



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).

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, *TvI* 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.

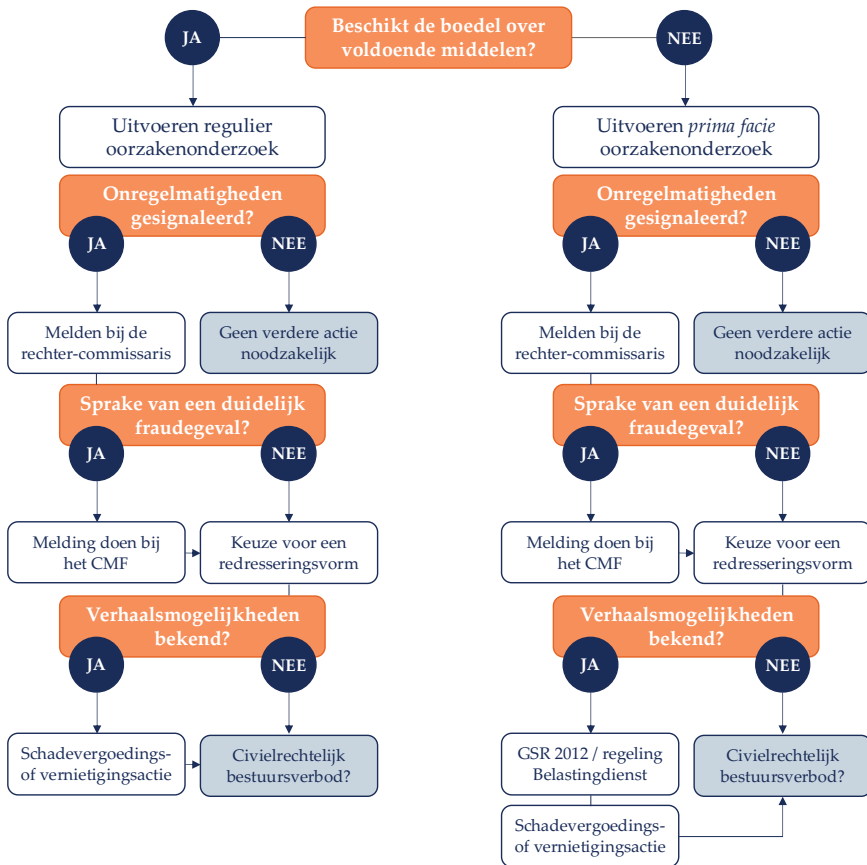
De eis van voldoende verhaalsmogelijkheden betekent dat de garantstelling wordt verstrekt bij een verhouding van ten minste 4:1. Dat wil zeggen dat indien de curator een garantie aan wil vragen voor een bedrag van tien duizend euro, er verhaal mogelijk dient te zijn voor minimaal een bedrag van veertigduizend 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.

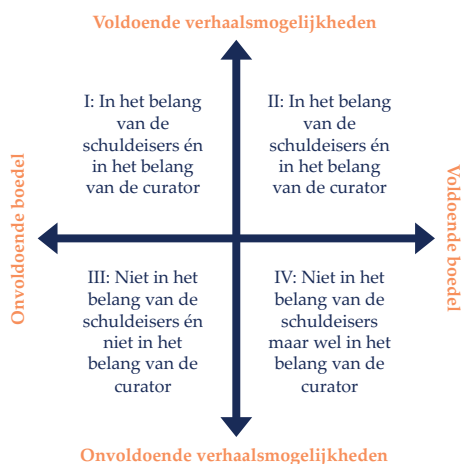
64 Hilverda, *TBS&H* 2014, p. 12; Van Nielen & Derijks, *TBS&H* 2014, p. 31 en Vermaire & Luijkx, *FIP* 2016.

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.