



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 III

Van feit naar norm

7.1 INTRODUCTIE

In het vorige deel heb ik verslag gedaan van de empirische studies. Deel III gaat over de duiding van de empirische resultaten, waarbij ik de stap van feit naar norm zet. Dat betekent dat ik bekijk of, en zo ja, in hoeverre de resultaten van de empirische studies aanleiding geven voor normatieve implicaties. Dit hoofdstuk bevat de synthese, waarin ik op basis van de empirische resultaten kom tot een overzicht van de belemmeringen die curatoren in de praktijk ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden (deelvraag 6). In het volgende hoofdstuk doe ik vervolgens aanbevelingen voor een systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden aan te pakken (deelvraag 7).

Allereerst geef ik in dit hoofdstuk een overzicht van de belangrijkste empirische resultaten van de afzonderlijke studies (par. 7.2). Aan de hand van deze resultaten kom ik tot een synthese met daarin het antwoord op de zesde deelvraag over welke factoren de curator beïnvloeden bij de aanpak van onregelmatigheden in de praktijk (par. 7.3). Daarna zet ik de belemmeringen die curatoren ervaren bij die aanpak af tegen de in deel I geformuleerde beleidstheorie om inzicht te krijgen in de discrepanties tussen de beleidstheorie en de praktijk (par. 7.4). Vervolgens reflecteer ik op de gebruikte onderzoeksmethoden, ga ik in op de wetenschappelijke implicaties van het onderzoek en doe ik enkele suggesties voor vervolgonderzoek (par. 7.5). Paragraaf 7.6 bevat een conclusie.

7.2 SAMENVATTING VAN DE BELANGRIJKSTE EMPIRISCHE RESULTATEN

7.2.1 Kwalitatieve interviewstudie

In hoofdstuk 4 heb ik verslag gedaan van een kwalitatieve interviewstudie onder 33 Nederlandse curatoren. Om een overzicht te krijgen van alle curatoren in Nederland is handmatig een curatorenlijst opgesteld.¹ De participanten

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

zijn uit deze handmatig opgestelde curatorenlijst geselecteerd op een aantal criteria, te weten het arrondissement waar zij werkzaam zijn, het aantal jaren ervaring en de grootte van het kantoor waar zij werkzaam zijn.² Vervolgens zijn nog enkele curatoren benaderd op basis van de kennis die zij hebben over specifieke onderwerpen, die tijdens de eerdere interviews onderbelicht waren gebleven. Zo ben ik bijvoorbeeld op zoek gegaan naar curatoren die een fraudemelding hadden gedaan. Al met al vormen de participanten uit de interviewstudie door eerdergenoemde selectiecriteria een dwarsdoorsnede van de Nederlandse curatorenpraktijk. Bovendien kan door het bereiken van saturatie – dat wil zeggen dat nieuwe interviews geen aanvullende informatie opleveren (zie par. 4.2.4) – worden aangenomen dat de resultaten van het kwalitatieve onderzoek representatief zijn voor de Nederlandse curatorenpraktijk.

Het doel van de interviewstudie was om inzicht te krijgen in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden. De resultaten lieten zien dat de aanpak van onregelmatigheden drie fases kent, namelijk (i) de onderzoeksfase, (ii) de beoordelingsfase en (iii) de redresseringsfase. Tijdens de onderzoeksfase doen curatoren onderzoek naar eventuele onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot, de zogenoemde ‘onregelmatigheden’. Het onderzoek naar die onregelmatigheden – ook wel het oorzakenonderzoek genoemd – wordt verschillend ingevuld. Zo kijken (sommige) curatoren in (sommige) faillissementen alleen naar de bankafschriften en de deponering van de jaarstukken terwijl zij in andere faillissementen een forensisch accountant inschakelen of een uitgebreider oorzakenonderzoek uitvoeren aan de hand van een vooraf opgesteld protocol.

Wanneer het onderzoek is afgerond, komt de curator toe aan een beoordeling van hetgeen hij heeft aangetroffen. De resultaten van de interviewstudie laten zien dat de ene curator sneller toekomt aan deze beoordeling dan de andere. Zo zijn er curatoren die naar eigen zeggen al ‘binnen 24 uur weten of ze een bestuurder aansprakelijk gaan stellen.’ Bovendien tonen de resultaten van het onderzoek dat curatoren geen uniform beeld hebben van wat onregelmatigheden zijn. Of sprake is van onregelmatigheden wordt door veel curatoren in eerste instantie voornamelijk beoordeeld op basis van subjectieve factoren zoals wat voor auto een bestuurder rijdt of wat voor dure schilderijen er aan de muur hangen, en een daarbij behorend onderbuikgevoel. Pas in tweede instantie wordt gekeken – of gezocht – naar daadwerkelijke onregelmatige gedragingen. Het lijkt erop dat daarbij nauwelijks onderscheid wordt gemaakt tussen malafide of frauduleus handelen enerzijds en onverantwoordelijk handelen anderzijds. Dat onderscheid is relevant omdat bij malafide of frauduleus handelen het doen van een fraudemelding wordt verwacht, even-

2 Deze criteria zijn ook handmatig verkregen via de websites van de kantoren van de curatoren.

tueel naast het instellen van een civielrechtelijke actie. De resultaten suggereren dat een curator bepaalde gedragingen als onverantwoordelijk beoordeelt als hij mogelijkheden ziet om civielrechtelijke stappen te ondernemen – vooral omdat er verhaalsmogelijkheden bekend zijn – en diezelfde gedragingen als malafide beoordeelt als hij die mogelijkheden niet ziet. Welke gedragingen curatoren feitelijk als onverantwoordelijk beschouwen en welke als malafide – en of daar een onderscheid tussen wordt gemaakt – is onduidelijk.

Is de curator van mening dat sprake is van onregelmatigheden, dan komt hij toe aan de redresseringsfase. De resultaten van de interviewstudie laten zien dat curatoren veelal eerst proberen te schikken en pas als dat niet lukt overgaan tot het instellen van civielrechtelijke acties om de schade die de boedel heeft geleden vergoed te krijgen. Vaak overwegen curatoren pas om een fraudemelding te doen nadat de civielrechtelijke mogelijkheden zijn verkend én er overduidelijk sprake is van frauduleus handelen. Bovendien lijkt het erop dat curatoren een fraudemelding doen wanneer verhaalsmogelijkheden ontbreken. Weinig curatoren gaven aan te overwegen een vordering in te stellen tot het opleggen van een bestuursverbod, ook al is aan een of meer van de gronden voldaan, met name omdat het opleggen van een bestuursverbod niet direct in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.

Naast het krijgen van inzicht in de werkwijze van curatoren heeft de in hoofdstuk 4 beschreven interviewstudie ook inzicht gegeven in de factoren die curatoren beïnvloeden in de wijze waarop zij beslissingen nemen bij de aanpak van onregelmatigheden. Op basis van de interviews met curatoren heb ik een besluitvormingstheorie opgesteld. Volgens mijn besluitvormingstheorie speelt een zevental factoren mee bij het besluitvormingsproces omtrent de aanpak van onregelmatigheden. Die factoren zijn onder te verdelen in twee factoren die samenhangen met een specifiek faillissement (het boedelbelang en het financiële belang van de curator), drie factoren die samenhangen met (de persoon van) de curator (de persoonlijke taakopvatting, de opvatting over het beschikbare instrumentarium en eerdere ervaringen met fraudemeldingen) en twee factoren die samenhangen met de rechtbank (de visie van de rechtbank en daarmee samenhangend de relatie tussen de curator en de rechtbank). De besluitvormingstheorie stelt dat deze zeven factoren samenhangen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden al dan niet aan te pakken. De besluitvormingstheorie heb ik vervolgens in twee studies getoetst, namelijk via een documentenanalyse van faillissementsverslagen en via een survey onder Nederlandse curatoren.

7.2.2 Documentenanalyse van faillissementsverslagen

In hoofdstuk 5 heb ik verslag gedaan van de documentenanalyse van 2134 faillissementsverslagen. Met de documentenanalyse heb ik getoetst in hoeverre het boedelbelang en het financiële belang van de curator (de twee factoren

uit de besluitvormingstheorie die samenhangen met een specifiek faillissement) samenhangen met de redresseringsbeslissing van de curator. De verhaalsmogelijkheden bepalen namelijk in hoeverre de aanpak van onregelmatigheden in het (financiële) belang is van de boedel en de curator. Zonder verhaalsmogelijkheden kan er immers door het instellen van een actie geen geld in de boedel vloeien, terwijl wel geld wordt besteed aan acties om onregelmatigheden aan te pakken (zie par. 3.5.1). Als de boedel voldoende middelen bevat maar er geen verhaalsmogelijkheden zijn, dan heeft iedere actie van de curator als gevolg dat er minder overblijft om te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. Als de boedel onvoldoende middelen bevat en geen verhaalsmogelijkheden bestaan, dan draagt de curator de kosten die zijn gemoeid met de aanpak van onregelmatigheden zelf. Om deze redenen verwachtte ik dat verhaalsmogelijkheden een belangrijke rol spelen bij de redresseringsbeslissing van de curator. Deze studie is gericht op de daadwerkelijke acties van curatoren en heeft daarom een belangrijke toevoeging geleverd ten opzichte van de interviewstudie in hoofdstuk 4 en de surveystudie in hoofdstuk 6.

Doel van de documentenanalyse was allereerst om inzicht te krijgen in de aantallen onregelmatigheden in faillissementen en de redresseringsratio's van (de verschillende vormen van) onregelmatigheden. De resultaten van de documentenanalyse laten zien dat in bijna de helft van de onderzochte faillissementen sprake was van door de curator gesignaleerde en gerapporteerde onregelmatigheden. (Kennelijk) onbehoorlijk bestuur wordt het meest gerapporteerd, namelijk in bijna een derde van de onderzochte faillissementen. Frauduleus handelen wordt veel minder vaak gerapporteerd, namelijk in slechts 6% van de onderzochte faillissementen. In bijna 30% van de onderzochte faillissementen heeft de curator aangegeven onregelmatigheden te redresseren. Van alle redresseringsvormen wordt het meest frequent (17%) een schikking getroffen, gevolgd door het vernietigen van een rechtshandeling met gebruik van de faillissementspauliana (7%), het doen van een fraudemelding (6%) en het voeren van een aansprakelijkheidsprocedure (4%).

Het doel van de documentenanalyse was daarnaast om te onderzoeken in hoeverre een samenhang bestaat tussen de (door curatoren gerapporteerde en gesignaleerde) beschikbare verhaalsmogelijkheden en de beslissing van curatoren om wel of niet te redresseren. In ruim 20% van de onderzochte faillissementen heeft de curator twijfels geuit over verhaalsmogelijkheden voor een eventuele vordering. Om inzicht te bieden in de samenhang tussen de redresseringsbeslissing en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden heb ik een regressieanalyse uitgevoerd. Een regressieanalyse ziet op het voorspellen van een bepaalde uitkomst voor de afhankelijke variabele (hier: redressering) op basis van informatie over andere (onafhankelijke) variabelen (hier: gebrek aan verhaalsmogelijkheden en gesignaleerde en gerapporteerde onregelmatigheden). Uit de resultaten van de regressieanalyse blijkt dat een gebrek aan verhaalsmogelijkheden inderdaad samenhangt met de beslissing om niet te redresseren. Wanneer de curator aangeeft te twijfelen over de verhaalsmogelijk-

heden, blijkt de waarschijnlijkheid van redressering bijna anderhalf keer lager dan wanneer de curator dergelijke zorgen niet in het faillissementsverslag benoemt. Het is aannemelijk dat het bestaan van verhaalsmogelijkheden de kans op redressering ook vergroot, maar dit verband heb ik niet kunnen onderzoeken omdat curatoren in faillissementsverslagen niet expliciet aangeven als er wel (voldoende) verhaalsmogelijkheden bekend zijn.

Ik heb ook de kans op de verschillende redresseringsvormen met elkaar vergeleken. Het blijkt dat de waarschijnlijkheid dat de curator een fraudemelding of aangifte doet bijna tweeëneenhalf keer groter is als de curator zorgen heeft geuit over verhaalsmogelijkheden in vergelijking met situaties waar dergelijke zorgen niet worden geuit. De regressieanalyse laat nog een ander opvallend resultaat zien. Wanneer er twijfels zijn over verhaalsmogelijkheden, is het driemaal waarschijnlijker dat er een fraudemelding wordt gedaan dan dat er civielrechtelijk wordt opgetreden. Dat betekent dat verhaalsmogelijkheden meespelen in de keuze tussen het doen van een fraudemelding en het instellen van een civielrechtelijke actie. Deze resultaten sluiten aan bij de in de interviewstudie geïdentificeerde werkwijze, waarbij het bestaan van verhaalsmogelijkheden bepaalt of curatoren een handeling als onverantwoordelijk of malafide beoordelen.

Samenvattend bevestigen de resultaten van de documentenanalyse dat het boedelbelang en het financiële belang van de curator meespelen bij de redresseringsbeslissing van de curator. Bovendien suggereren de resultaten van de documentenanalyse – net als de resultaten van de interviewstudie – dat curatoren pas een fraudemelding doen nadat de civielrechtelijke mogelijkheden zijn verkend. De beschikbare verhaalsmogelijkheden lijken te bepalen of een bepaalde gedraging als onverantwoordelijk of malafide wordt beoordeeld.

7.2.3 Surveystudie

In hoofdstuk 6 heb ik verslag gedaan van een surveystudie onder 177 Nederlandse curatoren. Ik heb geprobeerd om door de handmatig opgestelde curatorenlijst die ik voor de surveystudie heb geactualiseerd, en verschillende oproepen via INSOLAD, JIRA en LinkedIn alle actieve Nederlandse curatoren te bereiken. In totaal hebben 197 respondenten de survey ingevuld. De reacties van 177 van die curatoren heb ik meegenomen in de analyse, omdat de andere reacties van niet-curatoren waren of een te groot aantal lege antwoorden bevatten. Bijna 30% – in totaal 139 curatoren – van de (bij mij bekende) populatie ($N = 511$) heeft de survey volledig ingevuld. Gezien de lengte van de survey, die bij een serieuze beantwoording al snel gemiddeld 30 minuten vergt, is dit een mooie *response rate*.

Het doel van de surveystudie was allereerst om nader inzicht te krijgen in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden. De

resultaten van de surveystudie laten zien dat er in de volle breedte onder curatoren geen consensus bestaat over hoe onregelmatigheden aangepakt moeten worden. Curatoren maken op grote schaal gebruik van de beleidsvrijheid die hen is geboden en vullen hun taak om onregelmatigheden aan te pakken verschillend in. Zowel in de onderzoeksfase als de beoordelingsfase en de redresseringsfase blijken uiteenlopende werkwijzen gebruikt te worden. Zo blijken de meningen bijvoorbeeld verdeeld over de vraag of in ieder faillissement een oorzakenonderzoek moet plaatsvinden, of dit oorzakenonderzoek moet gebeuren aan de hand van een vooraf vastgesteld protocol en wat überhaupt het hoofddoel van het oorzakenonderzoek moet zijn. Bovendien blijkt er geen consensus te bestaan over het antwoord op de vraag of de curator onregelmatigheden altijd moet aanpakken en of er altijd een fraudemelding moet worden gedaan als sprake is van frauduleus handelen.

Het doel van de surveystudie was daarnaast om de veronderstelde verbanden in mijn besluitvormingstheorie te toetsen om zo meer inzicht te krijgen in de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. In de documentenanalyse uit hoofdstuk 5 zijn de factoren die spelen in een specifiek faillissement (het boedelbelang en het financiële belang van de curator) getoetst. De resultaten van de surveystudie hebben aanvullend inzicht geboden in de andere factoren die volgens de besluitvormingstheorie samenhangen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Daarbij is de factor over het persoonlijke financiële belang van de curator op een andere wijze bevraagd dan in de documentenanalyse is gebeurd. Om te onderzoeken of het persoonlijke financiële belang van de curator ook als losstaande factor – naast de aanwezige financiële middelen in een specifiek faillissement – meespeelt, heb ik de respondenten gevraagd naar hun persoonlijke financiële situatie. Dat betekent dat er in de documentenanalyse en de surveystudie uiteindelijk acht factoren zijn getoetst.

Uit de resultaten van de surveystudie bleek dat de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken significant samenhangt met (i) de financiële positie van de curator (binnen zijn kantoor), (ii) een taakopvatting die ook fraudebestrijding omvat, (iii) het beschikbare instrumentarium van de curator en (iv) de gepercipieerde visie van de rechtbank over de aanpak van onregelmatigheden.

Een opvallende bevinding is dat de gepercipieerde visie van de rechtbank significant samenhangt met de taakopvatting van de curator. Dat betekent dat curatoren de aanpak van onregelmatigheden eerder onder hun taak vinden vallen wanneer de rechtbank die aanpak volgens hen belangrijk vindt. Mogelijk laten curatoren zich in hun taakopvatting dus beïnvloeden door wat zij denken dat de rechtbank van belang acht. In die zin is het niet verwonderlijk dat de relatie met de rechtbank hier een rol speelt. Ik had verwacht dat curatoren zich juist meer zouden laten beïnvloeden door de visie van de rechtbank als zij zich afhankelijk van hen voelden, omdat de resultaten van de interviewstudie suggereerden dat curatoren de visie van de rechtbank volgen omdat

zij afhankelijk van die rechtbank zijn voor de toebedeling van faillissementen. Dat blijkt niet het geval. De visie van de rechtbank wordt juist minder snel gevolgd als er een slechte relatie – gedefinieerd als een (sterke) afhankelijkheidsrelatie – bestaat tussen de curator en de rechtbank. Hoe beter de relatie tussen de curator en de rechtbank, des te eerder curatoren geneigd zijn de gepercipieerde visie van de rechtbank te volgen.

7.3 BELEMMERINGEN EN STIMULANSEN BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

7.3.1 Introductie

Het doel van mijn onderzoek is om op basis van belemmeringen die in de praktijk spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator te komen tot aanbevelingen voor een (wettelijk) systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen, zoals ik in deel I van dit proefschrift heb vastgesteld. Om dat doel te bereiken heeft de wetgever de taak van de curator om onregelmatigheden aan te pakken wettelijk vastgelegd. De verwachting was dat de wettelijke institutionalisering van de taak om onregelmatigheden aan te pakken curatoren dientengevolge zou stimuleren om onregelmatigheden consequent te signaleren en te redresseren. In deel II heb ik verslag gedaan van drie empirische studies en heb ik inzicht gegeven in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken en welke factoren hun bereidheid daartoe beïnvloeden.

In deze paragraaf kom ik tot een synthese en geef ik antwoord op de vraag welke factoren curatoren belemmeren en stimuleren bij de aanpak van onregelmatigheden (deelvraag 6). Het blijkt dat de aanpak van onregelmatigheden vanuit drie dimensies invloed ondervindt: i) de financiële toestand in het specifieke faillissement, ii) de persoon van de curator en iii) de rechtbank die toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement. Hierna bespreek ik voor iedere dimensie welke factoren de aanpak van onregelmatigheden lijken te beïnvloeden. Het gaat daarbij enerzijds om belemmeringen die de curator ontmoedigen om onregelmatigheden aan te pakken. Anderzijds gaat het ook om stimulansen die curatoren kunnen aanzetten tot de aanpak van onregelmatigheden.

7.3.2 Eerste dimensie: de financiële toestand in het specifieke faillissement

De eerste dimensie is die van de financiële toestand in het specifieke faillissement waarin de curator als zodanig is aangesteld. De curator beoordeelt per faillissement of het opportuun is om onregelmatigheden aan te pakken. Hoewel

curatoren de wettelijke taak hebben om onregelmatigheden aan te pakken en vaak ook onderzoeken of sprake is (geweest) van onregelmatigheden, worden zij soms beperkt door de – beperkte en soms ontbrekende – middelen die beschikbaar zijn in het faillissement (par. 3.5.1). Tenzij de curator het onderzoek (voor)financiert, kan zonder middelen immers geen (uitgebreid) onderzoek worden gedaan naar eventuele onregelmatigheden, waardoor de kans dat onregelmatigheden worden geconstateerd afneemt. Bovendien kan het zonder middelen lastig zijn voor curatoren om acties te ondernemen tegen geconstateerde onregelmatigheden, omdat voor die acties geld moet worden uitgegeven. De financiële toestand van de boedel in een specifiek faillissement is dus een relevante factor, die bij afwezigheid van (voldoende) middelen belemmerend werkt.

Als het boedelactief onvoldoende is om de kosten die gemoeid zijn met de aanpak van onregelmatigheden te voldoen, kan de curator alsnog besluiten op te treden tegen geconstateerde onregelmatigheden. In die situatie bestaat dus geen zekerheid dat de kosten die de curator maakt uiteindelijk zullen worden gedekt, waardoor de kans bestaat dat de gemaakte uren zullen moeten worden afgeschreven. Het kantoor van de curator financiert de aanpak van onregelmatigheden dan dus in feite voor met het risico hierop geen (volledige) terugbetaling te krijgen. Met dit gegeven in het achterhoofd zal een curator zich alleen inzetten als er uitzicht bestaat op voldoende verhaalsmogelijkheden. Zonder verhaalsmogelijkheden zal het salaris voor zijn werkzaamheden immers niet worden voldaan en moeten de gemaakte uren worden afgeschreven (par. 3.5.1). De afwezigheid van voldoende verhaalsmogelijkheden is daarmee een tweede belemmerende factor.

Naast voorfinanciering door het eigen kantoor heeft de curator de optie om een garantstellingsregeling (GSR) aan te vragen bij Dienst Justis. De regeling kan in theorie helpen om bij een lege boedel toch onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden en/of acties te ondernemen zoals het starten van een aansprakelijkheidsprocedure (par. 3.3.3). Toch blijkt de GSR curatoren in de praktijk niet altijd te helpen, omdat er alsnog – aantoonbaar – sprake moet zijn van behoorlijke verhaalsmogelijkheden. Bovendien is de administratieve last van de aanvraag volgens menig curator groot.³ Ook (voor)financiering door de Belastingdienst, door bepaalde schuldeisers of door procesfinanciers is alleen een optie als er voldoende verhaalsmogelijkheden zijn.

Het is dan ook al met al niet verrassend dat mijn empirische onderzoek bevestigt dat een gebrek aan boedelactief en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden belangrijke belemmeringen zijn voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken blijkt inderdaad lager wanneer er onvoldoende financiën zijn om de werkzaamheden die daarmee gemoeid zijn te vergoeden (par. 4.5.2, 4.6 en 6.5.3). Als er onvoldoende zicht is op verhaalsmogelijkheden, is de kans dat

3 Zie ook de meest recente evaluatie van de garantstellingsregeling (De Ridder e.a. 2019).

onregelmatigheden worden aangepakt bijna anderhalf keer lager dan wanneer dergelijke zorgen er niet zijn (par. 5.4.2). Curatoren zijn bij een gebrek aan verhaalsmogelijkheden eerder geneigd een fraudemelding te doen, omdat de FIOD of de politie dan de kosten voor zijn rekening neemt (par. 4.4.5, 4.5.3, en 5.4.3), maar die fraudemeldingen lijken niet vaak tot vervolging te leiden (par. 4.5.3 en 6.5.6).⁴

Al met al kan gesteld worden dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhankelijk is van de verhaalsmogelijkheden bij degene die onregelmatig heeft gehandeld en (zij het in mindere mate) van de beschikbare middelen in de boedel. Hoe minder verhaalsmogelijkheden en hoe minder middelen in de boedel, des te kleiner de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt.

7.3.3 Tweede dimensie: de persoon van de individuele curator

De tweede dimensie die de aanpak van onregelmatigheden beïnvloedt, is die van de persoon van de curator. Iedere curator blijkt zijn eigen opvattingen te hebben over hoe de taak om onregelmatigheden aan te pakken moet worden uitgevoerd en bepaalt aan de hand van die opvattingen een eigen werkwijze (hoofdstuk 4 en 6). Ik heb een viertal regelmatig terugkerende factoren ontdekt die van invloed zijn op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken en daarmee op de wijze waarop curatoren daaraan invulling geven.

De eerste factor is de persoonlijke financiële positie van de curator en betreft een aanvulling op de drie factoren uit de besluitvormingstheorie. Het blijkt dat niet voor alle werkzaamheden die curatoren verrichten in faillissementen altijd een vergoeding beschikbaar is: gemiddeld 30% van de gemaakte uren moet door curatoren worden afgeschreven (par. 6.5.3). Dat betekent dat curatoren regelmatig geen vergoeding krijgen voor de werkzaamheden die zij verrichten. De curator en diens kantoor dragen het risico van deze afschrijvingen. Curatoren moeten om die reden hun tijd efficiënt verdelen over de werkzaamheden in faillissementen en moeten steeds beoordelen of een bepaalde tijdsinvestering – gezien de kans op vergoeding van die tijd – gewenst is. Het blijkt dat curatoren hierbij niet alleen kijken naar de financiële staat van de boedel in een specifiek faillissement (par. 7.3.2, eerste dimensie), maar ook naar hun persoonlijke financiële situatie (par. 4.5.2 en 6.5.3). Curatoren die voldoende declarabele uren maken in faillissementen waarop ook daadwerkelijk betaald wordt en werken bij kantoren die er financieel gezien goed voor staan, zijn eerder bereid om onregelmatigheden aan te pakken. Curatoren die onvoldoende declarabele uren maken, althans onvoldoende betaling daarop ontvangen en/of werken bij kantoren die er financieel minder goed voor staan, vertonen die bereidheid minder. Op het moment dat een curator voldoende

4 Vgl. par. 7.5.4, waarin deze stelling van curatoren lijkt te worden bevestigd door de FIOD.

declarabele uren maakt, kan hij het zich permitteren om tijd te besteden aan de aanpak van onregelmatigheden, ook als deze aanpak niet per se leidt tot extra inkomsten. Hetzelfde blijkt te gelden voor curatoren die werkzaam zijn bij kantoren met een rendabele insolventieafdeling (par. 6.5.3). Het kan zo zijn dat deze kantoren meer financiële ruimte hebben om tijd te besteden aan de aanpak van onregelmatigheden, ook als dat tevergeefs blijkt te zijn.

Een tweede factor is de taakopvatting die de curator heeft. De aanpak van onregelmatigheden behoort – in ieder geval sinds 2017 – tot de taak van de curator (par. 3.2.4). Toch blijkt niet iedere curator het met die taak eens te zijn (par. 4.5.3). De taakopvattingen onder curatoren lopen uiteen en niet iedere curator meent dat de aanpak van onregelmatigheden onder zijn taak valt (par. 4.5.3 en 6.5.4). De taakopvatting blijkt samen te hangen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Als de curator van mening is dat fraudebestrijding nadrukkelijk onderdeel is van zijn taak, is hij eerder bereid om onregelmatigheden aan te pakken. Ziet hij fraudebestrijding daarentegen niet als een specifiek onderdeel van zijn taak, dan neemt die bereidheid navenant af (par. 4.5.3 en 6.5.4).

Een derde factor die samenhangt met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken ziet op hun perceptie van het instrumentarium dat hen ter beschikking staat om onregelmatigheden daadwerkelijk aan te kunnen pakken. Curatoren worden bij de aanpak van onregelmatigheden nogal eens beperkt door praktische belemmeringen. Zo kan het voor curatoren lastig zijn om katvangers met succes aansprakelijk te stellen of om zich te verhalen op buitenlandse activa. Hierdoor kunnen curatoren het gevoel krijgen dat hun inzet om onregelmatigheden aan te pakken tevergeefs is (par. 4.5.3). Curatoren die dat gevoel hebben, blijken minder bereid om onregelmatigheden aan te pakken (par. 6.5.5).

De vierde en laatste factor die op de laag van de individuele curator meespeelt bij de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken is de ervaring die de curator heeft met het doen van fraudemeldingen. Hoewel er in de survey geen direct verband is gevonden tussen de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken en de eerdere ervaringen met het doen van fraudemeldingen (par. 6.5.6), geven veel van de geïnterviewde curatoren aan moedeloos te worden van het feit dat er niets of niet voldoende wordt gedaan met hun meldingen (par. 4.5.3). Ook in de survey heeft een aantal curatoren bij de open antwoorden aangegeven de gebrekkige opvolging van hun fraudemelding als belangrijke belemmering te zien bij de aanpak van onregelmatigheden (par. 6.5.9). Het ontbreken van een statistisch verband tussen de ervaringen met de opvolging van fraudemeldingen en de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken kan te maken hebben met de opzet van de survey (zie par. 6.6). Niet alle respondenten hadden immers ervaring met het doen van fraudemeldingen, maar toch reageerden zij op de vraag hierover. Gezien de resultaten van de interviewstudie vermoed ik dat negatieve ervaringen met

het doen van fraudemeldingen wel degelijk van invloed kunnen zijn op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken.

Wat deze factoren tezamen betekenen, is dat de afwikkeling van het faillissement en meer specifiek de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhankelijk is van de persoon van de curator die het faillissement afwikkelt. Zijn taakopvatting, zijn financiële positie (binnen zijn kantoor) en zijn eerdere ervaringen met het beschikbare instrumentarium en met de opvolging van fraudemeldingen bepalen in hoeverre hij bereid is om onregelmatigheden aan te pakken.

7.3.4 Derde dimensie: de toezichthoudende rechtbank en haar insolventierechters

De derde dimensie die de aanpak van onregelmatigheden beïnvloedt, is die van de rechtbank en haar insolventierechters. Bij het uitspreken van een faillissement stelt een insolventierechter van de rechtbank een of meerdere curatoren aan (artikel 14 Fw). Een van de (collega-)insolventierechters wordt benoemd als rechter-commissaris en is belast met het toezicht op de afwikkeling van het faillissement (artikel 64 Fw). De rechter-commissaris moet tevens toestemming geven voor sommige (rechts)handelingen van de curator.⁵

De rechtbank en haar rechters-commissarissen spelen ook bij de aanpak van onregelmatigheden een belangrijke rol. De curator moet immers de rechter-commissaris vertrouwelijk informeren over het oorzakenonderzoek.⁶ Bovendien bepaalt de rechter-commissaris mede of er melding of aangifte van onregelmatigheden plaatsvindt⁷ – hij kan de curator daartoe zelfs dwingen⁸ – en moet de rechter-commissaris toestemming geven voor een eventuele bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.⁹

Het is niet verrassend dat de (door de curator gepercipieerde) visie van de rechtbank op de aanpak van onregelmatigheden een rol blijkt te spelen bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Curatoren zijn eerder bereid om onregelmatigheden aan te pakken wanneer zij denken dat de rechtbank en/of de rechters-commissarissen die aanpak belangrijk vindt (par. 4.5.4 en 6.5.7). De rechtbank lijkt bovendien niet alleen direct invloed te hebben op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan

5 Deze toestemming is soms een machtiging en soms een goedkeuring. Zie bijvoorbeeld artikel 68 lid 3 Fw, artikel 176 lid 1 Fw en artikel 176 lid 2 Fw.

6 Artikel 68 lid 2 sub b Fw.

7 Artikel 68 lid 2 sub c Fw.

8 Zie ook appendix 4, waarin de projectleider faillissementsfraude van de FIOD aangeeft dat sommige curatoren op verzoek van de rechter-commissaris melding doen van faillissementsfraude: 'Soms staat er ook letterlijk, hoe zeggen ze dat nou zo mooi, dat ze op instigatie van de RC melding doen van faillissementsfraude.'

9 Artikel 68 lid 3 Fw.

te pakken, maar ook op de taakopvatting van curatoren en daarmee indirect, via deze (tweede) laag, op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken (par. 6.5.9). Als de curator inschat dat de rechtbank de aanpak van onregelmatigheden belangrijk vindt, dan spiegelt de curator zich daaraan en is hij eerder van mening dat de aanpak van onregelmatigheden onder zijn taak valt; en omgekeerd. Dat betekent dat de rechtbank een belangrijke stimulans kan vormen bij de aanpak van onregelmatigheden.

De door de curator gepercipieerde kwaliteit van de relatie met de rechtbank lijkt van invloed te zijn op de mate waarin de curator de visie van de rechtbank op de aanpak van onregelmatigheden mee laat spelen in zijn besluitvorming. De relatie tussen de curator en de rechtbank en diens insolventierechters is bijzonder. De insolventierechters die de curator aanwijzen in het ene faillissement zijn dezelfde rechters als de insolventierechters die in een ander faillissement optreden als rechter-commissaris. Dat betekent dat de rechter-commissaris die in een specifiek faillissement toezicht houdt op de curator, ook bepaalt – zij het als onderdeel van de rechtbank – welke curator in welk faillissement wordt aangesteld. Omdat de rechter-commissaris naast toezichthouder tevens broodheer is van de curator, bestaat er een – in ieder geval door menig curator ervaren – afhankelijkheidsrelatie tussen de curator en de rechter-commissaris. Curatoren blijken die afhankelijkheid in de praktijk ook te ervaren (par. 4.5.4 en 6.5.8). Het gevoel van afhankelijkheid komt doordat curatoren het vaak onduidelijk vinden hoe de rechtbank faillissementen verdeelt onder de curatoren (par. 4.5.4 en 6.5.8). Bovendien blijkt het voor curatoren soms lastig in te schatten op basis van welke criteria de rechtbank hen beoordeelt (par. 4.5.4 en 6.5.8). Wanneer curatoren een gevoel van afhankelijkheid ervaren, waarderen zij de relatie met de rechtbank slechter.

Het blijkt overigens dat niet iedere curator de relatie met de rechtbank op dezelfde wijze waardeert (par. 4.5.4 en 6.5.8). Bovendien lijkt niet iedere rechtbank de aanpak van onregelmatigheden even belangrijk te vinden (par. 4.5.4 en 6.5.7). De door de curator gepercipieerde kwaliteit van de relatie blijkt samen te hangen met de mate waarin de curator de visie van de rechtbank volgt. Het lijkt erop dat de visie van de rechtbank juist minder snel wordt gevolgd als de relatie tussen de curator en de rechtbank als slecht wordt ervaren. Dat zou betekenen dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt (mede) afhankelijk is van de (samenstelling van de) rechtbank waar het faillissement wordt uitgesproken. Investeren in een betere relatie tussen de rechtbank en de curator kan er dus voor zorgen dat curatoren eerder geneigd zijn om aanwijzingen van de rechtbank op te volgen.

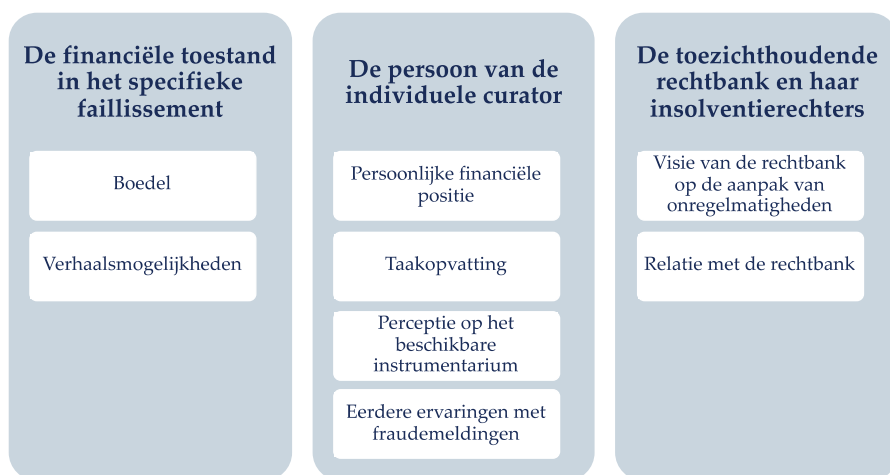
7.3.5 Conclusie

Concluderend blijkt dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhankelijk is van de staat van de boedel in een specifiek faillissement, van

de curator die het faillissement afwikkelt en van de rechtbank en de rechter die toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement. Een overzicht van de factoren die in iedere dimensie meespelen staat in figuur 7.2 (deelvraag 6).

In de voorgaande hoofdstukken zijn deze factoren voornamelijk ter sprake gekomen als factoren die curatoren kunnen belemmeren bij de aanpak van onregelmatigheden. De factoren kunnen echter ook stimulerend werken. Zo kan het ontbreken van voldoende boedelactief een belemmering vormen voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, terwijl het bestaan van voldoende boedelactief juist een stimulans kan zijn voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De factoren kunnen dus zowel belemmerend als stimulerend werken.

Figuur 7.1 Belemmeringen en stimulansen van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden



De drie dimensies kunnen elkaar beïnvloeden. Een combinatie van de factoren uit de drie dimensies bepaalt uiteindelijk de kans dat curatoren onregelmatigheden aanpakken. Dat betekent dat eenzelfde faillissement door twee curatoren anders kan worden afgewikkeld, bijvoorbeeld omdat de taakopvattingen (of de eigen financiële posities, de perceptie op het beschikbare instrumentarium of eerdere ervaringen met fraudemeldingen) uiteenlopen. Als twee curatoren vergelijkbare opvattingen hebben en met eenzelfde faillissement worden geconfronteerd, kan het feit dat een andere rechtbank toezicht houdt op de afwikkeling van die faillissementen maken dat die twee faillissementen verschillend worden afgewikkeld. Zelfs in de hypothetische situatie dat dezelfde curator twee identieke faillissementen moet afwickelen, kan het zo zijn dat de curator die twee faillissementen verschillend afwikkelt wanneer de faillissementen in verschillende arrondissementen worden uitgesproken.

7.4 DISCUSSIE: DE PRAKTIJK VERSUS DE BELEIDSTHEORIE

7.4.1 Introductie

In hoofdstuk 2 heb ik laten zien dat het hoofddoel van de wetgever – met als voorlopig slotstuk pijler 1 van het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht – het voorkomen van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen is geweest. Om dat doel te bereiken is geprobeerd om curatoren te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken door een wettelijke verplichting te introduceren om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden en eventuele onregelmatigheden te melden bij de rechter-commissaris (artikel 68 Fw). Bij de vormgeving van de taak van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden heeft de wetgever enkele aannames gedaan. Zo verwacht de wetgever dat de curator in ieder faillissement een (beperkt) oorzakenonderzoek uitvoert. Bovendien verwacht de wetgever dat de curator geconstateerde onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris en stappen onderneemt om deze onregelmatigheden te redresseren (hoofdstuk 2 en 3). In de literatuur wordt gesuggereerd dat deze aannames (deels) incorrect zijn. Het beoogde doel van de wetgever om curatoren te stimuleren onregelmatigheden aan te pakken, wordt dus mogelijk niet bereikt. In mijn empirische studies heb ik geprobeerd vast te stellen in hoeverre de aannames van de wetgever correct zijn (hoofdstuk 4, 5 en 6). Hierna toets ik de aannames uit de beleidstheorie aan de uitkomsten van mijn empirische studies.

7.4.2 Toetsing van de aannames uit de beleidstheorie

– *Curatoren doen altijd een oorzakenonderzoek*

De eerste aanname die de wetgever aan zijn wetgeving ten grondslag heeft gelegd is dat curatoren onderzoek doen naar eventuele onregelmatigheden, waarbij het oorzakenonderzoek volgens de wetgever tot doel heeft om de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd te vergroten. Dat betekent dat de wetgever ervan is uitgegaan dat curatoren in ieder faillissement een oorzakenonderzoek uitvoeren en dat dat oorzakenonderzoek de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd ook daadwerkelijk vergroot (par. 2.3, 3.2.4 en 3.4).

De resultaten van mijn onderzoek suggereren dat curatoren inderdaad op grote schaal onderzoek doen naar onregelmatigheden. Zo laten de resultaten van de surveystudie zien dat het grootste deel van de curatoren bijna altijd een oorzakenonderzoek zegt te doen (par. 6.4.2). Het is echter de vraag of daarmee ook kan worden geconcludeerd dat de aanname van de wetgever dat curatoren een oorzakenonderzoek doen correct is. De resultaten laten immers ook zien dat bijna een derde van de curatoren meent dat niet in ieder

faillissement een oorzakenonderzoek plaats hoeft te vinden (par. 6.4.2). Bovendien vindt ook bijna een derde dat het oorzakenonderzoek achterwege mag blijven indien de boedel onvoldoende middelen bevat en meent weer ruim een derde dat het oorzakenonderzoek achterwege mag blijven wanneer op voorhand al duidelijk is dat bestuurders of andere mogelijk aansprakelijke personen geen verhaal bieden (par. 6.4.2, zie ook par. 7.3.2, eerste dimensie).¹⁰ Zelfs curatoren die in ieder faillissement een oorzakenonderzoek zouden willen uitvoeren, worden daarin beperkt door de financiële toestand van de boedel (par. 7.3.2, tweede dimensie).

Bovendien veronderstelt de wetgever dat het oorzakenonderzoek bijdraagt aan het vergroten van de pakkans (par. 2.3). Dat betekent dat het oorzakenonderzoek zo moet worden ingericht, dat eventuele onregelmatigheden ook daadwerkelijk aan het licht zullen komen. Het is de vraag of oorzakenonderzoeken – zoals curatoren die uitvoeren – eventuele onregelmatigheden wel kunnen signaleren. Het blijkt namelijk dat curatoren het oorzakenonderzoek op verschillende wijzen uitvoeren (par. 4.4.3 en 6.4.2). De ene curator lijkt het oorzakenonderzoek serieuzer te nemen dan de andere. Zo menen sommige curatoren dat in sommige faillissementen het bekijken van rekeningafschriften volstaat als oorzakenonderzoek, terwijl andere curatoren (of dezelfde in andere faillissementen) veel uitgebreidere onderzoeken doen, bijvoorbeeld aan de hand van interviews en/of rapporten van forensische accountants. Hoe uitgebreid het oorzakenonderzoek is en of er überhaupt een oorzakenonderzoek kan worden uitgevoerd, hangt af van de beschikbare middelen in de boedel en de verhaalsmogelijkheden. Dat betekent dat de beschikbare middelen en verhaalsmogelijkheden in belangrijke mate de kans bepalen dat onregelmatigheden geconstateerd worden (par. 7.3.2, eerste dimensie).

De verschillen in het oorzakenonderzoek lijken, zoals in de vorige paragraaf is besproken, deels te komen door de financiële toestand van de boedel en de verhaalsmogelijkheden (par. 7.3.2, eerste dimensie). De verschillen in de wijze waarop het oorzakenonderzoek wordt uitgevoerd lijken ook te worden verklaard door de persoon van de curator (par. 7.3.3, tweede dimensie) en de toezichthoudende rechtbank (par. 7.3.4, derde dimensie). Het lijkt erop dat curatoren die fraudebestrijding geen onderdeel van hun taak achten, het oorzakenonderzoek minder serieus nemen en dus minder uitgebreid uitvoeren dan curatoren die fraudebestrijding wel als onderdeel van hun taak zien. Bovendien lijkt het erop dat curatoren een uitgebreid oorzakenonderzoek uitvoeren als zij denken dat de rechtbank de aanpak van onregelmatigheden belangrijk vindt. Curatoren voeren dus misschien wel altijd een oorzakenonderzoek uit, maar dat oorzakenonderzoek is lang niet altijd uitgebreid genoeg om onregelmatigheden daadwerkelijk te signaleren. Er lijkt dus een discrepantie te bestaan tussen de bedoeling van de wetgever met het oorzakenonderzoek

10 Het gaat hier om drie afzonderlijke vragen die zijn voorgelegd en de percentages tellen dus niet op tot een volledig overzicht van honderd procent.

en de wijze waarop het oorzakenonderzoek in de praktijk wordt (en kan worden) ingevuld. De eerste aanname – dat curatoren altijd een oorzakenonderzoek uitvoeren dat daadwerkelijk bijdraagt aan het vergroten van de pakkans – blijkt derhalve niet correct.

– *Curatoren melden onregelmatigheden bij de rechter-commissaris*

De tweede aanname die de wetgever heeft gedaan, is dat de curator geconstateerde onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris. De gedachte achter deze meldplicht is eveneens dat het melden van onregelmatigheden bij de rechter-commissaris de pakkans zou vergroten (par. 2.3). Het lijkt erop dat deze meldplicht is geïntroduceerd om te voorkomen dat curatoren zich te veel zouden laten leiden door de financiële toestand van de boedel (par. 7.3.2, eerste dimensie). De rechter-commissaris ervaart immers niet dezelfde financiële druk als een curator, simpelweg omdat het salaris van de rechter-commissaris niet wordt betaald uit de boedel.

Ook deze tweede aanname lijkt op het eerste oog correct. Het grootste deel van de curatoren heeft in de survey aangegeven geconstateerde onregelmatigheden te melden bij de rechter-commissaris (par. 6.4.4). Toch is het ook hier de vraag of het melden bij de rechter-commissaris wel oplevert wat de wetgever voor ogen heeft gehad. De rechter-commissaris lijkt gevoelig voor argumenten van curatoren om geconstateerde onregelmatigheden niet aan te pakken (par. 4.5.4). Zo lijken sommige rechters-commissarissen – net als sommige curatoren – een efficiënte afwikkeling van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers belangrijker te vinden dan het aanpakken van onregelmatigheden (par. 4.5.4 en 6.5.7). Bovendien lijkt niet iedere rechter-commissaris even kritisch naar iedere beslissing van de curator te kijken (par. 4.5.4). Het is dus maar de vraag of de meldplicht bij de rechter-commissaris het gewenste gevolg heeft. De tweede aanname – dat curatoren gesignaleerde onregelmatigheden altijd melden bij de rechter-commissaris en dat deze meldplicht de pakkans vergroot – is dus niet correct.

– *Curatoren pakken gesignaleerde onregelmatigheden consequent aan*

De derde en laatste aanname van de wetgever is dat curatoren (in overleg met de rechter-commissaris) geconstateerde onregelmatigheden consequent aanpakken, eveneens met als doel de pakkans te vergroten. De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat deze aanname niet correct is, zelfs niet na de wetswijziging uit 2017 waarin de taak van de curator bij de aanpak wettelijk is vastgelegd. Curatoren lijken minder dan de helft van de geconstateerde onregelmatigheden te redresseren (par. 4.5.4, 5.3.3 en 6.4.4). Bovendien blijkt niet iedere fraudemelding te leiden tot vervolging (par. 4.5.3 en 6.5.6). Zelfs als curatoren iedere onregelmatigheid zouden melden bij het Centraal Meld-

punt Faillissementsfraude, zou er onvoldoende capaciteit zijn bij de FIOD, de politie en het OM om iedere onregelmatigheid aan te pakken.¹¹

Of onregelmatigheden worden aangepakt, is afhankelijk van de beschikbare middelen in het specifieke faillissement (par. 7.3.2, eerste dimensie), van de persoon van de curator (par. 7.3.3, tweede dimensie) en van de toezichthoudende rechtbank (par. 7.3.4, derde dimensie). Dat betekent dat niet iedere onregelmatigheid in ieder faillissement in ieder arrondissement op dezelfde wijze wordt aangepakt. De derde aanname – dat curatoren gesignaleerde onregelmatigheden consequent aanpakken – is dus niet correct.

7.4.3 Conclusie

Het doel van de wetgever in de fraudepijler van het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht in het algemeen en de invoering van de Wet versterking positie curator in het bijzonder, was om curatoren te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken om zo een preventief effect te creëren. Hoe ernstiger de onregelmatigheid, des te ingrijpender de aanpak daarvan door curatoren zou moeten zijn. De wetgever meent dus dat de ernst van de onregelmatigheid moet bepalen of die onregelmatigheid wordt aangepakt, terwijl in de praktijk vooral de financiële staat van de boedel, de persoon van de curator en de toezichthoudende rechtbank een rol spelen. Hoewel getracht is om te komen tot een systeem waarin elke curator in ieder faillissement alle onregelmatigheden aanpakt, sluit de beleidstheorie van de wetgever niet aan bij de uitkomsten van mijn studies. De belemmeringen die curatoren ervaren, lijken ervoor te zorgen dat de beleidstheorie niet in lijn is met de wijze waarop curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken. Dat betekent dat het beoogde doel van de wetgevingsactiviteiten van de wetgever – het stimuleren van curatoren om onregelmatigheden consequent aan te pakken om de pakkans te vergroten – niet volledig is bereikt. Curatoren zijn weliswaar enigszins gestimuleerd om onregelmatigheden aan te pakken, maar de manier waarop zij dat doen vergroot niet altijd de pakkans.

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

7.5 METHODOLOGISCHE REFLECTIE

7.5.1 *Mixed methods*-aanpak

Omdat tot op heden beperkt empirisch onderzoek was gedaan naar de aanpak van onregelmatigheden door curatoren in de praktijk,¹² ben ik begonnen met een kwalitatieve studie naar de werkwijze van curatoren daarbij. Hiervoor heb ik aan de hand van enkele kenmerken een aantal curatoren benaderd en uitvoerig geïnterviewd aan de hand van een semigestructureerde opzet. Een voordeel van de kwalitatieve interviewstudie ten opzichte van kwantitatieve studies is dat de ervaringen van de curatoren in een context zijn geplaatst en er daardoor diepgaand inzicht wordt verworven in de praktijk van de aanpak van onregelmatigheden zoals de curator – als de primaire actor – dat ervaart en percipieert. De interviewstudie heeft geleid tot de formulering van mijn besluitvormingstheorie, die als kracht heeft dat deze volledig is gebaseerd op empirische gegevens, namelijk hetgeen curatoren uit alle arrondissementen met verschillende achtergronden en ervaringen mij hebben verteld. Door de gebleken variatiedekkende saturatie (zie par. 4.8) hebben deze resultaten daarnaast een zekere algemene gelding. De bevindingen uit de interviewstudie en de besluitvormingstheorie zijn vervolgens gevalideerd door een kwantitatieve documentenanalyse van faillissementsverslagen en een surveystudie. Door het toetsen van de besluitvormingstheorie aan de uitkomsten van deze studies heb ik de theorie deels kunnen bevestigen en deels kunnen aanpassen om zo te komen tot een overzicht van de factoren die curatoren vanuit verschillende dimensies beïnvloeden bij de aanpak van onregelmatigheden.

De kracht van dit onderzoek is gelegen in de combinatie van de drie gebruikte onderzoeksmethoden. Door verschillende onderzoeksmethoden te combineren en dus gebruik te maken van een *mixed methods*-aanpak heb ik een completer inzicht gekregen in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken in vergelijking met het gebruik van een enkele onderzoeksmethode. Door verschillende methoden te combineren worden daarnaast de pluspunten van iedere afzonderlijke methode benut om tegemoet te komen aan de beperkingen van de andere methoden. Zo heb ik in de surveystudie en de documentenanalyse verbanden kunnen toetsen die in een interviewstudie niet kunnen worden getoetst, terwijl de interviewstudie juist ruimte liet voor nieuwe inzichten die niet naar voren komen in een kwantitatieve studie. Bovendien hebben de verschillende studies waar zij elkaar overlappen geleid tot vergelijkbare resultaten, hetgeen de betrouwbaarheid van het onderzoek ten goede komt.

De resultaten van mijn onderzoek hebben inzicht gegeven in de wijze waarop curatoren beslissingen nemen bij de aanpak van onregelmatigheden.

12 Beke e.a. 2021; Berghuis & Paulides 1983; Elswijk e.a. 2015; Knegt e.a. 2005; Knegt, Beltzer & Mudde 1996; Lieferink 2020 en Lutikhuis & Timmermans 2007.

Niet eerder is op zo'n grote schaal onderzoek gedaan naar de factoren die het besluitvormingsproces van curatoren beïnvloeden. Ik heb met dit onderzoek nieuwe factoren in het debat geïntroduceerd. Mijn besluitvormingstheorie levert daarmee een belangrijke bijdrage aan de bestaande kennis over de drijfveren van curatoren. Bovendien heb ik die besluitvormingstheorie onderworpen aan een empirische toets. Ik ben bij mijn weten de eerste die empirisch onderzoek heeft gedaan naar de verschillende factoren die curatoren beïnvloeden bij het aanpakken van onregelmatigheden en hun onderlinge samenhang. Aan de hand van interviews heb ik inzicht verkregen in de verschillende factoren die curatoren belemmeren. De opgedane inzichten heb ik vervolgens gebruikt om samen met de resultaten van de documentenanalyse de factoren te omschrijven en meetbaar te maken in een survey. Mijn conceptualisering en operationalisering van de verschillende factoren kunnen gebruikt worden in nader onderzoek.

7.5.2 Wisselwerking met de praktijk

Mijn onderzoek heeft een praktische invalshoek. Dit is – naast de *mixed methods*-aanpak – een tweede kracht van mijn onderzoek. Tijdens het gehele onderzoeksproces heb ik mij ervoor ingespannen om de praktijk te betrekken bij mijn onderzoek. Niet alleen door die praktijk onderwerp van mijn onderzoek te maken, maar ook door (voorlopige) resultaten van het onderzoek voor te leggen aan verschillende actoren uit de praktijk tijdens het geven van cursussen en lezingen, door het afnemen van een aanvullend interview met de FIOD (zie par. 7.5.4) en door meer inzicht te krijgen in de praktijk middels het lopen van een onderzoeksstage bij een rechtbank. Door de praktijk continu te betrekken bij het onderzoeksproces, is het aannemelijk dat de onderzoeksresultaten niet slechts een papieren werkelijkheid beschrijven.

7.5.3 *Law in action* versus *law in the books*

Mijn onderzoek is een van de eerste privaatrechtelijke onderzoeken waarin verschillende empirische onderzoeksmethoden worden gecombineerd om inzicht te geven in de rechtspraktijk (*law in action*). Dit betekent ook dat er weinig theorie in dit juridische domein is om op voort te bouwen. Ik heb mij daarom gericht op de beleidstheorie van de wetgever. Het doel van mijn onderzoek was het verkrijgen van inzicht in mogelijke discrepanties tussen de rechtspraktijk en de beleidstheorie (*law in action* versus *law in the books*).

Op deze manier past mijn onderzoek binnen een breder kader van (rechts-sociologisch) onderzoek naar discrepanties tussen de beleidstheorie en rechtspraktijk en naar de (soms beperkte) werking van regels en de blik van de

wetgever, die niet altijd in lijn lijkt te zijn met de rechtspraak.¹³ Deze invalshoek is gezien de afbakening van mijn onderzoek niet verder uitgewerkt, maar biedt aanknopingspunten voor nader onderzoek.

7.5.4 Beperkingen

Door gebruik te maken van een *mixed methods*-aanpak heb ik enkele beperkingen van mijn afzonderlijke studies kunnen ondervangen. Toch kent het onderzoek als geheel nog steeds beperkingen die aanleiding bieden voor nader onderzoek.

Ten eerste kan geen van de gebruikte methoden causaliteitsrelaties testen tussen de door mij geïdentificeerde factoren en de beslissing van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Hoewel de resultaten van de verschillende studies ondubbelzinnig zijn in de zin dat zij elkaar lijken te bevestigen, heb ik niet kunnen onderzoeken of curatoren daadwerkelijk worden beïnvloed door deze factoren en of er dus sprake is van causaliteitsrelaties. Nader onderzoek, bijvoorbeeld in de vorm van een experiment of een onderzoek met een longitudinaal design, kan behulpzaam zijn om de veronderstelde causaliteitsrelaties te bevestigen.

Ten tweede bestaat bij de kwalitatieve interviewstudie en de surveystudie het risico op sociaalwenselijke antwoorden. Ik heb geprobeerd dit risico in de interviewstudie te verkleinen door anonimiteit te garanderen, de participanten op hun gemak te stellen, lange interviews te houden (variërend van 54 minuten tot 1 uur en 46 minuten) met daarin de nodige controlevragen. Bij de surveystudie heb ik geprobeerd om sociaalwenselijke antwoorden te voorkomen door eveneens anonimiteit te garanderen en door controlevragen te stellen. Bovendien geldt dat de resultaten van de drie empirische studies op elkaar aansluiten, waardoor het aannemelijk is dat de resultaten niet alleen zijn gebaseerd op sociaalwenselijke antwoorden. Dat neemt niet weg dat niet volledig is uit te sluiten dat de curatoren sociaalwenselijke antwoorden hebben gegeven. De interviewstudie en de surveystudie zien immers op het zelfgerapporteerde gedrag van curatoren en niet op het daadwerkelijke gedrag. Voor de documentenanalyse ligt dat anders, omdat de faillissementsverslagen wel inzicht geven in hoe curatoren daadwerkelijk hebben gehandeld. Ook bij deze studie geldt echter dat het gaat om het gedrag dat in de faillissementsverslagen is gerapporteerd door de curator zelf. Om deze reden stelde ik al eerder dat het daadwerkelijk aantal geconstateerde onregelmatigheden (veel) hoger zou kunnen liggen dan uit de documentenanalyse bleek (par. 5.6). Bovendien geldt voor de faillissementsverslagen dat de inhoud daarvan een subjectieve weergave is van de mening van de desbetreffende curator en geen uitsluitsel geeft

13 Zie bijvoorbeeld Hupe 2007 en Veerman 2004.

over de vraag of daadwerkelijk sprake is geweest van een onregelmatigheid. Er is immers geen rechter aan te pas gekomen. Nader onderzoek, bijvoorbeeld in de vorm van participerende observatie of een nadere documentenanalyse van volledige faillissementsdossiers (en dus niet alleen faillissementsverslagen), kan behulpzaam zijn om het daadwerkelijke handelen van curatoren te onderzoeken, zodat niet alleen wordt afgegaan op hetgeen participanten zelf rapporteren.

Ten derde zijn de resultaten van mijn interview- en surveystudies grotendeels gebaseerd op percepties van curatoren. Zij hebben zelf inzicht gegeven in hun drijfveren. De focus op de percepties en drijfveren van curatoren in mijn onderzoek was ingegeven door de centrale rol die de curator inneemt bij de aanpak van onregelmatigheden en die de wetgever hem daarbij ook toedicht. Dat betekent wel dat perspectieven van andere bij de bestrijding van onregelmatigheden betrokkenen – bijvoorbeeld de ketenpartners zoals de rechtbank, het OM, de politie of de FIOD, maar ook de door curatoren aangesproken partijen, zoals bestuurders – op de aanpak van onregelmatigheden en het handelen van curatoren ontbreken. Nader onderzoek naar de perspectieven van de ketenpartners of andere betrokkenen (zoals bestuurders) kan behulpzaam zijn om een completer beeld te krijgen van de aanpak van onregelmatigheden.

7.5.5 Suggesties voor vervolgonderzoek

In het licht van bovenstaande beperkingen aan mijn onderzoek lijkt vervolgonderzoek naar mogelijke causale relaties, het daadwerkelijk gedrag van curatoren en het perspectief van ketenpartners nuttig en zinvol.

– *Testen van causale relaties*

Een eerste suggestie voor vervolgonderzoek is het uitvoeren van een experimenteel onderzoek onder curatoren.¹⁴ In een dergelijke studie kan de onderzoeker curatoren bijvoorbeeld verschillende casussen voorleggen waarin hij een beslissing moet nemen over de aanpak van daarin voorkomende onregelmatigheden. Alle participanten krijgen in de kern dezelfde casus voorgelegd die echter op een of meer belangrijke punten verschillen. Zo kan bijvoorbeeld het bestaan of ontbreken van verhaalsmogelijkheden of de visie van de rechtbank worden aangepast. Aan de respondenten kan vervolgens bijvoorbeeld de vraag worden gesteld of zij in die specifieke situatie onregelmatigheden zouden aanpakken. Aan participanten zou ook de vraag gesteld kunnen worden of zij in die specifieke situatie een oorzakenonderzoek zouden uitvoe-

14 Dit idee is gebaseerd op het onderzoek onder rechters zoals beschreven in: Kahneman, Sibony & Sunstein 2021, p. 69-78.

ren. Een ander alternatief is om aan participanten te vragen om de ernst van de gedraging te beoordelen op een bepaalde schaal, bijvoorbeeld van 0 tot 10, en vervolgens de gemiddelde scores over de ernst van de gedraging per participant en per zaak te berekenen. Op die manier kan gekeken worden in hoeverre de gemiddelde scores van de participanten van elkaar afwijken om zo inzicht te geven in verschillen onder curatoren. In tegenstelling tot een survey kan deze experimentele opzet inzicht geven in de keuzes van curatoren in specifieke situaties. Bovendien leent experimenteel onderzoek zich voor het trekken van causale conclusies.

– *Onderzoeken van daadwerkelijk gedrag*

Een tweede suggestie voor vervolgonderzoek is het doen van observaties, eventueel in combinatie met een dossieronderzoek. De interviewmethode en de surveymethode die ik in dit proefschrift heb toegepast zien niet op het daadwerkelijke handelen van curatoren in specifieke situaties. Hetzelfde geldt voor een eventuele experimentele methode vanwege de kunstmatige setting, al bestaan er ook quasi-experimenten met al bestaande groepen of veldexperimenten met subjecten in hun natuurlijke omgeving. De documentenanalyse geeft bovendien slechts een beperkte inzage in de feitelijke situatie waarin de curator een beslissing moet nemen. De onderzoeker kan door het uitvoeren van een observatieonderzoek onder een grote groep curatoren (en/of andere ketenpartners) inzicht krijgen in hoe participanten in hun dagelijkse praktijk beslissingen nemen over de aanpak van onregelmatigheden. Het observatieonderzoek kan dienen als vervolgttoets van de besluitvormingstheorie. Voor dossieronderzoek geldt eenzelfde argument. Dossiers geven meer en diepgaandere informatie dan de faillissementsverslagen.

– *Verkennen van perspectieven van ketenpartners*

Een laatste suggestie voor vervolgonderzoek is het onderzoeken van de percepties van de ketenpartners van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Zo kan de onderzoeker bijvoorbeeld eenzelfde opzet als in dit proefschrift gebruiken om de perspectieven van de ketenpartners te onderzoeken. Daarnaast kan onderzoek worden gedaan naar de samenwerking tussen de verschillende ketenpartners door bijvoorbeeld te onderzoeken hoe de contactmomenten tussen de ketenpartners verlopen. Inzicht in die contactmomenten kan voorts nuttig zijn voor het verbeteren van de samenwerking tussen de ketenpartners.

Om de uitspraken van curatoren over de samenwerking met de ketenpartners te toetsen, heb ik geprobeerd om de resultaten van mijn empirische studies voor te leggen aan drie ketenpartners: leden en medewerkers van de rechterlijke macht, beleidsmedewerkers van het Ministerie van Justitie en Veiligheid die zich bezighouden met de GSR en de aanpak van onregelmatigheden voor

en tijdens faillissementen en medewerkers van de FIOD met het verzoek om een reactie.

De eerste groep – de rechterlijke macht – heb ik benaderd via de Raad voor de rechtspraak en Recofa, maar de Raad voor de rechtspraak was niet bereid om mee te werken aan mijn onderzoek en Recofa wilde dit niet doen zonder goedkeuring van de Raad voor de rechtspraak. Gedurende mijn onderzoek heb ik echter wel op individueel niveau en op persoonlijke titel met menig insolventierechter/medewerker op de insolventieafdeling over mijn bevindingen gesproken. De tweede groep – de departementale beleidsmedewerkers – heeft helaas niet op mijn oproep gereageerd.

De FIOD daarentegen heeft wel positief gereageerd op mijn verzoek en ik heb een interview kunnen afnemen met de projectleider faillissementsfraude van de FIOD op de centrale locatie waar de fraudemeldingen van curatoren binnenkomen. Ter voorbereiding op het interview heb ik mijn gesprekspartner inzicht gegeven in de resultaten van mijn empirische studies, voor zover die zien op de ervaringen van curatoren met fraudemeldingen en aangiftes. Het interview was (net als de interviews met curatoren) semigestructureerd en behandelde de onderwerpen i) werkwijze van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude bij fraudemeldingen van curatoren, ii) terugkoppeling naar curatoren en iii) het bevorderen van de aanpak van onregelmatigheden.¹⁵

Het interview met de projectleider faillissementsfraude van de FIOD geeft kleur aan een deel van mijn onderzoeksresultaten. Zo lijkt het interview het beeld te bevestigen dat niet iedere fraudemelding wordt opgepakt (vgl. par. 4.5.3 en 6.5.6). Het beeld dat op sommige fraudemeldingen geen reactie volgt, lijkt echter haaks te staan op de ervaringen van de FIOD (vgl. par. 4.5.3 en 6.5.6). De projectleider erkende dat het niet opvolgen van fraudemeldingen curatoren zou kunnen ontmoedigen om een fraudemelding te kunnen doen. Toch is het volgens hem nuttig dat curatoren wel fraudemeldingen blijven doen, zodat de FIOD een goed beeld krijgt van de omvang van faillissementsfraude en met die gegevens eventueel meer capaciteit kan bewerkstelligen. Om de kans te vergroten dat fraudemeldingen van curatoren worden opgepakt, raadt de projectleider curatoren aan om meldingen beter te onderbouwen en de verweten gedragingen beter uit te leggen. Bovendien vraagt de projectleider curatoren om terughoudend te zijn met het sluiten van vaststellingsovereenkomsten wanneer ook een fraudemelding is gedaan.

Samenvattend heeft het gesprek met de projectleider faillissementsfraude van de FIOD mij inzicht gegeven in de afwikkeling van fraudemeldingen. Het gesprek suggereert dat de kritiek van curatoren over de terugkoppeling op

15 Een weergave van het interview is terug te vinden in appendix 4. Het interview heeft 1 uur en 48 minuten geduurd. Het transcript was 24 pagina's lang en is ter goedkeuring voorgelegd aan de projectleider faillissementsfraude van de FIOD. In tegenstelling tot de interviews met curatoren – waarvan geen weergave is opgenomen – had de projectleider geen bezwaar tegen het opnemen van de weergave.

fraudemeldingen genuanceerd moet worden. De daadwerkelijke opvolging van fraudemeldingen blijft wel een aandachtspunt. Nader onderzoek kan inzicht verschaffen in eventuele aanbevelingen voor de opvolging van fraudemeldingen.

7.6 AFSLUITING

Mijn onderzoek heeft inzicht geboden in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken en welke factoren hen daarbij beïnvloeden. Curatoren worden vanuit drie dimensies beïnvloed bij de aanpak van onregelmatigheden. De eerste dimensie is die van het specifieke faillissement: de curator wordt bij de afwikkeling beïnvloed door de middelen in de boedel en door de verhaalsmogelijkheden bij de aangesproken personen. De tweede dimensie is die van de persoon van curator; zijn taakopvatting, zijn perceptie over het beschikbare instrumentarium, zijn eigen financiële positie (los van de omvang van de boedel) en zijn eerdere ervaringen met het doen van fraudemeldingen beïnvloeden de curator in zijn aanpak. De derde dimensie ten slotte is die van de rechtbank; de visie van de rechtbank over de aanpak van onregelmatigheden beïnvloedt de curator, waarbij geldt dat hoe beter de relatie met de rechtbank is, des te meer de curator geneigd is de visie van de rechtbank te volgen.

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat het doel van de wetgever – het stimuleren van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken – onvoldoende is bereikt. De aannames van de wetgever over het gedrag van curatoren – te weten dat zij i) een oorzakenonderzoek uitvoeren, ii) geconstateerde onregelmatigheden melden bij de rechter-commissaris en iii) onregelmatigheden consequent aanpakken – lijken weliswaar deels te kloppen, maar leiden niet tot het gewenste doel van het vergroten van de pakkans. Zo voeren curatoren in de meeste faillissementen wel een oorzakenonderzoek uit, maar lijkt dat oorzakenonderzoek lang niet altijd voldoende uitgebreid te zijn om onregelmatigheden daadwerkelijk te kunnen signaleren. Daarnaast lijkt de rechter-commissaris de curator niet bij iedere geconstateerde en gemelde onregelmatigheid te stimuleren om die ook echt aan te pakken. De rechtbank lijkt gevoelig voor argumenten van de curator om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden en niet iedere rechtbank lijkt de aanpak van onregelmatigheden belangrijk te vinden. Bovendien blijkt dat curatoren niet iedere geconstateerde onregelmatigheid consequent aanpakken.

In het volgende hoofdstuk ga ik in op de normatieve implicaties van mijn onderzoek en doe ik aanbevelingen om het systeem van de aanpak van onregelmatigheden beter aan te laten sluiten bij de ambitie van de wetgever. Hier

komt het belangenpluralisme¹⁶ in faillissement tot uiting en de gevolgen daarvan voor de aanpak van onregelmatigheden door de curator.

16 Zie ook par. 3.5. De term belangenpluralisme is ontleend aan De Kloe, *RMThemis* 2020.

