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).

Samenvatting

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

Jaarlijks worden in Nederland, afhankelijk van de economische conjunctuur, enkele duizenden tot ruim 10.000 bedrijven in staat van faillissement verklaard. Het faillissement heeft als doel om het vermogen van deze bedrijven te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. Het bedrag dat de gezamenlijke schuldeisers totaal te vorderen hebben, overstijgt bijna altijd in grote mate de waarde van het vermogen van het bedrijf. Naar schatting hebben in een kwart van de gevallen in de aanloop naar het faillissement onregelmatigheden plaatsgevonden die het faillissement hebben veroorzaakt of die het tekort in de boedel hebben vergroot en dit laatste kan ook tijdens het faillissement gebeuren. De maatschappelijke schade die door deze onregelmatigheden wordt veroorzaakt, wordt geschat op meer dan een miljard euro per jaar.

De aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen staat om die reden al decennia op de agenda van de wetgever. Eind 2012 is onder meer in dit verband het wetgevingsprogramma 'Herijking faillissementsrecht' aangekondigd, met fraudebestrijding als een van de drie pijlers. Het doel van het wetgevingsprogramma was mede om te komen tot een helder wettelijk kader voor de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement, waarbij de curator wordt gezien als centrale persoon en eerst aangewezene om die onregelmatigheden te signaleren en te redresseren. Vanuit de faillissementspraktijk klinkt echter al jaren kritiek op de wetgever die de curator deze taak heeft opgelegd. De kritiek is vooral gericht op de aanname van de wetgever dat de taak om onregelmatigheden aan te pakken in het verlengde ligt van de kerntaak van de curator om in het belang van de gezamenlijke schuldeisers de boedel te vereffenen. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers kan immers strijdig zijn met het belang om onregelmatigheden aan te pakken, omdat het onderzoeken en redresseren van onregelmatigheden in sommige situaties meer kost dan het oplevert.

Tegen deze achtergrond is het ontbreken van inzicht in de wijze waarop de curator onregelmatigheden in de praktijk aanpakt de aanleiding voor het onderhavige onderzoek. Het gebrek aan kennis maakt het immers lastig de anekdotische kritiek vanuit de praktijk op waarde te schatten. Doel van het

onderzoek is enerzijds om inzicht te krijgen in de belemmeringen die in de praktijk spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator en anderzijds om te komen tot aanbevelingen voor een (wettelijk) systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen.

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

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

Om deze vraag te beantwoorden bevat deel I van dit boek een verslag van mijn onderzoek naar de beleidstheorie van de wetgever, waarbij ik inga op de ambitie van de wetgever bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen. Op basis van wetshistorisch onderzoek concludeer ik in hoofdstuk 2 dat het doel van de wetgever bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen is curatoren te stimuleren dergelijke onregelmatigheden aan te pakken om zo een preventief effect te creëren waardoor die minder voorkomen. Om de curator te stimuleren onregelmatigheden aan te pakken, heeft de wetgever deze taak wettelijk vastgelegd. Hierbij heeft de wetgever aangenomen dat de curator onderzoek doet naar eventuele onregelmatigheden, geconstateerde onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris en stappen onderneemt om deze onregelmatigheden te redresseren (vgl. artikel 68 lid 2 Fw) en hem daarom die taken ook opgedragen. In hoofdstuk 3 ga ik in op de taak van de curator om onregelmatigheden aan te pakken en de verwachtingen die de wetgever heeft van de curator op dat punt. Hierbij behandel ik het belangenpluralisme dat de taak van de curator inkleurt door in te gaan op de potentiële strijdigheid tussen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en het belang dat is gemoeid met de aanpak van onregelmatigheden.

Deel II van dit boek behandelt drie empirische studies die ik heb uitgevoerd om te onderzoeken in hoeverre de aannames van de wetgever correct zijn. In hoofdstuk 4 doe ik verslag van een kwalitatieve interviewstudie onder 33 Nederlandse curatoren waarin ik hen heb bevraagd over hun werkwijze bij de aanpak van onregelmatigheden. De participanten zijn uit een handmatig opgestelde curatorenlijst geselecteerd op een aantal criteria, te weten het arrondissement waar zij werkzaam zijn, het aantal jaren ervaring en de grootte van het kantoor waar zij werkzaam zijn. Vervolgens zijn nog enkele curatoren benaderd op basis van de kennis die zij hebben over specifieke onderwerpen, die tijdens de eerdere interviews onderbelicht waren gebleven. De interviewstudie mondt uit in een besluitvormingstheorie, waarin ik uiteenzet welke factoren meespelen bij het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak

van onregelmatigheden. Vervolgens toets ik deze besluitvormingstheorie in twee empirische studies. In hoofdstuk 5 zet ik de resultaten uiteen van een documentenanalyse van 2134 faillissementsverslagen, waarin ik heb onderzocht in hoeverre verhaalsmogelijkheden samenhangen met de beslissing van de curator om onregelmatigheden te redresseren. Daarna bespreek ik in hoofdstuk 6 de resultaten van een surveystudie onder 177 Nederlandse curatoren (30% van alle curatoren in Nederland). Door gebruik te maken van de hierboven genoemde curatorenlijst, en door de link naar de survey te delen via INSOLAD en JIRA, heb ik geprobeerd alle in Nederland werkzame curatoren te benaderen. De surveystudie geeft inzicht in factoren die meespelen bij de bereidheid van de deelnemende curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Tezamen geven deze drie studies inzicht in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken en de belemmeringen die zij daarbij ervaren.

In deel III van het onderzoek maak ik de stap van feit naar norm. Hoofdstuk 7 bevat de synthese van het onderzoek. De resultaten laten ten eerste zien dat in de volle breedte onder curatoren een gebrek aan consistentie bestaat in de wijze waarop zij onregelmatigheden aanpakken. Curatoren vullen hun taak op (sterk) uiteenlopende wijzen in en zijn het onderling niet eens over de wijze waarop zij onregelmatigheden zouden *moeten* aanpakken. Grofweg zijn er twee groepen curatoren te onderscheiden: enerzijds een groep die de aanpak van onregelmatigheden niet onder zijn taak vindt vallen en onregelmatigheden alleen aanpakt als dat in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers (lees: een opbrengst voor de boedel genereert), en anderzijds een groep die de aanpak van onregelmatigheden ziet als onderdeel van zijn taak en zich ook inzet als dat niet direct in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is (lees: tot een vermindering van de boedel leidt). Ten tweede laten de resultaten van de studies zien dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt van drie dimensies afhankelijk is: i) de financiële toestand van de boedel, ii) de persoon van de curator en iii) de toezichthoudende rechtbank en haar rechters-commissarissen. De kans dat onregelmatigheden worden aangepakt, blijkt afhankelijk van de verhaalsmogelijkheden bij degene die onregelmatig heeft gehandeld en de staat van de boedel in een specifiek faillissement (eerste dimensie). Bovendien bepalen de taakopvatting van een curator, diens financiële positie (binnen zijn kantoor) en diens eerdere ervaringen met het beschikbare instrumentarium en met de opvolging van fraudemeldingen door de autoriteiten, in hoeverre de curator bereid is onregelmatigheden aan te pakken (tweede dimensie). Ten slotte hangt de mate waarin de toezichthoudende rechtbank en haar rechters-commissarissen de curator stimuleren onregelmatigheden aan te pakken samen met de bereidheid van de curator om dat te doen. Daarbij geldt hoe beter de relatie tussen de rechtbank en de curator, des te eerder de curator bereid is de visie van de rechtbank te volgen.

Op basis van de geconstateerde belemmeringen die curatoren ervaren, doe ik in hoofdstuk 8 enkele aanbevelingen om curatoren te faciliteren en te

stimuleren bij de aanpak van onregelmatigheden. Zo stel ik voor om te zorgen voor een adequate vergoeding van de werkzaamheden die gemoeid zijn met die aanpak om te voorkomen dat de financiële staat van de boedel en de beschikbare verhaalsmogelijkheden een belemmering vormen voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. Tevens zie ik mogelijkheden om curatoren te faciliteren door bij het toezicht van de rechtbank minder de nadruk te leggen op een efficiënte afwikkeling en tegelijkertijd te investeren in een goede relatie tussen de rechtbank en de curator. Zolang de rechtbank curatoren beoordeelt op hun vermogen om het boedelactief te maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd, zal de curator zich niet altijd gefaciliteerd en gestimuleerd voelen onregelmatigheden aan te pakken. Daarnaast stel ik voor om curatoren te stimuleren onregelmatigheden meer gestructureerd aan te pakken door het introduceren van richtlijnen voor de wijze waarop zij hun werkzaamheden uitvoeren. Die richtlijnen kunnen zien op een protocol voor het uitvoeren van oorzakenonderzoeken en het verduidelijken van welke gedragingen kwalificeren als onregelmatigheid alsook wanneer van de curator wordt verwacht dat hij (eventueel naast een civiele redressering) een fraudemelding of aangifte doet. Duidelijke richtlijnen kunnen ervoor zorgen dat ongewenste inconsistentie en *bias* in de wijze waarop onregelmatigheden door verschillende curatoren op verschillende wijze worden aangepakt, wordt beperkt. Bovendien zorgen richtlijnen ervoor dat de beleidsvrijheid van de curator wordt ingeperkt, waardoor minder verschil ontstaat in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken en tevens minder ruimte is voor verschillende taakopvattingen. De huidige situatie waarin de ene curator koste wat het kost onregelmatigheden probeert aan te pakken, terwijl de andere zich daarvoor in (veel) mindere mate inzet, is immers onwenselijk.

In de slotbeschouwing van mijn onderzoek in hoofdstuk 8 kom ik tot de conclusie dat het stimuleren van curatoren rekening te houden met maatschappelijke belangen, waar de aanpak van onregelmatigheden onder valt, zinloos lijkt als het systeem van de Faillissementswet het curatoren in de praktijk onmogelijk maakt om die belangen bij hun taakuitoefening niet alleen mee te wegen maar onder omstandigheden ook de doorslag te laten geven. Om curatoren aan te zetten rekening te houden met belangen die strijdig zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers vereist een fundamentele herziening van het primaat van de schuldeisers in faillissementen. Zolang een met het oog op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers efficiënte inzet van geld en middelen voor curatoren een geldig argument is om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden, zal het doel van de wetgever zoals ten grondslag ligt aan het huidige stelsel nooit worden bereikt.