



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).

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.