

Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?

Mr. A.T.M. Adams

De curator krijgt een alsmaar toenemende rol met betrekking tot behartiging van maatschappelijke belangen zoals faillissementsfraudebestrijding. Met het wetsvoorstel versterking positie curator krijgt de curator een extra wettelijke taak die strekt tot faillissementsfraudebestrijding. De auteur analyseert, adresseert en bespreekt in dit artikel de voor- en nadelen van deze taak.

‘Corruption, embezzlement, fraud. These are all characteristics which exist everywhere. It is regrettably the way human nature functions, whether we like it or not. What successful economies do, is keep it to a minimum. No one has ever eliminated any of that stuff.’ (Alan Greenspan)

1 Inleiding

De curator heeft de afgelopen jaren een pallet civielrechtelijke instrumenten gekregen die hij kan inzetten om faillissementsfraude aan het licht te brengen. Zo kan de curator sinds 1 januari 2013 een enquêteprocedure aanhangig maken bij de Ondernemingskamer waarbij een onderzoek naar wanbeleid kan worden bevolen.¹ Daarnaast kan de curator sinds 1 juli 2016 een civielrechtelijk bestuursverbod vorderen.²

De minister van Veiligheid en Justitie heeft voorts het voornemen om faillissementsfraudebestrijding tot een van de wettelijke taken van de curator te maken. Op 7 juli 2015 is het wetsvoorstel versterking positie curator ingediend bij de Tweede Kamer (hierna: het Wetsvoorstel).³ Het Wetsvoorstel is op 20 december 2016 met algemene stemmen in de Tweede Kamer aangenomen.

Met het Wetsvoorstel krijgt de curator onder andere de (extra) taak onregelmatigheden op te sporen die het faillissement hebben

veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel hebben bemoeilijkt of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Ook krijgt de curator een meldingsplicht ten aanzien van deze onregelmatigheden. De rechter-commissaris (hierna: de R-C) kan de curator gelasten deze onregelmatigheden (strafrechtelijk) te melden.⁴

Met de implementatie van het Wetsvoorstel krijgt de curator er een extra fraudebestrijdende taak bij. In dit artikel betoog ik dat dit op basis van de huidige vormgeving in mijn ogen geen wenselijke ontwikkeling is. Daarbij beperk ik me tot de wettelijke fraudebestrijdende taak van de curator in het Wetsvoorstel.⁵ Allereerst bespreek ik de functie van zowel het faillissement als de curator. Daarna zal het begrip faillissementsfraude worden behandeld, waarbij ook de maatschappelijke relevantie van faillissementsfraude kort aan bod komt. Hierna ga ik in op de rol van de curator bij faillissementsfraudebestrijding. Vervolgens komt het Wetsvoorstel aan bod. Zowel de argumenten voor als tegen een voor de curator in de wet verankerde fraudebestrijdende taak zullen daarbij de revue passeren. Ik zal afsluiten met een conclusie. Hierin wordt een aantal aanbevelingen gedaan en concludeer ik dat inwerkingtreding van het Wetsvoorstel in de huidige vorm niet wenselijk is.

2 De functie van het faillissement en de curator

2.1 Doel van het faillissement en de rechtspositie en taak van curator

Het faillissement omvat een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de gefailleerde ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren.⁶ De functie van het faillissement is de curator de mogelijkheid bieden om het vermogen van de schuldenaar te gelde te maken en de opbrengst hiervan onder de schuldeisers te verdelen.⁷ De curator treedt op als opziener van dit beslag: zijn kerntaak omvat het beheren en vereffenen van de boedel.⁸ Deze kerntaak moet de curator uitoefenen voor zover dat past bij een goed beheer van de boedel. Bovendien moeten daarbij de vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend.⁹ Met andere woorden: '(...) het beheer (...) door de curator [moet] in het belang der schuldeischers worden gevoerd.'¹⁰

In het verlengde daarvan ligt de executie van het tot de boedel behorende vermogen en de verdeling daarvan onder de crediteuren. Deze bevoegdheden vervult de curator logischerwijs ook ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren, waarbij hij streeft naar een maximale opbrengst voor de boedel.¹¹ Het belang van de gezamenlijke crediteuren staat aldus centraal.¹² In dit verband wordt in literatuur ook wel verwezen naar het 'primaat van de crediteuren'.¹³

2.2 Toenemende invloed van maatschappelijke belangen

Op basis van vaste jurisprudentie moet de curator bij beleidsafwegingen in toenemende mate rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.¹⁴ Onder dergelijke belangen vallen onder andere de continuïteit van de onderneming, de werkgelegenheid van de werknemers die in de failliete onderneming werkzaam zijn en het voorkomen van kapitaalvernietiging.¹⁵ Er wordt algemeen aangenomen dat faillissementsfraudebestrijding ook onder dergelijke maatschappelijke belangen kan worden geschaard.¹⁶

De curator dient in specifieke gevallen zelf een afweging te maken tussen belangen van de gezamenlijke crediteuren enerzijds en zwaarwegende maatschappelijke belangen anderzijds.¹⁷ Uit de tot dusver gewezen arresten van de Hoge Raad – met name de arresten Maclou¹⁸ en Curatoren Mobell/Interplan¹⁹ – volgt dat maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven de belangen van *individuele* crediteuren. Niet is echter overwogen dat deze maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven het belang van de *gezamenlijke* crediteuren. Deze gedachte wordt onderschreven in literatuur: er wordt overwegend aangenomen dat de curator niet het belang van de gezamenlijke crediteuren mag achterstellen bij de genoemde maatschappelijke belangen.²⁰ Van Hees ziet het echter als een kwestie van tijd voordat bepaalde maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven het belang van de gezamenlijke crediteuren, gelet op de maatschappelijke behoefte daaraan.²¹

Gezien de bovenstaande problematiek kan de vraag worden gesteld in hoeverre de curator faillissementsfraude überhaupt zou kunnen en mogen bestrijden, gelet op de grenzen van zijn wettelijke beheer- en vereffeningstaak.

3 Faillissementsfraudebestrijding: een onopgelost spanningsveld tussen het strafrecht en civiel recht

Faillissementsfraude kan in zijn algemeenheid worden omschreven als de bewuste benadeling van crediteuren, meestal ten bate van de fraudeur, door middel van het failliet (laten) gaan van een onderneming.²² Het begrip faillissementsfraude is een buitenwettelijke term.²³ Een probleem is dat faillissementsfraude zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke aspecten kent. Het begrip kan daarom niet uitsluitend straf- of civielrechtelijk worden gedefinieerd. Hierdoor ontstaat een spanningsveld bij faillissementsfraudebestrijding: het is onduidelijk of faillissementsfraudebestrijding via het strafrecht dan wel het civiel recht dient te geschieden.

In literatuur bestaan verschillende opvattingen over het begrip

faillissementsfraude. Aerts relateert enkel strafrechtelijke feiten aan faillissementsfraude.²⁴ Hilverda trekt het begrip ruimer en rekent ook de overtreding van civielrechtelijke normen, zoals de interne/externe bestuurdersaansprakelijkheid en actio pauliana, onder faillissementsfraude.²⁵

Nu het Wetsvoorstel overtreding van zowel specifieke strafrechtelijke als specifieke civielrechtelijke normen aanmerkt als faillissementsfraude,²⁶ stel ik voor een terminologie voor faillissementsfraude te hanteren die in beide rechtsgebieden toepasbaar is. Ik meen dat ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’²⁷ hierin voorziet en de kloof tussen het strafrecht en het civiel recht overbrugt. Met deze terminologie wordt aansluiting gezocht bij artikel 2:138/248 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De vraag of het bestuur zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld, moet worden beoordeeld naar hetgeen het bestuur voorzag of kon voorzien op het moment dat het die taak vervulde. Daarbij is het niet de bedoeling bestuurders te straffen voor toevallige domheden en/of beleidsfouten.²⁸ Door het woord ‘kennelijk’ wordt uitgedrukt dat slechts een in het oog springende en elke twijfel uitsluitende onbehoorlijkheid van de taakvervulling in aanmerking moet worden genomen, met dien verstande dat het criterium ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ een minder strenge toetssteen vormt dan ‘grove schuld’ of ‘grove nalatigheid’. Zowel *opzettelijk* frauderen²⁹ (strafrechtelijk) als een ‘persoonlijk ernstig verwijt’³⁰ (civielrechtelijk) kan onder de reikwijdte van deze terminologie worden geschaard. Daarmee lijkt een ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ in ieder geval de term ‘onregelmatigheden’ en daarmee de straf- en civielrechtelijke faillissementsfraude te omvatten zoals dat in het Wetsvoorstel is bedoeld.

3.1 Maatschappelijke relevantie van faillissementsfraude en de huidige bestrijding ervan

Een gedeelde conclusie van onderzoeken die naar faillissementsfraude zijn gedaan, is dat de schade die daardoor ontstaat aanzienlijk is. Volgens vrij recente schattingen bedraagt de schade van faillissementsfraude jaarlijks rond de EUR 1,2 miljard.³¹

Een onderzoek van het CBS toont aan dat in 10% van de faillissementen van natuurlijke personen en in 19% van de faillissementen van rechtspersonen sprake was van schuldeisersbenadeling ten gevolge van een onrechtmatige daad, actio pauliana en/of bestuurdersaansprakelijkheid.³² Daarbij vond in de drie navolgende jaren 2008, 2009 en 2010 een relatief grote stijging plaats. Aangenomen wordt dat in 25-35% van alle faillissementen daadwerkelijk frauduleuze handelingen worden uitgevoerd, waartoe ook de overtreding van civielrechtelijke normen wordt gerekend.³³

Faillissementsfraude vormt dus een aanzienlijk probleem bij de afwikkeling van faillissementen.

Een doelmatige bestrijding van faillissementsfraude laat echter te wensen over. Volgens het onderzoek van het WODC in 2004 wordt slechts 2,5% van de fraudeurs daadwerkelijk strafrechtelijk vervolgd.³⁴ De gevolgen van faillissementsfraude zijn eenduidig: de (wederrechtelijke) benadeling van crediteuren, het schaden van het vertrouwen in het handelsverkeer en het verstoren van concurrentieverhoudingen.³⁵

4 De rol van de curator bij faillissementsfraudebestrijding

De curator is in het verleden meermalen vergeleken met een octopus, waarbij de acht tentakels staan voor zijn uitgebreide takenpakket.³⁶ Volgens velen is bij faillissementsfraudebestrijding ook een rol voor de curator weggelegd vanwege de omvang en maatschappelijke relevantie daarvan.³⁷ Dogmatisch gezien behoort faillissementsfraudebestrijding echter niet tot zijn takenpakket, gelet op de functie van het faillissement en de curator,³⁸ tenzij dit parallel loopt met het belang van de gezamenlijke crediteuren.³⁹ Dit zal echter veelal niet het geval zijn, nu faillissementsfraudebestrijding doorgaans meer kost dan dat zij oplevert.⁴⁰

Hoewel maatschappelijke belangen zoals faillissementsfraudebestrijding in ons huidige rechtssysteem naar mijn mening niet mogen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke crediteuren, vond 52% van de aanwezigen op het congres 'Eyes on Insolvency 2013' dat faillissementsfraudebestrijding wel tot het takenpakket van de curator behoort.⁴¹ Volgens hen dient de curator maatschappelijke belangen zoals faillissementsfraudebestrijding te behartigen.⁴² De vraag is echter in hoeverre een curator aan deze rol gehoor kan geven zonder dat zijn kerntaak wordt overschaduwd.

Ik meen dat het de primaire taak van de curator is, en ook zou moeten blijven, om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen.⁴³ Wanneer faillissementsfraudebestrijding niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren is, dan zou de kerntaak van de curator – het beheren en vereffenen van de boedel met een zo groot mogelijke opbrengst voor de crediteuren – naar mijn mening moeten prevaleren.

Deze opvatting wordt gesteund door een duidelijke tweedeling tussen de taken van de curator enerzijds en het Openbaar Ministerie (hierna: het OM) anderzijds. De primaire taak van het OM is immers behartiging van maatschappelijke belangen, waaronder onder andere

opsporing en vervolging van (faillissements)fraude vallen,⁴⁴ terwijl de primaire taak van de curator ziet op beheer en vereffening van de boedel ten behoeve van gezamenlijke crediteuren.⁴⁵ Deze tweedeling dient wat mij betreft gewaarborgd te blijven. Het zou opmerkelijk zijn wanneer de curator – als civielrechtelijk advocaat – maatschappelijke belangen gaat behartigen die eigenlijk door middel van het publiekrecht moeten worden behartigd, hetgeen hij dan bovendien dient te doen op kosten van de boedel. Ik kom hieronder op dit punt terug.

5 Het Wetsvoorstel

Zoals gezegd kan worden verdedigd dat faillissementsfraudebestrijding onder de huidige wettelijke regelingen in de regel niet tot het takenpakket van de curator behoort. De minister van Veiligheid en Justitie wenst hier echter verandering in te brengen. Met het Wetsvoorstel wordt gepoogd een onderzoeksplicht, meldingsplicht en aangifteplicht ten aanzien van onregelmatigheden aan de curator op te leggen.⁴⁶ De curator moet een poortwachtersrol in het faillissement gaan vervullen.⁴⁷ Het motief om deze taak bij de curator neer te leggen is gelegen in het feit dat de curator goed gepositioneerd zou zijn om dergelijke onregelmatigheden te signaleren. Deze taak reflecteert een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid van de curator.⁴⁸

Met het Wetsvoorstel wordt een nieuw artikel 68 lid 2 van de Faillissementswet (Fw) geïntroduceerd:⁴⁹

‘Daarbij beziet de curator of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Over mogelijke onregelmatigheden informeert hij de rechter-commissaris, die de curator kan gelasten deze te melden bij de bevoegde instanties of om hiervan aangifte te doen.’⁵⁰

Kort gezegd: de curator wordt wettelijk verplicht om in faillissementen te onderzoeken of sprake is van onregelmatigheden, waarbij hij onder omstandigheden kan worden verplicht aangifte te doen.⁵¹ Het oorzakenonderzoek kan met de voorgestelde regeling beperkt blijven tot een *prima facie*-onderzoek bij gebrek aan verhaalsmogelijkheden. Voorts dient de curator in algemene zin in het faillissementsverslag te vermelden hoe hij zich van zijn fraudesignalerende taak heeft gekweten.

De memorie van toelichting (hierna: de MvT) vermeldt dat de fraudebestrijdende taak geen afbreuk doet aan de kerntaak van de curator. De curator blijft primair vereffenaar van de failliete boedel

ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren.⁵² De taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en te redresseren is een aanvullende taak. Deze taak ligt volgens de wetgever in het logische verlengde van de primaire taak van de curator om de belangen van gezamenlijke crediteuren te behartigen.⁵³

Onder onregelmatigheden behoren volgens de MvT niet alleen feiten en omstandigheden die alleen in het strafrechtelijke domein vallen. Ook moet worden gedacht aan het ontbreken van een adequate administratie, een vordering uit hoofde van actio pauliana en scenario's waarbij kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt geconstateerd.⁵⁴

Voorts dient deze taak van een wettelijke vervolprocedure te worden voorzien, waarbij er met name moet worden gedacht aan verantwoording in het faillissementsverslag, melding aan de R-C en eventuele melding of aangifte bij het OM.⁵⁵ De beoogde meldings- en aangifteplicht in Nederland heeft een dwingendrechtelijk karakter en kan zodoende leiden tot een verplichting voor de curator.⁵⁶

6 Het nut van de wettelijke taak tot faillissementsfraudebestrijding

Twee belangrijke argumenten pleiten voor implementatie van een wettelijke taak tot faillissementsfraudebestrijding voor de curator.

Het eerste argument wordt door de wetgever ter ondersteuning van het Wetsvoorstel aangevoerd: de curator staat dicht bij het faillissement waardoor hij de beste kijk heeft op bepaalde handelingen die in de aanloop naar het faillissement zijn verricht. Door die positie is hij veelal de eerste die fraude signaleert.⁵⁷ Om deze reden zou de curator de aangewezen persoon zijn om faillissementsfraude te bestrijden. Daarbij komt dat de signalering van eventuele onregelmatigheden rondom het faillissement min of meer besloten ligt in de werkzaamheden die de curator zou moeten verrichten bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Zoals hiervoor reeds is aangestipt, is een extra taak tot tracering en redressering van faillissementsfraude volgens de MvT dan ook een uitvloeisel van de primaire taak van de curator als boedelbeheerder c.q. -vereffenaar.⁵⁸ De door INSOLAD opgestelde Praktijkregels 2011 onderschrijven deze zienswijze.⁵⁹ De fraudebestrijdende taak zou daarom slechts een beperkte hoeveelheid extra inspanningen van de curator vergen. De beperkte kosten voor de boedel in verband met de geringe werkzaamheden door de curator zouden dan ook verwaarloosbaar zijn.⁶⁰

Ten tweede zal de overheid geen toezichhoudende, in faillissementsfraude gespecialiseerde instantie in het leven hoeven te

roepen. De curator is derhalve een kostenbesparende oplossing nu de kosten die een dergelijke instantie met zich meebrengt niet hoeven te worden gemaakt.

7 De knelpunten van de wettelijke taak tot faillissementsfraudebestrijding

Toch zitten er haken en ogen aan een wettelijke taak tot faillissementsfraudebestrijding door de curator. Deze kunnen worden onderverdeeld in theoretische en praktische bezwaren, die hieronder aan bod komen. Daarnaast zal de financieringsproblematiek die met implementering van het Wetsvoorstel gepaard gaat, gelet op de onderscheidende aard hiervan, in een afzonderlijke paragraaf worden toegelicht.

7.1 Theoretische bezwaren

Zoals reeds besproken, kan worden verdedigd dat de curator een maatschappelijk belang vooralsnog niet mag laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke crediteuren. Enkel de wetgever kan hier verandering in aanbrengen door te bepalen dat faillissementsfraudebestrijding door de curator ook doorgang moet vinden indien deze niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren is. Dit zou naar mijn mening echter een onwenselijke ontwikkeling zijn.⁶¹ Een dergelijke verandering zou een fundamentele verandering teweegbrengen in het stelsel van het faillissementsrecht, waarbij veel facetten opnieuw onder de loep moeten worden genomen. Als dit al wenselijk wordt geacht, dan lijkt een grondige(re) herziening van wet- en regelgeving noodzakelijk alvorens een fraudebestrijdende taak voor de curator kan worden geïnitieerd. Gedacht kan worden aan de rol, positie en verhaalsmogelijkheden van de crediteuren, de bevoegdheden van de curator en de R-C en de toezichthoudende functie van de rechtbank en de R-C.⁶²

Een ander steekhoudend bezwaar tegen faillissementsfraudebestrijding door de curator is dat faillissementsfraude een maatschappelijk belang dient en dat zij daarom vanuit dogmatiek niet door het civiel recht, maar door het publiekrecht moet worden bestreden. Faillissementsfraudebestrijding kan immers worden gezien als een zaak van de overheid waarbij geen of slechts een zeer summiere taak voor de curator is weggelegd.⁶³

7.2 Praktische bezwaren

Het Wetsvoorstel kent daarnaast ook praktische problemen. Een eerste praktisch probleem is dat het begrip faillissementsfraude niet in het Wetsvoorstel wordt gedefinieerd of toegelicht. Dit is opmerkelijk nu het doel van het Wetsvoorstel juist is om faillissementsfraude

effectiever te bestrijden.⁶⁴ Er wordt slechts gesproken over 'onregelmatigheden'.⁶⁵ Onder onregelmatigheden kunnen naast civielrechtelijk handelen ook potentieel strafrechtelijke handelingen vallen, zoals valsheid in geschrifte.⁶⁶ De in het Wetsvoorstel genoemde opsomming betreft slechts enkele voorbeelden van onregelmatigheden. Het begrip onregelmatigheden wordt niet nader gespecificeerd. Hierdoor blijft het gissen welke handelingen precies onder dit begrip kunnen worden geschaard. Het ontbreken van een duidelijk afgebakend kader voor de fraudebestrijdende taak kan zodoende leiden tot veel onduidelijkheid. Met de toevoeging van het nieuwe artikel 68 lid 2 Fw wordt immers een onderzoeksplicht naar deze onregelmatigheden voor de curator gecreëerd. Door het ontbreken van een duidelijke definiëring van het begrip onregelmatigheden ontstaat er onduidelijkheid over de reikwijdte van deze onderzoeksplicht. De curator weet immers niet precies hoe grondig het onderzoek naar onregelmatigheden dient te zijn en waar hij naar op zoek dient te gaan.

Doordat de curator naast zijn kerntaak als boedelbeheerder c.q. -vereffenaar een tweede taak krijgt, verschuift de focus van het behartigen van een enkele taak naar het behartigen van twee taken: beheer en vereffening van de boedel en het signaleren/bestrijden van faillissementsfraude. De curator zal in de toekomst twee in de wet verankerde taken dienen te behartigen. Het door de wetgever gemeende effect dat de kerntaak van de curator onaangetast blijft, is niet door voorafgaand onderzoek onderbouwd. De kerntaak van de curator kan door deze extra taak dan ook (gedeeltelijk) worden overschaduwd.

Een andere vraag is of de gemiddelde curator faillissementsfraude wel goed kán bestrijden. Om faillissementsfraude effectief te bestrijden dient een curator naast juridische kwaliteiten ook verregaande boekhoudkundige en bedrijfseconomische kwaliteiten te bezitten. Uit onderzoek blijkt echter dat deze niet-juridische gebieden veelal *terra incognita* zijn voor curatoren.⁶⁷ Een gevolg hiervan is dat veel curatoren een frauduleus faillissement vaak niet als zodanig herkennen.⁶⁸

Daarnaast zijn de gevolgen van verzuim van de fraudebestrijdende taak onduidelijk. Te denken valt aan de situatie waarin een curator geen onregelmatigheden heeft geconstateerd waar hij dit wel had moeten doen. Denkbaar is dat niet-nakoming van de verplichtingen tot sancties voor de curator kan leiden, indien een naar redelijkheid over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak nauwgezet en met inzet vervult de onregelmatigheden wél had opgespoord.⁶⁹

Een ander belangrijk probleem is gelegen in schikkingsmogelijkheden

van bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen. Uit onderzoek onder bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeraars komt de schatting naar voren dat in 70% van de zaken wordt geschikt en dat slechts 30% van de zaken in een procedure eindigt.⁷⁰ De bestuurder zal in geval van een schikking logischerwijs als voorwaarde stellen dat de curator afziet van het nemen van fraudebestrijdende maatregelen. Wat nu wanneer gronden voor strafrechtelijke vervolging aanwezig lijken? Met een wettelijke taak tot faillissementsfraudebestrijding zal de curator kunnen worden verplicht aangifte te doen, waardoor een schikkingsmogelijkheid spaak kan lopen, zelfs als dit in het belang van de gezamenlijke crediteuren is. Om dergelijke situaties te voorkomen zou ik menen dat de curator het initiatief tot het doen van aangifte moet behouden. Dit kan worden bewerkstelligd door hem een discretionaire bevoegdheid tot het doen van melding/aangifte te geven.

7.3 Financieringsproblematiek

De curator dient onder het Wetsvoorstel ook aan de fraudebestrijdende taak te voldoen in het geval dat een fraudebestrijdende handeling financieel gezien niets voor de boedel oplevert. Duidelijke financieringsmogelijkheden voor faillissementsfraudebestrijding door de curator ontbreken echter in het Wetsvoorstel. De financieringsproblematiek wordt doorverwezen naar de regering, die bij algemene maatregel van bestuur naar een oplossing dient te zoeken.⁷¹

In zijn algemeenheid geldt dat de rechtbank in elk faillissement het salaris van de curator vaststelt.⁷² Als hoog preferente boedelschuldeiser kan de curator dit vastgestelde salaris op de boedel verhalen. Wanneer de curator wordt geconfronteerd met een gereduceerde boedel die geen of weinig activa omvat, dan krijgt de curator geen of een beperkt salaris uitbetaald. In de praktijk komt deze lege-boedelproblematiek in 70-80% van de faillissementen voor.⁷³ De curator zal onder het huidige Wetsvoorstel dus ook met een lege boedel fraude dienen te bestrijden.

Hieronder zullen enkele financieringsmogelijkheden onder huidig recht en de (on)toereikendheid daarvan worden besproken.

Garantstellingsregeling curatoren 2012

Met de Garantstellingsregeling⁷⁴ kunnen kosten in verband met bepaalde juridische acties worden vergoed, waaronder ook fraudebestrijdende maatregelen kunnen worden geschaard.⁷⁵ Derhalve wordt enigszins een oplossing geboden voor de lege-boedelproblematiek nu de curator toch een vergoeding kan krijgen bij een lege boedel. Probleem is echter dat de Garantstellingsregeling niet

is bedoeld als subsidie, maar enkel als voorschotregeling. Gevallen waarbij geen verhaalsmogelijkheden aanwezig zijn, of waarbij niet aannemelijk kan worden gemaakt dat er (voldoende) verhaalsmogelijkheden aanwezig zijn, worden hiervan op deze manier uitgesloten.

In haar huidige vorm zal de Garantstellingsregeling dus geen financiële oplossing bieden. Een wettelijke taak tot faillissementsfraudebestrijding zou de curator immers verplichten kosten te maken, ook wanneer de gezamenlijke crediteuren hier niet bij zouden zijn gebaat en/of er geen verhaalsmogelijkheden zijn. Wanneer de kosten van een fraudebestrijdende maatregel hoger zijn dan de opbrengsten, wat veelal het geval zal zijn, dan zal er geen sprake zijn van (voldoende) verhaalsmogelijkheden. Hierdoor loopt de mogelijkheid tot verkrijging van een voorschot spaak.

Een andere leemte in de Garantstellingsregeling is dat niet alle faillissementsfraudebestrijdende bevoegdheden van de curator onder de reikwijdte van de regeling vallen. Bijvoorbeeld de Peeters/Gatzenvordering.⁷⁶ Een dergelijke vordering valt niet binnen de reikwijdte van de Garantstellingsregeling, terwijl het instellen daarvan wel kan worden gezien als een fraudebestrijdende bevoegdheid.

Voor een adequate bestrijding van faillissementsfraude zal een noodzakelijke verruiming van de Garantstellingsregeling haar intrede moeten doen. In de literatuur wordt al gepleit voor een dergelijke verruiming.⁷⁷ De verruiming die in 2012 heeft plaatsgevonden, lijkt voor financiering van de wettelijke taak tot faillissementsfraudebestrijding echter onvoldoende.

Beperkte degressieve boedelafdracht

Recourt opperde een beperkte degressieve boedelafdracht als financieringsmogelijkheid voor de curator.⁷⁸ De kosten van de curator zouden als superpreferente vordering op de boedel gelden.⁷⁹ Een dergelijke superpreferente vordering op de boedel zou betrekking kunnen hebben op de voor faillissementsfraudebestrijding gemaakte kosten.

Deze financieringsmogelijkheid zal in de praktijk slechts werken wanneer er voldoende actief in de boedel zit; een superpreferente vordering op een lege boedel is immers een lege huls.

7.4 Ten laste van de gezamenlijke crediteuren?

Zouden de gezamenlijke crediteuren de lasten van de behartiging van maatschappelijke belangen moeten dragen? Ook dit is mijns inziens een onwenselijke uitkomst. Het zou onwenselijk zijn dat wanneer in

ons rechtssysteem een maatschappelijk belang prevaleert boven de belangen van gezamenlijke crediteuren, de kosten van het dienen van dit belang wel ten laste van de – toevallige groep – gezamenlijke crediteuren zouden moeten komen.

8 Concluderend

Er is een tendens waarneembaar dat de curator steeds meer maatschappelijke belangen moet behartigen. Privatisering van publiekrechtelijke taken lijkt steeds vaker toepassing te vinden. Zo ook met de beoogde inwerkingtreding van het Wetsvoorstel: de curator krijgt in dat geval als privaatrechtelijk instituut een publiekrechtelijke taak.

De fraudebestrijdende taak zoals omschreven in het Wetsvoorstel wordt in mijn ogen op dit moment niet goed ingekaderd. De wetgever dient ervoor te waken dat de curator geen te groot takenpakket krijgt, waardoor zijn eigenlijke kerntaak tot beheer en vereffening van de boedel uit het oog wordt verloren. Het verdient in mijn ogen dan ook aanbeveling de onderzoeksplicht naar onregelmatigheden duidelijk af te bakenen en de bewoordingen in het Wetsvoorstel in overeenstemming te brengen met het uiteindelijke doel ervan: faillissementsfraudebestrijding. Dit kan door het begrip onregelmatigheden nader te specificeren. Ook kan de onderzoeksplicht van de curator beter worden afgebakend. Niet duidelijk is namelijk hoever deze strekt en wat er gebeurt als de curator nalaat te voldoen aan zijn fraudebestrijdende verplichtingen. Voorts dient de curator de huidige mogelijkheid tot het doen van aangifte te behouden zonder dat hij daartoe kan worden verplicht.

Ook brengt de wettelijke plicht tot faillissementsfraudebestrijding met zich mee dat maatschappelijke belangen onder omstandigheden zullen moeten prevaleren boven de belangen van gezamenlijke crediteuren. Dit strookt naar mijn mening niet met enkele fundamentele beginselen van het huidige faillissementsrecht. Een grondigere herziening van het faillissementsrecht lijkt om deze reden noodzakelijk.

Bovendien wordt in het Wetsvoorstel geen duidelijke oplossing gegeven voor de financiering van de fraudebestrijdende taak van de curator. Een onwenselijke situatie zou naar mijn mening zijn wanneer een toevallige groep faillissementscrediteuren de kosten van de behartiging van een maatschappelijk belang moeten dragen. Dergelijke onduidelijkheden dienen te worden opgelost alvorens een fraudebestrijdende verplichting voor de curator in het leven te roepen.

De curator werd veelal vergeleken met een octopus, waarbij hij tot nu toe een achttal tentakels had. De vraag is of het wenselijk is dat hij met

een wettelijke fraudebestrijdende taak een verplichte negende tentakel krijgt. Bij implementering van het Wetsvoorstel in de huidige vorm dient deze vraag naar mijn mening ontkennend te worden beantwoord.

Noten

- 1** Art. 2:346 lid 3 BW. Zie voor een uitgebreide bespreking van de enquêtebevoegdheid van de curator o.a. F. Veenstra, Ineens was er... de enquêtebevoegdheid van de curator, OR 2013/108, p. 1-17.
- 2** Door oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aan een bestuurder kan de bestuurder voor een periode van maximaal vijf jaar verboden worden een bestuurdersfunctie uit te oefenen. Zie voor een uitgebreidere bespreking van dit leerstuk o.a. R.J. Philips, Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod, FIP 2013, afl. 4, p. 114-121, R-J. Boswijk & N. Vreede, Het wetsvoorstel Civielrechtelijk bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht, TvI 2013/27, p. 1-10, H. Koster, Voorontwerp wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, Bb 2013/32, p. 1 en P.J. van der Korst, Bestuursverbod: fraudebestrijding of oneigenlijk drukmiddel, FTV 2014/18, p. 1.
- 3** Kamerstukken II 2014/15, 34253, 2.
- 4** Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 5-6.
- 5** Voor een uiteenzetting van de versterking van de informatiepositie van de curator en andere wijzigingen met betrekking tot het Wetsvoorstel en het voorontwerp hiervan, zie o.a. W.J.B. van Nielen & C.M. Derijks, De curator als civiele fraudebestrijder. Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude, TBSH 2015, 1.5 en C.M. Harmsen, De curator en de bestrijding van fraude, OR 2014/78, p. 1 e.v.
- 6** Zie art. 20 Fw jo. art. 3:276 BW en G.W. Baron van der Feltz, Geschiedenis van de wet of het faillissement en de surseance van betaling. Deel I, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896, p. 339.
- 7** Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 7
- 8** Zie art. 68 lid 1 Fw.
- 9** HR 19 mei 1999, NJ 1999/670, r.o. 3.3.3.
- 10** HR 5 december 1913, NJ 1914/257 (W./N.L.V. en Bakker en Oppenheim q.q.).

- 11** B. Wessels, Insolventierecht. Deel IV, Bestuur en beheer na faillietverklaring, Deventer: Kluwer 2015, p. 77.
- 12** HR 23 december 1994, NJ 1996/628 (Notarissen THB II), r.o. 4.3.2.
- 13** Wessels 2015, p. 77.
- 14** HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 m.nt. Kleijn (Sigmacon II), r.o. 3.5.
- 15** HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 m.nt. Kleijn (Sigmacon II), r.o. 3.5.
- 16** Zie voor een uitgebreidere bespreking hiervan o.a. S.H. de Ranitz, Crediteurenbelang versus 'andere belangen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), De curator, een octopus (Serie Onderneming en Recht, deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 199 en A. van Hees, Het doel van het faillissement en de taak van de curator, TvI 2004/45.
- 17** HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou), r.o. 3.6.
- 18** HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou), r.o. 3.6.
- 19** HR 19 december 2003, NJ 2004/293 (Curatoren Mobell/Interplan), r.o. 3.5.2.
- 20** Vgl. o.a. Wessels 2015, p. 187 e.v., F.M.J. Verstijlen, Commentaar op art. 68 Fw, in: GS Faillissementswet, aant. 9.2, M.J. Borgers, Nieuwe (?) normen voor de faillissementscurator, AA 1996, p. 547-548, F.M.J. Verstijlen, De curator als maatschappelijk werker, in: S.C.J.J. Kortmann & T.H.D. Struycken (red.), Herijking van het faillissementsrecht (Privaatrecht in de 21e eeuw), Deventer: Kluwer 1999, p. 14 e.v., E.W.J.H. de Liagre Böhl, Sanering en faillissement, Deventer: Kluwer 1991, p. 236, C.M. van der Heijden, Insolventie en rechtspersoon (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1996, p. 27-31 en R.J. Schimmelpenninck, Faillissement, surséance van betaling en continuïteit van de onderneming, TvPr. 1990, p. 1712.
- 21** Zie o.a. A. van Hees, De faillissementscurator, AA 2007, p. 621 en Van Hees 2004, p. 200 e.v.
- 22** In deze bijdrage wordt er niet naar gestreefd een uitputtende opsomming van alle bestaande definities van faillissementsfraude te geven.
- 23** Zie ook W. Aerts, Bestrijding van faillissementsfraude: de stand van zaken, TvI 2006/18, p. 7.

24 Zie Aerts 2006, p. 2. Volgens hem (1) is dit vanuit taalkundig oogpunt zuiverder en (2) moet faillissementsfraude door de overheid worden bestreden nu het enkel straf- en publiekrechtelijk van aard is.

25 Zie C.M. Hilverda, De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is, (Serie Onderneming en Recht, deel 73), Deventer: Kluwer 2012, p. 3-4. De definitie die Hilverda voor faillissementsfraude hanteert, is '(...) het opzettelijk (inclusief voorwaardelijk opzet) en ongeoorloofd gedrag voor of tijdens het faillissement, waardoor schuldeisers opzettelijk of culpoos kunnen worden benadeeld. Hieronder valt ook het voeren van een slordige administratie.' Deze definitie is bij verwijzing naar Hilverda ook gehanteerd in R. Knecht e.a., Fraude en misbruik bij faillissement. Een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding (Onderzoek uitgevoerd in opdracht van het WODC), Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2005, p. 16.

26 In par. 5 zal uitvoeriger op het begrip 'onregelmatigheden' worden ingegaan.

27 Kamerstukken II 1981/82, 16631, 6, p. 21.

28 Het besturen van een vennootschap staat en valt immers met het nemen van (ondernemers)risico's, zodat er ruimte moet zijn voor creativiteit en lef.

29 Te denken valt daarbij aan verduistering (art. 321 Sr), oplichting (art. 326 Sr), valsheid in geschrifte (art. 225 Sr) en/of bedrog bij jaarstukken (art. 336 Sr).

30 HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1.

31 A. Weissink, Kabinet gaat faillissementsfraude harder aanpakken, FD 17 juni 2015.

32 Zoals gezegd is het begrip faillissementsfraude echter breder dan deze drie civielrechtelijke sancties. Daarom kan worden aangenomen dat vaker sprake is van faillissementsfraude dan uit dit onderzoek blijkt. A.P.K. Luttikhuis & R.E. Timmermans, Insolventierecht in cijfers en modellen: schuldeisersbenadeling en conclusies, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 15-16.

33 Zie o.a. Hilverda 2012, p. 6; D. Boer & V. Lalta, Faillissementen: oorzaken en schulden 2010, Den Haag/Heerlen: Centraal Bureau voor de Statistiek 2011, tabel 5.1; A.C. Berghuis & G. Paulides, Faillissementen bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Een studie naar misbruik van rechtspersonen

(Interimrapport WODC), Den Haag 1982 en C.M. Hilverda, Faillissementsfraude (Serie Onderneming en Recht, deel 53), Deventer: Kluwer 2009, p. xxvii-xxviii.

34 Knegt e.a. 2005, p. 136-137.

35 Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74, p. 1.

36 Vgl. o.a. M.L. Lennarts, Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!, TvI 2013/26, p. 1 en S.C.J.J. Kortmann e.a., De curator, een octopus (Serie Onderneming en Recht, deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

37 Zie o.a. Hilverda 2012, W. Aerts, De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude, TvI 2005/3, p. 1 en W.J.B. van Nielen, Versterk de civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator!, TB&S 2016/3, p. 1.

38 Zie par. 2.1. van deze bijdrage.

39 Fraudebestrijding wordt door Philips gezien als 'bijproduct' van de eigenlijke kerntaak tot beheer en vereffening van de boedel. Zie Philips 2013, p. 119. Zie hiertoe ook J.L.R.A. Huydecoper, Andere zwaarwegende belangen, in: INSOLAD Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007, p. 9-10 en I. Spinath, Een alternatief: het zuivere schuldeisersbelang, in: INSOLAD Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007, p. 99 e.v.

40 Zie o.a. R. Knegt, J.R. Popma & I. Zaal, Faillissementsfraude en de rol van de curator, TvI 2006/19, p. 8 en Hilverda 2009, p. xxix e.v.

41 B. Kentie & A. Kloet, Structurele hervorming van het insolventierecht: hemelbestormend?, TvI 2013/29, p. 6.

42 Kentie & Kloet 2013, p. 6.

43 Deze mening wordt ondersteund door o.a. R.F. Feenstra, Bestrijding van faillissementsfraude, op zoek naar het juiste spoor, TvI 2015/14, p. 15 en R.M. Vermaire & J.M. Luijckx, Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator, FIP 2016/84.

44 Zie www.om.nl.

45 Vgl. Aerts 2005, p. 7 en par. 2.1.

46 De versterking van de informatiepositie van de curator zal in deze

bijdrage verder buiten beschouwing blijven.

47 Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74 en Kamerstukken II 2014/15, 34253, 2.

48 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 4.

49 Het eerste lid van art. 68 Fw blijft onverkort gelden.

50 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 2, p. 1.

51 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 2, voorgesteld art. 68 lid 2 sub b Fw.

52 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 3.

53 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 3.

54 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 13.

55 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 4.

56 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 6. Dit blijkt uit de zinsnede: 'Meent de rechter-commissaris dat de door de curator gerapporteerde onregelmatigheden qua aard of omvang dermate ernstig zijn, dat melding of aangifte geboden is, dan kan hij de curator daartoe gelasten.'

57 Hilverda 2012, p. 9.

58 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 3.

59 Zie www.insolad.nl/praktijkregels.html#b.

60 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 11.

61 Zie ook W.J.B. van Nielen, Middelen van de curator bij faillissementsfraude, TvI 2013/13, p. 4.

62 F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 153.

63 Lennarts 2013, p. 2.

64 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 1.

65 Zie p. 1 van de MvT: '(...) de curator wordt wettelijk verplicht om in faillissementen te bezien of sprake is van eventuele

onregelmatigheden.’

66 Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 12.

67 Zie hiertoe B.A. van de Haar & A.C.J.A. Hofman, Het herkennen van faillissementsfraude: een zaak voor de curator? (scriptie postdoctorale opleiding), Instituut voor Forensische Accountancy 2004.

68 Knecht, Popma & Zaal 2006, p. 4-5.

69 Een interessante lezing op dit punt betreft de vergelijking die Harmsen ten aanzien van het aansprakelijkheidsregime trekt tussen curatoren en accountants, zie Harmsen 2014.

70 W.C.T. Weterings, De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen in de (verzekerings)praktijk, Het Verzekerings-archief 2010/87, p. 161-172.

71 Zie art. 71 (nieuw lid 1) Fw.

72 Art. 71 lid 1 Fw.

73 S. Eikelenboom, Curatoren knelpunt faillissementsfraude, FD 20 december 2013, p. 1.

74 Zie art. 2:138/248 lid 10 BW, art. 43 lid 6 Fw en art. 2 Garantstellingsregeling.

75 Bijv. bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen op grond van art. 2:9 en 2:138/248 BW en actio pauliana's op grond van art. 42 Fw.

76 Een faillissementscurator is bevoegd onder omstandigheden een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 6:162 BW tegen een derde die bij de benadeling van crediteuren betrokken is in te stellen, ook wanneer een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toekomt. De Hoge Raad heeft deze Peeters/Gatzen-vordering voor het eerst onderkend in het arrest HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 (Peeters/Gatzen), r.o. 3.3.

77 Zie o.a. Van Nielen 2016, p. 127 en R.J. van Galen, Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005, OR 2007/121.

78 Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74, p. 4.

79 HR 5 september 1997, NJ 1998/437 (Hamm q.q./Ontvanger), r.o. 3.4.

