



REGIOPLAN
BELEIDSONDERZOEK



Evaluatie Wet versterking positie curator en Wet civielrechtelijk bestuursverbod

- EINDRAPPORT -

Auteurs

Ger Homburg
Sanne Berends
Ditte van Halen
Eva Mulder

Amsterdam, 4 juli 2023
Publicatienr. 21080

© 2023; Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum. Auteursrechten voorbehouden. Niets uit dit rapport mag worden vervoelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, digitale verwerking of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het WODC.

Inhoudsopgave

Voorwoord	1
Samenvatting	2
Deel I Introductie, doel en context	
1 Inleiding	7
1.1 Aanleiding van het onderzoek	7
1.2 Opzet onderzoek	7
1.3 Doel en vraagstelling	8
1.4 Methodes	9
1.5 Leeswijzer	11
2 Voorgeschiedenis en context	13
2.1 Faillissementen, afwikkeling en redressering	13
2.2 Nieuwe wetgeving voor de aanpak van faillissementsfraude	16
2.3 Pijler fraudebestrijding: drie wetten en hun onderlinge samenhang	18
Deel II Wet versterking positie curator	
3 Interventiologica	21
3.1 Wet versterking positie curator: hoofdlijn	21
3.2 Interventiologica	21
3.3 Belangrijkste discussiepunten over de interventiologica	25
3.4 Van interventiologica naar uitvoeringspraktijk	26
4 Uitvoering	28
4.1 Informatiepositie	28
4.2 Onderzoeksverplichting	30
4.3 Meldingen	32
4.4 Belangenpluralisme	36
4.5 Randvoorwaarden	37
4.6 Overzicht onderzoeksvragen: werkzame mechanismen en doelen	38
Deel III Wet civielrechtelijk bestuursverbod	
5 Interventiologica	40
5.1 Wet civielrechtelijk bestuursverbod: hoofdlijn	40
5.2 Interventiologica	41
5.3 Belangrijkste discussiepunten over interventiologica	43
5.4 Van interventiologica naar uitvoeringspraktijk	45
6 Uitvoering	47
6.1 Implementatie en kennisopbouw	47
6.2 Voorbeelden uit de praktijk	47
6.3 Procedures en kenmerken	50
6.4 Overwegingen om bestuursverboden wel of niet te vorderen	54
6.5 Handhaving en naleving	56
6.6 Civielrechtelijke en strafrechtelijke bestuursverboden	58
6.7 Niet meewerken aan de eigen veroordeling – nemo tenetur	59
Deel IV Conclusie	
7 Conclusie	62
7.1 Bevindingen samengevat	62
7.2 Conclusie	65
7.3 Verbeterpunten	68

<u>Bijlage I – Literatuur</u>	<u>70</u>
<u>Bijlage II – Methode</u>	<u>72</u>
<u>Bijlage III – Wetsteksten</u>	<u>78</u>

Voorwoord

Dit rapport doet verslag van de in één onderzoek gecombineerde evaluaties van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Het onderzoek is tussen begin 2022 en medio 2023 uitgevoerd door Regioplan Beleidsonderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum.

Voor het onderzoek is medewerking gevraagd aan, en gekregen van, organisaties en functionarissen die betrokken zijn bij de uitvoering van de wetten. Zij hebben naast hun gewone werk gegevens, kennis en ervaringen gedeeld met de onderzoekers en zonder hun medewerking was het onderzoek niet mogelijk geweest. Veel dank daarvoor.

Het onderzoek is begeleid door een commissie, die in de loop van het onderzoek vijf keer heeft vergaderd, meestal digitaal en de laatste keer ook fysiek. De begeleidingscommissie was als volgt samengesteld:

Prof. dr. C.F. (Christoph) Van der Elst	Tilburg Law School, Tilburg University (voorzitter)
Mr. drs. J.C.A.T. (Jacqueline) Frima	Rechtbank Den Haag (tot 31 mei 2023 rechtbank Rotterdam)
Dr. A.M.I.B. (Ann-Sophie) Vandenberghe	Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. B. (Bob) Rikkert	Taylor Wessing (tot eind 2022 Rutgers & Posch)
Mr. M.K.M. (Margaretha) Pluim	Ministerie van Justitie en Veiligheid, Directie Rechts-handhaving en Criminaliteitsbestrijding (tot augustus 2022)
Mr. N.S.M. (Nadine) Alberti	Ministerie van Justitie en Veiligheid, Directie Rechts-handhaving en Criminaliteitsbestrijding (vanaf augustus 2022)
Mr. E.C. (Corine) van Ginkel	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

De inhoudelijke discussies, kritische vragen en ook de hulp bij het verkrijgen van medewerking van functionarissen in de keten hebben zeker een positieve bijdrage aan het verloop en het resultaat van het onderzoek geleverd. Ook daarvoor veel dank.

Ten slotte: het onderzoek heeft langer geduurd dan gepland, onder andere vanwege lange toestemmingsprocedures. Daardoor konden veel activiteiten pas veel later dan beoogd worden ingezet en uitgevoerd. Dit had niet alleen gevolgen voor de looptijd, maar ook voor het onderzoeksteam. Dr. Eva Mulder, dr. Sanne Berends en Ditte van Haalen, MSc veranderden van baan voordat het onderzoek kon worden afgerond. Eva Mulder werkte mee aan de planevaluatie; Sanne Berends en Ditte van Haalen werkten aan de planevaluatie, het dossieronderzoek naar procedures civielrechtelijke bestuursverboden en het dossieronderzoek in de faillissementsverslagen. In de slotfase van het onderzoek was Niels Raaijmakers, MSc back-up voor de expertmeetings, de vergaderingen met de begeleidingscommissie en de invulling van het vier-ogenprincipe. Vanwege de extensieve uitvoering in sommige periodes was het wekelijkse projectoverleg niet altijd even noodzakelijk; toch kwamen we steeds weer wat verder met de opbouw van kennis en inzichten die voor de rapportage gebruikt zijn. Ook dank aan de onderzoekers dus.

Ger Homburg
projectleider

Amsterdam, juni 2023

Samenvatting

Vernieuwing faillissementswetgeving: pijler bestrijding faillissementsfraude

In het programma herijking faillissementsrecht van 2012 zijn aanpassingen in de faillissementswetgeving aangekondigd. De pijler fraudebestrijding van het programma bevat drie wetten voor het versterken van het strafrechtelijk en het civielrechtelijk instrumentarium om faillissementsfraude en onregelmatigheden rondom faillissementen te bestrijden. De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude en Wet civielrechtelijk bestuursverbod zijn in 2016 in werking getreden en voorzien in (deels) nieuw instrumentarium. De Wet versterking positie curator is in 2017 in werking getreden en legt de basis voor de maatregelen en bevoegdheden in de beide andere wetten.

Evaluatie Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod

In dit onderzoek worden twee van de drie wetten geëvalueerd: de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Voor beide wetten zijn plan- en procesevaluaties uitgevoerd. De planevaluaties geven antwoord op de vragen wat er met de wetten wordt beoogd, welke maatregelen worden ingezet om de doelen te bereiken en hoe dat zou moeten gebeuren (de interventielogica's). De procesevaluaties maken inzichtelijk hoe de wetten worden uitgevoerd, welke resultaten ermee worden behaald en welke aanwijzingen er zijn voor doeltreffendheid. De planevaluaties zijn uitgevoerd met document- en literatuurstudie, aangevuld met interviews met beleidsambtenaren. Voor de procesevaluaties zijn gegevens gebruikt uit de literatuur, verslagen, registraties en interviews met uitvoerders van wettelijke maatregelen. De planevaluatie is uitgevoerd in de eerste helft van 2022, de procesevaluatie in de periode oktober 2022-december 2022 (registraties en documenten), december 2022-maart 2023 (interviews procesevaluatie) en mei 2023 (expertmeetings).

Vraagstelling

Voor het onderzoek is de volgende vraagstelling gebruikt.

Wet versterking positie curator: doelen (planevaluatie)

1. Welke doelen beoogde de wetgever met de Wet versterking positie curator?
2. Met behulp van welke (nieuwe) bevoegdheden zouden deze doelen moeten worden bereikt en op welke wijze? Wat zijn de werkzame elementen in de wet?
3. Wat zijn de (door de wetgever beoogde) rollen van de curator, de rechter-commissaris en de andere ketenpartners

Wet versterking positie curator: uitvoering (procesevaluatie)

4. Hoe verhouden de nieuwe taken (in het bijzonder de fraudesignalerende rol van de curator) en bevoegdheden krachtens de Wet versterking positie curator zich in de praktijk tot de algemene beheers- en vereffeningrol van de curator?
5. In hoeverre zijn de beoogde doelen in de praktijk bereikt?
6. Wat zijn de gevolgen van de vastlegging van de fraudesignalerende taak van de curator in de wet voor het aantal fraudemeldingen, de boedel, belangen en opbrengsten van schuldeisers en de (geleverde) inspanning van de curator, in tijd en (salaris)kosten?
7. Welke invloed heeft de fraudesignalerende taak van de curator op de pakkans van faillissementsfraudeurs en de inspanning (in tijd) van de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie?

Wet versterking positie curator: resultaten en doeltreffendheid

8. Wat is de doeltreffendheid van de Wet versterking positie curator in de praktijk, met andere woorden: hoe verhoudt de werking in de praktijk zich tot de beleidstheorie?
9. Wat zijn succesfactoren, knelpunten en (onverwachte) neveneffecten van het nieuwe instrumentarium van de curator en de fraudesignalerende rol van de curator?

Wet civielrechtelijk bestuursverbod: doelen (planevaluatie)

10. Welke doelen beoogde de wetgever met de Wet civielrechtelijk bestuursverbod?
11. Op welke manier zou de wet in praktijk moeten worden gebracht om de doelen te bereiken?
12. Hoe verhouden de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie voor het vorderen van een strafrechtelijk dan wel een bestuursrechtelijk bestuursverbod zich tot elkaar? Wat is de beoogde meerwaarde van het civielrechtelijk bestuursverbod?

Wet civielrechtelijk bestuursverbod: uitvoering (procesevaluatie)

13. Hoe vaak is het civielrechtelijk bestuursverbod ingeroepen? Tot hoeveel procedures en hoeveel bestuursverboden en uitschrijvingen uit het Handelsregister heeft het instrumentarium geleid? Wat waren de kenmerken van de zaken waarin een civielrechtelijk bestuursverbod is gevorderd dan wel opgelegd?
14. Welke motieven waren leidend voor het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod, voor de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie? Hoe verhouden deze zich tot de motieven voor het Openbaar Ministerie bij het vorderen van een strafrechtelijk bestuursverbod?
15. Hoeveel procedures zijn door een curator door middel van eigen financiering (uit de boedel of door vergoedingen van schuldeisers) gestart? Hoe lang duurden de procedures, welke kosten waren ermee gemoeid (griffie- en proceskosten, salariskosten curator) en hoe vaak en in welke mate zijn de kosten op de bestuurder verhaald?
16. Tot welk oordeel is in gerechtelijke instanties gekomen over de verzoeken en welke omstandigheden hebben geleid tot maximering of matiging van de duur van een civielrechtelijk bestuursverbod?

Wet civielrechtelijk bestuursverbod: resultaten en doeltreffendheid

17. Wat zijn de resultaten van de wet in de praktijk? Wat is de doeltreffendheid?
18. Wat zijn succesfactoren, knelpunten en (onverwachte) neveneffecten?

Interventiologica Wet versterking positie curator

De interventiologica van de Wet versterking positie curator laat een gelaagde doelstelling zien. De hogere doelen zijn het bevorderen van een eerlijker handelsklimaat en het bewerkstelligen van een groot vertrouwen in het handelsverkeer; de hoofdoelen zijn het bestrijden van faillissementsfraude en het beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen. De doelen moeten bereikt worden met een aantal maatregelen: de aanscherping van de inlichtingen- en medewerkingsverplichting van de bestuurder(s) van de failliete rechtspersoon, de verplichting voor derden om de administratie ter beschikking van de curator te stellen en de uitbreiding van de reikwijdte van de inlichtingen- en medewerkingsverplichting tot een grotere groep personen (alle gericht op versterking van de informatieverplichting), de verplichting voor de curator om onderzoek naar onregelmatigheden te doen en de formulering van vervolgstappen bij de signalering van onregelmatigheden. De curator heeft een centrale rol bij de uitvoering van de wet. Zijn kerntaak is het beheer en de vereffening van de failliete boedel met als uiteindelijk doel de eventuele opbrengst onder de schuldeisers te verdelen. De Wet versterking positie curator bepaalt dat hij onderzoek moet doen naar onregelmatigheden, dat hij de rechter-commissaris daarover vertrouwelijk moet informeren en dat hij melding van vermoedens van fraude doet bij de bevoegde instanties, als hij dat nodig vindt. Ook de rechter-commissaris kan melding van vermoedens van fraude doen. Het Openbaar Ministerie, de FIOD en de politie hebben een rol bij de opvolging van meldingen met strafrechtelijke onderzoeken; daarnaast kunnen zij de curator ondersteunen met informatie over de aanpak van frauduleuze faillissementen.

Wet versterking positie curator: uitvoering en resultaten

De wettelijke bepalingen over de informatiepositie van de curator worden door de uitvoerders vooral ervaren als een codificatie van de bestaande praktijk. De fraudetaak van de curator is meer ingeburgerd, maar de belemmeringen voor de uitvoering ervan zijn ongewijzigd gebleven. Curatoren ervaren bij de afwikkeling van veel faillissementen financiële belemmeringen die de uitvoering van de fraudetaak in de weg staan. Daarnaast zijn er tactische en strategische overwegingen, die ertoe leiden dat de fraudetaak op het tweede plan komt.

Het absolute aantal fraudemeldingen per jaar na het van kracht worden van de wet op 1 juli 2017 ligt lager dan het absolute aantal fraudemeldingen voordat de wet van kracht werd. Het aantal fraudemeldingen is echter niet op jaarbasis toe te schrijven aan het aantal faillissementen, omdat een fraudemelding in verschillende stadia van de afwikkeling van een faillissement kan worden gedaan en de afwikkeling meerdere jaren kan duren. Een verdere complicatie is dat het aantal uitgesproken faillissementen vanaf 2013 een dalende trend laat zien. In dit onderzoek is de relatie tussen het aantal fraudemeldingen en het aantal faillissementen benaderd met voortschrijdende gemiddelden. Het aantal fraudemeldingen in relatie tot het aantal faillissementen vertoont een stijgende trend. Deze is al ingezet voordat de Wet versterking positie curator van kracht werd. De invloed van de wet op de pakkans van faillissementsfraudeurs is afwezig. Deze wordt niet bepaald door de fraudesignalering en de meldingsbereidheid, maar

door de prioriteit en capaciteit bij de opsporingsinstanties FIOD en politie, en bij het Openbaar Ministerie dat de leiding over strafrechtelijke onderzoeken heeft. Curatoren ervaren dat de meeste van de door hen gedane fraudemeldingen niet tot (voor hen merkbare) acties van de bevoegde instanties leiden. Doordat curatoren weinig vertrouwen hebben in de opvolging van de fraudemeldingen, besteden ze er weinig tijd aan en is de kwaliteit mager. De uitvoeringspraktijk laat zien dat de operationele doelen van versterking van de informatiepositie van de curator en de versterking van de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator niet of nauwelijks worden bereikt. Geen van de geïnterviewde curatoren en rechters-commissarissen ziet dat de hoofddoelen van de wet gerealiseerd worden. Doordat de uitvoeringspraktijk zo weinig veranderd is, zijn er ook geen aanwijsbare effecten op de boedel, de belangen en opbrengsten van schuldeisers en de (geleverde) inspanning van de curator. Alles overziend is de wet daarmee niet doeltreffend, met als belangrijkste oorzaken (tevens knelpunten) het ontbreken van financiering van de fraudetaak van de curator (met name voor het fraudeonderzoek, deels door lege en onvoldoende batige boedels en deels door opvattingen over het primaat van de kerntaak van beheer en vereffening van de boedel) en een gebrek aan vertrouwen in de opvolging van meldingen.

Interventiologica Wet civielrechtelijk bestuursverbod

De interventiologica van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod kent een gelaagde doelstelling, met als hoofddoelen de bestrijding van faillissementsfraude en onregelmatigheden in faillissementen, het voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten ongehinderd kunnen voortzetten, en het beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen. De doelen worden nagestreefd door de oplegging van bestuursverboden met een maximale duur van vijf jaar door de rechter op vordering van de curator of op verzoek van het Openbaar Ministerie. Daarmee wordt voorkomen dat de bestuurder zijn frauduleuze gedrag in een nieuwe of andere rechtspersoon voortzet en daarmee maatschappelijke schade blijft veroorzaken. De wet kent de bevoegdheid om een procedure tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod te starten toe aan de curator, maar ook aan het Openbaar Ministerie, dat daarnaast de bevoegdheid heeft om een strafrechtelijk bestuursverbod te vorderen in een strafrechtelijke procedure.

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod: uitvoering en resultaten

Hoe vaak het civielrechtelijk bestuursverbod is ingeroepen, is niet precies bekend. Het beoogde register bij de Kamer van Koophandel is nog steeds niet gerealiseerd. In het onderzoek zijn gegevens over 46 procedures gevonden waarin door de curator (40 keer) of het Openbaar Ministerie (6 keer) een civielrechtelijk bestuursverbod is gevorderd. Het meest voorkomende motief voor curatoren, het Openbaar Ministerie en de rechters-commissarissen is dat de betrokken bestuurders veelvuldig frauduleus gedrag vertonen, niet alleen in het faillissement, maar ook daarvóór, en dat het belangrijk is dat daar een halt aan wordt toegeroepen. De procedures waarin het bestuursverbod door de curator is gevorderd, zijn bijna allemaal als nevenvordering bij een bestuursaansprakelijkheidsprocedure gevoerd of gefinancierd met (extra) middelen uit twee pilots van het ministerie van Justitie en Veiligheid (uitgevoerd door de Belastingdienst) respectievelijk het Openbaar Ministerie, opgezet om de toepassing door de curator of het Openbaar Ministerie te stimuleren en ervaring met het instrument op te doen. Zonder extra aandacht of extra financiering zijn weinig procedures gevoerd, zeker niet los van bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures. Voor zover bekend en voor zover er uitspraak is gedaan, heeft de rechter het bestuursverbod in alle zaken opgelegd. In drie zaken wijkt het vonnis af van de gevorderde maximale duur van vijf jaar. In twee gevallen zijn bestuursverboden voor drie respectievelijk twee jaar opgelegd, in een ander geval is de duur in eerste aanleg verminderd tot één jaar en is dit vonnis in hoger beroep omgezet in een voorwaardelijk bestuursverbod met een proeftijd van drie jaar. Over de naleving van de bestuursverboden bestaan geen gegevens. Dat de werkzame mechanismen in werking zijn gesteld, betekent niet dat de doelen volledig zijn bereikt. Het aantal opgelegde bestuursverboden blijft achter bij de verwachting in de memorie van toelichting (enkele tientallen per jaar). Het ontbreken van structurele financiering is het belangrijkste knelpunt voor de uitvoering.

Werkzame mechanismen in de beide wetten beperkt in werking gesteld, doelen hooguit beperkt gerealiseerd

Het onderzoek laat zien dat de maatregelen uit de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod weliswaar worden uitgevoerd, maar dat hun beoogde werkzame mechanismen

slechts beperkt in werking zijn gesteld. Daardoor worden de hoofddoelen van bestrijding van faillissementsfraude, beperking van de maatschappelijke schade van faillissementen en het voorkomen van de voortzetting van frauduleuze activiteiten niet of beperkt gerealiseerd.

Verhouding fraudetaak tot kerntaak

In de discussies tijdens de wetgevingstrajecten heeft de verhouding van de fraudetaak tot de kerntaak van beheer en vereffening van de boedel veel aandacht gekregen. De verhouding blijkt inderdaad problematisch. Dit is (meestal) niet ingegeven door principiële overwegingen over de kerntaak van de curator, maar wel door financiële en procedurele omstandigheden. Een mogelijk negatieve invloed op de medewerking van de bestuurder aan de procedure en op de totstandkoming van schikkingen kan ertoe leiden dat meldingen van fraudesignalen achterwege blijven en kan er ook voor zorgen dat bestuursverboden niet worden gevorderd. Nog belangrijker is het ontbreken van financiële middelen voor fraudeonderzoeken, meldingen en bestuursverboden bij faillissementen met lege of onvoldoende batige boedels.

Opvolging beïnvloedt uitvoering fraudetaak

Naast de bekostiging is de opvolging van fraudemeldingen door de bevoegde instanties het meest genoemde en zwaarste knelpunt bij de uitvoering van de Wet versterking positie curator. De opvolging van meldingen met strafrechtelijke onderzoeken van de FIOD (zwaardere en meer complexe fraudezaken) en de politie (eenvoudiger en minder zware zaken) onder leiding van het Openbaar Ministerie wordt bepaald door de capaciteit, de prioriteit en de expertise bij opsporingsdiensten, en niet door het aantal meldingen. Curatoren hebben de ervaring dat meestal geen opvolging aan meldingen wordt gegeven en vinden dat ze weinig terugkoppeling krijgen. Dit heeft invloed op de meldingsbereidheid en de kwaliteit van de meldingen.

De centrale rol van de curator

In de Wet versterking positie curator en in de Wet civielrechtelijk bestuursverbod is het de curator die de centrale rol bij de signalering van onregelmatigheden en fraude krijgt toegewezen. De verwachting van de minister in de memories van toelichting bij de beide wetten dat deze centrale en cruciale rol in het private domein en zonder aanvullende financiering zoals beoogd opgepakt kan worden, komt in de praktijk niet uit. Dit leidt ertoe dat onderzoeken naar onregelmatigheden en fraude minder (en minder uitgebreid) worden uitgevoerd dan vanuit het perspectief van fraudebestrijding wenselijk is, dat er ook minder meldingen van fraudesignalen bij bevoegde instanties worden gedaan en dat er minder civielrechtelijke bestuursverboden worden gevorderd en opgelegd dan maatschappelijk wenselijk is.

Samenwerking en flankerend beleid: geen eenheid

Vanuit alle organisaties die bij de uitvoering in brede zin betrokken zijn, wordt een gebrek aan eenheid van (uitvoering van) beleid gesignaleerd, dat het doelbereik van de wetten in negatieve zin beïnvloedt. Curatoren voeren de fraudetaak verschillend uit, tussen (en soms ook binnen) arrondissementen van rechtbanken verschilt de opstelling van rechters-commissarissen jegens de fraudetaak, in de regionale faillissementssprekuren (waarvan de meeste al geruime tijd stilliggen) loopt de samenwerking uiteen, de regio's van de FIOD en de eenheden van de politie laten verschillen in de prioriteit en de capaciteit voor opvolging zien, en de belangrijkste crediteur in veel faillissementen, de Belastingdienst, heeft beleid dat niet in alle regio's gelijk wordt uitgevoerd. Een grotere betrokkenheid bij de bestrijding van faillissementsfraude, de bereidheid om maatregelen uit te voeren en op te volgen en daarmee de kans op een groter doelbereik van de wetten zijn zonder twijfel gebaat bij een vergroting van de eenheid van beleid en uitvoering binnen en tussen de ketenpartners.

Verbeterpunten

Om het doelbereik van de beide wetten te verbeteren, moet nagedacht worden over verbeteringen op het gebied van de financiering van de curator, de opvolging van meldingen door de bevoegde instanties, een verbeterde afstemming van (de omvang en inhoud van) meldingen op selectiecriteria voor opvolging met strafrechtelijke onderzoeken door FIOD en politie, de omgang met civielrechtelijke bestuursverboden door het Openbaar Ministerie en afspraken over meer eenheid van beleid en uitvoering tussen en binnen ketenorganisaties.



Introdunctie, doel en context

1 Inleiding

1.1 Aanleiding van het onderzoek

Op 1 juli 2016 respectievelijk 1 juli 2017 zijn de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet versterking positie curator in werking getreden. Deze twee wetten wijzigen de al langer bestaande Faillissementswet (Fw).

De Wet versterking positie curator voorziet in een verplichting voor de faillissementscurator om onderzoek te doen naar onregelmatigheden die een faillissement (mede) hebben veroorzaakt of het tekort in de boedel hebben vergroot. Indien de curator onregelmatigheden constateert, dient hij de rechter-commissaris hierover (vertrouwelijk) te informeren en, indien hij of de rechter-commissaris dat nodig acht, melding of aangifte te doen bij de bevoegde instanties.¹ Om de informatiepositie van de curator te verbeteren, wordt de inlichtingen- en medewerkingsverplichting geëxpliciteerd en aangescherpt.²

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod maakt het mogelijk om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen aan een bestuurder die faillissementsfraude pleegt of zich schuldig maakt aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement.³

Bij amendement van de Kamerleden Van Wijngaarden en Recourt is vastgelegd dat de Wet versterking positie curator vier jaar na inwerkingtreding geëvalueerd wordt.⁴ Ook de Wet civielrechtelijk bestuursverbod dient te worden geëvalueerd. Vanwege de thematische verwantschap en de vergelijkbare hogere doelen van de wetten zijn de beide evaluaties op verzoek van de directie Rechtshandhaving en Criminaliteitsbestrijding van het ministerie van Justitie en Veiligheid⁵ in één onderzoek samengebracht. In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek -en Documentatiecentrum (WODC) heeft RegioPlan Beleidsonderzoek de evaluatie uitgevoerd. Dit rapport doet verslag van beide evaluaties.

1.2 Opzet onderzoek

Realistisch evalueren

De aanpak van het onderzoek is gebaseerd op de methodologische benadering van realistisch evalueren.⁶ De methode is ontwikkeld omdat de 'gouden standaard' van (quasi-)experimenteel effectonderzoek met effect- en controlegroepen in verder ongewijzigde omstandigheden voor de evaluatie van de meeste beleidsmaatregelen onhaalbaar is. In de benadering van de realistische evaluatie beantwoorden (ex post-)evaluaties daarom primair de vraag: wat werkt voor wie in welke omstandigheden en in welke context? Nagegaan dient te worden wat de werkzame elementen en mechanismen in het beleid zijn, of het lukt om ze in werking te stellen in de context waarin ze geacht worden te werken, en of operationele en intermediaire uitkomsten (indicatoren voor tussen- en einddoelen) zich in de beoogde richting ontwikkelen. Als dat zo is, en alternatieve verklaringen ontbreken, wordt besloten tot doeltreffendheid: een causale relatie tussen activiteiten en resultaten, ook zonder dat we een experimentele situatie met een controlesituatie kunnen vergelijken.

In het onderzoek wordt daarom gezocht naar:

- de veronderstellingen die ten grondslag liggen aan de verwachting dat de maatregelen in de beide wetten bijdragen aan het uiteindelijke doel van het voorkomen en bestrijden van faillissementsfraude;

¹ Artikel 68 lid 2 Fw.

² Artikelen 105, 105a, 105b en 106 Fw.

³ Artikel 106a t/m e Fw.

⁴ Kamerstuk II 34 253, 2016-2017, nr. 9. Voor de volledige tekst zij verwezen naar bijlage III van dit rapport.

⁵ Het ministerie van Justitie en Veiligheid bestaat onder deze naam sinds 2017; tussen 2010 en 2017 heette het ministerie, met hetzelfde takenpakket, Justitie en Veiligheid; vóór 2010 was de naam ministerie van Justitie (waarbij de verantwoordelijkheid over de politie werd gedeeld met het ministerie van Binnenlandse Zaken). In dit rapport komen acties van en vanuit het ministerie van Justitie en Veiligheid voor (dus acties van vóór 2017). Eenvoudigheidshalve spreken we steeds van Ministerie (of minister) van Justitie en Veiligheid.

⁶ Pawson & Tilley (1979) omschrijven realistische evaluatie als het mechanisme dat leidt tot een resultaat (outcome), rekening houdend met de context. Voor een toegankelijke introductie in Realistische Evaluatie en CMO-configuraties, zie: Verweij & Pattyn (2014). Voor dit onderzoek is een versimpelde interpretatie gebruikt.

- de verschillende oorzaken of causale verbanden die verantwoordelijk zijn voor het uitkomen van de verwachtingen over de werking van de maatregelen;
- de rol van factoren die direct van invloed zijn op de mate waarin de causale verbanden zullen optreden;
- de concrete resultaten die aan de uitvoering van de wet kunnen worden toegeschreven.

Plan- en procesevaluatie

Zoals gebruikelijk in de realistische evaluatie valt het onderzoek uiteen in een planevaluatie en een procesevaluatie. De planevaluatie dient om de interventielogica op te stellen. Dit is een schematische weergave van het geheel van beoogde doelen (einddoelen, intermediaire doelen en operationele doelen), de middelen (maatregelen, werkzame elementen), hun veronderstelde onderlinge relaties, en de mogelijke rol van contextfactoren. Dit gebeurt op basis van informatie uit documenten (wetsteksten, memoires van toelichting, commentaren en discussies) en interviews met functionarissen die betrokken zijn geweest bij het opstellen van de wetten. In de procesevaluatie wordt de uitwerking van de interventielogica getoetst. Dit gebeurt met gegevens uit documenten over de uitvoering (uit registraties en verslagen), eerder wetenschappelijk onderzoek en interviews met uitvoerders.

1.3 Doel en vraagstelling

De evaluaties reconstrueren wat de beoogde doelen, de maatregelen en hun onderlinge relaties zijn van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod (planevaluatie) en laat zien hoe de beide wetten worden uitgevoerd en welke resultaten er in de praktijk mee zijn bereikt (procesevaluatie).

Het onderzoek moet de volgende vragen beantwoorden.

Wet versterking positie curator

Doelen (planevaluatie)

1. Welke doelen beoogde de wetgever met de Wet versterking positie curator?
2. Met behulp van welke (nieuwe) bevoegdheden zouden deze doelen moeten worden bereikt en op welke wijze? Wat zijn de werkzame elementen in de wet?
3. Wat zijn de (door de wetgever beoogde) rollen van de curator, de rechter-commissaris en de andere ketenpartners, zoals het Openbaar Ministerie, de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (FIOD)⁷ en de politie?

Uitvoering (procesevaluatie)

4. Hoe verhouden de nieuwe taken (in het bijzonder de fraudesignalerende rol van de curator) en bevoegdheden krachtens de Wet versterking positie curator zich in de praktijk tot de algemene beheers- en vereffeningsrol van de curator?
5. In hoeverre zijn de beoogde doelen in de praktijk bereikt?
6. Wat zijn de gevolgen van de vastlegging van de fraudesignalerende taak van de curator in de wet voor het aantal fraudemeldingen, de boedel, belangen en opbrengsten van schuldeisers en de (geleverde) inspanning van de curator, in tijd en (salaris)kosten?
7. Welke invloed heeft de fraudesignalerende taak van de curator op de pakkans van faillissements-fraudeurs en de inspanning (in tijd) van de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie?

Resultaten en doeltreffendheid

8. Wat is de doeltreffendheid van de Wet versterking positie curator in de praktijk, met andere woorden: hoe verhoudt de werking in de praktijk zich tot de beleidstheorie?
9. Wat zijn succesfactoren, knelpunten en (onverwachte) neveneffecten van het nieuwe instrumentarium van de curator en de fraudesignalerende rol van de curator?

⁷ De FIOD is onderdeel van de Belastingdienst, die op zijn beurt onder het ministerie van Financiën valt.

Wet civielrechtelijk bestuursverbod

Doelen (planevaluatie)

10. Welke doelen beoogde de wetgever met de Wet civielrechtelijk bestuursverbod?
11. Op welke manier zou de wet in praktijk moeten worden gebracht om de doelen te bereiken?
12. Hoe verhouden de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie voor het vorderen van een strafrechtelijk dan wel een bestuursrechtelijk bestuursverbod zich tot elkaar? Wat is de beoogde meerwaarde van het civielrechtelijk bestuursverbod?

Uitvoering (procesevaluatie)

13. Hoe vaak is het civielrechtelijk bestuursverbod ingeroepen? Tot hoeveel procedures en hoeveel bestuursverboden en uitschrijvingen uit het Handelsregister heeft het instrumentarium geleid? Wat waren de kenmerken van de zaken waarin een civielrechtelijk bestuursverbod is gevorderd dan wel opgelegd?
14. Welke motieven waren leidend voor het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod, voor de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie? Hoe verhouden deze zich tot de motieven voor het Openbaar Ministerie bij het vorderen van een strafrechtelijk bestuursverbod?
15. Hoeveel procedures zijn door een curator door middel van eigen financiering (uit de boedel of door vergoedingen van schuldeisers) gestart? Hoe lang duurden de procedures, welke kosten waren ermee gemoeid (griffie- en proceskosten, salariskosten curator) en hoe vaak en in welke mate zijn de kosten op de bestuurder verhaald?
16. Tot welk oordeel is in gerechtelijke instanties gekomen over de verzoeken en welke omstandigheden hebben geleid tot maximering of matiging van de duur van een civielrechtelijk bestuursverbod?

Resultaten en doeltreffendheid

17. Wat zijn de resultaten van de wet in de praktijk? Wat is de doeltreffendheid?
18. Wat zijn succesfactoren, knelpunten en (onverwachte) neveneffecten?

1.4 Methodes

Zoals eerder aangegeven valt het onderzoek, na een voorbereidende fase, uiteen in een planevaluatie en een procesevaluatie. In de verschillende onderdelen van het onderzoek zijn de volgende methodes ingezet.

Vorbereiding

Oriënterende interviews

Tijdens de voorbereidingsfase van het onderzoek zijn oriënterende gesprekken gehouden met vertegenwoordigers van de beroepsvereniging van curatoren (Insolad), het Openbaar Ministerie, het Landelijk Overleg Vakinhoud Toezicht (LOVT)⁸, de FIOD en de politie; daarnaast ook interviews met twee curatoren, een vertegenwoordiger van het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in insolventies Recofa en (later in het onderzoek) een vertegenwoordiger van de JIRA (de beroepsvereniging voor jonge insolventieadvocaten). Het doel van de interviews was het bespreken van mogelijkheden en beperkingen om aan het onderzoek mee te werken, de inhoud van diverse registraties en formele medewerkings- en toestemmingsprocedures. Daarnaast zijn in sommige van de interviews ook eerste beelden over de beide wetten en de uitvoeringspraktijk besproken.

Privacy impact assessment en medewerking

Voor het onderzoek is een privacy impact assessment (PIA) opgesteld, waarin is beschreven welke gegevens nodig zijn om de onderzoeksvragen te beantwoorden, uit welke bronnen de gegevens betrokken kunnen worden, hoe de gegevens worden verwerkt (verzameling, analyse, opslag en gebruik in de rap-

⁸ Het Landelijk Overleg Vakinhoud Toezicht (LOVT) is het overlegorgaan van rechters belast met insolventiezaken over vakinhoud en rechtstoepassing.

portage) en hoe de eventuele gevolgen voor de privacy van natuurlijke of rechtspersonen worden vermeden of beperkt. De PIA is gebruikt in de verzoeken aan diverse instanties om aan het onderzoek mee te werken.

Planevaluatie

In de planevaluatie is de reconstructie van de interventielogica van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod uitgevoerd door documentstudie met als bronnen de wetsteksten, de memories van toelichting en verslagen van wetgevingsoverleggen (van Kamer en minister). Ook zijn documenten en commentaren die een rol hebben gespeeld in de consultatiefase bestudeerd. De conceptinterventielogica's van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod zijn in twee dubbelinterviews besproken met een beleidsmedewerker en een wetgevingsjurist van het ministerie van Justitie en Veiligheid. Waar nodig zijn teksten aangepast en aangevuld.

Procesevaluatie

Registraties

Voor de procesevaluatie zijn cijfers en documenten uit de volgende bronnen gebruikt:

- registratie Centraal Meldpunt Faillissementsfraude: meldingen fraudesignalen faillissementen 2012-2022, onderscheiden naar diverse kenmerken (classificatie FIOD-politie, regio, geselecteerd voor verder onderzoek);
- fraudemonitor Openbaar Ministerie: aantal zaken faillissementsfraude.

Faillissementsverslagen

Voor de evaluatie van de Wet versterking positie curator zijn twee steekproeven getrokken van (eind)verslagen van faillissementen die zijn uitgesproken in 2014 (toen de Wet versterking positie curator nog niet van kracht was) respectievelijk in 2018 (na het van kracht worden van de wet). In de verslagen zijn gegevens gezocht over het fraudeonderzoek, geconstateerde onregelmatigheden en de reactie daarop van de curator (redressering), met als doel te onderzoeken of er verschillen tussen de verslagen in de beide steekproeven konden worden gevonden.

Dossiers civielrechtelijke bestuursverboden

Om een beeld te krijgen van procedures gericht op het opleggen van civielrechtelijke bestuursverboden zijn documenten bestudeerd: verzoekschriften, dagvaardingen eventuele producties en vonnissen. De documenten zijn verkregen via het Openbaar Ministerie, curatoren en de website van de rechtspraak, rechtspraak.nl. Naast de documenten uit de drie bronnen konden we beschikken over een lijst van faillissementen waarvoor curatoren een financieringsaanvraag in het kader van de Pilot civielrechtelijk bestuursverbod hebben gedaan (voor het voeren van procedures gericht op het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod). Deze lijst bevat geen kenmerken van zaken.

Interviews

Er zijn (digitale) halfgestructureerde interviews gehouden met 17 curatoren en 9 rechters-commissarissen. De 17 curatoren zijn werkzaam bij 14 kantoren, verspreid over 8 (van de 11) gerechtelijke regio's, zowel fraudecuratoren, ervaren curatoren als minder ervaren curatoren. Gemiddeld hebben ze ruim elf jaar ervaring als curator. De 9 rechters-commissarissen zijn werkzaam bij 7 verschillende rechtbanken. Gemiddeld hebben ze vijf jaar ervaring als rechter-commissaris. De interviews gingen over de ervaringen met de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Naast de curatoren en rechters-commissarissen is de projectleider van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude (belegd bij de FIOD) geïnterviewd en zijn per e-mail vragen over de controle en de handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod gesteld aan (en beantwoord door) een manager van de Afdeling TRACK van de justitiële screeningsactiviteit Justis, onderdeel van het ministerie van Justitie en Veiligheid.

Expertmeetings

In de slotfase van het onderzoek zijn twee (digitale) expertmeetings gehouden met deelname vanuit de ketenpartners. Eén expertmeeting ging over de Wet versterking positie curator en één over de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. In de bijeenkomsten werden voorlopige bevindingen gevalideerd, knelpunten besproken en verbeterpunten geïdentificeerd.

Afwijkingen van het onderzoeksplan

In het oorspronkelijke onderzoeksplan zijn verschillende onderzoeksactiviteiten voor de procesevaluatie opgenomen, die uiteindelijk niet zijn uitgevoerd:

- In het onderzoeksplan was voorzien in een enquête onder curatoren om gegevens te verzamelen over de uitvoering, de ervaringen, de resultaten, de succesfactoren en de knelpunten van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Vanwege de onderzoeksbelasting van de curatoren en het daaruit voortvloeiende risico op een lage respons en niet goed bruikbare uitkomsten is besloten om af te zien van het houden van een enquête en in plaats daarvan gebruik te maken van bevindingen uit enquêtes onder curatoren in recente onderzoeken met een (deels) verwante vraagstelling.
- Met als bron de faillissementsverslagen van de website faillissementsverslagen.com is een overzicht verkregen van alle faillissementsverslagen die tussen 2013 en medio 2022 door curatoren bij de rechtbanken zijn ingediend. In het onderzoeksplan was een geautomatiseerde analyse van alle faillissementsverslagen voorzien. Deze geautomatiseerde analyse kon niet worden uitgevoerd, omdat de structuur, de opbouw en de bewoording van de verslagen daarvoor niet voldoende eenduidig waren. In plaats daarvan is gekozen voor de terugvaloptie uit het onderzoeksplan (de vergelijking van twee steekproeven van verslagen van faillissementen uitgesproken vóór 1 juli 2017 en faillissementen uitgesproken na 1 juli 2017).
- Het registratiesysteem van de rechtbanken Toezicht bevat (onder andere) gegevens over de communicatie tussen curatoren en rechtbanken inzake de afwikkeling van faillissementen, waaronder de signalering van fraude. Er is geen toestemming verkregen voor het benutten van dit systeem, omdat de privacy van betrokkenen naar het oordeel van de Raad voor de Rechtspraak onvoldoende gewaarborgd zou kunnen worden.
- Volledige casestudies van circa tien civielrechtelijke bestuursverboden konden niet (volledig) worden uitgevoerd. De toestemming voor het gebruik van gegevens uit dossiers bij het Openbaar Ministerie was beperkt tot geanonimiseerde verwerking van gegevens; ook was er geen toestemming vanuit de Rechtspraak voor het bespreken van specifieke casuïstiek. De procedures zijn daarom alleen in algemene en geaggregeerde vorm met verschillende respondenten besproken en niet, zoals de bedoeling was, op zaakniveau met verschillende betrokkenen.

Periode van uitvoering

De planevaluatie is uitgevoerd in de eerste helft van 2022.

De procesevaluatie is uitgevoerd in de periode oktober 2022-december 2022 (registraties en documenten), december 2022-maart 2023 (interviews procesevaluatie) en mei 2023 (expertmeetings).

Een uitgebreider overzicht van de gebruikte methoden is in bijlage II opgenomen.

1.5 Leeswijzer

Deel I, met de hoofdstukken 1 en 2, bevat de inleiding en een hoofdstuk over de voorgeschiedenis en de context waarin de wetten zijn geïntroduceerd: een langer lopend traject van herziening en modernisering van de faillissementswetgeving (dat ten tijde van deze evaluatie nog niet is afgerond), met daarnaast aandacht voor de ontwikkeling van het aantal faillissementen in het afgelopen decennium, beschikbare gegevens over aard en omvang van faillissementsfraude en de manier waarop de curator daarop kan reageren. Deel II gaat over de Wet versterking positie curator, met een hoofdstuk 3 over de planevaluatie en een hoofdstuk 4 over de procesevaluatie (de uitvoering en de doeltreffendheid). Deel

III gaat over de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, met ook hier een hoofdstuk over de planevaluatie en een hoofdstuk over de uitvoering en de doeltreffendheid (procesevaluatie). De reden om de Wet versterking positie curator eerder te behandelen dan de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, hoewel de eerstgenoemde een jaar later van kracht is geworden, is dat de Wet versterking positie curator een basis legt voor de Wet civielrechtelijk bestuursverbod (en andere wetgeving) en het instrumentarium daarvan ondersteunt. Hoofdstuk 7 in Deel IV bevat de conclusie, waarbij de beide wetten samen worden behandeld.

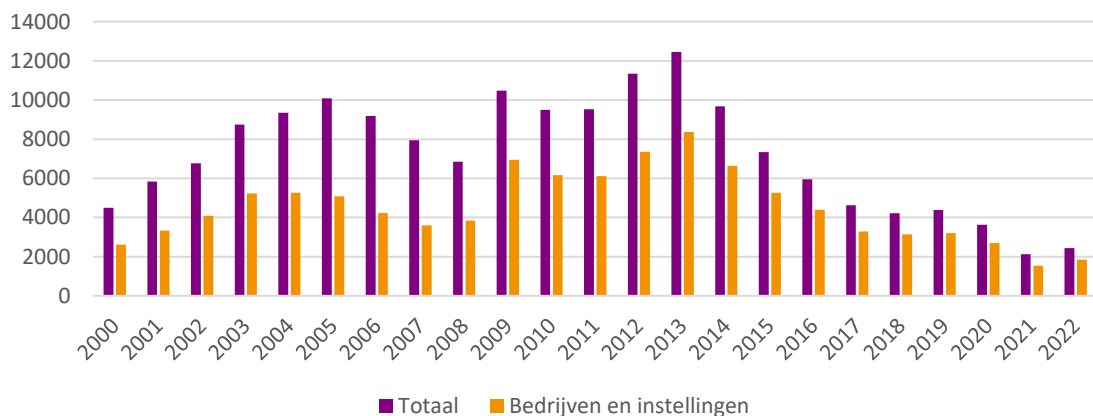
2 Voorgeschiedenis en context

2.1 Faillissementen, afwikkeling en redressering

Aantal faillissementen

Het aantal uitgesproken faillissementen laat in de afgelopen decennia flinke schommelingen zien. In 2000 worden nog minder dan 5.000 faillissementen uitgesproken. Dit aantal loopt in de jaren daarna, met pieken en dalen, op tot een historisch hoogtepunt van 12.448 uitgesproken faillissementen in 2013. Ongeveer twee derde hiervan zijn faillissementen van bedrijven en instellingen. Dit aandeel is fors hoger dan in het verleden; tot eind jaren negentig van de vorige eeuw is het aandeel van bedrijven en instellingen minder dan de helft. Na 2013 daalt het aantal uitgesproken faillissementen snel tot 2.129 in 2021, gevolgd door een stijging in 2022 tot 2.432 uitgesproken faillissementen. Het aandeel van bedrijven en instellingen is verder toegenomen: de laatste twee jaar nemen zij bijna driekwart van het totaal aantal faillissementen voor hun rekening (figuur 2.1).

Figuur 2.1 Uitgesproken faillissementen per jaar, totaal en bedrijven en instellingen 2000-2022



Bron: CBS (Statline, 18 mei 2023)

Tussen uitspraak en beëindiging van faillissementen kunnen meerdere jaren verstrijken. Van alle in 2015 beëindigde faillissementen van bedrijven en instellingen had bijna een derde (30,9%) een doorlooptijd tot anderhalf jaar en ruim de helft (51,2%) een doorlooptijd van anderhalf tot vier jaar. Een zesde van de in 2015 beëindigde faillissementen had te maken met een doorlooptijd van meer dan vier jaar (16,4%).⁹

Werkwijze afwikkeling faillissementen

Voor de afwikkeling van een faillissement stelt de rechtbank een curator aan. Elke rechtbank voert een 'lijst met curatoren' waaruit zij put bij de aanstelling van een curator. De lijsten zijn meestal ingedeeld in drie of vier categorieën: (i) eenvoudige faillissementen (natuurlijke personen, kleine ondernemingen), (ii) middelgrote faillissementen en (iii) grotere, of (iv) complexe faillissementen. De curator (meestal een advocaat gespecialiseerd in faillissementsrecht) heeft als kerntaak het vereffenen van het boedelactief, waaruit de schuldeisers zo veel als mogelijk dienen te worden voldaan. Bij de rechtbank is een rechter-commissaris belast met het toezicht op de afwikkeling van het faillissement. Nadat de curator is aangesteld, moet hij in beginsel elke drie maanden een faillissementsverslag bij de rechtbank indienen.

Een faillissement kan eindigen wegens een gebrek aan baten (als er onvoldoende baten zijn om zelfs alle boedelschulden te voldoen), door vaststelling van een uitdelingslijst, met een akkoord van de schuldeisers, door omzetting van het faillissement in een wettelijke schuldsanering of door vernietiging van het faillissement na verzet, hoger beroep of cassatie. De curator wordt tegen een vastgesteld uurtarief betaald uit de boedel van de failliete onderneming. Bij het vaststellen van het uurtarief wordt rekening gehouden met de ervaring van de curator, wat tot uitdrukking komt in de boedelfactor. Als er geen activa zijn (lege boedel), ontvangt de curator geen honorarium en ook bij een onvoldoende batige boedel kan het gebeuren dat een curator slechts een deel van de gemaakte uren vergoed krijgt.

⁹ Deze cijfers over 2015 zijn opgenomen in CBS (2016). Doorlooptijden van faillissementen die in recentere jaren zijn beëindigd zijn niet door het CBS gepubliceerd.

In een recent onderzoek naar de afhandeling van onregelmatigheden in faillissementen wordt het aantal curatoren in 2022 op ruim 500 geschat.¹⁰ Dat betekent dat een curator nu gemiddeld vijf nieuwe faillissementen per jaar toegewezen krijgt. In het verleden waren het er veel meer: het jaarlijks aantal uitgesproken faillissementen is in de afgelopen tien jaar met ongeveer 80 procent gedaald en vrijwel alle curatoren die in het kader van de voorliggende evaluatie zijn geïnterviewd, melden dan ook een daling van het aantal faillissementen dat zij behandelen.

Onregelmatigheden en faillissementsfraude

Als onderdeel van de afwikkeling van een faillissement voert de curator onder meer een oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek uit.¹¹ Dit onderzoek heeft als doel na te gaan of er zich voorafgaand aan het faillissement onregelmatigheden hebben voorgedaan als gevolg waarvan de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld. De curator kan, als dit het geval is, besluiten (rechts)maatregelen te treffen, zoals het inroepen van de *actio pauliana*, of het instellen van een onrechtmatige-daadsactie tegen bijvoorbeeld de bestuurder of derden die bij de (benadelende) rechtshandeling betrokken waren. Bij ongeveer de helft van de faillissementen is sprake van onregelmatigheden.¹² Voorbeelden zijn het schenden van de administratieplicht of de deponeringsplicht (rechtspersonen moeten elk boekjaar hun jaarrekening bij het Handelsregister deponeren), het doen van betalingen zonder grondslag waardoor onterecht middelen aan de boedel zijn onttrokken of de verduistering van activa (zoals voertuigen). Verschillende onregelmatigheden zijn strafbaar gesteld, het meest recent met de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude.¹³ Faillissementsfraude als term is niet in de Faillissementswet of het Wetboek van Strafrecht opgenomen en wordt doorgaans in de vorm van een opsomming van strafbare onregelmatigheden gedefinieerd.

De curator die bij zijn werkzaamheden op onregelmatigheden stuit, kan proberen deze via de civiele weg te corrigeren, bijvoorbeeld door de bestuurder of derden tot terugbetaling te verzoeken of door een schikking te treffen. Hij zal de geconstateerde onregelmatigheden niet altijd als fraude beschouwen.¹⁴

Omvangschattingen

In (ouder) onderzoek uit 2005 werden in bijna een kwart van de 868 onderzochte faillissementsdossiers aanwijzingen aangetroffen voor enige vorm van faillissementsfraude, vooral het wederrechtelijk onttrekken van activa aan de boedel en daarnaast ook het gebruik, soms vooropgezet, van de rechtspersoon met het oogmerk om de crediteuren te benadelen. De onderzoekers merken op dat hun eigen kwalificatie van de inhoud van faillissementsverslagen vaak anders (i.c. strenger) is dan die van curatoren: van de 212 dossiers die door de onderzoekers als frauduleus zijn aangemerkt, waren er 74 waarbij volgens de curator weinig bijzonders aan de hand was.¹⁵ In de ogen van de curatoren gaf 16 procent van de faillissementen aanleiding om van ernstige onregelmatigheden (mogelijk fraude) te spreken.¹⁶

In recenter onderzoek constateerde het CBS dat in 2015 bij 30,1 procent van de onderzochte faillissementen sprake was van zekere of waarschijnlijk strafbare en/of onrechtmatige benadeling van schuldeisers. Bij 17 procent van de faillissementen was er *zekere* strafbare en/of onrechtmatige benadeling. In deze faillissementen heeft de curator melding of aangifte van vermoedens van fraude gedaan of is er een procedure of schikking geweest in verband met paulianeus handelen, bestuurdersaansprakelijkheid

¹⁰ Pool (2022), p. 116.

¹¹ Het oorzakenonderzoek gaat over de vraag wat het faillissement heeft veroorzaakt, het rechtmatigheidsonderzoek over de rol die (natuurlijke en rechts)personen daarbij hebben gespeeld. In de praktijk is er vaak geen duidelijk onderscheid tussen beide (Pool (2022), p. 59). In het vervolg schrijven we kortheidshalve steeds 'rechtmatigheidsonderzoek'. Uit de jurisprudentie m.b.t. het faillissement van het Amsterdamse Slotervaartziekenhuis blijkt dat de curator niet altijd een rechtmatigheidsonderzoek hoeft uit te voeren als aan alle schuldeisers een 100% uitkering kan worden gedaan (ECLI:NL:RBAMS:2019:4889).

¹² Pool (2022), p. 96.

¹³ Met de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude is het Wetboek van Strafrecht gewijzigd door wijziging van de artikelen 194, lid 1-3, 340 t/m 344 en 347 gewijzigd en invoeging van de artikelen 344a, 344b en 348a.

¹⁴ Knecht e.a. (2005)

¹⁵ Knecht e.a. (2005), p. 69.

¹⁶ Dit percentage wordt in het onderzoek van Knecht e.a. (2005) niet expliciet genoemd. Het is afgeleid door van de 212 onderzochte faillissementen waarin volgens de onderzoekers sprake is van fraude het aantal faillissementen af te trekken waarin de curator afgaande op de faillissementsverslagen geen bijzonderheden heeft geconstateerd (74). Van de steekproef van 868 faillissementen zijn er dan 138 waarbij de curator aanwijzingen voor faillissementsfraude heeft vermeld (16%).

en/of onrechtmatig handelen.¹⁷ Bij 13 procent was er *waarschijnlijk* strafbare en/of onrechtmatige benadeling. Hier was er een sterk vermoeden bij de curator van paulianeus handelen, bestuurdersaansprakelijkheid en/of onrechtmatig handelen, maar was er geen schikking, succesvolle procedure of melding bij handhavende instanties. Vanaf 2004 is er een toename van de strafbare en/of onrechtmatige benadeling gemeten, van 16,5 procent in 2004 naar 23,6 procent in 2010 en 30,1 procent in 2015, waarbij de toename tussen 2010 en 2015 vooral voor rekening van de zekere strafbare en/of onrechtmatige benadeling kwam, die dus door curatoren als zodanig is gekwalificeerd en behandeld.¹⁸

In een enquête in 2021 onder 56 curatoren, gehouden in het kader van een onderzoek naar de betrokkenheid van veelplegers bij faillissementsfraude, schatten de respondenten dat in gemiddeld 33 procent van de door hen behandelde faillissementen sprake is van fraude. Een expertgroep met deelnemers uit de kring van de FIOD, de Belastingdienst, de politie, het Openbaar Ministerie, de Kamer van Koophandel, een rechter-commissaris, het ministerie van Justitie en Veiligheid en de Inspectie SZW acht dit aandeel in hetzelfde onderzoek te hoog en schat dat het aandeel faillissementen waarin sprake is van fraude tussen de 10 procent en 20 procent ligt.¹⁹

In dossieronderzoek in de eerder genoemde studie van Pool naar de aanpak van onregelmatigheden in faillissementen zijn in 45 procent van de onderzochte faillissementsverslagen onregelmatigheden gevonden. Onder onregelmatigheden wordt in dit onderzoek verstaan: (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, schending van de administratieplicht, schending van de deponeringsplicht en frauduleus handelen (dit aandeel is 5,7%). Frauduleus handelen is in dit onderzoek gemeten op basis van de kwalificatie door de curator in het faillissementsverslag door de expliciete vermelding van (vermoedens van) fraude. In de enquête onder curatoren in hetzelfde onderzoek is er een ander beeld: gemiddeld is volgens de ondervraagde curatoren in 22,5 procent van de door hen afgewikkelde faillissementen sprake van frauduleus handelen.²⁰

In een vergelijkende analyse van 450 faillissementsverslagen van faillissementen uitgesproken in 2014 en 2018, uitgevoerd voor deze evaluatie, werden door de curator in 54 procent (faillissementen uitgesproken in 2014) respectievelijk 57 procent van de verslagen (faillissementen uitgesproken in 2018) onregelmatigheden genoemd. Frauduleus handelen wordt in 10 procent (2014) respectievelijk 14 procent (2018) van de faillissementsverslagen expliciet genoemd.²¹

Cijfers over onregelmatigheden en fraude worden beïnvloed door definities en de wijze van meten. Met name in het (dossier)onderzoek uit 2005 komt naar voren dat curatoren een andere beoordeling kunnen maken dan een geobjectiveerde blik van onderzoekers.²² In de dossiers ligt de prevalentie van frauduleus handelen (aanmerkelijk) lager dan in enquêtes.

De aanpak van onregelmatigheden en fraude door de curator

Als de curator van mening is dat zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, staat hij voor de taak deze aan te pakken indien en voor zover dit in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Vanuit zijn kerntaak (het vereffenen van het boedelactief om daaruit de schuldeisers zo veel als mogelijk te voldoen) zal hij ernaar streven om de staat van de boedel terug te brengen naar de omvang die hij zou hebben gehad als de onregelmatigheden niet hadden plaatsgevonden (redresseren). Hij zal bijvoorbeeld proberen onterechte onttrekkingen aan de boedel ongedaan te maken door bestuurders en anderen te sommeren om de onterecht ontvangen bedragen terug te betalen. Als de curator constateert dat het bestuur van de failliete onderneming haar bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld én deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, kan hij de bestuurder(s) aansprakelijk stellen voor het tekort in de boedel. Indien de curator dit opportuun acht kan hij een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure starten met als doel om de schade die de gezamenlijke schuldeisers door deze onbehoorlijke taakvervulling hebben geleden, op de bestuurder(s) te verhalen. Indien er onvoldoende middelen in de boedel zijn om een procedure te kunnen bekostigen, kan de curator onder

¹⁷ De terminologie van zekere strafbare benadeling wordt door het CBS dus gebruikt vanuit het perspectief van de curator. De rechter kan daar anders over oordelen als het tot een strafrechtelijke procedure komt.

¹⁸ Faillissementen: oorzaken en schulden 2015 (2016).

¹⁹ Beke e.a. (2021).

²⁰ Pool (2022).

²¹ Zie voor meer details bijlage II van dit rapport.

²² Knecht e.a., (2005).

voorwaarden (een voldoende kans op verhaal, verhouding tussen benodigde voorfinanciering en verwachte opbrengst) een beroep doen op een voorschot vanuit de Garantstellingsregeling curatoren.²³ De procedure kan eindigen met een rechterlijke uitspraak of met een schikking waarin de bestuurder akkoord gaat met betaling van een overeengekomen bedrag. Deze acties verlopen langs een civielrechtelijke weg, met als enige doelstelling het vergroten of redresseren van het boedelactief om de schuldeisers zo veel mogelijk te kunnen voldoen. De Wet civielrechtelijk bestuursverbod zorgt vanaf 2016 voor een toevoeging aan het civielrechtelijke instrumentarium van de curator. Een verzoek om een bestuursverbod is echter niet, zoals andere acties van de curator, gericht op een vergroting of redressering van het boedelactief.

Als de curator besluit om melding of aangifte te doen van frauduleus handelen bij de daartoe aangewezen instanties, wordt een overstap naar het strafrecht gemaakt. De melding of aangifte kan leiden tot een strafrechtelijk onderzoek. De gevolgen voor de boedel zijn niet a priori duidelijk. Het doen van de melding kost tijd van de curator, hetgeen ten koste gaat van de omvang van boedel. Als de melding wordt omgezet in een aangifte, zal de curator hier opnieuw tijd aan moeten besteden. Hiervoor bestaat een vergoedingsregeling. Als een opsporingsonderzoek wordt gestart, kan het zijn dat in de loop van het onderzoek activa worden gevonden, die voor de curator in het civielrechtelijke traject buiten beeld of buiten bereik zouden zijn gebleven. In een dergelijk geval draagt de melding bij aan een vergroting van het boedelactief. Als er geen opsporingsonderzoek volgt of als er geen activa worden gevonden, is er geen positieve opbrengst en resteert voor de curator en de schuldeisers alleen immateriële genoegdoening door de bestraffing van de frauduleuze bestuurder. Hier kan de civiele taak (en het civiele belang) van de curator dus botsen met de maatschappelijke functie van fraudesignalering en uiteindelijk fraudebestrijding, door Pool belangenpluralisme genoemd.²⁴

In haar onderzoek naar de aanpak van onregelmatigheden door de curator gaat Pool in op de invloed van de omvang van de boedel, de mogelijkheden van verhaal, belangenpluralisme (i.e. de verhouding tussen verschillende taken van de curator) en de samenwerking tussen de ketenpartners in het strafrechtelijk traject op de wijze waarop de redressering kan verlopen. Dit zijn thema's die ook in de evaluatie van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod een belangrijke rol zullen spelen.

2.2 Nieuwe wetgeving voor de aanpak van faillissementsfraude

De aandacht voor financieel-economische criminaliteit is in de afgelopen twee decennia gegroeid en er is rond verschillende thema's nieuwe wetgeving van kracht geworden. Met nieuwe wetten zijn (nieuwe) bevoegdheden voor de overheid geïntroduceerd. Voor financiële instellingen en functionarissen in de private en de gemengd publiek/private sector zijn bevoegdheden – en verplichtingen – ingevoerd, aangescherpt en bewaakt, zoals signalerings- en meldingsverplichtingen voor financiële dienstverleners.²⁵ Ook de aanpak van faillissementsfraude, onderdeel van de bredere financieel-economische criminaliteit,

²³ Zie hiervoor o.a. Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012 (2019). Groningen: Pro Facto (in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum). Hierin wordt onder andere ingegaan op de (on)mogelijkheden om in de Garantstellingsregeling voorzieningen op te nemen voor de bekostiging van nieuwe instrumenten, zoals het civielrechtelijk bestuursverbod.

²⁴ Pool (2022), p. 38 e.v.

²⁵ Deels is dit een reactie op binnenlandse probleemanalyses, maar steeds vaker is nieuwe wetgeving geïnspireerd en afgedwongen door afspraken in EU- en andere internationale verbanden. Er is wetgeving geïntroduceerd met als doel tegen te gaan dat onderwereld en bovenwereld vermengen. De Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob) van 2003 (sindsdien enkele malen herzien) geeft bevoegdheden aan bestuursorganen om onderzoek te doen naar aanvragers van vergunningen en subsidies en naar wederpartijen bij aanbestedingen en vastgoedtransacties. Daarmee wordt beoogd te voorkomen dat de overheid de georganiseerde criminaliteit faciliteert en meewerkt aan het witwassen van geld dat daarin verdient wordt. De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme van 2008 (sindsdien meerdere malen herzien conform de EU anti-witwasrichtlijnen) verplicht financiële instellingen tot het identificeren van hun klanten en tot het signaleren en melden van ongebruikelijke transacties. De Wet controle op rechtspersonen van 2011 voorziet in doorlopend toezicht op rechtspersonen, waarmee wordt beoogd risico's van misbruik te signaleren en te melden bij handhavende instanties. Andere wetten zijn gericht op een versterking van het toezicht op financiële instellingen, onder andere op de nakoming van hun verplichtingen om financieel-economische criminaliteit tegen te gaan. De Wet op het financieel toezicht van 2006 regelt het toezicht door de Nederlandse Bank en de Autoriteit Financiële Markten op de financiële sector in Nederland; de Wet toezicht trustkantoren van 2018 is er specifiek voor het toezicht op trustkantoren. De bestaande kaderwet voor het opsporen, vervolgen en berechten van economische delicten, Wet op economische delicten, is in 2015 aangevuld met de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, met een uitbreiding van de mogelijkheden om financieel-economische criminaliteit op te sporen, te vervolgen en (strenger) te bestraffen.

is in de afgelopen jaren geïntensiveerd en de effectiviteit van de Faillissementswet heeft, mede door het grote aantal faillissementen in de nasleep van de kredietcrisis van eind jaren tien, meer aandacht gekregen. In een brief aan de Tweede Kamer over bestrijding van georganiseerde criminaliteit in 2012 noemt de minister van Veiligheid en Justitie faillissementsfraude een belangrijk probleem dat een gezond ondernemingsklimaat in de weg staat: faillissementsfraude ondermijnt het vertrouwen in het handelsverkeer, verstoort de concurrentieverhoudingen en zorgt voor grote financiële schade bij benadeelde partijen. Het vertrouwen in het handelsverkeer is gebaat bij een helder wettelijk kader.²⁶

In 2011 en 2012 zegt de minister als onderdeel van de aanpak van faillissementsfraude verschillende maatregelen toe:

- de herziening van de Garantstellingsregeling Faillissementscuratoren (die het curatoren onder voorwaarden mogelijk maakt om met een garantie van de overheid kansrijk geachte en voldoende rendabele (aansprakelijkheids)procedures te voeren in faillissementen met een lege of onvoldoende batische boedel);
- de inrichting van een meldpunt bij de FIOD, waar curatoren melding kunnen doen van vermoedens van faillissementsfraude (Centraal Meldpunt Faillissementsfraude);²⁷
- het opstellen van een richtlijn voor de aanpak van eenvoudige fraudezaken om de opsporing door de politie te faciliteren.²⁸

Daarnaast kondigt de minister van Veiligheid en Justitie in een brief aan de Tweede Kamer in 2012 het programma herijking faillissementsrecht aan, met maatregelen voor aanpassing van de faillissementswetgeving.²⁹ Met de aanpassing van de Faillissementswet moet volgens de minister zo veel mogelijk worden voorkomen dat bedrijven onnodig failliet gaan of (om die reden) wegtrekken uit Nederland. Dit doel wordt hoofdzakelijk nagestreefd met de modernisering van de faillissementsprocedure en de versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven. Het voorkomen en bestrijden van faillissementsfraude draagt bij aan het vertrouwen in het handelsverkeer, eerlijke concurrentieverhoudingen en verlichting van financiële schade bij benadeelde partijen.

Het programma herijking faillissementswet bevat maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude, naast maatregelen om de faillissementsprocedure transparanter en efficiënter te maken en om de voortzetting van (delen van) failliete ondernemingen te bevorderen.

Het programma rust op drie pijlers. In elke pijler wordt nieuwe wetgeving geïntroduceerd. De eerste pijler ziet op de aanpak van faillissementsfraude:

Pijler fraudebestrijding

- Wet civielrechtelijk bestuursverbod
- Wet versterking positie curator
- Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Pijler bevorderen reorganisatiemogelijkheden

- Wet continuïteit ondernemingen I
- Wet homologatie onderhands akkoord
- Wet continuïteit ondernemingen III

Pijler modernisering van de faillissementsprocedure

- Wet modernisering faillissementsprocedure

²⁶ Kamerstuk II 29 911, 2012-2013, nr. 74.

²⁷ Ook andere functionarissen kunnen melding doen bij het meldpunt, maar dit gebeurt in de praktijk niet of nauwelijks.

²⁸ Kamerstuk II 29 911, 2011-2012, nr. 67.

²⁹ Kamerstuk II 29 911, 2012-2013, nr. 74.

2.3 Pijler fraudebestrijding: drie wetten en hun onderlinge samenhang

De Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod vormen samen met de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude de pijler fraudebestrijding van het programma herijking faillissementsrecht:

- De Wet versterking positie curator voorziet in een wettelijke verplichting voor de faillissementscurator om onderzoek te doen naar onregelmatigheden die een faillissement (mede) hebben veroorzaakt of het tekort in de boedel hebben vergroot, verplicht de curator om de geconstateerde onregelmatigheden te melden bij de rechter-commissaris en, indien de curator of de rechter-commissaris dat nodig vinden, te melden bij de handhavende instanties. Aan de gefailleerde en daarmee verbonden derden worden verduidelijkte en strengere inlichting- en medewerkingsplichten gesteld ter verbetering van de informatiepositie van de curator.
- De Wet civielrechtelijk bestuursverbod maakt het mogelijk om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen aan een bestuurder die faillissementsfraude pleegt of zich schuldig heeft gemaakt aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement.
- De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude moderniseert in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten de mogelijkheden voor opsporing, vervolging en voorkoming van faillissementsfraude. Hiermee wordt de wettelijke positie van de curator versterkt door het niet juist voeren van de administratie en het bewaren daarvan strafbaar te stellen.

Samen vormen de wetten een versterking van het strafrechtelijk en het civielrechtelijk instrumentarium om faillissementsfraude en onregelmatigheden rondom faillissementen te bestrijden. De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude en Wet civielrechtelijk bestuursverbod zijn in 2016 in werking getreden en zien op het instrumentarium. De Wet versterking positie curator is in 2017 in werking getreden en vormt daarmee het sluitstuk van het wetgevingstraject in de eerste pijler van het programma herijking faillissementsrecht (figuur 2.2).



De Wet versterking positie curator moet gezien worden als de wet die een basis legt voor de andere twee wetten om, ter ondersteuning van het instrumentarium, ook de positie van de curator te versterken.³⁰ De Wet versterking positie curator heeft tot doel om de onderzoeks- en signaleringstaak van de curator uit te breiden en te verstevigen. De uitwerking van deze signalerende rol van de curator moet de

³⁰ Kamerstuk II 34 253, 2016-2017, nr. 13. Wetgevingsoverleg Wet versterking positie curator.

toepassing van de andere twee wetten stimuleren: de curator kan zich beroepen op de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, waar een preventieve werking van uit kan gaan, en anderzijds op de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, waarvan het doel is om frauderende bestuurders te bestraffen.



REGIOPLAN
BELEIDSONDERZOEK

Wet versterking positie curator

3 Interventiologica

In dit hoofdstuk wordt de interventiologica van de Wet versterking positie curator uitgewerkt. We gaan in op de gelaagde doelstelling van de wet en op de wijze waarop de beoogde doelen volgens de minister zouden moeten worden bereikt. De identificatie van de interventiologica van de Wet versterking positie curator is gebaseerd op de wetstekst, de memorie van toelichting betreffende de Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator, en informatie uit het verslag van het wetgevingsoverleg van 12 december 2016 in de Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie over de Wet versterking positie curator.³¹ Aan beleidsmedewerkers van het ministerie van Justitie en Veiligheid die betrokken zijn geweest bij het opstellen van de wet is gevraagd om verheldering en toelichting op onderdelen waarover de documentatie niet duidelijk of volledig was. Aanvullend zijn (wetenschappelijke) publicaties gebruikt om veronderstelde verbanden tussen maatregelen en doelen nader te onderzoeken en om discussies tijdens het wetgevingstraject te identificeren.

3.1 Wet versterking positie curator: hoofdlijn

Met de Wet versterking positie curator wordt beoogd de informatiepositie van de curator te versterken en de fraudesignalerende rol van de curator (verder) te verankeren. Veel van de aanpassingen zijn een codificatie van jurisprudentie.³² Met nieuwe bepalingen over de informatiepositie en de fraudesignalerende rol van de curator wordt beoogd faillissementsfraude te bestrijden en de maatschappelijke schade van faillissementen te beperken. De curator krijgt daarmee (explicieet) de taak zich in te zetten voor maatschappelijke belangen³³, naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Daartoe is de wettelijke taak van de curator uitgebreid met de plicht om aandacht te besteden aan onregelmatigheden³⁴ rondom het faillissement, en bij onregelmatigheden de rechter-commissaris (vertrouwelijk) te informeren en, wanneer dat nodig wordt geacht door de curator of de rechter-commissaris, melding te doen bij de instanties die met de handhaving belast zijn (met als de meest aangewezen plek het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude van de FIOD) of aangifte te doen bij het Openbaar Ministerie of de politie (artikel 68 Fw). Daarnaast zijn in de artikelen 105, 105a en 105b van de Faillissementswet de inlichtingen- en medewerkingsverplichting van de gefailleerde en derden aangescherpt en verduidelijkt. De gefailleerde is verplicht (ook uit eigen beweging) de curator in te lichten over alles wat relevant is of kan zijn in verband met de afwikkeling van het faillissement, en ook een digitaal vastgelegde administratie samen met eventuele toegangscodes ter beschikking te stellen (dus niet alleen een papieren administratie). Daaronder valt de verplichting om de curator in te lichten over eventuele buitenlandse vermogensbestanddelen, zoals banktegoeden en onroerend goed, en om medewerking te verlenen om daarover beschikking te krijgen. De inlichtingen- en medewerkingsverplichting geldt ook voor geregistreerde partners/echtgenoten, gewezen bestuurders en financieel dienstverleners die (delen van) de administratie onder zich hebben, zoals boekhouders en accountants (artikel 105b lid 2 Fw). Laatstgenoemden kunnen zich niet beroepen op een retentierecht (het recht om producten en diensten waarvoor niet betaald is, onder zich te houden).

3.2 Interventiologica

Hogere doelen

Voor de Wet versterking positie curator kunnen op grond van de memorie van toelichting en op basis van interviews met de beleidsmedewerkers van het ministerie van Justitie en Veiligheid twee hogere doelen worden onderscheiden:

- het bevorderen van een eerlijker handelsklimaat met eerlijkere concurrentieverhoudingen;
- het bewerkstelligen van een vergroot vertrouwen in het handelsverkeer.

³¹ Geraadpleegd van <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2015Z14043&dossier=34253#activiteit-2016a05272>.

³² Kloe, de & Ortiz Aldana (2018).

³³ Kamerstuk II 34 253, 2016-2017, nr. 13. Wetgevingsoverleg Wet versterking positie curator.

³⁴ Onregelmatigheden rondom faillissement kunnen zijn de afwezigheid of onvolledigheid van de administratie en onttrekkingen ten nadele van de schuldeisers in het zicht van of tijdens het faillissement. Kamerstuk II 34 253 2014-2015, nr.3.

Hoofddoelen

Bestrijden van faillissementsfraude

De Wet versterking positie curator is, samen met de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, onderdeel van de pijler fraudebestrijding van het Programma herijking faillissementsrecht. Een hoofddoel van de Wet versterking positie curator is dus een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude.

Het beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen

Een tweede hoofddoel van de Wet versterking positie curator is de beperking van de maatschappelijke schade van faillissementen. Dit wordt volgens de memorie van toelichting mede bewerkstelligd doordat de versterking van de informatiepositie en de fraudesignalerende rol van de curator bijdragen aan het vergroten van het boedelactief.

Operationele doelen

In de memorie van toelichting staat dat met de Wet versterking positie curator een bijdrage wordt geleverd aan de bestrijding van faillissementsfraude door de positie van de curator te versterken. Er zijn twee operationele doelen, namelijk de versterking van de informatiepositie van de curator en de versterking van de fraudesignalerende rol van de curator.

Versterking van de informatiepositie van de curator

Voor de bestrijding van faillissementsfraude is het van belang dat de curator de nodige informatie ontvangt van de gefailleerde zelf, maar ook van (andere) bestuurders, commissarissen, derden en eventueel de echtgenoot of geregistreerde partner. Met meer informatie zal de curator beter in staat zijn om onregelmatigheden te signaleren en zodoende de schadelijke effecten voor de boedel zo veel mogelijk te beperken.³⁵ Wanneer de curator over meer relevante informatie en middelen beschikt voor de vereffening van de failliete boedel, zal dat volgens de memorie van toelichting de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dienen.

Met de Wet versterking positie curator wordt de informatiepositie van de curator verbeterd door het verduidelijken en versterken van de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen van de gefailleerde en derden, en van de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissement. Veel van de maatregelen die bijdragen aan de informatiepositie van de curator zijn een codificatie van jurisprudentie, waarmee de informatiepositie van de curator hoofdzakelijk wordt verduidelijkt. Deze verduidelijking draagt bij aan de versteviging van de positie van de curator ten opzichte van de gefailleerde en derden wanneer hij hen wil houden aan hun verplichtingen.³⁶

(Versterking van de) wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator

De Wet versterking positie curator voorziet in (de versterking van) de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator door het vastleggen van de verplichting voor de curator om onderzoek te doen naar onregelmatigheden in een faillissement en om vervolgstappen te zetten wanneer hij onregelmatigheden signaleert.

Maatregelen

Inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen van de gefailleerde

Voordat de Wet versterking positie curator in werking trad, beperkte het juridisch kader zich vooral tot de verplichting van de gefailleerde om informatie te verschaffen aan de curator wanneer deze daarom vroeg. Dezelfde plicht gold voor bestuurders, commissarissen en de echtgenoot of geregistreerde partner met wie de gefailleerde een gemeenschap van goederen heeft die door het faillissement wordt geraakt. Met de wijziging is de gefailleerde (en wanneer van toepassing diens echtgenoot of geregistreerde partner) niet alleen verplicht informatie te verschaffen wanneer de curator daarom vraagt, maar hij moet dat ook op eigen initiatief doen wanneer hij weet of kan weten dat de informatie voor de

³⁵ Kamerstuk II 34 253, 2014-2015, nr. 3. Memorie van toelichting Wet versterking positie curator (p. 5, 6).

³⁶ Kloe, de & Ortiz Aldana (2018).

curator van belang is. Dat betreft onder meer het informeren over (en medewerking verlenen aan het beheer over en de vereffening van) buitenlands vermogen (art. 105 lid 2 Fw). Daarnaast worden de gefailleerde en diens eventuele echtgenoot of geregistreerd partner verplicht alle nodige medewerking te verlenen (art. 105a lid 1 Fw) en om alle administratie en de daarbij noodzakelijke middelen over te dragen aan de curator (art. 105a lid 2 Fw).

De aanscherping van deze verplichtingen dient om de informatiepositie van de curator te verduidelijken en te versterken, waarmee ook de fraudesignalerende taak van de curator wordt gefaciliteerd. De verduidelijking en aanscherping van de inlichtingen- en medewerkingsverplichting van de gefailleerde en derden jegens de curator draagt naar verwachting van de wetgever bij aan een eenvoudigere afwikkeling van de boedel. Daardoor wordt het werk van de curator vergemakkelijkt en wordt de maatschappelijke schade van faillissementen beperkt. Tot slot dient volgens de wetgever de verduidelijking van de verplichtingen de belangen van de gefailleerden en anderen zelf, omdat het niet nakomen van de verplichtingen kan leiden tot de vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod (artikel 106 a t/m e Fw) of een gevangenisstraf (artikelen 194 en 344a Wetboek van strafrecht, aangescherpt in de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude die in 2016 van kracht is geworden).³⁷ De curator kan aangifte doen van het niet nakomen van de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen.

Verplichting derden om administratie aan curator ter beschikking te stellen

Om de informatiepositie van de curator te versterken worden ook derden die de administratie van de gefailleerde in de uitoefening van hun beroep of bedrijf geheel of gedeeltelijk onder zich hebben verplicht gesteld om administratie van de gefailleerde desgevraagd ter beschikking te stellen aan de curator (art. 105b lid 1 Fw). Zij moeten daarbij ook de software of diensten leveren om deze administratie leesbaar te maken. Derden kunnen hiervoor een vergoeding vragen aan de curator, maar zijn met de wijziging van de wet verplicht ook de administratie over te dragen als daar geen vergoeding vanuit de boedel tegenover kan staan.³⁸

Uitbreiding van reikwijdte inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen

Ten behoeve van de informatiepositie van de curator gelden bij het faillissement van een rechtspersoon, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator voor een grotere groep personen (art. 106 lid 1 t/m 3 Fw). Daaronder vallen i) bestuurders, commissarissen, vennoten en feitelijk bestuurders, ii) de bestuurder(s) van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn van de gefailleerde, iii) de vennoten van een of meer vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen die bestuurder is of zijn van de gefailleerde, en iv) iedereen die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder, commissaris of vennoot bij de failliet verklaarde rechtspersoon was.

Verplichting curator om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden

Ten behoeve van de institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator wordt geëxpliciteerd dat de curator wettelijk verplicht is om bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel te onderzoeken of er sprake is van onregelmatigheden (art. 68 Fw).

Voorzien in vervolgstappen voor de curator bij constatering van onregelmatigheden

De curator heeft als taak om te proberen de schadelijke gevolgen van de onregelmatigheden voor de boedel zo veel mogelijk ongedaan te maken (blz. 5). De Wet versterking positie curator expliciteert de vervolgstappen in geval van onregelmatigheden in artikel 68 Fw. In het faillissementsverslag geeft de curator (globaal) aan hoe hij zijn fraudesignalerende rol vervuld heeft (art. 73a Fw) en onregelmatigheden moeten (vertrouwelijk) aan de rechter-commissaris worden gemeld. Als de curator of de rechter-commissaris dat nodig vindt, doet de curator, na het informeren van de rechter-commissaris, melding of aangifte bij de bevoegde instanties (art. 68 Fw). Voor melding is het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude van de FIOD het meest geëigende loket. Op basis van een melding kan door opsporingsinstanties een strafrechtelijk onderzoek worden gestart.

³⁷ Kamerstuk II 34 253, 2014-2015, nr. 3. Memorie van toelichting Wet versterking positie curator.

³⁸ Kloe de & Ortiz Aldana (2018). De auteurs lichten toe dat "Onder oud recht lag het risico van een lege boedel in dit soort situaties bij de curator, omdat hij geen recht had op 'kosteloze dienstverlening'" (p. 59).

Randvoorwaarden

Afstemming rol curator, rechter-commissaris en Openbaar Ministerie

De memorie van toelichting vermeldt dat het succes van versterking van de fraudesignalerende rol van de curator, en daarmee de bestrijding van faillissementsfraude, mede afhankelijk is van een goede samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie.³⁹ Er kunnen verschillen van inzicht bestaan, waarover de memorie van toelichting in antwoord op vragen tijdens de consultatiefase aangeeft dat de curator een melding bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude kan doen zonder toestemming van de rechter-commissaris en dat de rechter-commissaris de curator opdracht kan geven om een melding te doen als de rechter-commissaris dat nodig vindt en de curator niet. Meer in het algemeen verklaart de minister een goede samenwerking tussen de ketenpartners curator, rechter-commissaris en Openbaar Ministerie tot een randvoorwaarde voor de succesvolle bestrijding van faillissementsfraude.⁴⁰ Het wetsvoorstel voorziet hiervoor volgens de minister bewust in “slechts enkele globale kaders, opdat de praktijk die zo flexibel en praktijkgericht mogelijk kan invullen”.⁴¹ Als voorbeeld noemt de minister het faillissementsfraudespreekuur in Den Haag (en andere arrondissementen), waaraan curatoren, het Openbaar Ministerie, de FIOD en de Belastingdienst onder voorzitterschap van de rechter-commissaris enkele keren per jaar spreken over de aanpak van concrete fraudefaillissementen. Een tweede voorbeeld is de standaardisering van meldingsformulieren (door Openbaar Ministerie en FIOD), waarmee de werkzaamheden voor melding worden vergemakkelijkt.

Flankerend beleid

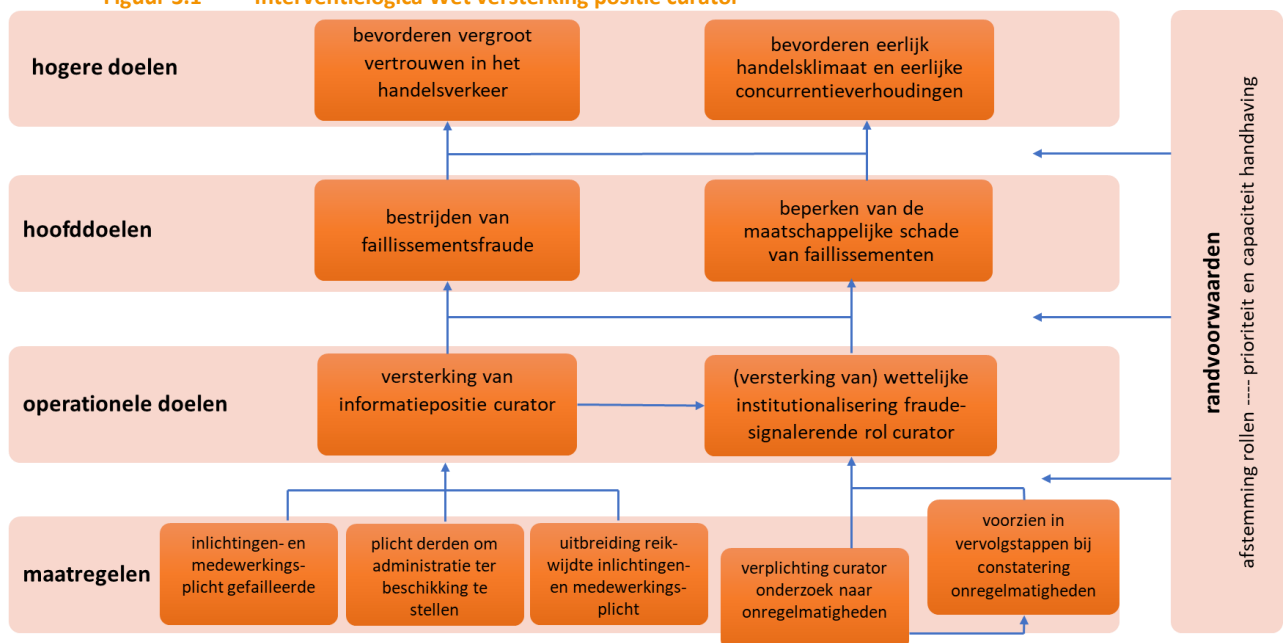
In de consultatiefase is gewezen op het belang van flankerend beleid (d.w.z. voldoende capaciteit, prioriteit en deskundigheid) voor de bestrijding van faillissementsfraude nadat de curator melding of aangifte heeft gedaan. De minister stemt hiermee in en uit zich positief over een aantal relevante ontwikkelingen, zoals het instellen van de eerder genoemde faillissementsfraudespreekuren, het selectieoverleg tussen de FIOD en het Openbaar Ministerie voor complexe zaken, resultaatafspraken tussen het Openbaar Ministerie en politie, en het organiseren van themazittingen voor een effectieve berechting van eenvoudige faillissementsfraudezaken. Flankerend beleid ten behoeve van de opvolging van fraudemeldingen kan dus als een randvoorwaarde worden gezien voor een werkend verband tussen de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator en daartoe leidende verbeterende mogelijkheden om onregelmatigheden te signaleren als operationeel en intermediair doel, en de bestrijding van faillissementsfraude als hoofddoel.

³⁹ In de memorie van toelichting gebruikt de minister de term ‘samenwerking’. Vanuit de kring van de rechters-commissarissen is aangevoerd dat een rechter-commissaris een toezichtsrelatie met de curator heeft en geen samenwerkingsrelatie. Ook ten opzichte van het Openbaar Ministerie heeft de rechter-commissaris een onafhankelijke rol. Samenwerking is vanuit dat perspectief geen goede term om de verhoudingen te karakteriseren. Dit neemt niet weg dat de rechter-commissaris wel een faciliterende rol kan spelen, bijvoorbeeld door het voorzitten van het faillissementsspreekuur. In het vervolg van dit rapport gebruiken we kortheidshalve de term ‘samenwerking’ die door de minister wordt gebezigd. De lezer wordt geacht dit te interpreteren als het geheel van afstemming, facilitering en communicatie waar het de verhouding tussen de rechters-commissarissen, de curatoren en het Openbaar Ministerie betreft.

⁴⁰ Kamerstuk II 29 911, 2012-2013, nr. 74. Bestrijding georganiseerde criminaliteit.

⁴¹ Kamerstuk II 34 253, 2014-2015, nr. 3. Memorie van toelichting Wet versterking positie curator, p. 6.

Figuur 3.1 Interventiologica Wet versterking positie curator



3.3 Belangrijkste discussiepunten over de interventielogica

In de memorie van toelichting bij het voorstel van Wet versterking positie curator wordt een aantal discussiepunten beschreven. We noemen hier 1) de mogelijke wrijving tussen de kerntaak van de curator en de hoofdoelen van de Wet versterking positie curator, 2) de aansluiting van de wet bij de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, 3) het *nemo tenetur* beginsel (dat inhoudt dat niemand gehouden is om tegen zichzelf bewijs te leveren en daardoor aan zijn eigen veroordeling mee te werken)⁴² en 4) de nalevingskosten van de wet.

Kerntaak curator: belangen dienen van gezamenlijke schuldeisers

Een punt van discussie dat is opgevoerd tegen de Wet versterking positie curator is de ogenschijnlijke belangentegenstelling tussen de (traditionele) kerntaak van de curator en de hoofdoelen van de Wet versterking positie curator. De kerntaak van de curator is “het beheer en de vereffening van de failliete boedel met als uiteindelijke doel de eventuele opbrengst onder de schuldeisers te verdelen.”⁴³ In zijn beleidsafwegingen mag hij, zo stelt de memorie van toelichting, ook belangen van maatschappelijke aard betrekken.⁴⁴ Volgens de minister wordt de kerntaak van de curator niet wezenlijk aangetast met het wetsvoorstel, en zal een versterking van de positie van de curator naar verwachting ook bijdragen aan het vereffenen van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers: “Kortom, de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren is in wezen inherent aan en ligt in het logische verlengde van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen” (p. 3). De memorie van toelichting benadrukt dus dat de hoofdoelen van de wet niet in strijd zijn met de kerntaak van de curator. Toch is niet geheel duidelijk hoe ‘het dienen van de belangen van gezamenlijke schuldeisers’ zich als doel verhoudt tot de twee geïdentificeerde hoofdoelen in de interventielogica van de Wet versterking positie curator (bestrijden faillissementsfraude en beperken maatschappelijke schade van faillissementen). Dat roept ook de vraag op in hoeverre de curator zich geprikkeld voelt om (extra) onderzoek te verrichten naar mogelijke onregelmatigheden, met name wanneer dat in de ogen van de curator niet leidt tot vergroting van het boedelactief. Het onderzoek zal immers kosten meebrengen, die, als daar geen baten tegenover staan, leiden tot een verkleining van het boedelactief waarmee schuldeisers geheel of gedeeltelijk kunnen worden gecompenseerd. Bestaande vergoedingsregelingen voor curatoren, in het bijzonder de Garantstellingsregeling, kunnen de

⁴² Kamerstuk II 34 253, 2014–2015, nr. 3. Memorie van toelichting Wet versterking positie curator, p. 7-8, 10.

⁴³ Kamerstuk II 34 253, 2014–2015, nr. 3. Memorie van toelichting Wet versterking positie curator, p. 2.

⁴⁴ Kamerstuk II 34 253, 2014–2015, nr. 3. Memorie van toelichting Wet versterking positie curator, p. 2-3.

curator in staat stellen om onderzoek te doen en aansprakelijkheidsprocedures te entameren, maar vereisen dat er verhaalsmogelijkheden zijn. De Garantstellingsregeling is niet specifiek gericht op onderzoek naar onregelmatigheden en fraude en voorziet niet in vergoedingen of voorschotten in geval van faillissementen met een lege boedel of een beperkt boedelactief zonder aantoonbare verhaalsmogelijkheden.⁴⁵

Aansluiting bij de Wet civielrechtelijk bestuursverbod

In de consultatie is gewaarschuwd voor een stapeling van acties en procedures, omdat zowel de curator als het Openbaar Ministerie bij constatering van fraude een civielrechtelijk (of, in het geval van het Openbaar Ministerie, een strafrechtelijk) bestuursverbod mogen vorderen. De minister van Justitie en Veiligheid antwoordt in de memorie van toelichting dat de twee wetten complementair aan elkaar zijn, en de beslissing om een bestuursverbod te vorderen primair bij de curator ligt met een vangnetrol voor het Openbaar Ministerie.

Het nemo teneturbeginsel

In de consultatiefase hebben verschillende partijen gevraagd naar de relatie tussen het wetsvoorstel en het nemo teneturbeginsel: niemand is gehouden om tegen zichzelf bewijs te leveren en daardoor aan zijn eigen veroordeling mee te werken. De minister stelt dat de inlichtingen- en medewerkingsverplichting van de gefailleerde niet conflicteert met het nemo teneturbeginsel. De inlichtingenplicht staat volgens hem volledig ten dienste van de afwikkeling van het faillissement, in welk stadium (nog) geen sprake is van strafrechtelijk onderzoek. Wanneer de inlichtingen van de bestuurder leiden tot een melding of aangifte van fraude, mogen de verklaringen van de gefailleerde die verkregen zijn onder dreiging van een sanctie niet gebruikt worden voor de strafvervolgning - indien en voor zover het gaat om wilsafhankelijk materiaal en de verklaringen betrekking hebben op een strafbaar feit ten aanzien waarvan de gefailleerde tot verklaren werd gedwongen. Het is aan de strafrechter om hierover te oordelen. In de interventielogica is te zien dat de inlichtingen- en medewerkingsplichten van de gefailleerde dienen te leiden tot een versterking van de informatiepositie van de curator om mogelijkheden tot het signaleren van onregelmatigheden te verbeteren en zodanig een positief effect te hebben op de bestrijding van faillissementsfraude, maar dit conflicteert volgens de wetgever dus niet met het nemo teneturbeginsel.

Nalevingskosten

De memorie van toelichting noemt de nalevingskosten van de wet zeer beperkt. Op oud-bestuurders, -vennoten en -commissarissen, feitelijk bestuurders en rechtspersonsbestuurders zal naar verwachting slechts in weinig gevallen een beroep worden gedaan; een vergoeding voor commerciële partijen die over de administratie beschikken zal verwaarloosbaar zijn, het Openbaar Ministerie heeft niet om extra middelen gevraagd en voor een beperkte extra tijdbesteding voor de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris wordt binnen de reguliere kaders dekking gezocht. Over de kosten van additionele activiteiten van de curator zegt de minister dat daarvoor geen kwantitatieve onderbouwing is gegeven en dat nog zal worden bezien in hoeverre die zo nodig voor vergoeding binnen de bestaande Garantstellingsregeling curatoren in aanmerking kunnen komen, voor zover de boedel geen ruimte biedt. Voor het doen van aangifte (anders dan meldingen) bij een ontoereikende boedel is er een vergoedingsregeling.⁴⁶ Dat de extra activiteiten voor onderzoek en melding in eerste instantie uit de boedel moeten worden bekostigd, kan mogelijk als conflicterend gezien worden met de kerntaak van de curator om te streven naar een zo groot mogelijk boedelactief ter verdeling onder de schuldeisers.

3.4 Van interventielogica naar uitvoeringspraktijk

De kernvraag bij de identificatie van de interventielogica is: wat zijn de beoogde doelen van de Wet versterking positie curator en met behulp van welke maatregelen zouden de doelen bereikt moeten worden? De interventielogica bevat hoofddoelen, operationele doelen en maatregelen. Er zijn twee hoofd-

⁴⁵ Pro Facto (2019).

⁴⁶ De curator kan bij de FIOD een beroep doen op een vergoeding van de kosten voor het doen van strafrechtelijke aangifte (uren voor het doen van aangifte, reis- en parkeerkosten) bij een ontoereikende boedel.

doelen, namelijk het bestrijden van faillissementsfraude en het zo veel mogelijk beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen. Zowel de versterking van de informatiepositie als de institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator wordt geacht hieraan bij te dragen. De verwachting van de wetgever is dat een versterking van de informatiepositie en een explicitering van de fraudesignalerende rol van de curator samen kunnen gaan met het belang van gezamenlijke schuldeisers. Hun belang en het maatschappelijk belang worden beide gediend.

Er is echter discussie over de mate waarin de kerntaak van de curator (beheer en vereffening van de boedel) in lijn of in strijd is met de hoofddoelen van de Wet versterking positie curator. Vragen die de procesevaluatie moet beantwoorden zijn dus hoe de curator aankijkt tegen de verhouding tussen het doel van zijn werkzaamheden en de Wet versterking positie curator, en hoe dat zijn werkzaamheden beïnvloedt, maar ook of de versterking van zijn informatiepositie en fraudesignalerende rol inderdaad leidt tot het behoud van een zo groot mogelijk boedelactief.

Om de informatiepositie van de curator te versterken, worden hoofdzakelijk verplichtingen aan gefailleerden en (een uitgebreide groep) betrokken derden opgelegd. Zij hebben duidelijkere inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen en moeten administratie ter beschikking stellen. De institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator expliciteert juist de plichten van de curator: hij dient te onderzoeken of er sprake is van onregelmatigheden en deze, indien gesignaleerd, te melden bij de rechter-commissaris en vervolgens ook bij de handhavende instanties. Verder geeft hij in het faillissementsverslag aan hoe hij zijn fraudesignalerende rol vervuld heeft. Om van het identificeren van onregelmatigheden die duiden op fraude te komen tot effectief bestrijden van onregelmatigheden in faillissementen, waaronder faillissementsfraude, zijn twee randvoorwaarden geïdentificeerd: een goede afstemming van de rollen van de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie, en flankerend beleid voor de opvolging van fraudemeldingen.

Of de interventielogica in de praktijk kan worden gebracht, en of de maatregelen bijdragen aan de realisatie van de operationele en hoofddoelen, moet worden afgemeten aan de uitvoering. Daarbij moet de vraag beantwoord worden of de informatiepositie van de curator in de praktijk versterkt wordt en of dat bijdraagt aan het hoofddoel van bestrijden van faillissementsfraude en aan het operationele doel van versterking van de fraudesignalerende rol van de curator. Een tweede vraag is of en hoe de curator uitvoering geeft aan zijn onderzoeksverplichting, in hoeverre dit leidt tot het informeren van de rechter-commissaris, hoe hun interactie verloopt en in hoeverre dit leidt tot meldingen bij handhavende instanties. Omdat de samenwerking tussen ketenpartners en het flankerend beleid ten aanzien van de opvolging van meldingen randvoorwaarden zijn, moet hun werking in de praktijk worden onderzocht, omdat de aan- of afwezigheid de realisatie van de hoofddoelen zal beïnvloeden.

Hiermee zijn de belangrijkste onderwerpen voor de procesevaluatie van de Wet versterking positie curator benoemd.

4 Uitvoering

In dit hoofdstuk worden ervaringen met de uitvoering en uitkomsten van de Wet versterking positie curator beschreven, ingedeeld naar de belangrijkste onderdelen van de wet: de gevolgen voor de informatiepositie, de uitvoering van het fraudeonderzoek en de meldingen van fraudesignalen aan de rechter-commissaris en het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. De informatie is gebaseerd op interviews met curatoren, rechters-commissarissen en medewerkers van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude en het Openbaar Ministerie, registraties van het Openbaar Ministerie en het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, een analyse van een steekproef van faillissements(eind)verslagen van faillissementen die in 2014 en 2018 (voor en na het van kracht worden van de wet) zijn uitgesproken en een expertmeeting met deelnemers uit de kring van de curatoren, rechters-commissarissen, het Openbaar Ministerie, de politie, de Belastingdienst en het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude.⁴⁷ Ook worden interview- en enquêtegegevens benut uit recente andere onderzoeken naar de aanpak van faillissementsfraude door curatoren.⁴⁸

4.1 Informatiepositie

Wettelijke bepalingen

In de Wet versterking positie curator zijn de inlichtingen- en medewerkingsverplichting van de gefailleerde en derden aangescherpt en verduidelijkt (art. 105, 105a en 105b Fw). De gefailleerde is verplicht desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die de curator nodig heeft en ook uit eigen beweging de curator in te lichten over relevante feiten en omstandigheden die voor de afwikkeling van het faillissement relevant zijn (artikel 105 Fw). De gefailleerde dient mee te werken aan het beheer en de vereffening van de boedel, ook waar het buitenlandse vermogensbestanddelen betreft (artikel 105a Fw). De inlichtingen- en medewerkingsverplichting geldt ook voor echtgenoten en geregistreerde partners en voor voormalige bestuurders en commissarissen, tot drie jaar voorafgaand aan het faillissement. Derden die de administratie geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, waaronder ook (externe) accountants en accountantsorganisaties, moeten de administratie aan de curator ter beschikking stellen en kunnen geen beroep kunnen doen op een retentierecht (het recht om producten en diensten waarvoor een failliete opdrachtgever nog niet betaald heeft onder zich te houden) (art. 105b Fw).

Ervaringen van curatoren en rechters-commissarissen

In algemene zin is er een positief oordeel over de nieuwe wettelijke bepalingen. De grote meerderheid van de curatoren vindt de manier waarop de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen zijn geformuleerd nuttig. Tegelijk is er de vaststelling dat de inhoud in hun ogen niet nieuw is: “het is een bevestiging van wat we al wisten”, “het gaat om codificatie” en “de verplichting was er al, maar met de wet in de hand is het wat dwingender.”

Het positieve oordeel van de curatoren is in het bijzonder ingegeven door de expliciete vermelding van de medewerkingsplicht van derden met inbegrip van accountants- en accountantsorganisaties die de administratie geheel of gedeeltelijk onder zich hebben. De explicitering voorkomt (soms langdurige) discussies en maakt duidelijk dat deze derden zich niet op een retentierecht kunnen beroepen.

Eén keer is genoemd dat de explicitering van de inlichtingen- en medewerkingsverplichting van voormalige bestuurders belangrijk is, omdat dit het gemakkelijker maakt om hen aan te spreken op hun rol in het faillissement. Over de inlichtingen- en medewerkingsverplichting van partners en echtgenoten vindt geen enkele curator dat de wijzigingen in de wet verduidelijkingen of veranderingen van betekenis met zich brengen.

Het positieve oordeel over de verduidelijking betekent niet dat de curatoren in de praktijk grote effecten zien. Er is minder discussie (met name met boekhouders en accountants), maar dat leidt niet tot besparingen in tijd. Ook zien de curatoren geen effectiviteit in termen van een versterking van de aanpak van faillissementsfraude. Met name in frauduleuze faillissementen is de bestuurder onwillig, ontbreekt een administratie vaak geheel en zijn er ook geen derden ingeschakeld om een boekhouding bij te houden: “als een bestuurder niets wil geven en dwarsligt, heeft de wetstekst weinig meerwaarde”. Een respondent die regelmatig met frauduleuze faillissementen wordt geconfronteerd, is het meest kritisch:

⁴⁷ Voor een compleet overzicht wordt verwezen naar de bijlage.

⁴⁸ Pool (2022), Beke, e.a. (2021).

“de verplichting voor een bestuurder om informatie aan te leveren is eigenlijk een dode letter.” Curatoren die faillissementen van grotere ondernemingen afhandelen zeggen dat zij weinig geconfronteerd worden met onwillige bestuurders. Daar bestaat een goede informatiehuishouding en wordt de bestuurder vaak vergezeld door een derde (adviseur, accountant). Informatie is dan goed te vinden en wordt ook ter beschikking gesteld, zonder dat de curator een beroep op de wet hoeft te doen. Een gebrek aan bereidheid van bestuurders om inlichtingen te verstrekken en mee te werken aan de afhandeling van het faillissement is er dus nog steeds en maakt dat het bij gelegenheid noodzakelijk wordt geacht om dwangmiddelen in te zetten, zoals binnentreden en gijzeling. Gijzeling (meestal in een huis van bewaring, maar eventueel ook in de eigen woning onder toezicht van de politie) kan soms enkele dagen duren, maar wordt in een enkel geval pas na maanden (zonder resultaat) beëindigd. Aan de rechters-commissarissen is geen specifieke vraag over de verbetering van de informatiepositie in de wet gesteld. Gevraagd naar de verandering die de wet voor de uitvoering van hun werk heeft gebracht, noemen rechters-commissarissen geen effecten van de versterking van de informatieverplichting. Eén rechter-commissaris zegt nooit meer te horen dat de medewerking van boekhouders moeizaam verloopt. Een andere rechter-commissaris bevestigt de ervaring van curatoren dat de versterking van de informatieplicht bij frauduleuze faillissementen weinig of geen invloed op de uitvoeringspraktijk heeft.

Praktische problemen bij de tenuitvoerlegging van de inlichtingen- en medewerkingsverplichting

- Bij sommige faillissementen zijn er nog steeds discussies met derden over administraties, niet over het ter beschikking stellen van de informatie op zich, maar over de redelijke vergoeding voor werkzaamheden die met het leveren en leesbaar maken van de administratie gepaard gaan (door twee curatoren genoemd). Deze discussies worden mede ingegeven door de schade die de dienstverlener heeft opgelopen in de aanloop van het faillissement; zijn rekeningen zijn ook al enige tijd niet betaald.
- Bij concerns met meerdere (dochter)ondernemingen (die niet allemaal in staat van faillissement verkeren) komt het voor dat de administraties verweven zijn. Het is dan soms moeilijk om informatieplicht (over de failliete vennootschap) en geheimhouding (voor overige vennootschappen) goed te onderscheiden (een keer genoemd).
- Informatieverstrekking uit (deel)administraties bij banken, overheden en notarissen, waar administraties en cliëntgegevens op één server staan, stuit op discussies over geheimhouding en bescherming van persoonsgegevens (een keer genoemd).
- Het komt voor dat administraties verloren gaan als zij *in de cloud* worden opgeslagen en de vennootschap de rekeningen niet betaalt in verband met de financiële problemen die tot het faillissement hebben geleid (meerdere keren genoemd). Een bestuurder die zich vanwege deze reden beriep op onmacht bij het voldoen aan de inlichtingen- en medewerkingsverplichting jegens de curator is op dit punt zowel in eerste aanleg als in hoger beroep door de rechter in het ongelijk gesteld. De bestuurder had zich actiever kunnen opstellen om het verlies van de administratie te voorkomen en had ook de curator tijdig moeten informeren.⁴⁹

Problemen met de wetstekst

- Eén respondent heeft ervaren dat de expliciete vermelding van accountants in art. 105b Fw door andere partijen die (delen van) de administratie onder zich hebben zodanig werd opgevat dat de bepalingen over het ter beschikking stellen niet voor hen zouden gelden. Volgens de respondent is deze stellingname inmiddels door de rechter verworpen.
- Het ontbreken van een definitie van het begrip administratie in art. 105b kan voor onduidelijkheid zorgen: is het niet beter om te spreken van alle bescheiden die de curator nodig heeft? (één keer genoemd).
- De omschrijving van de kring van personen voor wie de inlichtingen- en medewerkingsverplichting geldt in art. 105b Fw: vallen werknemers hieronder? (één keer genoemd).
- Art. 105a Fw bevat een open norm, wat voor bestuurders een ingang biedt om de levering van informatie lang voor zich uit te schuiven. Dit wordt (volgens één curator) benut door beroepsmatige fraudeurs. Daarbij kan het lastig zijn om aan te tonen dat een betrokkene feitelijk beleidsbepaler is,

⁴⁹ ECLI:NL:GHDHA:2021:1570.

vooral als de administratie ontbreekt. Eén curator stelt voor om dit zodanig te wijzigen dat de curator het aannemelijk moet maken dat iemand feitelijk beleidsbepaler is.

Opmerkingen rond de informatiepositie die niet met de WVPC te maken hebben

- In samenhang met de voortschrijdende digitalisering veranderen administraties, waardoor er meer en nieuwe expertise nodig is voor de beoordeling en het onderzoek. Het is de vraag of die expertise bij alle curatoren beschikbaar is. Dat geldt zeker voor kleinere kantoren en bij faillissementen waarin de omvang van de boedel te gering is voor inschakeling van externe experts, zoals (forensisch) accountants.
- Verschillende curatoren zeggen dat overheidsinstanties als de Belastingdienst en UWV terughouden met het delen van informatie. Ze kennen de precieze redenen niet, maar vermoeden dat er sinds de komst van de Algemene verordening gegevensbescherming nieuwe instructies en beleidsregels zijn die in de praktijk erg beperkend uitpakken.
- Een curator vindt dat overheidsinstanties niet voldoende informatie geven die helpt bij het opsporen van onvindbare bestuurders. Dit geldt bijvoorbeeld voor bestuurders die niet voldoen aan de inlichtingen- en medewerkingsverplichting en waarvoor de rechter-commissaris een machtiging tot gijzeling heeft afgegeven, die binnen een bepaalde termijn geëffectueerd moet worden. In de expertmeeting werd hierbij verwezen naar de beperkingen op het delen van persoonsgegevens op grond van de Wet politiegegevens.

Bevindingen informatiepositie samengevat

Een voorlopige conclusie over de bepalingen in de Wet versterking positie curator aangaande de versterking van de informatiepositie van de curator is dat de verduidelijking die de artikelen in de wet bieden positief wordt beoordeeld, in het bijzonder het artikel 105b over de verplichting aan “derden met inbegrip van accountants en accountantsorganisaties.” Voor het overige worden de gewijzigde en toegevoegde artikelen 105 t/m 105b Fw en 106 t/m 106e Fw vooral gezien als codificatie en bevestigen ze grotendeels wat volgens alle respondenten al vastlag in de wet en de jurisprudentie. Voor de uitvoeringspraktijk, waaronder de tijdsbesteding, hebben de wijzigingen volgens de curatoren (en de rechters-commissarissen) weinig gevolgen, behalve waar het de vereenvoudiging en bekorting van discussies met boekhouders en administratiekantoren betreft. Problemen met het verkrijgen van medewerking en informatie van bestuurders van (vooral kleinere) frauduleuze vennootschappen worden door de wet niet opgelost.

4.2 Onderzoeksverplichting

Wettelijke bepalingen

Ingevolge de Wet versterking positie curator expliciteert art. 68 Fw dat de curator verplicht is om bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel te onderzoeken of er sprake is van onregelmatigheden.

Omvang en reikwijdte van het onderzoek

In de wet zijn de opzet, de vorm, de omvang en de reikwijdte van het onderzoek niet nader omschreven. Wel is vastgelegd dat de curator in het faillissementsverslag aangeeft hoe hij zijn fraudesignalerende rol vervuld heeft (art. 73a Fw). Er bestaat geen protocol voor de uitvoering van het oorzakenonderzoek, al is er in het verleden wel voor gepleit.⁵⁰ Er is een handreiking met praktijkregels van Insolad, waarin staat dat de wijze waarop de curator het onderzoek (het rechtmatigheidsonderzoek met daarbij het fraudeonderzoek) uitvoert kan verschillen, waarbij hij het onderzoek in kleine faillissementen met een overzichtelijke hoeveelheid feiten doorgaans zelf zal uitvoeren. In grotere faillissementen of faillissementen met een gecompliceerde feitenstructuur kan het nodig zijn externe deskundigen, zoals (forensische) accountants, in te schakelen (praktijkregels Insolad 5.1).

Van de ondervraagde curatoren in het onderzoek van Pool is een minderheid van 29 procent van de curatoren het eens of helemaal eens met de stelling dat het onderzoek aan de hand van een vooraf vastgesteld protocol moet worden uitgevoerd. Een kwart van de curatoren zegt het onderzoek vaak of

⁵⁰ Wel bestaat een (niet-openbare) Landelijke leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen, die op initiatief van prof. mr. C.M. Hilverda en in opdracht van het ministerie van Justitie en Veiligheid vanuit de Radboud Universiteit is ontwikkeld.

(bijna) altijd uit te voeren aan de hand van een vooraf uitgevoerd protocol (waarmee niet gezegd is dat dit voor elk faillissement hetzelfde is).⁵¹

Cijfers

In de enquête in het onderzoek van Pool zegt 95 procent van de bijna 150 ondervraagde curatoren vaak of (bijna) altijd een oorzakenonderzoek uit te voeren in een faillissement (circa een kwart van de respondenten heeft deze vraag niet beantwoord). Tegelijkertijd is niet meer dan de helft van de curatoren het eens of helemaal eens met de stelling dat in ieder faillissement een oorzakenonderzoek moet plaatsvinden. Het onderzoek mag volgens hen achterwege blijven als de boedel niet voldoende middelen bevat (26% mee eens of helemaal mee eens) of als op voorhand duidelijk is dat bestuurders of andere mogelijk aansprakelijke personen geen verhaal bieden (33% mee eens of helemaal mee eens). Meer dan de helft van de respondenten is het eens met de stelling dat het hoofddoel van het oorzakenonderzoek het verkrijgen van een gedetailleerd inzicht in de feitelijke gang van zaken voorafgaand aan het faillissement moet zijn (60% mee eens of helemaal mee eens) en 41 procent vindt dat het hoofddoel van het oorzakenonderzoek vooral het genereren van extra middelen voor de boedel moet zijn.

Ervaringen interviews curatoren en rechters-commissarissen

De grote meerderheid van de curatoren zegt dat het fraudeonderzoek na het van kracht worden van de Wet versterking positie curator een vaste plaats in de afwikkeling van faillissementen heeft gekregen. Dat houdt in dat het duidelijk is dat er aandacht aan de mogelijkheid van fraude moet worden besteed. Dit betekent niet dat er een onderzoek met een bepaalde standaard of een specifiek instrumentarium wordt uitgevoerd. Ook zegt geen enkele respondent dat er sinds de wetwijziging andere of extra onderzoeksactiviteiten worden uitgevoerd om fraude te signaleren of vast te stellen. Eén curator zegt dat er in de regio waar hij werkt van oudsher veel aandacht is voor faillissementsfraude, met een actief Team Toezicht bij de rechtbank en een netwerk van betrokken organisaties. Een andere curator zegt dat er in het rechtmatigheidsonderzoek altijd wel aandacht is besteed aan fraude, al gebeurde dat vooral vanuit civielrechtelijk perspectief: zijn er transacties die teruggedraaid moeten worden ten gunste van de boedel? Voor alle respondenten geldt dat hun werkwijze niet of nauwelijks veranderd is. Het is niet zo dat zij een door de wet opgelegde plicht voelen om *meer* of *extra* onderzoek uit te voeren.

Hoe diepgaand het onderzoek is en hoe ver het gaat, verschilt van curator tot curator en van faillissement tot faillissement. Het fraudeonderzoek loopt voor een belangrijk deel parallel met het rechtmatigheidsonderzoek ten behoeve van de schuldeisers en het gaat daardoor lang niet altijd om extra of nieuwe activiteiten. De omvang en de diepgang van het onderzoek worden sterk beïnvloed door de beschikbare middelen (de omvang van de boedel) in relatie tot de noodzaak om efficiënt te werken en het faillissement doelmatig af te ronden. In geval van een tekort aan middelen en een (verondersteld) gebrek aan verhaalsmogelijkheden zal het onderzoek zich beperken tot het opvragen en doornemen (op opvallende transacties) van de administratie, bankafschriften, gegevens van de RDW over voertuigen en in voorkomende gevallen een netwerktekening bij de dienst TRACK van Justis over relaties met andere bestuurders en vennootschappen.

Voor het fraudeonderzoek bestaat geen standaard methodiek of protocol dat voor de sector geldt, wel zijn er afzonderlijke (grotere) kantoren die een vastgelegde werkwijze hebben. Bij één (groot) kantoor wordt het fraudeonderzoek door een ander dan de curator uitgevoerd, om de onafhankelijkheid te waarborgen. Bij grotere kantoren en omvangrijkere boedels zijn er ook middelen om derden in te schakelen, bijvoorbeeld forensisch accountants. Dat gebeurt echter niet bij kleinere kantoren en faillissementen met beperkte of lege boedels. Meerdere curatoren zeggen dat het niet goed mogelijk is om volgens een standaard methodiek of protocol te werken en dat de (doelmatige) werkwijze bij de afwikkeling van een faillissement gekenmerkt wordt door voortdurende (pragmatische) keuzes, afhankelijk van de aangetroffen omstandigheden en mogelijkheden om het boedelactief te vergroten. Twee curatoren zijn ronduit cynisch: “het onderzoek gebeurt in beginsel minimaal” en “in negentig procent van de faillissementen doet de curator alleen het minimale aan het fraudeonderzoek”.

Als het onderzoek beperkt is, kan dat echter zeker niet altijd worden toegeschreven aan een gebrek aan fraudebewustzijn of motivatie bij curatoren: sommige zeggen gemotiveerd te zijn om fraude aan te pakken. Maar de middelen zijn beperkt en dan is het steeds de vraag wat verantwoord is ten opzichte van de schuldeisers. De wet heeft geen nieuwe mogelijkheden voor onderzoek gecreëerd.

⁵¹ Pool (2022), p. 123.

Veel van de curatoren merken op dat de kans op faillissementsfraude groot is bij kleinere faillissementen (ondernemingen met één of een beperkt aantal vestigingen en weinig personeel) en dat hier ook erg vaak sprake is van een lege boedel of in ieder geval zeer beperkte middelen. Nog sterker geldt voor fraudeuze faillissementen bij deze vennootschappen dat de bestuurder voorafgaand aan het faillissement grote schulden heeft opgebouwd en er geen of nauwelijks activa zijn. Dat de omvang en de diepgang van het fraudeonderzoek in sterke mate worden bepaald door de omvang van de boedel, heeft als consequentie dat juist in dit type faillissementen, met een grote kans op fraude, minder vaak uitgebreid fraudeonderzoek wordt gedaan – en dat fraude dus niet gesignaleerd wordt of niet voldoende onderbouwd kan worden om er actie op te ondernemen.

Het beeld dat de curatoren schetsen wordt onderschreven in de interviews met de rechters-commissarissen. Ook zij zien niet echt een verandering in het fraudeonderzoek van de curatoren na het van kracht worden van de wet. Zij vinden in het algemeen dat het fraudeonderzoek met voldoende diepgang wordt uitgevoerd. De diepgang kan bijvoorbeeld beperkt blijven bij faillissementen waarin niets op fraude wijst. De omvang van de boedel heeft een belangrijke invloed. Een zekere minimale inspanning is altijd nodig, maar het wordt niet juist of verantwoord gevonden dat een curator langdurig of veelvuldig moet werken zonder dat er een vergoeding tegenover staat. Rechters-commissarissen zien verschillen tussen curatoren (en staan zelf ook verschillend tegenover de taak). Een rechter-commissaris stelt dat “curatoren een natuurlijk instinct hebben om iets aan fraude te doen”. Een andere rechter-commissaris ziet veel scepsis bij curatoren en weer een andere rechter-commissaris merkt op dat “sommige curatoren idealistischer zijn dan andere.” Twee rechters-commissarissen noemen een percentage van 30 procent van curatoren die aangespoord moeten worden om aandacht te besteden aan fraude.

In algemene zin vinden rechters-commissarissen dat er altijd een vorm van fraudeonderzoek moet zijn. Tegelijk zijn ze gevoelig voor het probleem van de beperkte middelen en aanvaarden ze dat die consequenties hebben voor de omvang van het onderzoek. Een rechter-commissaris zegt daarover: “de curator is geen opsporingsambtenaar. ... en het is niet verantwoord dat een curator vaak en langdurig zonder vergoeding moet werken.”

Bevindingen onderzoeksverplichting samengevat

Het beeld dat uit de interviews komt is dat in algemene zin duidelijk is dat het fraudeonderzoek moet plaatsvinden en het heeft volgens de meeste respondenten een vaste plaats in de afwikkeling van faillissementen gekregen. Er is geen vaste systematiek of protocol waarmee vorm wordt gegeven aan het onderzoek. In de praktijk worden de vorm en de omvang sterk beïnvloed door de beschikbaarheid van financiële middelen. Het risico bestaat dat het onderzoek met name beperkt is bij faillissementen met een relatief grote kans op fraude, doordat de boedel vaak leeg is.

4.3 Meldingen

Wettelijke bepalingen

Als de curator onregelmatigheden in het faillissement vaststelt, moet dit aan de rechter-commissaris worden gemeld. De curator heeft de verplichting om te proberen de negatieve gevolgen van de onregelmatigheden voor de boedel zo veel mogelijk ongedaan te maken. Als de curator of de rechter-commissaris dat nodig vindt, doet de curator melding of aangifte bij de bevoegde instanties (art. 68 lid 2 Fw). Hiervoor is het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude het eerst aangewezen loket.⁵² De curator kan ook rechtstreeks melding doen bij de politie. Dit gebeurt bijvoorbeeld als er een voertuig is verdwenen. Na melding kan een aangifte volgen, waarna een bevoegde opsporingsinstantie een strafrechtelijk onderzoek kan starten.

⁵² Het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude is geen nieuw instrument in de Wet versterking positie curator; het bestaat sinds februari 2012.

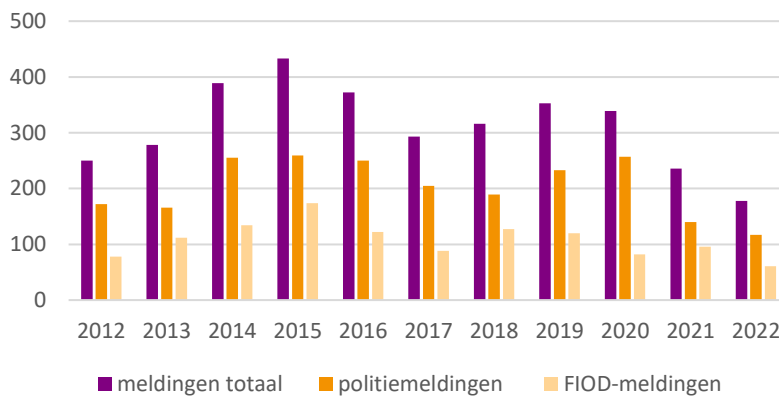
Cijfers: onregelmatigheden en frauduleus gedrag

In hoofdstuk 2 is een overzicht gegeven van schattingen over het aandeel faillissementen waarin sprake is van onregelmatigheden en faillissementsfraude. Een gemene deler is dat fraude in 10 tot 20 procent van de faillissementen voorkomt, met een groter aandeel faillissementen waarin onregelmatigheden voorkomen die mogelijk ook als frauduleus kunnen worden aangemerkt, maar die door de curator niet als zodanig zijn benoemd. Niet alle gevallen van (gesignaleerde) fraude worden bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude of elders bij een handhavende instantie gemeld. In de enquête van Pool onder bijna 200 curatoren zegt 61 procent vaak of (bijna) altijd melding van fraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude te doen.⁵³ In onderzoek naar (veelplegers van) faillissementsfraude uit 2021 zeggen curatoren in een enquête (N = 58) dat zij in gemiddeld 69 procent van de gevallen waarbij een verdenking van faillissementsfraude bestaat ook daadwerkelijk melding doen.⁵⁴ In het onderzoek in faillissementsverslagen voor deze evaluatie komen vergelijkbare percentages naar voren: bij de vermelding van de constatering van frauduleus gedrag volgt in ongeveer 60 procent een melding bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, zowel in de verslagen van faillissementen uitgesproken in 2014 als van die uitgesproken in 2018.

Meldingen Centraal Meldpunt Faillissementsfraude

Meldingen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude worden onderverdeeld naar omvang en complexiteit. Eenvoudiger zaken (met een schadebedrag van minder dan € 100.000) worden doorgezet naar de politie; de complexere en grotere zaken worden, als dat na analyse en verrijking (met nieuwe en extra gegevens) opportuun is, doorgezet naar de FIOD. In 2012 waren er 250 meldingen. Het aantal meldingen nam daarna toe tot 433 in 2015, waarna een dalende trend inzette naar 178 meldingen in 2022. Ongeveer twee derde is een politiemelding, een derde is voor de FIOD (figuur 4.1).

Figuur 4.1 Meldingen Centraal Meldpunt Faillissementsfraude totaal en naar type 2012-2022



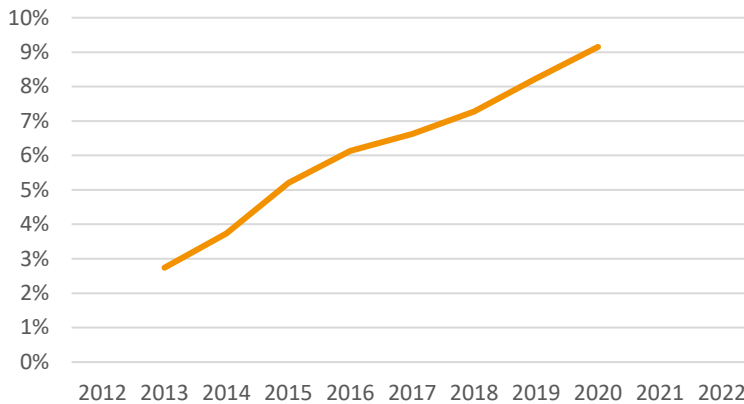
Bron: registratie Centraal Meldpunt Faillissementsfraude

Het aantal meldingen vertoont een dalende trend. Dit kan niet los worden gezien van de (sterker) dalende trend in het aantal faillissementen (zie hoofdstuk 2). Het is moeilijk om het aantal meldingen op jaarbasis in verband te brengen met het aantal uitgesproken faillissementen. Een melding kan vroeg in een faillissement worden gedaan, maar ook veel later, soms pas na jaren. Voor een beeld van de verhouding tussen het aantal faillissementen en het aantal meldingen is het beter om naar trends op de iets langere termijn te kijken. In figuur 4.2 zijn bij wijze van benadering driejaarlijks voortschrijdend gemiddelden voor het aantal faillissementen en het aandeel meldingen tegen elkaar afgezet. Dan blijkt dat het aantal meldingen als percentage van het aantal faillissementen (aanzienlijk) is toegenomen. Dit gebeurde vrij continu vanaf 2013 (hetgeen mede debet is aan de methode van voortschrijdende gemiddelden). Dit suggereert dat er een langetermijntrend is, die niet direct door het van kracht worden van de Wet versterking positie curator in 2017 is veroorzaakt of beïnvloed.

⁵³ Pool (2022), p. 128. De vraag is beantwoord door 141 respondenten.

⁵⁴ Beke e.a. (2021), p. 75.

Figuur 4.2 Meldingen als percentage van faillissementen, driejaarlijks voortschrijdende gemiddelden



Bron: registratie Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, bewerking Regioplan

Het geregistreerde aantal meldingen past bij een fraudepercentage in de orde van grootte van 15 procent (schattingen uit de verschillende bronnen) en een meldingsbereidheid (volgens de enquêtes) van ruim 60 procent. Dit maakt het aannemelijk dat curatoren bij ongeveer twee derde van de faillissementen waarin zij fraude constateren een melding bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude doen. Omgekeerd doen ze dat bij een derde van de faillissementen met fraudesignalen niet.

Ervaringen interviews curatoren en rechters-commissarissen

De geïnterviewde curatoren zeggen in grote meerderheid altijd, vrijwel altijd of heel vaak een melding te doen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude bij een vermoeden van fraude. Dit betekent niet dat alle constatering van onregelmatigheden tot een melding leiden.

Meldingen blijven achterwege als curatoren vinden dat de aanwijzingen voor fraude onvoldoende onderbouwd of niet sterk genoeg zijn. Een curator merkt daarbij op dat een bestuurder niet te gemakkelijk van fraude beschuldigd mag worden, vanwege de repercussies voor diens toekomst.

Verschillende curatoren noemen in dit verband de term kwade opzet: zij moeten ervan overtuigd zijn dat er sprake is van bewust frauduleuze handelingen die de bestuurder ook echt verweten kunnen worden. Een curator noemt het voorbeeld van een bestuurder die goed meewerkt, maar zichzelf toch nog een managementvergoeding uitbetaalt. Dit is niet toegestaan (paulianeus handelen) en zal leiden tot het terugdraaien van de transactie. Het leidt echter niet tot een melding, aangezien de curator begrip heeft voor de beweegredenen van de bestuurder. Een ander voorbeeld gaat over een gokverslaafde bestuurder, waarvan de curator vindt dat hij in de hulpverlening thuishoort en niet in het strafrecht (en er volgde dus geen melding).

Als redenen om wel meldingen te doen, naast de verplichting in de wet, worden genoemd: de opstelling van de rechter-commissaris, die op melding aandringt, en, daarmee samenhangend, dat de curator en de rechter-commissaris het normaal zijn gaan vinden dat er een melding wordt gedaan.

Verschillende respondenten, zowel curatoren als rechters-commissarissen, noemen als argument voor het doen van meldingen dat ze tot een opsporingsonderzoek kunnen leiden, waarmee de curator zijn voordeel kan doen. In het opsporingsonderzoek kunnen onderzoeksmiddelen en -bevoegdheden worden ingezet waarover de curator niet beschikt en die ertoe kunnen leiden dat tot dan toe verborgen vermogen gevonden wordt. Eén respondent maakte mee dat een melding leidde tot een opsporingsonderzoek waarin activa werden gevonden die zij vervolgens kon aanwenden in de afwikkeling van het faillissement. Een andere respondent zegt dat een melding soms een laatste reddingsboei is als in een vermoedelijk frauduleus faillissement middelen ontbreken om uitgebreid fraudeonderzoek te doen. Het onderzoek wordt snel afgerond en er wordt een melding gedaan in de hoop dat het Openbaar Ministerie de zaak oppakt.

De meeste respondenten zien weinig heil in meldingen. Ze doen ze wel, maar zonder al te veel verwachtingen van een positief of merkbaar effect. Ze hebben het gevoel, of de ervaring, dat de meldingen tot niets leiden, in ieder geval niet tot merkbare acties van FIOD, Openbaar Ministerie en politie. Eén curator zegt expliciet dat hij daarom weinig meldingen doet: "als het kansloos is, doe ik het niet". Daarmee doelt hij op de kans dat een melding tot een opsporingsonderzoek leidt, waar hij in civiele zin voordeel

van heeft. De rechter-commissaris is het hiermee eens. Deze curator heeft nog nooit meegemaakt dat die op melding heeft aangedrongen of heeft moeten aandringen.

De meeste curatoren zeggen dat zij wel meldingen doen, ondanks een gebrek aan vertrouwen in het nut ervan. Dat leidt onder andere tot meldingen waar zij weinig werk van maken en die daardoor weinig informatief zijn.

Vrijwel alle curatoren zeggen de fraudesignalen met de rechter-commissaris te bespreken. De geïnterviewde rechters-commissarissen vinden allemaal dat curatoren vermoedens van fraude moeten melden en dringen daar, indien nodig, ook op aan. Twee rechters-commissarissen zeggen dat zij vervolgens controleren of de melding inderdaad gedaan is (op basis van vermelding in het faillissementsverslag). Zij noemen een percentage van dertig van curatoren die niet geneigd zijn om een melding te doen als dat wel zou moeten.

Twee rechters-commissarissen zeggen dat een schikking een reden kan zijn om geen melding te doen als dit de schikking zou verhinderen of belemmeren. Een rechter-commissaris zegt de curator aan te raden om na de melding contact te zoeken met de officier van justitie om te bezien of er een opsporingsonderzoek wordt gestart waarop de curator kan meeliften, in die zin dat er mogelijk activa worden opgespoord met inzet van middelen en bevoegdheden waar de curator niet over beschikt. Indien nodig wordt het faillissement open gehouden in afwachting van de beslissing over de start of de uitkomsten van het onderzoek. Om de administratieve lasten voor de curator te beperken kan dan worden afgesproken om de frequentie van verslaglegging gedurende de onderzoeksperiode te beperken.

In welke fase van het faillissement een melding wordt gedaan, kan samenhangen met verwachtingen over het onderzoek: als het kansrijk is, kan het wenselijk zijn om snel een melding te doen om zo mee te liften met een onderzoek; omgekeerd kan het ook wenselijk worden geacht om eerst het verloop van het faillissement en gesprekken met de bestuurder af te wachten en eventueel later een melding te doen. Dit gebeurt mede om te voorkomen dat de melding de verhouding met de bestuurder schaadt en daardoor diens medewerking aan de afwikkeling van het faillissement negatief beïnvloedt.

Dat rechters-commissarissen aandringen op meldingen en er veelal ook actief toezicht op houden, betekent niet dat zij de problemen die door curatoren wordt genoemd niet zien. Zij horen van curatoren dat er in hun beleving meestal niets met de meldingen wordt gedaan en vinden zelf ook dat de opvolging van meldingen door justitie en politie tekortschiet. Dat is geen persoonlijk verwijt en ze hebben begrip voor de noodzaak om prioriteiten te stellen, maar de consequenties voor de aanpak van faillissementsfraude vinden ze zeer teleurstellend. Dat betekent dat de rechters-commissarissen begrip hebben voor een beperkte inspanning bij het doen van meldingen en een geringe kwaliteit van de meldingen ("meldingen voor de statistiek").

Opvolging van meldingen: informatie en terugkoppeling

Zoals eerder beschreven worden meldingen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude deels doorgezonden naar de politie en deels naar de FIOD. Kleinere faillissementen gaan naar de politie-eenheden, grotere worden door de FIOD opgepakt. De verhouding is ongeveer 70-30 (zie ook figuur 4.1). De meldingen van grotere faillissementen worden door medewerkers van het meldpunt geanalyseerd en zo nodig verrijkt door navraag bij curatoren, aan wie vervolgens kan worden gevraagd om aangifte te doen.

Daarna kan een opsporingsonderzoek worden gestart. In 2022 werden 32 van de 61 FIOD-meldingen (52%) geselecteerd voor opvolging met een strafrechtelijk onderzoek. Volgens opgave van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude wordt de curator daar altijd van op de hoogte gesteld, ook als de beslissing wordt genomen om geen onderzoek te starten. In hoeverre meldingen tot onderzoeken leiden, wordt niet alleen bepaald door de ernst van de zaken, maar ook door de beschikbare capaciteit. Faillissementsfraude concurreert met andere zaken in de financieel-economische criminaliteit, zoals witwassen.

Onderzoeken die naar de politie worden doorverwezen, worden in de regio's beoordeeld. Zij concurreren niet alleen met andere zaken op het gebied van financieel-economische criminaliteit, maar met alle zaken waarvoor een beroep wordt gedaan op recherchecapaciteit, dus bijvoorbeeld ook met de high impact crimes, zoals woninginbraken (criminaliteit met een grote impact op burgers). De selectie van meldingen van faillissementsfraude voor opvolging wordt bemoeilijkt als een melding van mindere kwaliteit is. De kans op opvolging wordt dan (nog) kleiner. Bij ten minste één politie-eenheid leidt ongeveer de helft van de meldingen tot een opsporingsonderzoek; volgens opgave van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude is dat bij de andere eenheden (veel) minder. De politie zal melders niet op de hoogte

stellen als een melding terzijde wordt gelegd; dit gebeurt alleen bij aangiften. De kans is daardoor groot dat curatoren die een melding van een kleinere fraudezaak hebben gedaan, hier geen terugkoppeling over krijgen. Voor een grotere fraudezaak (de minderheid die voor opvolging door de FIOD in aanmerking kan komen) is de kans op het ontbreken van terugkoppeling kleiner. Als politiezaken weinig in onderzoek worden genomen, betekent dit dat er bij de meerderheid van de fraudemeldingen geen terugkoppeling naar curatoren is. In tegenstelling tot de uitspraken in de interviews zegt de helft van de ondervraagde curatoren in de enquête in het onderzoek van Pool dat zij vaak of (bijna) altijd een reactie op een melding krijgen en bijna een derde dat dat soms het geval is.⁵⁵ Een niet onlogische interpretatie is dat een ervaren gebrek aan terugkoppeling meer te maken heeft met de beperkte opvolging (door een zesde van de respondenten “vaak of bijna altijd” genoemd en door de overige “soms, zelden of nooit”) en doordat curatoren vinden dat zij laat of niet worden geïnformeerd over het verloop en de resultaten van strafrechtelijke onderzoeken.

Bevindingen meldingen samengevat

Frauduleus gedrag in faillissementen wordt, indienesignaleerd, in de meerderheid van de gevallen besproken met de rechter-commissaris en vervolgens gemeld bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, als de curatoren dat nodig of wenselijk achten. De kwalificatie van het gedrag door de curator en het verloop van het faillissement hebben invloed op de mate waarin (en ook op het tijdstip waarop) meldingen worden gedaan. De meeste curatoren hebben weinig vertrouwen in het nut van meldingen en de opvolging ervan. Zij besteden er weinig tijd aan, hetgeen ten koste gaat van de kwaliteit van de meldingen en de bruikbaarheid voor opvolging.

4.4 Belangenpluralisme

In de discussie tijdens het wetgevingstraject is gewezen op de mogelijke strijdigheid van de kerntaak van de curator (beheer en vereffening van de boedel, met een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers) en de maatschappelijke taak van fraudebestrijding. Daarbij is fraudebestrijding niet de enige maatschappelijke taak die met de kerntaak van beheer en vereffening kan botsen: curatoren noemen in dit verband ook de werkgelegenheid, de continuïteit van zorgverlening (in geval van faillissement van zorgverleners) en milieubeheer. In de interviews met curatoren en rechters-commissarissen komt naar voren dat degenen die zich hier expliciet over uitgelaten hebben het beheer en de vereffening van de boedel als primaire taak blijven zien, met de maatschappelijke taken, waaronder de fraudetaak, op een tweede plaats. Dit betekent niet dat curatoren niet gemotiveerd zijn om tegen fraude op te treden, maar het heeft wel consequenties voor de uitvoering van de fraudetaak. Er zijn financiële en operationele overwegingen en afwegingen die ervoor zorgen dat het fraudeonderzoek beperkt wordt ingevuld en dat er geen fraudemeldingen worden gedaan, terwijl er wel fraude wordt geconstateerd. De belangrijkste belemmering in dit verband is de lege of onvoldoende batige boedel, die ertoe leidt dat het fraudeonderzoek, als onderdeel van het rechtmatigheidsonderzoek, in minimale vorm wordt uitgevoerd, waardoor de kans op het constateren van fraude klein is. Sommige curatoren maken onderscheid tussen de overheid (i.c. de Belastingdienst) als schuldeiser en andere (concurrerende) crediteuren. Zij hebben minder moeite met kosten die voor rekening van de eerste komen, omdat zij vinden dat de overheid voor de maatschappelijke taak van de fraudebestrijding zou moeten betalen. Hier zien we dat het fraudeonderzoek in het verlengde ligt van het rechtmatigheidsonderzoek, maar op een andere manier dan bedoeld in de memorie van toelichting bij de wet. In de memorie van toelichting is de gedachte dat het fraudeonderzoek weinig extra inspanningen van de curator vraagt in een (uitgebreid) rechtmatigheidsonderzoek. In de praktijk ligt het probleem vooral in de omgekeerde situatie: een zeer beperkt rechtmatigheidsonderzoek in een faillissement met een lege of onvoldoende batige boedel zonder verhaalsmogelijkheden leidt ook tot een beperkt fraudeonderzoek. Dit is niet onbelangrijk, omdat een groot deel van de faillissementen wordt opgeheven bij gebrek aan baten, wat inhoudt dat er geen activa zijn om de schulden van de crediteuren te voldoen, zelfs niet gedeeltelijk.

Fraudemeldingen kunnen ook achterwege blijven als de curator vermoedt dat een melding de werkrelatie met de bestuurder verstoort en de afwikkeling van het faillissement daardoor bemoeilijkt. Dit kan

⁵⁵ Pool (2022), p. 140. Ook in dit onderzoek zijn de uitspraken in de interviews op dit punt strijdig met de enquêteresultaten.

leiden tot uitstel of afstel van de melding. In geval van een schikking kan door de bestuurder worden ingebracht dat hij alleen akkoord gaat als een fraudemelding achterwege blijft. Hier botst het belang van beheer en vereffening van de boedel met de fraudetaak. In de enquête in het onderzoek van Pool was meer dan driekwart van de ondervraagde curatoren het niet of helemaal niet eens met de stelling dat de curator niet mag schikken indien er sprake is van fraude.⁵⁶ De kans is groot dat de melding achterwege blijft, hetgeen veelal door de rechter-commissaris wordt gesteund. Dat door veel curatoren weinig aandacht wordt besteed aan de kwaliteit van de fraudemeldingen, is deels te wijten aan een gebrek aan financiële middelen (i.e. strijdigheid met de kerntaak van de curator), maar vooral aan een gebrek aan vertrouwen in de opvolging (en dus in het nut van de melding). Een enkele curator bespreekt dit wel rechtstreeks in het verlengde van de primaire taak van beheer en vereffening. Hij vindt een melding alleen gerechtvaardigd als deze leidt tot een opsporingsonderzoek waarin informatie over (verborgen) activa wordt gevonden, hetgeen ten goede kan komen aan de boedel.

In het algemeen lijkt het idee van een grote nadruk op beheer en vereffening van de boedel sterker aanwezig bij ervaren curatoren die al lange tijd als curator werken. Bij jongere curatoren lijken de belangen meer nevensgeschikt en staat het belang van fraudebestrijding hoger op hun prioriteitenlijst. Zij verklaren dit onder andere door een grotere aandacht in opleidingen, trainingen en cursussen, waardoor de fraudetaak vanzelfsprekender is geworden; daarnaast ook doordat zij, als minder ervaren curatoren, vaker worden benoemd in faillissementen van kleinere en minder goed georganiseerde ondernemingen met een groter frauderisico – waardoor ze vaker met fraude geconfronteerd worden en een sterkere behoefte voelen om er wat tegen te doen.

4.5 Randvoorwaarden

In de memorie van toelichting bij de Wet versterking positie curator zijn een goede samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie en flankerend beleid voor de opvolging van meldingen als belangrijke randvoorwaarden voor de realisatie van de doelen van de wet genoemd. De geïnterviewde curatoren melden niet of nauwelijks verschillen van inzicht met rechters-commissarissen over het doen van meldingen. Rechters-commissarissen noemen wel situaties waarin zij vinden dat een melding moet worden gedaan, terwijl de curator dat niet nodig of nuttig vindt en waarin ze de curator moeten opdragen om een melding te doen.

Wat betreft de samenwerking tussen curator, rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie zijn de faillissementsfraudesprekuren en de lastenvermindering door uniforme meldingsformulieren genoemd. Faillissementsfraudesprekuren worden door de meeste curatoren positief gewaardeerd. Dat geldt met name in regio's met organisaties die zich bij de aanpak betrokken voelen en met een stabiele personele vertegenwoordiging. Als er wel personele wisselingen zijn, belemmert dat de uitwisseling en wordt deelname door curatoren veel minder nuttig gevonden. Ten tijde van de evaluatie lagen de faillissementssprekuren in de meeste regio's al geruime tijd stil in afwachting van meer duidelijkheid over de mogelijkheden en bevoegdheden voor de uitwisseling van informatie. Door de invoering van de Algemene verordening gegevensuitwisseling is hierover onzekerheid ontstaan. In een enkele regio is het faillissementsfraudesprekuren voortgezet als netwerkbijeenkomst. Het wordt dus niet gebruikt om informatie uit te wisselen, maar om functionarissen en organisaties met elkaar in contact te brengen.

Er is een uniform meldingsformulier, dat gebruikt wordt voor meldingen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. Het wordt vaak minimaal ingevuld, omdat veel curatoren niet verwachten dat een melding tot een onderzoek leidt. Dit leidt ertoe dat medewerkers van het meldpunt veel navraag moeten doen om een melding zodanig op te werken dat hij geschikt is om keuzes voor opsporingsonderzoeken te maken in het selectieoverleg van de FIOD en het Openbaar Ministerie. Anderzijds komt het voor dat een curator veel werk maakt van een melding, maar dat deze niet voldoet aan de criteria die voor de selectie van zaken voor opsporingsonderzoek worden gebruikt. Dit pleit voor meer duidelijkheid over de selectiecriteria, zodat curatoren daar hun melding op kunnen afstemmen en, bij twijfelgevallen, voor vooroverleg tussen curator en meldpunt. Daarmee kan voorkomen worden dat een curator veel werk maakt van een melding die niet tot een onderzoek leidt. In dat geval volstaat een beperkte melding, die voor beeldvorming en statistiek benut kan worden.

⁵⁶ Pool (2022), p. 128.

Het belangrijkste en steeds terugkerende thema in de interviews over de samenwerking is het ervaren gebrek aan terugkoppeling over meldingen. Het gebrek aan terugkoppeling heeft betrekking op het ontbreken van een signaal over het al dan niet starten van een onderzoek, daarnaast op de lange duur van strafrechtelijke onderzoeken en op een gebrek aan informatie over het verloop. Curatoren zien daarvoor weinig voordelen van meldingen, noch voor het faillissement (door informatie die tot vergroting van het boedelactief zou kunnen leiden), noch voor de bestrijding van faillissementsfraude in het algemeen.

4.6 Overzicht onderzoeksvragen: werkzame mechanismen en doelen

Het onderzoek laat zien dat de uitvoering slechts beperkt overeenkomt met de interventielogica. Voor langer meelopende en meer ervaren curatoren komt de kerntaak van beheer en vereffening van de boedel op de eerste plaats; jongere en minder ervaren curatoren kennen aan fraudebestrijding een meer zelfstandige en nevenschikte plaats toe. Voor alle curatoren geldt dat zij vaak financiële belemmeringen ervaren die de uitvoering van de fraudetaak in de weg staan. Dus ongeacht de opvattingen van de curator over de verhouding tussen de kerntaak van beheer en vereffening en de fraudetaak kan de uitvoering van de fraudetaak in de knel komen. Daarnaast zijn er tactische en strategische overwegingen, waarbij het belang van de boedel en de efficiënte afwikkeling van het faillissement voorrang krijgen boven de fraudebestrijding, bijvoorbeeld bij schikkingen (waarbij de bestuurder als voorwaarde stelt dat een fraudemelding achterwege blijft) en om de relatie met de bestuurder niet te zeer te belasten, met als gevolg dat diens medewerking aan de afwikkeling wordt geschaad.

De wet heeft de uitvoeringspraktijk niet veranderd. De operationele doelstelling van een *verbetering* van de informatiepositie is niet gerealiseerd, vooral omdat de meeste wettelijke bepalingen worden gezien als een codificatie van de bestaande praktijk. De fraudetaak van de curator is meer ingeburgerd, maar de belemmeringen voor de uitvoering ervan zijn ongewijzigd gebleven. Dat de operationele doelen niet of nauwelijks worden bereikt, straalt af op de hoofddoelen van bestrijden van faillissementsfraude en het beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen. Geen van de geïnterviewde curatoren en rechters-commissarissen ziet dat de doelen van de wet gerealiseerd worden.

Doordat de uitvoeringspraktijk zo weinig veranderd is, zijn er ook geen aanwijsbare effecten op de boedel, de belangen en opbrengsten van schuldeisers en de (geleverde) inspanning van de curator. Het aantal fraudemeldingen in relatie tot het aantal faillissementen vertoont wel een stijgende trend. Deze is echter al ingezet voordat de Wet versterking positie curator van kracht werd en is dus niet eenvoudig toe te schrijven aan de wet. De invloed van de wet op de pakkans van faillissementsfraudeurs is beperkt. Deze wordt niet bepaald door de fraudesignalering en de meldingsbereidheid, maar door de capaciteit voor opsporing bij FIOD, Openbaar Ministerie en politie. Denkbaar is dat een goede kwaliteit van meldingen de selectie van zaken in positieve zin beïnvloedt; in de praktijk is de kwaliteit van de meldingen juist niet goed en moet er veel aandacht besteed worden aan het opwerken van meldingen tot aangiften.

Alles overziend is de wet daarmee niet doeltreffend, met als belangrijkste oorzaken (tevens knelpunten) het ontbreken van financiering van de fraudetaak van de curator (met name voor het fraudeonderzoek, deels door lege en onvoldoende batige boedels en deels door opvattingen over het primaat van de kerntaak van beheer en vereffening van de boedel) en een gebrek aan vertrouwen in de opvolging van meldingen (wat afbreuk doet aan de inspanningen van de curator om fraudesignalen te melden).



REGIOPLAN
BELEIDSONDERZOEK

Wet civielrechtelijk bestuursverbod



5 Interventiologica

In dit hoofdstuk wordt de interventiologica van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod uitgewerkt. Daarbij wordt ingegaan op wat er met de wet wordt beoogd en op welke wijze de beoogde doelen volgens de minister zouden moeten worden bereikt. De interventiologica is grotendeels gebaseerd op de wets-tekst en de memorie van toelichting betreffende de Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod. Aan beleidsmedewerkers van het ministerie van Justitie en Veiligheid die betrokken zijn geweest bij de wetsvoorbereiding is gevraagd om verheldering en toelichting op onderdelen waarover de documentatie niet duidelijk of volledig was. Aanvullend zijn (wetenschappelijke) publicaties gebruikt om veronderstelde verbanden nader te onderzoeken en discussies in het wetgevingstraject te identificeren.

5.1 Wet civielrechtelijk bestuursverbod: hoofdlijn

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod is op 1 juli 2016 van kracht geworden en voegt de artikelen 106a tot en met 106e aan de Faillissementswet toe. De bepalingen in deze nieuwe artikelen maken het mogelijk dat de rechter op vordering van de curator of op verzoek van het Openbaar Ministerie een (gewezen) bestuurder van een failliete rechtspersoon verbiedt om voor de periode van maximaal vijf jaar bestuurder of commissaris van een rechtspersoon te zijn.⁵⁷ Een benoeming bij een privaatrechtelijke rechtspersoon in strijd met een bestuursverbod wordt nietig op het moment waarop het vonnis onherroepelijk is. De betrokkene kan niet langer als bestuurder of commissaris functioneren bij alle andere rechtspersonen waar hij deze functie bekleedt. In afwijking hiervan kan de rechter bepalen dat de betrokkene nog wel als bestuurder kan aanblijven (of bestuurder kan worden) bij diens eigen pensioen- of stamrecht-bv of bij niet-commerciële rechtspersonen waarbij het openbaar belang niet in het geding is.⁵⁸

Het civielrechtelijk bestuursverbod kan worden opgelegd als tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement sprake is geweest van één van vijf limitatieve gronden:

- a. een bij onherroepelijke uitspraak vastgelegde bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:138/248 BW waarbij de (gewezen) bestuurder aansprakelijk is gehouden voor het tekort in de boedel;
- b. een onherroepelijke uitspraak waarin is vastgesteld dat er sprake is van faillissementspauliana.⁵⁹ Voor het opleggen van een bestuursverbod op grond van faillissementspauliana is onder meer vereist dat de rechtshandeling onherroepelijk is vernietigd door de rechter overeenkomstig artikel 42 of 47 Fw. Omdat de wetgever niet de intentie heeft om alle paulianeuze handelingen op voorhand te laten kwalificeren voor een bestuursverbod moet er aan nog twee voorwaarden zijn voldaan:⁶⁰
 - de bestuurder moet de paulianeuze handeling doelbewust hebben verricht. Dit betekent dat de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt moet treffen;
 - er moet sprake zijn van aanmerkelijke benadeling van de schuldeisers door de rechtshandeling;
- c. een ernstig tekortschieten in het nakomen van de informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator;
- d. betrokkenheid van de bestuurder bij twee eerdere faillissementen waarbij hem een persoonlijk verwijt treft;
- e. een onherroepelijke boete wegens een fiscaal vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

⁵⁷ Advocatenblad 2019-3, p. 56.

⁵⁸ Als voorbeeld wordt de lokale schaakvereniging genoemd. Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 25.

⁵⁹ Het begrip faillissementspauliana ziet op handelingen die een schuldenaar (de latere failliet) onverplicht heeft verricht terwijl hij wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van één of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheid het gevolg zou zijn (art. 42 Fw), op betalingen aan schuldeisers waarbij deze wisten dat het faillissement reeds aangevraagd was en op betalingen door de schuldenaar aan een schuldeiser na voorafgaand overleg, dat ten doel had de schuldeiser boven andere schuldeisers te bevoordelen (art. 47 Fw). De curator heeft in een faillissement de bevoegdheid om deze paulianeuze rechtshandelingen te vernietigen. Dit wordt de actio pauliana genoemd. Een voorwaarde is dat de handeling de boedel moet hebben benadeeld en dat deze benadeling ook voorzienbaar was.

⁶⁰ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 30.

De rechter kan het civielrechtelijk bestuursverbod alleen opleggen als sprake is van ten minste één van de vijf gronden. Hij kan daarbij nog verschillende overwegingen betrekken, zoals de ernst van de economische, sociale en/of maatschappelijke gevolgen van steeds terugkerende faillissementen en de wijze waarop en de mate waarin schade aan de crediteuren is berokkend.⁶¹

In de memorie van toelichting schrijft de minister dat het civielrechtelijk bestuursverbod een uitzonderlijke sanctie is voor uitzonderlijke situaties, dat toch een belangrijk instrument is om tot effectieve fraudebestrijding te komen.⁶² Dit lijkt een tegenstrijdigheid, maar de spanning is volgens de minister tekstueel. Beoogd wordt uit te drukken dat het civielrechtelijk bestuursverbod een vordersanctie is die niet bij alle onregelmatigheden zal worden toegepast – het zal in werkelijkheid gaan om enkele tientallen bestuursverboden per jaar – maar dat het toch een belangrijk middel is om faillissementsfraude te bestrijden.

5.2 Interventielogica

Hogere doelen

Voor de Wet civielrechtelijk bestuursverbod kunnen op grond van de memorie van toelichting en op basis van interviews met beleidsmedewerkers, drie hogere doelen worden onderscheiden:

- het bevorderen van een eerlijker handelsklimaat met eerlijkere concurrentieverhoudingen;
- het bewerkstelligen van een vergroot vertrouwen in het handelsverkeer;
- het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen.

Hoofddoelen

Bestrijden van faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod maakt deel uit van de pijler fraudebestrijding. Een eerste hoofddoel van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod is een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude en onregelmatigheden rondom faillissementen. Voorbeelden van onregelmatigheden zijn bijvoorbeeld faillissementsrecidive of de benadeling van crediteuren voorafgaand aan een faillissement.⁶³

Voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten kunnen voortzetten

Een tweede hoofddoel is voorkomen dat frauderende of malafide handelende bestuurders binnen vijf jaar na het plegen van frauduleuze activiteiten rondom een faillissement opnieuw als bestuurders van rechtspersonen aan de slag kunnen gaan en daarmee hun (frauduleuze) gedrag kunnen voortzetten.

Maatschappelijke schade door faillissementsfraude beperken

Een derde hoofddoel van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod is de beperking van de maatschappelijke schade door faillissementsfraude. Dit wordt volgens de memorie van toelichting mede bewerkstelligd doordat het civielrechtelijk bestuursverbod een halt toeroept aan seriële beroepsfraudeurs.⁶⁴

Operationeel doel

Voorkomen dat personen met een opgelegd bestuursverbod weer bestuurder of commissaris worden

Door de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen frauduleuze (voormalig) (indirect) bestuurders of frauduleuze feitelijk leidinggevendenden die een bestuursverbod opgelegd hebben gekregen niet opnieuw tot bestuurder benoemd worden, gedurende maximaal vijf jaar na inwerkintreding van het bestuursverbod (artikel 106b Fw jo. artikel 2:132 resp. artikel 2:242 BW). Dit draagt bij aan de hoofddoelen om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten kunnen voortzetten en het beperken van de maatschappelijke schade door faillissementsfraude.

⁶¹ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 26.

⁶² Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 4.

⁶³ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 1.

⁶⁴ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 6.

Maatregelen

Vordering civielrechtelijk bestuursverbod door de curator

Het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod kan verzocht worden door de curator. Hij heeft daarvoor een machtiging van de rechter-commissaris (artikel 68 Fw). De rechter-commissaris maakt een afweging tussen het belang van de boedel (i.c. de schuldeisers) en het (maatschappelijk) belang dat met het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod is gediend.

Als bij de schuldeisers de wens bestaat om tot een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod te komen, treden zij in overleg treden met de curator. Ziet de curator af van een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod, dan kunnen de schuldeisers zich tot de rechter-commissaris wenden (artikel 69 Fw). Na de curator gehoord te hebben, beslist de rechter-commissaris of de curator al dan niet het bevel krijgt om een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen.⁶⁵

Vordering civielrechtelijk bestuursverbod door het Openbaar Ministerie

Naast de curator krijgt het Openbaar Ministerie de zelfstandige bevoegdheid om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Deze bevoegdheid is bedoeld om te worden ingezet in specifieke gevallen waarin het algemeen belang in het geding is. Te denken valt aan seriële beroepsfraudeurs die met herpeperende faillissementen een grote maatschappelijke schade veroorzaken.⁶⁶

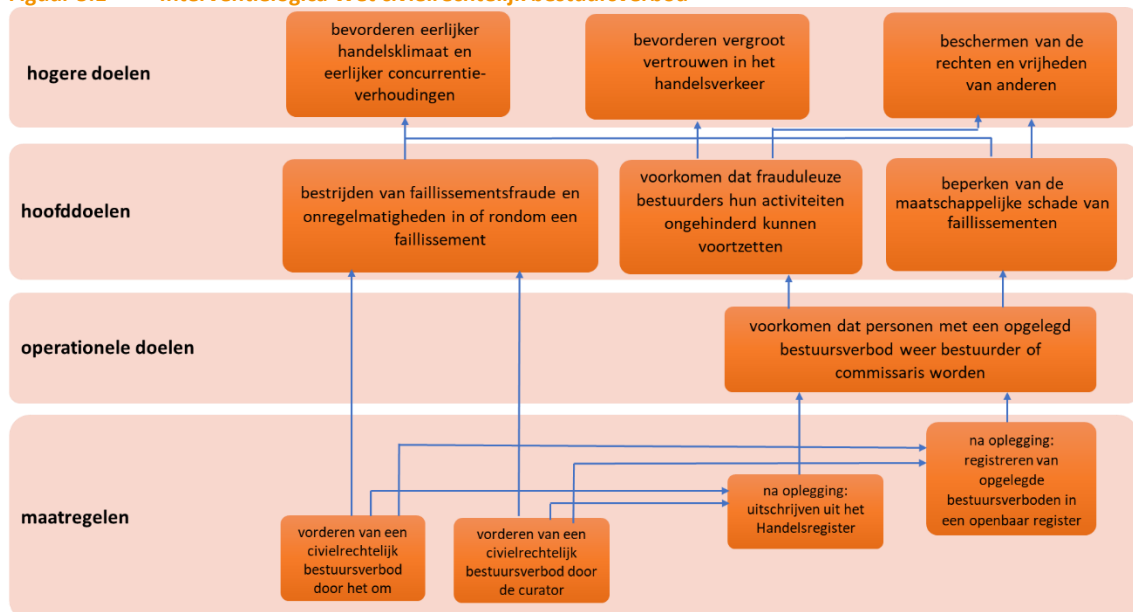
Uitschrijving uit het Handelsregister

Zodra de uitspraak over het bestuursverbod onherroepelijk is, biedt de griffier de uitspraak aan de Kamer van Koophandel aan. Deze laatste gaat dan over tot uitschrijving van de betrokken bestuurder uit het Handelsregister. Een eventuele nieuwe inschrijving in het Handelsregister van de betrokkene als bestuurder zal voor de tijd waarin het verbod van kracht is worden geweigerd.

Registratie van opgelegde bestuursverboden in een openbaar register

Onherroepelijke bestuursverboden worden in een centraal register gepubliceerd voor de duur waarvoor zij zijn opgelegd. Dit leidt tot transparantie, die gezien wordt als een belangrijke waarborg voor een effectieve handhaving van het bestuursverbod. Omdat het Handelsregister in het dagelijkse handelsverkeer het leidende register voor alle betrokkenen is, ligt het voor de hand om bestuursverboden bij het Handelsregister te registreren. De Commissie vennootschapsrecht heeft erop gewezen dat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat zij handelen met de bestuurder zoals die bij het Handelsregister is vermeld. De registratie van bestuursverboden bij het Handelsregister is neergelegd in een nieuw artikel 106b lid 3 Fw.

Figuur 5.1 Interventiologica Wet civielrechtelijk bestuursverbod



⁶⁵ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 6.

⁶⁶ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 6.

5.3 Belangrijkste discussiepunten over interventielogica

In het voorjaar van 2013 is een voorontwerp van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod in consultatie gegaan, waarop commentaren zijn ontvangen van individuen, koepels en bedrijven. In de commentaren zijn vijf thema's terug te vinden. Discussie hierover heeft in twee gevallen geleid tot aanpassing van de wet en in de andere gevallen niet. De volgende twee discussiepunten hebben geleid tot wijzigingen in de wet en betreffen: (1) aanpassing van de doelstelling, en (2) aanpassing van de gronden voor het opleggen van het bestuursverbod.

Aanpassing van de doelstelling

De kritiek in de consultatiefase bestond voornamelijk uit de discussie over de (niet-)samenloop van de doelstelling in het voorontwerp – het effectiever kunnen bestrijden van faillissementsfraude – met de gronden die tot het bestuursverbod kunnen leiden (art. 106a lid 2 Fw van het conceptwetsvoorstel). De gronden op basis waarvan een bestuursverbod gevorderd kan worden hebben niet alleen betrekking op het faillissementsfraude, maar ook op maatschappelijk ongewenst gedrag.⁶⁷ Als reactie hierop heeft de wetgever in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel met betrekking tot de doelomschrijving de volgende wijziging aangebracht: *“Het wetsvoorstel heeft een breder bereik dan de enkele bestrijding van faillissementsfraude. Het gaat ook om de bestrijding van aperte onregelmatigheden in of rondom een faillissement, zoals ernstige tegenwerking van de curator, faillissementsrecidive en de benadeling van crediteuren voorafgaand aan een faillissement.”*⁶⁸ Dit heeft tot gevolg dat de twee maatregelen (vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod door het Openbaar Ministerie en vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod door de curator) bij moeten dragen aan het bestrijden van faillissementsfraude én aan het bestrijden van onregelmatigheden in of rondom een faillissement.

Aanpassing van de gronden voor rechtvaardiging van het bestuursverbod

In eerste instantie was in het voorontwerp sprake van een ‘kennelijk onbehoorlijke’ taakvervulling als rechtvaardiging voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Het werd niet aanvaardbaar geacht dat de open norm ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ zonder een duidelijke ondergrens zou worden gebruikt bij de toetsing voor het opleggen van de strenge sanctie die het bestuursverbod is.⁶⁹ Hierdoor is in de uiteindelijke wetstekst gekozen voor een gesloten stelsel van gronden op basis waarvan een bestuursverbod opgelegd kan worden. Ook is in de consultatiefase veel kritiek geuit op het gebruik van de term ‘betrokkenheid’ in de beschrijving van de vierde limitatieve grond in het voorontwerp op basis waarvan het bestuursverbod gevorderd kan worden (“betrokkenheid bij twee eerdere faillissementen”). Bezwaren waren dat onduidelijk was wat er onder werd begrepen en welke betrokkenheid er bedoeld werd. De wetgever heeft naar aanleiding van deze reacties aan het wetsvoorstel toegevoegd dat de bestuurder een persoonlijk verwijt moet treffen ter zake van de faillissementsrecidive.

Drie discussiepunten hebben niet geleid tot wijzigingen in de wet en betreffen: (1) de discussies over wie een civielrechtelijk bestuursverbod moet kunnen vorderen, (2) de discussie over de toegevoegde waarde van het publiceren van gegevens van personen aan wie een bestuursverbod is opgelegd in een openbaar register, en (3) de kosten van de curator.

Discussie over wie een civielrechtelijk bestuursverbod moet kunnen vorderen

Een civielrechtelijk bestuursverbod kan gevorderd worden door de curator en verzocht door het Openbaar Ministerie. In de consultatiefase is hierop kritiek gekomen. De kritiek op de belasting van de curator met de taak om een bestuursverbod te vorderen is tweeledig: (1) de eigenlijke taak van de curator is het behartigen van de belangen van de schuldeisers en dat sluit niet aan bij vorderen van bestuursverbod⁷⁰, (2) met de invoering van het wetsvoorstel zou de curator een belangrijk (mogelijk oneigenlijk) dwangmiddel tot zijn beschikking hebben. Met betrekking tot het eerste kritiekpunt geldt dat het vorderen van een bestuursverbod altijd tijd en geld kost, terwijl de primaire taak van de curator is om zo veel

⁶⁷ Doorenbos (2014), p. 20.

⁶⁸ Broekaart (2015).

⁶⁹ Advies gecombineerde commissie vennootschapsrecht 2013, p. 2.

⁷⁰ Leeuwen, van & Bras (2013), p. 210.

mogelijk geld in de boedel te behouden. De Commissie insolventierecht heeft aangegeven te verwachten dat de curator alleen bij hoge uitzondering gebruik zal maken van het vorderen van een bestuursverbod indien er geen kostenvergoeding wordt ingevoerd voor de curator die een procedure start met het oog op het opleggen van een bestuursverbod.⁷¹ Met betrekking tot het tweede kritiekpunt is de vrees uitgesproken dat het civielrechtelijk bestuursverbod ervoor zorgt dat de curator een bestuurder van een failliet verklaarde rechtspersoon dwingt om mee te werken aan acties waartoe hij niet verplicht is. Zo zou de curator een bestuurder kunnen dwingen om bepaalde onverplichte handelingen te verrichten door te dreigen met het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod.⁷² Beide kritiekpunten hebben niet geleid tot aanpassing van de wet. In de memorie van toelichting wordt hierover geschreven dat het voor de hand ligt dat de curator een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in overleg met de schuldeisers instelt. De curator is de eerste aangewezen om dit te doen, omdat hij het best in staat is om te toetsen of er gronden zijn om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. Bovendien sluit de bevoegdheid om een bestuursverbod te vorderen goed aan bij het voornemen om fraudesignalering een wettelijke taak van de curator te maken.⁷³

Naast de curator heeft ook het Openbaar Ministerie de zelfstandige bevoegdheid om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Deze bevoegdheid is volgens de memorie van toelichting bedoeld om te worden ingezet in gevallen waarin het algemeen belang in het geding is. Te denken valt aan seriële beroepsfraudeurs die met repeterende faillissementen grote maatschappelijke schade veroorzaken.⁷⁴ Het Openbaar Ministerie heeft al langer de bevoegdheid om een strafrechtelijk bestuursverbod (of een beroepsverbod) op te leggen (art. 28 lid 5 Sr). Het civielrechtelijk bestuursverbod heeft het voordeel dat het sneller kan worden opgelegd. Oplegging is niet afhankelijk van de vraag of het gedrag van de bestuurder voorafgaand of tijdens het faillissement aanleiding is voor strafrechtelijke vervolging.⁷⁵ Op de keuze om het Openbaar Ministerie een taak te geven bij het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod is kritiek geuit. Het college van procureurs-generaal heeft hierover aangegeven dat het Openbaar Ministerie de benodigde expertise om civiele procedures te voeren ontbeert. Het opbouwen van deze expertise en de extra procedures zullen een forse verhoging van de werklast voor het Openbaar Ministerie betekenen, die zonder extra investeringen en bekostiging niet kan worden opgevangen. Voor deze extra kosten is volgens het college van procureurs-generaals geen financiering beschikbaar.⁷⁶

Discussie over de toegevoegde waarde van het openbaar register

Volgens de memorie van toelichting draagt de inschrijving in een openbaar register van een persoon die een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd heeft gekregen bij aan een effectieve handhaving van het bestuursverbod.⁷⁷ Ook draagt dit bij aan de effectiviteit als ook derden (potentiële zakenpartners) kennis kunnen nemen van het feit dat iemand niet mag functioneren als bestuurder.⁷⁸ De Raad voor de rechtspraak zegt hierover dat er rekening gehouden dient te worden met de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die de publicatie van het verbod via internet met zich mee kan brengen.⁷⁹ Ook anderen hebben de voorkeur voor een beperking van de openbaarheid van een register waarin het bestuursverbod gepubliceerd en geregistreerd wordt om op die manier een 'algemeen toegankelijke schandpaal' te voorkomen.

Bijna zeven jaar na het van kracht worden van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod is het beoogde openbare register nog niet tot stand gekomen. De benodigde wijziging van het Handelsregisterbesluit heeft op zich laten wachten. De discussie over de noodzaak en wenselijkheid van een (openbaar) register in de consultatiefase is in de jaren daarna zeker niet minder actueel geworden, mede in het licht van de grotere aandacht voor de bescherming van persoonsgegevens als gevolg van de introductie van de

⁷¹ Advies Commissie Insolventierecht 2013, p.5.

⁷² Reactie NEVOA, p.2.

⁷³ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, 34 011, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 5.

⁷⁴ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, 34 011, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 4.

⁷⁵ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, 34 011, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 4.

⁷⁶ Advies college van procureurs-generaal 2013, p. 8.

⁷⁷ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 9.

⁷⁸ Doorenbos, R.D. (2008). 'Het bestuursverbod', *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2008, p. 12.

⁷⁹ Advies van de Raad voor de rechtspraak, p. 3.

Algemene verordening gegevensbescherming. In februari 2022 adviseerde de Autoriteit Persoonsgegevens negatief over een openbaar register.⁸⁰ In de praktijk worden civielrechtelijke bestuursverboden opgelegd zonder dat er een openbare registratie is, maar zijn er geen signalen die wijzen op een gebrek aan naleving. Het bezwaar dat potentiële zakenpartners ongewild als bestuurder betrokken raken bij een rechtspersoon die (mede) wordt aangestuurd door een persoon aan wie een bestuursverbod is opgelegd, is echter niet ondervangen.

De kosten van de curator

Als bezwaar tegen de mogelijkheid om de curator de bevoegdheid te geven een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen is door verschillende partijen aangevoerd dat er onvoldoende aandacht is voor de extra kosten die de curator hiervoor moet maken. Ook is naar voren gebracht dat deze kosten niet ten laste van de boedel mogen komen en dus geen nadelen voor crediteuren mogen opleveren. De minister brengt daartegenin dat drie gronden voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod direct betrekking hebben op de positie van crediteuren in het betrokken faillissement (de bestuurdersaansprakelijkheid, de pauliana en het niet voldoen aan de inlichtingen- en medewerkingsverplichting). Dat maakt dat de crediteuren concreet belang kunnen hebben bij het opleggen van een bestuursverbod. Dat geldt des te meer voor crediteuren die kunnen vrezen dat zij opnieuw benadeeld worden als de betrokken bestuurder zijn (frauduleuze) activiteiten in een nieuwe onderneming kan voortzetten. De mogelijkheid van een concreet belang van de betrokken schuldeisers maakt dat de minister het redelijk vindt dat de kosten van de vordering van een bestuursverbod voor rekening van een batige boedel komen. Verder noemt de minister de samenloop van de vordering van een bestuursverbod met een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, waardoor de vordering nauwelijks extra kosten met zich meebrengt. Over de kosten van de curator in geval van een lege of onvoldoende batige boedel verwijst de minister naar verder overleg met de beroepsorganisaties van curatoren (Insolad) en rechters-commissarissen (Recofa). Het is voorts aan de rechter-commissaris om te bezien of de curator een juiste afweging heeft gemaakt tussen, enerzijds, de kosten en de belangen die met de vordering van een bestuursverbod zijn gemoeid en, anderzijds, het belang van boedelmaximalisatie ten bate van de gezamenlijke schuldeisers.⁸¹

5.4 Van interventielogica naar uitvoeringspraktijk

De kernvraag in dit hoofdstuk is: wat zijn de beoogde doelen van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en met behulp van welke maatregelen zouden de doelen bereikt moeten worden? Aan de hand van de interventielogica zijn de hoofddoelen, operationele doelen en de maatregelen geïdentificeerd en beschreven. De Wet civielrechtelijk bestuursverbod heeft drie hoofddoelen, namelijk: het bestrijden van faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement, het voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten ongehinderd kunnen voortzetten, en het beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen. De maatregelen van het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod, zowel door het Openbaar Ministerie als door de curator, worden geacht direct bij te dragen aan het behalen van het eerste hoofddoel (het bestrijden van faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement) en indirect aan de andere twee hoofddoelen. Dit laatste gebeurt via de maatregelen van het uitschrijven van een frauduleuze bestuurder uit het handelsregister en het registreren van het opgelegde bestuursverbod in een openbaar register. Dit wordt vervolgens geacht bij te dragen aan het voorkomen dat frauderende bestuurders opnieuw bestuurder of commissaris worden van een rechtspersoon. Het voorkomen van een nieuwe benoeming tot bestuurder of commissaris draagt bij aan het bereiken van het tweede en derde hoofddoel: het voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten ongehinderd kunnen voortzetten en het beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen.

Of de interventielogica in de praktijk kan worden gebracht, en of de maatregelen bijdragen aan de realisatie van het operationele doel en de hoofddoelen, moet worden afgemeten aan de uitvoering van de wet vanaf het moment dat deze van kracht is geworden. Daarbij is het de centrale vraag of het lukt om de werkzame mechanismen (de maatregelen) in werking te stellen, dus in de eerste plaats of curatoren

⁸⁰ Autoriteit Persoonsgegevens (2022).

⁸¹ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, 34 011, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 13-14.

en het Openbaar Ministerie overgaan tot het vorderen respectievelijk verzoeken van civielrechtelijke bestuursverboden, en of rechters het bestuursverbod ook opleggen. De bereidheid en mogelijkheden worden beïnvloed door diverse factoren, met name de omvang van de boedel, de opstelling van crediteuren en afwegingen van curatoren en rechters-commissarissen, mede in het licht van de kerntaak van de curator (het realiseren van een zo groot mogelijk boedelactief ter verdeling onder de schuldeisers). Voor het realiseren van de hoofddoelen zijn verder de handhaving en de naleving relevante thema's. Hierbij speelt onder andere de vraag naar het nut en de noodzaak van een openbare registratie. Hiermee zijn de belangrijkste onderwerpen voor de procesevaluatie benoemd.

6 Uitvoering

6.1 Implementatie en kennisopbouw

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod is op 1 juli 2016 van kracht geworden. Vanaf dat moment kunnen op vordering (door middel van een dagvaarding) van de curator of op verzoek van het Openbaar Ministerie (door middel van een verzoekschrift) door de rechter civielrechtelijke bestuursverboden met een duur van ten hoogste vijf jaar worden opgelegd.⁸² Oplegging vereist dat wordt voldaan aan ten minste één van vijf gronden: bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur, faillissementspauliana, niet nakomen van informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator, betrokkenheid bij twee eerdere faillissementen met een persoonlijk verwijt en een boete voor een fiscaal vergrijp. De eerste drie kunnen onmiddellijk na het van kracht worden van de wet worden gebruikt. Voor de andere twee is er een wachttijd, aangezien alleen betrokkenheid bij eerdere faillissementen die na 1 juli 2016 zijn uitgesproken kan worden aangevoerd; hetzelfde geldt voor fiscale boetes, die alleen kunnen worden aangevoerd als ze na 1 juli 2016 onherroepelijk zijn geworden.⁸³ Voor zover in dit onderzoek kon worden achterhaald, is het eerste civielrechtelijke bestuursverbod in mei 2018 op dagvaarding van een curator door de rechtbank in Rotterdam opgelegd aan een bestuurder wiens onderneming in september 2016 failliet werd verklaard. In hoger beroep is het vonnis in stand gebleven, waarna het medio 2021 onherroepelijk is geworden. Het eerste civielrechtelijk bestuursverbod dat op verzoek van het Openbaar Ministerie is opgelegd, dateert van december 2018 voor een bestuurder wiens onderneming eerder in 2018 failliet werd verklaard.

Om de toepassing van het civielrechtelijk bestuursverbod te bevorderen, ervaring op te doen met het instrument en de totstandkoming van jurisprudentie te stimuleren is op initiatief van het ministerie van Justitie en Veiligheid een Pilot civielrechtelijk bestuursverbod (Pilot CRVB) uitgevoerd door de Belastingdienst. De pilot voorzag in een proceskostenvergoeding voor curatoren, waarmee zij een procedure gericht op een civielrechtelijk bestuursverbod konden financieren. Het ging om zelfstandige procedures, waarin de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod de primaire eis is, en dus niet om procedures waarin een civielrechtelijk bestuursverbod een nevenvordering is bij een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure. Procedures met als grondslag een boete voor een fiscaal vergrijp werden uitgesloten. De looptijd is tussentijds verlengd en liep van medio 2019 tot 2022. Het budget van het ministerie van Justitie en Veiligheid voor de pilot bedroeg € 100.000. Daarnaast heeft het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een budget van € 60.000 ter beschikking gesteld. De Belastingdienst kon conform de eigen Richtlijn proceskostengarantie aan de kosten van curatoren bijdragen. In het kader van de Pilot CRVB zijn 28 procedures gefinancierd, waarvan 23 vanuit het budget van het ministerie van Justitie en Veiligheid en vijf vanuit het budget van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.⁸⁴

Ook binnen het functioneel parket van het Openbaar Ministerie is een pilot opgezet om ervaring op te doen met het opleggen van civielrechtelijke bestuursverboden. Zaken zijn geselecteerd uit meldingen en overige gegevens die via het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude zijn binnengekomen. De zaken zijn beoordeeld op hun maatschappelijk belang en de nadruk lag op herhaald frauduleus gedrag en betrokkenheid van bestuurders bij eerdere faillissementen. In deze pilot van het Openbaar Ministerie zijn vijf procedures gevoerd, die alle tot de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod hebben geleid. Op basis van de ervaringen is een handreiking voor officieren van justitie opgesteld.

6.2 Voorbeelden uit de praktijk

Om een eerste inzicht te geven in de kenmerken van de opgelegde bestuursverboden geven we een aantal beknopte, geanonimiseerde zaakbeschrijvingen. Vier daarvan gaan over civielrechtelijke bestuursverboden die op vordering van de curator zijn opgelegd en drie over bestuursverboden op verzoek van het Openbaar Ministerie. De bestuursverboden op dagvaarding van de curator zijn deels tot stand

⁸² Civielrechtelijke bestuursverboden kunnen op vordering van de curator en op verzoek van het Openbaar Ministerie worden opgelegd. In het vervolg gebruiken we in voorkomende gevallen voor beide vormen de term 'vordering'.

⁸³ WCB artikel II: artikel I is van toepassing op een faillissement dat na de inwerkingtreding van deze wet is uitgesproken, alsmede op feiten en omstandigheden die na de inwerkingtreding van deze wet zijn gelegen.

⁸⁴ Met uitzondering van vier procedures (met een initiële vergoeding vanuit het budget van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) die voortijdig werden beëindigd vanwege onvoldoende proceskansen of omdat een schikking met de betrokken bestuurder(s) werd getroffen (die blijkbaar inhield dat de procedure niet werd voortgezet).

gekomen als nevenvordering bij een bestuursaansprakelijkheidsprocedure. Bij deze zaken heeft de curator primair een verklaring voor recht voor bestuursaansprakelijkheid gevorderd (met een bijbehorende aansprakelijkheid voor de schade). Het bestuursverbod is in de procedure meegenomen en lift als het ware mee op de argumentatie voor de bestuursaansprakelijkheid. Dit zorgt ervoor dat de curator nauwelijks extra werk hoeft te verzetten voor het vorderen van het bestuursverbod en dus ook nauwelijks extra kosten hoeft te maken, die voor rekening zouden komen van de boedel, en dus van de schuldeisers of het honorarium van de curator. Twee andere vorderingen staan los van een bestuurdersaansprakelijkheids- of andere juridische procedure en betreffen zelfstandige, primaire vorderingen. In deze procedures moet de curator dus aantonen dat voldaan wordt aan ten minste één van de gronden voor het opleggen van een bestuursverbod. In de voorbeelden worden daarbij de gronden niet nakomen van de informatie- en medewerkingsverplichting (grond c) en betrokkenheid bij twee eerdere faillissementen met een persoonlijk verwijt (grond d) aangevoerd. Bij de civielrechtelijke bestuursverboden die op verzoek van het Openbaar Ministerie zijn opgelegd, gaat het in alle gevallen om betrokkenheid van bestuurders van meerdere faillissementen. In één zaak neemt het Openbaar Ministerie de procedure over van de curator, die geen financiering voor de gang naar de rechter vindt, in een andere is er samenloop met een strafrechtelijk bestuursverbod.

Civielrechtelijke bestuursverboden op dagvaarding van de curator

De BV, actief in de bouwsector, wordt in 2018 failliet verklaard. De bestuurder is tevens persoonlijk aandeelhouder. De curator constateert onbehoorlijk bestuur (niet verantwoorde bankmutaties, betalingen zonder grondslag waarmee de omzet is afgeroomd naar de bestuurder en gelieerde partijen, ontbrekende notulen van aandeelhoudersvergaderingen, niet voldoen aan de deponeringsplicht) en meerdere faillissementen met eenzelfde patroon (feitelijk voortzetting van eerdere activiteiten), waarbij schuldeisers, met name de Belastingdienst, met een forse schadepost zijn blijven zitten. Hij vraagt de bestuurder per brief hierop te reageren. Nadat de bestuurder niets van zich laat horen, stelt de curator de bestuurder per brief aansprakelijk voor het faillissementstekort. Vervolgens neemt de bestuurder contact op, vraagt om een gesprek en ontvangt desgevraagd een kopie van de administratie. Een inhoudelijke reactie blijft uit. De bestuurder wordt ook persoonlijk failliet verklaard. De procedure ligt hierdoor tijdelijk stil, maar wordt opnieuw opgepakt als de bestuurder in verzet gaat tegen zijn persoonlijk faillissement. Inmiddels realiseert de bestuurder (zonder toestemming of medeweten van de curator) een doorstart van de activiteiten van de failliete vennootschap. De curator dagvaardt de bestuurder en vordert een verklaring voor recht dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en aansprakelijkheid van de bestuurder voor het gehele tekort in het faillissement van de vennootschap. Naast een veroordeling op grond van onbehoorlijk bestuur vordert de curator een civielrechtelijk bestuursverbod van vijf jaar, dat ook moet gelden voor twee andere, (nog) niet gefaillieerde rechtspersonen. Wat betreft de aansprakelijkheid voor het tekort komt het tot een schikking; met het bestuursverbod stemt de bestuurder in. De rechtbank oordeelt dat genoegzaam is komen vast te staan dat bestuurder voor het handelen dat tot het faillissement heeft geleid aansprakelijk is en veroordeelt de bestuurder tot een bestuursverbod van vijf jaar.

De BV is actief in de detailhandel en wordt begin 2021 failliet verklaard. De curator kwalificeert de medewerking van de (enige) bestuurder vanaf het begin als moeizaam. Bestuurder levert geen (volledige) administratie en beantwoordt vragen van de curator niet, onjuist, ontwijkend of onvoldoende concreet. In strijd met gemaakte afspraken zet de bestuurder de bedrijfsactiviteiten voort. Ook na twee faillissementsverhoren komt bestuurder afspraken over informatieverschaffing niet na. Op verzoek van de curator beveelt de rechtbank de inbewaringstelling (gijzeling) van bestuurder, die na enkele dagen, met goedvinden van de curator, wordt geschorst. In eerste instantie voldoet de bestuurder aan de voorwaarden i.c. zijn inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen, maar blijft daar vervolgens in tekortschieten, zoals onder andere blijkt uit het, zonder toestemming of medeweten van de curator, voortzetten van activiteiten met gebruik van het klantenbestand. Een bedrijfswagen verdwijnt. De curator doet in verband hiermee aangifte van faillissementsfraude. Ook constateert de curator paulianeuse betalingen aan de bestuurder en een familielid. Hiervoor wordt geschikt. Met als grond dat bestuurder in ernstige mate tekort is geschoten in zijn inlichtingen- en medewerkingsverplichting (blijkend uit de inbewaringstelling en ook uit zijn gedrag daarna) vordert de curator een bestuursverbod. De curator gaat daarbij in op grond b (faillissementspauliana), maar kan deze formeel niet benutten, aangezien op dit punt geschikt is en er geen gerechtelijk vonnis is. Het bestuursverbod moet ook gelden voor een bouwbedrijf waarvan gedaagde (enig) bestuurder en aandeelhouder is. Aan deze onderneming kan geen zienswijze worden gevraagd, aangezien de vennootschap inmiddels is uitgeschreven uit het Handelsregister. De rechtbank oordeelt dat het gevorderde niet

onrechtmatig of ongegrond voorkomt en legt een bestuursverbod voor de duur van vijf jaar op. De rechtbank gaat niet mee in de vordering om “overige gevolgen van het bestuursverbod te regelen”. Dit heeft betrekking op het informeren van de (inmiddels onvindbare) bestuurder over het vonnis met het oog op de start van de verzetstermijn. De rechter draagt de curator op om “de rechtbank op de hoogte te stellen van relevante gebeurtenissen in het kader van de tenuitvoerlegging van dit vonnis”.

De BV, sinds 2013 actief in de transportsector, wordt in de tweede helft van 2019 failliet verklaard. Enig bestuurders, zoals ingeschreven in het Handelsregister, zijn achtereenvolgens de oprichter, diens vader, een administratiekantoor (waarvan de vader via een holding enig aandeelhouder is) en een stroman/bemiddelaar. De aandelen in de vennootschap worden in een ondoorzichtige procedure en met moeilijk te doorgronden betrokkenheid van de stroman/bemiddelaar aangeboden aan een koper. Over de transactie ontstaan onenigheid, waarbij sprake is van (dreiging met) geweld. De administratie gaat verloren en de autosleutels en de papieren van de vrachtwagens worden overgedragen, hoewel een koopovereenkomst (waarschijnlijk) niet (of niet rechtsgeldig) tot stand is gekomen. De curator constateert onbehoorlijk bestuur door het niet nakomen van de administratieplicht en de deponeringsplicht, en van het lichtvaardig omgaan met activa van de onderneming en een onzorgvuldige verkoop. Een personenauto is onvindbaar. Twee van de bestuurders waren in 2013 betrokken bij een faillissement met vergelijkbare kenmerken (meerdere bestuurswisselingen voorafgaand aan het faillissement, ontbrekende administratie, verdwenen activa, onrechtmatige onttrekkingen). In dit eerdere faillissement is het “om pragmatische redenen” tot een schikking gekomen; een van de betrokken bestuurders is daarnaast strafrechtelijk veroordeeld. In een dagvaarding voert de curator aan dat alle gedaagden bestuurder zijn, aangezien er geen schriftelijke ontslagbesluiten van een aandeelhoudersvergadering zijn, en vraagt voor de vier bestuurders een verklaring voor recht dat zij aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort op grond van onbehoorlijk bestuur. Voor alle vier bestuurders vordert hij een bestuursverbod voor vijf jaar, op grond van bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur. De rechtbank gaat hierin mee en verklaart voor recht dat alle vier gedaagden hun taak als bestuurder onbehoorlijk hebben vervuld en dat zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade. Hij legt aan ieder van de gedaagden een bestuursverbod van vijf jaar op. Twee van de gedaagden gaan in hoger beroep. De curator laat verstek gaan vanwege inhoudelijk/juridische en kostenoverwegingen, maar de uitkomst is ongewijzigd: bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling en een bestuursverbod van vijf jaar.

Een drietal gelieerde vennootschappen, met gedaagde als bestuurder, actief in de markt van beleggingsproducten, wordt in de loop van 2019 failliet verklaard. De bestuurder wordt ook privé failliet verklaard. De bestuurder is daarnaast direct en indirect bestuurder en medeaandeelhouder (geweest) van een veelvoud aan Nederlandse en buitenlandse rechtspersonen. Tussen de ondernemingen is sprake van een wirwar aan geldstromen. Aan verschillende vennootschappen en aan bestuurder privé zijn boetes opgelegd wegens het zonder vergunning handelen in beleggingsproducten. De curator doet aangifte van faillissementsfraude en verwante delicten. Bestuurder is in België strafrechtelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf en een – alleen daar werkend – bestuursverbod. Hij houdt zich onvindbaar voor de Belgische autoriteiten. Op grond van het tekortschieten in de nakoming van zijn inlichtingen- en medewerkingsverplichting en faillissementsrecidive met persoonlijk ernstig verwijt vordert de curator een bestuursverbod van vijf jaar. Na twee tussenvonnissen, waarin de rechtbank een actueel overzicht vraagt van betrokken rechtspersonen met het oog op de gelegenheid tot het geven van een zienswijze van het bestuur van de rechtspersonen, besluit de rechtbank dat aan de bestuurder een bestuursverbod van vijf jaar wordt opgelegd met als grond de bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur en betrokkenheid bij twee eerdere faillissementen met een persoonlijk verwijt. Omdat sprake is van een verstekvonnis, is onzeker wanneer de verzettermijn aanvangt en dus ook wanneer deze verstreken is. De curator wordt opgedragen de rechtbank op de hoogte te houden van “relevante gebeurtenissen in het kader van de tenuitvoerlegging van dit vonnis”. Met andere woorden: wanneer hij de bestuurder in kennis heeft kunnen stellen van het vonnis. Eerder vangt de verzetstermijn niet aan en kan het bestuursverbod niet van kracht worden.

Civielrechtelijke bestuursverboden op vordering van het Openbaar Ministerie

Over vier faillissementen waarbij de bestuurder betrokken is, zijn twee meldingen gedaan bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude en er is aangifte wegens faillissementsfraude gedaan. Bij de vier faillissementen is sprake van schending van de administratieplicht, niet nakomen van de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen, het wegsluizen van geld en het ontvreemden van goederen, frauduleuze constructies en schending van de deponeringsplicht. De bestuurder was in de afgelopen 25 jaar betrokken bij 109 rechtspersonen, waarvan er 91

zijn ontbonden of failliet verklaard. Van de overige 18 rechtspersonen hebben er 6 hun activiteiten gestaakt. Gedaagde is bij verschillende rechtspersonen meerdere keren als bestuurder ingeschreven geweest. Hij staat bij curatoren bekend als seriële beroepsfraudeur dan wel katvanger.⁸⁵ In de tweede helft van 2018, als drie faillissementen nog niet afgewikkeld zijn, dient het Openbaar Ministerie een verzoekschrift bij de rechtbank in om een civielrechtelijk bestuursverbod aan bestuurder op te leggen. De rechtbank nodigt bestuurder en het Openbaar Ministerie uit voor een mondelinge behandeling. Ook worden 15 rechtspersonen waarvan gedaagde bestuurder is, opgeroepen om een zienswijze te geven. De bestuurder laat verstek gaan en eind 2018 legt de rechtbank een bestuursverbod van vijf jaar op met als grond betrokkenheid bij twee faillissementen met een persoonlijk verwijt. Tot het vonnis onherroepelijk is, is bestuurder geschorst, wat uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard (dus onmiddellijk ingaat).

Bestuurder, woonachtig in België, is bestuurder of enig aandeelhouder bij zeven vennootschappen, gevestigd in verschillende delen van Nederland. Bestuurder is in 2017 wegens belastingfraude en valsheid in geschrifte door de strafrechter veroordeeld tot een vrijheidsstraf van 18 maanden, waarvan 6 maanden voorwaardelijk. In hoger beroep is de straf gehandhaafd. Er is een strafrechtelijk bestuursverbod geëist, maar niet opgelegd. Twee vennootschappen worden begin 2018 failliet verklaard. Bestuurder is eerder betrokken bij zeven faillissementen, waarvan vier na 2016 (toen de Wet civielrechtelijk bestuursverbod in werking trad). De curator constateert schending van de administratieplicht, de informatie- en medewerkingsverplichting en de deponeringsplicht en onttrekkingen aan de boedel via buitenlandse vennootschappen. De curator heeft een financieringsaanvraag onder de Garantstellingsregeling curatoren ingediend, die is gehonoreerd. Het lukt echter niet om (verhoging) te krijgen voor financiering van een procedure. De curator bespreekt het faillissement in het faillissementsfraude-spreekuur en doet melding bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude wegens het niet voldoen aan de administratieplicht en bedrieglijke bankbreuk.⁸⁶ Daarna neemt het Openbaar Ministerie de procedure over: de bestuurder veroorzaakt grote maatschappelijke schade en lijkt niet van zins daarmee te stoppen. Het Openbaar Ministerie dient een verzoekschrift bij de rechtbank in om aan de bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen wegens het ernstig tekortschieten in de nakoming van de informatie- en medewerkingsverplichting jegens de curator en betrokkenheid bij twee eerdere faillissementen met een persoonlijk verwijt. De bestuurder voert geen verweer en de rechtbank legt een bestuursverbod van vijf jaar op.

Bestuurder is bij meerdere faillissementen betrokken, waarvan drie na de inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en zestien daarvoor. Hij wordt medio 2019 in eerste aanleg strafrechtelijk veroordeeld in verband met faillissementsfraude, waarbij tevens een strafrechtelijk bestuursverbod is opgelegd. De bestuurder gaat in hoger beroep, waardoor het bestuursverbod nog niet van kracht wordt. Uit een risicoanalyse van de afdeling TRACK van Justis in het kader van de Wet controle op rechtspersonen blijkt dat sprake is van een verhoogd risico op misbruik van rechtspersonen waarbij bestuurder betrokken is. Het Openbaar Ministerie vindt het uit het oogpunt van algemeen belang nodig dat aan de bestuurder een halt wordt toegevoerd en dient een verzoekschrift in bij de rechtbank om aan de bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. De verwachting is dat deze procedure sneller tot een bestuursverbod leidt dan (het vervolg van) de strafrechtelijke procedure en dat de kans op herhaling van het frauduleuze gedrag van de bestuurder daardoor zo klein mogelijk is. De rechtbank legt een civielrechtelijk bestuursverbod van vijf jaar op wegens betrokkenheid bij twee eerdere faillissementen met een persoonlijk verwijt. Achteraf is de weg via de civiele rechter overbodig: het hoger beroep dient eerder dan verwacht en een maand vóór het vonnis van de civiele rechter legt het Hof een strafrechtelijk bestuursverbod van vijf jaar en zes maanden op.

6.3 Procedures en kenmerken

Aantal procedures: vorderingen en verzoeken

Er is geen compleet overzicht van alle gevorderde en opgelegde civielrechtelijke bestuursverboden. De registratie waarvan in de wet wordt gesproken (art. 106b, derde lid Fw) is nog niet operationeel in afwachting van een herziening van het Handelsregisterbesluit. Daardoor is niet goed te achterhalen hoe

⁸⁵ Een katvanger is een persoon die in naam bestuurder is, met als doel om de feitelijke bestuurder buiten bereik van schuldeisers en autoriteiten te houden.

⁸⁶ Bankbreuk is een juridische term voor een faillissement met benadeling van schuldeisers. Bij eenvoudige bankbreuk hoeft er geen opzet tot benadeling te zijn. Bij bedrieglijke bankbreuk is er wel een bepaalde vorm van opzet.

vaak sinds het van kracht worden van de wet een civielrechtelijk bestuursverbod is gevorderd en opgelegd. Op de website van de rechtspraak, rechtspraak.nl, zijn veertien zaken opgenomen waarin een civielrechtelijk bestuursverbod is gevorderd, waarvan drie (ook) in hoger beroep. In de registratie van het Openbaar Ministerie zijn zes procedures te vinden waarin om een civielrechtelijk bestuursverbod is verzocht (en dat ook is opgelegd). In interviews met curatoren zijn gegevens over zes procedures gevonden. Vanuit de Pilot CRVB zijn proceskostenvergoedingen voor 28 procedures verstrekt.⁸⁷ Van een aantal procedures kan worden vastgesteld dat ze in verschillende overzichten voorkomen, voor andere ontbreken daarvoor gegevens. Na verwijdering van (zekere) dubbeltellingen blijven 48 procedures gericht op het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod over. De meeste bestuursverboden werden in 2020 en 2021 opgelegd, mede door de stimulerende werking van de proceskostenvergoedingen in het kader van de Pilot CRVB.

Kenmerken

Uit documentatie van rechtspraak.nl, de registratie van het Openbaar Ministerie en documenten die door curatoren beschikbaar zijn gesteld (dagvaardingen, producties en vonnissen), beschikken we over gegevens van negentien procedures waarin een civielrechtelijk bestuursverbod is gevorderd. Deze gegevens gebruiken we om inzicht te geven in kenmerken van civielrechtelijk bestuursverboden. De procedures die met financiering vanuit de Pilot CRVB zijn gevoerd, blijven hierbij buiten beschouwing; over deze procedures hebben we slechts weinig gegevens.⁸⁸ Voor zover er informatie is, beschrijven we deze aan het einde van deze paragraaf.

Bestuursverbod: primair of nevenvordering

Van de negentien procedures werden er acht in de vorm van een procedure bestuurdersaansprakelijkheid gevoerd, met het bestuursverbod als nevenvordering. In elf procedures was de primaire vordering een civielrechtelijk bestuursverbod. Hiervan zijn er zeven door het Openbaar Ministerie geïnitieerd en vier door een curator.

Opleggingen

In zeventien van de zaken is (ten tijde van de afsluiting van de dataverzameling begin 2023) uitspraak gedaan, waarbij een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd. Twee zaken zijn aangehouden, steeds omdat er nog een zienswijze moest komen van andere vennootschappen waarin de gedaagde eveneens bestuurder is. Er zijn geen zaken bekend waarin de rechter in eerste aanleg of in hoger beroep géén bestuursverbod heeft opgelegd.

Doelgroep

In de negentien gevonden procedures gaat het in vijftien gevallen om bestuurders die in eerdere jaren betrokken waren bij meerdere faillissementen, variërend van twee tot meer dan zestig. In negen procedures is er expliciet vermelding van faillissementen waarin onregelmatigheden plaatsvonden met een patroon van onrechtmatig of frauduleus handelen; in drie procedures is de bestuurder in het verleden ook strafrechtelijk veroordeeld wegens faillissementsfraude. In meerderheid zijn de bestuursverboden opgelegd aan veelplegers of meerplegers.⁸⁹ In één procedure is er geen vermelding van eerdere faillissementen en gaat het om een onderneming waarin structureel en langdurig zeer onzorgvuldig met zorgverlening werd omgegaan, hetgeen leidde tot het opzeggen van een contract door een gemeente en vervolgens tot het faillissement van de vennootschap. In één zaak waren er weliswaar meerdere faillissementen, maar wordt expliciet vermeld dat er geen aanleiding is om van een veel- of meerpleger te spreken. Bij twee faillissementen ontbreekt informatie. In twee zaken maakt de curator melding van de voortzetting van activiteiten van de failliete vennootschap in nieuwe ondernemingen van de betrokken bestuurder, waarbij een (voortgezet) patroon van onregelmatigheden wordt geconstateerd of vermoed.

⁸⁷ Met uitzondering van de vier procedures die voortijdig werden beëindigd en waarbij de toegekende vergoedingen moesten worden teruggestort.

⁸⁸ Een memo met een interne evaluatie van de Belastingdienst bevat mogelijk meer gegevens, maar het is niet voor dit onderzoek ter beschikking gesteld.

⁸⁹ Beke e.a. (2021).

Aantal betrokken bestuurders

De bestuursverboden kunnen betrekking hebben op meerdere bestuurders. In één procedure, aangespannen door een curator, is een bestuursverbod tegen vier bestuurders gevorderd en door de rechter opgelegd, ook in hoger beroep. In een andere procedure, eveneens door een curator aangespannen, is een bestuursverbod tegen twee bestuurders gevorderd, maar werd het aan één van hen niet opgelegd omdat deze volgens de rechter niet als middellijk bestuurder of als feitelijk (mede) beleidsbepaler kon worden aangemerkt.⁹⁰ De overige procedures zien op een bestuursverbod voor één bestuurder.

De duur van het bestuursverbod

De maximale duur van het civielrechtelijk bestuursverbod is in de wet bepaald op vijf jaar. In de zeventien procedures waarin de rechter een civielrechtelijk bestuursverbod heeft opgelegd, was dat vijftien keer een bestuursverbod voor de maximale duur van vijf jaar. Eén keer is een bestuursverbod van twee jaar opgelegd, na een vordering door de curator van een bestuursverbod van vijf jaar. Dit vonnis is in hoger beroep bevestigd. Gegevens over de motivering door de rechtbank om de duur te matigen ontbreken. Eén keer is in eerste aanleg een bestuursverbod van één jaar opgelegd, na een verzoek van het Openbaar Ministerie om een bestuursverbod van vijf jaar op te leggen. In hoger beroep is een (volledig) voorwaardelijk bestuursverbod met een proeftijd van drie jaar opgelegd. Het Hof overwoog dat er sinds de aan de bestuurder verweten gedragingen lange tijd (vijf jaar) was verstreken, en dat de vennootschappen waaraan de bestuurder (indirect) leiding geeft sindsdien aan alle verplichtingen voldoen. Het Hof acht de gekozen constructie met verschillende gelieerde vennootschappen echter risicovol en heeft daarom tot oplegging van het voorwaardelijke bestuursverbod besloten. Het bestuursverbod gaat alsnog in als één van de betrokken vennootschappen binnen drie jaar failliet wordt verklaard en de bestuurder zijn informatie- en medewerkingsverplichting jegens de curator niet nakomt.⁹¹

Gronden

Hoewel de meeste bestuurders aan wie een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd betrokken waren bij meerdere (soms zeer veel) faillissementen, is de grondslag d (tweemaal eerder betrokken) niet het meest gebruikt. In meer dan de helft van de vonnissen is de bestuurdersaansprakelijkheid (grond a) gebruikt: zeven keer uitsluitend de bestuurdersaansprakelijkheid (in het voorliggende faillissement), één keer in combinatie met het ernstig tekortschieten in de informatie- en medewerkingsverplichting jegens de curator (grond c) en één keer in combinatie met alle andere gronden. Betrokkenheid bij twee eerdere faillissementen met een door de rechter vastgesteld persoonlijk verwijt (grond d) komt zes keer voor, waarbij twee keer als enige grond, één keer samen met het ernstig tekortschieten in de informatie- en medewerkingsverplichting (grond a) en een keer samen met alle andere gronden. Deze grond wordt vooral veel gebruikt in de procedures waarin het Openbaar Ministerie de eiser was. Het ernstig tekortschieten in de informatie- en medewerkingsverplichting wordt, als enige grond, alleen door curatoren aangevoerd (twee keer), en daarnaast in combinatie met andere gronden (bestuurdersaansprakelijkheid, betrokkenheid bij twee eerdere faillissementen, alle andere gronden).

Dat grond a veelal door curatoren wordt gebruikt, wordt verklaard door de aard van de procedures: een procedure bestuurdersaansprakelijkheid met het bestuursverbod als nevenvordering, waarbij het oordeel van bestuurdersaansprakelijkheid (zodra dat onherroepelijk is) meteen een grond voor het opleggen van het bestuursverbod is. Ook in één van de procedures waarin het bestuursverbod geen nevenvordering was, is bestuursaansprakelijkheid aangevoerd, waarna dat de grondslag vormde voor het bestuursverbod.

In één procedure heeft het Openbaar Ministerie grond c (ernstige tekortkoming in het nakomen van de inlichtingen- en medewerkingsverplichting jegens de curator) gebruikt om het bestuursverbod te rechtvaardigen. De rechter heeft dit in eerste aanleg gevolgd. De bestuurder heeft in hoger beroep aangevoerd dat deze grond alleen in procedures aangespannen door curatoren zou kunnen worden aangevoerd. Dit is door het hof verworpen. Het hof vermeldt daarbij dat de gronden d (betrokkenheid bij eerdere faillissementen met een persoonlijk verwijt) en e (onherroepelijke boete voor een fiscaal vergrijp) minder voor de hand liggen bij procedures waarin een civielrechtelijk bestuursverbod door de curator

⁹⁰ ECLI:NL:RBMNE:2022:3858.

⁹¹ ECLI:NL:GHARL:2022:8872.

wordt gevorderd.⁹² In de bestudeerde procedures zijn de gronden b (door de rechter vernietigde faillissementspauliana) en e (onherroepelijke boete voor een fiscaal vergrijp) beide slechts één keer gebruikt, in combinatie met de andere drie gronden. Verder zijn ze niet aangevoerd of toegepast. In een derde van de procedures worden meerdere gronden aangevoerd om de vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod te onderbouwen. In de meeste van deze procedures baseert de rechter het vonnis op één grond en is er geen expliciete overweging over de andere aangevoerde gronden: één van de vijf gronden voldoet immers al om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. In een enkel geval is er wel een expliciete beoordeling van de overige gronden. In een procedure waarin de curator drie gronden aanvoert (a, c en d) oordeelt de rechter dat het beroep op grond a (een onherroepelijk geworden uitspraak van een rechter waarin is geoordeeld dat de bestuurder voor zijn handelen of nalaten bij rechtspersoon aansprakelijk is) niet aan de orde is. In dezelfde procedure is weliswaar geoordeeld dat de bestuurder aansprakelijk is, maar dit oordeel is nog niet onherroepelijk. In andere procedures wordt dit probleem opgelost door de formulering dat het gevorderde bestuursverbod pas van kracht wordt nadat het vonnis inzake het onbehoorlijke bestuur en de bestuurdersaansprakelijkheid kracht van gewijsde heeft gekregen (i.e. onherroepelijk is geworden, omdat de bestuurder niet in beroep is gegaan). Een beroep op grond c, het niet voldoen aan de informatie- en medewerkingsverplichting houdt in de procedure evenmin stand. Er is weliswaar geen administratie, maar er is niet aangetoond dat bestuurder niet wilde meewerken. Het bestuursverbod wordt uiteindelijk opgelegd op grond van betrokkenheid bij ten minste twee eerdere faillissementen van een rechtspersoon waarvan hem een persoonlijk verwijt treft.⁹³

Andere vennootschappen

Een bestuursverbod geldt ook voor andere rechtspersonen waarbij de bestuurder betrokken is. De rechter zal aan deze rechtspersonen om een zienswijze vragen, behalve als de gedaagde enig bestuurder is. In ten minste twee procedures werd hiervoor de zaak (in één geval twee keer) aangehouden, omdat overzichten van de rechtspersonen inmiddels als gedateerd werden beschouwd. Het is niet bekend hoe vaak een zienswijze is gegeven. In geen van de zaken heeft een zienswijze (al dan niet gegeven) tot aanpassing van het vonnis geleid.

Duur van de procedure

Tussen dagvaarding/verzoek en vonnis in eerste aanleg verstreken gemiddeld 8,5 maanden (259 dagen) (n=5). Het tijdsverloop tussen datum uitspraak faillissement en datum vonnis was gemiddeld ruim 2 jaar (775 dagen) voor zaken in eerste aanleg (n = 12) en gemiddeld ruim 4,5 jaar (1.727 dagen) voor zaken waarin ook hoger beroep werd aangetekend (n = 3).

Kosten

In drie zaken waarvoor in dit onderzoek door de curator documenten zijn aangeleverd is de tijdbesteding (op basis van de eigen registratie) geraamd op respectievelijk 17 uur, 24 uur en 34 uur, waarbij nog uitgaven komen voor leges, exploit, griffierechten en salaris van een advocaat (niet zijnde de curator). De tijdbesteding geldt voor procedures waarbij het bestuursverbod de primaire (enige) vordering is. In procedures waarbij het bestuursverbod een nevenvordering is bij een procedure tot vaststelling van onbehoorlijk bestuur (bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure) worden de (extra) kosten verwaarloosbaar geacht. De kosten kunnen oplopen als de bestuurder in beroep gaat. In één procedure liet de curator, mede vanwege kostenoverwegingen verstek gaan bij het hoger beroep. Het vonnis bleef in stand en het bestuursverbod werd ook in hoger beroep opgelegd. In de meeste vonnissen wordt de bestuurder veroordeeld tot betaling van de proceskosten (in de vorm van forfaitair bedragen die vaak niet de daadwerkelijk gemaakte kosten dekken).

Knelpunten

In de interviews zijn de volgende knelpunten genoemd:

- Gebrek aan financiering.
- Verstekvonnissen met een onvindbare bestuurder, waardoor het vonnis niet kan worden betekend, de verzetstermijn niet start en het bestuursverbod niet van kracht wordt.

⁹² ECLI:NL:RBAMS:2019:466.

⁹³ ECLI:NL:RBAMS:2021:7832.

- Bestuursverbod voor andere rechtspersonen. Als de bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd tegelijk (enig) bestuurder is van een groot aantal andere bv's, geldt het bestuursverbod ook daarvoor. Het kan moeilijk zijn om nieuwe bestuurders (voor rekening van de bv's) aan te stellen als er geen activa zijn.

Aanvullende gegevens uit de Pilot CRVB

Over de 32 procedures die met een proceskostenvergoeding vanuit de Pilot CRVB zijn geïnitieerd, zijn alleen enkele geaggregeerde gegevens bekend:

- 23 procedures werden gefinancierd vanuit het budget van het ministerie van Justitie en Veiligheid; daarin zijn 16 bestuursverboden opgelegd voor de duur van vijf jaar; zeven zaken lopen ten tijde van deze evaluatie nog.
- 9 procedures zijn gefinancierd vanuit het budget van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid; in vier procedures is een bestuursverbod opgelegd van vijf jaar (drie keer) respectievelijk drie jaar (één keer); één procedure loopt ten tijde van deze evaluatie nog. Vier procedures zijn voortijdig beëindigd vanwege onvoldoende proceskansen of doordat er een schikking met de betreffende bestuurder is getroffen.
- In een tussentijds overzicht van 25 procedures met financiering vanuit de Pilot CRVB zijn er drie waarin een bestuursverbod voor drie bestuurders is gevorderd en drie waarin een bestuursverbod voor twee bestuurders is gevorderd.
- Voor de kosten van de procedure is in de Pilot CRVB met een voorschot ter grootte van minimaal € 4.000 (in één procedure € 3.042) tot ten hoogste € 10.000 gerekend. Onbekend is wat de werkelijke kosten per procedure waren.

6.4 Overwegingen om bestuursverboden wel of niet te vorderen

Curatoren

In de interviews voor deze evaluatie zegt een derde van de geïnterviewde curatoren nooit een bestuursverbod te hebben overwogen, met als redenen dat zij vinden dat het niet tot hun taak behoort, dat het bestuursverbod naar hun mening niet in het civiel- maar in het strafrecht thuishoort, dat het door het Openbaar Ministerie ingezet zou moeten worden en dat het niet in het belang van de schuldeisers is. Eén curator, die vooral grotere en complexere faillissementen behandelt, zegt dat het civielrechtelijk bestuursverbod in dit soort zaken vrijwel nooit aan de orde is, maar dat hij het middel in het verleden, bij de afwikkeling van kleinere en eenvoudiger faillissementen, graag tot zijn beschikking had gehad. Twee curatoren noemen de inzet van een bestuursverbod vooral nuttig bij wijze van dreigement, om de bestuurder te stimuleren om (beter) mee te werken of akkoord te gaan met een schikking. Eveneens een derde van de geïnterviewde curatoren zegt de vordering van een bestuursverbod een of meer keren te hebben overwogen, maar geen procedure te zijn gestart. De aangevoerde redenen om geen bestuursverbod te vorderen zijn dat er onvoldoende middelen in de boedel aanwezig waren, dat er geen bestuursaansprakelijkheidsprocedure werd gestart (waarin de vordering van een bestuursverbod had kunnen meelopen), dat de bestuurders niet aan de criteria voldoen (betrokken bij ten minste twee eerdere faillissementen waarin hun een persoonlijk verwijt is gemaakt), dat er een schikking is getroffen met daarin de afspraak dat er geen bestuursverbod wordt gevorderd (de respondent vermeldt dat er wel een bestuursverbod zou zijn gevorderd als het tot een procedure bestuursaansprakelijkheid zou zijn gekomen) en (twee keer) dat de bestuurders waren overleden voordat de beslissing om een procedure in te zetten werd genomen. Overigens was het in deze laatste twee gevallen volgens de respondent niet zeker dat de beslissing anders zou zijn uitgevallen als zij niet waren overleden, omdat er in beide gevallen sprake was van een (vrijwel) lege boedel met gerede twijfel over de mogelijkheden van verhaal.

Curatoren die wel een bestuursverbod hebben gevorderd, gebruiken redenen die te maken hebben met de doelgroep, de context en de procedure.

Voor de doelgroep zijn er geen formele of concrete criteria. Een gemeenschappelijke noemer is dat morele overwegingen en verontwaardiging belangrijk zijn: "dit kan echt niet" en "dit kan niet waar zijn", met ook verwijzingen naar de (herhaalde) schade voor de maatschappij, de crediteuren en de belangen

van werknemers. Er zijn ook verschillen. Als doelgroep wordt de seriële fraudeur of ‘repeat player’ genoemd, met vooropgezette frauduleuze bedoelingen. Andere curatoren vinden het bestuursverbod voor hen niet geschikt, omdat zij verwachten dat deze bestuurders gemakkelijk wegen vinden om het bestuursverbod te ontduiken door de inzet van katvangers of vennootschappen onder buitenlands recht. Curatoren vinden het een te zwaar middel voor wat zij ‘kleine krabbelaars’ noemen, maar (soms) weer wel geschikt voor onhandige bestuurders, die eigenlijk niet in staat zijn om goed bestuur te voeren. Het vorderen van bestuursverboden wordt gestimuleerd als curatoren in de communicatie met de rechtbank ervaren dat de rechter-commissaris er positief tegenover staat. Als besloten wordt tot een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure is het voor ten minste twee curatoren praktijk om de vordering van een bestuursverbod te overwegen. Twee curatoren vinden dat het bestuursverbod veel actiever moet worden ingezet, met toepassing van schorsing gedurende de procedure, waardoor aan frauduleuze bestuurders veel sneller een halt kan worden toegeroepen.

In het onderzoek van Pool (2022) naar de aanpak van onregelmatigheden in faillissementen, blijkt uit interviews met curatoren dat het bestuursverbod door hen nauwelijks wordt overwogen. Alleen indien er middelen beschikbaar worden gesteld of als het echt geen extra werk oplevert, willen curatoren overwegen om een bestuursverbod te vorderen.⁹⁴ Een enquête onder curatoren in hetzelfde onderzoek levert een iets positiever beeld op. Ruim een kwart van de respondenten is het eens met de stelling dat de curator een bestuursverbod moet vorderen indien aan de gronden is voldaan. Elf procent zegt dat zelf vaak of bijna altijd te doen. De respondenten hebben naar eigen zeggen gemiddeld in bijna drie procent van de door hen afgewikkelde faillissementen een vordering tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod ingesteld.⁹⁵ Dit zou betekenen dat er jaarlijks door meer dan 50 curatoren in totaal meer dan honderd procedures voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod gevoerd zouden worden. Dit is niet realistisch. Antwoorden op andere vragen, waarbij externe validatie mogelijk is, suggereren een vertekening van de bevindingen in de richting van een (te) hoge geneigdheid tot redresseren (zie ook Bijlage II van dit rapport).

Rechters-commissarissen

De geïnterviewde rechters-commissarissen, die door het geven van een machtiging moeten instemmen met het vorderen van een bestuursverbod door een curator, zeggen sporadisch met bestuursverboden geconfronteerd te worden (“uiterst zelden”, “hooguit een of twee keer per jaar”, “curatoren zijn er niet happig op”). Hun ervaring is dat veel curatoren er niet mee komen. Twee rechters-commissarissen zeggen dat ze met enige regelmaat de suggestie aan de curator doen om een bestuursverbod te overwegen. Het is vervolgens aan de curator om daar iets mee te doen. In de memorie van toelichting bij de Wet civielrechtelijk bestuursverbod schrijft de minister dat de rechter-commissaris erop toeziet dat de curator een goede afweging tussen verschillende belangen heeft gemaakt.⁹⁶ Frima stelt hierover dat niet vaak een procedure tot het instellen van een bestuursverbod zal worden geëntameerd als de curator en de rechter-commissaris deze afweging steeds strak maken.⁹⁷ In de praktijk komen hierbij geen verschillen van inzicht aan het licht: in de interviews zijn geen situaties naar voren gekomen waarbij de rechter-commissaris niet akkoord is gegaan met het voornemen van een curator om een vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod in te dienen. Dat kan worden ingegeven doordat er, voor zover bekend, maar weinig procedures zijn gevoerd zonder externe financiering. Veel civielrechtelijke bestuursverboden zijn gevorderd in het kader van de Pilot WCVB, met middelen die door enkele ministeries en/of de Belastingdienst zijn verstrekt; andere vorderingen zijn gecombineerd met een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure en brengen daardoor geen of nauwelijks extra kosten met zich mee. In twee procedures waarin het bestuurdersverbod een zelfstandige vordering was zonder dat deze gecombineerd werd met een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, waren er activa beschikbaar en ging de grootse crediteur (de Belastingdienst) akkoord. Bij één vordering was er een lege boedel en nam de curator de kosten voor eigen rekening. Het is voor zover bekend dus zeer weinig voorgekomen dat er door crediteuren is meebetaald aan de procedure en dat hun belangen moesten worden afgewogen tegen het belang van het bestuursverbod.

⁹⁴ Pool (2022), p. 70.

⁹⁵ Pool (2022), p. 128-129.

⁹⁶ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 10.

⁹⁷ Frima (2022), p. 62.

Drie rechters-commissarissen vinden een vordering alleen passend als die wordt gecombineerd met een aansprakelijkheidsprocedure, omdat er dan geen of nauwelijks extra kosten voor de boedel zijn. Eén rechter-commissaris vermeldt dat hij het goed begrijpt dat een curator bij een schikking geen bestuursverbod zal vorderen, omdat dat ten koste van de boedel en diens honorering zou gaan. Ook wordt een mogelijke negatieve invloed op de afwikkeling van het faillissement genoemd als reden om geen bestuursverbod te vorderen terwijl dat voor de bestuurder eigenlijk wel passend zou zijn. Voor de rechters-commissarissen is de doelgroepomschrijving vergelijkbaar met die van de curatoren: bestuurders die hun onderneming keer op keer failliet laten gaan, onbetaalde schulden achterlaten, veel schade aanrichten voor de maatschappij, soms met een netwerk van ondernemingen die allemaal min of meer hetzelfde patroon laten zien. Daarnaast wordt ook een categorie bestuurders genoemd die eigenlijk niet geschikt zijn om te ondernemen en die (ook) tegen zichzelf beschermd zouden moeten worden.

Openbaar Ministerie

In de registratie van het Openbaar Ministerie zijn gegevens over vier pilotzaken opgenomen waarin wel een verzoek tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod overwogen is, maar waarin het Openbaar Ministerie dit uiteindelijk niet heeft gedaan:

- Eén zaak is besproken in het regionale faillissementsfraudesprekkuur. Het voortouw lag bij de curator, die voldoende redenen zag voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Vanwege het boedeltekort was het onzeker of hij een procedure kon financieren. Als dat niet zou lukken, zou het Openbaar Ministerie de procedure overnemen met een verzoek tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Uiteindelijk heeft de curator overeenstemming met de Belastingdienst bereikt over een vergoeding voor de procedure. Hij heeft het bestuursverbod gevorderd en het is door de rechter opgelegd. Daardoor was er geen rol voor het Openbaar Ministerie.
- In een tweede zaak wordt door zowel de curator als het Openbaar Ministerie een procedure tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod overwogen. Er is sprake van vier eerdere faillissementen na 1 juli 2016, maar het is niet zeker in hoeverre daarin sprake is van een persoonlijk verwijt aan de bestuurder. Het onderzoek van de curator levert indicaties voor fraude op, maar is beperkt door een gebrek aan middelen (een lege boedel). Uiteindelijk laat de curator weten dat hij onvoldoende reden ziet voor een procedure. Er wordt in zijn ogen niet (voldoende) voldaan aan de gronden in art. 106a Fw: er zijn geen verhaalsmogelijkheden (de bestuurder is ook privé failliet verklaard), de bestuurder werkt mee en er zijn geen voldoende concrete aanwijzingen voor paulianeus handelen of een boete voor een fiscaal vergrijp. Mogelijk volgt er een strafrechtelijk onderzoek door de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit voor overtreding van de Meststoffenwet, mede op grond van een melding door de curator. Het Openbaar Ministerie berust in de argumenten van de curator en gaat niet over tot het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod.
- In een zaak waarin een bestuurder betrokken was bij meerdere faillissementen na 1 juli 2016 overweegt het Openbaar Ministerie het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Er zijn indicaties van onregelmatig handelen en er is sprake van een mogelijk strafrechtelijk onderzoek. De eerdere faillissementen volgden elkaar snel op, maar inmiddels zijn twee jaar verstreken zonder verdere faillissementen. Besloten wordt om het verdere verloop te monitoren en later mogelijk alsnog een procedure te entameren als daar aanleiding toe is.
- Het Openbaar Ministerie heeft gezocht naar een zaak waarin grond e (een onherroepelijke boete voor een fiscaal vergrijp) toegepast zou kunnen worden voor een verzoek tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Een mogelijk geschikte zaak werd uiteindelijk niet doorgezet om verschillende redenen, waaronder het probleem om voldoende bewijs voor het gesanctioneerde fiscale vergrijp en de sanctiebeschikking te produceren.

6.5 Handhaving en naleving

Bij 12 van de 17 procedures waarin een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd, is ter verzekering van de naleving een dwangsom opgelegd. In de wet is bepaald dat de dwangsom, indien verbeurd, toekomt aan de boedel of, als daarvan geen sprake is, aan de staat. De meest voorkomende dwangsom is

€ 1.000 per overtreding of per dag met een maximum van € 100.000. Er zijn ook hogere dwangsommen: twee keer is er een dwangsom van € 10.000 per overtreding met een maximum van € 500.000 (tabel 6.1).

Tabel 6.1 Dwangsommen bij civielrechtelijke bestuursverboden (n = 17)

Aantal keer opgelegd	Per overtreding	Per dag	Maximum	Opmerkingen
5	€ 10.000		€ 100.000	
3		€ 5.000	€ 100.000	
2	€ 10.000		€ 100.000	
1		€ 1.000	€ 100.000	
1		€ 500	€ 100.000	Voor elk van de (4) bestuurders
5			geen dwangsom	

Bron: vonnissen civielrechtelijk bestuursverbod

In drie gevallen is geen dwangsom gevorderd en dus ook niet opgelegd. In één procedure is wel een dwangsom gevorderd, maar is deze door de rechter afgewezen.⁹⁸

In de wet is bepaald dat het vonnis aan de Kamer van Koophandel wordt gestuurd, zodat de bestuurder kan worden uitgeschreven bij alle vennootschappen die door de uitspraak worden bestreken (art. 106b lid 3 Fw). Volgens informatie van de Kamer van Koophandel wordt het gesignaleerd als de betreffende persoon zich later, binnen de periode waarin het bestuursverbod van kracht is, opnieuw aanmeldt als bestuurder van een rechtspersoon. Deze persoon zal dan niet als bestuurder worden ingeschreven, ook niet als dit in een andere regio speelt. Ten tijde van de evaluatie is er nog overleg tussen de rechtbanken en de Kamer van Koophandel over een standaard formulier waarop alle benodigde gegevens kunnen worden vermeld.

Ook is in de wet bepaald dat een civielrechtelijk bestuursverbod bij het Handelsregister wordt geregistreerd (art. 106b lid 3 Fw). Ten tijde van deze evaluatie is deze registratie er nog niet. Het is de bedoeling dat in de loop van 2023 een nieuwe bepaling in het Handelsregisterbesluit van kracht wordt, waarin de kenmerken van en de bevoegdheden rond de registratie worden geregeld. Een deel van de geregistreerde kenmerken wordt openbaar, te weten de naam en de geboortedatum van de persoon aan wie een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd, de datum van aanvang en beëindiging van de registratie en de datum, het zaaknummer en de vindplaats van de onherroepelijke uitspraak waarbij het bestuursverbod is opgelegd. Als deze nieuwe bepaling van kracht wordt, is er dus een openbare registratie en kunnen gegevens door (bijvoorbeeld) notarissen en potentiële zakenpartners worden geraadpleegd. Enkele andere gegevens (zoals het burgerservicenummer, een eventueel buitenlands fiscaal nummer en het adres) worden niet openbaar en kunnen alleen (onder voorwaarden) door bevoegde instanties worden opgevraagd in het kader van de rechtshandhaving. Aangewezen instanties kunnen ook informatie over beëindigde bestuursverboden raadplegen.

Naast de check door de Kamer van Koophandel is het doorlopende toezicht op rechtspersonen door de afdeling TRACK van de justitiële screeningsautoriteit Justis een middel om de naleving van opgelegde bestuursverboden te controleren.⁹⁹ Op dit moment is het civielrechtelijke bestuursverbod niet opgenomen in een van de risicoprofielen die TRACK voor de permanente screening van rechtspersonen gebruikt. Het strafrechtelijke beroepsverbod is wel onderdeel van het risicoprofiel. Als uit de geautomatiseerde screening een rechtspersoon naar voren komt waarbij een risico op misbruik is geïndiceerd, wordt deze nader onderzocht. Daarbij kan eventueel wel op een civielrechtelijk bestuursverbod worden gecontroleerd. Omdat er geen centraal register is, moet een beroep worden gedaan op andere bronnen, zoals rechtspraak.nl of berichten in de media. Dit levert geen volledig beeld op. Niet-naleving van een strafrechtelijk beroepsverbod wordt aan het landelijk parket van het Openbaar Ministerie gemeld. Eventuele niet-naleving van civielrechtelijke bestuursverboden blijft vooralsnog buiten beeld. Nog

⁹⁸ De rechtbank overweegt dat uit de wet volgt dat de dwangsom gedurende het faillissement van de veroordeelde niet kan worden verbeurd (Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, artikel 611e, eerste lid, Rv). In dit geval, waarbij aan de rechter niet is gebleken dat de bestuurder van zins is om het bestuursverbod te negeren, wordt de gevorderde dwangsom daarom afgewezen. ECLI:NL:RBAMS:2021:7832.

⁹⁹ Homburg e.a. (2021).

niet zeker is waar in de toekomst niet-naleving wordt gemeld. TRACK geeft aan dat het Openbaar Ministerie de preferente ontvanger zou kunnen zijn.

Ontwijking en ontduiking

De geïnterviewde curatoren vinden het bestuursverbod een passende maatregel bij ernstige en vooropgezette fraude met niet meewerkende bestuurders, en noemen preventie van voortzetting van het maatschappelijk schadelijke gedrag als motivering. Deels wordt het ook als een sanctie gezien, bijvoorbeeld in geval van een schikking, waarbij de curator het gevoel heeft dat de bestuurder hier zonder verdere maatregelen te gemakkelijk mee weg komt. Tegelijk overheerst bij vrijwel alle respondenten het gevoel dat de effectiviteit van het civielrechtelijk bestuursverbod beperkt wordt door ontwijking. Zij verwachten dat doorgewinterde fraudeurs doorgaan met hun (frauduleuze) vorm van ondernemen en dat zij het bestuursverbod ontwijken door de inzet van stromannen of buitenlandse entiteiten. Een curator hoorde van derden dat twee van de bestuurders aan wie op zijn verzoek een bestuursverbod was opgelegd opnieuw met een onderneming waren gestart, op naam van de echtgenote van de bestuurder respectievelijk via een entiteit onder Engels recht. In een andere zaak oordeelde de rechter over een verzoek van een bestuurder aan wie een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd, om bestuurder te mogen blijven van een andere vennootschap, waarin hij zijn inkomen verdient. De rechter wijst het verzoek af. Hij verwijst daarbij naar de memorie van toelichting, waarin uitzonderingen alleen zijn bedoeld voor pensioen- en stamrecht-bv's en sommige niet-commerciële rechtspersonen. Daarnaast betreft hij in zijn overweging dat de echtgenote van de (gewezen) bestuurder als bestuurder kan fungeren.¹⁰⁰ Een dergelijke constructie wordt dus niet altijd als ontwijking gezien.

6.6 Civielrechtelijke en strafrechtelijke bestuursverboden

De civiele rechter kan een civielrechtelijk bestuursverbod opleggen; de strafrechter heeft de mogelijkheid om een strafrechtelijk bestuursverbod op te leggen (ook wel aangeduid als beroepsverbod).¹⁰¹ De strekking van beide is gelijk: het wordt aan een persoon verboden om gedurende een bepaalde periode als bestuurder van een vennootschap op te treden. De strafrechter heeft wel meer mogelijkheden om de strekking van het verbod te kiezen. Als het strafrechtelijk bestuursverbod als afzonderlijke straf wordt opgelegd, is de maximale duur vijf jaar; als het een bijkomende sanctie bij een vrijheidsstraf is, is de duur ten minste twee en ten hoogste vijf jaar langer dan de hoofdstraf. Het strafrechtelijk bestuursverbod kan dus aanmerkelijk langer duren dan het civielrechtelijk bestuursverbod. Bovendien is het nodig dat de persoon in kwestie strafrechtelijk wordt vervolgd wegens faillissementsfraude. Het is niet bekend hoe vaak een strafrechtelijk bestuursverbod wordt opgelegd. Onderzoek naar veelplegers van faillissementsfraude stelt dat strafrechters, in de ogen van het Openbaar Ministerie, erg terughoudend zijn met de toepassing.¹⁰²

In de procedures die voor dit onderzoek bestudeerd zijn, komt het twee keer voor dat strafrechtelijke en civielrechtelijke bestuursverboden elkaar raken. Beide procedures zijn geëntameerd door het Openbaar Ministerie. In één procedure wordt een bestuurder strafrechtelijk vervolgd, maar is de eis van een strafrechtelijk bestuursverbod door de strafrechter afgewezen. Het Openbaar Ministerie vindt dat de bestuurder grote maatschappelijke schade veroorzaakt en niet van zins lijkt om daarmee te stoppen. Omwille van het maatschappelijk belang verzoekt het Openbaar Ministerie de civiele rechter om een civielrechtelijk bestuursverbod, dat, zonder verweer van de bestuurder, wordt opgelegd. In een tweede procedure wordt een bestuurder strafrechtelijk vervolgd en is aan hem in eerste aanleg, naast een vrijheidsstraf, een strafrechtelijk bestuursverbod opgelegd. De bestuurder gaat in hoger beroep. Het Openbaar Ministerie vreest dat het lang zal duren voordat het strafrechtelijk bestuursverbod onherroepelijk wordt. Omdat het vanuit het maatschappelijk belang noodzakelijk wordt geacht om een halt toe te roepen aan de frauduleuze activiteiten van de bestuurder, verzoekt het Openbaar Ministerie de civiele rechter om een civielrechtelijk bestuursverbod, in de verwachting dat deze procedure sneller tot een conclusie komt dan het strafrechtelijke hoger-beroepstraject. De civiele rechter legt een civielrechtelijk

¹⁰⁰ ECLI:NL:RBAMS:2021:7832.

¹⁰¹ Wetboek van Strafrecht, artikel 28, eerste lid, sub 5: De rechten waarvan de schuldige, in de bij de wet bepaalde gevallen, bij rechterlijke uitspraak kan worden ontzet, zijn <...> de uitoefening van bepaalde beroepen.

¹⁰² Beke e.a. (2021), p. 33.

bestuursverbod op. Achteraf blijkt deze extra procedure overbodig, omdat het vonnis in hoger beroep (met een strafrechtelijk bestuursverbod van vijf jaar en zes maanden) eerder komt dan verwacht en ook eerder dan de uitspraak in de civiele zaak.

6.7 Niet meewerken aan de eigen veroordeling – nemo tenetur

In de memorie van toelichting bij het voorstel van Wet civielrechtelijk bestuursverbod is (net als in de memorie van toelichting bij het voorstel van Wet versterking positie curator¹⁰³) aandacht besteed aan de toepasselijkheid van het nemo tenetur-beginsel.¹⁰⁴ Het nemo tenetur-beginsel houdt in dat een burger niet verplicht is medewerking te verlenen aan zijn eigen veroordeling in een strafproces of in een andere procedure die tot oplegging van een punitieve sanctie kan leiden. De minister beargumenteert dat de medewerkings- en inlichtingenplicht van de bestuurder van een failliet verklaarde rechtspersoon ten dienste staat van de afwikkeling van het faillissement en dat het nemo tenetur-beginsel pas in beeld komt bij een eventuele strafrechtelijke vervolging.

In een van de procedures voor de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod heeft de bestuurder van een failliet verklaarde vennootschap in zijn verweer een beroep gedaan op het nemo tenetur-beginsel.

In de procedure voor de Amsterdamse rechtbank, waarin door het Openbaar Ministerie om een civielrechtelijk bestuursverbod is verzocht vanwege het niet nakomen van de inlichtingen- en medewerkingsverplichting (de c-grond), beroept een bestuurder zich op nemo tenetur. Hij brengt in dat het niet nakomen van de inlichtingen- en medewerkersverplichting, waarvoor hij in gijzeling is genomen, hem niet kan worden verweten, omdat hij daarmee zou meewerken aan zijn eigen vervolging, daarbij aangevend dat het civielrechtelijk bestuursverbod een straf is. De rechter beargumenteert dat de bestuurder door het nakomen van de inlichtingen- en medewerkersverplichting had kunnen voorkomen dat hem een civielrechtelijk bestuursverbod op deze grond was opgelegd. Het verlenen van medewerking zou een bestuursverbod dus voorkomen en kon geen aanleiding zijn om het op te leggen. Als met verwijzing naar een van de andere gronden om een bestuursverbod zou zijn verzocht, is van belang dat het civielrechtelijk bestuursverbod niet, zoals aangevoerd door de bestuurder, een *criminal charge* is, waarop het nemo tenetur-beginsel ziet. De rechter verwijst naar uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over civielrechtelijke bestuursverboden in Engeland en Noorwegen. Het civielrechtelijk bestuursverbod is in de nationale wetgeving aangemerkt als civiel, het is eerder regulerend dan bestraffend en de sanctie is geen vrijheidsstraf of boete. Daarbij gaat de rechter ook in op het preventieve karakter van een civielrechtelijk bestuursverbod dat met verwijzing naar de c-grond wordt verzocht. Dit bestuursverbod is, anders dan door de bestuurder aangevoerd, wel degelijk preventief, omdat het, zoals door de minister aangevoerd in de memorie van toelichting, beoogt te voorkomen dat een bestuurder, van wie is gebleken dat hij niet schuwt om de faillissementscurator tegen te werken, in de toekomst buitenspel wordt gezet als het gaat om het kunnen gebruikmaken van rechtspersonen. Als de inlichtingen die de bestuurder uiteindelijk, onder de dreiging van voortgezette gijzeling, heeft verstrekt zouden worden gebruikt in een strafrechtelijke procedure, zal de strafrechter moeten beslissen of de desbetreffende inlichtingen in de strafprocedure kunnen worden aangevoerd. In de civielrechtelijke procedure voor oplegging van een bestuursverbod kan dus geen beroep op nemo tenetur worden gedaan, ongeacht de grond die aangevoerd wordt voor oplegging. De rechter legt een bestuursverbod voor vijf jaar op en een dwangsom.¹⁰⁵

De bestuurder gaat in hoger beroep met drie grieven. Hij bestrijdt dat hij de inlichtingen- en medewerkingsplicht heeft verzaakt; hij bestrijdt dat het civielrechtelijk bestuursverbod niet kan worden aangemerkt als *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM alsmede dat het nemo tenetur-beginsel in deze procedure geen rol speelt, en hij vindt de duur van het bestuursverbod te lang en de opgelegde dwangsom overbodig. Het hof oordeelt dat alle grieven falen. Specifiek over het nemo tenetur-argument oordeelt het hof dat de procedure tot het verkrijgen van een bestuursverbod niet kan worden aangemerkt als

¹⁰³ Kamerstuk II 34 253, 2014-2015, nr. 3. Memorie van toelichting Wet versterking positie curator, p. 9-10.

¹⁰⁴ Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 8.

¹⁰⁵ ECLI:NL:RBAMS:2019:466.

criminal charge in de zin van art. 6 EVRM. De argumentatie komt overeen met die van de rechtbank en is gestoeld op de weergave in de Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (criminal limb). Het hof merkt daarbij op dat uit een uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat, wanneer een maatregel strekt tot het uitoefenen van dwang ter verkrijging van inlichtingen, terwijl niet is uitgesloten dat deze inlichtingen in verband met een criminal charge tegen de betrokkene zullen worden gebruikt, de nationale autoriteiten moeten waarborgen dat deze betrokkene het recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen (HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161). De procedure tot het verkrijgen van een bestuursverbod strekt volgens het hof echter niet tot het uitoefenen van dwang ter verkrijging van inlichtingen. Ook is het bestuursverbod een preventieve maatregel, die bovendien pas kan worden opgelegd nadat een bestuurder in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen uit de Faillissementswet. Als het tot een eventueel strafproces zou komen, is het aan de strafrechter om te oordelen over de wijze waarop de informatie is vergaard. Het hof bevestigt het vonnis van de rechtbank en ziet geen reden om de duur van het bestuursverbod te matigen, evenmin om de dwangsom te laten vervallen.¹⁰⁶

De uitspraken van de rechter in eerste aanleg en in hoger beroep zijn in lijn met de argumenten van de minister in de memorie van toelichting: het nemo tenetur-beginsel conflicteert niet met de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod, onafhankelijk van de vraag op welke van de vijf wettelijke gronden het wordt opgelegd.

¹⁰⁶ ECLI:NL:GHAMS:2020:3092.



Conclusie

W

7 Conclusie

7.1 Bevindingen samengevat

Bestrijding faillissementsfraude: programma herijking faillissementswet

In het programma herijking faillissementsrecht van 2012 zijn aanpassingen in de faillissementswetgeving aangekondigd. De pijler fraudebestrijding van het programma bevat drie wetten voor het versterken van het strafrechtelijk en het civielrechtelijk instrumentarium om faillissementsfraude en onregelmatigheden rondom faillissementen te bestrijden:

- De Wet versterking positie curator voorziet in een wettelijke verplichting voor de faillissementscurator om onderzoek te doen naar onregelmatigheden die een faillissement (mede) hebben veroorzaakt of het tekort in de boedel hebben vergroot, verplicht de curator om de geconstateerde onregelmatigheden te melden bij de rechter-commissaris en, indien de curator of de rechter-commissaris dat nodig vinden, te melden bij de handhavende instanties. Aan de gefailleerde en daarmee verbonden derden worden verduidelijkte en strengere inlichting- en medewerkingsplichten gesteld ter verbetering van de informatiepositie van de curator.
- De Wet civielrechtelijk bestuursverbod maakt het mogelijk om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen aan een bestuurder die faillissementsfraude pleegt of zich schuldig heeft gemaakt aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement.
- De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude moderniseert in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten de mogelijkheden voor opsporing, vervolging en voorkoming van faillissementsfraude.

De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude en Wet civielrechtelijk bestuursverbod zijn in 2016 in werking getreden. De Wet versterking positie curator is in 2017 van kracht geworden.

Evaluatie Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod

In dit onderzoek worden twee van de drie wetten geëvalueerd: de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Voor beide wetten zijn plan- en procesevaluaties uitgevoerd. De planevaluaties geven antwoord op de vragen wat er met de wetten wordt beoogd, welke maatregelen worden ingezet om de doelen te bereiken en hoe dat zou moeten gebeuren (de interventielogica's). De procesevaluaties maken inzichtelijk hoe de wetten worden uitgevoerd, welke resultaten ermee worden behaald en welke aanwijzingen er zijn voor doeltreffendheid.

De planevaluaties zijn uitgevoerd met document- en literatuurstudie, aangevuld met interviews met beleidsambtenaren. Voor de procesevaluaties zijn gegevens gebruikt uit de literatuur, verslagen, registraties en interviews met uitvoerders van wettelijke maatregelen.

Interventielogica Wet versterking positie curator

De interventielogica van de Wet versterking positie curator onderscheidt twee hogere doelen (bevorderen van een eerlijker handelsklimaat met eerlijkere concurrentieverhoudingen en bewerkstelligen van een vergroot vertrouwen in het handelsverkeer), twee hoofdoelen (bestrijden faillissementsfraude en beperken maatschappelijke schade faillissementen) en twee operationele doelen (versterking informatiepositie curator en versterking van de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator). De doelen moeten bereikt worden met een aantal maatregelen: de aanscherping van de inlichtingen- en medewerkingsverplichting van de bestuurder(s) van de failliete rechtspersoon, de verplichting voor derden om de administratie ter beschikking van de curator te stellen en de uitbreiding van de reikwijdte van de inlichtingen- en medewerkingsverplichting tot een grotere groep personen (alle gericht op versterking van de informatieverplichting), de verplichting voor de curator om onderzoek naar onregelmatigheden te doen en de formulering van vervolgstappen bij de signalering van onregelmatigheden. De curator heeft een centrale rol bij de uitvoering van de wet. Hij beschikt over de meeste informatie. Zijn kerntaak is het beheer en de vereffening van de failliete boedel met als uiteindelijk doel de eventuele opbrengst onder de schuldeisers te verdelen. De Wet versterking positie curator bepaalt dat hij onderzoek moet doen naar onregelmatigheden, dat hij de rechter-commissaris daarover vertrouwelijk moet informeren en dat hij melding van vermoedens van fraude doet bij de bevoegde instanties, als hij dat nodig vindt. De rechter-commissaris houdt toezicht op de afwikkeling van het faillissement en is daarbij in hoge mate afhankelijk van de informatie die de curator aanlevert. De wet geeft ook de rechter-commissaris de bevoegdheid om melding van vermoedens van fraude bij de handhavende instanties te doen. In de praktijk betekent dit dat de rechter-commissaris de curator opdracht kan geven om een

melding te doen als deze dat niet uit eigener beweging doet. Het Openbaar Ministerie, de FIOD en de politie hebben een rol bij de opvolging van meldingen met strafrechtelijke onderzoeken; daarnaast kunnen zij de curator ondersteunen met informatie over de aanpak van frauduleuze faillissementen. Zij hebben daarmee een grote invloed op de randvoorwaarden voor de uitvoering van de wet.

Wet versterking positie curator: uitvoering en resultaten

De wettelijke bepalingen over de informatiepositie van de curator worden door de uitvoerders vooral ervaren als een codificatie van de bestaande praktijk. Deze is niet onwelkom, in het bijzonder waar het de explicitering betreft van de plicht van financiële dienstverleners, zoals accountants, om de administratie van een failliet verklaarde onderneming ter beschikking te stellen. De operationele doelstelling van een versterking van de informatiepositie wordt daarmee echter niet gerealiseerd. De fraudetaak van de curator is meer ingeburgerd, naast de kerntaak van beheer en vereffening van de boedel. Jongere en minder ervaren curatoren worden relatief vaak in fraudefaillissementen aangesteld en kennen aan fraudebestrijding een meer zelfstandige en nevensgeschikte plaats toe; langer meelopende en meer ervaren curatoren krijgen minder vaak met frauduleuze faillissementen te maken en kennen de kerntaak van beheer en vereffening nog steeds een eerste plaats toe. Voor alle curatoren geldt dat zij bij de afwikkeling van veel faillissementen financiële belemmeringen ervaren die de uitvoering van de fraudetaak in de weg staan. Dus ongeacht de opvattingen van de curator over de verhouding tussen enerzijds de kerntaak van beheer en vereffening en anderzijds de fraudetaak kan de uitvoering van de fraudetaak door een gebrek aan financiële middelen in de knel komen. Daarnaast zijn er tactische en strategische overwegingen, waardoor het belang van de boedel en de efficiënte afwikkeling van het faillissement voorrang krijgen boven de fraudebestrijding, bijvoorbeeld bij schikkingen (waarbij de bestuurder van de failliete rechtspersoon als voorwaarde voor een akkoord stelt dat een fraudemelding bij de bevoegde instanties achterwege blijft) of om de relatie met de bestuurder niet te zeer te belasten en daarmee te vermijden dat diens medewerking aan de afwikkeling van het faillissement verslechtert.

Het absolute aantal fraudemeldingen per jaar na het van kracht worden van de wet op 1 juli 2017 ligt lager dan het absolute aantal fraudemeldingen voordat de wet van kracht werd. Vóór 2017 waren dat er gemiddeld 398 per jaar (periode 2014-2016), na 2017 gemiddeld 336 per jaar (periode 2018-2020). Het aantal fraudemeldingen is niet op jaarbasis toe te schrijven aan het aantal faillissementen, omdat een fraudemelding in verschillende stadia van de afwikkeling van een faillissement kan worden gedaan en de afwikkeling meerdere jaren kan duren. Een verdere complicatie is dat het aantal uitgesproken faillissementen vanaf 2013 een dalende trend laat zien. In dit onderzoek is de relatie tussen het aantal fraudemeldingen en het aantal faillissementen benaderd met voortschrijdende gemiddelden. Ten opzichte van het gedaalde aantal uitgesproken faillissementen vertoont het aantal fraudemeldingen een stijgende trend. Deze is al ingezet voordat de Wet versterking positie curator van kracht werd en is dus niet eenvoudig toe te schrijven aan de wet. De invloed van de wet op de pakkans van faillissementsfraudeurs is afwezig. Deze wordt niet bepaald door de fraudesignalering en de meldingsbereidheid, maar door de capaciteit voor opsporing bij FIOD, Openbaar Ministerie en politie. Curatoren ervaren dat de meeste van de door hen gedane fraudemeldingen niet tot (voor hen merkbare) acties van de bevoegde instanties leiden. Zij merken daardoor slechts sporadisch voordelen voor de boedel, als opsporingsonderzoeken informatie over (verborgen) activa opleveren, waarover de curator zelf niet kon beschikken. Doordat curatoren weinig vertrouwen hebben in de opvolging van de fraudemeldingen, besteden ze er weinig tijd aan en is de kwaliteit mager. Bij het loket voor de meldingen, het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, moet veel werk verzet worden voor het verrijken van meldingen door het opvragen van extra informatie, waarna ze gebruikt kunnen worden voor de selectie van zaken die tot opsporingsonderzoeken kunnen leiden.

De uitvoeringspraktijk laat zien dat de operationele doelen van versterking van de informatiepositie van de curator en de versterking van de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator niet of nauwelijks worden bereikt. Dit straalt af op de hoofddoelen van bestrijden van faillissementsfraude en het beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen. Geen van de geïnterviewde curatoren en rechters-commissarissen ziet dat de doelen van de wet gerealiseerd worden. Doordat de uitvoeringspraktijk zo weinig veranderd is, zijn er ook geen aanwijsbare effecten op de (geleverde) inspanning van de curator, de boedel en de belangen en opbrengsten van schuldeisers (de financiële impact op crediteuren, genoemd in het amendement dat mede aanleiding was voor deze evaluatie).

Alles overziend is de wet niet doeltreffend, met als belangrijkste oorzaken (tevens knelpunten) het ontbreken van financiering van de fraudetaak van de curator (met name voor het fraudeonderzoek, deels door lege en onvoldoende batige boedels en deels door opvattingen over het primaat van de kerntaak van beheer en vereffening van de boedel) en een gebrek aan vertrouwen in de opvolging van meldingen, ingegeven door een tekort aan prioriteit en capaciteit voor strafrechtelijke onderzoeken van FIOD en politie onder leiding van het Openbaar Ministerie.

Interventiologica Wet civielrechtelijk bestuursverbod

De interventiologica van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod kent twee hogere doelen (bevorderen eerlijker handelsklimaat met eerlijkere concurrentieverhoudingen en bewerkstelligen van een vergroot vertrouwen in het handelsverkeer, drie hoofddoelen (de bestrijding van faillissementsfraude en onregelmatigheden in faillissementen, het voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten ongehinderd kunnen voortzetten, en het beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen) en één operationeel doel: voorkomen dat bestuurders van failliet verklaarde ondernemingen die daarvoor in aanmerking komen gedurende maximaal vijf jaar opnieuw bestuurder of commissaris van een Nederlandse rechtspersoon worden.

Deze doelen worden nagestreefd door de oplegging van bestuursverboden door de rechter op vordering van de curator of verzoek van het Openbaar Ministerie. De oplegging van bestuursverboden wordt gemeld aan de Kamer van Koophandel die de betrokken bestuurder uitschrijft en (in de toekomst) opneemt in een registratie. Daarmee wordt voorkomen dat de bestuurder zijn frauduleuze gedrag in een nieuwe of andere rechtspersoon voortzet en daarmee maatschappelijke schade blijft veroorzaken. De wet kent de bevoegdheid om een procedure tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod te starten toe aan de curator, maar ook aan het Openbaar Ministerie, dat daarnaast de bevoegdheid heeft om een strafrechtelijk bestuursverbod te vorderen in een strafrechtelijke procedure. De verschillen tussen het strafrechtelijk en het civielrechtelijk bestuursverbod zijn dat het strafrechtelijk bestuursverbod een langere geldingsduur kan hebben dan het civielrechtelijk bestuursverbod, dat het Openbaar Ministerie bij het civielrechtelijk bestuursverbod gebonden is aan vijf gronden en bij het strafrechtelijk bestuursverbod meer vrijheid heeft om de vordering te onderbouwen, dat een procedure gericht op een civielrechtelijk bestuursverbod vaak sneller verloopt dan een strafrechtelijke procedure en dat het civielrechtelijk bestuursverbod ook opgelegd kan worden als er geen aanleiding is om de bestuurder strafrechtelijk te vervolgen.

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod: uitvoering en resultaten

Hoe vaak een procedure gericht op het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod is geëntamerd, is niet precies bekend. Er bestaat (nog) geen registratie, zoals bedoeld in de wet. In het onderzoek zijn gegevens over 46 procedures gevonden waarin door de curator (40 keer) of het Openbaar Ministerie (6 keer) een civielrechtelijk bestuursverbod is gevorderd. Het meest voorkomende motief voor curatoren en het Openbaar Ministerie is dat de betrokken bestuurders veelvuldig frauduleus gedrag vertonen, niet alleen in het faillissement, maar ook daarvoor en dat het belangrijk is dat daar een halt aan wordt toegeroepen. Voor het Openbaar Ministerie is dit motief niet anders dan bij een strafrechtelijk bestuursverbod. De procedures waarin het bestuursverbod door de curator is gevorderd, zijn bijna allemaal als nevenvordering bij een bestuursaansprakelijkheidsprocedure gevoerd of gefinancierd met (extra) middelen uit twee pilots van het ministerie van Justitie en Veiligheid (uitgevoerd door de Belastingdienst) respectievelijk het Openbaar Ministerie, opgezet om de toepassing door de curator of het Openbaar Ministerie te stimuleren en ervaring met het instrument op te doen. Er zijn twee procedures gevonden die gefinancierd zijn uit de boedel (met instemming van de Belastingdienst als belangrijkste crediteur) en één procedure die door de curator uit eigen middelen is betaald. Voor zover bekend en voor zover er uitspraak is gedaan, heeft de rechter het bestuursverbod in alle zaken opgelegd. In drie zaken wijkt het vonnis af van de gevorderde maximale duur van vijf jaar. In twee gevallen zijn bestuursverboden voor drie respectievelijk twee jaar opgelegd (reden voor vermindering niet bekend), in een ander geval is de duur in eerste aanleg verminderd tot één jaar (reden voor vermindering niet bekend) en is dit vonnis in hoger beroep omgezet in een voorwaardelijk bestuursverbod. De reden hiervoor is dat er inmiddels veel tijd verstreken was tussen het tijdstip van de onregelmatigheden en dat bestuurders sindsdien al enige tijd een onderneming dreven zonder dat van onregelmatigheden was gebleken. Procedure

res duren, gemeten tussen dagvaarding/verzoek en vonnis in eerste aanleg, gemiddeld 8,5 maand. Gemeten tussen datum uitspraak faillissement en datum vonnis verstrijkt gemiddeld ruim twee jaar voor zaken in eerste aanleg en gemiddeld ruim 4,5 jaar voor zaken waarin ook hoger beroep is aangetekend. In bijna alle zaken zijn de bestuurders in de kosten veroordeeld (betekening, griffierechten, kosten advocaat e.d.). Dit geldt niet voor de uren die de curator aan de procedure besteedt.

De bevindingen laten zien dat de werkzame mechanismen uit de interventielogica in werking zijn gesteld. Er zijn civielrechtelijke bestuursverboden gevorderd door de curator, verzocht door het Openbaar Ministerie en opgelegd door de rechter. Over de naleving bestaan geen gegevens, maar er zijn geen signalen die duiden op een gebrek aan naleving. Een middel om de naleving structureel te controleren ontbreekt, omdat het beoogde centrale register nog niet tot stand is gekomen. Wel zijn er signalen die op ontwijking duiden. Dat de werkzame mechanismen in werking zijn gesteld, betekent niet dat de doelen volledig zijn bereikt. Het aantal opgelegde bestuursverboden blijft achter bij de verwachting in de memorie van toelichting. Daarin wordt een verwachting genoemd van enkele tientallen civielrechtelijke bestuursverboden per jaar, terwijl het er tussen medio 2016 (van kracht worden van de wet) tot medio 2022 (einde onderzoeksperiode) voor zover bekend gemiddeld minder dan tien per jaar waren. Veel van de bestuursverboden zijn opgelegd in het verband van de twee pilots, Zonder extra aandacht of extra financiering zijn weinig procedures gevoerd, zeker niet los van bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures. Het ontbreken van structurele financiering voor de procedures is het belangrijkste knelpunt voor de uitvoering.

7.2 Conclusie

Werkzame mechanismen beperkt in werking gesteld, doelen hooguit beperkt gerealiseerd

In deze evaluatie zijn de doelen, de beoogde werking, de uitvoering in de praktijk en de resultaten van twee wetten in de fraudepijler van het programma herijking faillissementswet onderzocht: de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. De maatregelen uit de beide wetten worden uitgevoerd, maar hun beoogde werkzame mechanismen zijn slechts beperkt in werking gesteld. Daardoor worden de hoofddoelen bestrijding van faillissementsfraude, beperken van de maatschappelijke schade van faillissementen en voorkomen van de voortzetting van frauduleuze activiteiten niet of beperkt gerealiseerd.

Fraudebestrijding ingeburgerd

Fraudebestrijding heeft een duidelijker plaats in het werk van de curator gekregen. Dit is niet zozeer te danken aan de beide wetten, maar aan de bredere discussies en de ruimere aandacht die door en rond het programma herijking faillissementswet zijn gestimuleerd en die hun sporen hebben nagelaten in opleidingen, trainingen, studiedagen, en congressen. Nog steeds vindt een deel van de curatoren dat zij geen rol bij de bestrijding van faillissementsfraude hebben, maar een ruime meerderheid vindt dat fraudebestrijding wel tot hun takenpakket hoort en is ook gemotiveerd om fraude te bestrijden. Toch komt de taak niet op de eerste plaats, maar pas na de kerntaak van beheer en vereffening van de boedel en de verdeling onder de schuldeisers.¹⁰⁷

Bekostiging fraudetaak heeft grote invloed

Het met de Wet versterking positie curator verplicht gestelde fraudeonderzoek wordt uitgevoerd, naar de mening van geïnterviewde rechters-commissarissen met voldoende diepgang. Wat voldoende diepgang is wordt bepaald door het soort faillissement (gepercipieerde kans op fraude) en de beschikbare middelen. In een faillissement met een lege of onvoldoende batige boedel is het onderzoek naar onregelmatigheden en fraude vaak beperkt, als er a priori geen evidente aanwijzingen voor fraude zijn (zoals de betrokkenheid van een bekende fraudeur of katvanger). Lege en onvoldoende batige boedels komen veel voor, in meer dan veertig procent van de faillissementen. Volgens de geïnterviewde curatoren is dit vooral bij frauduleuze faillissementen een risico. Onregelmatigheden en fraudesignalen worden door de curator met de rechter-commissaris besproken; fraudesignalen worden in twee derde van de gevallen

¹⁰⁷ Dit blijkt uit interviews in dit onderzoek. Het wordt kwantitatief onderbouwd in de enquête in het onderzoek van Pool (2022), p. 136 en p. 139.

bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude gemeld. Dit gebeurt hoofdzakelijk als curatoren van oordeel zijn dat er sprake is van bewuste fraude met kwade opzet, in en vaak ook voorafgaand aan het faillissement. Het fraudeonderzoek is door de wet niet veranderd. Wat betreft de meldingen lijkt er sprake van een stijgende trend, die al is ingezet voordat de wet medio 2017 van kracht werd.

Sinds de invoering van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod op 1 juli 2016 zijn inmiddels (ten minste) 46 civielrechtelijke bestuursverboden verzocht of gevorderd en (ten minste) 36 civielrechtelijke bestuursverboden opgelegd (de overige zaken lopen ten tijde van de evaluatie nog). Het mechanisme werkt, maar dat gebeurt vooral in het kader van pilots waarin curatoren financiële steun voor de procedures van buitenaf kregen; deels ook zonder externe middelen als nevenvordering bij bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures, waardoor er nauwelijks extra kosten voor de curator of de boedel zijn. Ook de civielrechtelijke bestuursverboden die door het Openbaar Ministerie zijn gevorderd, zijn in pilotvorm verzocht en opgelegd.

Verhouding fraudetaak tot kerntaak

In de discussies tijdens de wetgevingstrajecten heeft de verhouding van de fraudetaak tot de kerntaak van beheer en vereffening van de boedel veel aandacht gekregen. De verhouding blijkt inderdaad problematisch. Dit is (meestal) niet ingegeven door principiële overwegingen over de kerntaak van de curator, maar wel door financiële en procedurele omstandigheden. Een mogelijk negatieve invloed op de medewerking van de bestuurder aan de afwikkeling van het faillissement en op de totstandkoming van schikkingen kan ertoe leiden dat meldingen van fraudesignalen achterwege blijven en kan er ook voor zorgen dat bestuursverboden niet worden gevorderd. Nog belangrijker is het ontbreken van financiële middelen voor fraudeonderzoeken, meldingen en het vorderen van bestuursverboden. Bij onvoldoende batige boedels wordt soms overlegd met (preferente) schuldeisers om te bezien hoe zij tegenover de besteding van middelen voor een procedure gericht op een bestuursverbod staan; bij lege boedels komen de kosten voor rekening van de curator. In een wetgevingsoverleg heeft de minister hierover gezegd dat de maatschappelijke taak van fraudebestrijding ook aan andere private financiële dienstverleners is opgelegd, zoals banken en notarissen. Curatoren brengen hiertegen in dat zij, in tegenstelling tot de andere dienstverleners, geen mogelijkheden hebben om de kosten bij klanten in rekening te brengen. Er zijn pleidooien om de Garantstellingsregeling curatoren hiervoor aan te passen. De fraudemaatregelen passen op dit moment niet in de regeling, die gericht is op bevoorschotting van procedures die met een grote kans op succes en met voldoende omvang verhaal op bestuurders mogelijk maken.¹⁰⁸ Op het moment van deze evaluatie is het nog niet mogelijk om met financiële ondersteuning vanuit de Garantstellingsregeling curatoren zelfstandige procedures gericht op een bestuursverbod te voeren. Dit is een gemis, omdat de fraudemaatregelen, en in het bijzonder het civielrechtelijke bestuursverbod, rendabel kunnen zijn, ook voor crediteuren. Een bestuurder, aan wie geen bestuursverbod wordt opgelegd en mede daardoor kan recidiveren, zal vaak opnieuw grote crediteuren als de belastingdienst en het UWV duperen. Het bestuursverbod kan dit voorkomen. Deze opbrengst blijft meestal onzichtbaar.

Opvolging beïnvloedt uitvoering fraudetaak

Naast de bekostiging is de opvolging van fraudemeldingen door de bevoegde instanties het meest genoemde en zwaarste knelpunt bij de uitvoering van de Wet versterking positie curator. De opvolging van meldingen met strafrechtelijke onderzoeken van de FIOD (zwaardere en complexere fraudezaken) en de politie (eenvoudiger en minder zware zaken) onder leiding van het Openbaar Ministerie wordt bepaald door de capaciteit, de prioriteit en de expertise bij opsporingsdiensten, en niet door het aantal meldingen. Curatoren hebben de ervaring dat meestal geen opvolging aan meldingen wordt gegeven en vinden dat ze weinig terugkoppeling krijgen. Dit heeft invloed op de meldingsbereidheid en de kwaliteit van de fraudemeldingen.

Het is onwaarschijnlijk dat een ervaren handhavingstekort bij de FIOD, de politie en het Openbaar Ministerie gemakkelijk opgelost kan worden door meer capaciteit en prioriteit, gegeven de concurrentie met de bestrijding van andere vormen van financieel-economische en commune criminaliteit. Ook valt te verwachten dat het aantal meldingen zal oplopen als het aantal faillissementen weer stijgt. Ook als de capaciteit nu verhoogd wordt, kan dit in de toekomst weer voor tekorten zorgen. Respondenten pleiten voor meer helderheid over de selectie van zaken voor opvolging en het differentiëren van meldingen: meer uitgebreide meldingen bij fraudesignalering van fraude met grote kans op opvolging, eenvoudige

¹⁰⁸ Pro Facto (2019).

meldingen bij fraudesignalen die vooral voor statistiek en beeldvorming worden gebruikt. Twee curatoren pleiten voor een sterk geïntensiveerde aanpak door samenwerking tussen curatoren, Openbaar Ministerie en opsporingsdiensten met gecoördineerde afspraken over de civielrechtelijke en strafrechtelijke aanpak. Daarmee moet worden bewerkstelligd dat zo min mogelijk fraudeurs de dans ontspringen en dat de aanpak toegesneden is op de ernst van de zaken.

De centrale rol van de curator

In de Wet versterking positie curator en in de Wet civielrechtelijk bestuursverbod is het de curator die de centrale rol bij de signalering van onregelmatigheden en fraude krijgt toegewezen. Hij is als het ware de vooruitgeschoven post bij de bestrijding van faillissementsfraude. Het onderzoek laat zien dat dit terecht is. De curator beschikt over de meeste informatie en andere betrokkenen, zoals de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie, zijn in hoge mate afhankelijk van wat zij van de curator te horen krijgen. De verwachting van de minister in de memories van toelichting bij de beide wetten dat deze centrale en cruciale rol in het private domein en zonder aanvullende financiering zoals beoogd opgepakt kan worden, komt in de praktijk niet uit. Dit leidt ertoe dat onderzoeken naar onregelmatigheden en fraude minder (en minder uitgebreid) worden uitgevoerd dan vanuit het perspectief van fraudebestrijding wenselijk is, dat er ook minder meldingen van fraudesignalen bij bevoegde instanties worden gedaan en dat er minder civielrechtelijke bestuursverboden worden gevorderd en opgelegd dan maatschappelijk wenselijk is. Het toezicht door de rechter-commissaris zal dit hooguit gedeeltelijk kunnen corrigeren, deels omdat de rechter-commissaris minder informatie heeft en deels omdat hij de grenzen aan de acties van de curator door het tekort aan middelen herkent en erkent.

De centrale positie van de curator houdt een bijzondere verantwoordelijkheid en tevens een risico in. In veel faillissementen is sprake van onregelmatigheden en het is de curator die beslist of een onregelmatigheid zwaar genoeg weegt om deze met de rechter-commissaris te bespreken en eventueel later, als mogelijke fraude, bij de bevoegde instanties te melden. Hier ligt discretionaire ruimte en in zekere zin heeft de curator de rol van politieagent en aanklager (en misschien zelfs rechter). Binnen het civiele traject is de discretionaire ruimte er altijd al, maar richting een mogelijke strafrechtelijke vervolging krijgt de manier waarop de curator zijn centrale rol uitvoert een zwaardere lading.

Oneigenlijk gebruik van bevoegdheden

In de discussies tijdens de wetgevingstrajecten is de mogelijkheid van oneigenlijk gebruik of misbruik van (nieuwe) bevoegdheden een onderwerp geweest. Wat betreft het nemo tenetur-beginsel, dat inhoudt dat niemand aan zijn eigen strafrechtelijke vervolging hoeft mee te werken, zijn in het onderzoek geen nieuwe bezwaren naar voren gekomen. De rechter heeft zowel in eerste aanleg als in hoger beroep geoordeeld dat het nemo tenetur-beginsel de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod niet in de weg staat. In het onderzoek hebben twee curatoren gezegd dat zij het civielrechtelijk bestuursverbod als een nuttig dreigmiddel beschouwen om een betere medewerking van de bestuurder of de bereidheid tot het treffen van een schikking af te dwingen. Niet bekend is of zij dit in de praktijk als zodanig hebben gebruikt. Omgekeerd is het zo dat er verschillende faillissementen zijn geweest, waarin een procedure gericht op het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod voortijdig is beëindigd, omdat er een schikking is getroffen, waarbij het staken van de procedure een onderdeel was. Hier is het bestuursverbod dus niet als (oneigenlijk) dreigmiddel ingezet, maar is het mogelijk wel als een dreiging ervaren. Voor zover bekend is een vordering of verzoek tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod geen enkele keer door de rechter afgewezen. Dat houdt in dat het vorderingen en verzoek niet (te) lichtvaardig worden gedaan en dat het instrument niet te gemakkelijk wordt ingezet door de curator of het Openbaar Ministerie.

Samenwerking en flankerend beleid: geen eenheid

Vanuit alle organisaties die bij de uitvoering in brede zin betrokken zijn wordt een gebrek aan eenheid van (uitvoering van) beleid gesignaleerd, dat het doelbereik van de wetten in negatieve zin beïnvloedt. Curatoren voeren de fraudetaak verschillend uit, tussen (en soms ook binnen) arrondissementen van rechtbanken verschilt de opstelling van rechters-commissarissen jegens de fraudetaak, in de regionale faillissementssprekuren voor uitwisseling en overleg tussen curatoren en ketenpartners (waarvan de meeste al geruime tijd stilliggen) loopt de samenwerking uiteen, de regio's van de FIOD en de eenheden van de politie laten verschillen in de prioriteit en de capaciteit voor opvolging zien, en de belangrijkste

crediteur in veel faillissementen, de Belastingdienst, heeft beleid dat niet in alle regio's gelijk wordt uitgevoerd. Een grotere betrokkenheid bij de bestrijding van faillissementsfraude, de bereidheid om maatregelen uit te voeren en op te volgen en daarmee de kans op een groter doelbereik van de wetten zijn zonder twijfel gebaat bij een vergroting van de eenheid van beleid en uitvoering binnen en tussen de ketenpartners.

7.3 Verbeterpunten

Om het doelbereik van de beide wetten te verbeteren, moet nagedacht worden over verbeteringen op de volgende thema's:

- **Financiering.** Een gebrek aan middelen is een belangrijke oorzaak van een beperkte uitvoering van de fraudetaak: minder en minder uitgebreide onderzoeken naar onregelmatigheden en fraude dan vanuit het perspectief van fraudebestrijding wenselijk is, minder en kwalitatief slechtere meldingen van fraudesignalen bij bevoegde instanties en minder procedures gericht op civielrechtelijke bestuursverboden dan maatschappelijk wenselijk is. Nadenken over mogelijkheden om te voorzien in (extra) bekostiging is daarom wenselijk. Op dit moment loopt al WODC-onderzoek naar de financiering van de curator bij lege of onvoldoende batige boedels. Deze evaluatie laat zien dat het verstandig is om de fraudetaak daarin expliciet mee te nemen.
- **Opvolging van meldingen.** Om de hoofddoelen van de bestrijding van faillissementsfraude en de beperking van de maatschappelijke schade van faillissementen dichterbij te brengen, is voldoende prioriteit, capaciteit en expertise voor de strafrechtelijke vervolging van faillissementsfraude door de FIOD, de politie en het OM nodig. Op dit moment wordt die door curatoren en rechters-commissarissen te gering geacht om faillissementsfraude effectief te bestrijden.
- **Afstemming meldingen en selectiecriteria opvolging.** Een curator die een uitgebreide melding doet, die vervolgens geen opvolging krijgt, raakt gedemotiveerd. Te weinig uitgewerkte en gedocumenteerde meldingen van zaken die prioriteit in de opsporing hebben, zorgen voor veel extra werk bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. Communicatie tussen meldpunt en curatoren over selectiecriteria en differentiatie van meldingen (eenvoudig voor zaken met weinig kans op opvolging, uitgebreider voor zaken met grote kans op opvolging) kan helpen bij het behoud van motivatie bij curatoren en behoud of vergroting van de meldingsbereidheid.
- **Civielrechtelijke bestuursverboden Openbaar Ministerie.** Het Openbaar Ministerie heeft in pilotverband ervaring opgedaan met het verzoeken om de oplegging van civielrechtelijke bestuursverboden. Mogelijkheden voor nieuwe procedures moeten in de arrondissementen worden gesignaleerd door daar werkzame Officieren van Justitie. Regionale faillissementsfraudesprekuren, gefaciliteerd vanuit de rechtbanken, voorzagen tot enige tijd geleden in mogelijkheden voor overleg tussen curatoren en ketenpartners, ook over bestuursverboden en de vraag waar het initiatief zou kunnen liggen (bij de curator of bij het Openbaar Ministerie). Zonder duidelijke afspraken over de taken van (in de arrondissementen werkende) officieren van justitie dreigt een zeer beperkte rol van het Openbaar Ministerie.
- **Eenheid van beleid.** Verschillende ketenpartners signaleren zelf een gebrek aan eenheid van beleid en/of uitvoering tussen onderdelen of regio's van hun organisaties. Dit zorgt er onder andere voor dat samenwerkingspartners elkaar minder goed kunnen vinden en dat ze minder informatie uitwisselen dan mogelijk is. De fraudebestrijding heeft daaronder te lijden.



REGIOPLAN
BELEIDSONDERZOEK

Bijlagen

B

Bijlage I – Literatuur

Advies gecombineerde commissie vennootschapsrecht (2013).

Autoriteit Persoonsgegevens (2022) Advies over het concept voor een ontwerpbesluit houdende wijziging van het Handelsregisterbesluit 2008 en het Besluit SUWI ter uitvoering van het register bestuursverboden, de autorisatie zoeken op naam en de introductie van het gegeven indicatie arbeidsverhoudingen. Brief van 24 februari 2022 aan de minister van Economische Zaken.

Beke, M., Swart, L. de, Hoog, G. op 't, Ritmeester, Y., Kabki, A., Ortiz Aldana, F. & Bollen, W. (2021) *Verkenning naar aanpak bestrijding van veelplegers van faillissementsfraude*. Rotterdam: Ecorys (in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum).

Broekaart, S. (2015). Het Wetsvoorstel Civielrechtelijk bestuursverbod. Een onderzoek naar de geschiktheid van het Wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod. Amsterdam: UvA.

CBS (2016) *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015*. Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek (in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum).

Doorenbos, R.D. (2008) Het bestuursverbod. *Ondernemingsrecht* 2008/124.

Doorenbos, D., Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel. *Ars Aequi* 2014, nr. 1.

Frima, J.C.A.T. (2022) Wat is het grote doel van het faillissement – een voorstel voor kwantitatief onderzoek. In: Rikkert, B., Feenstra, R.F., Oppedijk van Veen, E.J., Louwerier, B.F. & Kerstens, L.J.J. (red.) *Het verdelingsvraagstuk*. Insolad Jaarboek 2022, 53-78.

Homburg, Ger, Vanja Ljujic, Vanja & Zoetelief, Imke (2021) Evaluatie Wet controle op rechtspersonen. Amsterdam: Regioplan Beleidsonderzoek (in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum).

Insolad (2019) Insolad praktijkregels voor curatoren; herzien april 2019.

Kloe, H.J. de & Ortiz Aldana, F., Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt? *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2018, nr. 1-2.

Knegt, R., Beukelman, A.M., Popma, J.R., Willigenburg, P. van & Zaal, I. (2005) *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*. Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut UvA (in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum).

Leeuwen, G.J.A. van & Bras, A.D.M., Het conceptwetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, een uitzonderlijke situatie. *Tijdschrift voor Vennootschapsrecht, Rechtspersonenrecht en Ondernemingsbestuur*, 2013, nr. 6 (p. 210).

Advies Commissie Insolventierecht (2013).

Pawson, R. & Tilley, N. (1997) *Realistic evaluation*. London: Sage.

Pool, J.M.W. (2022) *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*. Proefschrift Leiden (Meijers-reeks).

Pro Facto (2019) Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012 (2019). Groningen: Pro Facto (in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum).

Verweij, S. & Pattyn, V. (2014) *Beleidsvaluaties Tussen Methode En Praktijk: Naar Een Meer Realistische Evaluatiebenadering. Burger, Bestuur & Beleid* 8 (4), 260-267.

Kamerstukken

Kamerstuk II 29 911, 2012-2013, nr. 74. Brief van de minister van Veiligheid en Justitie over de bestrijding van faillissementsfraude (dossier bestrijding georganiseerde criminaliteit)

Kamerstuk II 29 911, 2011-2012, nr. 67. Brief van de minister van Veiligheid en Justitie over de stand van zaken van de aangekondigde maatregelen ter bevordering van een geïntegreerde aanpak van faillissementsfraude.

Kamerstuk II 34 253, 2016-2017, nr. 9. (Gewijzigd) amendement van de leden Van Wijngaarden en Recourt bij de Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator)

Kamerstuk II 34 253, 2016-2017, nr. 13. Wetgevingsoverleg, Wet versterking positie curator.

Kamerstuk II 34 253, 2014-2015, nr. 3. Memorie van toelichting Wet versterking positie curator

Kamerstuk II 34 011, 2013-2014, nr. 3. Memorie van toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod

Uitspraken gerechtelijke instanties

ECLI:NL:RBAMS:2019:4889 (geen verplicht rechtmatigheidsonderzoek bij 100% uitkering aan schuldeisers).

ECLI:NL:GHDHA:2021:1570 (niet voldoen aan administratieplicht als boekhouding in de *cloud* is verdwenen na wanbetaling).

ECLI:NL:RBMNE:2022:3858 (broer van bestuurder niet aangemerkt als middellijk bestuurder of feitelijk beleidsbepaler).

ECLI:NL:GHARL:2022:8872 (oplegging voorwaardelijk bestuursverbod met proeftijd van drie jaar)

ECLI:NL:RBAMS:2019:466 (beoordeling van het gebruik van wettelijke gronden door het Openbaar Ministerie en de curator; geen inbreuk op nemo tenetur-beginsel)

ECLI:NL:RBAMS:2021:7832 (ontbreken administratie versus niet nakomen inlichtingen- en medewerkingsverplichting; afwijzing vordering tot opleggen dwangsom bij niet-naleving civielrechtelijk bestuursverbod; echtgenote als bestuurder van rechtspersoon bij oplegging civielrechtelijk bestuursverbod aan gedaagde)

ECLI:NL:GHAMS:2020:3092 (geen inbreuk op nemo tenetur-beginsel)

Bijlage II – Methode

Voorbereiding

Oriënterende interviews

Tijdens de voorbereidingsfase van het onderzoek zijn oriënterende gesprekken gehouden met vertegenwoordigers van organisaties die bij de uitvoering betrokken zijn en hun beroepsorganisaties. Het doel hiervan was het bespreken van mogelijkheden en beperkingen om aan het onderzoek mee werken, de inhoud van diverse registraties en formele medewerkings- en toestemmingsprocedures. Daarnaast zijn in sommige van de interviews ook eerste beelden over de beide wetten en de uitvoeringspraktijk besproken. Er zijn oriënterende gesprekken gehouden met vertegenwoordigers van de beroepsvereniging van curatoren (Insolad), het openbaar ministerie, het Landelijk overleg toezicht (LOVT), de FIOD en de politie; daarnaast ook interviews met twee curatoren, een vertegenwoordiger van het landelijk overleg-organ van rechters-commissarissen in insolventies (Recofa) en (later in het onderzoek) een vertegenwoordiger van de JIRA (de beroepsvereniging voor jonge insolventieadvocaten).

Privacy impact assessment en medewerking

Voor het onderzoek is een privacy impact assessment (PIA) opgesteld, waarin is beschreven welke gegevens nodig zijn om de onderzoeksvragen te beantwoorden, uit welke bronnen de gegevens betrokken kunnen worden, hoe de gegevens worden verwerkt (verzameling, analyse, opslag en gebruik in de rapportage) en hoe de eventuele gevolgen voor de privacy van natuurlijke of rechtspersonen worden vermeden of beperkt. In algemene zin wordt dit bereikt door gegevens zo veel mogelijk geaggregeerd en geanonimiseerd op te vragen en te verwerken; voor zover inzage nodig is in niet-geanonimiseerde (niet openbare) documenten bij overheidsinstanties, is vastgelegd dat daaruit geen identificerende gegevens worden overgenomen en dus ook niet worden vastgelegd. Voor procedures inzake de Wet civielrechtelijke bestuursverbod zijn als identificerende gegevens alleen datums (van dagvaarding, verzoekschriften en vonnissen) geregistreerd om documenten uit verschillende bronnen te kunnen vergelijken en dubbel-tellingen te voorkomen. In de PIA is vastgelegd is dat uitsluitend geanonimiseerde gegevens worden opgenomen in het projectarchief en dat in de rapportage geen gegevens worden opgenomen die tot natuurlijke of rechtspersonen herleidbaar zijn. De PIA is gebruikt in de verzoeken aan diverse instanties om aan het onderzoek mee te werken.

Alle benaderde ketenpartners hebben medewerking toegezegd, maar niet op alle gevraagde onderwerpen. Voor de evaluatie van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod betekende dit dat de beoogde case-studies slechts beperkt kon worden uitgevoerd. Dossiers zijn geanonimiseerd bestudeerd, waardoor geen zaakspecifieke punten konden worden besproken met curatoren, openbaar ministerie en rechters-commissarissen. Ook als de zaken niet-geanonimiseerd zouden zijn bestudeerd, was zaakspecifieke bespreking niet mogelijk geweest, omdat daarvoor niet door alle ketenpartners toestemming was gegeven.

Er is geen toestemming gegeven voor inzage in of benutting van gegevens uit het systeem KEI/Toezicht van de rechtspraak. Daarin worden gegevens over faillissementen en hun afwikkeling, waaronder fraudesignalering, opgenomen. Later in het onderzoek is door de Belastingdienst geen toestemming gegeven voor inzage in een (interne) evaluatie van de Pilot civielrechtelijk bestuursverbod. Hiervoor is in eerdere instantie ook niet formeel toestemming gevraagd, omdat het document niet bekend was.

Planevaluatie

In de planevaluatie is de reconstructie van de interventielogica van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod uitgevoerd door documentstudie met als bronnen de wetsteksten, de memories van toelichting en verslagen van wetgevingsoverleggen (van kamer en minister). Ook zijn documenten en commentaren die een rol hebben gespeeld in de consultatiefase bestudeerd. De concept-interventiologica's van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod zijn in twee dubbelinterviews besproken met een beleidsmedewerker en een wetgevingsjurist van het ministerie van Justitie en Veiligheid. Waar nodig zijn teksten aangepast en aangevuld.

Procevaluatie

Registraties

Voor de procesevaluatie zijn cijfers en documenten uit de volgende bronnen gebruikt:

- registratie Centraal Meldpunt Faillissementsfraude: meldingen fraudesignalen faillissementen 2012-2022, onderscheiden naar diverse kenmerken (classificatie FIOD-politie, regio, geselecteerd voor selectie/verder onderzoek);
- fraudemonitor Openbaar Ministerie: aantal zaken faillissementsfraude.

Beoogd was om een analyse uit te voeren op gegevens uit het systeem Toezicht, waarmee curatoren en rechtbanken sinds enkele jaren communiceren over de afwikkeling van faillissementen.¹⁰⁹ Het was onder andere de bedoeling om te meten hoe vaak curatoren fraudesignalen melden bij rechters-commissarissen, hoe vaak dit leidt tot een melding bij het centraal meldpunt faillissementsfraude en welke factoren van invloed zijn op de meldingen. Het Landelijk Overleg Vakinhoud Toezicht (LOVT), heeft geen toestemming verleend voor het gebruik van Toezicht in het onderzoek, omdat de inrichting van het systeem geanonimiseerde toegang in de weg staat en de privacy van betrokkenen daardoor niet voldoende gewaarborgd zou kunnen worden.

Faillissementsverslagen

Met als bron de faillissementsverslagen van de website faillissementsverslagen.com is een overzicht verkregen van alle faillissementsverslagen die tussen 2013 en medio 2022 door curatoren bij de rechtbanken zijn ingediend. In het onderzoeksplan was een geautomatiseerde analyse van alle faillissementsverslagen voorzien (*tekst extractie, reguliere expressies, text mining*). Het doel daarvan was te onderzoeken in hoeverre zich in de loop van de onderzoeksperiode ontwikkelingen hebben voorgedaan in het fraudeonderzoek, geconstateerde onregelmatigheden en de reactie daarop van de curator (redressering); ook of er rond het van kracht worden van de Wet versterking positie curator een trendbreuk zichtbaar is. Deze geautomatiseerde analyse kon niet worden uitgevoerd, omdat de structuur, de opbouw en de bewoording van de verslagen daarvoor niet voldoende eenduidig was en er binnen de onderzoeksperiode en het onderzoeksbudget niet voldoende ruimte was om de daaruit voortvloeiende problemen op te lossen. In plaats daarvan is gekozen voor de terugvaloptie uit het onderzoeksplan, te weten een vergelijking van faillissementen uitgesproken vóór 1 juli 2017 en faillissementen uitgesproken na 1 juli 2017 (het moment waarop de Wet versterking positie curator van kracht werd). Uit het onderzoeksbestand van faillissementsverslagen zijn twee aselechte steekproeven getrokken van faillissementen die in 2014 respectievelijk in 2018 zijn uitgesproken. De steekproeven zijn getrokken door aan de faillissementsnummers random een getal tussen 0 en 1 toe te kennen en de faillissementsnummers vervolgens op volgorde van de toegekende getallen te zetten. De eerste 225 faillissementen uit elk jaar vormden de steekproeven. Vervolgens is in het hele bestand gezocht naar de faillissementsverslagen die bij de faillissementen hoorden. Deze verslagen hebben een faillissementsnummer en een volgnummer. Het verslag met het hoogste volgnummer (of de toevoeging eindverslag) is gekozen om daarmee een zo goed mogelijk beeld van de gehele afwikkeling te krijgen. In de verslagen is gezocht naar gegevens over het uitgevoerde fraudeonderzoek, geconstateerde onregelmatigheden, fraudesignalen en redressering. Gegevens over het fraudeonderzoek konden niet uit de verslagen worden afgeleid. De analyse leidde tot de volgende bevindingen (tabel B2.1)

Tabel B2.1 Faillissementsverslagen faillissementen 2014 en 2018: onregelmatigheden en redressering

	Faillissementen 2014	Faillissementen 2018
Aantal	225	225
Toevoeging eindverslag	69 (31%)	91 (40%)
Looptijd (gemiddeld)	22 maanden	20 maanden
Rechtsvorm BV	207 (92%)	210 (93%)

¹⁰⁹ KEI staat voor het programma kwaliteit en innovatie rechtspraak, bedoeld om het civiele recht en het bestuursrecht te digitaliseren.

Vervolg tabel B2.1

	Faillissementen 2014	Faillissementen 2018
Branche		
handel	40 (18%)	52 (23%)
specialistische zakelijke diensten	26 (12%)	28 (12%)
bouwnijverheid	28 (12%)	26 (12%)
Onregelmatigheden	121 (54%)	128 (57%)
niet nakomen boekhoudplicht	63 (28%)	64 (28%)
niet nakomen deponeringsplicht	76 (34%)	90 (40%)
niet nakomen stortingsverplichtingen	9 (4%)	8 (4%)
onbehoorlijk bestuur	80 (36%)	74 (33%)
paulianus handelen	33 (15%)	49 (22%)
fraude	23 (10%)	32 (14%)
Redressering (eerste actie)		
geen actie vermeld	38 (34%)	45 (36%)
schikking	17 (15%)	25 (20%)
pauliana actie	15 (14%)	12 (10%)
bestuurdersaansprakelijkheid	21 (19%)	22 (18%)
fraudemelding	4 (4%)	10 (8%)
aangifte	7 (6%)	3 (2%)
meerdere acties	20 (18%)	29 (23%)
Afsluiting		
gebrek aan baten	88 (39%)	103 (46%)
uitdelingslijst verbindend	3 (1%)	2 (1%)
vereenvoudigde afwikkeling	24 (11%)	26 (12%)
onbekend	110 (49%)	94 (42%)

Dossiers civielrechtelijke bestuursverboden

- Openbaar ministerie: Op locatie bij het parket in Amsterdam zijn documenten bestudeerd van alle (6) procedures waarin een civielrechtelijk bestuursverbod op verzoek van het Openbaar Ministerie is opgelegd door de rechter: verzoekschriften, eventuele producties en vonnissen. Kenmerken van de procedure zijn (geanonimiseerd) overgenomen en later in een Excelbestand samengevoegd. Naast de procedures waarin een bestuursverbod is verzocht en opgelegd zijn vier zaken bestudeerd waarin uiteindelijk géén procedure is gestart. Na analyse van de zaken zijn openstaande vragen besproken in een dubbelinterview met twee civiel juridisch adviseurs van het Openbaar Ministerie.
- Curatoren: vier curatoren (van twee kantoren) hebben documenten aangeleverd over procedures waarin een civielrechtelijk bestuursverbod is gevorderd en opgelegd (dagvaardingen, producties en vonnissen). De documenten zijn bestudeerd en kenmerken van procedures zijn in een Excelbestand samengevoegd.
- Rechtspraak.nl: op de website van de rechtbanken, gerechtshoven en bijzondere colleges, rechtspraak.nl, zijn uitspraken gezocht met de zoekterm civielrechtelijk bestuursverbod. Er zijn 14 uitspraken over 13 verschillende zaken gevonden (van één zaak is een uitspraak in eerste aanleg en een uitspraak in hoger beroep opgenomen). De vonnissen zijn bestudeerd en kenmerken van procedures zijn in een Excelbestand samengevoegd.

De Excelbestanden zijn samengevoegd en ontdaan van dubbelstellingen.

Naast de documenten uit de drie bronnen konden we beschikken over een lijst van faillissementen waarvoor curatoren een financieringsaanvraag bij de Pilot civielrechtelijk bestuursverbod hebben gedaan voor het voeren van een procedure gericht op het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Deze lijst bevat geen kenmerken van zaken. De Belastingdienst, die de pilot op verzoek van het ministerie van Justitie en Veiligheid uitvoerde heeft een opgave gedaan van het aantal gevallen waarin de procedure tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod heeft geleid.

Enquête curatoren

In het onderzoeksplan was voorzien in een enquête onder curatoren om gegevens te verzamelen over de uitvoering, de ervaringen, de resultaten, de succesfactoren en de knelpunten van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijke bestuursverbod. Vanwege de onderzoeksbelasting van de curatoren en het daaruit voortvloeiende risico op een lage respons en niet goed bruikbare uitkomsten is besloten om af te zien van het houden van een enquête. Daarbij speelde een rol dat in twee recente onderzoeken enquêtes onder curatoren zijn gehouden, met een vraagstelling die op belangrijke onderdelen overeenkomt met de vraagstelling voor de evaluaties van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. De meest geschikte en bruikbare enquête is gehouden door Pool in onderzoek naar de aanpak van onregelmatigheden in faillissementen.¹¹⁰ Er is overleg gevoerd met de vakgroep waarbinnen het onderzoek is uitgevoerd om te bezien of de data beschikbaar zouden kunnen worden gemaakt voor secundaire analyse. Dit bleek niet mogelijk vanwege toezeggingen aan de respondenten en vanwege budgettaire problemen. Wel konden we gebruik maken van de gerapporteerde bevindingen en dat is voor dit onderzoek gebeurd. De enquête is in 2021 uitgezet onder de gehele populatie van Nederlandse curatoren. Deze werd door Pool in het jaar van de enquête geschat op 511 personen. Van hen vulden er 197 de vragenlijst in, deels gedeeltelijk. Onder de respondenten waren ook niet-curatoren. Na verwijdering van reacties met te veel *missing values* en van niet-curatoren, bleef een bestand van 177 respondenten over, waarvan er 139 de vragenlijst volledig ingevuld hadden. Deze 139 volledig ingevulde vragenlijsten staan voor een respons van 27,2 procent. De respondenten komen uit alle regio's, met zwaartepunten in Amsterdam en Den Haag (samen bijna de helft van de respons) en de kleinste vertegenwoordiging uit Limburg en Zeeland-West-Brabant (met 6 respectievelijk 9 procent van de respons). De respondenten hebben gemiddeld 17 jaar ervaring als curator.

Omdat er voor veel van de persoons- en functiekenmerken geen populatiegegevens bekend zijn, is niet goed vast te stellen hoe representatief de respons is. Bij enkele vragen is externe validatie mogelijk door vergelijking van antwoorden van respondenten met gegevens uit andere bronnen. Bij vergelijking van de antwoorden van respondenten in de enquête valt op dat zij zeggen dat zij gemiddeld veel vaker tot een schikking met het bestuur komen (39,0 procent vs. 17,1 procent), veel vaker een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure starten (15,1 procent vs. 4,1 procent) en veel vaker een fraudemelding doen (20,6 procent vs. 6,1 procent) dan blijkt uit de analyse van 2134 faillissementsverslagen van in 2018 beëindigde faillissementen, uitgevoerd in hetzelfde onderzoek. Het door de respondenten gerapporteerde percentage fraudemeldingen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude is niet alleen hoger dan het percentage in de faillissementsverslagen, maar ook hoger dan het aantal fraudemeldingen in de registratie van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude in verhouding tot het aantal faillissementen, dat minder dan 10 procent bedraagt (zie hoofdstuk 4, figuur 4.2). Ook rekening houdend met de betrouwbaarheidsmarges zijn de verschillen significant en groot. Dit kan verschillende oorzaken hebben: de respondenten overschatten hun acties voor redressering; ze zijn geneigd sociaal wenselijke antwoorden te geven; of in de respons zijn respondenten die veel fraudefaillissementen behandelen en/of die een duidelijke voorkeur hebben om faillissementsfraude aan te pakken oververtegenwoordigd. Bij de interpretatie van de uitkomsten moeten we daarom rekening houden met een mogelijke vertekening in de richting van een (te) hoge bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken en fraude te melden.

Ook in onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum naar veelplegers van faillissementsfraude uit 2021 is een enquête onder curatoren gehouden.¹¹¹ De respons onder curatoren bedroeg 69 (niet gerapporteerd is onder hoeveel curatoren de enquête is uitgezet). In de enquête zeggen respondenten dat er in een op de drie faillissementsfraudezaken die zij behandelen sprake is van verdenking van faillissementsfraude, en dat zij in gemiddeld 69 procent van de zaken waarin zij faillissementsfraude vermoeden daar melding van maken. Dit impliceert dat zij in 23 procent (69 procent van een derde) van de door hen behandelde faillissementen een melding (bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude) doen. Dit percentage is nog iets hoger dan in de enquête van Pool, en dus ook veel hoger dan het aantal meldingen in de registratie van het meldpunt. Ook bij deze enquête lijkt sprake van een vertekening in de richting van een (te) hoge bereidheid om fraude te melden. Vooral vanwege het (vermoedelijk) lage responspercentage wordt slechts sporadisch naar deze enquête verwezen.

¹¹⁰ Pool, J.M.W. (2022).

¹¹¹ Beke, M. e.a. (2021).

Interviews

Er zijn halfgestructureerde interviews gehouden met:

- Curatoren: respondenten zijn gevonden in drie bronnen: curatoren vermeld in de faillissementsverslagen (zie hierboven); via deze curatoren (sneeuwbalmethode) en via de begeleidingscommissie van het onderzoek. Er zijn interviews gehouden met 17 curatoren van 14 kantoren, verspreid over 8 (van de 11) arrondissementen, zowel fraudecuratoren, ervaren curatoren en minder ervaren curatoren (tabel B2.2). Gemiddeld hebben de respondenten ruim elf jaar ervaring als curator. Zij zijn bevraagd over de ervaringen met de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod.
- Rechters-commissarissen: respondenten zijn geworven via het Landelijk overleg vakinhoud toezicht en via een oproep in Recofa-verband (het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in insolventies) door een lid van de begeleidingscommissie. Er zijn 9 rechters-commissarissen geïnterviewd, werkzaam bij 7 verschillende rechtbanken. Een deel van hen was al rechter-commissaris in insolventieprocedures voordat de Wet versterking positie curator van kracht werd, een deel is pas na 1 juli 2017 aangetreden (tabel B2.3). Gemiddeld hebben ze vijf jaar ervaring als rechter-commissaris. Zij hadden wel vaak in een andere functie al eerder ervaring met faillissementsprocedures opgedaan, bijvoorbeeld als curator.

Tabel B2.2 Geïnterviewde curatoren naar regio en ervaring

regio	curator sinds		
Amsterdam	4	vóór 2000	3
Overijssel	3	2000-2009	3
Oost-Brabant	3	2010-medio 2017	4
Gelderland	2	medio 2017-2019	3
Midden-Nederland	2	vanaf 2020	4
Noord-Nederland	1		
Zeeland-West-Brabant	1		
Limburg	1		
Totaal	17		17

Tabel B2.3 Geïnterviewde rechters-commissarissen naar regio en ervaring

regio	rechter-commissaris sinds		
Rotterdam	2	2011-medio 2017	3
Noord-Nederland	2	medio 2017-2019	1
Amsterdam	1	vanaf 2020	5
Den Haag	1		
Midden-Nederland	1		
Gelderland	1		
Overijssel	1		
Totaal	9		9

- Er is een interview gehouden met de projectleider van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude en per email zijn vragen over de controle en de handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod gesteld aan (en beantwoord door) een manager van de Afdeling TRACK van de justitiële screeningsactiviteit Justis.

Expertmeetings

In de slotfase van het onderzoek zijn twee (digitale) expertmeetings gehouden. Een van de expertmeetings ging over de Wet versterking positie curator; de tweede over de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. In de bijeenkomsten werden voorlopige bevindingen gevalideerd, knelpunten besproken en verbeterpunten geïdentificeerd.

Aan de expertmeetings namen vertegenwoordigers uit de kring van de volgende ketenorganisaties deel (tabel B2.4).

Tabel B2.4 Deelname expertmeetings

	expertmeeting	
	Wet versterking positie curator	Wet civielrechtelijk bestuursverbod
curatoren	2	2
rechters-commissarissen	(verhinderd)	1
Openbaar Ministerie	1	1
politie	1	
FIOD	1	
Belastingdienst	2	2

Periode van uitvoering

De planevaluatie is uitgevoerd in de eerste helft van 2022.

De procesevaluatie is uitgevoerd in de periode oktober 2022-december 2022 (registraties en documenten), december 2022-maart 2023 (interviews procesevaluatie) en mei 2023 (expertmeetings).

Bijlage III – Wetsteksten

Wet versterking positie curator, geldend van 1 juli 2017 t/m heden

Artikel I

De Wet versterking positie curator wijzigt de Faillissementswet met de volgende artikelen:

Artikel 105 Fw

1. De gefailleerde is verplicht de curator, de schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris alle inlichtingen te verschaffen als dit van hem wordt verlangd, op de wijze als daarbij is bepaald. De gefailleerde licht de curator eigener beweging in over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn.
2. De gefailleerde die in het buitenland vermogensbestanddelen heeft, zoals banktegoeden of onroerend goed, is verplicht:
 - a. de curator daarover in te lichten; en
 - b. alle medewerking te verlenen, waaronder zo nodig de verschaffing van een volmacht, om de curator de beschikking te geven over die buitenlandse vermogensbestanddelen.
3. Indien de gefailleerde in enige gemeenschap van goederen is gehuwd of in enige gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan, rust de plicht om inlichtingen te geven op ieder van de echtgenoten onderscheidenlijk van de geregistreerde partners voor zover het faillissement de gemeenschap betreft.

Artikel 105a Fw

1. De gefailleerde verleent de curator alle medewerking aan het beheer en de vereffening van de boedel.
2. De gefailleerde draagt terstond de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers volledig en ongeschonden aan de curator over. Zo nodig stelt de gefailleerde de curator alle middelen ter beschikking om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken.
3. Indien de gefailleerde in enige gemeenschap van goederen is gehuwd of in enige gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan, rust de plicht om medewerking te verlenen op ieder van de echtgenoten onderscheidenlijk van de geregistreerde partners voor zover het faillissement de gemeenschap betreft.

Artikel 105b Fw

1. Derden met inbegrip van accountantsorganisaties en een externe accountant, die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, op welke wijze dan ook, de administratie van de gefailleerde geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, stellen die administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers desgevraagd volledig en ongeschonden aan de curator ter beschikking, zo nodig met inbegrip van de middelen om de inhoud binnen redelijke tijd leesbaar te maken.
2. In afwijking van artikel 60 kunnen derden geen beroep op een retentierecht doen ten aanzien van de administratie van de gefailleerde die zij in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, op welke wijze dan ook, onder zich hebben als de curator die administratie op grond van het eerste lid heeft opgevraagd.
3. Elk beding dat strijdig is met het bepaalde in het eerste of tweede lid is nietig.

Artikel 68 Fw

1. De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.
2. De curator:

- a. beziet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er 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;
 - b. informeert hierover de rechter-commissaris vertrouwelijk; en
 - c. doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.
3. Alvorens in rechte op te treden, behalve waar het verificatiegeschillen betreft, alsmede in de gevallen van de artikelen 37, 39, 40, 58, tweede lid, 60, tweede en derde lid, en 60a, eerste lid, behoeft de curator machtiging van de rechter-commissaris.
 4. Ingeval in Nederland geen secundaire insolventieprocedure is geopend, wordt de machtiging tot beëindiging van arbeidsovereenkomsten, bedoeld in artikel 13 van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening op verzoek van de insolventiefunctionaris in de hoofdinsolventieprocedure verleend door de rechter-commissaris van de rechtbank, aangewezen in artikel 2. De rechtbank benoemt de rechter-commissaris binnen vijf werkdagen na ontvangst van dit machtigingsverzoek.

Artikel 73a Fw

1. De curator brengt, telkens na verloop van drie maanden, een verslag uit over de toestand van de boedel. De curator legt zijn verslag neder ter griffie van de rechtbank, ter kosteloze inzage van een ieder. De neerlegging geschiedt kosteloos.
2. De termijn, bedoeld in het vorige lid, kan door de rechter-commissaris worden verlengd.
3. In zijn verslag geeft de curator aan hoe hij zich heeft gekweten van zijn taak, bedoeld in artikel 68, tweede lid, onder a en c.

Artikel II

1. Artikel I of onderdelen daarvan zijn na inwerkingtreding van toepassing op faillissementen die zijn uitgesproken na het tijdstip van inwerkingtreding.
2. In het geval een faillissement binnen drie jaar na de inwerkingtreding van artikel I, onder I, wordt uitgesproken, moet in artikel 106, eerste lid, Fw (nieuw) in plaats van «alsmede op eenieder die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder of commissaris was» worden gelezen: alsmede op eenieder die na de inwerkingtreding van dit artikel bestuurder of commissaris was.

Artikel IIa

Onze Minister zendt binnen vier jaar na inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk. In het verslag wordt in ieder geval ingegaan op de gevolgen van deze wet voor het aantal fraudemeldingen en de financiële impact op crediteuren.

(Gewijzigd) amendement van de leden Van Wijngaarden en Recourt bij de Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator)

Kamerstuk II 34 253, 2016-2017, nr. 9 (ontvangen 6 december 2016)

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

Na artikel II wordt een artikel ingevoegd, luidende:

ARTIKEL IIa

Onze Minister zendt binnen vier jaar na inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk. In het verslag wordt in ieder geval ingegaan op de gevolgen van deze wet voor het aantal fraudemeldingen en de financiële impact op crediteuren.

Toelichting

Dit amendement regelt dat er na vier jaar een evaluatie van deze wet komt, waarin in ieder geval inzichtelijk zal worden gemaakt tot welke toename van fraudemeldingen de versterking van de positie en de fraudesignalerende taak van de curator heeft geleid. Hiertoe dienen een 0- en een 1-meting te worden gehouden. De reden hiervoor is dat de fraudesignalerende taak van de curator niet altijd in het directe belang van de crediteuren hoeft te zijn, omdat de kosten van de curator van de restwaarde van de boedel van de failliet gaan. Daarom moet geëvalueerd worden hoe en in welke mate deze nieuwe taak voor de curator tot meer fraudemeldingen en vervolgingen leidt.

Van Wijngaarden

Recourt

Wet versterking positie curator geldend van 1 juli 2016 t/m heden

Artikel I

De Wet versterking positie curator wijzigt de Faillissementswet met de volgende artikelen:

Artikel 106a Fw

1. Op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie kan de rechtbank een bestuursverbod opleggen aan de bestuurder van een in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersoon, de gewezen bestuurder daaronder begrepen, als tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement van die rechtspersoon:
 - a. door de rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak is geoordeeld dat hij voor zijn handelen of nalaten bij die rechtspersoon aansprakelijk is, als bedoeld in de artikelen 138 of 248 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;
 - b. de bestuurder doelbewust namens de rechtspersoon rechtshandelingen heeft verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en die overeenkomstig de artikelen 42 of 47 bij onherroepelijk geworden uitspraak door de rechter zijn vernietigd;
 - c. de bestuurder, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen, bedoeld in deze wet, jegens de curator;
 - d. de bestuurder, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft; of
 - e. aan de rechtspersoon of de bestuurder ervan een boete wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd en deze beschikking onherroepelijk is.
2. Een bestuursverbod kan mede worden uitgesproken jegens de bestuurder van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn als bedoeld in het eerste lid.
3. De rijksbelastingdienst verstrekt op verzoek aan het openbaar ministerie of de curator de voor de toepassing van het eerste lid, onderdeel e, benodigde gegevens.
4. Met uitzondering van het eerste lid, onderdeel a, en het tweede lid, zijn de vorige leden van overeenkomstige toepassing op een natuurlijke persoon die handelt of heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Artikel 106b Fw

1. Een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd, kan gedurende vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald, niet tot bestuurder of commissaris van een in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersoon worden benoemd. Een benoeming tot bestuurder of commissaris in weerwil van een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod is nietig.
2. Tenzij in de uitspraak anders is bepaald, vormt het bestuursverbod voor betrokkene tevens een beletsel voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris bij alle op grond van artikel 106c, tweede lid, in de procedure betrokken rechtspersonen.
3. De griffier van de rechtbank, of in geval van hoger beroep, van het gerechtshof, biedt de onherroepelijke uitspraak waarin een bestuursverbod is opgelegd met bekwame spoed aan de Kamer van Koophandel aan, die terstond tot uitschrijving van de betrokken bestuurder uit het Handelsregister overgaat. Tevens wordt het bestuursverbod, voor de duur waarvoor het is opgelegd, geregistreerd bij het Handelsregister.
4. De rechtbank regelt zo nodig alle overige gevolgen van het door haar uitgesproken bestuursverbod.
5. De rechtbank kan ter verzekering van de naleving van haar uitspraak een dwangsom opleggen. Wordt de dwangsom verbeurd, dan komt deze toe aan de boedel of, als daarvan geen sprake is, aan

- de staat. De Minister van Veiligheid en Justitie kan de ontvangen gelden besteden aan nader door hem te bepalen doeleinden van faillissementsfraudebestrijding.
6. Een uitspraak houdende oplegging van een bestuursverbod kan niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

Artikel 106c Fw

1. Bij een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod wordt een uittreksel uit het Handelsregister overgelegd van de overige rechtspersonen, bedoeld in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is. De Kamer van Koophandel verstrekt dit uittreksel op verzoek van de curator of het openbaar ministerie.
2. De rechtbank stelt de in het vorige lid bedoelde rechtspersonen in de gelegenheid om hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren te brengen. Daarbij kunnen zij niet worden vertegenwoordigd door de bestuurder jegens wie een bestuursverbod is gevorderd of verzocht, tenzij deze de enige bestuurder van de betrokken rechtspersoon is.
3. Indien een bestuursverbod ertoe leidt dat een rechtspersoon zonder bestuurder of commissaris komt te verkeren, kan de rechtbank overgaan tot de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen wier bezoldiging door de rechtbank wordt vastgesteld en voor rekening van de rechtspersoon komt.
4. De rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod aanhangig is, kan de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het openbaar ministerie of op vordering van de curator schorsen en zo nodig voorzien in de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen.
5. De schorsing en de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen kan in elke stand van het geding worden verzocht of gevorderd. Zij gelden voor ten hoogste de duur van het geding.
6. De schorsing of de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen wordt, voor de duur van de schorsing of tijdelijke aanstelling, ingeschreven bij het Handelsregister.

Artikel 106d Fw

1. Voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c wordt als bestuurder tevens aangemerkt degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder.
2. Voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c wordt met bestuurder gelijk gesteld de uitvoerende bestuurder en met de commissaris de niet uitvoerende bestuurder, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.

Artikel 106e Fw

De artikelen 106a tot en met 106d zijn van overeenkomstige toepassing op bestuurders, gewezen bestuurders, commissarissen en feitelijk leidinggevendenden bij een Europees Economisch samenwerkingsverband, een Europese vennootschap en een Europese coöperatieve vennootschap met statutaire zetel in Nederland.

Artikel II

Artikel I is van toepassing op een faillissement dat na de inwerkingtreding van deze wet is uitgesproken, alsmede op feiten en omstandigheden die na de inwerkingtreding van deze wet zijn gelegen.



REGIOPLAN
BELEIDSONDERZOEK

RegioPlan
Jollemanhof 18
1019 GW Amsterdam
T +31(0)20 531 53 15
www.regioplan.nl