarde van 1 betekent dat het zeer waarschijnlijk is dat de onderzochte variabelen de afhankelijke variabele volledig verklaren en voorspellen. Zie ook Nagelkerke, *Biometrika* 1991, p. 691-692.

5.4.3 Multinomiale logistische regressie

Empirische begrippen

Deze paragraaf doet verslag van de multinomiale logistische regressieanalyses. Door gebruik te maken van een regressieanalyse kan een bepaalde uitkomst worden voorspeld op basis van informatie over andere variabelen. Een bivariate regressie ziet op het verband tussen twee variabelen (één afhankelijke en één onafhankelijke variabele) en een meervoudige regressie ziet op het verband tussen meerdere variabelen (één afhankelijke en meerdere onafhankelijke variabelen). Bij een logistische regressieanalyse is de afhankelijke (uitkomst)variabele een categorische variabele. Als de afhankelijke (uitkomst) variabele twee categorieën kent, spreken we van een binaire logistische regressie en als de afhankelijke (uitkomst) variabele meer dan twee categorieën kent, spreken we van een multinomiale logistische regressie. Bij multinomiale logistische regressie wordt er altijd voor een referentiecategorie gekozen, wat betekent dat de waarschijnlijkheid van een uitkomst wordt voorspeld ten opzichte van de referentiecategorie (zie ook par. 5.3.4).

De resultaten in tabel 5.4 laten zien dat gebrek aan verhaal niet alleen meeweegt bij de beslissing van de curator om civielrechtelijke acties in te stellen maar ook bij de beslissing om wel of geen fraudemelding of aangifte te doen. Om te onderzoeken of de invloed van een gebrek aan verhaalsmogelijkheden op de waarschijnlijkheid van civielrechtelijke redressering in de vorm van de (faillissements)pauliana, bestuurdersaansprakelijkheid of het treffen van een schikking groter is dan de invloed van gebrek aan verhaalsmogelijkheden op de waarschijnlijkheid dat de curator aan *strafrechtelijke* redressering doet in de vorm van een fraudemelding of aangifte, is een multinomiale logistische regressie uitgevoerd. Om hypothese 4 te testen heb ik redressering opgesplitst in de categorieën civielrechtelijke redressering ($n = 391$), strafrechtelijke redressering ($n = 82$) en geen redressering ($n = 1261$). In 21 van de onderzochte faillissementen was sprake van zowel civielrechtelijke als strafrechtelijke redressering. Deze faillissementen zijn niet meegenomen in de analyse, omdat de analyse enkel werkt met wederzijds uitsluitende categorieën.

De resultaten van de multinomiale logistische regressie laten allereerst zien dat bij twijfels over verhaalsmogelijkheden de waarschijnlijkheid dat er civielrechtelijk wordt opgetreden 5 keer groter is dan dat geconstateerde onregelmatigheden niet worden opgepakt ($b = 0,694$, $p < 0,001$). Belangrijker is dat de resultaten laten zien dat, wanneer er twijfels zijn over verhaalsmogelijkheden, de waarschijnlijkheid dat een fraudemelding wordt gedaan bijna drie keer groter is dan dat er civielrechtelijk wordt opgetreden ($b = 1,031$, $p < 0,001$). Deze resultaten ondersteunen hypothese 4.

Tabel 5.5 Regressieanalyse strafrechtelijk optreden versus civielrechtelijk optreden[†]

	Strafrechtelijk optreden ten opzichte van civielrechtelijk optreden			Niet optreden ten opzichte van civielrechtelijk optreden		
	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>OR</i>	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>OR</i>
Onregelmatigheden	2,63**	0,73	13,83	-1,615	0,13	0,20
Gebrek aan verhaalsmogelijkheden	1,031**	0,26	2,80	0,69	0,16	2,00
Nagelkerke R^2	0,220					

[†] Alleen ongestandaardiseerde coëfficiënten (*b*) worden gerapporteerd. *SE* = standaardfout, *OR* = odds ratio.

* $p < 0,05$; ** $p < 0,01$.

5.5 DISCUSSIE

Het doel van dit onderzoek was om twee factoren te toetsen die volgens mijn besluitvormingstheorie in een specifiek faillissement meespelen bij de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, te weten het boedelbelang en het persoonlijke financiële belang van de curator. Deze twee factoren komen naar voren in de kosten-batenanalyse die de curator maakt in een specifieke situatie en zien op de mate waarin een bepaalde actie zorgt voor extra inkomsten. Op basis van de resultaten van de studie heb ik de these uit de besluitvormingstheorie kunnen bevestigen dat curatoren gesignaleerde onregelmatigheden minder vaak redresseren indien er twijfels zijn over verhaalsmogelijkheden. Tegelijkertijd lieten de statistische analyses zien dat deze factor niet volledig verklaart waarom geconstateerde onregelmatigheden niet consequent worden aangepakt. In onderhavige studie heb ik me enkel gericht op de variabele gebrek aan verhaalsmogelijkheden. De factoren uit de besluitvormingstheorie die te maken hebben met de persoonlijke ervaringen en opvattingen van de curator of de visie van de rechtbank zijn niet terug te lezen in het faillissementsverslag als reden om wel of niet te redresseren. In hoofdstuk 6 test ik om die reden middels een surveystudie ook de andere factoren die naar voren kwamen in de besluitvormingstheorie.

De kwantitatieve documentenanalyse laat twee opvallende resultaten zien. In de eerste plaats blijkt dat de redresseringsratio van fraude hoog is en dat er een (zeer) sterke samenhang bestaat tussen het constateren van onregelmatigheden en de waarschijnlijkheid dat de curator een fraudemelding of aangifte doet. Uit deze resultaten lijkt te volgen dat curatoren fraudesignalering wel degelijk onder hun taak vinden vallen en geneigd zijn fraude consequent te redresseren. Dit is in lijn met de beleidstheorie waaruit blijkt dat de wetgever van curatoren verwacht dat zij (aperte gevallen van) fraude redresseren (zie par. 3.2.4 en par. 3.4). Deze resultaten zijn echter niet in lijn met mijn besluitvormingstheorie, waarin wordt gesteld dat curatoren niet altijd geneigd zijn om fraude te redresseren, bijvoorbeeld omdat zij fraudesignalering niet onder

hun taak vinden vallen (zie par. 4.6). In de surveystudie wordt nader op deze tegenstrijdigheid ingegaan.

Ten tweede blijkt dat de waarschijnlijkheid dat de curator een fraudemelding of aangifte doet, toeneemt indien er twijfels bestaan over de verhaalsmogelijkheden. Dit resultaat suggereert een werkwijze waarbij de curator bij uitzicht op verhaalsmogelijkheden een gedraging als onbehoorlijk kwalificeert en een civielrechtelijke actie instelt, maar als er geen verhaalsmogelijkheden zijn, de curator de handeling als frauduleus kwalificeert en een melding doet van faillissementsfraude. Het is aannemelijk dat curatoren bij een gebrek aan verhaalsmogelijkheden het dossier aan de FIOD of de politie overlaten door een fraudemelding of aangifte te doen. Deze werkwijze sluit ook aan bij het resultaat van de interviewstudie, waaruit bleek dat curatoren het verschil tussen onverantwoorde en malafide gedragingen niet (helder) konden formuleren (zie par. 4.4.4). In de surveystudie wordt nader aandacht besteed aan het gepercipieerde verschil tussen onverantwoorde en malafide gedragingen. Het zou ook zo kunnen zijn dat in faillissementen waar sprake is van frauduleus handelen, vaker sprake is van een gebrek aan verhaalsmogelijkheden.

5.6 METHODOLOGISCHE REFLECTIE

De gekozen opzet van het onderzoek brengt bepaalde beperkingen met zich mee. Allereerst zijn de resultaten van de kwantitatieve studie gebaseerd op een analyse van openbare faillissementsverslagen. Hoewel het openbare faillissementsverslag wordt gezien als een betrouwbare bron,¹³ is de inhoud op het gebied van onregelmatigheden slechts een zienswijze van de curator en daardoor niet altijd compleet of betrouwbaar. De curator dient bovendien terughoudend te zijn met het doen van uitspraken over mogelijke onregelmatigheden.¹⁴ Indien de curator vermoedt dat sprake is van onregelmatigheden, maar hij door bijvoorbeeld het gebrek aan verhaalsmogelijkheden geen nader onderzoek doet en/of acties onderneemt, zal de curator het vermoeden van onregelmatigheden wellicht niet vermelden in het faillissementsverslag.¹⁵ Dit zou kunnen verklaren waarom de gevonden redresseringsratio van fraude – tegen de verwachting in – opvallend hoog is. De curator weet waarschijnlijk dat als hij in het faillissementsverslag opschrijft dat (vermoedelijk) sprake is van fraude, van hem verwacht wordt dat hij daar iets mee doet. Op basis van deze gedachten verwacht ik dat de aantallen waarin de curator onregelmatigheden heeft gesignaleerd maar vervolgens niet heeft geredresseerd in werkelijk-

13 Aangezien het verslag op grond van artikel 73a Fw periodiek wordt opgesteld en dient als belangrijke informatiebron voor de schuldeisers en de rechter-commissaris.

14 INSOLAD Praktijkregels Curatoren, artikel 5.3.

15 Zie ook Hilverda, *NJB* 2012.

heid hoger liggen dan in deze studie is geconstateerd, omdat niet alle geconstateerde onregelmatigheden in het verslag worden vermeld.

De tweede beperking is gelegen in de focus van de kwantitatieve studie. Deze studie is gericht op de uitkomsten van het oorzaken- en het rechtmatigheidsonderzoek, namelijk of de curator onregelmatigheden heeft gesignaleerd en of hij die vervolgens ook heeft geredresseerd. Om tot een signalering van onregelmatigheden te komen is een oorzakenonderzoek nodig. Uit de resultaten van de interviewstudie blijkt dat niet iedere curator altijd bereid is om een (volledig) oorzakenonderzoek uit te voeren. Het is de vraag of de curator überhaupt toekomt aan het oorzakenonderzoek indien er een lege boedel is of indien er twijfels bestaan over de verhaalsmogelijkheden. De resultaten van het kwantitatieve onderzoek bieden geen inzicht in het oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek waarmee onregelmatigheden worden gesignaleerd, terwijl dit onderzoek een belangrijke schakel is in de aanpak van onregelmatigheden. Ik verwacht dat het werkelijke aantal onregelmatigheden veel hoger ligt dan wordt geconstateerd, simpelweg omdat curatoren niet in ieder faillissement uitgebreid onderzoek doen naar eventuele onregelmatigheden.

Om aan deze beperkingen tegemoet te komen wordt in hoofdstuk 6 een aanvullende surveystudie uitgevoerd.

5.7 CONCLUSIE

De resultaten van de kwantitatieve analyse van faillissementsverslagen laten zien dat de mate waarin een bepaalde actie zorgt voor extra inkomsten voor de boedel in direct verband staat met de beslissing van de curator om wel of geen actie te ondernemen bij geconstateerde onregelmatigheden. Dat betekent dat curatoren – in lijn met de besluitvormingstheorie, maar minder met de beleidstheorie – eerder geneigd zijn om onregelmatigheden te redresseren indien de redresseringsactie iets oplevert, omdat dit in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers en/of in het belang is van henzelf.

Mijn besluitvormingstheorie suggereert dat er ook andere factoren zijn die van invloed zijn op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, namelijk factoren die samenhangen met een specifiek faillissement (het boedelbelang en het persoonlijke financiële belang van de curator), met (de persoon van) de curator (de persoonlijke taakopvatting, de opvatting over het beschikbare gereedschap en eerdere ervaringen met fraudemeldingen) en met de rechtbank (de visie van de rechtbank en daarmee samenhangend de relatie tussen de curator en de rechtbank). De verklaarde variantie in de statistische modellen bevestigen deze aanname. Of en in hoeverre de andere factoren uit mijn besluitvormingstheorie meespelen bij beslissingen van curatoren is onderwerp van de surveystudie, waarvan ik in hoofdstuk 6 verslag doe.

6 De bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken

Een survey onder Nederlandse curatoren

6.1 INTRODUCTIE

Curatoren blijken niet altijd bereid om zich in te zetten voor de aanpak van onregelmatigheden. Aan de hand van mijn besluitvormingstheorie heb ik laten zien dat er verschillende factoren zijn die curatoren beïnvloeden bij de aanpak van onregelmatigheden (hoofdstuk 4). Die factoren zijn onder te verdelen in factoren die samenhangen met een specifiek faillissement (het boedelbelang en het financiële belang van de curator), met (de persoon van) de curator (de persoonlijke taakopvatting, de opvatting over het beschikbare instrumentarium en eerdere ervaringen met fraudemeldingen) en met de rechtbank (de visie van de rechtbank en daarmee samenhangend de relatie tussen de curator en de rechtbank). Een analyse van faillissementsverslagen liet zien dat de waarschijnlijkheid dat curatoren gesignaleerde onregelmatigheden redresseren samenhangt met de aanwezigheid van verhaalsmogelijkheden (hoofdstuk 5). Dit betekent dat het aannemelijk is dat curatoren onregelmatigheden alleen redresseren als dat betekent dat er extra inkomsten de boedel invloeden, hetgeen weer aansluit bij een centrale stelling uit de besluitvormingstheorie, namelijk dat het belang van de boedel en het financiële belang van de curator meespelen bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken.

In dit hoofdstuk onderwerp ik mijn besluitvormingstheorie aan een empirische toets door een surveystudie uit te voeren onder Nederlandse curatoren. De studie biedt enerzijds inzicht in hoe curatoren denken over de aanpak van onregelmatigheden en biedt anderzijds inzicht in de samenhang tussen de factoren uit mijn besluitvormingstheorie en de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Om antwoord te geven op de onderzoeksvraag hoe de belemmeringen die curatoren ervaren kunnen worden ingeperkt om zo beter aan te sluiten bij de ambitie van de wetgever, is het ook van belang om te weten hoe deze verschillende factoren zich tot elkaar verhouden. Om dat te bereiken, probeer ik een rangorde aan te brengen tussen de verschillende belemmeringen die curatoren mogelijk ervaren.

Ook deze studie vergt een empirische benadering met bijbehorende methoden en bijbehorend jargon. Wederom geef ik in speciaal omkaderde methodeblokken extra uitleg over de gebruikte methode en tracht ik de lezer bekend te maken met het gebruikte jargon. Deze methodeblokken zijn bedoeld voor de lezer die minder goed thuis is in de toegepaste empirische benadering.

Hieronder formuleer ik allereerst de hypotheses die zijn gebaseerd op mijn besluitvormingstheorie (par. 6.2) en bespreek ik de onderzoeksopzet (par. 6.3). Vervolgens ga ik in op de resultaten van het onderzoek, waarbij ik aandacht besteed aan de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden (par. 6.4) en aan de factoren die meespelen bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken (par. 6.5). In par. 6.6 volgt de discussie. Afsluitend ga ik in op de methodologische beperkingen (par. 6.7) en concludeer ik (par. 6.8).

6.2 HYPOTHESEN

Empirische begrippen

<i>Hypothese</i>	Een hypothese is een stelling waarin de onderzoeker aangeeft welk verband hij verwacht te vinden in het onderzoek.
------------------	--

De besluitvormingstheorie stelt dat de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken samenhangt met twee factoren die spelen in een specifiek faillissement (het boedelbelang en het financiële belang van de curator). In hoofdstuk 5 heb ik laten zien dat de beslissing om onregelmatigheden te redresseren samenhangt met de verhaalsmogelijkheden van de aangesprokene. In de faillissementsverslagen wordt het uitblijven van actie bij een gebrek aan verhaalsmogelijkheden door curatoren voornamelijk toegeschreven aan het feit dat acties in die situatie niet opportuun zijn voor de gezamenlijke schuldeisers. Dat is echter niet de enige reden waarom curatoren niet bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken als een actie meer kost dan het oplevert. De besluitvormingstheorie stelt dat curatoren ook beoordelen in hoeverre een actie in hun eigen financiële belang is. Dat wil zeggen dat zij tevens laten meespelen of een bepaalde actie financieel voordeel oplevert voor henzelf en voor het kantoor waar zij werkzaam zijn. De verhaalsmogelijkheden bepalen veelal of een actie in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en in het financiële belang van de curator is.

Op basis van de resultaten van de interviewstudie kan er echter ook een andere invulling worden gegeven aan het financiële belang van de curator. De resultaten van de interviewstudie laten zien dat vrijwel iedere curator wel een (niet bij naam genoemde) collega-curator kent die zich zou laten leiden door financiële prikkels. Die collega-curatoren waren volgens de participanten ofwel curatoren die een matige positie hebben binnen hun kantoor waardoor zij meer declarabele uren (ook uit faillissementen) moeten laten zien om door te kunnen groeien of om hun plek te behouden, ofwel curatoren die werkzaam zijn bij (kleinere) kantoren die de omzet uit faillissementen nodig hebben om hun praktijk draaiende te houden. Grotere kantoren zouden een grotere buffer hebben om onregelmatigheden aan te pakken, ook zonder dat daar een reële vergoeding tegenover staat. Het gaat hier dus niet zozeer om de vraag in

hoeverre er in een specifiek faillissement voldoende financiële middelen zijn om onregelmatigheden aan te pakken (het financiële belang van de curator in een specifiek faillissement), maar om de vraag in hoeverre de persoonlijke financiële positie van de curator (binnen zijn kantoor) het toelaat om onregelmatigheden aan te pakken, ongeacht de financiële toestand van de boedel. De financiële positie van de curator is dus een andere factor dan het financiële belang van de curator in een specifiek faillissement en vormt daarmee een aanvulling op de zeven in de besluitvormingstheorie geïdentificeerde factoren. Op basis van mijn besluitvormingstheorie verwacht ik aldus dat de financiële positie van de curator (binnen zijn kantoor) een rol speelt bij de aanpak van onregelmatigheden. Hypothese 1 luidt als volgt:

Hypothese 1: De financiële positie van de curator hangt samen met diens bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, in die zin dat curatoren die een goede financiële positie hebben (binnen hun kantoor) eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken.

Mijn besluitvormingstheorie stelt tevens dat de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken ook samenhangt met factoren die zien op de persoon van de curator (de taakopvatting, de opvatting over het beschikbare instrumentarium en eerdere ervaringen met fraudemeldingen). Curatoren hebben grofweg twee opvattingen over hun taak op het gebied van de aanpak van onregelmatigheden. Enerzijds zijn er curatoren die menen dat zij hun taak enkel en alleen uitvoeren ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en dat de aanpak van onregelmatigheden dus niet bij hun taak hoort als dit niet bijdraagt aan een vergroting van de boedel. Anderzijds zijn er ook curatoren die de aanpak van onregelmatigheden en fraudesignalering uitdrukkelijk tot hun taak rekenen, ook als die aanpak niet direct bijdraagt aan een vergroting van de boedel. Op basis van de stelling uit mijn besluitvormingstheorie dat de taakopvatting van de curator meespeelt bij zijn bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken verwacht ik dat de eerste groep niet direct bereid is om onregelmatigheden aan te pakken en de tweede groep wel, althans meer dan de eerste groep. Om die reden luidt hypothese 2 als volgt:

Hypothese 2: De taakopvatting van de curator hangt samen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, op zo'n manier dat (a) een taakopvatting die primair ziet op het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers negatief samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken en (b) een taakopvatting die (ook) de aanpak van onregelmatigheden en fraudebestrijding inhoudt positief samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken.

Volgens de besluitvormingstheorie spelen naast de taakopvatting ook de eerdere ervaringen van een curator met de aanpak van onregelmatigheden een rol bij de bereidheid. Uit de interviewstudie blijkt dat curatoren hun fraudesignalerende taak veelal als symboolpolitiek ervaren, omdat zij zich niet voldoende gefaciliteerd voelen bij de aanpak van onregelmatigheden. Dat gevoel vloeit enerzijds voort uit de gebrekkige terugkoppeling op fraudemeldingen en anderzijds uit de perceptie dat curatoren onvoldoende gereedschap en juridische mogelijkheden hebben om onregelmatigheden daadwerkelijk aan te pakken. Zo geven sommige curatoren aan moedeloos te worden van het doen van fraudemeldingen omdat deze toch nooit zouden worden opgepakt door de FIOD, de politie of het openbaar ministerie, laat staat tot enig zichtbaar resultaat leiden. Daarnaast hebben sommige curatoren het gevoel dat het beschikbare instrumentarium hen onvoldoende mogelijkheden biedt om onregelmatig handelende fraudeurs daadwerkelijk aan te pakken, bijvoorbeeld omdat de bewijslast volgens hen vaak te hoog is of omdat er weinig mogelijkheden zijn om buitenlandse activa op te sporen. Ik verwacht dat deze ervaringen met de aanpak van onregelmatigheden samenhangen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Hypothese 3 en 4 luiden dan ook als volgt:

Hypothese 3: Eerdere ervaringen met het doen van fraudemeldingen hangen samen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, in die zin dat curatoren eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken indien zij positieve in plaats van negatieve ervaringen hebben met het doen van fraudemeldingen.

Hypothese 4: De perceptie over het beschikbare instrumentarium om onregelmatigheden aan te pakken hangt samen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, in die zin dat curatoren eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken indien zij positief in plaats van negatief staan tegenover het beschikbare instrumentarium om onregelmatigheden aan te pakken.

Mijn besluitvormingstheorie stelt voorts dat de bereidheid van curatoren ook samenhangt met de rechtbank die toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement (de visie van de rechtbank en daarmee samenhangend de relatie tussen de curator en de rechtbank). De besluitvormingstheorie stelt dat de visie van de rechtbank en de toezichthoudende rechters-commissarissen een rol speelt bij de aanpak van onregelmatigheden. Uit de resultaten van de interviewstudie blijkt dat sommige curatoren aangeven dat sommige rechters-commissarissen – net als sommige curatoren – de aanpak van onregelmatigheden geen taak van de curator vinden. Daar tegenover staat dat weer andere rechters-commissarissen fraudebestrijding volgens de ondervraagde curatoren juist als speerpunt hebben. Door het roulatiebeleid van rechters-commissarissen kan dit zelfs binnen bepaalde rechtbanken door de tijd heen verschillen.

Bovendien geven curatoren aan dat sommige rechtbanken een beleid hebben waarbij ze de aanpak van onregelmatigheden ontmoedigen of juist stimuleren.

De besluitvormingstheorie stelt dat curatoren veelal geneigd zijn om de visie van de rechters-commissarissen en de rechtbank te volgen als er een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de curator en de rechter-commissaris. Die afhankelijkheidsrelatie bestaat omdat de rechtbank bepaalt welke curator welk faillissement toebedeeld krijgt. Volgens veel curatoren is er geen transparant en helder benoemingsbeleid. Bovendien menen sommige curatoren dat zij te weinig feedback ontvangen, waardoor het voor hen niet duidelijk is wat de rechtbank precies van hen verwacht. De enige bij curatoren bekende objectieve beoordelingscriteria zijn de door de rechtbanken opgestelde *key performance indicators* (KPI's). De KPI's meten het gerealiseerde boedelactief, de boedelkosten, de snelheid waarmee curatoren het faillissement afwikkelen en de procedurele compliance. Curatoren worden geacht 'het boedelactief te maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft'.¹ Met andere woorden, als curatoren afgaan op KPI's, zullen zij faillissementen vanuit hun eigen praktijkvoering bezien zo kostenefficiënt mogelijk af willen wikkelen. Deze stimulans draagt weer bij aan de bestaande praktijk om minder uren te steken in lege boedels en meer uren te steken in volle boedels, zodat er een positieve balans bestaat tussen gemaakte kosten en (gerealiseerde) boedelomvang.

Ik verwacht dat de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken samenhangt met hoe zij de visie van de rechtbank en/of de rechter(s)-commissaris(sen) inschatten. Bovendien verwacht ik dat deze samenhang sterker wordt indien er een grotere afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de curator en zijn rechtbank. Hypothese 5 en 6 luiden als volgt.

Hypothese 5: De perceptie van de curator ten aanzien van de visie van de rechtbank over de aanpak van onregelmatigheden hangt samen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, in die zin dat curatoren eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken indien de rechtbank die aanpak (volgens de curator) belangrijk vindt.

Hypothese 6: De perceptie van de curator over de kwaliteit van de relatie met de rechtbank modereert de samenhang tussen de visie van de rechtbank en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, op zo'n manier dat de samenhang sterker is als de curator meent afhankelijk van de rechtbank te zijn.

1 Frima, *FIP* 2021, p. 6.

6.3 ONDERZOEKSOPZET

6.3.1 Steekproef

De respondenten van de survey zijn Nederlandse curatoren. Het is onduidelijk hoe groot de totale populatie curatoren is, omdat er geen volledige curatorenlijsten bestaan. Om te komen tot een overzicht van curatoren heb ik mijn curatorenlijst die eerder was opgesteld in het kader van de interviewstudie gecontroleerd en geactualiseerd.² Op basis van die lijst verwacht ik dat er in de onderzoeksperiode (2021) zo'n 511 curatoren actief waren in Nederland. De curatoren zijn op verschillende manieren benaderd. Zo zijn curatoren geattendeerd op de survey via de nieuwsbrieven van de beroepsverenigingen INSOLAD en JIRA. Daarnaast heb ik curatoren benaderd via e-mail (op basis van de door mij opgestelde lijst met curatoren) en LinkedIn. In totaal hebben 197 respondenten de survey ingevuld. Ik heb reacties van niet-curatoren en reacties met een groot aantal *missing values* uit de steekproef gelaten. Uiteindelijk zijn de reacties van 177 respondenten meegenomen in de analyse en hebben 139 respondenten de survey volledig ingevuld. Dat betekent dat ruim 27% van de (bij mij bekende) populatie de survey volledig heeft ingevuld. Gezien de lengte van de survey (zie appendix 3) is dit een goede *response rate*.

Tabel 6.1 Kenmerken respondenten*

Arrondissement*	Kantoorgrootte
Amsterdam ($n = 55$)	1 advocaat ($n = 6$)
Den Haag ($n = 49$)	2-5 advocaten ($n = 24$)
Gelderland ($n = 30$)	6-20 advocaten ($n = 84$)
Limburg ($n = 12$)	21-50 advocaten ($n = 42$)
Midden-Nederland ($n = 42$)	51-100 advocaten ($n = 25$)
Noord-Holland ($n = 24$)	101 advocaten of meer ($n = 16$)
Noord-Nederland ($n = 22$)	
Oost-Brabant ($n = 17$)	
Overijssel ($n = 24$)	
Rotterdam ($n = 35$)	
Zeeland-West-Brabant ($n = 17$)	

* De n voor deze tabel is 197. Sommige respondenten ($n = 74$) zijn werkzaam (geweest) in meerdere arrondissementen.

De respondenten waren tussen de 25 en 71 jaar oud, met een gemiddelde leeftijd van 46 jaar. Het grootste deel van de respondenten was man ($n = 153$),

2 De lijst is gecontroleerd door de desbetreffende curator en het kantoor te 'googelen' en vervolgens te bekijken of bij het kantoor andere curatoren werkzaam waren dan die al op de lijst stonden.

een kleiner deel vrouw ($n = 37$) of non-binair ($n = 1$). Zes respondenten hebben geen antwoord gegeven op de vraag over hun geslacht. De respondenten hebben gemiddeld 20 jaar ervaring als advocaat (variërend tussen de 1 en 44 jaar ($SD = 10,8$)) en 17 jaar ervaring als curator (variërend tussen de 0 en 43 jaar ($SD = 11,2$)). Het grootste deel (79%) van de respondenten is lid van INSOLAD ($n = 156$). In tabel 6.1 is een overzicht gegeven van de arrondissementen waarin de respondenten worden benoemd en van de grootte van het kantoor waar de respondenten werkzaam zijn.

De respondenten behandelen uiteenlopende aantallen faillissementen. Zo waren de respondenten op het moment van invullen van de survey aangesteld als curator in tussen de 0 en 100 faillissementen met een gemiddelde van 11 faillissementen ($SD = 10,9$). De respondenten gaven aan gemiddeld tussen de 0 en 30 faillissementen per jaar te behandelen, met een gemiddelde van 7 ($SD = 4,7$). Ook het type faillissement dat de respondenten doorgaans behandelen is verschillend. De meest voorkomende typen faillissementen die de respondenten behandelden zijn retail ($n = 99$), horeca ($n = 91$), industrie ($n = 89$), bouw-nijverheid ($n = 81$) en dienstverlening ($n = 74$). Een aantal van de respondenten heeft aangegeven weleens in fraudefaillissementen te worden benoemd ($n = 88$).

Uit de resultaten van de interviewstudie bleek dat de rechtbanken in sommige arrondissementen bij de benoeming van curatoren werken met zogenaamde curatorenlijsten, waarbij curatoren worden ingedeeld op basis van hun ervaring. Ik heb de respondenten ook gevraagd op welke lijst voor benoemingen zij bij de rechtbank stonden. Een overzicht van de lijsten staat in tabel 6.2. Opvallend is dat een deel van de respondenten (13%) aangeeft niet te weten op welke lijst hij staat. Bij de optie 'anders, namelijk' werd vaak aangegeven dat de rechtbank in het arrondissement waar deze curatoren worden benoemd, niet werkt met lijsten of dat het benoemingsbeleid 'compleet niet transparant' is.

Tabel 6.2 Benoemingslijst rechtbank*

Benoemingslijst
Natuurlijke personen ($n = 39$)
Kleine bedrijven ($n = 54$)
Middelgrote bedrijven ($n = 78$)
Grote en/of complex geachte faillissementen ($n = 47$)
Anders ($n = 23$)
Weet ik niet ($n = 37$)

* De n voor deze tabel is 177.

6.3.2 Items en variabelen

Empirische begrippen

<i>Variabele</i>	Een variabele is iedere factor die verschillende waarden kan aannemen, oftewel die variabele is. Denk aan leeftijd of geslacht, maar ook de mate waarin iemand tevreden is (van laag tot hoog variërend).
<i>Onafhankelijke variabele</i>	Een onafhankelijke variabele is een variabele waarvan de onderzoeker verwacht dat deze variabele een effect heeft op een andere variabele (de afhankelijke variabele). Het is de verklarende of voorspellende variabele, doorgaans aangeduid met x . Denk aan de (onafhankelijke) variabele leeftijd die een effect kan hebben op de (afhankelijke) variabele salaris.
<i>Afhankelijke variabele</i>	Een afhankelijke (ook wel uitkomst)variabele is een variabele waarover de onderzoeker een voorspelling wil doen op basis van de waarde(n) van de onafhankelijke variabele(n). De afhankelijke variabele wordt doorgaans aangeduid met y . Denk aan de (afhankelijke) variabele salaris die voorspeld kan worden aan de hand van de (onafhankelijke) variabelen leeftijd en geslacht.
<i>Item</i>	Een item is een vraag of een stelling die in de survey is voorgelegd aan de respondenten. Het is een manier om een concept of variabele meetbaar te maken. Dat wordt operationaliseren genoemd.
<i>Likert-schaal</i>	Een Likert-schaal is een schaal van doorgaans 5 of 7 punten die wordt gebruikt om de antwoorden van respondenten op bepaalde items te registreren. Het gaat dan bijvoorbeeld om een schaal met de waarden 1 t/m 5 voor 'helemaal mee oneens', 'mee oneens', 'neutraal', 'mee eens' en 'helemaal mee eens'.
<i>Cronbach's alpha (α)</i>	De Cronbach's alpha (α) geeft de betrouwbaarheid van een meetinstrument weer. De alpha wordt vaak gebruikt om na te gaan of een combinatie van verschillende items een geschikte maatstaf is om de schaal voor een bepaalde variabele te meten. Er wordt dan gekeken naar de interne consistentie van de verschillende items.

– *De werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden*

Uit de kwalitatieve interviewstudie kwam naar voren dat de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden verschillend is. Om die reden heb ik de respondenten om te beginnen stellingen voorgelegd die zien op de werkwijze van curatoren, zoals het gebruik van protocollen voor het oorzaken-

onderzoek en het uitbesteden van aansprakelijkheidsprocedures. Ik heb de respondenten tevens gevraagd de verschillende onregelmatigheden te rangschikken naar mate van ernst om zo meer inzicht te krijgen in het onderscheid tussen de verschillende typen onregelmatigheden. Bovendien bleek dat curatoren van mening verschillen over hoe de aanpak van onregelmatigheden vormgegeven zou moeten worden. Om die reden heb ik ook enkele vragen toegevoegd over hoe volgens de respondenten curatoren onregelmatigheden zouden moeten aanpakken (zie par. 6.4).

Om inzicht te krijgen in de onderlinge rangorde tussen de factoren die curatoren beïnvloeden bij de aanpak van onregelmatigheden heb ik de respondenten ook gevraagd om de gevonden belemmeringen uit de kwalitatieve studie te rangschikken van minst belemmerend naar meest belemmerend om zo inzicht te krijgen in wat naar de perceptie van curatoren de belangrijkste factor is om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden (zie par. 6.5.9).

Daarnaast zijn vragen toegevoegd die betrekking hebben op relevante achtergrondinformatie, die hiervoor al is besproken. Aan het einde van de vragenlijst heb ik respondenten de mogelijkheid geboden om toelichting te geven op de gegeven antwoorden of andersoortige opmerkingen achter te laten. De volledige survey is te vinden in appendix 3.

– *De bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken*

Bij het ontwikkelen van de vragenlijst en voor de ontwikkeling van de meet-instrumenten heb ik gebruikgemaakt van de resultaten van mijn kwalitatieve interviewstudie (hoofdstuk 4). De voorgelegde vragen en stellingen ('items') zijn gebaseerd op hetgeen de participanten hebben verteld tijdens de interviews. Ik heb geprobeerd om waar mogelijk aan te sluiten bij de formuleringen die de participanten hebben gebruikt tijdens de interviews zodat de items voor de respondenten van de survey zo herkenbaar mogelijk zouden zijn.

De belangrijkste variabelen zijn de afhankelijke variabele 'bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken' en de onafhankelijke variabelen 'financiële positie curator', 'taakopvatting – primair schuldeisersbelang', 'taakopvatting – ook fraudebestrijding', 'ervaring met fraudemeldingen', 'instrumentarium', 'verwachting van de rechtbank' en 'relatie met de rechtbank'. Alle variabelen worden gemeten aan de hand van een of meerdere items die worden bevraagd aan de hand van een Likertschaal van 1 tot en met 5. Wanneer voor een variabele meerdere items zijn gebruikt, wordt voor iedere respondent het gemiddelde van de scores op de items genomen om te komen tot een score voor de desbetreffende variabele.

De afhankelijke variabele 'bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken' is gemeten aan de hand van het item 'Ik onderneem actie wanneer ik onregelmatigheden signaleer'. Hoe hoger de score, des te meer de respondent bereid is om onregelmatigheden aan te pakken.

De onafhankelijke variabele 'financiële situatie curator' is gemeten aan de hand van de volgende items: 'Binnen de insolventieafdeling op mijn kantoor heb ik voldoende doorgroeikansen', 'Ik maak voldoende declarabele uren in de faillissementspraktijk om door te groeien binnen kantoor', 'Onder de streep haal ik uit faillissementen voldoende omzet ten opzichte van de gewerkte uren', 'De insolventieafdeling op mijn kantoor maakt voldoende omzet', 'De insolventieafdeling op mijn kantoor draait qua omzet in vergelijking met andere afdelingen goed' en 'De faillissementspraktijk is voor mijn kantoor rendabel'. Voor iedere participant neem ik weer het gemiddelde van de scores op deze items ($\alpha = 0,879$). Hogere scores zijn een indicatie dat de respondent in een goede financiële positie verkeert binnen zijn kantoor, waarbij het idee is dat hij het zich kan veroorloven om tijd te besteden aan de aanpak van onregelmatigheden.

De onafhankelijke variabele 'taakopvatting – primair schuldeisersbelang' is gemeten met het item 'De curator voert zijn werkzaamheden primair uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers'. Hogere scores zijn een indicatie dat de respondent van mening is dat zijn taak vooral is het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

De onafhankelijke variabele 'taakopvatting – ook fraudebestrijding' is gemeten aan de hand van het item 'De curator heeft een fraudebestrijdende rol'. Hogere scores zijn een indicatie dat de respondent van mening is dat de aanpak van onregelmatigheden en fraudebestrijding onderdeel is van zijn takenpakket.

De onafhankelijke variabele 'ervaring met fraudemeldingen' is gemeten aan de hand van de volgende items: 'Ik krijg reactie van het Centraal meldpunt Faillissementsfraude als ik een melding doe' en 'De fraudemeldingen die ik doe bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude worden opgepakt'. Voor iedere respondent heb ik het gemiddelde van de scores op deze twee items genomen ($\alpha = 0,726$). Hogere scores zijn een indicatie dat de eerdere ervaringen van de respondent met het doen van fraudemeldingen positief zijn.

De onafhankelijke variabele 'instrumentarium' is gemeten aan de hand van de items 'Ik heb het gevoel dat ik voldoende mogelijkheden heb om onregelmatig handelende bestuurders aan te pakken' en 'Het Nederlands wettelijk kader biedt mij voldoende mogelijkheden om een succesvolle claim in te stellen tegen bestuurders die onregelmatig hebben gehandeld'. Voor iedere respondent heb ik het gemiddelde van de scores op deze twee items genomen ($\alpha = 0,702$). Hogere scores zijn een indicatie dat de respondent van mening is dat zijn gereedschapskist toereikend is om onregelmatigheden aan te pakken.

De onafhankelijke variabele 'visie van de rechtbank' is gemeten aan de hand van het item 'De rechters-commissarissen in mijn arrondissement verwachten dat ik onregelmatigheden in faillissementen aanpak'. Hogere scores zijn een indicatie dat de respondent meent dat de rechtbank van hem verwacht dat hij onregelmatigheden aanpakt.

De onafhankelijke variabele 'relatie met de rechtbank' is gemeten aan de hand van de volgende items: 'Ik ben positief over de samenwerking met de rechtbank', 'De rechtbank organiseert voldoende evaluatiemomenten waarin ik feedback krijg over de wijze waarop ik faillissementen afwikkel', 'Ik heb het gevoel dat de rechtbank open staat voor feedback op de (samenwerking met) de rechters-commissarissen', 'Als ik het niet eens ben met een rechter-commissaris, dan voel ik me vrij dat met diegene te delen', 'Ik weet wat de rechtbank van mij verwacht bij de afwikkeling van faillissementen', 'Het benoemingsbeleid bij mijn rechtbank is transparant', 'Het benoemingsbeleid bij mijn rechtbank is eerlijk' en 'De rechtbank houdt er bij de benoeming van curatoren rekening mee dat lege boedels eerlijk verdeeld worden onder de kantoren in mijn faillissement'. Voor iedere respondent wordt weer het gemiddelde van de scores op deze items genomen ($\alpha = 0,829$). Hogere scores zijn een indicatie dat de respondent het gevoel heeft dat er een goede relatie bestaat tussen de curator en de rechtbank.

6.3.3 Toetsing van hypothesen

Empirische begrippen

<i>Intervalvariabelen</i>	Intervalvariabelen zijn variabelen waarvan de waarden schaalpunten vertegenwoordigen. De verschillen tussen de schaalpunten worden in getallen uitgedrukt. Intervalvariabelen kennen een ordening en een vaste afstand tussen twee getallen.
<i>Bivariate analyse</i>	Een bivariate analyse ziet op het testen van een verband tussen twee variabelen. Correlaties zijn hier een voorbeeld van.
<i>Regressieanalyse</i>	Een regressieanalyse is een statistische analysetechniek die ziet op het voorspellen van een bepaalde uitkomst voor de afhankelijke variabele op basis van informatie over andere (onafhankelijke) variabelen. We spreken dan van een regressie van de onafhankelijke variabele op de afhankelijke variabele. Bij enkelvoudige regressie is sprake van één onafhankelijke variabele. Bij meervoudige of multiële regressie is er meer dan één onafhankelijke variabele.
<i>Significantie</i>	Statistische significantie geeft aan of het gevonden verband te verklaren is door toeval. Als een bepaalde uitkomst statistisch significant is, betekent dat dat het gevonden verband (waarschijnlijk) niet op toeval berust.

Significantieniveau Het significantieniveau (uitgedrukt middels de α of de p-waarde) is een drempelwaarde die de onderzoeker vooraf kiest. Als de p-waarde onder de vooraf vastgestelde drempel ligt, betekent dat dat het gevonden verband statistisch significant is. Een significantieniveau van 0,05 is het meest gebruikelijk. Dat betekent dat er een kans is van 5% dat de gevonden samenhang niet bestaat.

In dit onderzoek lopen de scores van participanten op een bepaalde variabele van 1 (lage score) tot 5 (hoge score). In tegenstelling tot nominale variabelen vertegenwoordigen de intervalvariabelen in dit onderzoek wel een numerieke waarde. Om die reden wordt de *Pearson's correlatiecoëfficiënt* (r) gebruikt om te bepalen of er een significant verband bestaat tussen twee variabelen en om informatie te verkrijgen over de sterkte van de samenhang. Om de hypothesen met betrekking tot de invloed van de verschillende variabelen op de bereidheid te testen, wordt echter een meervoudige regressieanalyse gebruikt, die de samenhang tussen een onafhankelijke variabele en de afhankelijke variabele schat en daarbij controleert voor een aantal andere variabelen. Deze analyse geeft dus inzicht in meerdere onafhankelijke variabelen in relatie tot één afhankelijke variabele. De afhankelijke variabele is zoals aangegeven de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken (gemeten op een schaal van 1 tot en met 5).

6.4 RESULTATEN: DE WERKWIJZE VAN CURATOREN BIJ DE AANPAK VAN ON-REGELMATIGHEDEN

6.4.1 Introductie

De resultaten van de interviewstudie laten zien dat curatoren uiteenlopende werkwijzen hebben bij de aanpak van onregelmatigheden. Om deze reden heb ik curatoren verschillende vragen en stellingen voorgelegd over de wijze waarop zij onregelmatigheden aanpakken. Hierbij bespreek ik achtereenvolgens de verschillende fasen die een curator kan doorlopen: de signaleringsfase (par. 6.4.2) de beoordelingsfase (par. 6.4.3) en de redresseringsfase (par. 6.4.4).

6.4.2 De signaleringsfase

De eerste fase bij de aanpak van onregelmatigheden is de signaleringsfase. In deze fase voert de curator het oorzakenonderzoek uit en houdt hij zijn oren en ogen open voor eventuele onregelmatigheden. In hoofdstuk 4 heb ik op basis van de interviewstudie geconcludeerd dat curatoren vrijwel altijd een oorzakenonderzoek uitvoeren, maar dat de wijze waarop invulling wordt

gegeven aan dat onderzoek verschilt. De tabellen 6.3 en 6.4 geven inzicht in de werkwijze van curatoren met betrekking tot het oorzakenonderzoek. De resultaten van de survey bevestigen het resultaat van de interviewstudie dat curatoren vrijwel altijd een oorzakenonderzoek uitvoeren. Ik heb de respondenten ook gevraagd in hoeverre zij het eens zijn met de stelling dat in ieder faillissement een oorzakenonderzoek plaats *moet* vinden. De resultaten van de interviewstudie laten immers zien dat sommige curatoren menen dat een oorzakenonderzoek niet in ieder faillissement hoeft plaats te vinden. De meningen over die stelling zijn verdeeld, maar bijna 30% van de respondenten is het (helemaal) niet met de stelling eens en nog eens 20% beantwoordt deze stelling neutraal. Het lijkt er dus op dat sommige curatoren het oorzakenonderzoek wel uitvoeren, terwijl zij van mening zijn dat dit niet zou moeten.

Tabel 6.3 Het oorzakenonderzoek*

Stelling	Nooit	Zelden	Soms	Vaak	(Bijna) altijd
Ik voer een oorzakenonderzoek uit in faillissement	0% (n = 0)	1% (n = 2)	4% (n = 5)	28% (n = 40)	67% (n = 94)
Ik voer een oorzakenonderzoek uit aan de hand van een vooraf vastgesteld protocol	18% (n = 25)	29% (n = 41)	29% (n = 41)	16% (n = 23)	8% (n = 11)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De n voor deze tabel is 141.

Tabel 6.4 Het oorzakenonderzoek*

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
In ieder faillissement moet een oorzakenonderzoek plaatsvinden	3% (n = 5)	26% (n = 40)	20% (n = 30)	39% (n = 60)	12% (n = 19)
Het oorzakenonderzoek moet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn	1% (n = 2)	16% (n = 25)	19% (n = 29)	51% (n = 78)	13% (n = 20)
Het oorzakenonderzoek mag achterwege blijven indien de boedel niet voldoende middelen bevat	6% (n = 10)	50% (n = 77)	18% (n = 27)	20% (n = 31)	6% (n = 9)
Het oorzakenonderzoek mag achterwege blijven indien op voorhand duidelijk is dat bestuurders of andere mogelijk aansprakelijke personen geen verhaal bieden	5% (n = 8)	44% (n = 68)	17% (n = 26)	27% (n = 42)	6% (n = 10)
Het oorzakenonderzoek moet worden uitgevoerd aan de hand van een vooraf vastgesteld protocol	5% (n = 8)	39% (n = 60)	27% (n = 42)	25% (n = 38)	4% (n = 6)

<i>Stelling</i>	<i>Helemaal niet mee eens</i>	<i>Niet mee eens</i>	<i>Neutraal</i>	<i>Mee eens</i>	<i>Helemaal mee eens</i>
De curator moet het oorzakenonderzoek in beginsel zelf uitvoeren (d.w.z. zonder inschakeling van derden anders dan kantoorgenoten)	6% (n = 9)	31% (n = 47)	23% (n = 36)	33% (n = 51)	7% (n = 11)
Curatoren zijn voldoende geëquipeerd om het oorzakenonderzoek uit te voeren	1% (n = 1)	14% (n = 22)	25% (n = 39)	49% (n = 76)	10% (n = 16)
Curatoren zijn voldoende onafhankelijk om het oorzakenonderzoek uit te voeren	0% (n = 0)	6% (n = 10)	13% (n = 20)	58% (n = 89)	23% (n = 35)
Het hoofddoel van het oorzakenonderzoek moet zijn het verkrijgen van een gedetailleerd inzicht in de feitelijke gang van zaken voorafgaand aan het faillissement	1% (n = 2)	18% (n = 28)	20% (n = 31)	51% (n = 79)	9% (n = 14)
Het hoofddoel van het oorzakenonderzoek moet zijn het genereren van extra middelen voor de boedel	3% (n = 5)	37% (n = 57)	19% (n = 29)	33% (n = 51)	8% (n = 12)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze tabel is 154.

Uit de resultaten van de interviewstudie blijkt dat sommige curatoren van mening zijn dat het oorzakenonderzoek achterwege kon worden gelaten wanneer er onvoldoende boedel was of wanneer duidelijk was dat er geen verhaalsmogelijkheden waren. De respondenten van de survey waren het grotendeels (56%) oneens met de stelling dat het oorzakenonderzoek achterwege mag blijven indien de boedel niet voldoende middelen bevat, maar ook hierover verschillen de respondenten duidelijk van mening. De stelling dat het oorzakenonderzoek achterwege mag blijven indien op voorhand al duidelijk is dat bestuurders of andere mogelijk aansprakelijke personen geen verhaal bieden, kan op iets meer steun rekenen; 33% van de respondenten was het (helemaal) eens met die stelling. Toch heeft ongeveer 50% van de respondenten aangegeven het niet (helemaal) met deze stelling eens te zijn.

De resultaten van de interviewstudie laten ook zien dat sommige curatoren het oorzakenonderzoek alleen uitoefenen als dat in het belang is van de gezamenlijke crediteuren terwijl andere curatoren het oorzakenonderzoek beschouwden als behartiging van meer algemene belangen en het oorzakenonderzoek dus altijd uitvoeren. Om die reden heb ik de respondenten ook gevraagd in hoeverre zij het eens zijn met de stelling dat het oorzakenonderzoek in het belang *moet* zijn van de gezamenlijke schuldeisers. Ongeveer 64% van de respondenten was het (helemaal) eens met deze stelling. Deze stelling raakt ook de belangenbehartiging van de curator. Over die belangenbehartiging kom ik in paragraaf 6.5.3 nog nader te spreken.

Uit de resultaten van de interviewstudie blijkt bovendien dat er geen consensus bestaat over de wijze waarop het oorzakenonderzoek moet worden uitgevoerd. Een van de discussiepunten is het gebruik van protocollen. De resultaten van de survey laten zien dat er inderdaad geen consensus bestaat over het gebruik van protocollen. Het grootste deel van de respondenten gaf aan zelden (29%) of nooit (18%) een protocol te gebruiken. Ik heb de respondenten ook gevraagd of zij vinden dat het oorzakenonderzoek *moet* worden uitgevoerd aan de hand van een vooraf vastgesteld protocol. Ongeveer 44% was het (helemaal) niet eens met deze stelling, terwijl 29% van de respondenten heeft aangegeven het (helemaal) eens te zijn met de stelling. Ook hier blijkt dat curatoren uiteenlopende meningen hebben over hoe het oorzakenonderzoek uitgevoerd moet worden. Opvallend is dat er een verschil bestaat tussen wat respondenten aangeven te doen en wat respondenten menen dat zij zouden moeten doen.

Bovendien blijkt uit de interviewstudie dat er verschillende meningen bestaan over wie het oorzakenonderzoek uit zou moeten voeren. Ik heb de respondenten gevraagd in hoeverre zij het eens zijn met de stelling dat curatoren het oorzakenonderzoek in beginsel zelf (dat wil zeggen zonder inschakeling van derden anders dan kantoorgenoten) *moeten* uitvoeren. Ook over deze vraag bestaat bij de respondenten van de survey geen consensus: ongeveer 40% van de respondenten is het (helemaal) eens met de stelling en ongeveer 47% is het (helemaal) oneens met de stelling.

De resultaten van de interviewstudie laten daarnaast zien dat sommige curatoren van mening zijn dat een derde het oorzakenonderzoek zou moeten uitvoeren, omdat zij vonden dat curatoren onvoldoende geëquipeerd en/of onafhankelijk zijn om dat onderzoek uit te voeren. Ik heb dit voorgelegd aan de respondenten. Ruim 59% van de respondenten was het (helemaal) eens met de stelling dat curatoren voldoende geëquipeerd zijn om het oorzakenonderzoek uit te voeren. Met de stelling dat curatoren voldoende onafhankelijk zijn om het oorzakenonderzoek uit te voeren is ruim 81% van de respondenten het (helemaal) eens. Opvallend is dus dat weinig respondenten menen dat curatoren niet voldoende geëquipeerd of onafhankelijk zijn om het oorzakenonderzoek uit te voeren, terwijl meerdere participanten tijdens de interviewstudie het tegenovergestelde aangaven.

De resultaten van de interviewstudie lieten ook zien dat er onder curatoren geen consensus bestaat over het doel van een oorzakenonderzoek. Sommige curatoren zagen het oorzakenonderzoek als een middel om extra inkomsten te genereren voor de boedel terwijl andere curatoren weer van mening waren dat het doel van het onderzoek juist is om een feitelijk overzicht te krijgen van hetgeen zich voorafgaand aan het faillissement heeft afgespeeld. Ook deze stellingen heb ik weer voorgelegd aan de respondenten. Ruim 60% van de respondenten was het (helemaal) eens met de stelling dat het hoofddoel van het oorzakenonderzoek moet zijn het verkrijgen van een gedetailleerd inzicht in de feitelijke gang van zaken voorafgaand aan het faillissement. Een kleiner

deel van de respondenten (41%) is het (helemaal) eens met de stelling dat het hoofddoel van het oorzakenonderzoek moet zijn het genereren van extra middelen voor de boedel. Ook hier blijkt weer dat er geen consensus bestaat over het hoofddoel van het oorzakenonderzoek.

6.4.3 De beoordelingsfase

Vervolgens komt de curator toe aan een beoordeling van hetgeen hij in de signaleringsfase heeft waargenomen. In deze beoordelingsfase bekijkt de curator of de gang van zaken voorafgaand aan een faillissement kan worden gekwalificeerd als onregelmatig. Ik heb onregelmatigheden eerder gekwalificeerd als onrechtmatig of frauduleus handelen waardoor het faillissement (mede) is veroorzaakt, de afwikkeling van het faillissement wordt bemoeilijkt of waardoor schuldeisers zijn benadeeld (hoofdstuk 2).

In hoofdstuk 5 kwam ik tot de conclusie dat in ruim 45% van de onderzochte faillissementen volgens het faillissementsverslag sprake was van onregelmatigheden. Ik heb toen betoogd dat het daadwerkelijke aantal onregelmatigheden hoger zou liggen, omdat ik denk dat curatoren niet iedere onregelmatigheid in het faillissementsverslag vermelden. Om die reden heb ik de respondenten ook gevraagd naar de aantallen onregelmatigheden die zij tegenkomen. Tabel 6.5 geeft inzicht in de resultaten. De resultaten laten zien dat gemiddeld in 44% van de faillissementen volgens curatoren sprake is van onregelmatigheden. Dit percentage komt overeen met de resultaten van de analyse van faillissementsverslagen en is dus niet hoger, zoals ik eerder voorspelde. Ook het percentage waarin volgens curatoren sprake was van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur (35,7%) komt overeen, aangezien de documentenanalyse liet zien dat in 31% van de onderzochte faillissementen sprake was van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur. Opvallend is dat het percentage gerapporteerde fraude in de documentenanalyse (5%) aanzienlijk lager lag dan het percentage dat de respondenten van de survey rapporteren (22,5%).

*Tabel 6.5 Het aantal onregelmatigheden in faillissementen**

<i>Vraag</i>	<i>Gemiddelde</i>	<i>Minimum</i>	<i>Maximum</i>	<i>SD</i>
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was naar uw mening sprake van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur?	35,7%	9%	80%	16,3
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was naar uw mening sprake van paulianeus handelen?	31,6%	0%	81%	17,2
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was naar uw mening sprake van frauduleus handelen?	22,5%	1%	83%	14,8

Vraag	Gemiddelde	Minimum	Maximum	SD
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen kwam naar uw mening een (of meerdere) van bovengenoemde onregelmatigheden voor?	44,3%	5%	91%	21,1
Hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was naar uw mening veroorzaakt door het bestuur?	36,2%	1%	100%	20,9

* De *n* voor deze tabel is 151.

De resultaten van de interviewstudie laten voorts zien dat curatoren bij de beoordeling van gedragingen niet direct een onderscheid maken tussen onverantwoordelijk (onrechtmatig) en malafide (frauduleus) handelen. Om inzicht te krijgen in de wijze waarop curatoren een bepaalde gedraging beoordelen en kwalificeren als onbehoorlijk, paulianeus of frauduleus, heb ik de respondenten gevraagd om de verschillende onregelmatigheden te rangschikken van meest ernstig (1) naar minst ernstig (3). Tabel 6.6 geeft inzicht in de rangschikking van de curatoren. De respondenten hebben aangegeven frauduleus handelen het meest ernstig te vinden, gevolgd door (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en paulianeus handelen. Opvallend is dat respondenten geen duidelijke rangorde hebben aangebracht tussen paulianeus handelen en (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en dat de meningen daarover dus verdeeld zijn, maar dat frauduleus handelen wel duidelijk als meest ernstig wordt beoordeeld.

Tabel 6.6 Beoordeling van onregelmatigheden*

	Gemiddelde plek	Meest gekozen plek	SD
Frauduleus handelen	1,41	1 (77%)	0,77
(Kennelijk) onbehoorlijk bestuur	2,18	2 (53%)	0,66
Paulianeus handelen	2,41	3 (50%)	0,64

* De *n* voor deze tabel is 151.

6.4.4 De redresseringsfase

De laatste fase bij de aanpak van onregelmatigheden is de redresseringsfase. Er bestaan verschillende vormen van redresseren, te weten een schikking, een bestuursdersaansprakelijkheidsprocedure, een actie op grond van de faillissementspauliana en een fraudemelding en/of aangifte. De resultaten van de interviewstudie lieten zien dat curatoren ook in de redresseringsfase verschillende werkwijzen hebben. De tabellen 6.7, 6.8 en 6.9 geven inzicht in de visie van de respondenten op de redresseringsfase.

Tabel 6.7 De redresseringsfase*

Stelling	Nooit	Zelden	Soms	Vaak	(Bijna) altijd
Ik meld geconstateerde onregelmatigheden bij de rechter-commissaris	1% (n = 1)	0% (n = 0)	7% (n = 10)	22% (n = 31)	70% (n = 99)
Ik onderneem actie wanneer ik onregelmatigheden signaleer	0% (n = 0)	1% (n = 2)	16% (n = 23)	51% (n = 72)	31% (n = 44)
Ik doe melding van fraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude bij (vermoedens van) frauduleus handelen	4% (n = 5)	11% (n = 16)	23% (n = 33)	26% (n = 37)	35% (n = 50)
Ik vorder een civielrechtelijk bestuursverbod indien aan een van de gronden is voldaan	42% (n = 59)	31% (n = 44)	15% (n = 21)	6% (n = 9)	5% (n = 7)
Als ik een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure voer, dan laat ik me bijstaan door een advocaat van een ander kantoor	46% (n = 65)	24% (n = 34)	23% (n = 32)	5% (n = 7)	2% (n = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze tabel is 141.

Tabel 6.8 De redresseringsfase*

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De curator moet onregelmatig handelen (door bijv. bestuurders) altijd aanpakken	4% (n = 7)	31% (n = 54)	27% (n = 46)	31% (n = 54)	6% (n = 11)
De curator moet melding of aangifte doen van fraude	2% (n = 3)	12% (n = 16)	19% (n = 26)	47% (n = 65)	21% (n = 29)
De curator moet een bestuursverbod vorderen indien aan een van de gronden is voldaan	5% (n = 7)	29% (n = 41)	39% (n = 54)	23% (n = 32)	4% (n = 6)
De curator mag niet schikken indien sprake is van fraude	14% (n = 19)	63% (n = 88)	17% (n = 24)	5% (n = 7)	1% (n = 1)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze tabel is 136 voor de derde stelling, 172 voor de eerste stelling en 139 voor de andere twee stellingen.

Wanneer de curator onregelmatigheden constateert, is het de bedoeling dat hij die onregelmatigheden in ieder geval meldt bij de rechter-commissaris (artikel 68 Fw). Deze meldingsplicht is een belangrijk aspect in de beleidstheorie, aangezien de wetgever verwacht dat curatoren onregelmatigheden altijd melden bij de rechter-commissaris en dit in 2017 in artikel 68 lid 2 Fw ook wettelijk verplicht heeft gesteld (hoofdstuk 2). Om die reden heb ik respondenten gevraagd of zij geconstateerde onregelmatigheden melden bij de rechter-commissaris. Ruim 70% van de respondenten heeft aangegeven onregelmatigheden (bijna) altijd te melden en 22% van de respondenten doet dit vaak.

Als de curator constateert dat sprake is van onregelmatigheden, moet hij beslissen of hij gaat redresseren en zo ja, welke redresseringsvorm hij het meest geschikt acht. De resultaten van de documentenanalyse van faillissementsverslagen (hoofdstuk 5) laten zien dat de curatoren gemiddeld 46% van de geconstateerde onregelmatigheden redresseren. Dit betekent dat curatoren niet altijd actie ondernemen als zij onregelmatigheden signaleren. Om deze reden heb ik de respondenten gevraagd naar de frequentie waarin zij actie ondernemen. Slechts 31% geeft aan (bijna) altijd actie te ondernemen, 51% doet dat naar eigen zeggen vaak en 15% soms. Ik heb curatoren ook gevraagd of zij vinden dat de curator onregelmatigheden altijd *moet* aanpakken. Slechts 37% van de respondenten was het (helemaal) eens met de stelling dat curatoren onregelmatigheden altijd moeten aanpakken.

Tabel 6.9 Redresseringsaantallen in faillissementen*

Vraag	Gemiddelde	Minimum	Maximum	SD
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen bent u tot een schikking met het bestuur gekomen vanwege onregelmatig handelen?	39,0%	0%	100%	25,7
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen hebt u met succes een of meer rechtshandelingen op grond van de faillissementspauliana vernietigd?	29,3%	0%	90%	23,4
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen bent u een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure gestart?	15,1%	0%	55%	12,6
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen heeft u een melding van faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude gedaan?	20,6%	0%	100%	19,1
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen heeft u een vordering ingesteld tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod?	2,6%	0%	45%	6,2

* De *n* voor deze tabel is 140 voor de laatste vraag en 141 voor de andere vragen.

Als de curator heeft besloten dat hij gaat redresseren, zijn er verschillende redresseringsvormen beschikbaar. De resultaten van de interviewstudie lieten zien dat curatoren de voorkeur geven aan civielrechtelijke redresseringsmogelijkheden, in het bijzonder het treffen van een schikking met bestuurders. De resultaten van de survey laten zien dat respondenten in gemiddeld 39% van de door hen afgewikkelde faillissementen een schikking hebben getroffen met bestuurders vanwege onregelmatig handelen. De respondenten hebben tevens aangegeven dat zij in gemiddeld 29% van de door hen afgewikkelde faillissementen een rechtshandeling hebben vernietigd op grond van de faillissementspauliana. Curatoren hebben voorts de mogelijkheid om een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te starten. De respondenten hebben aangegeven dat

zij in gemiddeld 15% van de door hen afgewikkelde faillissementen een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure zijn gestart.

De resultaten van de interviewstudie lieten zien dat er geen consensus bestond over de vraag wie de aansprakelijkheidsprocedure zou moeten voeren. Om die reden heb ik respondenten ook gevraagd of zij zich bij het voeren van een aansprakelijkheidsprocedure laten bijstaan door (een advocaat van) een ander kantoor. Het grootste deel van de respondenten geeft aan dit nooit (46%) of zelden (24%) te doen.

Een andere mogelijkheid die de curator heeft is het doen van een melding van faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. De resultaten van de analyse van faillissementsverslagen lieten zien dat de redresseringsratio van frauduleus handelen ontzettend hoog was (90%). Uit de resultaten van de interviewstudie bleek echter dat frauduleus handelen juist niet altijd werd aangepakt. Om die reden heb ik aan de respondenten gevraagd of zij melding doen van frauduleus handelen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. Ruim 35% van de respondenten heeft aangegeven (bijna) altijd melding te doen van faillissementsfraude. Ruim 26% doet dat naar eigen zeggen vaak, 23% soms. De respondenten hebben voorts aangegeven in gemiddeld 21% van de door hen afgewikkelde faillissementen een fraudemelding gedaan te hebben. Dit getal komt overeen met het resultaat dat gemiddeld in 22% van de faillissementen sprake is van frauduleus handelen. De resultaten van de interview suggereerden tevens dat sommige curatoren het doen van een fraudemelding bij het CMF of een aangifte niet tot hun takenpakket vonden passen. Om die reden heb ik respondenten ook gevraagd in hoeverre zij het eens waren met de stelling dat curatoren melding of aangifte *moeten* doen in geval van fraude. Het grootste deel van de respondenten is het (helemaal) eens met deze stelling (68%).

Een andere mogelijkheid om onregelmatigheden te redresseren is het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod. De resultaten van de interviewstudie suggereerden dat curatoren nauwelijks een bestuursverbod vorderden. Om die reden heb ik respondenten gevraagd naar de frequentie waarin zij een civielrechtelijk bestuursverbod vorderen indien aan een van de gronden is voldaan. Een ruime meerderheid van 73% van de respondenten heeft aangegeven dit nooit of zelden te doen. De respondenten hebben voorts aangegeven dat zij gemiddeld in 3% van de door hen afgewikkelde faillissementen een vordering hebben ingesteld tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Ik heb de respondenten ook gevraagd in hoeverre zij het eens zijn met de stelling dat curatoren een bestuursverbod *moeten* vorderen indien aan een van de gronden is voldaan. Ruim 34% van de curatoren heeft aangegeven het (helemaal) niet met deze stelling eens te zijn. Ongeveer 27% is het (helemaal) met de stelling eens. De meningen lopen hierover dus duidelijk uiteen.

6.4.5 Afsluitend

De resultaten van de surveystudie geven inzicht in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden. Zo blijkt dat de respondenten wel van mening zijn dat in ieder faillissement een oorzakenonderzoek moet worden uitgevoerd, maar bestaat er geen consensus over hoe deze signaleringsfase moet worden ingevuld. Voorts laten de resultaten zien dat respondenten in de beoordelingsfase regelmatig tot de conclusie komen dat sprake is van onregelmatig handelen. In ruim 44% van de faillissementen is volgens respondenten sprake van onregelmatigheden. Daarnaast laten de resultaten zien dat respondenten tijdens de redresseringsfase kiezen voor verschillende werkwijzen, zoals het inschakelen van een derde als advocaat. Kortom, de resultaten laten zien dat geen consistentie bestaat in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken.

6.5 RESULTATEN: DE BEREIDHEID VAN CURATOREN OM ONREGELMATIGHEDEN AAN TE PAKKEN

6.5.1 Algemeen

Naast vragen en stellingen over de werkwijze van curatoren, heb ik de respondenten ook gevraagd welke factoren hen beïnvloeden bij de aanpak van onregelmatigheden. Deze factoren zijn gebaseerd op mijn besluitvormingstheorie uit hoofdstuk 4. De besluitvormingstheorie suggereert dat er zeven factoren zijn die curatoren beïnvloeden bij de aanpak van onregelmatigheden. Die factoren zijn onder te verdelen in factoren die samenhangen met een specifiek faillissement (het boedelbelang (factor 1) en het financiële belang van de curator (factor 2)), factoren die samenhangen met (de persoon van) de curator (de persoonlijke taakopvatting (factor 3), de opvatting over het beschikbare gereedschap (factor 4) en eerdere ervaringen met fraudemeldingen (factor 5)) en factoren die samenhangen met de visie van de rechtbank (de mate waarin de rechtbank de aanpak stimuleert of ontmoedigt (factor 6) en daarmee samenhangend de afhankelijkheidsrelatie tussen de curator en de rechtbank (factor 7)). Hierna volgt toetsing van de besluitvormingstheorie aan de hand van de in paragraaf 6.2 geformuleerde hypothesen.

6.5.2 Descriptieve statistieken

Tabel 6.10 geeft inzicht in de descriptieve statistieken van de variabelen en de correlaties tussen de verschillende variabelen. Deze abstracte tabel geeft allereerst inzicht in de gemiddelde waarde (M) en de standaarddeviatie (SD) van de variabelen. De tabel laat daarnaast zien in hoeverre de studievariabelen

met elkaar samenhangen. Hieronder bespreek ik de resultaten van de correlaties. Vervolgens ga ik in de hierna volgende paragrafen nader in op hoe de verschillende factoren samenhangen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken.

Empirische begrippen

<i>Standaarddeviatie</i>	De standaarddeviatie (<i>SD</i>) geeft de mate van spreiding aan in de antwoorden van de respondenten.
<i>Correlatie</i>	Correlatie is de samenhang tussen twee variabelen. Een perfecte samenhang heeft de correlatiewaarde 1. Er kunnen op basis van correlaties geen uitspraken worden gedaan over causaliteit (oorzaak-gevolgrelaties).

De correlatietabel laat zien dat er een significante samenhang bestaat tussen de financiële positie van de curator en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Met andere woorden, hoe beter de financiële positie van de curator (binnen zijn kantoor), des te meer de curator bereid is om onregelmatigheden aan te pakken. Dit resultaat ondersteunt hypothese 1. Opvallend is dat er ook een significante samenhang is gevonden tussen de financiële positie van de curator en zijn taakopvatting en tussen de financiële positie van de curator en zijn relatie met de rechtbank. Dat betekent dat hoe meer de curator van mening is dat zijn taak primair ziet op het behartigen van de belangen van de schuldeisers, des te beter zijn financiële positie (binnen kantoor) is. Tevens geldt dat hoe beter de relatie met de rechtbank is, des te beter de financiële positie van de curator is.

De tabel laat bovendien zien dat de opvatting dat de taak van de curator primair ziet op het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet significant samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. De opvatting dat de taak van de curator ook de aanpak van onregelmatigheden omvat, hangt wel significant samen met de bereidheid. Dat betekent dat hoe meer de curator van mening is dat de aanpak van onregelmatigheden ook onder zijn taak valt, des te meer hij bereid zal zijn om onregelmatigheden aan te pakken. Deze resultaten ondersteunen hypothese 2 gedeeltelijk.

Ik heb geen significante samenhang gevonden tussen de ervaring met fraudemeldingen en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. De samenhang tussen het instrumentarium en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken is wel significant. Dat betekent dat hoe meer de curator het gevoel heeft dat zijn instrumentarium toereikend is om onregelmatigheden aan te pakken, des te meer hij bereid zal zijn om onregelmatigheden aan te pakken. Deze resultaten ondersteunen hypothese 3, maar niet hypothese 4.

Wel heb ik een significante samenhang gevonden tussen de gepercipieerde visie van de rechtbank en de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Dat betekent dat hoe belangrijker de rechtbank de aanpak van

onregelmatigheden volgens de curator vindt, des te meer de curator bereid zal zijn om onregelmatigheden aan te pakken. Opvallend is dat de visie van de rechtbank ook significant samenhangt met de opvatting dat de aanpak van onregelmatigheden een onderdeel is van de taak van de curator. Dat betekent dat hoe belangrijker de rechtbank de aanpak van onregelmatigheden in de ogen van de curator vindt, des te meer de curator zal menen dat de aanpak van onregelmatigheden onder zijn taak valt. Bovendien bestaat er een significante samenhang tussen de visie van de rechtbank en de relatie met de rechtbank. Deze resultaten ondersteunen hypothese 5.

Tabel 6.10 Descriptieve statistiek en correlaties[†]

Variable	M	SD	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.
1. Bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken	4,12	0,72	(1)							
2. Financiële positie curator	3,36	0,75	0,215*	(1)						
3. Taakopvatting - primair schuldeisers belang	2,99	1,03	0,072	0,225**	(1)					
4. Taakopvatting - ook fraudebestrijding	3,47	0,95	0,212*	0,005	-0,003	(1)				
5. Beschikbare instrumentarium	3,61	0,80	0,167*	0,103	0,077	-0,045	(1)			
6. Ervaringen met fraudemeldingen	3,04	0,98	0,139	0,011	-0,030	0,064	0,094	(1)		
7. Visie van de rechtbank	3,87	0,63	0,270**	0,113	0,060	0,325**	0,051	0,171*	(1)	
8. Relatie met de rechtbank	3,32	0,55	0,138	0,355**	0,224**	0,071	0,222**	0,114	0,261**	(1)

[†] * $p < 0,05$; ** $p < 0,01$

6.5.3 Het financiële belang van de curator

Een van de redenen waarom curatoren volgens de besluitvormingstheorie niet snel geneigd zijn om onregelmatigheden aan te pakken, is dat er volgens hen vaak geen vergoeding beschikbaar is voor de uren die zijn gemoeid met die aanpak. Om die reden heb ik de respondenten bevraagd over de legeboedelproblematiek. De resultaten staan in tabel 6.11. De resultaten laten zien dat in ongeveer 70% van de faillissementen geen uitkering kan worden gedaan aan de faillissementsschuldeisers en in ruim 37% van de faillissementen (ook) geen uitkering kan worden gedaan aan de boedelschuldeisers. Ongeveer 30% van de gemaakte uren wordt volgens de respondenten afgeschreven.

Tabel 6.11 De legeboedelproblematiek

Vraag	Gemiddelde	Minimum	Maximum	SD	n
In hoeveel procent van de aan u toegewezen faillissementen kan geen uitkering gedaan worden aan de faillissementsschuldeisers (lege boedel in ruime zin)?	70,96%	0%	100%	25,6	177
In hoeveel procent van de aan u toegewezen faillissementen kan geen uitkering gedaan worden aan de boedelschuldeisers (lege boedel in enge zin)?	37,56%	0%	100%	26,1	177
Hoeveel procent van de gemaakte uren in de aan u toegewezen faillissementen wordt gemiddeld en globaal gezien afgeschreven?	28,8%	0%	95%	18,4	177
Hoeveel procent van de uren die u werkt in faillissementen worden betaald uit de boedel?	67,5%	8%	100%	18,4	139
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was er onvoldoende boedel om civielrechtelijke stappen (procedure, pauliana, schikking) te ondernemen tegen geconstateerde onregelmatigheden?	41,26%	0%	100%	27,5	141
In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was er onvoldoende boedel om een fraudemelding van of een aangifte tegen geconstateerde onregelmatigheden te doen?	26,94%	0%	100%	31,1	141

De legeboedelproblematiek kan ervoor zorgen dat curatoren zich laten leiden door hun eigen financiële belangen: te veel lege boedels zorgen voor een onrendabele praktijk. Om inzicht te krijgen in de persoonlijke drijfveren van curatoren heb ik de respondenten enkele stellingen voorgelegd over hun persoonlijke financiële situatie. De resultaten staan in tabel 6.12. Ik heb de respondenten eerst gevraagd of zij onder de streep voldoende omzet over de gewerkte uren in faillissementen halen. Voor ruim 54% van de respondenten bleek dit het geval. Ongeveer 27% van de respondenten gaf aan niet voldoende omzet te halen over de uren die zij werken in faillissementen. Daarnaast bleek dat het geïncasseerde uurtarief in faillissementen voor de meeste respondenten minder is dan hun commerciële uurtarief.

Uit de resultaten van de interviewstudie bleek dat de financiële situatie van de (veelal jongere) curatoren ook te maken had met doorgroeikansen, die vaak samenhangen met het aantal declarabele uren dat een advocaat maakt. Ook voor (gevestigde) partners is het aantal declarabele uren relevant. Ik heb de respondenten daarom gevraagd naar die doorgroeikansen. Het grootste deel van de respondenten gaf aan voldoende doorgroeikansen te hebben binnen hun insolventieafdeling. Vervolgens heb ik de respondenten gevraagd in hoeverre zij het eens zijn met de stelling dat zij voldoende declarabele uren maken in de faillissementspraktijk om door te kunnen groeien binnen hun kantoor. Ruim 45% is het (helemaal) eens met deze stelling en ruim 21% van de respondenten is het met die stelling (helemaal) oneens.

Tabel 6.12 De financiële positie van de curator*

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
Onder de streep haal ik uit faillissementen voldoende omzet over de gewerkte uren	5% (n = 7)	22% (n = 31)	20% (n = 28)	47% (n = 65)	6% (n = 8)
Het daadwerkelijk geïncasseerde uurtarief in faillissementen is minder dan mijn gemiddeld uurtarief in andere commerciële zaken	5% (n = 7)	25% (n = 34)	22% (n = 30)	29% (n = 40)	20% (n = 28)
Ik maak voldoende declarabele uren in de faillissementspraktijk om door te kunnen groeien binnen mijn kantoor	4% (n = 6)	17% (n = 24)	34% (n = 47)	37% (n = 51)	8% (n = 11)
Binnen de insolventieafdeling op mijn kantoor heb ik voldoende doorgroeikansen	1% (n = 2)	9% (n = 12)	35% (n = 49)	42% (n = 58)	13% (n = 18)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 139.

Naast de financiële situatie van de curator zelf kan ook de financiële situatie van de insolventieafdeling waar de curator werkzaam is meespelen in de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Daarom heb ik de respondenten enkele stellingen voorgelegd over de financiële situatie van hun insolventieafdeling. De resultaten staan in tabel 6.13. Voor het grootste deel van de respondenten geldt dat de insolventieafdeling voldoende omzet maakt (ook in vergelijking met andere afdelingen) en dat de faillissementspraktijk rendabel is. Toch geeft ongeveer een kwart van de respondenten aan dat de insolventieafdeling niet voldoende omzet maakt.

Tabel 6.13 De financiële situatie van de insolventieafdeling van de curator

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De insolventieafdeling op mijn kantoor maakt voldoende omzet	4% (n = 5)	20% (n = 28)	23% (n = 32)	49% (n = 68)	4% (n = 6)
De insolventieafdeling op mijn kantoor draait qua omzet in vergelijking met andere afdelingen goed	7% (n = 10)	18% (n = 25)	35% (n = 48)	35% (n = 49)	5% (n = 7)
De faillissementspraktijk is voor mijn kantoor rendabel	2% (n = 3)	8% (n = 11)	24% (n = 33)	59% (n = 82)	7% (n = 10)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 139.

De persoonlijke situatie van de curator speelt volgens de besluitvormingstheorie mee bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te

pakken. De correlatietabel (tabel 6.10) liet zien dat de financiële situatie van de curator inderdaad significant samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Hypothese 1 kan dus worden bevestigd. Dat betekent dat curatoren die een goede financiële positie hebben (binnen hun kantoor) eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken.

6.5.4 De taakopvatting van de curator: belangenbehartiging

De besluitvormingstheorie suggereert voorts dat de taakopvatting meespeelt bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Op basis van resultaten van de interviewstudie heb ik eerder geconcludeerd dat er bij curatoren grofweg twee visies bestaan over de taakopvatting op het gebied van de aanpak van onregelmatigheden. Kortgezegd menen aanhangers van de ene visie dat de curator onregelmatigheden alleen hoeft aan te pakken indien dat in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers en aanhangers van de andere visie dat de curator onregelmatigheden ook moet aanpakken wanneer dat niet direct in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.

Om meer inzicht te krijgen in de visies over de taakopvatting van curatoren heb ik de respondenten verschillende vragen hierover voorgelegd. Tabel 6.14 geeft inzicht in de resultaten. Allereerst heb ik de respondenten gevraagd in hoeverre zij het eens zijn met de stelling dat de curator een fraudebestrijdende rol heeft. Een meerderheid (58%) van de respondenten was het (helemaal) eens met deze stelling. Toch gaf ongeveer 16% van de respondenten aan het hier (helemaal) niet mee eens te zijn. Vervolgens heb ik de respondenten gevraagd in hoeverre zij het eens waren met de stelling dat de curator zijn werkzaamheden primair uitvoert ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Een grote meerderheid van 96% van de respondenten was het (helemaal) eens met deze stelling.

Tabel 6.14 De taakopvatting van de curator

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De curator heeft een fraudebestrijdende rol	3% (n = 6)	13% (n = 22)	26% (n = 45)	49% (n = 84)	9% (n = 15)
De curator voert zijn werkzaamheden primair uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers	1% (n = 2)	0% (n = 0)	3% (n = 5)	48% (n = 82)	48% (n = 83)
De belangen van de gezamenlijke schuldeisers gaan altijd boven maatschappelijke belangen	3% (n = 5)	37% (n = 64)	24% (n = 42)	28% (n = 49)	7% (n = 12)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De n voor deze tabel is 172.

De besluitvormingstheorie stelt dat de taakopvatting van de curator meespeelt bij de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Om de eerste hypothese met betrekking tot de samenhang tussen de taakopvatting van de curator en de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken te testen, heb ik eerst gekeken naar de correlaties tussen de variabelen. Tabel 6.10 laat zien dat het verband tussen de variabele 'taakopvatting – primair schuldeisersbelang' en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken niet significant is. Het verband tussen de 'taakopvatting – ook fraudebestrijding' en de bereidheid is wel significant.

Empirische begrippen

<i>Regressieanalyse</i>	Een regressieanalyse is een statistische analysetechniek die ziet op het voorspellen van een bepaalde uitkomst voor de afhankelijke variabele op basis van informatie over andere (onafhankelijke) variabelen. We spreken dan van een regressie van de onafhankelijke variabele op de afhankelijke variabele. Bij enkelvoudige regressie is sprake van één onafhankelijke variabele. Bij meervoudige of multiële regressie is er meer dan één onafhankelijke variabele.
-------------------------	---

Vervolgens heb ik een meervoudige regressieanalyse gebruikt om de gecombineerde effecten van de variabelen over taakopvatting op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken te bepalen. De resultaten van de regressie laten ook zien dat de variabele 'taakopvatting – primair schuldeisersbelang' niet ($b = 0.051$, $p = 0.380$), maar de variabele 'taakopvatting – ook fraudebestrijding' wel ($b = 0.163$, $p = 0.011$), significant samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Dat betekent dat hypothese 2 deels moet worden verworpen, maar dat er wel steun is voor de these dat curatoren die de aanpak van onregelmatigheden onder hun taak vinden vallen, meer bereid zullen zijn om onregelmatigheden aan te pakken. Dit laatste is in lijn met de besluitvormingstheorie.

De hierboven besproken taakopvattingen houden geen rekening met het belangenpluralisme waarmee de curator tijdens de afwikkeling van faillissementen wordt geconfronteerd. Naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers moeten curatoren ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard. De heersende leer is dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers boven maatschappelijke belangen gaan. Uit de resultaten van de interviewstudie bleek dat curatoren verschillende visies hadden over de verhouding tussen de maatschappelijke belangen en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Daarom heb ik de respondenten gevraagd of zij het eens waren met de stelling dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers altijd boven maatschappelijke belangen gaan. Ruim 35% gaf aan het (helemaal) met deze stelling eens te zijn, terwijl 40% het hier (helemaal) niet mee eens is. De respondenten die het niet (helemaal) eens waren met deze stelling gaven als voorbeelden van situaties waarin zij het maatschappelijk belang zwaarder zouden laten

wegen dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers ‘gevaar voor mens dier of milieu’, ‘continuerend zorg of onderwijs’, ‘patiëntbelangen’, ‘een heel groot maatschappelijk belang’, ‘instandhouding werkgelegenheid’ en ‘fraudebestrijding.’ Deze antwoorden laten zien dat curatoren te maken krijgen met veel (vaak tegenstrijdige) belangen. Zo vormen de ‘gezamenlijke schuldeisers’ geen homogene groep. Daarnaast krijgt de curator te maken met allerlei stakeholders, zoals werknemers, maar ook de gefailleerde zelf. Bovendien heeft de curator rekening te houden met allerlei (maatschappelijke) belangen. Om die reden heb ik de respondenten gevraagd welke belangen de curator volgens hen moet behartigen. Tabel 6.15 geeft een overzicht van de resultaten, waarbij ik de items heb gerangschikt en daarbij het item waar respondenten zich het meest in konden vinden bovenaan heb gezet. Curatoren lijken de belangen van de concurrente schuldeisers het meest belangrijk te vinden. Het minst belangrijk lijken de belangen van de aandeelhouders.

Tabel 6.15 Belangenbehartiging door de curator*

	<i>Helemaal niet mee eens</i>	<i>Niet mee eens</i>	<i>Neutraal</i>	<i>Mee eens</i>	<i>Helemaal mee eens</i>
De curator dient de belangen van de concurrente schuldeisers	1% (n = 2)	1% (n = 2)	5% (n = 9)	52% (n = 89)	41% (n = 70)
De curator dient de belangen van de preferente schuldeisers	1% (n = 2)	2% (n = 3)	7% (n = 12)	58% (n = 100)	32% (n = 55)
De curator dient de belangen van de boedel-schuldeisers	1% (n = 2)	4% (n = 7)	10% (n = 17)	49% (n = 85)	35% (n = 61)
De curator dient de belangen van de fiscus	1% (n = 2)	4% (n = 7)	12% (n = 20)	61% (n = 105)	22% (n = 38)
De curator dient de belangen van de werknemers	1% (n = 2)	8% (n = 14)	24% (n = 41)	53% (n = 92)	13% (n = 23)
De curator dient de maatschappelijke belangen	2% (n = 3)	4% (n = 7)	29% (n = 50)	58% (n = 99)	8% (n = 13)
De curator moet rekening houden met milieueffecten	1% (n = 2)	9% (n = 15)	33% (n = 56)	50% (n = 86)	8% (n = 13)
De curator dient de belangen van de gefailleerde	13% (n = 22)	34% (n = 59)	34% (n = 58)	17% (n = 29)	2% (n = 4)
De curator dient de belangen van de aandeelhouders	24% (n = 42)	42% (n = 72)	23% (n = 40)	9% (n = 15)	2% (n = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze tabel is 172.

Curatoren komen in de praktijk geregeld in situaties terecht waarin zij een belangenafweging moeten maken tussen meerdere belangen die vaak strijdig met elkaar zijn. Om die reden heb ik de respondenten ook gevraagd om een rangorde aan te brengen tussen de verschillende belangen. Die belangenafweging is uiteengezet in tabel 6.16. Ruim 55% van de respondenten gaf aan de voldoening van boedelschuldeisers voorop te zetten. De concurrente schuldeisers staat op plek 3 in de rangorde, terwijl dit belang in tabel 6.15 nog het

hoogst scoorde. De belangen van de aandeelhouders lijken wederom het minst belangrijk.

Tabel 6.16 De belangenafweging van de curator

	Gemiddelde plek	Meest genoemde plek	SD
Voldoening van boedelschuldeisers	2,03	1 (55%)	1,45
Voldoening van preferente schuldeisers	3,20	2 (48%)	1,74
Voldoening van concurrente schuldeisers	3,78	3 (40%)	1,81
Behoud van werkgelegenheid	4,19	4 (26%)	2,11
Fraudebestrijding	5,48	6 (22%)	1,98
Milieu	5,59	6 (21%)	2,11
Fiscale belang van een effectieve/optimale belastinginning	6,52	7 (21%)	2,00
Andere maatschappelijke belangen	7,39	10 (37%)	2,86
Niet-geldelijke belangen van de gefailleerde	7,85	8 (29%)	1,66
Waardebehoud voor zittende aandeelhouders	8,97	10 (44%)	1,49

* De *n* voor deze tabel is 155.

6.5.5 Het instrumentarium van de curator

De resultaten van de interviewstudie suggereerden dat sommige curatoren van mening zijn dat zij niet genoeg gereedschap hebben in hun instrumentarium om onregelmatigheden aan te pakken. Dat zag enerzijds op het gebrek aan mogelijkheden en vaardigheden om het oorzakenonderzoek goed uit te voeren en anderzijds op onvoldoende (juridische) mogelijkheden om onregelmatigheden aan te pakken. Ik heb de respondenten gevraagd of zij het gevoel hebben dat het instrumentarium toereikend genoeg is om onregelmatigheden aan te pakken. Het resultaat staat in tabel 6.17. Opvallend is dat het grootste deel van de respondenten van mening is dat hun instrumentarium toereikend is om onregelmatigheden aan te pakken.

Tabel 6.17 De gereedskapskist van de curator

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
Ik heb het gevoel dat ik voldoende mogelijkheden heb om onregelmatig handelende bestuurders aan te pakken	5% (<i>n</i> = 7)	13% (<i>n</i> = 18)	28% (<i>n</i> = 40)	42% (<i>n</i> = 59)	12% (<i>n</i> = 17)
Het Nederlands wettelijk kader biedt mij voldoende mogelijkheden om een succesvolle claim in te stellen tegen bestuurders die onregelmatig hebben gehandeld	1% (<i>n</i> = 2)	4% (<i>n</i> = 5)	27% (<i>n</i> = 38)	50% (<i>n</i> = 71)	18% (<i>n</i> = 25)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze tabel is 141.

De besluitvormingstheorie suggereert dat het beschikbare instrumentarium van de curator om onregelmatig handelende bestuurders aan te pakken meespeelt bij de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. De correlatietabel (tabel 6.10) laat zien dat het instrumentarium significant samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Hypothese 3 is daarmee bevestigd.

6.5.6 Eerdere ervaringen met het doen van fraudemeldingen

De resultaten van de interviewstudie lieten zien dat sommige curatoren (vermoedens van) fraude niet melden bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, omdat zij zelden een reactie krijgen of omdat een melding nauwelijks wordt opgepakt. Om die reden heb ik curatoren gevraagd naar hun ervaring met de terugkoppeling op fraudemeldingen. De resultaten staan in tabel 6.18. In tegenstelling tot de interviewresultaten geven weinig respondenten aan dat zij nooit of zelden een reactie krijgen op hun melding. Wel blijkt dat de respondenten – evenals de participanten van de interviewstudie – menen dat fraudemeldingen niet vaak worden opgepakt.

Tabel 6.18 *Ervaringen met het doen van een fraudemelding**

Stelling	Nooit	Zelden	Soms	Vaak	(Bijna) altijd
Ik krijg een reactie van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude als ik een melding doe	6% (n = 8)	14% (n = 20)	30% (n = 42)	26% (n = 37)	24% (n = 34)
De fraudemeldingen die ik doe bij het Centraal meldpunt Faillissementsfraude worden opgepakt	11% (n = 16)	41% (n = 58)	31% (n = 43)	11% (n = 15)	6% (n = 9)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze tabel is 141.

De besluitvormingstheorie suggereert dat eerdere ervaringen met het doen van een fraudemelding meespelen bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De correlatietabel (tabel 6.10) liet zien dat *ervaringen met fraudemeldingen* niet significant samenhangen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Hypothese 4 over de rol die eerdere ervaringen met fraudemeldingen spelen, moet dus worden verworpen.

6.5.7 De visie van de rechtbank en de rechters-commissarissen

De resultaten van de interviewstudie lieten zien dat curatoren veel waarde hechten aan de visie van de rechter-commissaris en/of de rechtbank. Om meer inzicht te krijgen in de standpunten van de verschillende rechtbanken over de aanpak van onregelmatigheden heb ik de respondenten enkele vragen gesteld over hoe in hun perceptie de rechtbank denkt over de aanpak van onregelmatigheden. De resultaten staan in tabel 6.19. De resultaten laten zien dat curatoren zich door de rechtbank aangemoedigd voelen om onregelmatigheden aan te pakken. Uit de resultaten van de interviewstudie bleek dat volgens sommige geïnterviewde curatoren niet iedere rechter-commissaris de aanpak van onregelmatigheden belangrijk vindt. Om die reden heb ik respondenten gevraagd in hoeverre zij het eens zijn met de stelling dat de rechters-commissarissen op één lijn zitten op het gebied van fraudebestrijding. De resultaten van de survey wijzen erop dat de rechters-commissarissen volgens de meeste curatoren wel degelijk op één lijn zitten op het gebied van fraudebestrijding.

Tabel 6.19 De visie van de rechtbank*

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De rechters-commissarissen in mijn arrondissement stimuleren mij om onregelmatigheden aan te pakken	2% (n = 3)	9% (n = 12)	32% (n = 45)	33% (n = 46)	25% (n = 35)
De rechters-commissarissen in mijn arrondissement verwachten dat ik onregelmatigheden in faillissementen aanpak	0% (n = 0)	1% (n = 2)	23% (n = 32)	63% (n = 88)	13% (n = 18)
De rechters-commissarissen zitten op één lijn op het gebied van fraudebestrijding	1% (n = 1)	9% (n = 13)	39% (n = 55)	44% (n = 61)	7% (n = 10)

* De percentages tellen niet precies op tot 100%, omdat de percentages zijn afgerond. De n voor deze de eerste stelling is 141, voor de overige stellingen is de n 140.

De besluitvormingstheorie stelt dat de visie van de rechtbank een rol speelt bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De correlatietabel (tabel 6.10) liet zien dat *visie van de rechtbank* inderdaad significant samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Hypothese 5 dat de perceptie van de visie van de rechtbank samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken kan dus worden bevestigd. Dat betekent dat curatoren eerder geneigd zijn om onregelmatigheden aan te pakken wanneer zij denken dat de rechtbank die aanpak belangrijk vindt.

6.5.8 De relatie met de rechtbank

De resultaten van de interviewstudie suggereerden dat curatoren geneigd zijn om het vermeende standpunt van de rechtbank of van specifieke rechters-commissarissen te volgen als zij zich afhankelijk voelen. Die afhankelijkheidsrelatie zou vooral komen omdat de rechtbank naast toezichthouder in specifieke faillissementen ook broodheer van de curator is. De rechtbank bepaalt immers wie als curator kan worden aangesteld en welke curator in welk faillissement wordt benoemd. Om meer inzicht te krijgen in de mate waarin een curator zich afhankelijk voelt van de rechtbank, heb ik enkele stellingen voorgelegd over de relatie met de rechtbank en de rechters-commissarissen. De resultaten staan in tabel 6.20.

Tabel 6.20 De relatie met de rechtbank*

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
Ik ben positief over de samenwerking met de rechters-commissarissen in mijn arrondissement	1% (n = 1)	1% (n = 2)	12% (n = 17)	53% (n = 74)	33% (n = 46)
Het benoemingsbeleid bij mijn rechtbank is transparant	16% (n = 22)	38% (n = 53)	28% (n = 39)	17% (n = 24)	1% (n = 2)
Het benoemingsbeleid bij mijn rechtbank is eerlijk	3% (n = 4)	13% (n = 18)	57% (n = 80)	24% (n = 34)	3% (n = 4)
De rechtbank houdt er bij de benoeming van curatoren rekening mee dat lege boedels eerlijk verdeeld worden onder de kantoren in mijn arrondissement	3% (n = 4)	9% (n = 13)	66% (n = 93)	20% (n = 28)	1% (n = 2)
De rechtbank organiseert voldoende evaluatiemomenten waarin ik feedback krijg over de wijze waarop ik faillissementen afwikkel	3% (n = 4)	21% (n = 29)	34% (n = 47)	36% (n = 51)	6% (n = 9)
Ik weet wat de rechtbank van mij verwacht bij de afwikkeling van faillissementen	1% (n = 1)	6% (n = 8)	10% (n = 14)	71% (n = 99)	13% (n = 18)
De rechtbank staat open voor feedback op de (samenwerking met de) rechters-commissarissen	4% (n = 5)	11% (n = 15)	33% (n = 46)	43% (n = 60)	10% (n = 14)
Als ik het niet eens ben met een rechter-commissaris, dan voel ik me vrij dat met diegene te delen	1% (n = 2)	8% (n = 11)	26% (n = 37)	53% (n = 74)	11% (n = 16)
Als ik het niet eens ben met een rechter-commissaris, dan voel ik me vrij om mijn eigen lijn te volgen (behoudens waar ik zijn goedkeuring/machtiging nodig heb of mij een bevel is gegeven)	5% (n = 7)	42% (n = 59)	28% (n = 39)	24% (n = 33)	1% (n = 2)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 140.

De resultaten van de interviewstudie suggereerden dat het gevoel van afhankelijkheid zijn oorsprong vindt in het benoemingsbeleid en voor curatoren onduidelijke verwachtingen vanuit de rechtbank. De resultaten van de survey-

studie laten zien dat het grootste deel van de respondenten (54%) het benoemingsbeleid inderdaad niet transparant vindt. Of curatoren het benoemingsbeleid eerlijk of oneerlijk vinden, is echter minder eenduidig. De resultaten laten verder zien dat de respondenten weten wat de rechtbank van hen verwacht, maar dat zij toch behoefte hebben aan meer evaluatiemomenten.

De resultaten van de interviewstudie suggereerden dat curatoren die zich afhankelijk voelen, zich niet vrij voelen om in te gaan tegen de rechter-commissaris. De resultaten van de surveystudie laten zien dat het grootste deel van de respondenten zich wel vrij voelt om tegen de rechter-commissaris te zeggen dat hij het niet met die rechter-commissaris eens is. De respondenten voelen zich echter niet altijd vrij om hun eigen lijn te volgen als de rechter-commissaris anders over bepaalde zaken denkt.

Empirische begrippen

<i>Interactie-effect</i>	Een interactie-effect houdt in dat het effect van een onafhankelijke variabele op de afhankelijke (uitkomst)variabele afhangt van een derde variabele, de zogenaamde moderator.
<i>Productterm</i>	Het interactie-effect in een regressiemodel wordt geschat door in het regressiemodel een variabele op te nemen die bestaat uit de productterm (letterlijk een vermenigvuldiging) van de twee onafhankelijke variabelen die naar verwachting niet enkel los van elkaar maar ook tezamen een invloed uitoefenen op de afhankelijke variabele.
<i>Regressieanalyse</i>	Een regressieanalyse is een statistische analysetechniek die ziet op het voorspellen van een bepaalde uitkomst voor de afhankelijke variabele op basis van informatie over andere (onafhankelijke) variabelen. We spreken dan van een regressie van de onafhankelijke variabele op de afhankelijke variabele. Bij enkelvoudige regressie is sprake van één onafhankelijke variabele. Bij meervoudige of multiële regressie is er meer dan één onafhankelijke variabele.

De besluitvormingstheorie suggereert dat de kwaliteit van de relatie met de rechtbank, van invloed is op de samenhang tussen de visie van de rechtbank en de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Daarom heb ik ook gekeken naar het interactie-effect tussen de variabele 'visie van de rechtbank' en de variabele 'relatie met de rechtbank'. Om de vijfde hypothese te toetsen, is een productterm van de respectievelijke variabelen in een regressiemodel opgenomen (tabel 6.21). De resultaten laten geen significant interactie-effect zien. Daarmee moet hypothese 6 worden verworpen.

Tabel 6.21 Regressieanalyse interactie-effect relatie met de rechtbank [†]

	Afhankelijke variabele: bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken	
	<i>b</i>	SE
Visie van de rechtbank	-0,306	0,396
Relatie met de rechtbank	-0,633	0,485
Visie * Relatie	0,185	0,120
Nagelkerke R^2		0,094

[†] Alleen ongestandaardiseerde coëfficiënten (*b*) worden gerapporteerd. SE = standaardfout.

* $p < 0,05$; ** $p < 0,01$.

6.5.9 Toetsing van de besluitvormingstheorie

Op basis van de besluitvormingstheorie verwachtte ik een aantal verbanden te vinden tussen de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken en enkele factoren die hen daarin beïnvloeden. De hypothesen die op basis van die verwachtingen zijn geformuleerd zijn terug te vinden in tabel 6.22.

Tabel 6.22 Hypothesen en toetsing

Hypothese	Uitkomst
Hypothese 1 De financiële positie van de curator hangt samen met diens bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, in die zin dat curatoren die een goede financiële positie hebben (binnen hun kantoor) eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken.	Bevestigd
Hypothese 2 De taakopvatting van de curator hangt samen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, op zo'n manier dat (a) een taakopvatting die primair ziet op het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers negatief samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken en (b) een taakopvatting die (ook) de aanpak van onregelmatigheden en fraudebestrijding inhoudt positief samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken.	Gedeeltelijk bevestigd
Hypothese 3 Eerdere ervaringen met het doen van fraudemeldingen hangen samen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, in die zin dat curatoren eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken indien zij positieve in plaats van negatieve ervaringen hebben met het doen van fraudemeldingen.	Verworpen
Hypothese 4 De perceptie over het beschikbare instrumentarium om onregelmatigheden aan te pakken hangt samen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, in die zin dat curatoren eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken indien zij positief in plaats van negatief staan tegenover het beschikbare instrumentarium om onregelmatigheden aan te pakken.	Bevestigd

<i>Hypothese</i>	<i>Uitkomst</i>
Hypothese 5 De perceptie van de curator ten aanzien van de visie van de rechtbank over de aanpak van onregelmatigheden hangt samen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, in die zin dat curatoren eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken indien de rechtbank die aanpak (volgens de curator) belangrijk vindt.	Bevestigd
Hypothese 6 De perceptie van de curator over de kwaliteit van de relatie met de rechtbank modereert de samenhang tussen de visie van de rechtbank en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, op zo'n manier dat de samenhang sterker is als de curator meent afhankelijk van de rechtbank te zijn.	Verworpen

Zoals tabel 6.22 laat zien, worden niet al mijn verwachtingen bevestigd. Er is een samenhang gevonden tussen de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken en (i) een taakopvatting die ook fraudebestrijding omvat, (ii) het beschikbare instrumentarium van de curator, (iii) de visie van de rechtbank en (iv) de financiële positie van de curator. Dat betekent dat curatoren eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken als zij menen dat de aanpak van onregelmatigheden onder hun taak valt. Tevens zullen curatoren eerder bereid zijn om onregelmatigheden aan te pakken als zij het gevoel hebben dat het beschikbare instrumentarium hen in de gelegenheid stelt om onregelmatigheden aan te pakken. Voorts blijkt dat curatoren eerder bereid zullen zijn om onregelmatigheden aan te pakken wanneer de rechtbank die aanpak belangrijk vindt. Tot slot blijkt dat een goede financiële positie van de curator ervoor zorgt dat hij meer bereid is om onregelmatigheden aan te pakken.

Om inzicht te krijgen in welke belemmeringen curatoren het meest ontmoedigen bij de aanpak van onregelmatigheden, heb ik de respondenten gevraagd om een rangorde aan te brengen tussen de verschillende belemmeringen. De resultaten staan in tabel 6.23.

Tabel 6.23 Belemmeringen bij de aanpak van onregelmatigheden*

	<i>Gemiddelde plek</i>	<i>Meest gekozen plek</i>	<i>SD</i>
Gebrek aan verhaalsmogelijkheden bij de bestuurder in het concrete faillissement	2,23	1 (41%)	1,66
Onvoldoende middelen in de boedel in het concrete faillissement	3,06	2 (26%)	1,83
Er is geen of onvoldoende zicht op een vergoeding voor de tijd die in het concrete faillissement moet worden besteed aan de aanpak van onregelmatigheden	4,28	3 (21%)	2,08
Gebrek aan bewijs	4,71	5 (16%)	2,39
Mijn meldingen of aangiftes worden toch nauwelijks opgepakt	5,77	7 (17%)	2,54
Onvoldoende juridische mogelijkheden om aan te spreken	5,78	7 (16%)	2,45
De aanpak van onregelmatigheden is in het concrete faillissement strijdig met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers	6,23	6 (21%)	2,05
Ontbrekende D&O-verzekering	6,39	5 (17%)	2,13

	<i>Gemiddelde plek</i>	<i>Meest gekozen plek</i>	<i>SD</i>
Ontbrekende toestemming van de rechter-commissaris	7,91	9 (28%)	2,12
Ik vind de aanpak van onregelmatigheden geen taak van de curator	8,63	10 (53%)	

* De *n* voor deze tabel is 141.

De respondenten noemen financiële factoren zoals gebrek aan verhaalsmogelijkheden en een lege boedel als belangrijkste belemmeringen. Dit sluit aan bij de interviewstudie en bij de documentenanalyse. Ook het persoonlijke financiële belang van de curator staat vrij hoog op de lijst met belemmeringen. Dit resultaat is ook in lijn met zowel de interviewstudie en de documentenanalyse als de in deze surveystudie gevonden samenhang tussen de financiële situatie van de curator en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Opvallend is dat de respondenten aangeven dat ontbrekende toestemming van de rechter-commissaris en de stelling 'Ik vind onregelmatigheden geen taak van de curator' onderin de rangorde staan, terwijl de besluitvormingstheorie en de analyse van de survey juist suggereren dat de visie van de rechtbank en de taakopvatting significant meespelen bij de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Het kan dus zo zijn dat alle factoren voor curatoren belangrijke belemmeringen zijn, maar dat deze factoren door curatoren als minder belangrijk worden gekwalificeerd, omdat ze werden gedwongen een keuze tussen factoren te maken. Het feit dat er geen duidelijke rangorde naar voren komt - en er dus geen consensus bestaat over welke belemmeringen het zwaarst wegen, lijkt in lijn met de conclusie dat alle factoren een rol spelen.

Empirische begrippen

<i>Bivariate analyse</i>	Een bivariate analyse ziet op het testen van een verband tussen twee variabelen. Correlaties zijn hier een voorbeeld van.
<i>Regressieanalyse</i>	Een regressieanalyse is een statistische analysetechniek die ziet op het voorspellen van een bepaalde uitkomst voor de afhankelijke variabele op basis van informatie over andere (onafhankelijke) variabelen. We spreken dan van een regressie van de onafhankelijke variabele op de afhankelijke variabele. Bij enkelvoudige regressie is sprake van één onafhankelijke variabele. Bij meervoudige of multiële regressie is er meer dan één onafhankelijke variabele.
<i>Significantie</i>	Statistische significantie geeft aan of het gevonden verband te verklaren is door toeval. Als een bepaalde uitkomst statistisch significant is, betekent dat dat het gevonden verband (waarschijnlijk) niet op toeval berust.

Significantieniveau	Het significantieniveau (uitgedrukt middels de α - of de p-waarde) is een drempelwaarde die de onderzoeker vooraf kiest. Als de p-waarde onder de vooraf vastgestelde drempel ligt, betekent dat dat het gevonden verband statistisch significant is. Een significantieniveau van 0,05 is het meest gebruikelijk. Dat betekent dat er een kans is van 5% dat de gevonden samenhang toch niet bestaat.
---------------------	--

Om de (gezamenlijke) effecten van die variabelen op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken te bepalen, heb ik afsluitend een meervoudige regressieanalyse uitgevoerd. De resultaten van de regressieanalyse met alle vier de onafhankelijke variabelen (tabel 6.24; model 1) gaf een opvallende uitkomst. De variabelen ‘taakopvatting – ook fraudebestrijding’ en ‘instrumentarium’ hangen in het regressiemodel – in tegenstelling tot bij de bivariate analyse – niet significant samen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Het lijkt er dus op dat de visie van de rechtbank en het financiële belang van de curator de belangrijkste factoren zijn voor de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken.

Om te bekijken waarom niet alle factoren significant waren, heb ik ook drie andere modellen getest (tabel 6.24; model 2, 3 en 4). Die modellen laten zien dat de variabele ‘taakopvatting – ook fraudebestrijding’ wel significant is in het model met ‘financieel belang van de curator’, maar niet in het model met ‘visie van de rechtbank’. De variabele ‘instrumentarium’ is alleen significant in een model zonder financieel belang van de curator.

Tabel 6.24 Regressieanalyse met bereidheid als afhankelijke variabele[†]

Onafhankelijke variabelen	Model 1		Model 2		Model 3		Model 4	
	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>B</i>	<i>SE</i>
Financieel belang van de curator	0,172*	0,078	0,192*	0,079				
Taakopvatting - ook fraudebestrijding	0,120	0,065	0,168**	0,062	0,116	0,065	0,168**	0,063
Instrumentarium	0,131	0,072	0,140	0,073	0,145*	0,073	0,158*	0,073
Visie van de rechtbank	0,222*	0,098			0,243*	0,098		
Nagelkerke R ²	0,148		0,115		0,116		0,076	

[†] Alleen ongestandaardiseerde coëfficiënten (*b*) worden gerapporteerd (model 1, model 2, model 3 en model 4). *SE* = standaardfout. * $p < 0,05$; ** $p < 0,01$.

Empirische begrippen

<i>Multicollineariteit</i>	Multicollineariteit betekent dat er (minimaal) twee onafhankelijke variabelen in een model sterk samenhangen, oftewel een hoge correlatie vertonen.
<i>Interactie-effect</i>	Een interactie-effect houdt in dat het effect van een onafhankelijke variabele op de afhankelijke (uitkomst)variabele afhangt van een derde variabele, de zogenaamde moderator.
<i>Productterm</i>	Het interactie-effect in een regressiemodel wordt geschat door in het regressiemodel een variabele op te nemen die bestaat uit de productterm (letterlijk een vermenigvuldiging) van de twee onafhankelijke variabelen die naar verwachting niet enkel los van elkaar maar ook tezamen een invloed uitoefenen op de afhankelijke variabele.

De verschillende modellen laten zien dat de resultaten niet robuust zijn. Een van de redenen voor het gebrek aan robuustheid kan zijn dat de verschillende onafhankelijke variabelen met elkaar samenhangen. Om eventuele multicollineariteit te achterhalen, heb ik gekeken naar de samenhang tussen de onafhankelijke variabelen. De correlatietabel (tabel 6.10) laat zien dat er een significante samenhang bestaat tussen de opvatting van de curator dat fraudebestrijding onderdeel is van zijn taak en de gepercipieerde visie van de rechtbank. Die samenhang zou kunnen verklaren waarom de variabele ‘taakopvatting – ook fraudebestrijding’ niet meer significant is als de variabele ‘visie van de rechtbank’ aan het model wordt toegevoegd.

Bij het verder zoeken naar mogelijke verklaringen voor de ietwat inconsistente uitkomsten, heb ik ook enkele modellen getoetst met ‘taakopvatting – ook fraudebestrijding’ als afhankelijke variabele (in plaats van als onafhankelijke variabele). De resultaten staan in tabel 6.25. Model 5 geeft inzicht in de samenhang tussen de gepercipieerde visie van de rechtbank en de opvatting van de curator dat fraudebestrijding onderdeel is van zijn taak. Omdat er een significante samenhang blijkt te bestaan tussen de visie van de rechtbank en de opvatting van de curator dat fraudebestrijding onderdeel is van zijn taak, heb ik onderzocht of de relatie met de rechtbank van invloed is op die samenhang. Model 6 laat zien dat het interactie-effect tussen de visie van de rechtbank en de relatie met de rechtbank wel degelijk significant is wanneer ‘taakopvatting – ook fraudebestrijding’ als afhankelijke variabele wordt genomen.

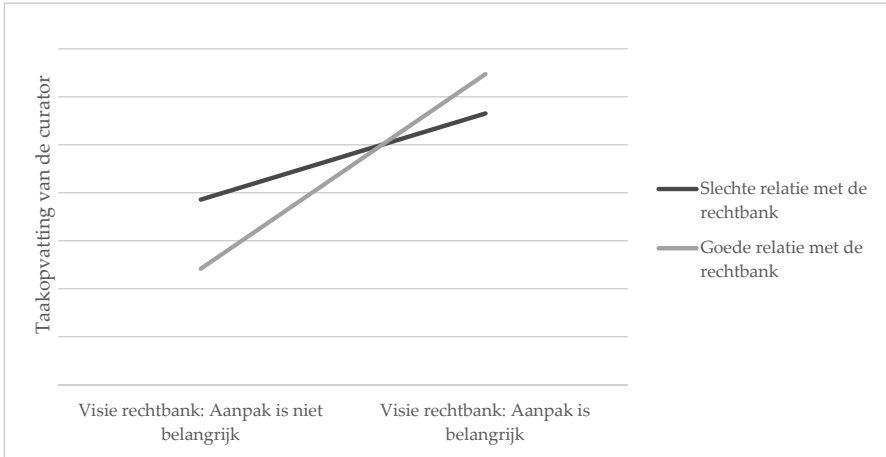
Tabel 6.25 Regressieanalyse met taakopvatting - ook fraudebestrijding als afhankelijke variabele[†]

Onafhankelijke variabelen	Model 5			Model 6		
	<i>b</i>	SE	<i>p</i>	<i>b</i>	SE	<i>p</i>
Visie van de rechtbank	0,487**	0,120	<.001	0.532**	0,125	<.001
Relatie met de rechtbank				-0,045	0,142	0,751
Visie * Relatie				0,325*	0,153	0,036
Nagelkerke <i>R</i> ²		0,099			0,116	

[†] Alleen ongestandaardiseerde coëfficiënten (*b*) worden gerapporteerd (model 5 en model 6).
SE = standaardfout. * *p* < 0,05; ** *p* < 0,01.

De positieve interactiecoëfficiënt impliceert dat de invloed van de visie van de rechtbank sterker (dus positiever) is wanneer de curator een goede relatie meent te hebben met de rechtbank, hetgeen inhoudt dat hij zich minder afhankelijk voelt. Anders gezegd, de visie van de rechtbank wordt eerder gevolgd wanneer door de curator geen afhankelijkheid van de rechtbank wordt ervaren. Dit wordt inzichtelijk gemaakt in figuur 6.2, waarin de invloed van de gepercipieerde visie van de rechtbank wordt vergeleken voor de situatie waarin er een slechte relatie (met hoge mate van afhankelijkheid) wordt ervaren met situaties waarin die relatie als positiever wordt ervaren. Uit figuur 6.2 is af te lezen dat de gepercipieerde visie van de rechtbank positief verband houdt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken (gezien de stijgende lijn) en dat dit verband sterker is als er geen afhankelijkheidsrelatie bestaat met de rechtbank (gezien de steilere helling van die lijn). Deze resultaten zijn verrassend, omdat ik verwachtte dat curatoren eerder geneigd zouden zijn om de visie van de rechtbank te volgen als zij het gevoel hadden afhankelijk van de rechtbank te zijn en een slechte relatie ervoeren met de rechtbank. Het omgekeerde blijkt het geval.

Figuur 6.2 Interactie-effect tussen de visie van de rechtbank en de relatie met de rechtbank



6.5.10 Aanvullende opmerkingen

Om te controleren of ik de belangrijkste belemmeringen heb geïdentificeerd tijdens de interviewstudie, heb ik de respondenten de open vraag voorgelegd of voor hen nog andere redenen bestaan waarom zij onregelmatigheden niet altijd signaleren en/of aanpakken. De gegeven antwoorden sloten vrijwel allemaal aan bij de hierboven besproken belemmeringen. Zo geven veel respondenten aan dat zij onvoldoende mogelijkheden hebben om bestuurders aan te spreken. Zo geeft een respondent aan dat het

‘vaak een combinatie is van (on)voldoende ernstige onregelmatigheden, te veel moeite en dus te hoge kosten om forensisch/boekhoudkundig bewijs rond te krijgen, gebrek aan verhaal, en geen of incomplete boekhouding of boekhouding in “the cloud” die niet of alleen tegen hoge kosten in te zien is.’

Gebrek aan administratie werd meermaals genoemd als belemmering om onregelmatigheden te signaleren. Onregelmatigheden worden dan ‘niet altijd opgemerkt’. Verder noemen veel respondenten een lege boedel en gebrek aan verhaalsmogelijkheden als belangrijke belemmeringen. Zo geeft een van de respondenten aan dat

‘boedels in fraudefaillissementen [zijn] doorgaans leeg en [daarom] ontvangt de curator geen enkele vergoeding voor zijn werkzaamheden. Garantstelling curatoren is een aanfluiting, voornamelijk omdat je als curator vooraf dient te bewijzen dat verhaal te verwachten is. Dat is er nagenoeg nooit.’

Ook de garantstellingsregeling werd regelmatig genoemd als belangrijke belemmering.

De antwoorden op de open vragen laten slechts twee aanvullende belemmeringen zien, namelijk (i) persoonlijke omstandigheden van de bestuurder zoals ziekte (twee keer genoemd) en (ii) serieuze bedreigingen (twee keer genoemd). Deze belemmeringen kwamen ook naar boven in de interviewstudie, maar bleken geen dusdanige rol te spelen dat ze in de besluitvormingstheorie zijn opgenomen.

6.5.11 Conclusie

De resultaten van de surveystudie hebben nader inzicht gegeven in de factoren die volgens mijn besluitvormingstheorie van invloed zouden zijn op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De resultaten laten zien dat curatoren aangeven zich vooral belemmerd te voelen door financiële beperkingen. De analyses lieten zien dat de gepercipieerde visie van de rechtbank, de taakopvatting – ook fraudebestrijding, het beschikbare instrumentarium en het financiële belang van de curator meespelen in de bereidheid van

curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Eerdere ervaringen met fraudemeldingen lijken volgens de analyses niet direct samen te hangen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, maar wordt door de respondenten wel genoemd als een belangrijke belemmering.

De resultaten laten zien dat de gepercipieerde visie van de rechtbank samenhangt met de taakopvatting van curatoren. Meer specifiek, curatoren vinden eerder dat de aanpak van onregelmatigheden onder hun taak valt als de rechtbank die aanpak in hun ogen belangrijk vindt. Bovendien blijkt dat de visie van de rechtbank op dit punt eerder wordt gevolgd wanneer tussen de curator en de rechtbank een goede relatie wordt ervaren.

6.6 DISCUSSIE

Een belangrijke uitkomst van de surveystudie is dat er een totaal gebrek aan consensus bestaat over zowel de wijze waarop curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken als over de wijze waarop zij menen dat invulling moet worden gegeven aan de taak om onregelmatigheden aan te pakken. Ook de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken is bij iedere curator verschillend. Dit resultaat is in lijn met de resultaten van de interviewstudie, waaruit ook blijkt dat curatoren verschillend te werk gaan bij de aanpak van onregelmatigheden en verschillende meningen hebben over de wijze waarop zij invulling moeten geven aan de taak om onregelmatigheden aan te pakken.

De surveystudie biedt tevens inzicht in verschillende factoren waarvan ik op grond van mijn besluitvormingstheorie verwacht dat zij samenhangen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De resultaten van de surveystudie laten zien dat de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken inderdaad significant samenhangt met de taakopvatting van de curator, het beschikbare instrumentarium, de gepercipieerde visie van de rechtbank en het financiële belang van de curator. Deze factoren kunnen een verklaring zijn voor het gebrek aan consensus onder curatoren over de aanpak van onregelmatigheden. Nader onderzoek van de beschikbare data kan inzicht bieden in welke onderliggende redenen (zoals leeftijd, geslacht of regio) een verklaring kunnen zijn voor de uiteenlopende meningen over bijvoorbeeld de taakopvatting of het beschikbare instrumentarium. Het zou zo kunnen zijn dat alle curatoren in een bepaald arrondissement of van een bepaalde leeftijd dezelfde mening zijn toegedaan, waardoor er toch consensus bestaat onder een bepaalde groep curatoren.

Opvallend is dat de ervaring van de curator met fraudemeldingen niet significant samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, terwijl curatoren een gebrekkige terugkoppeling en opvolging juist wel vaak relatief hoog plaatsten in de factoren die volgens hen als belangrijke belemmeringen gelden om onregelmatigheden aan te pakken. Ook mijn besluitvormingstheorie suggereert dat tegenvallende ervaringen met fraudemeldingen

een belangrijke reden waren om niet nog een keer een fraudemelding te doen. Sommige geïnterviewde curatoren zijn vrij stellig over de frustratie die zij ervaren door de gebrekkige terugkoppeling én opvolging die werd gegeven door het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. Een verklaring voor deze discrepantie zou kunnen zijn gelegen in de wijze waarop de survey is opgesteld. Ik heb alle respondenten gevraagd naar hun ervaring met de terugkoppeling op fraudemeldingen, terwijl lang niet iedere respondent ervaring had met het doen van fraudemeldingen. Omdat niet iedere respondent ervaring had met het doen van een fraudemelding, maar zij wel een antwoord moesten geven op de vragen over hun ervaringen met het doen van fraudemeldingen, kan het zijn dat er onterecht geen verband is gevonden tussen de ervaring met het doen van fraudemeldingen en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Gezien de sterke mening van de participanten van de interviewstudie en de relatief hoge plek die eerdere ervaringen met fraudemeldingen kreeg op de belemmeringenrangordelijst in deze surveystudie, ben ik van mening dat het aannemelijk is dat ervaringen met het doen van fraudemeldingen wel degelijk een rol spelen in de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken.

Tevens valt op dat bij de meervoudige regressieanalyse alleen de financiële situatie van de curator en de gepercipieerde visie van de rechtbank significant samenhangen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. De verschillende modellen die ik heb getest wijzen uit dat het verband tussen de taakopvatting en de bereidheid om onregelmatigheden niet meer significant was zodra de variabele 'visie van de rechtbank' werd meegenomen in het model. Omdat de taakopvatting ook samenhangt met de visie van de rechtbank, heb ik een nieuw model getoetst met de taakopvatting als afhankelijke (uitkomst) variabele. Dit model laat zien dat de gepercipieerde visie van de rechtbank significant samenhangt met de taakopvatting van de curator. Wellicht baseren curatoren hun taakopvatting op de gepercipieerde visie van de rechtbank. Bovendien blijkt dat de samenhang tussen de gepercipieerde visie van de rechtbank en de taakopvatting van de curator sterker is als er een goede relatie wordt ervaren met de rechtbank. Deze uitkomst is anders dan ik had verwacht. Het lijkt erop dat de visie van de rechtbank juist minder snel wordt gevolgd als er een slechte (gedefinieerd als een (sterke) afhankelijkheidsrelatie) wordt ervaren tussen de curator en de rechtbank. Hoewel dit resultaat niet in lijn is met de besluitvormingstheorie, lijkt het (psychologisch gezien) niet onlogisch dat curatoren eerder naar de rechtbank luisteren als zij een goede relatie hebben met de rechtbank.

De vragen over de gepercipieerde opvattingen van de rechtbank en over de relatie met de rechtbank werden bovendien opvallend neutraal beantwoord. Het kan zijn dat curatoren in de survey – net als in de interviews (zie par. 4.5.4) – terughoudend zijn geweest met het geven van hun mening over de (relatie met) de rechtbank en de rechters-commissarissen. De relatie tussen de curator en de rechtbank lijkt wederom een gevoelig onderwerp te zijn,

gezien de opvallende hoeveelheid aan neutrale antwoorden. Nader (wellicht meer psychologisch of gedragsmatig georiënteerd) onderzoek kan inzicht bieden in de dynamiek tussen curator en rechtbank.

6.7 METHODOLOGISCHE REFLECTIE

Deze studie biedt inzicht in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden en in de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De toegevoegde waarde van het onderzoek is gelegen in de wijze waarop de survey is opgesteld. Ik heb de survey ontwikkeld door gebruik te maken van informatie die ik eerder had verzameld in de kwalitatieve interviewstudie. Dat betekent dat ik heel specifieke vragen en stellingen aan de respondenten heb kunnen voorleggen die aansluiten bij de belevingswereld van curatoren. Bovendien heb ik door de interviewstudie een goed overzicht gekregen van de verschillende onderwerpen die spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator, waardoor het aannemelijk is dat ik de respondenten een volledige vragenlijst heb voorgelegd. Daarnaast hebben de respondenten in reactie op de afsluitende open vraag geen nieuwe factoren naar voren gebracht. De vragenlijst kan daardoor ook dienen als basis voor toekomstig onderzoek. Tegelijkertijd betekent mijn werkwijze dat ik geen gebruik heb kunnen maken van gevalideerde schalen. De betrouwbaarheid en validiteit van het meetinstrument zijn nog niet aangetoond.

De surveystudie kent een belangrijke beperking. Door de opzet van de studie kan ik geen uitspraken doen over causale relaties tussen de verschillende variabelen, maar slechts over de samenhang tussen de verschillende variabelen. Vervolgonderzoek, bijvoorbeeld in de vorm van experimenten of een survey met verschillende meetmomenten (longitudinaal design), is noodzakelijk om inzicht te geven in causale relaties tussen de verschillende variabelen.

6.8 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk heb ik verslag gedaan van een uitgebreide surveystudie onder 177 Nederlandse curatoren, die hebben gereageerd op een onder alle mij bekende curatoren en via LinkedIn uitgezette uitnodiging. Bijna 30% van de bij mij bekende populatie van 511 curatoren heeft de survey volledig ingevuld. De resultaten van de surveystudie hebben inzicht gegeven in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden. Uit de resultaten blijkt dat er een gebrek aan consensus is over hoe curatoren de taak om onregelmatigheden aan te pakken moeten invullen. Ik concludeer dat curatoren op grote schaal gebruikmaken van de beleidsvrijheid die hen door de wetgever is toebedeeld.

De resultaten van de surveystudie hebben daarnaast inzicht gegeven in de factoren die samenhangen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De bereidheid hangt significant samen met de taakopvatting van de curator, het beschikbare instrumentarium, de visie van de rechtbank en het financiële belang van de curator. De gepercipieerde visie van de rechtbank blijkt ook samen te hangen met de taakopvatting van curatoren. Meer specifiek, curatoren vinden eerder dat de aanpak van onregelmatigheden onder hun taak valt als de rechtbank die aanpak in hun ogen belangrijk vindt. Bovendien blijkt dat de gepercipieerde visie van de rechtbank eerder wordt gevolgd wanneer de curator een goede relatie met de rechtbank ervaart. In deel III ga ik in op de resultaten van de interviewstudie, de documentenanalyse en de surveystudie en kom ik tot een synthese.

Deel III

Van feit naar norm

7.1 INTRODUCTIE

In het vorige deel heb ik verslag gedaan van de empirische studies. Deel III gaat over de duiding van de empirische resultaten, waarbij ik de stap van feit naar norm zet. Dat betekent dat ik bekijk of, en zo ja, in hoeverre de resultaten van de empirische studies aanleiding geven voor normatieve implicaties. Dit hoofdstuk bevat de synthese, waarin ik op basis van de empirische resultaten kom tot een overzicht van de belemmeringen die curatoren in de praktijk ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden (deelvraag 6). In het volgende hoofdstuk doe ik vervolgens aanbevelingen voor een systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden aan te pakken (deelvraag 7).

Allereerst geef ik in dit hoofdstuk een overzicht van de belangrijkste empirische resultaten van de afzonderlijke studies (par. 7.2). Aan de hand van deze resultaten kom ik tot een synthese met daarin het antwoord op de zesde deelvraag over welke factoren de curator beïnvloeden bij de aanpak van onregelmatigheden in de praktijk (par. 7.3). Daarna zet ik de belemmeringen die curatoren ervaren bij die aanpak af tegen de in deel I geformuleerde beleidstheorie om inzicht te krijgen in de discrepanties tussen de beleidstheorie en de praktijk (par. 7.4). Vervolgens reflecteer ik op de gebruikte onderzoeksmethoden, ga ik in op de wetenschappelijke implicaties van het onderzoek en doe ik enkele suggesties voor vervolgonderzoek (par. 7.5). Paragraaf 7.6 bevat een conclusie.

7.2 SAMENVATTING VAN DE BELANGRIJKSTE EMPIRISCHE RESULTATEN

7.2.1 Kwalitatieve interviewstudie

In hoofdstuk 4 heb ik verslag gedaan van een kwalitatieve interviewstudie onder 33 Nederlandse curatoren. Om een overzicht te krijgen van alle curatoren in Nederland is handmatig een curatorenlijst opgesteld.¹ De participanten

1 De curatorenlijst is opgesteld aan de hand van een lijst met kantoren met een curatorenpraktijk via www.curatoren.nl. Vervolgens is handmatig via de website van de desbetreffende kantoren onderzocht welke advocaten tevens curator zijn.

zijn uit deze handmatig opgestelde curatorenlijst geselecteerd op een aantal criteria, te weten het arrondissement waar zij werkzaam zijn, het aantal jaren ervaring en de grootte van het kantoor waar zij werkzaam zijn.² Vervolgens zijn nog enkele curatoren benaderd op basis van de kennis die zij hebben over specifieke onderwerpen, die tijdens de eerdere interviews onderbelicht waren gebleven. Zo ben ik bijvoorbeeld op zoek gegaan naar curatoren die een fraudemelding hadden gedaan. Al met al vormen de participanten uit de interviewstudie door eerdergenoemde selectiecriteria een dwarsdoorsnede van de Nederlandse curatorenpraktijk. Bovendien kan door het bereiken van saturatie – dat wil zeggen dat nieuwe interviews geen aanvullende informatie opleveren (zie par. 4.2.4) – worden aangenomen dat de resultaten van het kwalitatieve onderzoek representatief zijn voor de Nederlandse curatorenpraktijk.

Het doel van de interviewstudie was om inzicht te krijgen in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden. De resultaten lieten zien dat de aanpak van onregelmatigheden drie fases kent, namelijk (i) de onderzoeksfase, (ii) de beoordelingsfase en (iii) de redresseringsfase. Tijdens de onderzoeksfase doen curatoren onderzoek naar eventuele onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot, de zogenoemde ‘onregelmatigheden’. Het onderzoek naar die onregelmatigheden – ook wel het oorzakenonderzoek genoemd – wordt verschillend ingevuld. Zo kijken (sommige) curatoren in (sommige) faillissementen alleen naar de bankafschriften en de deponering van de jaarstukken terwijl zij in andere faillissementen een forensisch accountant inschakelen of een uitgebreider oorzakenonderzoek uitvoeren aan de hand van een vooraf opgesteld protocol.

Wanneer het onderzoek is afgerond, komt de curator toe aan een beoordeling van hetgeen hij heeft aangetroffen. De resultaten van de interviewstudie laten zien dat de ene curator sneller toekomt aan deze beoordeling dan de andere. Zo zijn er curatoren die naar eigen zeggen al ‘binnen 24 uur weten of ze een bestuurder aansprakelijk gaan stellen.’ Bovendien tonen de resultaten van het onderzoek dat curatoren geen uniform beeld hebben van wat onregelmatigheden zijn. Of sprake is van onregelmatigheden wordt door veel curatoren in eerste instantie voornamelijk beoordeeld op basis van subjectieve factoren zoals wat voor auto een bestuurder rijdt of wat voor dure schilderijen er aan de muur hangen, en een daarbij behorend onderbuikgevoel. Pas in tweede instantie wordt gekeken – of gezocht – naar daadwerkelijke onregelmatige gedragingen. Het lijkt erop dat daarbij nauwelijks onderscheid wordt gemaakt tussen malafide of frauduleus handelen enerzijds en onverantwoordelijk handelen anderzijds. Dat onderscheid is relevant omdat bij malafide of frauduleus handelen het doen van een fraudemelding wordt verwacht, even-

2 Deze criteria zijn ook handmatig verkregen via de websites van de kantoren van de curatoren.

tueel naast het instellen van een civielrechtelijke actie. De resultaten suggereren dat een curator bepaalde gedragingen als onverantwoordelijk beoordeelt als hij mogelijkheden ziet om civielrechtelijke stappen te ondernemen – vooral omdat er verhaalsmogelijkheden bekend zijn – en diezelfde gedragingen als malafide beoordeelt als hij die mogelijkheden niet ziet. Welke gedragingen curatoren feitelijk als onverantwoordelijk beschouwen en welke als malafide – en of daar een onderscheid tussen wordt gemaakt – is onduidelijk.

Is de curator van mening dat sprake is van onregelmatigheden, dan komt hij toe aan de redresseringsfase. De resultaten van de interviewstudie laten zien dat curatoren veelal eerst proberen te schikken en pas als dat niet lukt overgaan tot het instellen van civielrechtelijke acties om de schade die de boedel heeft geleden vergoed te krijgen. Vaak overwegen curatoren pas om een fraudemelding te doen nadat de civielrechtelijke mogelijkheden zijn verkend én er overduidelijk sprake is van frauduleus handelen. Bovendien lijkt het erop dat curatoren een fraudemelding doen wanneer verhaalsmogelijkheden ontbreken. Weinig curatoren gaven aan te overwegen een vordering in te stellen tot het opleggen van een bestuursverbod, ook al is aan een of meer van de gronden voldaan, met name omdat het opleggen van een bestuursverbod niet direct in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.

Naast het krijgen van inzicht in de werkwijze van curatoren heeft de in hoofdstuk 4 beschreven interviewstudie ook inzicht gegeven in de factoren die curatoren beïnvloeden in de wijze waarop zij beslissingen nemen bij de aanpak van onregelmatigheden. Op basis van de interviews met curatoren heb ik een besluitvormingstheorie opgesteld. Volgens mijn besluitvormingstheorie speelt een zevental factoren mee bij het besluitvormingsproces omtrent de aanpak van onregelmatigheden. Die factoren zijn onder te verdelen in twee factoren die samenhangen met een specifiek faillissement (het boedelbelang en het financiële belang van de curator), drie factoren die samenhangen met (de persoon van) de curator (de persoonlijke taakopvatting, de opvatting over het beschikbare instrumentarium en eerdere ervaringen met fraudemeldingen) en twee factoren die samenhangen met de rechtbank (de visie van de rechtbank en daarmee samenhangend de relatie tussen de curator en de rechtbank). De besluitvormingstheorie stelt dat deze zeven factoren samenhangen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden al dan niet aan te pakken. De besluitvormingstheorie heb ik vervolgens in twee studies getoetst, namelijk via een documentenanalyse van faillissementsverslagen en via een survey onder Nederlandse curatoren.

7.2.2 Documentenanalyse van faillissementsverslagen

In hoofdstuk 5 heb ik verslag gedaan van de documentenanalyse van 2134 faillissementsverslagen. Met de documentenanalyse heb ik getoetst in hoeverre het boedelbelang en het financiële belang van de curator (de twee factoren

uit de besluitvormingstheorie die samenhangen met een specifiek faillissement) samenhangen met de redresseringsbeslissing van de curator. De verhaalsmogelijkheden bepalen namelijk in hoeverre de aanpak van onregelmatigheden in het (financiële) belang is van de boedel en de curator. Zonder verhaalsmogelijkheden kan er immers door het instellen van een actie geen geld in de boedel vloeien, terwijl wel geld wordt besteed aan acties om onregelmatigheden aan te pakken (zie par. 3.5.1). Als de boedel voldoende middelen bevat maar er geen verhaalsmogelijkheden zijn, dan heeft iedere actie van de curator als gevolg dat er minder overblijft om te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. Als de boedel onvoldoende middelen bevat en geen verhaalsmogelijkheden bestaan, dan draagt de curator de kosten die zijn gemoeid met de aanpak van onregelmatigheden zelf. Om deze redenen verwachtte ik dat verhaalsmogelijkheden een belangrijke rol spelen bij de redresseringsbeslissing van de curator. Deze studie is gericht op de daadwerkelijke acties van curatoren en heeft daarom een belangrijke toevoeging geleverd ten opzichte van de interviewstudie in hoofdstuk 4 en de surveystudie in hoofdstuk 6.

Doel van de documentenanalyse was allereerst om inzicht te krijgen in de aantallen onregelmatigheden in faillissementen en de redresseringsratio's van (de verschillende vormen van) onregelmatigheden. De resultaten van de documentenanalyse laten zien dat in bijna de helft van de onderzochte faillissementen sprake was van door de curator gesignaleerde en gerapporteerde onregelmatigheden. (Kennelijk) onbehoorlijk bestuur wordt het meest gerapporteerd, namelijk in bijna een derde van de onderzochte faillissementen. Frauduleus handelen wordt veel minder vaak gerapporteerd, namelijk in slechts 6% van de onderzochte faillissementen. In bijna 30% van de onderzochte faillissementen heeft de curator aangegeven onregelmatigheden te redresseren. Van alle redresseringsvormen wordt het meest frequent (17%) een schikking getroffen, gevolgd door het vernietigen van een rechtshandeling met gebruik van de faillissementspauliana (7%), het doen van een fraudemelding (6%) en het voeren van een aansprakelijkheidsprocedure (4%).

Het doel van de documentenanalyse was daarnaast om te onderzoeken in hoeverre een samenhang bestaat tussen de (door curatoren gerapporteerde en gesignaleerde) beschikbare verhaalsmogelijkheden en de beslissing van curatoren om wel of niet te redresseren. In ruim 20% van de onderzochte faillissementen heeft de curator twijfels geuit over verhaalsmogelijkheden voor een eventuele vordering. Om inzicht te bieden in de samenhang tussen de redresseringsbeslissing en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden heb ik een regressieanalyse uitgevoerd. Een regressieanalyse ziet op het voorspellen van een bepaalde uitkomst voor de afhankelijke variabele (hier: redressering) op basis van informatie over andere (onafhankelijke) variabelen (hier: gebrek aan verhaalsmogelijkheden en gesignaleerde en gerapporteerde onregelmatigheden). Uit de resultaten van de regressieanalyse blijkt dat een gebrek aan verhaalsmogelijkheden inderdaad samenhangt met de beslissing om niet te redresseren. Wanneer de curator aangeeft te twijfelen over de verhaalsmogelijk-

heden, blijkt de waarschijnlijkheid van redressering bijna anderhalf keer lager dan wanneer de curator dergelijke zorgen niet in het faillissementsverslag benoemt. Het is aannemelijk dat het bestaan van verhaalsmogelijkheden de kans op redressering ook vergroot, maar dit verband heb ik niet kunnen onderzoeken omdat curatoren in faillissementsverslagen niet expliciet aangeven als er wel (voldoende) verhaalsmogelijkheden bekend zijn.

Ik heb ook de kans op de verschillende redresseringsvormen met elkaar vergeleken. Het blijkt dat de waarschijnlijkheid dat de curator een fraudemelding of aangifte doet bijna tweeëneenhalf keer groter is als de curator zorgen heeft geuit over verhaalsmogelijkheden in vergelijking met situaties waar dergelijke zorgen niet worden geuit. De regressieanalyse laat nog een ander opvallend resultaat zien. Wanneer er twijfels zijn over verhaalsmogelijkheden, is het driemaal waarschijnlijker dat er een fraudemelding wordt gedaan dan dat er civielrechtelijk wordt opgetreden. Dat betekent dat verhaalsmogelijkheden meespelen in de keuze tussen het doen van een fraudemelding en het instellen van een civielrechtelijke actie. Deze resultaten sluiten aan bij de in de interviewstudie geïdentificeerde werkwijze, waarbij het bestaan van verhaalsmogelijkheden bepaalt of curatoren een handeling als onverantwoordelijk of malafide beoordelen.

Samenvattend bevestigen de resultaten van de documentenanalyse dat het boedelbelang en het financiële belang van de curator meespelen bij de redresseringsbeslissing van de curator. Bovendien suggereren de resultaten van de documentenanalyse – net als de resultaten van de interviewstudie – dat curatoren pas een fraudemelding doen nadat de civielrechtelijke mogelijkheden zijn verkend. De beschikbare verhaalsmogelijkheden lijken te bepalen of een bepaalde gedraging als onverantwoordelijk of malafide wordt beoordeeld.

7.2.3 Surveystudie

In hoofdstuk 6 heb ik verslag gedaan van een surveystudie onder 177 Nederlandse curatoren. Ik heb geprobeerd om door de handmatig opgestelde curatorenlijst die ik voor de surveystudie heb geactualiseerd, en verschillende oproepen via INSOLAD, JIRA en LinkedIn alle actieve Nederlandse curatoren te bereiken. In totaal hebben 197 respondenten de survey ingevuld. De reacties van 177 van die curatoren heb ik meegenomen in de analyse, omdat de andere reacties van niet-curatoren waren of een te groot aantal lege antwoorden bevatten. Bijna 30% – in totaal 139 curatoren – van de (bij mij bekende) populatie ($N = 511$) heeft de survey volledig ingevuld. Gezien de lengte van de survey, die bij een serieuze beantwoording al snel gemiddeld 30 minuten vergt, is dit een mooie *response rate*.

Het doel van de surveystudie was allereerst om nader inzicht te krijgen in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden. De

resultaten van de surveystudie laten zien dat er in de volle breedte onder curatoren geen consensus bestaat over hoe onregelmatigheden aangepakt moeten worden. Curatoren maken op grote schaal gebruik van de beleidsvrijheid die hen is geboden en vullen hun taak om onregelmatigheden aan te pakken verschillend in. Zowel in de onderzoeksfase als de beoordelingsfase en de redresseringsfase blijken uiteenlopende werkwijzen gebruikt te worden. Zo blijken de meningen bijvoorbeeld verdeeld over de vraag of in ieder faillissement een oorzakenonderzoek moet plaatsvinden, of dit oorzakenonderzoek moet gebeuren aan de hand van een vooraf vastgesteld protocol en wat überhaupt het hoofddoel van het oorzakenonderzoek moet zijn. Bovendien blijkt er geen consensus te bestaan over het antwoord op de vraag of de curator onregelmatigheden altijd moet aanpakken en of er altijd een fraudemelding moet worden gedaan als sprake is van frauduleus handelen.

Het doel van de surveystudie was daarnaast om de veronderstelde verbanden in mijn besluitvormingstheorie te toetsen om zo meer inzicht te krijgen in de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. In de documentenanalyse uit hoofdstuk 5 zijn de factoren die spelen in een specifiek faillissement (het boedelbelang en het financiële belang van de curator) getoetst. De resultaten van de surveystudie hebben aanvullend inzicht geboden in de andere factoren die volgens de besluitvormingstheorie samenhangen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Daarbij is de factor over het persoonlijke financiële belang van de curator op een andere wijze bevraagd dan in de documentenanalyse is gebeurd. Om te onderzoeken of het persoonlijke financiële belang van de curator ook als losstaande factor – naast de aanwezige financiële middelen in een specifiek faillissement – meespeelt, heb ik de respondenten gevraagd naar hun persoonlijke financiële situatie. Dat betekent dat er in de documentenanalyse en de surveystudie uiteindelijk acht factoren zijn getoetst.

Uit de resultaten van de surveystudie bleek dat de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken significant samenhangt met (i) de financiële positie van de curator (binnen zijn kantoor), (ii) een taakopvatting die ook fraudebestrijding omvat, (iii) het beschikbare instrumentarium van de curator en (iv) de gepercipieerde visie van de rechtbank over de aanpak van onregelmatigheden.

Een opvallende bevinding is dat de gepercipieerde visie van de rechtbank significant samenhangt met de taakopvatting van de curator. Dat betekent dat curatoren de aanpak van onregelmatigheden eerder onder hun taak vinden vallen wanneer de rechtbank die aanpak volgens hen belangrijk vindt. Mogelijk laten curatoren zich in hun taakopvatting dus beïnvloeden door wat zij denken dat de rechtbank van belang acht. In die zin is het niet verwonderlijk dat de relatie met de rechtbank hier een rol speelt. Ik had verwacht dat curatoren zich juist meer zouden laten beïnvloeden door de visie van de rechtbank als zij zich afhankelijk van hen voelden, omdat de resultaten van de interviewstudie suggereerden dat curatoren de visie van de rechtbank volgen omdat

zij afhankelijk van die rechtbank zijn voor de toebedeling van faillissementen. Dat blijkt niet het geval. De visie van de rechtbank wordt juist minder snel gevolgd als er een slechte relatie – gedefinieerd als een (sterke) afhankelijkheidsrelatie – bestaat tussen de curator en de rechtbank. Hoe beter de relatie tussen de curator en de rechtbank, des te eerder curatoren geneigd zijn de gepercipieerde visie van de rechtbank te volgen.

7.3 BELEMMERINGEN EN STIMULANSEN BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

7.3.1 Introductie

Het doel van mijn onderzoek is om op basis van belemmeringen die in de praktijk spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator te komen tot aanbevelingen voor een (wettelijk) systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen, zoals ik in deel I van dit proefschrift heb vastgesteld. Om dat doel te bereiken heeft de wetgever de taak van de curator om onregelmatigheden aan te pakken wettelijk vastgelegd. De verwachting was dat de wettelijke institutionalisering van de taak om onregelmatigheden aan te pakken curatoren dientengevolge zou stimuleren om onregelmatigheden consequent te signaleren en te redresseren. In deel II heb ik verslag gedaan van drie empirische studies en heb ik inzicht gegeven in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken en welke factoren hun bereidheid daartoe beïnvloeden.

In deze paragraaf kom ik tot een synthese en geef ik antwoord op de vraag welke factoren curatoren belemmeren en stimuleren bij de aanpak van onregelmatigheden (deelvraag 6). Het blijkt dat de aanpak van onregelmatigheden vanuit drie dimensies invloed ondervindt: i) de financiële toestand in het specifieke faillissement, ii) de persoon van de curator en iii) de rechtbank die toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement. Hierna bespreek ik voor iedere dimensie welke factoren de aanpak van onregelmatigheden lijken te beïnvloeden. Het gaat daarbij enerzijds om belemmeringen die de curator ontmoedigen om onregelmatigheden aan te pakken. Anderzijds gaat het ook om stimulansen die curatoren kunnen aanzetten tot de aanpak van onregelmatigheden.

7.3.2 Eerste dimensie: de financiële toestand in het specifieke faillissement

De eerste dimensie is die van de financiële toestand in het specifieke faillissement waarin de curator als zodanig is aangesteld. De curator beoordeelt per faillissement of het opportuun is om onregelmatigheden aan te pakken. Hoewel

curatoren de wettelijke taak hebben om onregelmatigheden aan te pakken en vaak ook onderzoeken of sprake is (geweest) van onregelmatigheden, worden zij soms beperkt door de – beperkte en soms ontbrekende – middelen die beschikbaar zijn in het faillissement (par. 3.5.1). Tenzij de curator het onderzoek (voor)financiert, kan zonder middelen immers geen (uitgebreid) onderzoek worden gedaan naar eventuele onregelmatigheden, waardoor de kans dat onregelmatigheden worden geconstateerd afneemt. Bovendien kan het zonder middelen lastig zijn voor curatoren om acties te ondernemen tegen geconstateerde onregelmatigheden, omdat voor die acties geld moet worden uitgegeven. De financiële toestand van de boedel in een specifiek faillissement is dus een relevante factor, die bij afwezigheid van (voldoende) middelen belemmerend werkt.

Als het boedelactief onvoldoende is om de kosten die gemoeid zijn met de aanpak van onregelmatigheden te voldoen, kan de curator alsnog besluiten op te treden tegen geconstateerde onregelmatigheden. In die situatie bestaat dus geen zekerheid dat de kosten die de curator maakt uiteindelijk zullen worden gedekt, waardoor de kans bestaat dat de gemaakte uren zullen moeten worden afgeschreven. Het kantoor van de curator financiert de aanpak van onregelmatigheden dan dus in feite voor met het risico hierop geen (volledige) terugbetaling te krijgen. Met dit gegeven in het achterhoofd zal een curator zich alleen inzetten als er uitzicht bestaat op voldoende verhaalsmogelijkheden. Zonder verhaalsmogelijkheden zal het salaris voor zijn werkzaamheden immers niet worden voldaan en moeten de gemaakte uren worden afgeschreven (par. 3.5.1). De afwezigheid van voldoende verhaalsmogelijkheden is daarmee een tweede belemmerende factor.

Naast voorfinanciering door het eigen kantoor heeft de curator de optie om een garantstellingsregeling (GSR) aan te vragen bij Dienst Justis. De regeling kan in theorie helpen om bij een lege boedel toch onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden en/of acties te ondernemen zoals het starten van een aansprakelijkheidsprocedure (par. 3.3.3). Toch blijkt de GSR curatoren in de praktijk niet altijd te helpen, omdat er alsnog – aantoonbaar – sprake moet zijn van behoorlijke verhaalsmogelijkheden. Bovendien is de administratieve last van de aanvraag volgens menig curator groot.³ Ook (voor)financiering door de Belastingdienst, door bepaalde schuldeisers of door procesfinanciers is alleen een optie als er voldoende verhaalsmogelijkheden zijn.

Het is dan ook al met al niet verrassend dat mijn empirische onderzoek bevestigt dat een gebrek aan boedelactief en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden belangrijke belemmeringen zijn voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken blijkt inderdaad lager wanneer er onvoldoende financiën zijn om de werkzaamheden die daarmee gemoeid zijn te vergoeden (par. 4.5.2, 4.6 en 6.5.3). Als er onvoldoende zicht is op verhaalsmogelijkheden, is de kans dat

3 Zie ook de meest recente evaluatie van de garantstellingsregeling (De Ridder e.a. 2019).

onregelmatigheden worden aangepakt bijna anderhalf keer lager dan wanneer dergelijke zorgen er niet zijn (par. 5.4.2). Curatoren zijn bij een gebrek aan verhaalsmogelijkheden eerder geneigd een fraudemelding te doen, omdat de FIOD of de politie dan de kosten voor zijn rekening neemt (par. 4.4.5, 4.5.3, en 5.4.3), maar die fraudemeldingen lijken niet vaak tot vervolging te leiden (par. 4.5.3 en 6.5.6).⁴

Al met al kan gesteld worden dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhankelijk is van de verhaalsmogelijkheden bij degene die onregelmatig heeft gehandeld en (zij het in mindere mate) van de beschikbare middelen in de boedel. Hoe minder verhaalsmogelijkheden en hoe minder middelen in de boedel, des te kleiner de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt.

7.3.3 Tweede dimensie: de persoon van de individuele curator

De tweede dimensie die de aanpak van onregelmatigheden beïnvloedt, is die van de persoon van de curator. Iedere curator blijkt zijn eigen opvattingen te hebben over hoe de taak om onregelmatigheden aan te pakken moet worden uitgevoerd en bepaalt aan de hand van die opvattingen een eigen werkwijze (hoofdstuk 4 en 6). Ik heb een viertal regelmatig terugkerende factoren ontdekt die van invloed zijn op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken en daarmee op de wijze waarop curatoren daaraan invulling geven.

De eerste factor is de persoonlijke financiële positie van de curator en betreft een aanvulling op de drie factoren uit de besluitvormingstheorie. Het blijkt dat niet voor alle werkzaamheden die curatoren verrichten in faillissementen altijd een vergoeding beschikbaar is: gemiddeld 30% van de gemaakte uren moet door curatoren worden afgeschreven (par. 6.5.3). Dat betekent dat curatoren regelmatig geen vergoeding krijgen voor de werkzaamheden die zij verrichten. De curator en diens kantoor dragen het risico van deze afschrijvingen. Curatoren moeten om die reden hun tijd efficiënt verdelen over de werkzaamheden in faillissementen en moeten steeds beoordelen of een bepaalde tijdsinvestering – gezien de kans op vergoeding van die tijd – gewenst is. Het blijkt dat curatoren hierbij niet alleen kijken naar de financiële staat van de boedel in een specifiek faillissement (par. 7.3.2, eerste dimensie), maar ook naar hun persoonlijke financiële situatie (par. 4.5.2 en 6.5.3). Curatoren die voldoende declarabele uren maken in faillissementen waarop ook daadwerkelijk betaald wordt en werken bij kantoren die er financieel gezien goed voor staan, zijn eerder bereid om onregelmatigheden aan te pakken. Curatoren die onvoldoende declarabele uren maken, althans onvoldoende betaling daarop ontvangen en/of werken bij kantoren die er financieel minder goed voor staan, vertonen die bereidheid minder. Op het moment dat een curator voldoende

4 Vgl. par. 7.5.4, waarin deze stelling van curatoren lijkt te worden bevestigd door de FIOD.

declarabele uren maakt, kan hij het zich permitteren om tijd te besteden aan de aanpak van onregelmatigheden, ook als deze aanpak niet per se leidt tot extra inkomsten. Hetzelfde blijkt te gelden voor curatoren die werkzaam zijn bij kantoren met een rendabele insolventieafdeling (par. 6.5.3). Het kan zo zijn dat deze kantoren meer financiële ruimte hebben om tijd te besteden aan de aanpak van onregelmatigheden, ook als dat tevergeefs blijkt te zijn.

Een tweede factor is de taakopvatting die de curator heeft. De aanpak van onregelmatigheden behoort – in ieder geval sinds 2017 – tot de taak van de curator (par. 3.2.4). Toch blijkt niet iedere curator het met die taak eens te zijn (par. 4.5.3). De taakopvattingen onder curatoren lopen uiteen en niet iedere curator meent dat de aanpak van onregelmatigheden onder zijn taak valt (par. 4.5.3 en 6.5.4). De taakopvatting blijkt samen te hangen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Als de curator van mening is dat fraudebestrijding nadrukkelijk onderdeel is van zijn taak, is hij eerder bereid om onregelmatigheden aan te pakken. Ziet hij fraudebestrijding daarentegen niet als een specifiek onderdeel van zijn taak, dan neemt die bereidheid navenant af (par. 4.5.3 en 6.5.4).

Een derde factor die samenhangt met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken ziet op hun perceptie van het instrumentarium dat hen ter beschikking staat om onregelmatigheden daadwerkelijk aan te kunnen pakken. Curatoren worden bij de aanpak van onregelmatigheden nogal eens beperkt door praktische belemmeringen. Zo kan het voor curatoren lastig zijn om katvangers met succes aansprakelijk te stellen of om zich te verhalen op buitenlandse activa. Hierdoor kunnen curatoren het gevoel krijgen dat hun inzet om onregelmatigheden aan te pakken tevergeefs is (par. 4.5.3). Curatoren die dat gevoel hebben, blijken minder bereid om onregelmatigheden aan te pakken (par. 6.5.5).

De vierde en laatste factor die op de laag van de individuele curator meespeelt bij de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken is de ervaring die de curator heeft met het doen van fraudemeldingen. Hoewel er in de survey geen direct verband is gevonden tussen de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken en de eerdere ervaringen met het doen van fraudemeldingen (par. 6.5.6), geven veel van de geïnterviewde curatoren aan moedeloos te worden van het feit dat er niets of niet voldoende wordt gedaan met hun meldingen (par. 4.5.3). Ook in de survey heeft een aantal curatoren bij de open antwoorden aangegeven de gebrekkige opvolging van hun fraudemelding als belangrijke belemmering te zien bij de aanpak van onregelmatigheden (par. 6.5.9). Het ontbreken van een statistisch verband tussen de ervaringen met de opvolging van fraudemeldingen en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken kan te maken hebben met de opzet van de survey (zie par. 6.6). Niet alle respondenten hadden immers ervaring met het doen van fraudemeldingen, maar toch reageerden zij op de vraag hierover. Gezien de resultaten van de interviewstudie vermoed ik dat negatieve ervaringen met

het doen van fraudemeldingen wel degelijk van invloed kunnen zijn op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken.

Wat deze factoren tezamen betekenen, is dat de afwikkeling van het faillissement en meer specifiek de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhankelijk is van de persoon van de curator die het faillissement afwikkelt. Zijn taakopvatting, zijn financiële positie (binnen zijn kantoor) en zijn eerdere ervaringen met het beschikbare instrumentarium en met de opvolging van fraudemeldingen bepalen in hoeverre hij bereid is om onregelmatigheden aan te pakken.

7.3.4 Derde dimensie: de toezichthoudende rechtbank en haar insolventierechters

De derde dimensie die de aanpak van onregelmatigheden beïnvloedt, is die van de rechtbank en haar insolventierechters. Bij het uitspreken van een faillissement stelt een insolventierechter van de rechtbank een of meerdere curatoren aan (artikel 14 Fw). Een van de (collega-)insolventierechters wordt benoemd als rechter-commissaris en is belast met het toezicht op de afwikkeling van het faillissement (artikel 64 Fw). De rechter-commissaris moet tevens toestemming geven voor sommige (rechts)handelingen van de curator.⁵

De rechtbank en haar rechters-commissarissen spelen ook bij de aanpak van onregelmatigheden een belangrijke rol. De curator moet immers de rechter-commissaris vertrouwelijk informeren over het oorzakenonderzoek.⁶ Bovendien bepaalt de rechter-commissaris mede of er melding of aangifte van onregelmatigheden plaatsvindt⁷ – hij kan de curator daartoe zelfs dwingen⁸ – en moet de rechter-commissaris toestemming geven voor een eventuele bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.⁹

Het is niet verrassend dat de (door de curator gepercipieerde) visie van de rechtbank op de aanpak van onregelmatigheden een rol blijkt te spelen bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Curatoren zijn eerder bereid om onregelmatigheden aan te pakken wanneer zij denken dat de rechtbank en/of de rechters-commissarissen die aanpak belangrijk vindt (par. 4.5.4 en 6.5.7). De rechtbank lijkt bovendien niet alleen direct invloed te hebben op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan

5 Deze toestemming is soms een machtiging en soms een goedkeuring. Zie bijvoorbeeld artikel 68 lid 3 Fw, artikel 176 lid 1 Fw en artikel 176 lid 2 Fw.

6 Artikel 68 lid 2 sub b Fw.

7 Artikel 68 lid 2 sub c Fw.

8 Zie ook appendix 4, waarin de projectleider faillissementsfraude van de FIOD aangeeft dat sommige curatoren op verzoek van de rechter-commissaris melding doen van faillissementsfraude: 'Soms staat er ook letterlijk, hoe zeggen ze dat nou zo mooi, dat ze op instigatie van de RC melding doen van faillissementsfraude.'

9 Artikel 68 lid 3 Fw.

te pakken, maar ook op de taakopvatting van curatoren en daarmee indirect, via deze (tweede) laag, op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken (par. 6.5.9). Als de curator inschat dat de rechtbank de aanpak van onregelmatigheden belangrijk vindt, dan spiegelt de curator zich daaraan en is hij eerder van mening dat de aanpak van onregelmatigheden onder zijn taak valt; en omgekeerd. Dat betekent dat de rechtbank een belangrijke stimulans kan vormen bij de aanpak van onregelmatigheden.

De door de curator gepercipieerde kwaliteit van de relatie met de rechtbank lijkt van invloed te zijn op de mate waarin de curator de visie van de rechtbank op de aanpak van onregelmatigheden mee laat spelen in zijn besluitvorming. De relatie tussen de curator en de rechtbank en diens insolventierechters is bijzonder. De insolventierechters die de curator aanwijzen in het ene faillissement zijn dezelfde rechters als de insolventierechters die in een ander faillissement optreden als rechter-commissaris. Dat betekent dat de rechter-commissaris die in een specifiek faillissement toezicht houdt op de curator, ook bepaalt – zij het als onderdeel van de rechtbank – welke curator in welk faillissement wordt aangesteld. Omdat de rechter-commissaris naast toezichthouder tevens broodheer is van de curator, bestaat er een – in ieder geval door menig curator ervaren – afhankelijkheidsrelatie tussen de curator en de rechter-commissaris. Curatoren blijken die afhankelijkheid in de praktijk ook te ervaren (par. 4.5.4 en 6.5.8). Het gevoel van afhankelijkheid komt doordat curatoren het vaak onduidelijk vinden hoe de rechtbank faillissementen verdeelt onder de curatoren (par. 4.5.4 en 6.5.8). Bovendien blijkt het voor curatoren soms lastig in te schatten op basis van welke criteria de rechtbank hen beoordeelt (par. 4.5.4 en 6.5.8). Wanneer curatoren een gevoel van afhankelijkheid ervaren, waarderen zij de relatie met de rechtbank slechter.

Het blijkt overigens dat niet iedere curator de relatie met de rechtbank op dezelfde wijze waardeert (par. 4.5.4 en 6.5.8). Bovendien lijkt niet iedere rechtbank de aanpak van onregelmatigheden even belangrijk te vinden (par. 4.5.4 en 6.5.7). De door de curator gepercipieerde kwaliteit van de relatie blijkt samen te hangen met de mate waarin de curator de visie van de rechtbank volgt. Het lijkt erop dat de visie van de rechtbank juist minder snel wordt gevolgd als de relatie tussen de curator en de rechtbank als slecht wordt ervaren. Dat zou betekenen dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt (mede) afhankelijk is van de (samenstelling van de) rechtbank waar het faillissement wordt uitgesproken. Investeren in een betere relatie tussen de rechtbank en de curator kan er dus voor zorgen dat curatoren eerder geneigd zijn om aanwijzingen van de rechtbank op te volgen.

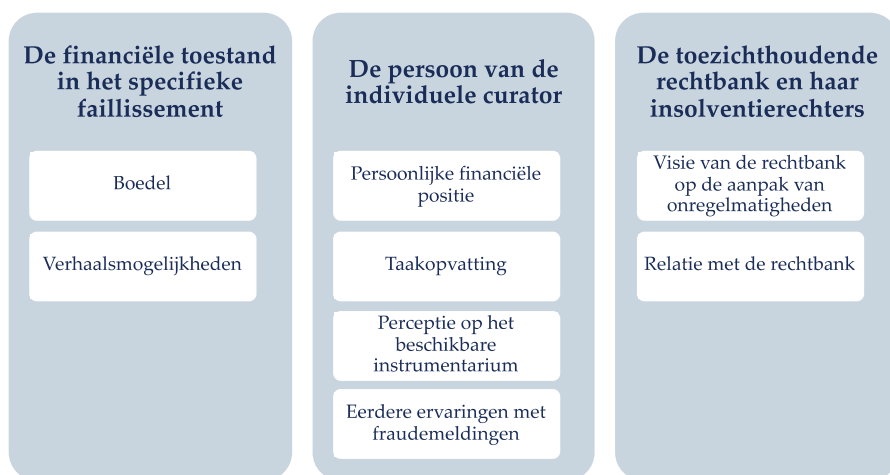
7.3.5 Conclusie

Concluderend blijkt dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhankelijk is van de staat van de boedel in een specifiek faillissement, van

de curator die het faillissement afwikkelt en van de rechtbank en de rechter die toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement. Een overzicht van de factoren die in iedere dimensie meespelen staat in figuur 7.2 (deelvraag 6).

In de voorgaande hoofdstukken zijn deze factoren voornamelijk ter sprake gekomen als factoren die curatoren kunnen belemmeren bij de aanpak van onregelmatigheden. De factoren kunnen echter ook stimulerend werken. Zo kan het ontbreken van voldoende boedelactief een belemmering vormen voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, terwijl het bestaan van voldoende boedelactief juist een stimulans kan zijn voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De factoren kunnen dus zowel belemmerend als stimulerend werken.

Figuur 7.1 Belemmeringen en stimulansen van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden



De drie dimensies kunnen elkaar beïnvloeden. Een combinatie van de factoren uit de drie dimensies bepaalt uiteindelijk de kans dat curatoren onregelmatigheden aanpakken. Dat betekent dat eenzelfde faillissement door twee curatoren anders kan worden afgewikkeld, bijvoorbeeld omdat de taakopvattingen (of de eigen financiële posities, de perceptie op het beschikbare instrumentarium of eerdere ervaringen met fraudemeldingen) uiteenlopen. Als twee curatoren vergelijkbare opvattingen hebben en met eenzelfde faillissement worden geconfronteerd, kan het feit dat een andere rechtbank toezicht houdt op de afwikkeling van die faillissementen maken dat die twee faillissementen verschillend worden afgewikkeld. Zelfs in de hypothetische situatie dat dezelfde curator twee identieke faillissementen moet afwickelen, kan het zo zijn dat de curator die twee faillissementen verschillend afwikkelt wanneer de faillissementen in verschillende arrondissementen worden uitgesproken.

7.4 DISCUSSIE: DE PRAKTIJK VERSUS DE BELEIDSTHEORIE

7.4.1 Introductie

In hoofdstuk 2 heb ik laten zien dat het hoofddoel van de wetgever – met als voorlopig slotstuk pijler 1 van het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht – het voorkomen van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen is geweest. Om dat doel te bereiken is geprobeerd om curatoren te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken door een wettelijke verplichting te introduceren om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden en eventuele onregelmatigheden te melden bij de rechter-commissaris (artikel 68 Fw). Bij de vormgeving van de taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden heeft de wetgever enkele aannames gedaan. Zo verwacht de wetgever dat de curator in ieder faillissement een (beperkt) oorzakenonderzoek uitvoert. Bovendien verwacht de wetgever dat de curator geconstateerde onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris en stappen onderneemt om deze onregelmatigheden te redresseren (hoofdstuk 2 en 3). In de literatuur wordt gesuggereerd dat deze aannames (deels) incorrect zijn. Het beoogde doel van de wetgever om curatoren te stimuleren onregelmatigheden aan te pakken, wordt dus mogelijk niet bereikt. In mijn empirische studies heb ik geprobeerd vast te stellen in hoeverre de aannames van de wetgever correct zijn (hoofdstuk 4, 5 en 6). Hierna toets ik de aannames uit de beleidstheorie aan de uitkomsten van mijn empirische studies.

7.4.2 Toetsing van de aannames uit de beleidstheorie

– *Curatoren doen altijd een oorzakenonderzoek*

De eerste aanname die de wetgever aan zijn wetgeving ten grondslag heeft gelegd is dat curatoren onderzoek doen naar eventuele onregelmatigheden, waarbij het oorzakenonderzoek volgens de wetgever tot doel heeft om de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd te vergroten. Dat betekent dat de wetgever ervan is uitgegaan dat curatoren in ieder faillissement een oorzakenonderzoek uitvoeren en dat dat oorzakenonderzoek de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd ook daadwerkelijk vergroot (par. 2.3, 3.2.4 en 3.4).

De resultaten van mijn onderzoek suggereren dat curatoren inderdaad op grote schaal onderzoek doen naar onregelmatigheden. Zo laten de resultaten van de surveystudie zien dat het grootste deel van de curatoren bijna altijd een oorzakenonderzoek zegt te doen (par. 6.4.2). Het is echter de vraag of daarmee ook kan worden geconcludeerd dat de aanname van de wetgever dat curatoren een oorzakenonderzoek doen correct is. De resultaten laten immers ook zien dat bijna een derde van de curatoren meent dat niet in ieder

faillissement een oorzakenonderzoek plaats hoeft te vinden (par. 6.4.2). Bovendien vindt ook bijna een derde dat het oorzakenonderzoek achterwege mag blijven indien de boedel onvoldoende middelen bevat en meent weer ruim een derde dat het oorzakenonderzoek achterwege mag blijven wanneer op voorhand al duidelijk is dat bestuurders of andere mogelijk aansprakelijke personen geen verhaal bieden (par. 6.4.2, zie ook par. 7.3.2, eerste dimensie).¹⁰ Zelfs curatoren die in ieder faillissement een oorzakenonderzoek zouden willen uitvoeren, worden daarin beperkt door de financiële toestand van de boedel (par. 7.3.2, tweede dimensie).

Bovendien veronderstelt de wetgever dat het oorzakenonderzoek bijdraagt aan het vergroten van de pakkans (par. 2.3). Dat betekent dat het oorzakenonderzoek zo moet worden ingericht, dat eventuele onregelmatigheden ook daadwerkelijk aan het licht zullen komen. Het is de vraag of oorzakenonderzoeken – zoals curatoren die uitvoeren – eventuele onregelmatigheden wel kunnen signaleren. Het blijkt namelijk dat curatoren het oorzakenonderzoek op verschillende wijzen uitvoeren (par. 4.4.3 en 6.4.2). De ene curator lijkt het oorzakenonderzoek serieuzer te nemen dan de andere. Zo menen sommige curatoren dat in sommige faillissementen het bekijken van rekeningafschriften volstaat als oorzakenonderzoek, terwijl andere curatoren (of dezelfde in andere faillissementen) veel uitgebreidere onderzoeken doen, bijvoorbeeld aan de hand van interviews en/of rapporten van forensische accountants. Hoe uitgebreid het oorzakenonderzoek is en of er überhaupt een oorzakenonderzoek kan worden uitgevoerd, hangt af van de beschikbare middelen in de boedel en de verhaalsmogelijkheden. Dat betekent dat de beschikbare middelen en verhaalsmogelijkheden in belangrijke mate de kans bepalen dat onregelmatigheden geconstateerd worden (par. 7.3.2, eerste dimensie).

De verschillen in het oorzakenonderzoek lijken, zoals in de vorige paragraaf is besproken, deels te komen door de financiële toestand van de boedel en de verhaalsmogelijkheden (par. 7.3.2, eerste dimensie). De verschillen in de wijze waarop het oorzakenonderzoek wordt uitgevoerd lijken ook te worden verklaard door de persoon van de curator (par. 7.3.3, tweede dimensie) en de toezichthoudende rechtbank (par. 7.3.4, derde dimensie). Het lijkt erop dat curatoren die fraudebestrijding geen onderdeel van hun taak achten, het oorzakenonderzoek minder serieus nemen en dus minder uitgebreid uitvoeren dan curatoren die fraudebestrijding wel als onderdeel van hun taak zien. Bovendien lijkt het erop dat curatoren een uitgebreid oorzakenonderzoek uitvoeren als zij denken dat de rechtbank de aanpak van onregelmatigheden belangrijk vindt. Curatoren voeren dus misschien wel altijd een oorzakenonderzoek uit, maar dat oorzakenonderzoek is lang niet altijd uitgebreid genoeg om onregelmatigheden daadwerkelijk te signaleren. Er lijkt dus een discrepantie te bestaan tussen de bedoeling van de wetgever met het oorzakenonderzoek

10 Het gaat hier om drie afzonderlijke vragen die zijn voorgelegd en de percentages tellen dus niet op tot een volledig overzicht van honderd procent.

en de wijze waarop het oorzakenonderzoek in de praktijk wordt (en kan worden) ingevuld. De eerste aanname – dat curatoren altijd een oorzakenonderzoek uitvoeren dat daadwerkelijk bijdraagt aan het vergroten van de pakkans – blijkt derhalve niet correct.

– *Curatoren melden onregelmatigheden bij de rechter-commissaris*

De tweede aanname die de wetgever heeft gedaan, is dat de curator geconstateerde onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris. De gedachte achter deze meldplicht is eveneens dat het melden van onregelmatigheden bij de rechter-commissaris de pakkans zou vergroten (par. 2.3). Het lijkt erop dat deze meldplicht is geïntroduceerd om te voorkomen dat curatoren zich te veel zouden laten leiden door de financiële toestand van de boedel (par. 7.3.2, eerste dimensie). De rechter-commissaris ervaart immers niet dezelfde financiële druk als een curator, simpelweg omdat het salaris van de rechter-commissaris niet wordt betaald uit de boedel.

Ook deze tweede aanname lijkt op het eerste oog correct. Het grootste deel van de curatoren heeft in de survey aangegeven geconstateerde onregelmatigheden te melden bij de rechter-commissaris (par. 6.4.4). Toch is het ook hier de vraag of het melden bij de rechter-commissaris wel oplevert wat de wetgever voor ogen heeft gehad. De rechter-commissaris lijkt gevoelig voor argumenten van curatoren om geconstateerde onregelmatigheden niet aan te pakken (par. 4.5.4). Zo lijken sommige rechters-commissarissen – net als sommige curatoren – een efficiënte afwikkeling van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers belangrijker te vinden dan het aanpakken van onregelmatigheden (par. 4.5.4 en 6.5.7). Bovendien lijkt niet iedere rechter-commissaris even kritisch naar iedere beslissing van de curator te kijken (par. 4.5.4). Het is dus maar de vraag of de meldplicht bij de rechter-commissaris het gewenste gevolg heeft. De tweede aanname – dat curatoren gesignaleerde onregelmatigheden altijd melden bij de rechter-commissaris en dat deze meldplicht de pakkans vergroot – is dus niet correct.

– *Curatoren pakken gesignaleerde onregelmatigheden consequent aan*

De derde en laatste aanname van de wetgever is dat curatoren (in overleg met de rechter-commissaris) geconstateerde onregelmatigheden consequent aanpakken, eveneens met als doel de pakkans te vergroten. De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat deze aanname niet correct is, zelfs niet na de wetswijziging uit 2017 waarin de taak van de curator bij de aanpak wettelijk is vastgelegd. Curatoren lijken minder dan de helft van de geconstateerde onregelmatigheden te redresseren (par. 4.5.4, 5.3.3 en 6.4.4). Bovendien blijkt niet iedere fraudemelding te leiden tot vervolging (par. 4.5.3 en 6.5.6). Zelfs als curatoren iedere onregelmatigheid zouden melden bij het Centraal Meld-

punt Faillissementsfraude, zou er onvoldoende capaciteit zijn bij de FIOD, de politie en het OM om iedere onregelmatigheid aan te pakken.¹¹

Of onregelmatigheden worden aangepakt, is afhankelijk van de beschikbare middelen in het specifieke faillissement (par. 7.3.2, eerste dimensie), van de persoon van de curator (par. 7.3.3, tweede dimensie) en van de toezichthoudende rechtbank (par. 7.3.4, derde dimensie). Dat betekent dat niet iedere onregelmatigheid in ieder faillissement in ieder arrondissement op dezelfde wijze wordt aangepakt. De derde aanname – dat curatoren gesignaleerde onregelmatigheden consequent aanpakken – is dus niet correct.

7.4.3 Conclusie

Het doel van de wetgever in de fraudepijler van het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht in het algemeen en de invoering van de Wet versterking positie curator in het bijzonder, was om curatoren te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken om zo een preventief effect te creëren. Hoe ernstiger de onregelmatigheid, des te ingrijpender de aanpak daarvan door curatoren zou moeten zijn. De wetgever meent dus dat de ernst van de onregelmatigheid moet bepalen of die onregelmatigheid wordt aangepakt, terwijl in de praktijk vooral de financiële staat van de boedel, de persoon van de curator en de toezichthoudende rechtbank een rol spelen. Hoewel getracht is om te komen tot een systeem waarin elke curator in ieder faillissement alle onregelmatigheden aanpakt, sluit de beleidstheorie van de wetgever niet aan bij de uitkomsten van mijn studies. De belemmeringen die curatoren ervaren, lijken ervoor te zorgen dat de beleidstheorie niet in lijn is met de wijze waarop curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken. Dat betekent dat het beoogde doel van de wetgevingsactiviteiten van de wetgever – het stimuleren van curatoren om onregelmatigheden consequent aan te pakken om de pakkans te vergroten – niet volledig is bereikt. Curatoren zijn weliswaar enigszins gestimuleerd om onregelmatigheden aan te pakken, maar de manier waarop zij dat doen vergroot niet altijd de pakkans.

11 Zie ook par. 7.5.4, waarin ik verslag doe van een interview met de projectleider faillissementsfraude.

7.5 METHODOLOGISCHE REFLECTIE

7.5.1 *Mixed methods*-aanpak

Omdat tot op heden beperkt empirisch onderzoek was gedaan naar de aanpak van onregelmatigheden door curatoren in de praktijk,¹² ben ik begonnen met een kwalitatieve studie naar de werkwijze van curatoren daarbij. Hiervoor heb ik aan de hand van enkele kenmerken een aantal curatoren benaderd en uitvoerig geïnterviewd aan de hand van een semigestructureerde opzet. Een voordeel van de kwalitatieve interviewstudie ten opzichte van kwantitatieve studies is dat de ervaringen van de curatoren in een context zijn geplaatst en er daardoor diepgaand inzicht wordt verworven in de praktijk van de aanpak van onregelmatigheden zoals de curator – als de primaire actor – dat ervaart en percipieert. De interviewstudie heeft geleid tot de formulering van mijn besluitvormingstheorie, die als kracht heeft dat deze volledig is gebaseerd op empirische gegevens, namelijk hetgeen curatoren uit alle arrondissementen met verschillende achtergronden en ervaringen mij hebben verteld. Door de gebleken variatiedekkende saturatie (zie par. 4.8) hebben deze resultaten daarnaast een zekere algemene gelding. De bevindingen uit de interviewstudie en de besluitvormingstheorie zijn vervolgens gevalideerd door een kwantitatieve documentenanalyse van faillissementsverslagen en een surveystudie. Door het toetsen van de besluitvormingstheorie aan de uitkomsten van deze studies heb ik de theorie deels kunnen bevestigen en deels kunnen aanpassen om zo te komen tot een overzicht van de factoren die curatoren vanuit verschillende dimensies beïnvloeden bij de aanpak van onregelmatigheden.

De kracht van dit onderzoek is gelegen in de combinatie van de drie gebruikte onderzoeksmethoden. Door verschillende onderzoeksmethoden te combineren en dus gebruik te maken van een *mixed methods*-aanpak heb ik een completer inzicht gekregen in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken in vergelijking met het gebruik van een enkele onderzoeksmethode. Door verschillende methoden te combineren worden daarnaast de pluspunten van iedere afzonderlijke methode benut om tegemoet te komen aan de beperkingen van de andere methoden. Zo heb ik in de surveystudie en de documentenanalyse verbanden kunnen toetsen die in een interviewstudie niet kunnen worden getoetst, terwijl de interviewstudie juist ruimte liet voor nieuwe inzichten die niet naar voren komen in een kwantitatieve studie. Bovendien hebben de verschillende studies waar zij elkaar overlappen geleid tot vergelijkbare resultaten, hetgeen de betrouwbaarheid van het onderzoek ten goede komt.

De resultaten van mijn onderzoek hebben inzicht gegeven in de wijze waarop curatoren beslissingen nemen bij de aanpak van onregelmatigheden.

12 Beke e.a. 2021; Berghuis & Paulides 1983; Elswijk e.a. 2015; Knegt e.a. 2005; Knegt, Beltzer & Mudde 1996; Lieferink 2020 en Luttikhuis & Timmermans 2007.

Niet eerder is op zo'n grote schaal onderzoek gedaan naar de factoren die het besluitvormingsproces van curatoren beïnvloeden. Ik heb met dit onderzoek nieuwe factoren in het debat geïntroduceerd. Mijn besluitvormingstheorie levert daarmee een belangrijke bijdrage aan de bestaande kennis over de drijfveren van curatoren. Bovendien heb ik die besluitvormingstheorie onderworpen aan een empirische toets. Ik ben bij mijn weten de eerste die empirisch onderzoek heeft gedaan naar de verschillende factoren die curatoren beïnvloeden bij het aanpakken van onregelmatigheden en hun onderlinge samenhang. Aan de hand van interviews heb ik inzicht verkregen in de verschillende factoren die curatoren belemmeren. De opgedane inzichten heb ik vervolgens gebruikt om samen met de resultaten van de documentenanalyse de factoren te omschrijven en meetbaar te maken in een survey. Mijn conceptualisering en operationalisering van de verschillende factoren kunnen gebruikt worden in nader onderzoek.

7.5.2 Wisselwerking met de praktijk

Mijn onderzoek heeft een praktische invalshoek. Dit is – naast de *mixed methods*-aanpak – een tweede kracht van mijn onderzoek. Tijdens het gehele onderzoeksproces heb ik mij ervoor ingespannen om de praktijk te betrekken bij mijn onderzoek. Niet alleen door die praktijk onderwerp van mijn onderzoek te maken, maar ook door (voorlopige) resultaten van het onderzoek voor te leggen aan verschillende actoren uit de praktijk tijdens het geven van cursussen en lezingen, door het afnemen van een aanvullend interview met de FIOD (zie par. 7.5.4) en door meer inzicht te krijgen in de praktijk middels het lopen van een onderzoeksstage bij een rechtbank. Door de praktijk continu te betrekken bij het onderzoeksproces, is het aannemelijk dat de onderzoeksresultaten niet slechts een papieren werkelijkheid beschrijven.

7.5.3 *Law in action* versus *law in the books*

Mijn onderzoek is een van de eerste privaatrechtelijke onderzoeken waarin verschillende empirische onderzoeksmethoden worden gecombineerd om inzicht te geven in de rechtspraktijk (*law in action*). Dit betekent ook dat er weinig theorie in dit juridische domein is om op voort te bouwen. Ik heb mij daarom gericht op de beleidstheorie van de wetgever. Het doel van mijn onderzoek was het verkrijgen van inzicht in mogelijke discrepanties tussen de rechtspraktijk en de beleidstheorie (*law in action* versus *law in the books*).

Op deze manier past mijn onderzoek binnen een breder kader van (rechts-sociologisch) onderzoek naar discrepanties tussen de beleidstheorie en rechtspraktijk en naar de (soms beperkte) werking van regels en de blik van de

wetgever, die niet altijd in lijn lijkt te zijn met de rechtspraak.¹³ Deze invalshoek is gezien de afbakening van mijn onderzoek niet verder uitgewerkt, maar biedt aanknopingspunten voor nader onderzoek.

7.5.4 Beperkingen

Door gebruik te maken van een *mixed methods*-aanpak heb ik enkele beperkingen van mijn afzonderlijke studies kunnen ondervangen. Toch kent het onderzoek als geheel nog steeds beperkingen die aanleiding bieden voor nader onderzoek.

Ten eerste kan geen van de gebruikte methoden causaliteitsrelaties testen tussen de door mij geïdentificeerde factoren en de beslissing van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Hoewel de resultaten van de verschillende studies ondubbelzinnig zijn in de zin dat zij elkaar lijken te bevestigen, heb ik niet kunnen onderzoeken of curatoren daadwerkelijk worden beïnvloed door deze factoren en of er dus sprake is van causaliteitsrelaties. Nader onderzoek, bijvoorbeeld in de vorm van een experiment of een onderzoek met een longitudinaal design, kan behulpzaam zijn om de veronderstelde causaliteitsrelaties te bevestigen.

Ten tweede bestaat bij de kwalitatieve interviewstudie en de surveystudie het risico op sociaalwenselijke antwoorden. Ik heb geprobeerd dit risico in de interviewstudie te verkleinen door anonimiteit te garanderen, de participanten op hun gemak te stellen, lange interviews te houden (variërend van 54 minuten tot 1 uur en 46 minuten) met daarin de nodige controlevragen. Bij de surveystudie heb ik geprobeerd om sociaalwenselijke antwoorden te voorkomen door eveneens anonimiteit te garanderen en door controlevragen te stellen. Bovendien geldt dat de resultaten van de drie empirische studies op elkaar aansluiten, waardoor het aannemelijk is dat de resultaten niet alleen zijn gebaseerd op sociaalwenselijke antwoorden. Dat neemt niet weg dat niet volledig is uit te sluiten dat de curatoren sociaalwenselijke antwoorden hebben gegeven. De interviewstudie en de surveystudie zien immers op het zelfgerapporteerde gedrag van curatoren en niet op het daadwerkelijke gedrag. Voor de documentenanalyse ligt dat anders, omdat de faillissementsverslagen wel inzicht geven in hoe curatoren daadwerkelijk hebben gehandeld. Ook bij deze studie geldt echter dat het gaat om het gedrag dat in de faillissementsverslagen is gerapporteerd door de curator zelf. Om deze reden stelde ik al eerder dat het daadwerkelijk aantal geconstateerde onregelmatigheden (veel) hoger zou kunnen liggen dan uit de documentenanalyse bleek (par. 5.6). Bovendien geldt voor de faillissementsverslagen dat de inhoud daarvan een subjectieve weergave is van de mening van de desbetreffende curator en geen uitsluitsel geeft

13 Zie bijvoorbeeld Hupe 2007 en Veerman 2004.

over de vraag of daadwerkelijk sprake is geweest van een onregelmatigheid. Er is immers geen rechter aan te pas gekomen. Nader onderzoek, bijvoorbeeld in de vorm van participerende observatie of een nadere documentenanalyse van volledige faillissementsdossiers (en dus niet alleen faillissementsverslagen), kan behulpzaam zijn om het daadwerkelijke handelen van curatoren te onderzoeken, zodat niet alleen wordt afgegaan op hetgeen participanten zelf rapporteren.

Ten derde zijn de resultaten van mijn interview- en surveystudies grotendeels gebaseerd op percepties van curatoren. Zij hebben zelf inzicht gegeven in hun drijfveren. De focus op de percepties en drijfveren van curatoren in mijn onderzoek was ingegeven door de centrale rol die de curator inneemt bij de aanpak van onregelmatigheden en die de wetgever hem daarbij ook toedicht. Dat betekent wel dat perspectieven van andere bij de bestrijding van onregelmatigheden betrokkenen – bijvoorbeeld de ketenpartners zoals de rechtbank, het OM, de politie of de FIOD, maar ook de door curatoren aangesproken partijen, zoals bestuurders – op de aanpak van onregelmatigheden en het handelen van curatoren ontbreken. Nader onderzoek naar de perspectieven van de ketenpartners of andere betrokkenen (zoals bestuurders) kan behulpzaam zijn om een completer beeld te krijgen van de aanpak van onregelmatigheden.

7.5.5 Suggesties voor vervolgonderzoek

In het licht van bovenstaande beperkingen aan mijn onderzoek lijkt vervolgonderzoek naar mogelijke causale relaties, het daadwerkelijk gedrag van curatoren en het perspectief van ketenpartners nuttig en zinvol.

– *Testen van causale relaties*

Een eerste suggestie voor vervolgonderzoek is het uitvoeren van een experimenteel onderzoek onder curatoren.¹⁴ In een dergelijke studie kan de onderzoeker curatoren bijvoorbeeld verschillende casussen voorleggen waarin hij een beslissing moet nemen over de aanpak van daarin voorkomende onregelmatigheden. Alle participanten krijgen in de kern dezelfde casus voorgelegd die echter op een of meer belangrijke punten verschillen. Zo kan bijvoorbeeld het bestaan of ontbreken van verhaalsmogelijkheden of de visie van de rechtbank worden aangepast. Aan de respondenten kan vervolgens bijvoorbeeld de vraag worden gesteld of zij in die specifieke situatie onregelmatigheden zouden aanpakken. Aan participanten zou ook de vraag gesteld kunnen worden of zij in die specifieke situatie een oorzakenonderzoek zouden uitvoe-

14 Dit idee is gebaseerd op het onderzoek onder rechters zoals beschreven in: Kahneman, Sibony & Sunstein 2021, p. 69-78.

ren. Een ander alternatief is om aan participanten te vragen om de ernst van de gedraging te beoordelen op een bepaalde schaal, bijvoorbeeld van 0 tot 10, en vervolgens de gemiddelde scores over de ernst van de gedraging per participant en per zaak te berekenen. Op die manier kan gekeken worden in hoeverre de gemiddelde scores van de participanten van elkaar afwijken om zo inzicht te geven in verschillen onder curatoren. In tegenstelling tot een survey kan deze experimentele opzet inzicht geven in de keuzes van curatoren in specifieke situaties. Bovendien leent experimenteel onderzoek zich voor het trekken van causale conclusies.

– *Onderzoeken van daadwerkelijk gedrag*

Een tweede suggestie voor vervolgonderzoek is het doen van observaties, eventueel in combinatie met een dossieronderzoek. De interviewmethode en de surveymethode die ik in dit proefschrift heb toegepast zien niet op het daadwerkelijke handelen van curatoren in specifieke situaties. Hetzelfde geldt voor een eventuele experimentele methode vanwege de kunstmatige setting, al bestaan er ook quasi-experimenten met al bestaande groepen of veldexperimenten met subjecten in hun natuurlijke omgeving. De documentenanalyse geeft bovendien slechts een beperkte inzage in de feitelijke situatie waarin de curator een beslissing moet nemen. De onderzoeker kan door het uitvoeren van een observatieonderzoek onder een grote groep curatoren (en/of andere ketenpartners) inzicht krijgen in hoe participanten in hun dagelijkse praktijk beslissingen nemen over de aanpak van onregelmatigheden. Het observatieonderzoek kan dienen als vervolgttoets van de besluitvormingstheorie. Voor dossieronderzoek geldt eenzelfde argument. Dossiers geven meer en diepgaandere informatie dan de faillissementsverslagen.

– *Verkennen van perspectieven van ketenpartners*

Een laatste suggestie voor vervolgonderzoek is het onderzoeken van de percepties van de ketenpartners van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Zo kan de onderzoeker bijvoorbeeld eenzelfde opzet als in dit proefschrift gebruiken om de perspectieven van de ketenpartners te onderzoeken. Daarnaast kan onderzoek worden gedaan naar de samenwerking tussen de verschillende ketenpartners door bijvoorbeeld te onderzoeken hoe de contactmomenten tussen de ketenpartners verlopen. Inzicht in die contactmomenten kan voorts nuttig zijn voor het verbeteren van de samenwerking tussen de ketenpartners.

Om de uitspraken van curatoren over de samenwerking met de ketenpartners te toetsen, heb ik geprobeerd om de resultaten van mijn empirische studies voor te leggen aan drie ketenpartners: leden en medewerkers van de rechterlijke macht, beleidsmedewerkers van het Ministerie van Justitie en Veiligheid die zich bezighouden met de GSR en de aanpak van onregelmatigheden voor

en tijdens faillissementen en medewerkers van de FIOD met het verzoek om een reactie.

De eerste groep – de rechterlijke macht – heb ik benaderd via de Raad voor de rechtspraak en Recofa, maar de Raad voor de rechtspraak was niet bereid om mee te werken aan mijn onderzoek en Recofa wilde dit niet doen zonder goedkeuring van de Raad voor de rechtspraak. Gedurende mijn onderzoek heb ik echter wel op individueel niveau en op persoonlijke titel met menig insolventierechter/medewerker op de insolventieafdeling over mijn bevindingen gesproken. De tweede groep – de departementale beleidsmedewerkers – heeft helaas niet op mijn oproep gereageerd.

De FIOD daarentegen heeft wel positief gereageerd op mijn verzoek en ik heb een interview kunnen afnemen met de projectleider faillissementsfraude van de FIOD op de centrale locatie waar de fraudemeldingen van curatoren binnenkomen. Ter voorbereiding op het interview heb ik mijn gesprekspartner inzicht gegeven in de resultaten van mijn empirische studies, voor zover die zien op de ervaringen van curatoren met fraudemeldingen en aangiftes. Het interview was (net als de interviews met curatoren) semigestructureerd en behandelde de onderwerpen i) werkwijze van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude bij fraudemeldingen van curatoren, ii) terugkoppeling naar curatoren en iii) het bevorderen van de aanpak van onregelmatigheden.¹⁵

Het interview met de projectleider faillissementsfraude van de FIOD geeft kleur aan een deel van mijn onderzoeksresultaten. Zo lijkt het interview het beeld te bevestigen dat niet iedere fraudemelding wordt opgepakt (vgl. par. 4.5.3 en 6.5.6). Het beeld dat op sommige fraudemeldingen geen reactie volgt, lijkt echter haaks te staan op de ervaringen van de FIOD (vgl. par. 4.5.3 en 6.5.6). De projectleider erkende dat het niet opvolgen van fraudemeldingen curatoren zou kunnen ontmoedigen om een fraudemelding te kunnen doen. Toch is het volgens hem nuttig dat curatoren wel fraudemeldingen blijven doen, zodat de FIOD een goed beeld krijgt van de omvang van faillissementsfraude en met die gegevens eventueel meer capaciteit kan bewerkstelligen. Om de kans te vergroten dat fraudemeldingen van curatoren worden opgepakt, raadt de projectleider curatoren aan om meldingen beter te onderbouwen en de verweten gedragingen beter uit te leggen. Bovendien vraagt de projectleider curatoren om terughoudend te zijn met het sluiten van vaststellingsovereenkomsten wanneer ook een fraudemelding is gedaan.

Samenvattend heeft het gesprek met de projectleider faillissementsfraude van de FIOD mij inzicht gegeven in de afwikkeling van fraudemeldingen. Het gesprek suggereert dat de kritiek van curatoren over de terugkoppeling op

15 Een weergave van het interview is terug te vinden in appendix 4. Het interview heeft 1 uur en 48 minuten geduurd. Het transcript was 24 pagina's lang en is ter goedkeuring voorgelegd aan de projectleider faillissementsfraude van de FIOD. In tegenstelling tot de interviews met curatoren – waarvan geen weergave is opgenomen – had de projectleider geen bezwaar tegen het opnemen van de weergave.

fraudemeldingen genuanceerd moet worden. De daadwerkelijke opvolging van fraudemeldingen blijft wel een aandachtspunt. Nader onderzoek kan inzicht verschaffen in eventuele aanbevelingen voor de opvolging van fraudemeldingen.

7.6 AFSLUITING

Mijn onderzoek heeft inzicht geboden in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken en welke factoren hen daarbij beïnvloeden. Curatoren worden vanuit drie dimensies beïnvloed bij de aanpak van onregelmatigheden. De eerste dimensie is die van het specifieke faillissement: de curator wordt bij de afwikkeling beïnvloed door de middelen in de boedel en door de verhaalsmogelijkheden bij de aangesproken personen. De tweede dimensie is die van de persoon van curator; zijn taakopvatting, zijn perceptie over het beschikbare instrumentarium, zijn eigen financiële positie (los van de omvang van de boedel) en zijn eerdere ervaringen met het doen van fraudemeldingen beïnvloeden de curator in zijn aanpak. De derde dimensie ten slotte is die van de rechtbank; de visie van de rechtbank over de aanpak van onregelmatigheden beïnvloedt de curator, waarbij geldt dat hoe beter de relatie met de rechtbank is, des te meer de curator geneigd is de visie van de rechtbank te volgen.

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat het doel van de wetgever – het stimuleren van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken – onvoldoende is bereikt. De aannames van de wetgever over het gedrag van curatoren – te weten dat zij i) een oorzakenonderzoek uitvoeren, ii) geconstateerde onregelmatigheden melden bij de rechter-commissaris en iii) onregelmatigheden consequent aanpakken – lijken weliswaar deels te kloppen, maar leiden niet tot het gewenste doel van het vergroten van de pakkans. Zo voeren curatoren in de meeste faillissementen wel een oorzakenonderzoek uit, maar lijkt dat oorzakenonderzoek lang niet altijd voldoende uitgebreid te zijn om onregelmatigheden daadwerkelijk te kunnen signaleren. Daarnaast lijkt de rechter-commissaris de curator niet bij iedere geconstateerde en gemelde onregelmatigheid te stimuleren om die ook echt aan te pakken. De rechtbank lijkt gevoelig voor argumenten van de curator om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden en niet iedere rechtbank lijkt de aanpak van onregelmatigheden belangrijk te vinden. Bovendien blijkt dat curatoren niet iedere geconstateerde onregelmatigheid consequent aanpakken.

In het volgende hoofdstuk ga ik in op de normatieve implicaties van mijn onderzoek en doe ik aanbevelingen om het systeem van de aanpak van onregelmatigheden beter aan te laten sluiten bij de ambitie van de wetgever. Hier

komt het belangenpluralisme¹⁶ in faillissement tot uiting en de gevolgen daarvan voor de aanpak van onregelmatigheden door de curator.

16 Zie ook par. 3.5. De term belangenpluralisme is ontleend aan De Kloe, *RMThemis* 2020.

8.1 INLEIDING

De wetgever heeft met het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht de curator aangewezen als belangrijkste schakel bij de aanpak van onregelmatigheden. De faillissementspraktijk – zowel curatoren als anderen – had echter zijn twijfels, omdat curatoren onregelmatigheden niet altijd zouden kunnen en willen aanpakken. Het was deze tegenstelling die mijn interesse in de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden wekte. Ik raakte vooral geïnteresseerd in hoe curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken en welke factoren hen daarbij beïnvloeden. Deze vragen vormden de basis voor de drie empirische studies die in dit onderzoek zijn uitgevoerd: een interviewstudie onder curatoren, een documentenanalyse van faillissementsverslagen en een surveystudie onder curatoren. De resultaten van de empirische studies geven inzicht in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden en in de verschillende factoren die curatoren daarbij beïnvloeden. In dit verband concludeerde ik al in het vorige hoofdstuk dat er discrepanties bestaan tussen de wijze waarop de wetgever heeft aangenomen dat curatoren onregelmatigheden aanpakken (deel I, hoofdstukken 2 en 3) en de wijze waarop curatoren dat in de praktijk (zeggen te) doen (deel II, hoofdstukken 4 tot en met 6).

In dit laatste hoofdstuk kom ik toe aan de beantwoording van de hoofdvraag van dit onderzoek:

‘Hoe kunnen de belemmerende factoren die curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden in de praktijk worden ingeperkt om aan te sluiten bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissement in te dammen?’

Dit vergt een stap van feit naar norm (par. 8.2) om vervolgens op basis van de empirische resultaten van mijn onderzoek enkele aanbevelingen te doen om de praktijk beter te laten aansluiten bij de ambitie van de wetgever (deelvraag 7).

Mijn eerste aanbeveling ziet op het beter faciliteren van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden door te zorgen voor een adequate vergoeding voor werkzaamheden die vallen onder de aanpak van onregelmatigheden (par. 8.3). Mijn tweede aanbeveling ziet op het opstellen van richtlijnen om curatoren

meer te stimuleren om onregelmatigheden gestructureerd en met een zekere mate van uniformiteit aan te pakken (par. 8.4). In mijn slotbeschouwing constateer ik dat mijn aanbevelingen tot het beperken van de belemmeringen die curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden, uiteindelijk slechts een doekje voor het bloeden zijn. Ik meen dat een herziening van het huidige primaat van het belang van de gezamenlijke schuldeisers noodzakelijk is om de curator in staat te stellen ruimte te geven aan de verschillende andere belangen in faillissementen (par. 8.5). Ik concludeer dat curatoren onregelmatigheden beter zullen aanpakken indien het insolventierecht zodanig wordt aangepast dat het wettelijke systeem hun ruimte en dekking biedt voor een gelijkwaardige behartiging van andere belangen dan die van vooral de gezamenlijke schuldeisers.

8.2 DE FACT-VALUE GAP

Het doel van empirisch-juridisch onderzoek is om inzicht te geven in hoe het recht werkt in de praktijk (*law in action*). In empirisch-juridische studies wordt vaak gesproken over de *fact-value gap*.¹ De *fact-value gap* houdt in dat het enkele gegeven dat iets op een bepaalde manier werkt (*is*) niet automatisch betekent dat het ook zo zou moeten zijn (*ought*). Het is belangrijk te onderkennen dat empirische resultaten niet automatisch normatieve conclusies bevatten. Om op basis van empirische data uitspraken te kunnen doen over eventuele normatieve implicaties van die data, is het noodzakelijk om de *fact-value gap* te overbruggen.

Bij het overbruggen van de *fact-value gap* is het van belang om expliciet te zijn over waar de verslaglegging van de empirische data eindigt en waar de interpretatie van die data om te komen tot normatieve conclusies begint.² Om die reden heb ik mij in de vorige hoofdstukken met opzet onthouden van het geven van mijn eigen mening over de resultaten of het verbinden van normatieve conclusies aan de data. Hierna zal ik de empirische resultaten ‘vertalen’ naar een argument voor of tegen de invoering van een bepaalde norm. Vervolgens breng ik andere, niet-empirische argumenten in kaart die voor of tegen de desbetreffende norm pleiten. Afsluitend kom ik tot een aanbeveling voor of tegen een bepaalde norm.³ De empirische resultaten vormen een onderdeel van die argumentatie, maar zijn niet altijd doorslaggevend.

De term ‘feit’ die wordt gebruikt in de discussie over de *fact-value gap* verdient in dit kader een nuancering. Resultaten van empirisch onderzoek

1 Zie Bouwman, *NJB* 2020, p. 888 e.v. Zie ook Ansems 2021, hoofdstuk 6 en de aldaar genoemde bronnen.

2 Ansems 2021, hoofdstuk 6.

3 Ansems 2021, hoofdstuk 6; Bouwman, *NJB* 2020, p. 889-891.

geven een belangrijk inzicht in de feitelijke gang van zaken binnen een bepaald (rechts)gebied. Dat betekent niet dat de resultaten van empirisch onderzoek ook de werkelijkheid weergeven. De resultaten van empirisch onderzoek zijn vaak gebaseerd op een steekproef en daarom wordt rekening gehouden met een bepaalde foutmarge (denk aan statistische significantie). Daarnaast zijn de vragen die worden gesteld een versimpelde weergave van de werkelijkheid, ook – of: juist – als gebruik zou zijn gemaakt van experimenteel onderzoek. Resultaten van empirisch onderzoek zien bovendien vaak op de belevingswereld van een bepaalde groep respondenten, waardoor verslag wordt gedaan van een subjectieve werkelijkheid. Empirische data zijn op zichzelf dus geen feiten, slechts bevindingen. Omdat de empirische studies niet de objectieve werkelijkheid rapporteren, is het des te meer van belang om de *fact-value gap* te overbruggen.

De *fact-value gap* is ook in dit onderzoek van belang. Het doel van mijn onderzoek is om op basis van belemmeringen die in de praktijk spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator te komen tot een aanbeveling voor een (wettelijk) systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen. In mijn empirische studies heb ik onderzocht welke belemmeringen en stimulansen curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden – de ‘feiten’. Deze ‘feiten’ zijn gebaseerd op de persoonlijke belevingswereld van curatoren en laten dus een subjectieve werkelijkheid zien. Het enkele gegeven dat curatoren bepaalde belemmeringen ervaren betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat die belemmeringen er ook daadwerkelijk zijn, laat staan dat die ook moeten worden opgelost. Om te komen tot een wettelijk systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden in te dammen – de ‘normen’ – ga ik in de navolgende paragrafen in op de normatieve conclusies die kunnen worden verbonden aan de empirische resultaten van mijn onderzoeken.

8.3 AANBEVELING 1: HET FACILITEREN VAN CURATOREN BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

8.3.1 Introductie

Het doel van de wetgever was om curatoren te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken, zodat de pakkans zou worden vergroot en een preventief effect zou worden gecreëerd (hoofdstuk 2). Bij het wettelijk vastleggen van de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden heeft de wetgever enkele aannames gedaan over het gedrag van curatoren. Zo verwacht de wetgever dat de curator in ieder faillissement een (beperkt) oorzakenonderzoek uitvoert. Bovendien verwacht de wetgever dat de curator geconstateerde

onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris en stappen onderneemt om deze onregelmatigheden te redresseren (par. 2.3 en 3.4).

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat deze aannames niet volledig correct zijn en dat daardoor tevens het doel van de wetgever – het creëren van een preventief effect – niet volledig wordt bereikt (par. 7.4). De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat de aannames van de wetgever deels incorrect zijn, omdat curatoren zich onvoldoende gefaciliteerd voelen bij de aanpak van onregelmatigheden, zowel qua middelen als qua instrumenten. Curatoren ervaren een aantal belemmeringen waardoor zij onregelmatigheden naar eigen zeggen niet altijd aanpakken. Die belemmeringen lijken een belangrijke reden te zijn dat het doel van de wetgever niet wordt behaald. Hierna bespreek ik in hoeverre bij curatoren de verschillende belemmeringen zouden moeten worden weggenomen, zodat zij zich beter gefaciliteerd voelen bij de aanpak van onregelmatigheden. Ik behandel achtereenvolgens de opvolging van fraudemeldingen (par. 8.3.2), het instrumentarium van de curator (par. 8.3.3), de visie van de rechtbanken (par. 8.3.4) en de vergoeding van de kosten die gemoeid zijn met de aanpak van onregelmatigheden (par. 8.3.5). In paragraaf 8.3.6 concludeer ik dat curatoren vooral gefaciliteerd kunnen worden door te zorgen voor een goede relatie met de rechtbank en een betere vergoeding voor de kosten die gemoeid zijn met de aanpak van onregelmatigheden.

8.3.2 De opvolging van fraudemeldingen

Een eerste belemmering bij de aanpak van onregelmatigheden is volgens curatoren de opvolging die wordt gegeven aan fraudemeldingen door het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude.⁴ Sommige curatoren geven aan dat fraudemeldingen nauwelijks worden opgepakt. Bovendien geven sommige curatoren aan niet eens een reactie te krijgen op de meldingen die zij hebben gedaan. Door de gebrekkige opvolging die volgens curatoren wordt gegeven aan de fraudemeldingen die zij doen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, zijn zij minder geneigd fraudemeldingen te doen.⁵

Opvallend is dat het aantal fraudemeldingen gecorrigeerd voor het aantal faillissementen de afgelopen jaren relatief juist is toegenomen. Ook absoluut is het aantal faillissementen waarin een fraudemelding is gedaan gestegen.⁶ Curatoren zijn dus – ondanks de in hun ogen gebrekkige terugkoppeling en ondanks de kleine kans dat meldingen worden opgepakt – juist meer fraudemeldingen gaan doen. Het is de vraag in hoeverre het nuttig is om curatoren

4 Zie par. 4.5.3, 6.5.6 en 7.3.3, tweede dimensie.

5 Zie par. 4.5.3, 6.5.6 en 7.3.3, tweede dimensie. Zie ook Bentfort van Valkenburg & Van de Wiel, *MvV* 2020, par. 4.4; Van Nielen, *FIP* 2017, p. 39-44; De Ridder e.a. 2012, p. 33-34.

6 *Fraudemonitor 2019 en 2020*, Den Haag: Openbaar Ministerie, p. 22.

nog meer te stimuleren om fraudemeldingen te doen, aangezien het huidige aantal fraudemeldingen al niet volledig kan worden opgepakt. Als de capaciteit en de daadwerkelijke inzet van de FIOD, de politie en het OM om de meldingen op te pakken niet wordt vergroot, zal het stimuleren van curatoren om meer meldingen te doen alleen maar leiden tot meer onvrede over de nog beperktere opvolging van fraudemeldingen. Het stimuleren van curatoren om meer fraudemeldingen te doen is nutteloos tenzij de capaciteit om die meldingen op te pakken wordt vergroot. Het doel van de wetgever is immers om onregelmatigheden daadwerkelijk aan te pakken en niet om die alleen geregistreerd te krijgen.

Een mogelijkheid om binnen de huidige capaciteit meer meldingen op te kunnen pakken, is door het verbeteren van de fraudemeldingen van curatoren. De projectleider faillissementsfraude van de FIOD heeft aangegeven dat meldingen van curatoren vaak onvoldoende onderbouwd zijn (zie par. 7.7). Als curatoren betere meldingen doen en meer informatie aanleveren, hebben de FIOD, de politie en het OM meer aanknopingspunten om deze meldingen op te pakken.

8.3.3 Het instrumentarium van de curator

Een tweede belemmering die curatoren ervaren, is gelegen in de mogelijkheden die zij hebben om onregelmatigheden aan te pakken. Sommige curatoren menen dat zij onvoldoende (juridische) mogelijkheden hebben om op te treden tegen degenen die onregelmatig hebben gehandeld. Een voorbeeld dat veelvuldig door curatoren wordt genoemd, is het bestaan van onbereikbare activa waardoor het instellen van een actie of het aanvragen van een garantstelling al op voorhand kansloos is.⁷ De curator heeft verschillende instrumenten om onregelmatig handelen op te sporen⁸ en te redresseren⁹. In de literatuur is meermaals betoogd dat de curator meer middelen nodig heeft om onregelmatigheden daadwerkelijk te kunnen aanpakken.¹⁰ Uit mijn onderzoek blijkt dat sommige curatoren deze mening delen, maar de resultaten geven geen uitsluitsel over de vraag of het instrumentarium van de curator toereikend is om onregelmatigheden aan te pakken. Het is dus onzeker of het huidige instrumentarium ontoereikend is, iets wat nader onderzoek moet uitwijzen alsook waar mogelijke uitbreiding gewenst is.

Bovendien blijkt uit het onderzoek dat curatoren vaak wel de juridische mogelijkheden hebben om op te treden, maar de tijdsinvestering niet opfortuun vinden ten opzichte van de verwachte opbrengsten (par. 4.5.2 en 6.5.5).

7 Zie par. 4.5.3, 6.5.5 en 7.3.3, tweede dimensie.

8 Zie uitgebreid: Feenstra 2015.

9 Zie hoofdstuk 3.

10 Feenstra 2015, p. 429.

Dit argument zal niet anders worden wanneer de gereedschapskist van curatoren wordt uitgebreid. Om deze reden acht ik uitbreiding van het instrumentarium van de curator niet opportuun.

8.3.4 De visie van de rechtbank op de aanpak van onregelmatigheden

Een derde belemmering voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken is gelegen in het beleid van de rechtbanken.¹¹ Hoewel de meeste curatoren aangeven dat rechtbanken de aanpak van onregelmatigheden belangrijk vinden, hebben zij tegelijkertijd ook het gevoel dat rechtbanken een efficiënte (lees: snelle) afwikkeling van een faillissement belangrijker vinden dan de aanpak van onregelmatigheden.¹² Vooral het beoordelings- en het benoemingenbeleid van de rechtbank spelen hierbij een rol.

Het beoordelingsbeleid

De nadruk op efficiëntie komt vooral terug in het beoordelingsbeleid. De beoordeling van curatoren gebeurt via periodieke evaluatiegesprekken.¹³ De rechtbank kan bij de beoordeling ook inzage verlangen in de dossiers van de curator.¹⁴ Sommige rechtbanken maken bij de evaluatiegesprekken gebruik van *key performance indicators* (KPI's). De KPI's meten (onder andere) het gerealiseerde boedelactief, de boedelkosten, de snelheid waarmee curatoren het faillissement afwickelen en de *procedurele compliance*.¹⁵ Curatoren worden geacht 'het boedelactief te maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft'.¹⁶ De rechtbanken lijken de beoordelingen te baseren op cijfers die worden gebruikt in het tijdschrijfsysteem en in het financiële verslag.¹⁷ Een voordeel van deze cijfermatige aanpak is dat er objectieve gegevens beschikbaar komen. Daardoor kan een gevoel dat soms bij de rechtbank heerst over (de werkwijze en resultaten van) een bepaalde curator worden bevestigd of juist ontkracht. Frima noemt het voorbeeld van een curator van wie het beeld bestond bij de rechters-commissarissen dat 'hij altijd procedeerde', terwijl uit cijfers bleek dat hij feitelijk niet meer dan andere curatoren procedeerde.¹⁸ Aan een beoor-

11 Zie over de relatie tussen de rechter-commissaris en de curator ook Hollemans & Van Dijck 2020.

12 Zie par. 4.5.4, 6.5.7, 6.5.8 en 7.3.4, derde dimensie.

13 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 6.

14 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 6.

15 Frima, *FIP* 2021, p. 6.

16 Frima, *FIP* 2021, p. 6.

17 Zie rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civil/Insolventierecht/Paginas/Recofa-richtlijnen.aspx voor de verschillende formulieren voor registratie van gemaakte uren en voor het opstellen van het financiële verslag.

18 Frima, *FIP* 2021, 91, p. 7.

deling op basis van cijfermatige gegevens zit echter een belangrijk nadeel verbonden. Zo kan het zo zijn dat een curator relatief veel uur heeft besteed aan een door hem als kansrijk beoordeelde bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, terwijl dat uiteindelijk niet heeft geleid tot een verhaalbare vordering. Vooral in fraudefaillissementen lijkt de koppeling tussen gemaakte kosten en behaalde opbrengsten geen goede beoordelingsmaatstaf, omdat juist in fraudefaillissementen vaak boedelactief ontbreekt en er geen verhaalsmogelijkheden bekend of bereikbaar zijn.¹⁹ Het is bovendien nog maar de vraag of de tijdschrijfmethode van advocaten een goed inzicht geeft in de daadwerkelijke tijdsbesteding.²⁰ Om extra context te krijgen, kan aan curatoren extra informatie worden gevraagd over de tijdsbesteding tijdens de kantoorgesprekken, maar deze kantoorgesprekken vergen een tijdsinvestering van de rechtbanken. De resultaten van mijn empirische studies laten zien dat niet in ieder arrondissement periodieke evaluatiegesprekken aan de hand van een aantal vooraf bekende criteria worden gevoerd zoals is aangegeven in het Recofa-benoemingsbeleid.²¹ Indien er wel een evaluatiegesprek wordt gevoerd, hebben curatoren het idee dat er niet altijd goed wordt gekeken naar ingediende documenten, waardoor alsnog individuele feedback ontbreekt.²²

Wat daar ook van zij, afgezien van deze onvolkomenheden is het de vraag is of een beoordelingsmaatstaf waarbij van curatoren wordt verwacht dat zij 'het boedelactief maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft'²³, wel een geschikte beoordelingsmethode is. De resultaten van de empirische studies laten zien dat curatoren zich laten leiden door (de impliciete en expliciete) verwachtingen en visie van de rechtbanken.²⁴ Ik betoogde al eerder dat indien curatoren afgaan op KPI's, zij vanuit hun eigen praktijkvoering bezien worden gestimuleerd om faillissementen zo kostenefficiënt mogelijk af te wikkelen.²⁵ Deze stimulans draagt weer bij aan de bestaande praktijk om minder uren te steken in lege boedels en meer uren te steken in volle boedels, zodat er een positieve balans bestaat tussen gemaakte kosten en (gerealiseerde) boedelomvang.

Rechtbanken proberen de aanpak van onregelmatigheden te stimuleren door in faillissementen waar onregelmatigheden vermoedelijk een rol gaan spelen een "fraudecurator" te benoemen.²⁶ De rechtbank weet (of neemt aan) dat een fraudecurator de aanpak van onregelmatigheden onder zijn taak vindt

19 Dat nadeel onderkent ook Frima, zie Frima, *FIP* 2021, p. 9.

20 Zie ook Dethmers, *TvI* 2004, par. 3.

21 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013.

22 Zie par. 4.5.4.

23 Frima, *FIP* 2021, p. 6.

24 Zie par. 4.5.4, 6.5.7, 6.5.8, 6.5.9 en 7.3.4, derde dimensie.

25 Zie par. 6.2

26 Meerdere participanten van de interviewstudie gaven aan "fraudecurator" te zijn. Het bestaan van fraudecuratoren blijkt ook uit: Feenstra 2015, voetnoot 1.

vallen²⁷, waardoor hij zich proactief inzet om onregelmatigheden aan te pakken. Deze benoemingspraktijk kan bijdragen aan de aanpak van onregelmatigheden, ware het niet dat daarvoor ten tijde van de faillietverklaring voldoende duidelijk moet zijn of er (vermoedens van) eventuele onregelmatigheden zijn. Tevens moet een duidelijk overzicht bestaan van curatoren die zich proactief inzetten bij de aanpak van onregelmatigheden. Mijn besluitvormingstheorie, die laat zien dat de taakopvatting van de curator een belangrijke factor is, kan daarbij handvatten bieden. Rechtbanken zouden bijvoorbeeld bij hun periodieke evaluatiegesprekken curatoren kunnen bevragen over de zeven factoren en op basis daarvan beslissen of de desbetreffende curator kan worden aangemerkt als 'fraudecurator'. Mijns inziens kleven er twee mogelijke risico's aan het benoemen van fraudecuratoren. Het eerste risico is dat (ook) fraudeurs kunnen ontdekken wie worden aangemerkt als fraudecurator. Een doorgewinterde fraudeur zou er voor kunnen zorgen dat het de fraudecuratoren niet vrij staat het faillissement van de fraudeur af te wikkelen door hen bijvoorbeeld eerder te betrekken bij de onderneming en daarmee voor een rol als curator te conflicteren. Het tweede risico is dat door deze werkwijze de tweedeling tussen curatoren die bereid zijn fraude aan te pakken en curatoren die daar niet of minder toe bereid zijn, alleen maar toeneemt. Zo kunnen curatoren, als zij niet worden aangemerkt als fraudecurator aannemen dat zij in "hun" faillissementen minder aandacht hoeven te besteden aan de aanpak van onregelmatigheden. Fraudecuratoren zouden juist extra op zoek kunnen gaan naar onregelmatigheden, terwijl daar wellicht helemaal geen sprake van is. De kwalificatie "fraudecurator" zou de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd en aangepakt nog afhankelijker maken van de curator die het faillissement afwikkelt.

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat de rechtbank een belangrijke rol heeft in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken.²⁸ Curatoren zijn eerder bereid om onregelmatigheden aan te pakken als zij denken dat de rechtbank dat belangrijk vindt. Ook indien de rechtbanken van mening zouden zijn dat zij curatoren voldoende de ruimte geven om onregelmatigheden aan te pakken, blijkt die boodschap bij curatoren niet over te komen. Mijn verwachting is dat curatoren meer bereid zullen zijn om onregelmatigheden aan te pakken als rechtbanken curatoren (nog) explicieter aanmoedigen dit te doen. Dat draagt bij aan het bereiken van de doelstelling van de wetgever.

Het benoemingsbeleid

Bovendien blijkt dat hoe beter de relatie tussen de rechtbank en de curator is, des te eerder de curator geneigd is de visie van de rechtbank te volgen.²⁹

27 Zie par. 4.5.3, 6.5.4 en 7.3.3, tweede dimensie over de taakopvatting van de curator.

28 Zie par. 4.5.4, 6.5.7, 6.5.8, 6.5.9 en 7.3.4, derde dimensie.

29 Zie par. 4.5.4, 6.5.8, 6.5.9 en 7.3.4, derde dimensie.

Rechtbanken kunnen overwegen om te investeren in de relatie met curatoren door het introduceren van een eerlijke en transparante benoemingspraktijk.³⁰

Artikel 14 lid 1 Fw regelt dat het vonnis van de faillietverklaring (mede) de aanstelling van een of meerdere curatoren inhoudt. De rechtbank stelt in de regel slechts advocaten aan die zijn geplaatst op de zogenoemde curatorenlijst als curator.³¹ Een advocaat kan bij de rechtbank waar hij op het tableau gesteld is schriftelijk verzoeken om op de curatorenlijst te worden geplaatst.³² De rechtbank beslist vervolgens op basis van twee toetsen of de curator (voorlopig) kan worden toegelaten tot de curatorenlijst. De eerste toets bestaat uit een kwalitatieve toets over de kennis en de ervaring van de advocaat.³³ Zo dient de advocaat de advocatenstage en de VSO-cursus Insolventierecht te hebben afgerond, voldoende ervaring te hebben met de afwikkeling van faillissementen en direct na benoeming voldoende tijd te kunnen besteden aan de afwikkeling van faillissementen. Bovendien heeft het de voorkeur dat de advocaat werkzaam is bij een kantoor waaraan 'een of meer reeds op de curatorenlijst geplaatste (meer ervaren) curator(en) en een of meer faillissementsmedewerker(s) zijn verbonden zodat er voldoende delegatiemogelijkheden zijn.' De tweede toets is een omstandighedentoets. De omstandighedentoets houdt in dat de rechtbank het verzoek om plaatsing op de curatorenlijst slechts continueert 'wanneer zij uitbreiding van de curatorenlijst met de betrokken advocaat, mede gelet op het aantal uitgesproken en te verwachten faillissementen en de geografische spreiding, wenselijk acht.' Dat betekent dat een curatorenlijst ook op slot kan zitten omdat er voldoende curatoren zijn om de uitgesproken faillissementen af te wikkelen. Plaatsing op de curatorenlijst is voorlopig. Na twee jaar bekijkt de rechtbank of de curator goed genoeg functioneert om de plaatsing te continueren.³⁴

Plaatsing op de curatorenlijst betekent niet dat curatoren het 'recht op benoeming' hebben. Curatoren dienen er ingevolge Recofa-richtlijnen op bedacht te zijn dat het aantal faillissementen kan teruglopen.³⁵ De rechtbanken proberen wel om curatoren zodanig regelmatig te benoemen dat zij hun kennis en kunde op peil kunnen houden.³⁶

De rechtbank kan besluiten om een advocaat van de curatorenlijst te schrappen.³⁷ Dat kan op basis van een constatering dat de desbetreffende advocaat niet langer aan de uitgangspunten voor de kwalitatieve toelatingstoets voldoet, bijvoorbeeld omdat de advocaat niet langer voldoende tijd en aandacht kan besteden aan de afwikkeling van faillissementen. Daarnaast kan de recht-

30 Zie ook *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 15-16 en p. 42 e.v.

31 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013.

32 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 4.

33 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 4.

34 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 5.

35 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 8.

36 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 8.

37 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 7.

bank ook besluiten om curatoren van de lijst te schrappen omdat er te veel curatoren op de lijst staan of omdat het uurtarief van de curator niet (langer) in overeenstemming is met zijn kennis en ervaring. Voorts kunnen curatoren van de lijst worden geschrapt op basis van de uitkomst van evaluatiegesprekken en/of dossieronderzoeken of de door de rechters-commissarissen geconstateerde (gebrekkige) doelmatigheid, voortvarendheid en kwaliteit in de afwikkeling van faillissementen.³⁸

Waar de vereisten voor plaatsing op de curatorenlijst behoorlijk uitgebreid worden beschreven, geldt dat niet voor benoeming in individuele faillissementen.³⁹ De rechtbank benoemt in een individueel faillissement steeds de curator die zij het meest geschikt acht voor het desbetreffende faillissement.⁴⁰ Voor verdeling van faillissementen naar zwaarte kan de rechtbank categorieën hanteren die zijn gebaseerd op ervaring, opleiding en functioneren.⁴¹ Het is waarschijnlijk dat de rechters op de insolventieafdeling van de benoemende rechtbank overleg voeren over het aanwijzen van curatoren in 'zwaardere' faillissementen.⁴² Tijdens dat overleg wordt gekeken of er bijvoorbeeld sprake is van een bepaald type faillissement (denk aan retail of ICT) of een faillissement waar bepaalde vraagstukken spelen (denk aan fraude of verrekening) waarvoor een geschikte curator kan worden gevonden.⁴³

Samenvattend maken de uitgangspunten voor benoemingen niet direct duidelijk op basis van welke criteria de rechtbank in een specifiek faillissement voor een bepaalde curator kiest.⁴⁴ Daar komt bij dat het document weliswaar uitgangspunten heeft geformuleerd, maar dat daaraan geen rechten kunnen worden ontleend en in specifieke arrondissementen kan van de uitgangspunten worden afgeweken.⁴⁵ De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat een groot deel van de curatoren het benoemingsbeleid niet transparant en veelal ook niet eerlijk vindt. De resultaten van mijn empirische studies suggereren dat benoeming in een individueel faillissement niet plaatsvindt aan de hand van objectieve criteria, maar aan de hand van subjectieve ervaringen van rechters-commissarissen met de curatoren.⁴⁶ Deze onvrede over het benoe-

38 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 7.

39 Zie ook Dethmers, *TvI* 2004, par. 6.

40 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 8.

41 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 8.

42 Van Galen, *TvI* 2021, par. 1.

43 Wessels, *AA* 2017, p. 967.

44 Van Hees, *TvI* 2016. Het is bovendien de vraag of de voorwaarden voor benoeming voldoen aan de herstructureringsrichtlijn waar is geregeld dat de vereisten voor benoeming 'duidelijk, transparant en rechtvaardig' zijn. Zie Artikel 26 lid 1 sub a Herstructureringsrichtlijn. Zie ook Van Galen, *TvI* 2017, par. 9 en *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 43-44.

45 Schreurs, *TvI* 2018, par. 2.

46 Dethmers beschreef al in 2004 treffend welke curatoren de meeste kans hebben om te worden benoemd: 'De curator die steeds stukken tijdig aanlevert, verslagen en verzoeken deugdelijk onderbouwt, klachten redelijk afhandelt, procedures adequaat voert en regelmatig wint alsmede consistent en begrijpelijk declareert, verwerft vertrouwen bij de R-C en zal

mingsbeleid is niet nieuw.⁴⁷ In de literatuur wordt al langer gepleit voor een transparanter en duidelijker benoemingsbeleid.⁴⁸ Zo pleitte de voorzitter van Recofa al in 2000 (!) voor een ‘duidelijker en transparanter’ benoemingsbeleid.⁴⁹ Hoewel sinds 2000 een en ander is veranderd (en verbeterd)⁵⁰ – denk aan de kwaliteitsslag bij zowel curatoren als rechters-commissarissen en het opstellen van de Recofa-uitgangspunten voor benoeming – laten de resultaten van mijn empirische studies zien dat de onvrede nog steeds actueel is en onder een brede groep curatoren voorkomt.⁵¹ De wetgever lijkt deze problematiek niet volledig te onderkennen.⁵²

In de literatuur wordt wel geopperd dat het benoemingsbeleid met opzet vaag wordt gehouden, omdat dat de curator zou moeten stimuleren om kwalitatief goed werk te leveren.⁵³ De aanname die daarachter schuilgaat is dat curatoren, als er geen transparant benoemings- en beoordelingsbeleid bestaat, eerder geneigd zijn om de visie van de rechtbank te volgen. De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat deze aanname onjuist is. Een transparanter benoemings- en beoordelingsbeleid maakt juist dat curatoren de visie van de rechtbank nog beter volgen.

Kortom, investeren in een betere relatie tussen curator en rechtbank kan ervoor zorgen dat curatoren de visie van de rechtbank over de aanpak van onregelmatigheden beter overnemen. Het is zaak dat curatoren zich niet belemmerd voelen door het benoemings- en beoordelingsbeleid. De resultaten van mijn studies laten zien dat curatoren door het verduidelijken, verder uitwerken en transparanter maken van het benoemings- en beoordelingsbeleid mogelijk eerder geneigd zullen zijn om onregelmatigheden aan te pakken, vooral omdat zij dan niet meer het gevoel zullen hebben dat hun beoordeling en benoeming hoofdzakelijk om efficiëntie draait. Dit kan bijdragen aan het behalen van de doelstelling van de wetgever. De in het wetsvoorstel over de implementatie van de Herstructureringsrichtlijn voorgestelde verduidelijking van de criteria voor benoeming van curatoren in de Recofa-richtlijnen kan een goed tijdstip zijn om een voor curatoren duidelijk en transparant benoemings-

met graagte worden benoemd. R-C en curatoren leren elkaar kennen en – als het goed is – vertrouwen.’ Zie: Dethmers, *TvI* 2004, par. 6. Ook Vriesendorp schreef al eerder: ‘De tijd dat men voor zijn broodwinning afhankelijk was van de welwillendheid, goedertierenheid en soms ook persoonlijke voorkeuren van rechters, ligt met de huidige professionalisering van het vak hopelijk toch wel achter ons.’ Zie: Vriesendorp, *TvI* 2010. In die zin lijkt er dus weinig te zijn veranderd.

47 Zie bijvoorbeeld Van Vonderen, *TvI* 2000, p. 18; Vriesendorp, *TvI* 2010; Dethmers, *TvI* 2004; Wessels, *AA* 2017 en Van Hees, *TvI* 2016.

48 Zie bijvoorbeeld Wessels, *AA* 2017; Mulder, *TvI* 2005.

49 Van Vonderen, *TvI* 2000.

50 Vgl. Mulder, *TvI* 2005.

51 Zie par. 4.5.4, 6.5.8, 7.3.4, derde dimensie.

52 *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 43-44, 67-68 en 73. Zie ook het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten over de internetconsultatie d.d. 29 april 2021.

53 Oppedijk-Van Veen & Leferink, *FIP* 2020, par. 2.

beleid te introduceren.⁵⁴ Het is daarbij van belang dat het benoemingsbeleid in de praktijk ook daadwerkelijk wordt nageleefd.

8.3.5 Een adequate beloning voor de werkzaamheden van de curator

De laatste en – volgens de studies – belangrijkste factor die meespeelt bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, is (het gebrek aan) de vergoeding voor de werkzaamheden die gemoeid zijn met die aanpak. De resultaten van mijn onderzoek bevestigen dat een lege boedel en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden de belangrijkste redenen zijn voor curatoren om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden. Op basis van de resultaten blijkt dat het aannemelijk is dat juist in faillissementen met een lege boedel de meeste onregelmatigheden voorkomen.⁵⁵ Daar komt bij dat in faillissementen waarin de aanpak van onregelmatigheden nodig blijkt te zijn, curatoren veelal worden geconfronteerd met een faillissement waar activa uit de boedel zijn ontnomen en waar er een gebrek is aan (juiste) informatie. Fraudeurs zullen immers hun onregelmatige handelen proberen te verhallen.⁵⁶ Dat betekent dat de curator zich extra moet inzetten om informatie te verzamelen, terwijl er vaak onvoldoende boedel is om de werkzaamheden te vergoeden.

Wanneer er verhaalsmogelijkheden zijn, is een lege boedel voor de curator minder problematisch. Curatoren kunnen dan een eventueel onderzoek of procedure voorfinancieren of een beroep doen op de GSR. Ook kunnen zij proberen schuldeisers (en meer specifiek in voorkomend geval de Belastingdienst) bereid te vinden om een deel van de werkzaamheden te financieren. De huidige financieringsmogelijkheden bieden de curator echter onvoldoende mogelijkheden om zich in te zetten voor de aanpak van onregelmatigheden bij een gebrek aan verhaalsmogelijkheden. Zo is voor een succesvol beroep op de garantstellingsregeling noodzakelijk dat er voldoende verhaalsmogelijkheden zijn. Ook derden als de Belastingdienst en schuldeisers zullen slechts willen bijdragen indien zij daardoor (een deel van) hun vordering voldaan zien worden. Bij een gebrek aan verhaalsmogelijkheden resteert vaak alleen het doen van een fraudemelding, maar een fraudemelding levert meestal geen middelen voor de boedel op.⁵⁷

Het huidige financieringsmodel stimuleert curatoren om lege boedels snel en kostenefficiënt af te wikkelen en de onbetaald gebleven uren te compenseren door (al dan niet terecht) meer uren te besteden in faillissementen met een

54 *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 43-44 en 67-68. Zie art. 26 lid 1 sub b Herstructureringsrichtlijn,

55 Zie par. 4.5.2, 6.5.3 en 6.5.10.

56 Feenstra 2015, p. 406.

57 Zie voor enkele uitzonderingen Boerma 2015.

volle boedel.⁵⁸ De aanpak van onregelmatigheden is daar niet mee gediend. Bovendien is niet te verantwoorden dat het gebrek aan adequate beloning in sommige faillissementen kan worden gecompenseerd met andere – goed gevulde – faillissementen, want zo worden de schuldeisers van de faillissementen met een behoorlijke boedel benadeeld. Om curatoren daadwerkelijk aan te moedigen om onregelmatigheden aan te pakken, is het noodzakelijk dat de vergoeding van de kosten die gemoeid zijn met die aanpak als die niet leidt tot voldoende inkomsten – en die niet direct in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers – niet via de boedel loopt.

Zolang curatoren het argument ‘voorkomen dat goed geld naar kwaad geld wordt gegooid’ kunnen gebruiken om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden, zal de aanpak van onregelmatigheden nooit succesvol zijn.⁵⁹

8.3.6 Conclusie

Uit mijn onderzoek blijkt dat curatoren verschillende belemmeringen ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden. Het wegnemen van sommige geconstateerde belemmeringen, zoals gebrekkige opvolging van fraudemeldingen (par. 8.3.2) en gebrekkig instrumentarium (par. 8.3.3) lijken minder behulpzaam voor het bereiken het doel van de wetgever. Ik heb voorgesteld om twee andere belemmeringen weg te nemen om curatoren beter te faciliteren bij de aanpak van onregelmatigheden. Zo is het aan te raden dat rechtbanken curatoren expliciet de ruimte bieden om onregelmatigheden aan te pakken door bij hun beoordelingen niet alleen te sturen op ‘het maximaliseren van het boedelactief tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft’ (par. 8.3.4). Om curatoren aan te moedigen de visie van de rechtbank beter te volgen, is het aan te raden om te investeren in een goede relatie tussen de curator en de rechtbank, bijvoorbeeld door het verduidelijken van de benoemingspraktijk.

Bovendien is het van belang dat de beloningsstructuur aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden consequent aan te pakken (par. 8.3.5). Momenteel worden curatoren aangemoedigd om onregelmatigheden aan te pakken als er voldoende boedel en/of verhaalsmogelijkheden zijn en worden zij ontmoedigd als dat er niet is. Het is zaak dat curatoren worden aangemoedigd om ook bij lege boedels en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden onregelmatigheden aan te pakken, omdat het aannemelijk is dat juist in die faillissementen meer onregelmatigheden voorkomen.

58 Zie ook Van Dijck & Gramatikov, *TvI* 2010 en Van Dijck e.a., *TvI* 2008, p. 210-220.

59 Vriesendorp, *TvI* 2017, p. 159.

8.4 AANBEVELING 2: HET STIMULEREN VAN CURATOREN BIJ DE AANPAK VAN ONREGELEMATIGHEDEN

8.4.1 Introductie

Naast het wegnemen van de belemmeringen die curatoren ervaren, zodat zij beter worden gefaciliteerd bij de aanpak van onregelmatigheden, kan het ook behulpzaam zijn om curatoren meer direct te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken. De norm is dat curatoren onregelmatigheden moeten onderzoeken en aanpakken, maar hoe curatoren invulling dienen te geven aan die norm is niet gespecificeerd. Daardoor vullen curatoren de taak om onregelmatigheden aan te pakken verschillend in.⁶⁰ De wettelijke regeling biedt de curator deze beleidsvrijheid.⁶¹ Dat betekent dat niet iedere curator zich altijd inzet om onregelmatigheden aan te pakken. Om curatoren te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken, kan het behulpzaam zijn om daarvoor richtlijnen op te stellen en daarmee uniformiteit bewerkstelligen in de taakuitoefening van curatoren. Nu hangt de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de taak om onregelmatigheden aan te pakken te veel af van de financiële toestand in een specifiek faillissement (par. 7.3.2, eerste dimensie), de persoon van de individuele curator (par. 7.3.4, tweede dimensie) en de toezichthoudende rechtbank en haar insolventierechters. Hierna bespreek ik het nut en de noodzaak voor zulke richtlijnen en geef ik enkele korte aanbevelingen over de inhoud van eventuele richtlijnen bij de aanpak van onregelmatigheden.

8.4.2 Richtlijnen voor de aanpak van onregelmatigheden

Ongewenste inconsistentie in de wijze waarop onregelmatigheden worden aangepakt
Het belangrijkste resultaat van mijn onderzoek is dat onder curatoren een totaal gebrek aan consensus bestaat over hoe onregelmatigheden aangepakt zouden moeten worden. Het blijkt voor curatoren lastig in te schatten hoe de fraudesignalerende rol eenvormig zou moeten worden ingevuld.⁶² Ook is onduidelijk waar de grens ligt tussen (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en frauduleus handelen, waardoor niet duidelijk is wanneer een fraudemelding gedaan moet worden.⁶³ De verschillende opvattingen maken dat iedere curator de taak om onregelmatigheden aan te pakken invult op een wijze die aansluit bij zijn eigen opvatting van de fraudesignalerende rol. De kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd en aangepakt, is dus afhankelijk van de toevallige curator

60 Zie met name par. 4.4, 6.4 en 7.3.5.

61 Feenstra 2019, p. 275-276. Zie ook De Ridder e.a. 2012, p. 87-88.

62 Zie par. 4.4, 4.5, 6.4, 6.5 en 7.3.

63 Zie par. 4.4.4, 4.7, 6.4.3 en 6.6.

die het faillissement afwikkelt en de toevallige rechtbank die toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement.

Dit resultaat geeft aanleiding tot bezorgdheid over de gelijkheid van schuldeisers in faillissementen. Schuldeisers zijn immers overgeleverd aan de toevallige curator die het faillissement afwikkelt. Het kan zo zijn dat de ene curator onregelmatigheden alleen aanpakt wanneer die aanpak iets oplevert voor de boedel, terwijl de andere curator onregelmatigheden altijd aanpakt – ongeacht of die aanpak iets oplevert voor de boedel.

Bovendien laten de resultaten van mijn onderzoek zien dat de pakkans van fraudeurs varieert, simpelweg omdat de persoon van de curator en diens opvattingen over zijn taak en rol in het faillissement significant bijdraagt aan de kans dat onregelmatigheden wel of niet worden aangepakt. De wetgever (en in bredere zin de maatschappij) is afhankelijk van de curator voor een effectieve aanpak van onregelmatigheden, maar ten onrechte wordt aangenomen dat iedere curator in een vergelijkbare situatie eenzelfde beslissing neemt (hoofdstuk 4 en 6). De eerste reden voor het introduceren van richtlijnen is dus de wens om curatoren op gelijke wijze invulling te laten geven aan de taak om onregelmatigheden aan te pakken, om zo te voorkomen dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhangt van welke curator wordt aangesteld.

Ongevenste bias bij de aanpak van onregelmatigheden

Uit mijn onderzoek blijkt bovendien dat de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd en aangepakt afhankelijk is van de financiële staat van de boedel en de verhaalsmogelijkheden bij degene die (vermoedelijk) onregelmatig heeft gehandeld. Dat komt omdat de gezamenlijke schuldeisers niet gebaat zijn bij een aanpak van onregelmatigheden als deze aanpak niet tot extra middelen in de boedel leidt. Daarnaast krijgt de curator geen vergoeding voor de kosten die zijn gemoeid met de aanpak van onregelmatigheden als er onvoldoende boedel beschikbaar is en er geen verhaalsmogelijkheden zijn.⁶⁴ Naast de invloed van de individuele financiële positie van de curator en diens kantoor,⁶⁵ blijken de financiële staat van de boedel en de verhaalsmogelijkheden stimulansen voor curatoren te zijn om onregelmatigheden wel of niet aan te pakken.⁶⁶ Dat betekent dat de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd en aangepakt dus afhankelijk is van de boedel en van de verhaalsmogelijkheden.

Deze resultaten laten zien dat de verschillende wijzen waarop curatoren in de praktijk invulling geven aan hun rol bij de aanpak van onregelmatigheden kunnen zorgen voor risico's op het gebied van de objectiviteit van de curator en de gelijke behandeling van de betrokkenen (zie ook par. 3.5). Zo

⁶⁴ Zie par. 3.5.

⁶⁵ Zie par. 4.5.2 en 6.5.3.

⁶⁶ Zie par. 4.5.2 en 5.4.

kan worden getwijfeld aan de objectiviteit van de curator, aangezien de curator persoonlijk baat heeft bij bepaalde beslissingen omdat zijn salaris wordt betaald uit de boedel. Zo is het voor de curator voordelig te besluiten dat (nader) onderzoek naar eventuele onregelmatigheden noodzakelijk is, indien voldoende boedel bestaat. Bovendien kan het voor curatoren voordelig zijn om akkoord te gaan met een schikking die zijn gemaakte uren vergoedt, terwijl er wellicht wel een beter resultaat te bereiken valt als er een procedure zou worden gevoerd. De resultaten van mijn onderzoek geven geen aanleiding te veronderstellen dat curatoren zich op grote schaal laten beïnvloeden door persoonlijke financiële prikkels, maar het valt niet uit te sluiten dat het persoonlijke belang van de curator meeweegt bij het nemen van beslissingen over de aanpak van onregelmatigheden. De focus op de staat van de boedel en de verhaalsmogelijkheden kan dus zorgen voor een *bias* bij curatoren in die zin dat zij eerder menen dat zij onregelmatigheden aan moeten pakken indien hun inspanningen daadwerkelijk worden vergoed. De tweede reden voor het introduceren van richtlijnen is dus de wens om *bias* bij curatoren te verminderen om te voorkomen dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhankelijk is van financiële middelen.

Nut en noodzaak

Men zou kunnen beargumenteren dat richtlijnen niet nodig zijn, omdat de toezichthoudende rechtbanken al waarborgen dat curatoren op gelijke wijze onregelmatigheden aanpakken en omdat de toezichthoudende rechters-commissarissen voldoende zijn om de risico's op het gebied van de objectiviteit van de curator te minimaliseren. De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat rechtbanken er in de ogen van curatoren niet in slagen hen op eenzelfde wijze onregelmatigheden aan te laten pakken. Integendeel, ook tussen rechtbanken en zelfs binnen één rechtbank tussen gelijktijdig en/of opvolgend functionerende rechters-commissarissen verschillen de meningen over hoe onregelmatigheden aangepakt zouden moeten worden.⁶⁷ Bovendien is het nog maar de vraag in hoeverre het toezicht van de rechter-commissaris effectief genoeg is om risico's op het gebied van de objectiviteit van de curator te minimaliseren. Rechters-commissarissen hebben grote aantallen dossiers onder zich en treden niet alleen als toezichthouder op in faillissementen (en schuldsaneringsregelingen of bewindszaken), maar ook als rechter. Het lijkt praktisch gezien onhaalbaar om op het punt van objectiviteit effectief toezicht te houden op alle curatoren. Zelfs als het de rechtbank lukt om in alle dossiers voldoende toezicht te kunnen houden, is het de vraag of rechters-commissarissen voldoende materieel *onafhankelijk* toezicht kunnen houden op curatoren. Zij zijn immers voor hun inhoudelijke toezicht grotendeels afhankelijk van de informatiestroom van de curator. Daarnaast hebben de curator en de rechter-commissaris een

67 Zie ook Van der Feltz I, p. 2.

zodanig nauwe werkrelatie, dat de rechter-commissaris wellicht niet altijd volledig objectief toezicht kan houden op de curator.⁶⁸

Een veelgehoord argument tegen richtlijnen is dat deze onvoldoende ruimte laten om rekening te houden met de omstandigheden van het geval.⁶⁹ Dit argument veronderstelt dat curatoren in staat zijn om slechts relevante omstandigheden mee te nemen in hun beoordeling en irrelevante omstandigheden buiten beschouwing te laten én dat curatoren vervolgens gelijksoortige beslissingen nemen. De resultaten van mijn onderzoek laten echter zien dat dat bij de aanpak van onregelmatigheden niet altijd het geval is: de maatman-curator⁷⁰ blijkt een fictie.⁷¹ Richtlijnen kunnen ervoor zorgen dat irrelevante omstandigheden – waardoor inconsistentie en *bias* ontstaan – een minder grote rol spelen bij beoordelingen.⁷² Richtlijnen kunnen juist ruimte en richting bieden om rekening te houden met relevante omstandigheden van het desbetreffende faillissement.⁷³

Inhoud van eventuele richtlijnen

Hoewel het opstellen van eventuele richtlijnen de reikwijdte van dit onderzoek te buiten gaat, doe ik hierna op basis van de resultaten van mijn onderzoek enkele aanbevelingen over de invulling van eventuele richtlijnen. Die aanbevelingen kunnen nader worden uitgewerkt door INSOLAD, eventueel in samenwerking met Recofa.

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat op een aantal punten onduidelijkheid bestaat over de wijze waarop curatoren onregelmatigheden zouden moeten aanpakken. In de eerste plaats is onduidelijk hoe de signaleringsfase zou moeten worden ingevuld en uit welke onderdelen een oorzakenonderzoek (ten minste) moet bestaan.⁷⁴ Ten tweede is het onduidelijk wanneer gedragingen door curatoren moeten worden beoordeeld als onverantwoordelijk of onrechtmatig en wanneer gedragingen moeten worden beoordeeld als malafide of frauduleus.⁷⁵ Ten derde is niet duidelijk onder welke omstandigheden van de curator wordt verwacht geconstateerde onregelmatigheden te

68 Van Galen, *TvI* 2021, par. 3. Zie ook Van Hees, *TvI* 2010 en Rb. Midden-Nederland 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5153. Vgl. *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 45, waarin de wetgever lijkt uit te gaan van voldoende effectief toezicht.

69 Verschillende participanten van de interviewstudie gaven aan dat 'ieder faillissement anders is' en dat algemene richtlijnen daardoor niet wenselijk zouden zijn. Zie ook Kahneman, Sibony & Sunstein 2021, p. 30-33.

70 Vgl. HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Maclou).

71 Zie par. 4.4, 4.5, 6.4, 6.5 en 7.3. Zie ook Dulack 2015, p. 516; Hermans 2022, nr. 28.

72 Kahneman, Sibony & Sunstein 2021, p. 20-21.

73 Ik maak de vergelijking met onderzoeksmethoden, waarbij er binnen de onderzoeksmethode ook ruimte is om rekening te houden met bijvoorbeeld context en participanten.

74 Zie par. 4.4.3 en 6.4.2.

75 Zie par. 4.4.4 en 6.4.3.

redresseren en waarop hij de keuze tussen de verschillende redresseringsvormen zou moeten baseren.⁷⁶

Om te voorkomen dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhangt van welke individuele curator toevallig wordt aangesteld, kan het ten eerste behulpzaam zijn dat de richtlijnen duidelijk vermelden wat onder welke omstandigheden in de verschillende fases van de curator wordt verwacht. Zo kan worden gedacht aan een onderzoeksprotocol⁷⁷ voor het oorzakenonderzoek, waarbij de stappen kunnen variëren op basis van de aard van het desbetreffende faillissement.⁷⁸ Ook kunnen richtlijnen worden ontwikkeld die curatoren helpen bij het beoordelen of een gedraging kwalificeert als onregelmatig en zo ja, of sprake is van een onverantwoordelijke gedraging of van een malafide gedraging. Het verschil in kwalificatie van gedragingen kan dan de basis vormen voor de keuze tussen de verschillende redresseringsmogelijkheden.

De huidige onduidelijkheid over de wijze waarop onregelmatigheden worden ingevuld, kan ertoe leiden dat curatoren beslissingen nemen op basis van (irrelevante) financiële argumenten in plaats van op basis van de ernst van de onregelmatigheden, waardoor *bias* ontstaat. Bij het opstellen van richtlijnen – die op zichzelf al kunnen zorgen voor een vermindering van *biases*⁷⁹ – kan tevens aandacht worden besteed aan het introduceren van waarborgen om objectieve oordeelsvorming te stimuleren, zoals het introduceren van een duidelijk onderscheid tussen het oorzakenonderzoek (de wat-vraag) en het rechtmatigheidsonderzoek (de wie-vraag).⁸⁰

8.4.3 Conclusie

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat er inconsistentie bestaat in de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen omdat die aanpak grotendeels afhankelijk is van de curator die het faillissement afwikkelt en in de praktijk grote verschillen in taakopvatting en dientengevolge taakuitoefening blijken te bestaan. Bovendien laten de resultaten van het onderzoek zien dat de wijze waarop onregelmatigheden worden aangepakt (en of onregelmatigheden überhaupt worden aangepakt), vooral afhangt van het beschikbare

⁷⁶ Zie par. 4.4.5 en 6.4.4.

⁷⁷ Zie over onderzoeksprotocollen in oorzakenonderzoeken Schimmelpenninck, *TvI* 2008 en Hox, *FIP* 2020. Zie ook Hermans 2017 en de Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures, te raadplegen via <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/leidraad-voor-onderzoekers-in-enqueteprocedures.pdf>.

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld Vriesendorp, *TvI* 2017.

⁷⁹ Anders: Vriesendorp, *TvI* 2017, p. 156.

⁸⁰ Zie ook Giard 2019, Schimmelpenninck, *TvI* 2008 en Hox, *FIP* 2020. Zie over het belang van een goed oorzakenonderzoek ook Hermans 2019 en Oppedijk-van Veen en Leferink 2019.

boedelactief en eventuele verhaalsmogelijkheden, waardoor sprake is van *bias*. Om inconsistentie en *bias* te voorkomen beargumenteer ik dat het behulpzaam kan zijn om richtlijnen op te stellen voor curatoren. Die richtlijnen – die kunnen worden opgesteld door INSOLAD, eventueel in samenwerking met Recofa – kunnen ervoor zorgen dat curatoren op eenzelfde manier onregelmatigheden aanpakken en waarborgen dat curatoren objectieve beslissingen nemen.

8.5 SLOTBESCHOUWING: HET PRIMAAT VAN DE SCHULDEISERS LIJKT ONHOUDBAAR

Het doel van het faillissement is om het vermogen van de gefailleerde te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers.⁸¹ De curator heeft als belangrijkste taak om de uitkering aan de gezamenlijke schuldeisers te maximaliseren. Alle bevoegdheden die de curator heeft, staan ten dienste van die taak. Op basis van de Faillissementswet prevaleren de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in faillissementen boven andere belangen. Langzaam maar zeker ontstaat meer ruimte voor maatschappelijke belangen die de curator in zijn afwegingen moet betrekken, maar de heersende visie is nog altijd dat de gezamenlijke schuldeisers voorgaan.⁸²

Het is de vraag of dit ‘primaat van de schuldeisers’ tegenwoordig nog wel houdbaar is. Dan is er slechts beperkt ruimte voor andere belangen. Zodra deze belangen de boedel per saldo geld kosten, moeten die immers het onderpit delven. Om onregelmatigheden daadwerkelijk te kunnen aanpakken, is het noodzakelijk dat curatoren ook andere belangen meewegen in de afwikkeling van faillissementen. Mijn onderzoek laat zien dat curatoren bereid zijn dat te doen. Zij worden daarbij echter beperkt door het systeem van de Faillissementswet, dat vooralsnog is gericht op het behalen van een maximale boedelopbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. Het toezicht van de rechtbank stimuleert hen om ‘het boedelactief te maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft’. De beloningsstructuur stimuleert curatoren om lege boedels snel en kostenefficiënt af te wikkelen en maakt het mogelijk voor curatoren de onbetaald gebleven uren te compenseren door het salaris dat wordt ontvangen in faillissementen met een volle boedel.

Het verwijt⁸³ dat curatoren onvoldoende rekening houden met maatschappelijke belangen is niet terecht. Van curatoren wordt steeds meer verwacht rekening te houden met allerlei (maatschappelijke) belangen zoals de aanpak van onregelmatigheden,⁸⁴ terwijl zij daarvoor niet worden gecompenseerd

81 Zie ook Verstijlen 1998, p. 26-27.

82 Zie Hanssen, *TvOB* 2021, p. 30.

83 Zie bijvoorbeeld Kemp 2015.

84 Zie bijvoorbeeld Van Hees, *TvI* 2015.

en het systeem van de Faillissementswet geen ruimte laat voor het meewegen van die belangen. Bovendien is de curator een ondernemer die streeft naar winstmaximalisatie voor zichzelf (en zijn kantoor).⁸⁵ Het introduceren van richtlijnen en het creëren van extra waarborgen om de schijn van belangenverstrengeling te voorkomen, beperken misschien de perverse prikkels van curatoren – voor zover die een rol spelen – maar zorgen er niet voor dat financiële prikkels volledig worden weggenomen. Van curatoren wordt immers nog steeds verwacht dat zij faillissementen zo efficiënt mogelijk afwikkelen.

Curatoren stimuleren rekening te houden met maatschappelijke belangen, zoals de aanpak van onregelmatigheden, lijkt zinloos als het systeem van de Faillissementswet het curatoren in de praktijk onmogelijk maakt om die belangen mee te wegen en de doorslag te laten geven. Om curatoren aan te zetten rekening te houden met belangen die strijdig zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, lijkt een fundamentele herziening van het primaat van de schuldeisers in faillissementen noodzakelijk. Bovendien is het van belang dat zij een adequate beloning krijgen voor hun inzet. Zolang efficiënte inzet van geld en middelen voor curatoren een geldig argument is om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden, zal het doel van de wetgever, zoals ten grondslag ligt aan het huidige stelsel, niet worden bereikt.

85 Zie ook De Ranitz, *Tvl* 2008.

Samenvatting

DE ROL VAN DE CURATOR BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

Een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement

Jaarlijks worden in Nederland, afhankelijk van de economische conjunctuur, enkele duizenden tot ruim 10.000 bedrijven in staat van faillissement verklaard. Het faillissement heeft als doel om het vermogen van deze bedrijven te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. Het bedrag dat de gezamenlijke schuldeisers totaal te vorderen hebben, overstijgt bijna altijd in grote mate de waarde van het vermogen van het bedrijf. Naar schatting hebben in een kwart van de gevallen in de aanloop naar het faillissement onregelmatigheden plaatsgevonden die het faillissement hebben veroorzaakt of die het tekort in de boedel hebben vergroot en dit laatste kan ook tijdens het faillissement gebeuren. De maatschappelijke schade die door deze onregelmatigheden wordt veroorzaakt, wordt geschat op meer dan een miljard euro per jaar.

De aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen staat om die reden al decennia op de agenda van de wetgever. Eind 2012 is onder meer in dit verband het wetgevingsprogramma 'Herijking faillissementsrecht' aangekondigd, met fraudebestrijding als een van de drie pijlers. Het doel van het wetgevingsprogramma was mede om te komen tot een helder wettelijk kader voor de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement, waarbij de curator wordt gezien als centrale persoon en eerst aangewezen om die onregelmatigheden te signaleren en te redresseren. Vanuit de faillissementspraktijk klinkt echter al jaren kritiek op de wetgever die de curator deze taak heeft opgelegd. De kritiek is vooral gericht op de aanname van de wetgever dat de taak om onregelmatigheden aan te pakken in het verlengde ligt van de kerntaak van de curator om in het belang van de gezamenlijke schuldeisers de boedel te vereffenen. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers kan immers strijdig zijn met het belang om onregelmatigheden aan te pakken, omdat het onderzoeken en redresseren van onregelmatigheden in sommige situaties meer kost dan het oplevert.

Tegen deze achtergrond is het ontbreken van inzicht in de wijze waarop de curator onregelmatigheden in de praktijk aanpakt de aanleiding voor het onderhavige onderzoek. Het gebrek aan kennis maakt het immers lastig de anekdotische kritiek vanuit de praktijk op waarde te schatten. Doel van het

onderzoek is enerzijds om inzicht te krijgen in de belemmeringen die in de praktijk spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator en anderzijds om te komen tot aanbevelingen voor een (wettelijk) systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen.

Gelet op het voorgaande luidt de hoofdvraag van het onderzoek als volgt:

Hoe kunnen de belemmerende factoren die curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in de praktijk worden ingeperkt om (beter) aan te sluiten bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen?

Om deze vraag te beantwoorden bevat deel I van dit boek een verslag van mijn onderzoek naar de beleidstheorie van de wetgever, waarbij ik inga op de ambitie van de wetgever bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen. Op basis van wetshistorisch onderzoek concludeer ik in hoofdstuk 2 dat het doel van de wetgever bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen is curatoren te stimuleren dergelijke onregelmatigheden aan te pakken om zo een preventief effect te creëren waardoor die minder voorkomen. Om de curator te stimuleren onregelmatigheden aan te pakken, heeft de wetgever deze taak wettelijk vastgelegd. Hierbij heeft de wetgever aangenomen dat de curator onderzoek doet naar eventuele onregelmatigheden, geconstateerde onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris en stappen onderneemt om deze onregelmatigheden te redresseren (vgl. artikel 68 lid 2 Fw) en hem daarom die taken ook opgedragen. In hoofdstuk 3 ga ik in op de taak van de curator om onregelmatigheden aan te pakken en de verwachtingen die de wetgever heeft van de curator op dat punt. Hierbij behandel ik het belangenpluralisme dat de taak van de curator inkleurt door in te gaan op de potentiële strijdigheid tussen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en het belang dat is gemoeid met de aanpak van onregelmatigheden.

Deel II van dit boek behandelt drie empirische studies die ik heb uitgevoerd om te onderzoeken in hoeverre de aannames van de wetgever correct zijn. In hoofdstuk 4 doe ik verslag van een kwalitatieve interviewstudie onder 33 Nederlandse curatoren waarin ik hen heb bevraagd over hun werkwijze bij de aanpak van onregelmatigheden. De participanten zijn uit een handmatig opgestelde curatorenlijst geselecteerd op een aantal criteria, te weten het arrondissement waar zij werkzaam zijn, het aantal jaren ervaring en de grootte van het kantoor waar zij werkzaam zijn. Vervolgens zijn nog enkele curatoren benaderd op basis van de kennis die zij hebben over specifieke onderwerpen, die tijdens de eerdere interviews onderbelicht waren gebleven. De interviewstudie mondt uit in een besluitvormingstheorie, waarin ik uiteenzet welke factoren meespelen bij het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak

van onregelmatigheden. Vervolgens toets ik deze besluitvormingstheorie in twee empirische studies. In hoofdstuk 5 zet ik de resultaten uiteen van een documentenanalyse van 2134 faillissementsverslagen, waarin ik heb onderzocht in hoeverre verhaalsmogelijkheden samenhangen met de beslissing van de curator om onregelmatigheden te redresseren. Daarna bespreek ik in hoofdstuk 6 de resultaten van een surveystudie onder 177 Nederlandse curatoren (30% van alle curatoren in Nederland). Door gebruik te maken van de hierboven genoemde curatorenlijst, en door de link naar de survey te delen via INSOLAD en JIRA, heb ik geprobeerd alle in Nederland werkzame curatoren te benaderen. De surveystudie geeft inzicht in factoren die meespelen bij de bereidheid van de deelnemende curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Tezamen geven deze drie studies inzicht in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken en de belemmeringen die zij daarbij ervaren.

In deel III van het onderzoek maak ik de stap van feit naar norm. Hoofdstuk 7 bevat de synthese van het onderzoek. De resultaten laten ten eerste zien dat in de volle breedte onder curatoren een gebrek aan consistentie bestaat in de wijze waarop zij onregelmatigheden aanpakken. Curatoren vullen hun taak op (sterk) uiteenlopende wijzen in en zijn het onderling niet eens over de wijze waarop zij onregelmatigheden zouden *moeten* aanpakken. Grofweg zijn er twee groepen curatoren te onderscheiden: enerzijds een groep die de aanpak van onregelmatigheden niet onder zijn taak vindt vallen en onregelmatigheden alleen aanpakt als dat in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers (lees: een opbrengst voor de boedel genereert), en anderzijds een groep die de aanpak van onregelmatigheden ziet als onderdeel van zijn taak en zich ook inzet als dat niet direct in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is (lees: tot een vermindering van de boedel leidt). Ten tweede laten de resultaten van de studies zien dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt van drie dimensies afhankelijk is: i) de financiële toestand van de boedel, ii) de persoon van de curator en iii) de toezichthoudende rechtbank en haar rechters-commissarissen. De kans dat onregelmatigheden worden aangepakt, blijkt afhankelijk van de verhaalsmogelijkheden bij degene die onregelmatig heeft gehandeld en de staat van de boedel in een specifiek faillissement (eerste dimensie). Bovendien bepalen de taakopvatting van een curator, diens financiële positie (binnen zijn kantoor) en diens eerdere ervaringen met het beschikbare instrumentarium en met de opvolging van fraudemeldingen door de autoriteiten, in hoeverre de curator bereid is onregelmatigheden aan te pakken (tweede dimensie). Ten slotte hangt de mate waarin de toezichthoudende rechtbank en haar rechters-commissarissen de curator stimuleren onregelmatigheden aan te pakken samen met de bereidheid van de curator om dat te doen. Daarbij geldt hoe beter de relatie tussen de rechtbank en de curator, des te eerder de curator bereid is de visie van de rechtbank te volgen.

Op basis van de geconstateerde belemmeringen die curatoren ervaren, doe ik in hoofdstuk 8 enkele aanbevelingen om curatoren te faciliteren en te

stimuleren bij de aanpak van onregelmatigheden. Zo stel ik voor om te zorgen voor een adequate vergoeding van de werkzaamheden die gemoeid zijn met die aanpak om te voorkomen dat de financiële staat van de boedel en de beschikbare verhaalsmogelijkheden een belemmering vormen voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Tevens zie ik mogelijkheden om curatoren te faciliteren door bij het toezicht van de rechtbank minder de nadruk te leggen op een efficiënte afwikkeling en tegelijkertijd te investeren in een goede relatie tussen de rechtbank en de curator. Zolang de rechtbank curatoren beoordeelt op hun vermogen om het boedelactief te maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd, zal de curator zich niet altijd gefaciliteerd en gestimuleerd voelen onregelmatigheden aan te pakken. Daarnaast stel ik voor om curatoren te stimuleren onregelmatigheden meer gestructureerd aan te pakken door het introduceren van richtlijnen voor de wijze waarop zij hun werkzaamheden uitvoeren. Die richtlijnen kunnen zien op een protocol voor het uitvoeren van oorzakenonderzoeken en het verduidelijken van welke gedragingen kwalificeren als onregelmatigheid alsook wanneer van de curator wordt verwacht dat hij (eventueel naast een civiele redressering) een fraudemelding of aangifte doet. Duidelijke richtlijnen kunnen ervoor zorgen dat ongewenste inconsistentie en *bias* in de wijze waarop onregelmatigheden door verschillende curatoren op verschillende wijze worden aangepakt, wordt beperkt. Bovendien zorgen richtlijnen ervoor dat de beleidsvrijheid van de curator wordt ingeperkt, waardoor minder verschil ontstaat in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken en tevens minder ruimte is voor verschillende taakopvattingen. De huidige situatie waarin de ene curator koste wat het kost onregelmatigheden probeert aan te pakken, terwijl de andere zich daarvoor in (veel) mindere mate inzet, is immers onwenselijk.

In de slotbeschouwing van mijn onderzoek in hoofdstuk 8 kom ik tot de conclusie dat het stimuleren van curatoren rekening te houden met maatschappelijke belangen, waar de aanpak van onregelmatigheden onder valt, zinloos lijkt als het systeem van de Faillissementswet het curatoren in de praktijk onmogelijk maakt om die belangen bij hun taakuitoefening niet alleen mee te wegen maar onder omstandigheden ook de doorslag te laten geven. Om curatoren aan te zetten rekening te houden met belangen die strijdig zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers vereist een fundamentele herziening van het primaat van de schuldeisers in faillissementen. Zolang een met het oog op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers efficiënte inzet van geld en middelen voor curatoren een geldig argument is om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden, zal het doel van de wetgever zoals ten grondslag ligt aan het huidige stelsel nooit worden bereikt.

Summary

THE ROLE OF THE BANKRUPTCY TRUSTEE IN DEALING WITH AND REDRESSING IRREGULARITIES

An empirical legal study into the role of the bankruptcy trustee in practice in dealing with and redressing irregularities before and during bankruptcies

Every year, several thousand to more than 10.000 companies are declared bankrupt in the Netherlands, depending on the economic situation. The purpose of the bankruptcy proceeding is to distribute the assets of those companies among its creditors. The total value of the claims of the creditors almost always greatly exceeds the value of the company's assets. In approximately 25% of the bankruptcies irregularities have occurred that caused the bankruptcy or increased the deficit in the estate. The societal damage caused by these irregularities is estimated at more than one billion euros per year.

Therefore, addressing irregularities before and during bankruptcies has been the focus of the legislator for decades. In this context, the legislative program 'Recalibration Insolvency Law' was announced at the end of 2012. One of the three main pillars of this program was to address bankruptcy fraud by creating a clear legal framework how to deal with and redress irregularities before and during bankruptcies. The legislator has given the bankruptcy trustee a central role in identifying and redressing irregularities. However, the task of the bankruptcy trustee is not without controversy, mainly because the bankruptcy community does not agree with the legislator's assumption that the task of dealing with irregularities is an extension of the bankruptcy trustee's core task of liquidating the estate in the interest of the joint creditors. After all, it is not always in the interest of the joint creditors to address irregularities, because in some situations the costs of investigating and redressing irregularities do not outweigh the (potential) benefits.

Against this background, the main reason for this research is the lack of insight into the way bankruptcy trustees deal with and redress irregularities in practice. This lack of knowledge complicates a proper assessment of the anecdotal criticism of some practitioners. The aim of this research is to formulate recommendations for a legal system that is more in line with the ambition of the legislator to prevent irregularities before and during bankruptcies, based on evidence from practice.

In view of the above, the main research question is as follows:

How can the impeding factors experienced in practice by bankruptcy trustees in dealing with and redressing irregularities before and during bankruptcies be eliminated in order to (better) match the ambition of the legislator to prevent irregularities before and during bankruptcies?

To answer this question, part I of this book contains a report of my research into the policy theory of the legislator, in which I examine the ambition of the legislator in dealing with irregularities before and during bankruptcies. Based on research of the legislative history, I conclude in Chapter 2 that the aim of the legislator in preventing irregularities before and during bankruptcies is to encourage trustees to investigate and redress irregularities in order to create a preventive effect so that irregularities will be less likely to occur. In order to encourage the trustee, the legislator has formalized the trustees' task to investigate and redress irregularities in the Dutch Bankruptcy Act (DBA). In this respect, the legislator assumed that the bankruptcy trustee will always investigate any irregularities, report any irregularities found to the bankruptcy judge and take steps to redress these irregularities (see article 68(2) DBA). In chapter 3, I examine the task of bankruptcy trustees to deal with irregularities more extensively and explain the expectations by the legislator of trustees in that regard. I then discuss pluralism of interests in dealing with irregularities by examining the potential conflict between the interests of the joint creditors and the interests involved in dealing with irregularities.

Part II of this book reports on the findings of three empirical studies I conducted to assess the legislator's assumptions. In chapter 4, I report the results of a qualitative interview study among 33 Dutch bankruptcy trustees in which I asked them about their *modus operandi* in dealing with irregularities. The interview study culminates in my theory, in which I explain which factors play a role in the decision-making process of the bankruptcy trustee in dealing with irregularities. I then test this decision-making theory in two empirical studies. In Chapter 5, I describe the results of a document analysis of 2134 official bankruptcy reports, in which I examined the extent to which the possibility of redress is related to the bankruptcy trustee's decision to redress irregularities. Then, in Chapter 6, I discuss the results of a survey study among 177 Dutch bankruptcy trustees (30% of all trustees in the Netherlands). This study demonstrates the factors that influence the willingness of trustees to deal with irregularities. Together, these three studies provide insight into the way in which trustees deal with irregularities and the obstacles they experience in doing so.

In part III of this book, I address the fact-value gap. Chapter 7 contains the synthesis of the research. Firstly, the results show that there is a lack of consistency how bankruptcy trustees deal with irregularities. The trustees carry out their task of dealing with irregularities in (substantially) different ways

and do not agree on the way in which they should deal with irregularities. Roughly speaking, two groups of trustees can be distinguished: on the one hand, a group that does not consider dealing with irregularities to be part of their task and therefore only tackles irregularities if that is in the interests of the joint creditors, and on the other hand, a group that considers dealing with irregularities as core part of their task, even when this is not directly in the interests of the joint creditors. Secondly, the results of the studies show that the likelihood of irregularities being addressed depends on three dimensions: i) the financial situation of the estate, ii) the person of the bankruptcy trustee, and iii) the supervisory court and its bankruptcy judges. The chance that irregularities will be redressed depends on the possibilities of redress from the person who has acted unlawfully and the financial state of the estate in a specific bankruptcy (first dimension). In addition, a bankruptcy trustee's view of his duties, his financial position (within his firm) and his previous experience with the available instruments and with the follow-up of reporting fraud by the authorities determine to what extent the bankruptcy trustee is prepared to deal with irregularities (second dimension). Finally, the extent to which the supervising court and its supervisory judges encourage the bankruptcy trustee to deal with irregularities is related to the bankruptcy trustee's willingness to do so. In addition, the better the relationship between the court and the trustee, the more willing the trustee is to follow the view of the court.

On the basis of the obstacles encountered by bankruptcy trustees, I drew up recommendations in Chapter 8 to facilitate and stimulate trustees in dealing with irregularities. Firstly, I propose to ensure adequate compensation for the bankruptcy trustees' activities in dealing with irregularities, in order to prevent the financial state of the estate and the available remedies from becoming an obstacle for the trustees to tackle irregularities. I also see opportunities to facilitate bankruptcy trustees by placing less emphasis on efficient settlement and at the same time investing in a good relationship between the court and the bankruptcy trustee. As long as the courts assess the trustees in bankruptcy on their ability to maximize the assets of the estate at the lowest possible cost in the shortest possible time, the bankruptcy trustee will not always feel encouraged and facilitated to deal with irregularities. Secondly, I propose to encourage trustees to deal with irregularities by introducing guidelines for how they should deal with irregularities. These guidelines could include a protocol for conducting cause investigations and clarify which behavior qualifies as irregular and in addition explain when the bankruptcy trustee is expected to report fraud (possibly in addition to a civil proceeding). Clear and directional guidelines can prevent unwanted inconsistency and bias in the way irregularities are handled. In addition, guidelines ensure that the bankruptcy trustee's discretionary power is limited, resulting in less inconsistency in the way in which bankruptcy trustees deal with irregularities and less room for different perceptions of the task of the bankruptcy trustees. After all, the

current situation in which one trustee tries to address irregularities at all costs, while the other is not that committed, is undesirable.

In the concluding remarks of my research in Chapter 8, I suggest that encouraging bankruptcy trustees to take into account social interests, including dealing with irregularities, seems pointless if the Bankruptcy Act makes it impossible for trustees in practice to not only take those interests into account, but also allow these to be decisive in certain circumstances. In order to encourage bankruptcy trustees to take into account interests that conflict with the interests of the joint creditors, a fundamental revision of the primacy of creditors in bankruptcies seems necessary. As long as the efficient use of money and resources is a valid argument for bankruptcy trustees to refrain from dealing with irregularities, the aim of the legislator will never be achieved.

Literatuur

Ansems 2021

L.F.M. Ansems, *Procedural Justice on Trial. A Critical test of Perceived Procedural Justice From the Perspective of Criminal Defendants* (diss. Utrecht), Alblasterdam: Ridderprint 2021.

Beke e.a. 2021

M. Beke e.a., *Verkenning naar aanpak bestrijding van veelplegers van faillissementsfraude*, Rotterdam: Ecorys 2021.

Bekkers, *TvI* 2004

W.M.J. Bekkers, 'De veranderende rol van de curator', *TvI* 2004/43, afl. 5, p. 186-191.

Belastingdienst Voortgangsrapportage Jaarplan 2021

'Voortgangsrapportage Jaarplan 2021 Belastingdienst (periode januari – augustus 2021), bijlage bij Brief van de Minister van Financiën van 3 december 2021 (nr. 2021-0000243506).

Bentfort van Valkenburg & Van de Wiel, *MvV* 2020

H.M.D. Bentfort van Valkenburg & J.H.M. van de Wiel, 'De faillissementscurator en vrijheid', *MvV* 2020, afl. 7/8, p. 267-272.

Berghuis & Paulides 1983

A.C. Berghuis & G. Paulides, *Misbruik van BV's. Een empirisch onderzoek*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 's-Gravenhage 1983.

Biemans, Opraus & Witting, *TvI* 2015

J.W.A. Biemans, L.S. Opraus & M.E. Witting, 'De strijd om bodemzaken en vorderingen in faillissement: twee rechtsontwikkelingen in perspectief', *TvI* 2015/45, afl. 5, p. 305-313.

Blom 1992

R.J. Blom, *Failliet in de praktijk*, Amsterdam: Graydon Nederland 1992.

De Boeck, *quote.nl* 2020

R. de Boeck, 'De een zijn dood... Curatoren doen aan gelegaliseerde necrofilie', *quote.nl*, 25 september 2020.

Boeije, *Quality & Quantity* 2002

H. Boeije, 'A purposeful approach to the constant comparison method in the analysis of qualitative interviews', *Quality & Quantity* 2002, afl. 36, p. 391-409.

Boer & Lalta 2011

D. Boer & V. Lalta, *Faillissementen: oorzaken en schulden 2010*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2011.

Boerma 2015

F.H.E Boerma, 'De curator als slachtoffer', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereed-schapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 431-442.

Bogner e.a. 2009

Bogner e.a. (eds.), *Interviewing experts*, Hampshire: Palgrave Macmillan UK 2009.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

Boon e.a. 2013 ('Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren')

R.A. Boon e.a., *Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling*, rechtspraak.nl, 15 maart 2013.

Borrius 2015

Y. Borrius, 'Schending publicatieplicht: bewijzvermoeden te beteugelen?', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereed-schapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 23-48.

Bouwman, *NJB* 2020

T. Bouwman, 'Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar norm', *NJB* 2020/815, afl. 13, p. 888-893.

Bowen, *International Journal of Qualitative Methods* 2006

G.A. Bowen, 'Grounded Theory and Sensitizing Concepts', *International Journal of Qualitative Methods* 2006, afl. 5, p. 12-23.

Charmaz 2006

K. Charmaz, *Constructing Grounded Theory: A practical guide through qualitative analysis*, London: Sage Publications 2006.

Cohen 1988

J. Cohen, *Statistical power analysis for the behavioral sciences*, New Jersey NY: Lawrence Erlbaum 1988.

Dethmers, *TvI* 2004

H.H. Dethmers, 'Het toezicht van de rechter-commissaris op curatoren', *TvI* 2004/5 afl. 1, p. 28-31.

Van Dijck e.a., *TvI* 2008

G. van Dijck e.a., 'Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels', *TvI* 2008/33, afl. 5, p. 210-220.

Van Dijck & Gramatikov, *TvI* 2010

Dijck, G. van & M.A. Gramatikov, 'De beloning van curatoren empirisch onder-zocht', *TvI* 2010/2, afl. 1, p. 3-13.

Dulack 2015

H. Dulack, 'Heiligt het doel de middelen?', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereed-schapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 515-525.

Elswijk e.a. 2015

D.A. Elswijk e.a., *Faillissementen. Oorzaken en schulden 2015*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2016.

Van Enckevort, *TvCu* 2016

C.V. van Enckevort, 'De curator als private partner van het Openbaar Ministerie?', *TvCu* 2016, afl. 1, p. 13-21.

'Faillissementsfraude', om.nl/onderwerpen/fraude/faillissementsfraude.

'Faillissementen', cbs.nl/nl-nl/reeksen/faillissementen.

Feenstra 2019

R.F. Feenstra, 'De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?', in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet. Insolad Jaarboek 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 267-286.

Feenstra 2015

R.F. Feenstra, 'De curator: beoogd opsporingsambtenaar zonder middelen', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedchapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 405-430.

Van der Feltz 1896

G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896.

Franken e.a. 2008

M.J.M. Franken e.a., *INSOLAD Rapport Beloning Curatoren 2008*, insolad.nl/publicaties/.

Fraudemonitor 2019 en 2020, Den Haag: Openbaar Ministerie 2021.

Frima, *FIP* 2021

J.C.A.T. Frima, 'Meten is weten, spreken is goud: KPI's en het kantoorgesprek van de rechter-commissaris met de curator', *FIP* 2021/94, afl. 4, p. 4-9.

Van Galen, *TvI* 2021

R.J. van Galen, 'Waarheen met de rechter-commissaris', *TvI* 2021/36, afl. 6, p. 256-265.

Van Galen, *TvI* 2017

R.J. van Galen, 'Het Europese initiatief voor herstructurerings in een vroeg stadium: de ontwerprichtlijn van 22 november 2016', *TvI* 2017/39, afl. 6, p. 232-242.

Giard 2019

R.W.M. Giard, 'Het doen van goed oorzakenonderzoek van faillissement is veel lastiger dan het lijkt', in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet. Insolad Jaarboek 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1-26.

Glaser & Strauss 1967

B.G. Glaser & A.L. Strauss, *The discovery of Grounded Theory: strategies for qualitative research*, Chicago: Aldine Publishing Company 1967.

Glaser & Strauss 1965

B.G. Glaser & A.L. Strauss, *Awareness of Dying*, Chicago: Aldine Publishing Company 1965.

Hanssen, *TvOB* 2021

Th. P. J. Hanssen, 'Governance in de WHOA: de rol van de herstructureringsdeskundige', *TvOB* 2021, afl. 1, p. 23-31.

Harmsen 2015

C.M. Harmsen, 'Artikel 2:248 lid 2 BW: botte bijl of vlijmscherp mes?', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedchapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 49-74.

Haverkamp e.a. 2004

H. Haverkamp e.a., *FIOD-ECD. Jaarverslag 2003*, Utrecht: FIOD 2004.

Van Hees, *TvI* 2016

J.J. van Hees, 'Op zoek naar een Professionele Standaard Insolventie' *TvI* 2016/2, afl. 1, p. 4-6.

Van Hees, *TvI* 2015

A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *TvI* 2015/1, afl. 1, p. 1-4.

Van Hees, *TvI* 2010

A. van Hees, 'Toezicht op de rechter-commissaris'. *TvI* 2010/25, afl. 5, p. 159-161.

Van Hees, *TvI* 2004

A. van Hees, 'Het doel van het faillissement en de taak van de curator', *TvI* 2004/45, afl. 5, p. 200-203.

Hermans 2022

R.M. Hermans, 'Ruis in de toetsing van de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaars', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter* (Staat en Recht nr. 54), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Hermans 2019

R.M. Hermans, 'Procedurale aspecten van het oorzakenonderzoek in faillissement', in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet. Insolad Jaarboek 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 157-189.

Hermans 2017

R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure. Een normatieve beschrijving van de wijze waarop de onderzoekers het onderzoek moeten uitvoeren en de Ondernemingskamer het onderzoek moet aansturen, alsmede een vergelijking met het deskundigenonderzoek in de civiele procedure* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 145) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hilverda, *TBS&H* 2014

C.M. Hilverda, 'De aanpak van faillissementsfraude', *TBS&H* 2014, afl. 1, p. 9-16.

Hilverda, *NJB* 2012

C.M. Hilverda, 'De economische malaise: een zegen voor de faillissementsfraudebestrijding?', *NJB* 2012/175, afl. 2, p. 185-191.

Hilverda 2012

C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is, ...* (Onderneming en recht nr. 73), Deventer: Kluwer 2012.

Hilverda 2009

C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude. Een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen.* (Onderneming en recht, nr. 53), Deventer: Kluwer 2009.

Hilverda e.a. 1999.

C.M. Hilverda e.a., *Faillissementsfraude in de praktijk*, Deventer: Kluwer 1999.

Hollemans & Van Dijk 2020

R. Hollemans & G. van Dijk, 'Een empirische studie naar toezicht door rechters (-commissarissen) op curatoren in de praktijk', *TvI* 2020/10, p. 68-76.

Homburg e.a. 2021

Homburg e.a., *Evaluatie Wet controle op rechtspersonen*, Amsterdam: WODC 2021.

Hox, *FIP* 2020

L.C.H.J. Hox, Het oorzakenonderzoek in faillissement – een voorstel voor een onderzoeksprotocol, *FIP* 2020/313, afl. 7, p. 30-38.

Hupe 2007

P. Hupe, *Overheidsbeleid als politiek. Over de grondslagen van beleid*, Assen: Van Gorcum 2007.

INSOLAD Praktijkregels Curatoren

INSOLAD Praktijkregels curatoren, insolad.nl/regelgeving/praktijkregels/.

Kahneman, Sibony & Sunstein 2021

D. Kahneman, O. Sibony & C.R. Sunstein, *Noise*, New York: Little, Brown Spark 2021.

Keijzer, *Ondernemingsrecht* 2015

F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen' *Ondernemingsrecht* 2015/30, afl. 5, p. 173-179.

Kemp 2015

F. Kemp, 'Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 503-514.

Kenny & Fourie, *The Qualitative Report* 2015

M. Kenny & R. Fourie, 'Contrasting classic, Straussian, and constructivist Grounded Theory: Methodological and philosophical conflicts', *The Qualitative Report* 2015, afl. 8, p. 1270-1289.

De Kloe, *RMThemis* 2020

H.J. de Kloe, 'Belangenpluralisme in faillissement', *RMThemis* 2020, afl. 3, p. 134-141.

Knegt e.a. 2005

R. Knegt e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2005.

Knegt, Beltzer & Mudde 1996

R. Knegt, R.M. Beltzer & E.C. Mudde, 'Faillissementen en selectief ontslag. Een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik van de Faillissementswet'', Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 1996.

Kop 2009

M.C.J. Kop, 'Fiscale Aspecten, in: C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude. Een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen. (Onderneming en recht, nr. 53)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 519-547.

Kroeze & Wezeman 2015

M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, 'De curator en interne bestuurdersaansprakelijkheid', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1-22.

Lennarts, *TvI* 2013

M.L. Lennarts, 'Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!' *TvI* 2013/25, afl. 4, p. 137-139.

Lieferink 2020

K. Lieferink, *De rol van de curator in de strijd tegen faillissementsfraude. De invloed van de Wet versterking positie curator op het aantal meldingen van vermoedens van faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude* (afstudeerscriptie NTI – niet gepubliceerd), 2020.

Luttikhuis & Timmermans 2007

A.P.K. Luttikhuis & R.E. Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: schuldeisersbenadeling en conclusies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Van Male, *KWALON* 2011

J. van Male, 'Methoden en technieken in kwalitatief onderzoek', *KWALON* 2011, afl. 2, p. 6-13.

Mijnheer, *ftm.nl* 2015

D. Mijnheer, 'Het extreme verdienmodel van curatoren', *ftm.nl*, 26 september 2015.

Mulder, *TvI* 2005

R. Mulder, 'Verdere professionalisering van het benoemingsbeleid en toezicht op de kwaliteit van curatoren', *TvI* 2005/41, afl. 6, p. 179 – 184.

Nagelkerke, *Biometrika* 1991

N.J.D. Nagelkerke, 'A note on a general definition of the coefficient of determination', *Biometrika* 1991/78, afl. 3, p. 691-692.

Van Nielen, *FIP* 2017

W.J.B. van Nielen, 'De Wet versterking positie curator: financiering, het fraude-sprekkuur en nemo tenetur beginsel!', *FIP* 2017/168, afl. 3, p. 39-44.

Van Nielen, *TBS&H* 2016

W.J.B. van Nielen, 'Versterk de civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator!', *TBS&H* 2016, p. 125-127.

Van Nielen & Derijks, *TBS&H* 2014

W.J.B. Van Nielen & C.M. Derijks, 'De curator als civiele fraudebestrijder', *TBS&H* 2014, afl. 1, p. 25-36.

Oppedijk-Van Veen & Leferink, *FIP* 2020

E.J. Oppedijk-Van Veen en V.G.M. Leferink, 'Curator, vertel eens ... Over de inhoud van het faillissementsverslag', *FIP* 2020/266, afl. 6, p. 35-42.

Oppedijk-Van Veen & Leferink 2019

Oppedijk-Van Veen & Leferink, 'De curator en de failliet – diverse aspecten van het oorzakenonderzoek', in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.),

- De Curator en de Failliet. Insolad Jaarboek 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 191-211.
- Poelen, KWALON 2017
I. Poelen, “‘Verhalenvertellers’ als informanten: obstakel of waardevolle bron’, KWALON 2017, afl. 3, p. 24-28.
- Polak 2002
C.E. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2002.
- Polman, *fd.nl* 2020
J. Polman, ‘Curatoren Imtech en topadvocaten De Brauw clashen over ‘graai-gedrag’’, *fd.nl*, 2 november 2020.
- Pool, Pluut & Vriesendorp, *RdW* 2021
J.M.W. Pool, H. Pluut & R.D. Vriesendorp, ‘Belemmeringen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator’, *Recht der Werkelijkheid* 2021, afl. 1, p. 10-36.
- Pool, *Leiden Law Methods Portal* 2020
J.M.W. Pool, *Grounded Theory*, Leiden Law Methods Portal, leidenlawmethodsportal.nl/topics/grounded-theory, 4 december 2020.
- De Ranitz, *TvI* 2008
S.H. de Ranitz, ‘Perverse prikkels, curatoren en de goede procesorde’, *TvI* 2008/42, afl. 6, p. 273-276.
- Remmers & Groenland, KWALON 2006
N. Remmers & E. Groenland, ‘De steekproeftrekking en de selectie van respondenten in commercieel kwalitatief onderzoek’, KWALON 2006, afl. 3, p. 21-26.
- Renssen 2021
S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht. De WHOA (Recht & Praktijk, nr. InsR17)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.
- Renssen 2019
S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht. De pijler modernisering (Recht en Praktijk nr. InsR12)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.
- Renssen 2017
S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht. De pijler fraudebestrijding (Recht & Praktijk, nr. InsR8)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- Renssen 2016
S. Renssen, *De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap (Serie Van der Heijden Instituut nr. 131) (diss. Maastricht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- De Ridder e.a. 2012
J. de Ridder e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012*, Groningen: Pro Facto 2019.
- Rijckenberg, *TvI* 2008
C. Rijckenberg, ‘De rechter-commissaris insolventies: quality-proof?’, *TvI* 2008/28, afl. 4, p. 193-199.
- Saldaña 2013
J. Saldaña, *The coding manual for qualitative researchers*, Londen: Sage 2013.

Van Schie & Van Smeden, *WFR* 1982

P.M. van Schie & W.W. van Smeden, 'Beperking van de aansprakelijkheid ingevolge de Wet ketenaansprakelijkheid', *WFR* 1982/1103, afl. 5561, p. 1103-1118.

Schimmelpenninck, *TvI* 2008

R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/20, afl. 3.

Ph.W. Schreurs, 'Informatieverwerving door de curator: veni, vidi, privici', *TvI* 2021/43, afl. 7, p. 331-333.

Schreurs, *TvI* 2020

Ph.W. Schreurs, 'Er is nog leven na het curatorschap', *TvI* 2020/16, afl. 2, p. 109-112.

Schreurs, *TvI* 2018

Ph.W. Schreurs, 'Op weg naar transparant toezicht', *TvI* 2018/26, afl. 4, p. 161-165.

Smaling, *KWALON* 2014

A. Smaling, 'Steekproeven voor generalisatie', *KWALON* 2014, afl. 1, p. 5-13.

Strauss & Corbin 1998

A. L. Strauss & J. Corbin, *Basics of qualitative research: Techniques and procedures for developing grounded theory*, Thousand Oaks, CA: Sage 1998.

Timmer, *Tijdschrift voor de Politie* 2018

J. Timmer, 'Faillissementsfraude. Easy to learn, hard to master', *Tijdschrift voor de Politie* 2018/4, p. 30 e.v.

Timmerman, *MvO* 2020

L. Timmerman, 'Uitdagingen voor het ondernemingsrecht; op weg naar een echt ondernemingsrecht?', *MvO* 2020, afl. 5/6, p. 133-141.

Veerman 2004

G.J. Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoestel. Over de kwaliteit van wetgeving (oratie UM)*, Universiteit Maastricht 2004.

Verdaas, *TvI* 2009

A.J. Verdaas, 'Beloning van curatoren en bonuscultuur', *TvI* 2009/30, afl. 6, p. 177-179.

Vermaire & Luijkx, *FIP* 2016

R.M. Vermaire & J.M. Luijkx, 'Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator', *FIP* 2016/84, afl. 2, p. 16-21.

Verrest & Heukels, *AA* 2017

P.A.M. Verrest & T. Heukels, 'Nieuwe wetgeving ter bestrijding van faillissementsfraude', *AA* 2017/0051, afl. 1, p. 51-57.

Verstijlen, *TvI* 2020

F.M.J. Verstijlen, 'Een kwart eeuw curatorenaansprakelijkheid', *TvI* 2020/20, afl. 2, p. 126-130.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Vollstedt & Rezat 2019

M. Vollstedt & S. Rezat, 'An introduction to grounded theory with a special focus on axial coding and the coding paradigm', in: G. Kaiser & N. Presmeg (eds.),

- Compendium for Early Career Researchers in Mathematics Education*, Cham: Springer International Publishing 2019, p. 81–100.
- Vriesendorp, *TvI* 2017
R.D. Vriesendorp, '[**]it happens; then and now', *TvI* 2017/23, afl. 4, p. 148-159.
- Vriesendorp 2021
R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.
- Vriesendorp, *TvI* 2010
R.D. Vriesendorp, 'De curator en de rechter: soms net (geen) egeltjes', *TvI* 2010/12, afl. 3, p. 83-85.
- Van Vonderen, *TvI* 2000
M.P.P.M. van Vonderen, 'Benoemingsbeleid in nieuwe tijden', *TvI* 2000, afl. 1, p. 18.
- Webley 2010
L. Webley, 'Qualitative approaches to empirical legal research', in: P. Cane & H.M. Kritzer, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Studies*, Oxford: Oxford University Press 2010.
- Wessels, *AA* 2017
B. Wessels, 'Transparantie bij de benoeming van de faillissementscurator' *AA* 2017/0965, p. 965-972.
- Wibier 2018
R.M. Wibier, *Nederlands faillissementsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- Winter e.a., *Ondernemingsrecht* 2020
J.W. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/86, afl. 7, p. 471-474.

Appendices

Appendix 1

Empirische begrippen

Kwalitatief onderzoek

<i>Atlas.ti</i>	Atlas.ti is een softwareprogramma dat behulpzaam kan zijn bij het gestructureerd analyseren van onderzoeksdata. Atlas.ti biedt mogelijkheden om (in dit geval) interviewtranscripten te analyseren en te vergelijken. Bovendien biedt het programma mogelijkheden om een theorie te ontwikkelen op basis van de data.
<i>Axial coding</i>	<i>Axial coding</i> is een fase in het coderen waarbij de codes van de open coding die zien op vergelijkbare aspecten worden samengevoegd in één code. Denk bijvoorbeeld aan het samenvoegen van de codes 'curator is geen politieagent' en 'curator is geen boevenvanger'.
<i>Coderen</i>	Coderen is een proces om data te analyseren. Coderen is niets anders dan het selecteren van een stuk tekst uit een transcript en daar een label aanhangen. Denk bijvoorbeeld aan de quote 'ik krijg geen reactie van het CMF', die het label 'geen reactie CMF' krijgt.
<i>Constant comparison</i>	<i>Constant comparison</i> is een kernelement van de <i>grounded theory</i> -methode en houdt in dat tijdens het coderen (analyseren) van de transcripten steeds wordt gekeken of bestaande codes kunnen worden gebruikt voor een quote. Als een participant bijvoorbeeld vertelt over gebrekkige reacties van het CMF, dan kan de onderzoeker de hierboven besproken code 'geen reactie CMF' gebruiken.
<i>Deductief</i>	Deductief betekent dat er op basis van een theorie bepaalde assumpties worden getoetst in de data. Bij deductief onderzoek is het vertrekpunt de theorie.
<i>Hypothese</i>	Een hypothese is een stelling waarin de onderzoeker aangeeft welk verband hij verwacht te vinden in het onderzoek.
<i>Inductief</i>	Inductief betekent dat er op basis van waarnemingen (data) een theorie wordt ontwikkeld. Die theorie moet vervolgens worden getoetst. Bij inductief onderzoek is het vertrekpunt de data.

<i>Iteratief</i>	Iteratief betekent dat verschillende stappen in een bepaald proces zich stelselmatig herhalen. In kwalitatief onderzoek betekent iteratief dat dataverzameling en data-analyse tegelijkertijd plaatsvinden. Met andere woorden, na ieder interview bekijkt de onderzoeker over welke onderwerpen er voldoende informatie beschikbaar is en over welke onderwerpen in volgende interviews moet worden doorgevraagd.
<i>Memoën</i>	Memoën is een kernelement van de <i>grounded theory</i> -methode en betekent dat tijdens het analyseren memo's worden aangemaakt waarin de onderzoeker zijn gedachten over het proces opschrijft. Dat kan bijvoorbeeld zien op lichaamstaal van een bepaalde participant in een interview of op een bepaalde gedachte over verbanden tussen codes, alvorens wordt toegekomen aan de <i>selective coding</i> -fase. De memo's bieden inzicht in het werkproces van de onderzoeker.
<i>Open coding</i>	<i>Open coding</i> is een wijze van coderen waarbij de labels die worden gegeven aan een quote aansluiten bij hetgeen de participant letterlijk heeft gezegd.
<i>Pilotinterviews</i>	Pilotinterviews zijn voorbereidende interviews met participanten waarin wordt nagegaan of er een werkbare onderwerpenlijst is opgesteld. Bovendien zorgen pilotinterviews voor een beter inzicht in het onderzoeksgebied, zodat tijdens de daadwerkelijke interviews beter kan worden doorgevraagd.
<i>Purposeful sampling</i>	<i>Purposeful sampling</i> is een methode om participanten voor een studie te selecteren op basis van enkele vooraf opgestelde criteria zoals (in mijn geval) ervaring, arrondissement of grootte van het kantoor.
<i>Saturatie</i>	Saturatie (of verzadiging) betekent dat nieuwe interviews geen nieuwe informatie meer opleveren. Op het moment dat saturatie is bereikt, kan de onderzoeker stoppen met het afnemen van interviews.
<i>Selective coding</i>	<i>Selective coding</i> is de laatste fase van het coderen, waarbij de verschillende (samengevoegde) codes met elkaar in verband worden gebracht zodat er een verhaal ontstaat.
<i>Semigestructureerde interviews</i>	Bij een semigestructureerd interview wordt vooraf geen vragenlijst opgesteld. De interviews worden in plaats daarvan uitgevoerd aan de hand van een onderwerpenlijst. Een semigestructureerd interview laat daarmee voldoende ruimte voor eigen inbreng van participanten.
<i>Sensitizing concepts</i>	<i>Sensitizing concepts</i> zijn open en niet-gedefinieerde concepten die een algemeen beeld schetsen van het onderzoeksonderwerp en zo richting geven aan open kwalitatief onderzoek.
<i>Steekproef</i>	Een steekproef (ook wel <i>sample</i>) is een selectie uit de gehele groep (populatie) die je wilt onderzoeken.

<i>Theoretical sampling</i>	<i>Theoretical sampling</i> is een methode om participanten voor een studie te selecteren op basis van de informatie die ze kunnen geven. Denk bijvoorbeeld aan het kiezen van participanten die ervaring hebben met het doen van fraudemeldingen, omdat die invalshoek onderbelicht is gebleven in eerdere interviews.
<i>Transcriberen</i>	Transcriberen is het letterlijk uittypen van de opnames van interviews.

Kwantitatief onderzoek

<i>Afhankelijke variabele</i>	Een afhankelijke (ook wel uitkomst)variabele is een variabele waarover de onderzoeker een voorspelling wil doen op basis van de waarde(n) van de onafhankelijke variabele(n). De afhankelijke variabele wordt doorgaans aangeduid met y . Denk aan de (afhankelijke) variabele salaris die voorspeld kan worden aan de hand van de (onafhankelijke) variabelen leeftijd en geslacht.
<i>Binaire logistische regressie</i>	Als de afhankelijke variabele in de logistische regressie twee categorieën kent, spreken we van een binaire logistische regressie.
<i>Binaire variabele</i>	Een binaire variabele is een variabele met twee categorieën en dus twee mogelijke waarden die elkaar uitsluiten. Denk aan 'Ja' of 'Nee', '0' of '1' en 'Dood' of 'Levend'.
<i>Bivariate analyse</i>	Een bivariate analyse ziet op het testen van een verband tussen twee variabelen. Correlaties zijn hier een voorbeeld van.
<i>Correlatie</i>	Correlatie is de samenhang tussen twee variabelen. Een perfecte samenhang heeft de correlatiewaarde 1. Er kunnen op basis van correlaties geen uitspraken worden gedaan over causaliteit (oorzaak-gevolgrelaties).
<i>Cronbach's alpha (α)</i>	De Cronbach's alpha (α) geeft de betrouwbaarheid van een meetinstrument weer. De alpha wordt vaak gebruikt om na te gaan of een combinatie van verschillende items een geschikte maatstaf is om de schaal voor een bepaalde variabele te meten. Er wordt dan gekeken naar de interne consistentie van de verschillende items.
<i>Dichotome variabele</i>	Een dichotome variabele is een nominale variabele die slechts twee waarden kan aannemen. Denk aan 'Dood' of 'Levend'. Zie ook binaire variabele.
<i>Hypothese</i>	Een hypothese is een stelling waarin de onderzoeker aangeeft welk verband hij verwacht te vinden in het onderzoek.
<i>Interactie-effect</i>	Een interactie-effect houdt in dat het effect van een onafhankelijke variabele op de afhankelijke (uitkomst)variabele afhangt van een derde variabele, de zogenaamde moderator.

<i>Intervalvariabelen</i>	Intervalvariabelen zijn variabelen waarvan de waarden schaalpunten vertegenwoordigen. De verschillen tussen de schaalpunten worden in getallen uitgedrukt. Intervalvariabelen kennen een ordening en een vaste afstand tussen twee getallen.
<i>Item</i>	Een item is een vraag of een stelling die in de survey is voorgelegd aan de respondenten. Het is een manier om een concept of variabele meetbaar te maken. Dat wordt operationaliseren genoemd.
<i>Likert-schaal</i>	Een Likert-schaal is een schaal van doorgaans 5 of 7 punten die wordt gebruikt om de antwoorden van respondenten op bepaalde items te registreren. Het gaat dan bijvoorbeeld om een schaal met de waarden 1 t/m 5 voor 'helemaal mee oneens', 'mee oneens', 'neutraal', 'mee eens' en 'helemaal mee eens'.
<i>Logistische regressie</i>	Bij een logistische regressieanalyse is de afhankelijke variabele een categorische variabele. Dit in tegenstelling tot lineaire regressie, waar de afhankelijke variabele aangenomen wordt continu te zijn en aldus elke waarde aan kan nemen.
<i>Multicollineariteit</i>	Multicollineariteit betekent dat er (minimaal) twee onafhankelijke variabelen in een model sterk samenhangen, oftewel een hoge correlatie vertonen.
<i>Multinomiale logistische regressie</i>	Als de afhankelijke variabele in de logistische regressie meer dan twee categorieën kent, spreken we van een multinomiale logistische regressie. Bij multinomiale logistische regressie wordt er altijd voor een referentiecategorie gekozen, wat betekent dat de waarschijnlijkheid van een uitkomst wordt voorspeld ten opzichte van de referentiecategorie.
<i>Nominale of categorische variabele</i>	Een nominale (ook wel categorische) variabele is een variabele waarvan de waarde niet numeriek is. Denk aan het arrondissement waar iemand werkzaam is. Hier kan ten behoeve van de analyse alsnog een numerieke waarde aan worden verbonden. Zo kan bijvoorbeeld het arrondissement Amsterdam het nummer '1' krijgen, het arrondissement Den Haag het cijfer '2', et cetera.
<i>Odds ratio</i>	Bij logistische regressie wordt niet de uitkomst zelf, maar de kans op die uitkomst voorspeld. De odds geeft de verhouding weer tussen de waarschijnlijkheid dat een gebeurtenis optreedt (zal optreden) en de waarschijnlijkheid dat een gebeurtenis niet zal optreden. Dit is de relatieve kans. De odds ratio is vervolgens de vergelijking van de relatieve kans voor waarden van de onafhankelijke variabele. De odds ratio loopt van 0 tot oneindig, waarbij een odds ratio van 1 betekent dat er geen samenhang is tussen de onafhankelijke en de afhankelijke variabele. De odds ratio wordt veel gebruikt in medisch onderzoek, waar het veelal gaat om de kans (of het risico) op ziekte of sterfte. Een voorbeeld is de odds ratio voor roken in vergelijking met niet-roken op het krijgen van een hartinfarct.

<i>Onafhankelijke variabele</i>	Een onafhankelijke variabele is een variabele waarvan de onderzoeker verwacht dat deze variabele een effect heeft op een andere variabele (de afhankelijke variabele). Het is de verklarende of voorspellende variabele, doorgaans aangeduid met x . Denk aan de (onafhankelijke) variabele leeftijd die een effect kan hebben op de (afhankelijke) variabele salaris.
<i>Productterm</i>	Het interactie-effect in een regressiemodel wordt geschat door in het regressiemodel een variabele op te nemen die bestaat uit de productterm (letterlijk een vermenigvuldiging) van de twee onafhankelijke variabelen die naar verwachting niet enkel los van elkaar maar ook tezamen een invloed uitoefenen op de afhankelijke variabele.
<i>Regressieanalyse</i>	Een regressieanalyse is een statistische analysetechniek die ziet op het voorspellen van een bepaalde uitkomst voor de afhankelijke variabele op basis van informatie over andere (onafhankelijke) variabelen. We spreken dan van een regressie van de onafhankelijke variabele op de afhankelijke variabele. Bij eenvoudige regressie is sprake van één onafhankelijke variabele. Bij meervoudige of multiële regressie is er meer dan één onafhankelijke variabele.
<i>Significantie</i>	Statistische significantie geeft aan of het gevonden verband te verklaren is door toeval. Als een bepaalde uitkomst statistisch significant is, betekent dat dat het gevonden verband (waarschijnlijk) niet op toeval berust.
<i>Significantieniveau</i>	Het significantieniveau (uitgedrukt middels de α of de p-waarde) is een drempelwaarde die de onderzoeker vooraf kiest. Als de p-waarde onder de vooraf vastgestelde drempel ligt, betekent dat dat het gevonden verband statistisch significant is. Een significantieniveau van 0,05 is het meest gebruikelijk. Dat betekent dat er een kans is van 5% dat de gevonden samenhang toch niet bestaat.
<i>Standaarddeviatie</i>	De standaarddeviatie (SD) geeft de mate van spreiding aan in de antwoorden van de respondenten.
<i>Variabele</i>	Een variabele is iedere factor die verschillende waarden kan aannemen, oftewel die variabel is. Denk aan leeftijd of geslacht, maar ook de mate waarin iemand tevreden is (van laag tot hoog variërend).

Appendix 2

Onderwerpenlijst interview

Het interview zal semigestructureerd zijn, hetgeen betekent dat de vragen voor het gesprek niet vastliggen. Het interview wordt gevoerd aan de hand van vooraf vastgestelde onderwerpen die betrekking hebben op het overkoepelende onderzoeksthema: de beoordeling van bestuurlijk handelen door de curator. De onderwerpen zijn hieronder weergegeven. Het interview duurt naar verwachting ongeveer 60-90 minuten. Van u wordt verwacht dat u zo eerlijk mogelijk uw visie en ervaringen geeft met betrekking tot de onderwerpen die tijdens het interview aan bod komen. Indien ik u een vraag stel die u niet wenst te beantwoorden, kan u die vraag zonder opgaaf van reden onbeantwoord laten.

1. Opleiding en ervaring
2. Benoeming door de rechtbank
3. Eerste contact met de bestuurder(s)
4. Het oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek
5. Handhaving bestuursnormen: schikking, procedure en fraudemelding
6. Artikel 68 Fw: de taak van de curator
7. Lege boedels, voorfinanciering en de garantstellingsregeling
8. Rol van de rechter-commissaris

Appendix 3

Survey

SURVEY OVER DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN RONDOM FAILLISSEMENTEN

Bedankt voor uw deelname aan deze survey.

De vragen gaan over uw persoonlijke ervaringen met en uw zienswijze op de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. De survey gaat over uw persoonlijke mening als curator. Er zijn geen goede of foute antwoorden. Neem bij de beantwoording van de vragen uw faillissementspraktijk van grofweg de laatste tien jaar (of indien u nog niet zo lang curator bent, uw startdatum) als uitgangspunt.

De survey duurt ongeveer 15-30 minuten. De resultaten van het onderzoek worden gebruikt voor het promotieonderzoek van Jessie Pool (j.m.w.pool@law.leidenuniv.nl) en daarvan afgeleide publicaties naar de aanpak van onregelmatigheden in faillissementen. De gegevens zullen vertrouwelijk en anoniem worden behandeld. Uw mening en deelname worden enorm gewaardeerd.

Hoeveel jaar werkervaring heeft u als advocaat?

[...]

Hoeveel jaar werkervaring heeft u als curator?

[...]

In hoeveel faillissementen bent u momenteel curator?

[...]

Bij welk arrondissement bent u advocaat?

- ☐ Amsterdam
- ☐ Den Haag
- ☐ Gelderland
- ☐ Limburg
- ☐ Midden-Nederland
- ☐ Noord-Holland
- ☐ Noord-Nederland
- ☐ Oost-Brabant
- ☐ Overijssel
- ☐ Rotterdam
- ☐ Zeeland-West-Brabant

Wordt u wel eens aangesteld als curator bij een ander arrondissement?

- ☐ Ja
- ☐ Nee

U heeft aangegeven wel eens als curator te worden aangesteld bij een ander arrondissement. Bij welk(e) arrondissement(en)?

- ☐ Amsterdam
- ☐ Den Haag
- ☐ Gelderland
- ☐ Limburg
- ☐ Midden-Nederland
- ☐ Noord-Holland
- ☐ Noord-Nederland
- ☐ Oost-Brabant
- ☐ Overijssel
- ☐ Rotterdam
- ☐ Zeeland-West-Brabant

Wat is de grootte van het kantoor waar u werkzaam bent?

- ☐ 1 advocaat
- ☐ 2-5 advocaten
- ☐ 6-20 advocaten
- ☐ 21-50 advocaten
- ☐ 51-100 advocaten
- ☐ 101 of meer advocaten

Bent u lid van INSOLAD?

- ☐ Ja
- ☐ Nee

Sinds wanneer bent u lid van INSOLAD?

[...]

Wat is uw leeftijd?

[...]

Wat is uw geslacht?

- ☐ Vrouw
- ☐ Man
- ☐ Non-binair
- ☐ Zeg ik liever niet

VRAGEN OVER TOEGEWEZEN FAILLISEMENTEN

De volgende vragen gaan over uw faillissementspraktijk over het afgelopen decennium (vanaf 2010 of, als u in 2010 nog geen curator was, zolang u werkzaam

bent als curator). Als er wordt gevraagd naar een aantal of naar percentages, dan kunt u volstaan met een schatting.

Hoeveel faillissementen behandelt u gemiddeld per jaar?

[...]

Op welke lijst voor de benoeming van faillissementen staat u momenteel bij de rechtbank?

- ☐ Natuurlijke personen
- ☐ Kleine bedrijven
- ☐ Middelgrote bedrijven
- ☐ Grote en/of complex geachte faillissementen
- ☐ Ander type lijst, namelijk [...]
- ☐ Weet ik niet

Welk type faillissement krijgt u doorgaans toegewezen? Meerdere antwoorden zijn mogelijk.

- ☐ Landbouw, bosbouw en visserij
- ☐ Industrie en productie
- ☐ Bouwnijverheid
- ☐ Groot- en detailhandel (retail)
- ☐ Horeca
- ☐ Onroerend goed
- ☐ Uitzendsector en arbeidsbemiddeling
- ☐ Reis- en evenementenbranche
- ☐ Overige dienstverlening
- ☐ Dienstverlenende instellingen
- ☐ Onderwijs
- ☐ Gezondheids- en welzijnszorg
- ☐ Cultuur
- ☐ Sport
- ☐ Fraudefaillissementen
- ☐ Anders, namelijk: [...]

In hoeveel procent van de aan u toegewezen faillissementen kan *geen* uitkering gedaan worden aan de faillissementsschuldeisers (lege boedel in ruime zin)? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de aan u toegewezen faillissementen kan *geen* uitkering gedaan worden aan de boedelschuldeisers (lege boedel in enge zin)? (slider tussen de 0 en 100%)

Hoeveel procent van de gemaakte uren in de aan u toegewezen faillissementen wordt gemiddeld en globaal gezien afgeschreven? (slider tussen de 0 en 100%)

VRAGEN OVER DE TAAK VAN DE CURATOR

De volgende vragen gaan over uw zienswijze op de taak van de curator. We zijn geïnteresseerd in uw persoonlijke mening over wat wel en wat niet onder de taakomschrijving van de curator valt. Er zijn geen goede of foute antwoorden.

In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen?

	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De curator dient de belangen van de boedelschuldeisers.					
De curator dient de belangen van de concurrente schuldeisers.					
De curator dient de belangen van de preferente schuldeisers.					
De curator dient de belangen van de fiscus.					
De curator dient de belangen van de werknemers.					
De curator dient de belangen van de aandeelhouders.					
De curator dient de belangen van de gefailleerde.					
De curator dient maatschappelijke belangen.					
De curator moet rekening houden met milieu-effecten.					

In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen?

	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De curator voert zijn werkzaamheden primair uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.					
De curator moet onregelmatig handelen (door bijv. bestuurders) altijd aanpakken.					
De curator heeft een fraudebestrijdende rol.					

	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De belangen van de gezamenlijke schuldeisers gaan altijd boven maatschappelijke belangen.					

U heeft aangegeven dat u het niet (helemaal) eens bent met de stelling dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers altijd boven maatschappelijke belangen gaan. Kunt u uitleggen wanneer u als curator de maatschappelijke belangen zwaarder zou laten meewegen dan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers?
[...]

Als curator wordt u geconfronteerd met diverse maatschappelijke belangen. Tevens heeft u als curator taken toegewezen gekregen in het kader van de behartiging van maatschappelijke belangen. In de rechtspraak is dit op een aantal terreinen geconcretiseerd, maar mogelijk wordt u in uw praktijk met andere maatschappelijke belangen geconfronteerd. Rangschik de hieronder genoemde maatschappelijke belangen van belangrijk (1) naar minst belangrijk (4). Het gaat hier om uw persoonlijke mening.

1. Fraudebestrijding
2. Milieuaspecten
3. Behoud van werkgelegenheid
4. Andere maatschappelijke belangen, namelijk: [...]

Tijdens uw werkzaamheden als curator komt u in aanraking met diverse, soms tegenstrijdige, belangen en zult u afwegingen moeten maken. Rangschik de hieronder genoemde belangen in volgorde van belangrijk (1) naar minst belangrijk (10). Het gaat hier om uw persoonlijke mening.

1. Voldoening van boedelschuldeisers
2. Voldoening van preferente schuldeisers
3. Voldoening van concurrente schuldeisers
4. Fiscale belang van een effectieve/optimale belastinginning
5. Behoud van werkgelegenheid
6. Waardebehoud voor zittende aandeelhouders
7. Niet-geldelijke belangen van de gefailleerde
8. Andere (maatschappelijke) belangen, zoals
9. Fraudebestrijding
10. Milieu

Vragen over het Oorzakenonderzoek

De volgende vragen gaan over uw zienswijze op het oorzakenonderzoek. We zijn op zoek naar uw persoonlijke mening over en ervaringen met het oorzakenonderzoek. Er zijn geen goede of foute antwoorden.

In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen?

	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
In ieder faillissement moet een oorzakenonderzoek plaatsvinden.					
De curator moet het oorzakenonderzoek in beginsel zelf uitvoeren (d.w.z. zonder inschakeling van derden anders dan kantoorgenoten).					
Het oorzakenonderzoek moet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn.					
Curatoren zijn voldoende geëquipeerd om het oorzakenonderzoek uit te voeren.					
Curatoren zijn voldoende onafhankelijk om het oorzakenonderzoek uit te voeren.					
Het oorzakenonderzoek mag achterwege blijven indien de boedel niet voldoende middelen bevat.					
Het oorzakenonderzoek mag achterwege blijven indien op voorhand al duidelijk is dat bestuurders of andere mogelijk aansprakelijke personen geen verhaal bieden.					
Het hoofddoel van het oorzakenonderzoek moet zijn het genereren van extra middelen voor de boedel.					
Het hoofddoel van het oorzakenonderzoek moet zijn het verkrijgen van een gedetailleerd inzicht in de feitelijke gang van zaken voorafgaand aan het faillissement.					
Het oorzakenonderzoek moet worden uitgevoerd aan de hand van een vooraf vastgesteld protocol.					

Hieronder kunt u uw antwoorden toelichten en/of extra informatie geven over uw zienswijze op het oorzakenonderzoek.
[...]

VRAGEN OVER ONREGELMATIGHEDEN IN FAILLISSEMENTEN

De volgende vragen gaan over uw ervaringen met onregelmatigheden in faillissementen. Onder onregelmatigheden vallen onbehoorlijke handelingen voorafgaand aan het faillissement, zoals (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, paulianeus handelen of frauduleus handelen.

Als er wordt gevraagd naar een aantal of naar percentages, dan kunt u volstaan met een schatting.

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was naar uw mening sprake van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was naar uw mening sprake van paulianeus handelen? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was naar uw mening sprake van frauduleus handelen? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen kwam naar uw mening een (of meerdere) van bovengenoemde onregelmatigheden voor? (slider tussen de 0 en 100%)

Hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was naar uw mening veroorzaakt door het bestuur? (slider tussen de 0 en 100%)

Rangschik de hieronder genoemde onregelmatigheden van meest ernstig (1) naar minst ernstig (3). Het gaat hier om uw persoonlijke mening.

- 1. (Kennelijk) onbehoorlijk bestuur
- 2. Paulianeus handelen
- 3. Frauduleus handelen

Vragen over de aanpak van onregelmatigheden

Tijdens de afwikkeling van een faillissement kunt u als curator stuiten op onregelmatigheden zoals (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, paulianeus handelen of fraude. U heeft vervolgens verschillende mogelijkheden om op te treden, zoals een rechtshandeling vernietigen op grond van de faillissementspauliana, een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering instellen of een fraudemelding doen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. Bovendien kunt u een civielrechtelijk bestuursverbod vorderen. Deze mogelijkheden zijn alle voorbeelden van het aanpakken van onregelmatigheden. De volgende vragen gaan over uw zienswijze op en uw ervaringen met de aanpak van onregelmatigheden. Er zijn geen goede of foute antwoorden. Als er gevraagd wordt naar een aantal of naar percentages, dan kunt u volstaan met een schatting.

De volgende vragen gaan over de frequentie waarin u bepaalde handelingen in de door u afgewikkelde faillissementen uitvoert.

	Nooit	Zelden	Soms	Vaak	(Bijna) altijd
Ik voer een oorzakenonderzoek uit in een faillissement.					
Ik voer een oorzakenonderzoek uit aan de hand van een vooraf vastgesteld protocol.					
Ik meld geconstateerde onregelmatigheden bij de rechter-commissaris.					
De rechters-commissarissen in mijn arrondissement stimuleren mij om onregelmatigheden aan te pakken.					
Ik onderneem actie wanneer ik onregelmatigheden signaleer.					

	Nooit	Zelden	Soms	Vaak	(Bijna) altijd
Ik doe melding van fraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude bij (vermoedens van) frauduleus handelen.					
Ik krijg een reactie van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude als ik een melding doe.					
De fraudemeldingen die ik doe bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude worden opgepakt.					
Ik vorder een civielrechtelijk bestuursverbod indien aan een van de gronden is voldaan.					
Als ik een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure voer, dan laat ik me bijstaan door een advocaat van een ander kantoor.					
Het Nederlands wettelijk kader biedt mij voldoende mogelijkheden om een succesvolle civielrechtelijke claim in te stellen tegen bestuurders die onregelmatig hebben gehandeld.					
Ik heb het gevoel dat ik voldoende mogelijkheden heb om onregelmatig handelende bestuurders aan te pakken.					

In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen?

	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De curator moet melding of aangifte doen van fraude.					
De curator moet een bestuursverbod vorderen indien aan een van de gronden is voldaan.					
De curator mag niet schikken indien sprake is van fraude.					

Hoeveel procent van de geconstateerde onregelmatigheden in door u afgewikkelde faillissementen heeft uiteindelijk door de aanpak daarvan voor een (positief) resultaat voor de boedel gezorgd? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen bent u tot een schikking met het bestuur wegens onregelmatig handelen gekomen? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen hebt u met succes een of meer rechtshandelingen op grond van de faillissementspauliana vernietigd? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen bent u een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure gestart? (slider tussen de 0 en 100%)

Hoeveel procent van de door u gestarte bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures heeft uiteindelijk voor een (positief) resultaat voor de boedel gezorgd? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen heeft u een melding van faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude gedaan? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen heeft u een vordering ingesteld tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was er *onvoldoende* boedel om civielrechtelijke stappen (procedure, pauliana, schikking) te ondernemen tegen geconstateerde onregelmatigheden? (slider tussen de 0 en 100%)

In hoeveel procent van de door u afgewikkelde faillissementen was er *onvoldoende* boedel om een fraudemelding van of aangifte tegen geconstateerde onregelmatigheden te doen? (slider tussen de 0 en 100%)

Eerder onderzoek wijst uit dat curatoren verschillende belemmeringen ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden. Wat is voor u de belangrijkste reden om onregelmatigheden niet aan te pakken?

Rangschik de hieronder genoemde factoren van meest belemmerend (1) naar minst belemmerend (10) bij de aanpak van onregelmatigheden. Het gaat hier om uw persoonlijke ervaring en mening.

1. Onvoldoende middelen in de boedel in het concrete faillissement
2. Gebrek aan verhaalsmogelijkheden bij de bestuurder in het concrete faillissement
3. Mijn meldingen of aangiftes worden toch nauwelijks opgepakt
4. Ik vind de aanpak van onregelmatigheden geen taak van de curator
5. Ontbrekende D&O-verzekering
6. Onvoldoende juridische mogelijkheden om aan te spreken
7. Gebrek aan bewijs
8. Ontbrekende toestemming van de rechter-commissaris
9. De aanpak onregelmatigheden is in het concrete faillissement strijdig met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers
10. Er is geen of onvoldoende zicht op een vergoeding voor de tijd die in het concrete faillissement moet worden besteed aan de aanpak van onregelmatigheden

Zijn er voor u andere redenen waarom u onregelmatigheden niet altijd signaleert of aanpakt?

[...]

VRAGEN OVER DE SAMENWERKING MET UW RECHTBANK

De volgende vragen gaan over uw ervaringen met de samenwerking met uw rechtbank. We zijn op zoek naar uw persoonlijke mening. Er zijn geen goede of foute antwoorden.

In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen?

	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
Ik ben positief over de samenwerking met de rechters-commissarissen in mijn arrondissement.					
De rechtbank organiseert voldoende evaluatiemomenten waarin ik feedback krijg over de wijze waarop ik faillissementen afwikkel.					
De rechtbank staat open voor feedback op de (samenwerking met de) rechters-commissarissen.					
Als ik het niet eens ben met een rechter-commissaris, dan voel ik me vrij dat met diegene te delen.					
Als ik het niet eens ben met een rechter-commissaris, dan voel ik me vrij om mijn eigen lijn te volgen (behoudens waar ik zijn goedkeuring/machtiging nodig heb of mij een bevel is gegeven).					
Ik weet wat de rechtbank van mij verwacht bij de afwikkeling van faillissementen.					
De rechters-commissarissen in mijn arrondissement verwachten dat ik onregelmatigheden in faillissementen aanpak.					
De rechters-commissarissen zitten op één lijn op het gebied van fraudebestrijding.					
Het benoemingsbeleid bij mijn rechtbank is transparant.					
Het benoemingsbeleid bij mijn rechtbank is eerlijk.					
De rechtbank houdt er bij de benoeming van curatoren rekening mee dat lege boedels eerlijk verdeeld worden onder de kantoren in mijn arrondissement.					

VRAGEN OVER UW SITUATIE BINNEN UW KANTOOR

De volgende vragen gaan over de faillissementspraktijk binnen uw kantoor. We zijn op zoek naar uw persoonlijke mening en ervaringen. Er zijn geen goede of foute antwoorden.

Als er gevraagd wordt naar een aantal of naar percentages, dan kunt u volstaan met een schatting.

In hoeverre bent u het eens met de volgende stelling?

	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De faillissementspraktijk is voor mijn kantoor rendabel.					
De insolventieafdeling op mijn kantoor maakt voldoende omzet.					
De insolventieafdeling op mijn kantoor draait qua omzet in vergelijking met andere afdelingen goed.					
Binnen de insolventieafdeling op mijn kantoor heb ik voldoende doorgroeikansen.					
Ik maak voldoende declarabele uren in de faillissementspraktijk om door te kunnen groeien binnen mijn kantoor.					
Onder de streep haal ik uit faillissementen voldoende omzet over de gewerkte uren.					
Het daadwerkelijk geïncasseerde uurtarief in faillissementen is minder dan mijn gemiddeld uurtarief in andere commerciële zaken.					

Hoeveel procent van de uren die u werkt in faillissementen worden betaald uit de boedel? (slider tussen de 0 en 100%)

Indien u nog afsluitende op- of aanmerkingen heeft over uw zienswijze op de aanpak van onregelmatigheden rondom faillissementen of over de survey, dan kunt u dat hieronder laten weten.

[...]

Indien u op de hoogte gehouden wilt worden over (de resultaten van) het onderzoek, dan kunt u dat laten weten door een e-mail te sturen naar j.m.w.pool@law.leidenuniv.nl.

[...]

Appendix 4

Gespreksverslag interview FIOD

Het interview heeft allereerst inzicht gegeven in de afwikkeling van fraudemeldingen van curatoren. Als een melding bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude binnenkomt, wordt eerst gekeken of de melding moet worden doorgestuurd naar de politie of de FIOD (zie ook par. 3.3.2).

‘Het belangrijkste criterium is het bedrag aan onttrekkingen. Als dat bedrag boven de honderdduizend euro zit, dan wordt dat bijna altijd wel doorgestuurd – nee ik kan beter zeggen: dan wordt hij altijd doorgestuurd aan een accountmanager van de FIOD. Als het andersom is, als de onttrekking lager is, dan kan het ook nog wel eens zo zijn dat wij het naar de FIOD doorsturen omdat het bijvoorbeeld een bekende naam van een veelpleger is. En dat is een van de criteria, bekende katvangers et cetera: dan wordt hij ook doorgestuurd naar de FIOD. Maar als het een “niet voldoen aan de administratieplicht”, “niet voldoen aan de inlichtingenplicht” is, dan gaat het naar de politie. En dat zijn de meeste, dat zijn echt de meeste. [...] Je moet er weer mee rekenen dat 75 à 80 procent wordt geselecteerd voor de politie.’

De politie doet dus vooral de eenvoudige zaken, waaronder inbegrepen schending van de inlichtingenplicht en schending van de administratieplicht. Hoewel mijn gesprekspartner werkzaam is bij de FIOD, heeft hij ook enig inzicht kunnen verschaffen in de werkwijze van de politie bij de afwikkeling van fraudemeldingen. Het oppakken van fraudemeldingen door de politie is volgens hem een heikel punt.

‘En dat betekent vaak dat mensen die normaal gesproken daar in het nieuws bijvoorbeeld de demonstranten tegen de corona tegenhouden, opeens een faillissementsfraudezaak onder zich krijgen. Ik word weleens gebeld met de opmerking “ik heb zo’n ding gekregen wat moet ik er mee doen?” En dan ging ik er eerst nog vanuit dat ze toch wel iets ervan wisten. Dus ik zei van “je zou het beste – als je het klein wil houden – dan ga je een verhoor afnemen bij de curator en daarna een verhoor bij de bestuurder, je combineert die twee dingen en dan heb je in feite jouw proces-verbaal al klaar.” “Wat is een curator?” is dan de eerste vraag die je krijgt. Ja, dan weet je dus wel dat zo’n zaak – ja zo gaat het wel he. Dan wordt het echt heel lastig om zo’n zaak in opsporing te krijgen. Je hebt ook regio’s waar dat anders is. Dit zijn uitzonderingen gelukkig hoor. Maar het geeft wel aan dat het dus kan gebeuren.’

De FIOD pakt die zaken op waar een onttrekking is geweest van meer dan honderdduizend euro. Als een melding wordt doorgestuurd naar de FIOD, wordt de volgende werkwijze gehanteerd. De melding wordt opgepakt door een accountmanager van

de FIOD. Die accountmanager neemt vaak een aangifte op bij de curator. Die aangifte is vervolgens de basis voor het zogenoemde 'weegdocument', dat wordt besproken in de zogenoemde weegploeg faillissementsfraude.

'En die aangifte die wordt dus meegenomen door ons en daarover worden pre-weegdocumenten opgesteld om te zeggen van: nou, wat is het redelijke vermoeden, de casusbeschrijving, redelijk vermoeden van de onttrekking of administratie- en inlichtingenplicht en eventuele andere feiten. En dan gaat die dus naar de weegploeg.'

In die weegploeg – bestaande uit het functioneel parket (de parketsecretaris en de landelijk officier faillissementsfraude), een aantal medewerkers van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, de accountmanagers faillissementsfraude die de zaken hebben opgewerkt en de landelijk contactambtenaar van de Belastingdienst – wordt bepaald of de zaak wel of niet in opsporing wordt genomen. Uiteindelijk neemt het OM de beslissing over vervolging.

'De weegploeg is onder voorzitterschap van het FP, dus het OM. En er wordt wel altijd gezegd dat het OM en de FIOD gelijkwaardige partners zijn in dat geheel, ja, maar de beslissing over vervolging doet altijd het OM. Dus dat heb ik altijd al gezegd, dat is dus niet helemaal gelijk. Die hebben uiteindelijk toch de stem. En als zij beslissen om het uiteindelijk niet te doen dan kun je wel zeggen van "ik vind het heel vervelend", maar ja.'

Of een melding van faillissementsfraude uiteindelijk opgepakt wordt (en dus in opsporing wordt genomen) hangt af van een aantal omstandigheden. Door de weegploeg wordt een afweging gemaakt van de slagingskans van een opsporing. Dat betekent dat zaken alleen in opsporing worden genomen als er een redelijk vermoeden van faillissementsfraude is.

'Daarom is het zo belangrijk dat die melding goed is, zodat we een goede aangifte kunnen opnemen want het FP heeft altijd wel vragen over hoe het zit met een verdachte.'

'Dus wij gaan contact opnemen met de curator: "hoe kom je daar aan?" Dus dan krijg je allemaal verschillende verklaringen en verhalen, die niet erg veel houvast bieden tijdens een weegploeg. Want ik snap ook wel dat het OM ook wel de zaken eruit pikt – [...]. Maar als dat dus niet duidelijk wordt, dan wordt ook zo'n grote aansprekende zaak een beetje drijfzand voor het OM. Die willen wel graag weten hoe het zit – en dan snap ik ook wel: je kan dat niet tot drie cijfers achter de komma wat ik al aangaf. Maar er zal toch ergens iets dan zijn geweest dat zij zijn gekomen met dit bedrag. En dan zie je dus dat dat dus echt uitgevraagd moet worden in het opnemen van een aangifte of bij het contact opnemen met een curator. Wat wij dan wel doen is vanuit het meldpunt de curator benaderen of we vragen een accountmanager om eens even contact op te nemen met de curator om te bepalen of het ook echt een zaak voor ons is. Voor hetzelfde geld komt hij niet met ondersteunend bewijs.'

‘Dat heb ik al vaker bij curatoren ook duidelijk willen maken. Onlangs van [X] er twee gekregen: perfecte aangiftes en zonder problemen geaccepteerd. En andere zaken waar we het er bijna uit moeten trekken wat erin zit. Dat wordt veel lastiger.’

Bovenstaande quotes laten zien dat het belangrijk is dat curatoren goede meldingen doen. Zonder goede melding is het volgens de projectleider lastig om meldingen in opsporing te krijgen, zeker als slecht onderbouwde meldingen moeten concurreren met wel goed onderbouwde meldingen.

‘Want die melding, daar schort het soms behoorlijk aan. En er zijn curatoren die doen het uitstekend, ik heb laatst bijvoorbeeld toen ik les gaf voor [...], toen zag ik meteen dat een curator daar in [arrondissement], [naam] van [kantoor] een perfecte aangifte doet vervolgens. Ik kreeg zelfs een mailtje van de accountmanager, “bij deze dus de melding waar ik het over had, curator heeft het zelfs nog gespecificeerd naar delictsartikelen. Ik zou ze graag zo vaker zien.” Want, dat snap ik wel, want het is voor de curator weer wat meer werk, maar voor ons dus wat minder, en daar moet je iedere keer een weg in zien te vinden. Maar curatoren mogen nu melden met een meldingsformulier, of kunnen.’

‘Want die hebben misschien ook die veredelingslag die over de meldingen heen moet, als die niet gebeurt dan is een – wat daar vaak gebeurt is dat een officier de kale melding krijgt van de curator in een weegploeg. En dan liggen daar ook aangiftes van een bank en een verzekeraar en die zijn goed geschreven. Zijn misschien 3-4 pagina’s dik. En dan zie je een melding van een curator waar dus bijna echt niks in staat en die wordt afgewezen. Die zeggen van ‘he ik heb hier een betere aangifte, wat moeten we hiermee, ik mis dit, ik mis dat, ik mis zus en ik mis zo.’ Dat is iedere keer die gulden middenweg. Daarom probeer ik ook zoveel mogelijk te hameren richting bijvoorbeeld INSOLAD [...] om het er in te krijgen van jongens, vul in ieder geval die melding een klein beetje. Want als je te weinig doet dan komt die er echt niet door, dat is het grootste struikelblok bij de politie. Men meldt wel. [...] Soms staat er ook letterlijk, hoe zeggen ze dat nou zo mooi, dat ze op instigatie van de RC melding doen van faillissementsfraude. Maar daar staat niet veel in. Of er wordt bijvoorbeeld bij alles kruisjes gezet. Zo van dubbel gestikt houdt beter. Of er is niks aangevinkt. Of eentje. Maar eentje is geentje. Maar we moeten er altijd wel achteraan om dus die melding om te zetten in een betere aangifte.’

Op de vraag hoe de melding zou moeten worden ingevuld, antwoordt de projectleider het volgende.

‘Dat de toelichting die gevraagd wordt bij die vragen ook wordt gegeven, want dat is beperkt. Wat wij altijd zeggen en wat ik ook tijdens de lessen zeg: ik heb liever dat jullie de casusbeschrijving zo doen zoals jullie dat richting de RC doen bij fraudesprekuren. [...] Daar wordt door curatoren meer aandacht aan besteed dan aan de melding vaak. Daar doen ze een melding en dan beschrijven ze ook echt op anderhalf à twee A4’tjes de casus. Hartstikke goed. Ik zit er soms weleens naar te kijken, dat is een zaak voor de politie of dat is een zaak voor ons. En daar hoeft bijna niks meer aangevuld te worden, want daar staat het hartstikke duidelijk beschreven. [...] Kijk, niet al het bewijs hoeft er in te zitten. Omschrijf waar sprake van is en als er dus melding wordt gedaan van een onttrekking, zet er dan ook

in waarom er naar jouw mening sprake is van een onttrekking en waar die in heeft gezeten. En als het mogelijk is enigszins gespecificeerd.'

'Als het de administratieplicht betreft, waar heb je precies om gevraagd? "Ja de administratie." Nee! Welke stukken heb je precies om gevraagd? Want anders krijg je allemaal (met name) advocaten die met tegenargumenten komen. Heel specifiek, geef aan: ik heb op die dag aan die bestuurder een aangetekende brief gestuurd of ik heb een leesbevestiging via e-mail gedaan en daar heb ik hem gevraagd om de administratie bestaande uit dit, dit, dit. Dat kan een standaard riedel zijn, dat hoeft je niet iedere keer op te schrijven. En geef dan vervolgens aan wat de reactie was, was er wel een reactie of geen reactie. Wat heeft hij precies aangeleverd en wanneer. En ik snap ook wel, dat kan ook wel in een aangifte. Maar zet dan bijvoorbeeld in de melding dat je exacte informatie hebt over wat je hebt aangevraagd, mocht het tot een aangifte leiden. Dan weten we dat in ieder geval. En dan kun je zeggen, "he, daar gaan we mee door." En als het echt onttrekkingen betreft, beschrijf dan hoe een en ander in zijn werk is gegaan. Dat hebben wij echt nodig – en ik moet wel zeggen, de meeste onttrekkingen zijn nou niet echt zo gecompliceerd dat het een beschrijving nodig heeft. Maar als er vlak voor faillissement voor een ton is weg gepind, zet er dan in dat je die bankafschriften hebt opgevraagd bij de bank en dat je hebt gezien dat er in die periode zoveel is afgeschreven iedere maand of weg gepind iedere maand. Dan kunnen we daar veel sneller een afweging in maken.'

Bovenstaande laat zien dat curatoren met enige extra moeite al een grotere kans hebben dat hun meldingen worden opgepakt. Volgens de projectleider zou dat bij curatoren niet tot onoverkomelijke extra werkzaamheden moeten leiden. De FIOD doet er alles aan om het curatoren zo makkelijk mogelijk te maken.

'We hebben er op een gegeven moment voor gekozen om curatoren zo weinig mogelijk in de weg te leggen. Want die vergoedingsregeling die werd ergens in 2012 door Financiën ingevoerd en wij mochten alleen uitbetalen als een melding had geresulteerd in een aangifte die in opsporing was genomen. [...] Want wat wij doen nu – en daar kun je het mee eens zijn of niet – wij hebben tegen curatoren gezegd: als een melding wordt omgezet in een aangifte, ongeacht of die in opsporing wordt genomen, dan krijg je de vergoeding. Want ik snap ook wel: curatoren zijn dan even een paar uur kwijt met het opnemen van die aangifte. Geen vijf uur hoor, maar ze declareren echt allemaal vijf uur. We zijn er hooguit eens twee uurtjes mee bezig hoor. Ze zeggen dan dat ze veel tijd kwijt zijn geweest aan het halen van dozen van zolder. Ja dat zal, maar die tijd valt er formeel niet onder.'

'Dus je kan er een hele lange monoloog over houden, maar waar het om gaat is: curatoren hebben veel meer kans om in opsporing te worden genomen als zij de formulieren in ieder geval enigszins invullen. En laat ze dan maar als leidraad nemen, zoals zij een casus invullen richting de RC. Als zij nu wekelijks een fraudemelding zouden doen dan snap ik dat. Of als het werkzaamheden zouden zijn van twee uur. Maar het typen van twee pagina's is in een kwartier gebeurd.'

De FIOD lijkt dus anders te denken over de tijdsinvestering die een melding of aangifte kost dan sommige curatoren (hoofdstuk 4).

Omdat verhaal een grote rol speelt in het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden, heb ik mijn gesprekspartner gevraagd in hoeverre verhaalsmogelijkheden ook een rol spelen bij de afweging om een melding wel of niet op te pakken.

‘Altijd bij ons. Altijd wordt er gekeken of er ook verhaal is. Gelukkig is dat niet meer de – of niet meer – eigenlijk altijd niet de definitieve reden om een zaak wel of niet in opsporing te nemen, maar je merkt wel dat de zaak – ik noem dat dan maar een plusje krijgt ofzo om in opsporing te nemen omdat er wel verhaal is.’

‘Dus daarom zeg ik, of er iets af te pakken is – de ja of de nee – dat is voor mij geen reden om een zaak niet aan te pakken. Maar goed, dat is voor mij. Voor het OM is dat misschien anders of voor de Belastingdienst die ook vaak een duit in het zakje doen.’

Kort samengevat heeft een fraudemelding meer kans om te worden opgepakt wanneer curatoren voldoende uitleg geven over de verweten handelingen. De verhaalsmogelijkheden kunnen een reden zijn om een fraudemelding wel of niet in opsporing te nemen.

Ik had gesproken met curatoren die een fraudemelding hebben gedaan bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. Dit ging over de communicatie na een dergelijke melding. De projectleider was duidelijk over het verwijt van sommige curatoren dat de terugkoppeling onvoldoende zou zijn.

‘Ik wil daar echt mijn hand voor in het vuur steken, dat in 99% van de gevallen, dat er altijd contact wordt gezocht met curatoren. [...] Maar, en er zijn bij de politie ook wel degelijk mensen die het wel willen, maar je merkt dat – omdat het niet in de veiligheidsagenda is opgenomen van de politie – heeft het op dit moment dus minder prioriteit.’

‘Ze krijgen altijd te horen, we hebben de zaak beoordeeld, we hebben het als een politiezaak beoordeeld en doorgestuurd naar [X]. Dat krijgen ze altijd te horen. Dat ze dan vervolgens niets van de politie horen is een andere zaak. Maar het kan ook bijna niet zo zijn dat als het naar de politie is gestuurd, dat ze dan niets gehoord hebben. Want dan neemt onze accountmanager, ik wil echt zeggen in meer dan 90% van de gevallen moeten ze van de accountmanager gehoord hebben. Dus die opmerking die snap ik wel, maar ze hebben ons meldadres op een hoop gegooid met de politie. En daar baalde ik niet alleen van, maar de medewerkers van het meldpunt ook. Ja, hoe kan dat nou?’

Het gesprek ging tevens over pijnpunten die de FIOD ervaart bij de afhandeling van fraudemeldingen.

‘Maar waar wij nu al een paar keer tegenaan zijn gelopen is dat een curator, terwijl wij dus een zaak geaccepteerd hebben voor opsporing, daarna dus gaat schikken. En dat de opsporing dus bij hem komt voor het eerste verhoor en dat hij zegt “ik verleen geen medewerking meer, want ik heb een vaststellingsovereenkomst gesloten.” Ik hoef je niet te vertellen dat deze rechercheurs dus bij een volgende faillissementsfraudezaak zullen zeggen: ja daar heb je niks aan.’

‘Wat dus bij jullie artikel gebeurt ten aanzien van ons meldpunt, gaat ook bij zulke mensen leven over alle curatoren als geheel. [...] Dat snap ik ook wel: zij hebben belang bij de boedel en de schuldeisers. Aan de andere kant denk ik, in hoeverre heeft die overeenkomst nou gedekt hetgeen die schuldeisers te vorderen hebben of is alleen jouw salaris daarmee gedekt.’

Bovenstaande quotes laten zien dat het treffen van schikkingen de opvolging van fraudemeldingen kan bemoeilijken, terwijl curatoren juist de voorkeur geven aan een schikking (hoofdstuk 4, 5 en 6). De projectleider meent dat curatoren voorzichtig zouden moeten zijn met het schikken nadat een fraudemelding is gedaan.

‘Het kan naast elkaar bestaan. En daar heb ik ze ook van proberen te overtuigen. De curator doet misschien niet eens aangifte. We hebben geen aangifte nodig want faillissementsfraude is geen klachtdelict dus we kunnen gewoon doorgaan. Maar overtuig dan maar eens de zaaksofficier. Die ziet het toch als een afbreukrisico bij een eventuele procedure dat er toch al een vaststellingsovereenkomst ligt. En daar heb ik meerdere argumenten voor aangedragen dat het niet zo is, maar het OM vindt dat toch tricky. En dat is een afweging.’

‘Als de zaak geaccepteerd is voor opsporing, dan zou ik zeggen doe het niet. Ik kan niet zeggen van het mag niet, maar dan zou toch mijn opmerking zijn van doe het niet. Als het daarvoor gebeurt, prima, maar gebruik het dan niet als pressiemiddel richting de failliet. Die melding die je gedaan hebt.’

‘Die zegt bijvoorbeeld ook over die vaststellingsovereenkomst, toen we er met hem over spraken, hij zei dus “nee de vaststellingsovereenkomst gebruik ik om geld in de boedel te krijgen voor schuldeisers en daarnaast doe ik gewoon aangifte tegen ze.” En zo zou ik ook in elkaar zitten. Dit soort bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures en allerlei andere civiele procedures, die zou ik nooit – nou niet als excuus of hoe zal ik het zeggen – het zou voor mij geen reden zijn om niet strafrechtelijk de weg op te zoeken, als de maatschappelijke impact ook groot genoeg is. Als je dus spreekt over een veelpleger of iemand die écht de boel besodemetert. Dan kun je wel denken van ik krijg misschien nog wel een ton in de boedel, maar eigenlijk moet je toch ook dan bij jezelf denken van ja. Ik voor mezelf zou alle *credits* verliezen om ooit nog te klagen over het feit dat er nooit iets aan opsporing wordt gedaan. Wat trouwens dus niet waar is.’

‘Dat was een vaststellingsovereenkomst inclusief geheimhoudingsclausule. Dus wij mochten niet weten wat er in stond. En waarom niet, omdat wij dus het vermoeden hebben – en dat vind ik echt heel kwalijk – dat hij in die verklaring heeft opgenomen dat hij in die vaststellingsovereenkomst ook opneemt dat hij dus geen strafrechtelijke aangifte zal doen. [...] Ja dat gebeurt vaak. En daarmee gaat de curator eigenlijk op de stoel van het OM zitten. En neemt hij eigenlijk al een beslissing – het is geen klachtdelict dat weet ik – maar hij vrijwaart hem eigenlijk al van strafrechtelijke vervolging. En dat vind ik wel heel kwalijk. Maar goed, dat gebeurt dus.’

We hebben ook gesproken over verbetermogelijkheden bij de aanpak van onregelmatigheden. Ik heb gevraagd naar het nut van meer meldingen, omdat dit ertoe zou kunnen leiden dat er dan relatief gezien nog minder zaken kunnen worden opgepakt.

‘Dat is ook zo, maar aan de andere kant zou je ook kunnen zeggen. Wij zitten er ook niet op te wachten op een verviervoudiging van het aantal meldingen, nee. Dus de meldingen die je doet, doe ze dan inderdaad goed. En iets meer meldingen zou best mogen want dat zou betekenen dat wij misschien inzicht krijgen in bepaalde netwerken die erachter zitten, want dan komen er misschien bepaalde bestuurders naar voren waardoor wij een betere afweging kunnen maken.’

‘Maar volgens mij: het probleem zit hem niet zozeer in het feit dat een melding niet wordt opgepakt maar het feit dat ze niks meer horen. En dat is pas echt fnuikend voor de relaties met de curatoren. En daarom krijgen wij dus ook in jullie artikel te horen van je hoort niks meer van ze. Daar moet je voor waken. Aantal meldingen omhoog, prima. En dan gewoon tegen curatoren zeggen: bedankt voor die melding, we hebben hem door alle systemen heen gehaald, we hebben hem besproken met het OM, we zijn op dit moment bezig met belangrijkere zaken, waarmee ik bedoel: andere grotere faillissementsfraudezaken hebben nu prioriteit. En dan doe je inderdaad tien keer aangifte en de elfde wordt wel opgepakt en die wordt een zaak. En die andere tien die blijven wel in het systeem staan. Dus dat zou ik ze willen meegeven.’

‘Aan de andere kant zijn er ook curatoren en die zeggen bijvoorbeeld – en dat vind ik ook perfect – bij deze doe ik een fraudemelding ten aanzien van die en die bestuurder, er is niet voldaan aan de administratieplicht, niet voldaan aan de inlichtingenplicht, onttrekkingen zijn mij onduidelijk. Ik weet dat deze niet in opsporing wordt genomen maar omdat ik vermoed dat deze het niet bij een keer zal laten meld ik hem alsnog. En dat is perfect, want wij hebben natuurlijk ook zoiets als het civielrechtelijk bestuursverbod. En ook daarvoor kijken we naar of bestuurders betrokken zijn geweest bij twee of meerdere faillissementen. Op basis daarvan kunnen we misschien ook andere middelen inzetten.’

Afsluitend heb ik gevraagd wat volgens hem het belangrijkste is om de aanpak van onregelmatigheden te verbeteren.

‘Daarvoor zijn twee dingen van belang. Een ding ligt bij ons en de andere ligt bij de curatoren. Bij de curatoren iets meer tijd en energie steken toch in die melding, om dat goed gedocumenteerd te doen. En aan ons – en dan bedoel ik toch met name ook de politie – zorg voor communicatie met die curatoren. Volgens mij zit daar de grootste frustratie en een terechte frustratie van curatoren, als ik dan wat doe dan hoor ik er niets van. En dat zou mij ook frustreren. Als ik iets doe en ik krijg gewoon iemand op bezoek van de politie of via de telefoon die me dan te woord staat, maar het liefste gewoon even persoonlijk en dat kan best wel om daar langs te gaan. Van luister we hebben dit en dit en dit gedaan, we hebben dat besproken en het OM heeft op basis van dat en dat de beslissing genomen om hem niet in opsporing te nemen. Ik denk dat je dan in 9 van de 10 gevallen als curator dan zegt van bedankt in ieder geval. Dat is gewoon het belangrijkste.’

Op de vraag waarom dat niet gebeurt, krijg ik het antwoord dat het ligt aan wat de prioriteit heeft. Aan de capaciteit ligt het volgens de projectleider niet.

‘Want je hoort het: de politie en de FIOD doen het en hebben er ook capaciteit voor.’
‘Maar ook dan, als je hier kijkt, er zijn zes regio’s. Als iedere projectleider, als ieder team 1 faillissementsfraudezaak per jaar draait dan heb je hem al. Waarmee ik bedoel dat het dan op basis van het aantal meldingen mogelijk is om de doelstelling van de FIOD voor de opsporing van faillissementsfraude te halen. [...] En hetzelfde geldt voor de politie. Als ze inderdaad 200 zaken zouden moeten doen, dat betekent dus per regio – hoeveel regio’s zijn er van de politie, 10 of 20? – dat ben ik even kwijt, volgens mij 10. Dus 20 zaken per regio. Je hebt het hier over horen van een bestuurder, horen van de curator, pak die twee dingen bij elkaar en je kunt meerdere van deze zaken in een themazitting aanbieden. Zijn zaken die in Den Haag, dat vertelde [X], die is met pensioen, dat ze dat in de zogenaamde leeglooptjes doen. We hebben de normale diefstal en verkrachting, en aan het einde van de dag hebben we misschien nog een uur over en dan rijden we naar de curator toe en nemen we die aangifte op. En die zaken, daar werden er 50 op jaarbasis in Den Haag gedaan, omdat ze dus 30 tot 40 uur kosten.’

Samenvattend heeft het gesprek met de projectleider faillissementsfraude van de FIOD mij inzicht gegeven in de afwikkeling van fraudemeldingen. Het gesprek suggereert dat de kritiek van curatoren over de terugkoppeling op fraudemeldingen genuanceerd moet worden, in die zin dat volgens de FIOD wel degelijk terugkoppeling wordt gegeven op fraudemeldingen. De daadwerkelijke opvolging van fraudemeldingen blijft wel een aandachtspunt. Nader onderzoek kan inzicht verschaffen in eventuele aanbevelingen voor de opvolging van fraudemeldingen.

Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers

A

Aangifte faillissementsfraude | 3.2.4,
3.3, 3.4, 5.3.3, 5.5, 6.4.4
Antimisbruikwetgeving | 2.2.1

B

Belangen

- (Financiële) belang curator | 3.5.1, 4.5.2, 5.2, 6.2, 6.5.3, 6.5.4, 7.3.2, 8.3.5
- Belang gezamenlijke schuldeisers | 3.2.3, 3.5, 5.2, 6.5.4
- Belangenafweging | 3.5, 4.5.2, 6.2, 6.5.4
- Belangenbehartiging | 3.2.1, 3.3.2, 6.5.4
- Belangenpluralisme | 3.5, 4.5.2, 4.7, 6.2, 6.5.4, 8
- Maatschappelijke belangen | 3.2.3, 3.5, 5.2, 6.5.4, 8.5

Beleidstheorie | 2.3, 3.6, 7.4

Besluitvormingstheorie | 4.6

Bestuurdersaansprakelijkheid | 2.2.1,
3.2.2, 3.2.4, 3.4, 5.3.3, 6.4.4

Bias | 4.4.3, 8.4

C

Civielrechtelijk bestuursverbod | 2.2.6,
3.2.4, 4.4.5, 4.5.2, 6.4.4

Curator | 2.2.6, 3.2, 3.3, 3.4, 7.3.3

- Gereedschapskist | 4.5.3, 6.2, 6.5.5, 7.3.3, 8.3.3
- Objectiviteit | 4.4.3, 4.4.4, 4.7, 6.4.2, 8.4

- Salaris | 4.5.2, 4.7, 5.1, 6.2, 6.5.3, 7.3.2, 7.3.3, 8.3.5
- Taakopvatting | 3.5.1, 4.5.3, 6.2, 6.4.4, 6.5.4, 7.3.3

F

Faillissementspauliana | 2.2.1, 3.2.2,
3.2.4, 3.4, 5.3.3, 6.4.4

Faillissementsfraude | 2.2, 3.2.4

- Aangifte/ melding | 3.2.4, 3.3.2, 3.3.3, 3.4, 5.3.3, 5.5, 6.4.4
- Opvolging fraudemeldingen | 3.5.2, 4.5.3, 6.5.6, 8.3.2

Faillissementsverslag | 5.3.1, 5.5, 5.6,
6.4.3, 7.5.4

FIOD | 2.2.2, 3.3.2, 3.5.2, 7.5.5

G

Garantstellingsregeling Curatoren |
2.2.1, 2.2.3, 3.3.3, 3.5.2, 4.5.2, 6.5.10,
7.3.2

L

Lege boedel/
legeboedelproblematiek | 3.5, 4.5.2,
5.1, 6.2, 6.5.3, 7.3.2, 8.3.5

O

OM | 3.3.3, 3.5.2

Onderzoeksprotocol | 4.4.3, 6.4.2, 8.4.2

Onregelmatigheden | 2.2.7, 3.2.4, 4.4.4,
5.3.3, 5.5, 6.4.3, 8.4

Oorzakenonderzoek | 3.2, 3.3, 4.4, 6.4,
7.4.2, 8.4

R

Rechter-commissaris

- Benoemingsbeleid van curatoren | 4.5.4, 6.5.8, 7.3.4, 8.3.4
- Beoordelingsbeleid van curatoren | 4.5.4, 6.5.8, 7.3.4, 8.3.4
- Relatie met curator | 4.4.5, 4.5.4, 6.5.7, 6.5.8, 7.3.4, 7.4.2, 8.3.4

Rechtmatigheidsonderzoek | 4.4, 6.4, 6.4, 7.4.2, 8.4

Reconstructie | 3.2.2

Ruis | 8.4

V

Verhaalsmogelijkheden | 3.5, 4.5.2, 5, 6.2, 6.5.3, 7.3.2, 8.3.5

Voorontwerp Insolventiewet | 2.2.4

W

Wetgevingsprogramma Herijking

Faillissementsrecht | 2.2.6

Wet versterking positie curator | 2.2.6, 3.2.4

Curriculum vitae

Jessie Pool (Rotterdam, 1994) behaalde in 2012 haar vwo-diploma aan het Erasmiaans Gymnasium te Rotterdam. Daarna studeerde zij van 2012 tot 2017 aan de Erasmus Universiteit Rotterdam waar zij haar bachelors Nederlands recht en Economie & Bedrijfseconomie behaalde. In 2018 behaalde zij cum laude haar master Ondernemingsrecht met afstudeerrichting Insolventierecht aan de Universiteit Leiden. Vanaf 2018 was zij als PhD-Fellow (promovenda en docent) verbonden aan de afdeling Ondernemingsrecht, onderdeel van het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden, waar zij thans werkzaam is als universitair docent ondernemings- en insolventierecht.

Tijdens haar promotietraject was Jessie tevens mastercoördinator van de master ondernemingsrecht, lid van het coördinatieteam van het sectorplan-speerpunt Empirical Legal Studies en heeft zij deelgenomen aan verschillende stuurgroepen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Daarnaast is zij redacteur van het *Maandblad voor Ondernemingsrecht* en redactiesecretaris van het *Tijdschrift voor Insolventierecht*. Jessie is tevens een actief lid van verschillende academische verenigingen voor deskundigen op het gebied van het ondernemings- en insolventierecht, zoals de Nederlandse Vereniging voor Herstructurering, INSOL International en INSOL Europe. Bovendien neemt zij sinds 2021 deel aan het 'NextGen Leadership Program' van het International Insolvency Institute. Tijdens haar onderzoek heeft zij een onderzoeksstage gelopen bij de afdeling toezicht van de Rechtbank Midden-Nederland.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2020 en 2021 verschenen:

- MI-354 E.G. van 't Zand e.a., *Bestuurlijke boetes en de Verklaring Omtrent het Gedrag. Een onderzoek naar de realiseerbaarheid en wenselijkheid van het betrekken van bestuurlijke boetes bij de VOG-screening aan de hand van een casestudy naar handhaving en integriteit in de financiële sector*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 843 7
- MI-355 J. Boakye, *Understanding Illegal Logging in Ghana. A Socio-Legal Study on (non)Compliance with Logging Regulations*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-356 N. Sánchez, *International law and the sustainable governance of shared natural resources. A principled approach*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020, ISBN 978 94 0282 145 1
- MI-357 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 844 4
- MI-358 J. Reef, M. Jelts & Y.N. van den Brink, *De PIJ-maatregel doorgelicht. Juridische grondslagen, populatiekenmerken, gedragsverandering en recidive*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 608 7
- MI-359 S. Guo, *Recognition of Foreign Bank Resolution Actions*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-360 B. Muscat, *Insolvency Close-out Netting: A comparative study of English, French and US laws in a global perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-361 J.M. ten Voorde, S.V. Hellemons & P.M. Schuyt, *Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten, Een rechtsvergelijkende studie*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 8710
- MI-362 F. Afandi, *Maintaining Order: Public Prosecutors in Post-Authoritarian Countries, the Case of Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-363 R.M. Koenraadt, M.M. Boone, S.E. Rap & S. Kappert, *Financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht. Een onderzoek naar het verloop, de resultaten en mogelijke uitbreiding van verplicht financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 933 5
- MI-364 J.J. Asscher, Y.N. van den Brink, H.E. Creemers, E. Huls, E.K. van Logchem, N. Lynch & S.E. Rap, *De strafmaat voor jeugdige daders van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven in internationaal perspectief*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 943 4
- MI-365 M.P.A. Spanjers, *Belastingbudget. Onderzoek betekenis budgettaire impact belastingen bij parlementaire vaststelling belastingwetgeving* (diss. Leiden), Den Haag: Flosvier 2021, ISBN 978 90 8216 072 7
- MI-366 J. Zhang, *The Rationale of Publicity in the Law of Corporeal Movables and Claims. Meeting the Requirement of Publicity by Registration?* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021
- MI-367 B.C.M. van Hazebroek, *Understanding delinquent development from childhood into early adulthood in early onset offenders* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021, ISBN 978 94 6421 2723
- MI-368 M.R. Manse, *Promise, Pretence and Pragmatism – Governance and Taxation in Colonial Indonesia, 1870-1940* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-369 M.E. Stewart, *Freedom of Overflight: – A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-370 M.T. Beumers, *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 962 5
- MI-371 C.M. Sandelowsky-Bosman, T. Liefwaard, S.E. Rap & F.A.N.J. Goudappel, *De rechten van ongedocumenteerde kinderen in Curaçao – een gezamenlijke verantwoordelijkheid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978-94-6290-965-6
- MI-372 G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk*, (diss. Leiden), Zutphen, Uitgeverij Paris bv 2021, ISBN 978 94 6251 270 2

- MI-373 L. Noyon, *Strafrecht en publieke opinie. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtspleging en het publiek, met bijzondere aandacht voor het Openbaar Ministerie*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 978 6
- MI-374 F. Behre, *A European Ministry of Finance? Charting and Testing the National Constitutional Limits to EU Fiscal Integration*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-375 R. Spence, *Collateral transactions and shadow banking* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-376 B.H.M. Custers, F. Dechesne & S. van der Hof (red.), *Meesterlijk. Liber amicorum ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. Jaap van den Herik*, Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-377 E. Campfens, *Cross-border claims to cultural objects. Property or heritage?*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven 2021, ISBN 978 94 6236 250 5
- MI-378 S.R. Bakker, *Uitzonderlijke excepties in het strafrecht. Een zoektocht naar systematiek bij de beslissingen omtrent uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten*, (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 998 4, ISBN 978 90 5189 194 2 (e-book)
- MI-379 M. Gkliati, *Systemic Accountability of the European Border and Coast Guard. The legal responsibility of Frontex for human rights violations*, (diss. Leiden), Alblasterdam: Ridderprint 2021
- MI-380 C.-I. Grigorieff, *The Regime for International Air Carrier Liability. To what Extent has the Envisaged Uniformity of the 1999 Montreal Convention been Achieved?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-381 M. Stam, *Essays on Welfare Benefits, Employment, and Crime*, (diss. Leiden)
- MI-382 C.M.F. Mommers, *Voluntary return and the limits of individual responsibility in the EU Returns Directive*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 583 0
- MI-383 M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN 978 94 6290 152 0
- MI-384 B.L. Terpstra, *Instrumental and normative pathways to compliance. Results from field research on moped drivers*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022
- MI-385 Q. Mauer, *Application, Adaptation and Rejection. The strategies of Roman jurists in responsa concerning Greek documents*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN 978 94 6236 291 8, ISBN (e-book) 978 90 5189 952 8
- MI-386 F. Tan, *The Duty to Investigate in Situations of Armed Conflict. An examination under international humanitarian law, international human rights law, and their interplay*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022
- MI-387 G.G. Lodder, *Recht doen of Recht hebben. Een analyse van de rechten van de migrant op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 679 0
- MI-388 M. Mannan, *The Emergence of Democratic Firms in the Platform Economy: Drivers, Obstacles and the Path Ahead*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022
- MI-389 A.M. Bouland, *'Please Give Me My Divorce'. An Ethnography of Muslim Women and the Law in Senegal*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022
- MI-390 B.J. Braak, *Overcoming ruptures: Zande identity, governance, and tradition during cycles of war and displacement in South Sudan and Uganda (2014-9)*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022
- MI-391 S.R. Varadan, *Article 5 of the UN Convention on the Rights of the Child. Parental guidance and the evolving capacities of the child*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 700 1
- MI-392 J.M.W. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 827 5

Jaarlijks worden duizenden bedrijven in staat van faillissement verklaard. In ruim een kwart van de faillissementen zou sprake zijn van onregelmatigheden waardoor schuldeisers zijn benadeeld. De maatschappelijke schade die door deze onregelmatigheden wordt veroorzaakt, wordt geschat op meer dan een miljard euro per jaar.

De verantwoordelijkheid om onregelmatigheden aan te pakken, rust sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator vooral op de curator. Onomstreden is de taak van de curator om onregelmatigheden aan te pakken allerminst.

Dit onderzoek gaat in op de discrepanties tussen de verwachtingen van de wetgever en de wijze waarop curatoren in de praktijk onregelmatigheden aanpakken. Op basis van drie empirische studies wordt geconcludeerd dat de verwachtingen van de wetgever vooralsnog niet uitkomen, vooral omdat curatoren verschillende belemmeringen ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden. De kans dat onregelmatigheden worden aangepakt, blijkt niet alleen af te hangen van de financiële middelen in een specifiek faillissement. Die kans hangt ook af van de persoon van de curator en de door de curator gepercipieerde opvattingen van de toezichhoudende rechtbank en haar rechters-commissarissen.

Het onderzoek mondt uit in enkele aanbevelingen om belemmeringen die curatoren ervaren weg te nemen en een pleidooi voor een herziening van het primaat van de schuldeisers in faillissementen, zodat meer ruimte ontstaat voor maatschappelijke belangen in faillissementen.

Dit is een boek in de Meijers-reeks. De reeks valt onder verantwoordelijkheid van het E.M. Meijersinstituut voor Rechtswetenschappelijk onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Het onderzoek werd verricht in het kader van het facultaire onderzoeksprogramma 'Coherent Privaatrecht'.

ISBN 978-94-6421-827-5



9 789464 218275 >