



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).

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; Lutikhuis & 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.