

Masterscriptie

De strijd tegen faillissementsfraude

Een juridisch onderzoek naar de rol van de rechter-commissaris bij signalering van
faillissementsfraude



Universiteit
Leiden

C.P. van der Hek

carlijn.vd.hek@outlook.com

Tollensstraat 71, Den Haag

+31 6 17387068

S1824724

Master Ondernemingsrecht

Universiteit Leiden

28 Juli 2022

Mr. drs. J.M.G.J. Boon

Aantal woorden: 13.506

Aantal pagina's: 47

INHOUDSOPGAVE

| | |
|--|----|
| 1. INLEIDING..... | 5 |
| 1.1 Aanleiding onderzoek | 5 |
| 1.1.1 Gevolgen faillissementsfraude..... | 5 |
| 1.1.2 Wet versterking positie curator | 6 |
| 1.1.3 De rechter-commissaris in faillissement | 6 |
| 1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen | 7 |
| 1.2.1 Centrale onderzoeksvraag | 7 |
| 1.2.2 Deelvragen | 7 |
| 1.3 Onderzoeksmethoden | 7 |
| 1.3.1 Literatuur- en jurisprudentieonderzoek | 7 |
| 1.3.2 Empirisch onderzoek..... | 8 |
| 1.4 Leeswijzer | 8 |
| 2. DEFINITIE VAN FAILLISSEMENTSFRAUDE..... | 9 |
| 2.1 Begripsbepaling | 9 |
| 2.2 Civielrechtelijk kader | 10 |
| 2.3 Strafrechtelijk kader | 11 |
| 2.4 Tussenconclusie | 13 |
| 3. KWANTITATIEF ONDERZOEK NAAR DE OMVANG EN VORM VAN FAILLISSEMENTSFRAUDE .. | 14 |
| 3.1 Onderzoeksopzet..... | 14 |
| 3.1.1 Analyse..... | 15 |
| 3.1.2 Onderzoekresultaten | 16 |
| 3.1.3 Vorm van faillissementsfraude | 16 |
| 3.2 Opsporing en vervolging van faillissementsfraude | 17 |
| 3.2.1 Fraudemonitor..... | 18 |
| 3.3 Tussenconclusie | 18 |
| 4. HET INSTRUMENTARIUM VAN DE RECHTER-COMMISSARIS..... | 19 |
| 4.1 Oorsprong rechter-commissaris..... | 19 |
| 4.1.1 Kerntaak | 19 |
| 4.2 Instrumentarium | 20 |
| 4.3 Machtiging rechter-commissaris | 20 |
| 4.3.1 Klachtrecht | 21 |
| 4.4 Faillissementsverhoor en deskundigenonderzoek | 22 |
| 4.5 Inbewaringstelling | 23 |
| 4.6 Nemo tenetur | 23 |
| 4.7 Wet versterking positie curator | 24 |
| 4.7.1 Overweging melding | 24 |
| 4.7.2 Geen klachtrecht | 25 |
| 4.7.3 Fraudespreekuur | 25 |
| 4.8 Tussenconclusie | 25 |

| | |
|--|----|
| 5. KWALITATIEF ONDERZOEK NAAR PROBLEMEN VAN DE RECHTER-COMMISSARIS BIJ SIGNALERING VAN FAILLISSEMENTSFRAUDE..... | 27 |
| 5.1 Onderzoekopzet..... | 27 |
| 5.1.1 Vragenlijst..... | 27 |
| 5.2 Resultaten..... | 29 |
| 5.2.1 Fraudemelding..... | 29 |
| 5.2.2 Kennis bij opsporingsinstanties..... | 30 |
| 5.2.3 Taakopvatting en instrumentarium van de rechter-commissaris..... | 31 |
| 5.3 Tussenconclusie..... | 32 |
| 6. HET BEVORDEREN VAN FAILLISSEMENTSFRAUDESIGNALERING DOOR DE RECHTER-COMMISSARIS..... | 33 |
| 6.1 Fraudemelding..... | 33 |
| 6.1.1 Aanpassing artikel 68 lid 2 sub c Fw..... | 33 |
| 6.1.2 Uitbreiding meldplicht..... | 34 |
| 6.2 Kennis bij opsporingsinstanties..... | 35 |
| 6.2.1 Samenwerking..... | 35 |
| 6.3 Taakopvatting en instrumentarium van de rechter-commissaris..... | 35 |
| 6.3.1 Professionele standaarden Rechtspraak..... | 36 |
| 6.3.2 Preventief toezicht..... | 36 |
| 6.4 Tussenconclusie..... | 37 |
| 7. CONCLUSIE..... | 38 |
| 7.1 Centrale onderzoeksvraag..... | 38 |
| 7.2 Faillissementsfraude..... | 38 |
| 7.3 Het instrumentarium van de rechter-commissaris..... | 39 |
| 7.4 Problemen bij toezicht..... | 40 |
| 7.5 Beantwoording hoofdvraag..... | 40 |
| 7.6 Aanbeveling..... | 42 |
| 8. BRONVERMELDING..... | 43 |
| 8.1 Literatuur..... | 43 |
| 8.2 Rapporten..... | 45 |
| 8.3 Kamerstukken..... | 46 |
| 8.4 Jurisprudentie..... | 46 |

1. INLEIDING

1.1 Aanleiding onderzoek

Al decennialang wordt een hardnekkige strijd tegen faillissementsfraude gevoerd.¹ De gepleegde faillissementsfraude zorgt voor aanzienlijke maatschappelijke schade. In 2004 werd de directe economische schade als gevolg van faillissementsfraude op meer dan 1 miljard euro per jaar geschat.² In 2011 liep die schade ondertussen al op tot 1.7 miljard euro per jaar.³ Het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) berekende over 2015 nochtans een totaal van 1.56 miljard euro aan schade die voortkwam uit beëindigde faillissementen, waarbij sprake was van zekere en waarschijnlijke strafbare of onrechtmatige benadeling van schuldeisers.⁴

1.1.1 Gevolgen faillissementsfraude

Het is van belang om faillissementsfraude te bestrijden door de aanzienlijke maatschappelijke en financiële gevolgen. In de eerste plaats is de failliete boedel als gevolg van onttrekkingen vaak ontoereikend om de faillissementsschulden en het salaris van de curator te voldoen.⁵ Dit levert aanzienlijke schade bij schuldeisers op die uit de failliete boedel dienen te worden voldaan. Onder die schuldeisers kunnen zich onder andere leveranciers, maar ook de Belastingdienst en het UWV bevinden.⁶ Op die manier worden niet alleen de gezamenlijke schuldeisers maar de gehele maatschappij benadeeld. Bij faillissementsfraude komt het tevens voor dat de curator een uitgebreid onderzoek naar onregelmatigheden die het faillissement mogelijk hebben veroorzaakt moet uitvoeren.⁷ Het uitvoeren van een uitgebreid oorzakenonderzoek en het starten van eventuele procedures komen ten koste van de boedel. Indien de boedel ontoereikend is kunnen ook die kosten niet voldaan worden. Bovendien leidt het signaleren van faillissementsfraude niet altijd tot actie door de curator door het gebrek aan verhaal.⁸

In de tweede plaats ondermijnt faillissementsfraude het vertrouwen in het handelsverkeer, omdat bijvoorbeeld leveranciers niet meer op betaling van hun goederen kunnen vertrouwen.⁹ Vervolgens verstoort het gebrek aan vertrouwen de concurrentieverhouding en leidt faillissementsfraude tot normvervaging. Nu malafide bestuurders en katvangers niet worden aangepakt.¹⁰ Ten slotte kan

¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, nr. 74.

² Hilverda 2009, p. 28.

³ Gesthuizen & van Nispen 2011.

⁴ *Onderzoeksrapport CBS* 2015.

⁵ Reddingius, *TBS&H* 2014/1, p. 3.

⁶ Reddingius, *TBS&H* 2014/1, p. 3.

⁷ Art. 68 lid 2 sub a Fw.

⁸ Pool, Pluut & Vriesendorp, *RdW* 2021/42, p. 11-13.

⁹ Reddingius, *TBS&H* 2014/1, p. 3.

¹⁰ Reddingius, *TBS&H* 2014/1, p. 3/5.

het bovenstaande leiden tot een domino-effect, indien de schuldeiser op zijn beurt zijn eigen schuldeisers niet kan betalen.¹¹

1.1.2 Wet versterking positie curator

In 2012 heeft de wetgever het belang om faillissementsfraude te bestrijden opgepakt met een herijking van de Faillissementswet (Fw). Onder de eerste pijler van het wetgevingsprogramma is het bestrijden van faillissementsfraude gebracht. Het kabinet heeft drie wetsvoorstellen aangekondigd om de strijd met faillissementsfraude aan te gaan:¹²

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

De wetgever ziet in de curator de aangewezen persoon om onregelmatigheden in faillissementen aan te pakken. De curator kan immers over verregaande bevoegdheden beschikken en is belast met beheer en vereffening van de failliete boedel.¹³ Sinds de invoering Wet versterking positie curator in 2017 is de fraudesignalerende rol van de curator geïnstitutionaliseerd.¹⁴ Daarbij dient de curator de rechter-commissaris vertrouwelijk te informeren met betrekking tot gesignaleerde onregelmatigheden.¹⁵ Indien de curator of de rechter-commissaris het nodig acht wordt een melding of aangifte van de onregelmatigheden gedaan.¹⁶ Of deze wet heeft geleid tot een afname van faillissementsfraude is onbekend. Recente cijfers met betrekking tot faillissementsfraudebestrijding na de invoering van de Wet versterking positie curator ontbreken.

1.1.3 De rechter-commissaris in faillissement

In tegenstelling tot de rol van de curator onder de Wet versterking positie curator, is de rol van de rechter-commissaris niet uitgebreid onderzocht. De Faillissementswet omschrijft de taak van de rechter-commissaris als het houden van toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel.¹⁷ In de Wet versterking positie curator wordt niet met veel woorden over de rechter-commissaris gesproken, behalve dat hij bij onregelmatigheden dient te bezien of melding of aangifte in de rede ligt. Heeft de introductie van de Wet versterking positie curator de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris op een andere manier ingekleurd? En kan de rechter-commissaris een effectieve fraudesignalering in faillissement bevorderen?

¹¹ Hilverda, *TBS&H* 2014/1.

¹² Verrest & Heukels, *AA* 2017, p. 52.

¹³ Zie verder Wessels 2020 en Vriesendorp 2021 over de bevoegdheden van de curator.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 1-3.

¹⁵ Art. 68 lid 2 sub b Fw.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 13.

¹⁷ Art. 64 e.v. Fw.

1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen

Dit onderzoek heeft ten doel om uit te zoeken wat de rol van de rechter-commissaris is bij het signaleren van faillissementsfraude sinds de komst van de Wet versterking positie curator. En vervolgens hoe de rechter-commissaris in die rol zou kunnen bijdragen aan een effectieve signalering van faillissementsfraude. Het onderzoek zou kunnen bijdragen aan het verminderen van de onduidelijkheden omtrent de rol van de rechter-commissaris bij fraudesignalering om zodoende bij te kunnen dragen aan de bestrijding van faillissementsfraude.

1.2.1 Centrale onderzoeksvraag

Bovenstaande vertaalt zich in de volgende onderzoeksvraag:

Hoe kan de rechter-commissaris een effectieve signalering van faillissementsfraude in het licht van de Wet versterking positie curator bevorderen?

1.2.2 Deelvragen

Het onderzoek is aan de hand van de volgende deelvragen opgebouwd:

1. Wanneer is sprake van faillissementsfraude?
2. Wordt faillissementsfraude na invoering van de Wet versterking positie curator effectief gesignaleerd?
3. Wat is het instrumentarium van de rechter-commissaris in faillissement in het licht van de Wet versterking positie curator?
4. Welke problemen ervaart de rechter-commissaris bij het toezichthouden op de fraudesignalerende taak van de curator?
5. Hoe zou de rechter-commissaris toezicht moeten houden op het signaleren van faillissementsfraude?

1.3 Onderzoeksmethoden

De deelvragen vergen voor hun beantwoording twee verschillende methodische benadering. Ten eerste een literatuur- en jurisprudentie onderzoek. Ten tweede een ondersteunend empirisch onderzoek.

1.3.1 Literatuur- en jurisprudentieonderzoek

Om deelvragen 1, 3 en 5 te beantwoorden is een uitgebreide analyse van de wet, jurisprudentie en literatuur vereist. De bronnen omvatten kamerstukken, leidraden, onderzoeksrapporten, wetenschappelijke artikelen en rechterlijke uitspraken. Deze zijn te vinden via onlinedatabases zoals Legal Intelligence en Kluwer Navigator of via de juridische bibliotheek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Ook wordt de zogeheten 'sneeuwbalmethode' toegepast door de bronnenlijst van de geïdentificeerde literatuur te bekijken om op die manier meer literatuur te vinden.

1.3.2 Empirisch onderzoek

Ter ondersteuning van het onderzoeksprobleem wordt een tweeledig empirisch onderzoek opgesteld. Het empirisch onderzoek is opgesteld met het doel om veronderstellingen die binnen de juridische gemeenschap algemeen aanvaard zijn te bevestigen of te ontcrachten. Het eerste deel zal zien op een kwantitatief onderzoek ter beantwoording van deelvraag 2. Dit kwantitatieve onderzoek beperkt zich tot een analyse van 800 openstaande faillissementsdossiers bij de rechtbank Den Haag in de periode oktober tot december 2021. Bij het onderzoeken van de faillissementsdossiers zal worden bijgehouden hoe vaak sprake is van een (overweging tot) melding van faillissementsfraude door de curator of rechter-commissaris en uit welke vorm die fraude bestaat. Het tweede deel zal zien op een kwalitatief onderzoek ter beantwoording van deelvraag 3. Door middel van een vragenlijst worden drie rechter-commissarissen van de rechtbank Den Haag geïnterviewd om de problemen bij de signalering van faillissementsfraude in kaart te brengen.

1.4 Leeswijzer

De opzet van de scriptie is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt een definitie van faillissementsfraude geformuleerd dat in de loop van het onderzoek wordt aangehouden. Daarbij zal zowel het civielrechtelijke als het strafrechtelijke kader worden besproken. Deze definitie van faillissementsfraude wordt in hoofdstuk 3 gebruikt om een inzicht te krijgen in de omvang en vorm van faillissementsfraude na de invoering van de Wet versterking positie curator. In hoofdstuk 4 wordt het instrumentarium van de rechter-commissaris geanalyseerd en onderzocht hoe dit instrumentarium in het licht van de Wet versterking positie curator wordt ingekleurd. Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 besproken welke problemen rechter-commissarissen kunnen ondervinden bij het houden van toezicht op de fraudesignalerende taak van de curator. Ten slotte wordt in hoofdstuk 6 naar een effectieve signalering van faillissementsfraude door de rechter-commissaris gezocht. Elk hoofdstuk is ingedeeld in een inleiding, middenstuk en tussenconclusie. Er wordt afgesloten met een eindconclusie en een aanbeveling in hoofdstuk 7.

2. DEFINITIE VAN FAILLISSEMENTSFRAUDE

De inventaris die op het laatste moment verdwijnt, boedelactiva die niet wordt vermeld tijdens de inventarisatie van de curator, nep-vorderingen die worden betaald aan bestuurders of gelieerde partijen. Dit zijn diverse voorbeelden van faillissementsfraude. Oftewel, situaties waarin de verhaalsmogelijkheid van schuldeisers wordt benadeeld en de faciliteiten van de Faillissementswet oneigenlijk worden gebruikt.¹⁸ Het begrip '(faillissements)fraude' wordt echter niet in de wetgeving als zodanig genoemd. In dit hoofdstuk wordt gezocht naar een definitie van faillissementsfraude in de literatuur, wet en jurisprudentie. De focus ligt in dit onderzoek op het civielrechtelijke aspect, maar voor de formulering van het begrip faillissementsfraude kan de bespreking van het strafrechtelijk kader niet ontbreken.

2.1 Begripsbepaling

In de literatuur wordt hoofdzakelijk de definitie van bijzonder hoogleraar faillissementsfraude Hilverda aangehangen. Faillissementsfraude houdt volgens haar in: *“Opzettelijk en ongeoorloofd gedrag vóór of tijdens faillissement waardoor faillissementsschuldeisers opzettelijk of culpoos (kunnen) worden benadeeld.”*¹⁹ Volgens haar definitie omvat faillissementsfraude dus een opzettelijke wederrechtelijke gedraging die voorafgaand aan of tijdens het faillissement heeft plaatsgevonden. Deze gedraging kan vervolgens leiden tot benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden, maar het oogmerk van de gedraging hoeft niet te zien op die benadeling.

In zijn kamerbrief aan de Tweede Kamer kiest de Minister de volgende omschrijving van fraude: *“Met fraude wordt bedoeld het opzettelijk geven van een onjuiste voorstelling van zaken, om hieruit wederrechtelijk voordeel te verkrijgen.”*²⁰ Uit deze definitie blijkt duidelijk dat er sprake moet zijn van een vorm van bedrog of misleiding om zodoende een onjuiste voorstelling van zaken te weergeven. In tegenstelling tot de definitie van Hilverda wordt geen benadeling van schuldeisers vereist. Dat betekent dat er geen causaal verband hoeft te bestaan tussen de onjuiste voorstelling van zaken en de benadeling van schuldeisers. Deze definiëring ziet echter meer op een algemene vorm van fraude die ook buiten de context van faillissement kan plaatsvinden.

Ten slotte wordt in een onderzoeksrapport uit 2021, dat is uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Justitie en Veiligheid, faillissementsfraude omschreven als: *“Faillissementen waarbij bewust is gewerkt aan het onmogelijk maken van het betalen van schulden met het uitspreken van een faillissement tot gevolg en het onmogelijk maken van verhaal op de daarvoor verantwoordelijken door een curator.”*²¹ Door gebruik van het woord 'bewust' duidt

¹⁸ Rapport Ecorys 2021, p. 26-28.

¹⁹ Hilverda, DD 2012/1, p. 11.

²⁰ Kamerstukken II 2014/15, 17050, nr. 496.

²¹ Rapport Ecorys 2021, p. 4.

faillissementsfraude in deze context ook op gedragingen met voorwaardelijk opzet als oogmerk. Voorwaardelijk opzet is het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat een bepaald gevolg intreedt.²² Enerzijds is deze definitie ruimer dan de definitie van de Minister, omdat ook gedragingen met het oogmerk van voorwaardelijk opzet eronder vallen. Anderzijds is de definitie enger dan de definitie van de Minister en Hilverda, aangezien een causaal verband tussen de bewuste gedraging en het intreden van het faillissement en de benadeling van schuldeisers vereist is.

Concluderend blijkt uit een analyse van het begrip faillissementsfraude in literatuur, kamerstukken en onderzoeksrapporten niet van een vastomlijnd begrip. Het betreft een containerbegrip dat zowel overtreding van strafrechtelijke als civielrechtelijke normen kan inhouden.²³ Het formuleren van een definitie is daarom ingewikkeld. Uit bovengenoemde definities volgt dat faillissementsfraude tenminste ziet op een opzettelijke gedraging in strijd met het recht tijdens of voorafgaand aan het faillissement, die een culpoze of opzettelijke benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheid tot gevolg kan hebben. Aangezien de gedraging ook tijdens het faillissement kan plaatsvinden is niet vereist dat de gedraging het faillissement veroorzaakt heeft.

2.2 Civielrechtelijk kader

In de Faillissementswet zijn met de invoering van de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod civielrechtelijke normen opgenomen die de informatiepositie van de curator beogen te versterken.²⁴ Een overtreding van deze artikelen kan faillissementsfraude opleveren. Het civielrechtelijk kader bestaat uit de volgende artikelen:

- Art. 105 Fw: Inlichtingenplicht;
- Art. 105a Fw: Administratieplicht;
- Art. 106a Fw: Civielrechtelijk bestuursverbod;

Ten eerste is gefailleerde onder de inlichtingenplicht van art. 105 Fw verplicht de curator, de schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris alle inlichtingen te verschaffen die van hem verlangd worden. De gefailleerde dient daarenboven op eigen beweging de curator in te lichten met betrekking tot 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.²⁵ De inlichtingenplicht ziet dus niet alleen op het verschaffen van inlichtingen, maar ook op het nalaten daarvan. Het doel van art. 105 Fw is om het faillissement met medewerking van gefailleerde goed af te wikkelen.²⁶

²² Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 102.

²³ Adams, MvO 2017, p. 3-5.

²⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3; *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3.

²⁵ HR 15 januari 2002, NJ 2002/259.

²⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 17.

Indien gefailleerde niet voldoet aan zijn inlichtingenplicht, kan de rechter-commissaris een faillissementsverhoor of inbewaringstelling bevelen.²⁷ In hoofdstuk 4 zullen deze instrumenten verder worden uitgelegd.

Ten tweede is eenieder die een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefent verplicht om administratie te voeren ex art. 2:10 lid 1 en art. 3:15i Burgerlijk Wetboek (BW). Deze administratieplicht is terug te vinden in art. 105a Fw. Gefailleerde dient een administratie bij te houden, te bewaren en ten slotte af te geven aan de curator in geval van faillissement. In de administratie kan de curator bepaalde uitgaven controleren en zien of deze bij een normale bedrijfsvoering passen. Indien er onregelmatigheden voordoen kan de curator de gefailleerde om een verklaring verzoeken.²⁸ Onder de inlichtingenplicht dient gefailleerde deze vragen te beantwoorden.

Ten slotte zijn de inlichtingen- en administratieplicht via art. 106 Fw ook van toepassing op bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon, alsmede degene die drie jaar voorafgaand aan het faillissement bestuurder of commissaris was. Sinds de introductie van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod bestaat de mogelijkheid om een bestuursverbod tegen een frauduleuze bestuurder bij de burgerlijk rechter te vorderen ex art. 106a Fw. Dit bestuursverbod van ten hoogste vijf jaar is bedoeld om faillissementsfraude en onregelmatigheden rondom faillissement te bestrijden.²⁹

2.3 Strafrechtelijk kader

Verschillende vormen van faillissementsfraude zijn in het Wetboek van Strafrecht (Sr), onder de titel benadeling van schuldeisers en rechthebbenden, strafbaar gesteld. Met intreding van de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude is geprobeerd de strafartikelen aan te laten sluiten bij de huidige praktijk. Deze modernisering bestaat uit het bevorderen van de effectiviteit en toepasbaarheid teneinde faillissementsfraude beter aan te kunnen pakken.³⁰ Bovendien zijn de straffen in vergelijking met de oorspronkelijke artikelen verhoogd, omdat de inzichten in de strafwaardigheid van faillissementsfraude zijn veranderd.³¹ Het strafrechtelijk kader wordt gevormd door de volgende artikelen:

- Art. 194 Sr: Inlichtingenplicht van gefailleerde, de echtgenoot van gefailleerde en bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon;
- Art. 340 Sr: Voor faillissementsverklaring buitensporige uitgaven doen, met als gevolg benadeling van schuldeisers;

²⁷ Art. 66 en 87 Fw.

²⁸ Hox, *Tv* 2018/42, p. 2-3.

²⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3; Zie verder Kreileman & Bulten, *OR* 2016/109.

³⁰ Verrest & Heukels, *AA* 2017, p. 51-52.

³¹ T&C *Insolventierecht* 2021, p. 933-937.

- Art. 341 Sr: Onttrekking van een goed aan de boedel voor of tijdens faillissement of schuldsaneringsregeling. Of één van zijn schuldeisers bevoordelen, wetend van benadeling;
- Art. 342 Sr: Buitensporige uitgaven door bestuurder/commissaris van een rechtspersoon;
- Art. 343 Sr: Onttrekking of bevoordeling door bestuurder/commissaris;
- Art. 344 Sr: Onttrekking of bevoordeling door een derde;
- Art. 344a Sr: Opzettelijk niet voldoen aan administratie-, bewaar- en afgifteplicht;
- Art. 344b Sr: Verwijtbaar niet voldoen aan administratie-, bewaar- en afgifteplicht;
- Art. 345 Sr: Bijzondere voordelen bedingen bij toetreding akkoord;
- Art. 347 Sr: Buitensporig verbruik van middelen buiten art. 342 en 343 Sr;
- Art. 348 Sr: Onttrekking van goed aan pand-, retentie-, vruchtgebruik- of gebruiksrecht;
- Art. 348a Sr: Feitelijke bestuurders en bestuurders VOF of CV;
- Art. 349 Sr: Strafrechtelijke beroepsontzetting.

Verschillende civielrechtelijke aspecten van faillissementsfraude zijn ook in het Wetboek van Strafrecht terug te vinden. Zo wordt het schenden van de inlichtingenplicht, zoals die in de Faillissementswet is neergelegd, in art. 194 Sr strafbaar gesteld. En is in art. 344a en 344b Sr gekozen voor een zelfstandige strafbaarstelling van het niet-naleven van de administratieplicht.³² De administratieplicht ziet niet alleen op het opzettelijk niet houden of overdragen van de administratie, maar ook op een strafbaarstelling van degene aan wie te wijten valt dat er geen deugdelijke administratie kan worden overlegd. Het excuus dat de administratie in vlammen is opgegaan of is gestolen kan om die reden niet zomaar worden aangedragen.³³

Verder vormt het onttrekken van activa aan de boedel een kenmerkend geval van faillissementsfraude. Onder onttrekkingen valt het doen van buitensporige uitgaven in het vooruitzicht van faillissement zoals vastgelegd in art. 340 en 342 Sr. Buitensporige uitgaven zijn volgens de Hoge Raad uitgaven die, hetzij niet met de inkomsten in verhouding hebben gestaan, hetzij bij verminderde inkomsten onnodig grootgehouden of vermeerderd zijn.³⁴ In tegenstelling tot de besproken definities onder 2.1 gaat het in art. 340 en 342 Sr om schulddelicten. Opzet op de gedraging is daarom geen vereiste. Bovendien behoeft het causaal verband tussen de buitensporige uitgaven en het intreden van het faillissement niet te worden bewezen.³⁵ De definitie van Hilverda is in vergelijking met deze strafartikelen niet ruim genoeg, omdat bij de buitensporige uitgaven van art. 340 en 342 Sr geen opzet op de gedraging is vereist. In de delictomschrijving van art. 341 en 343 Sr is wel het (voorwaardelijk) opzetvereiste 'wetende dat'

³² Verrest & Heukels, AA 2017, p. 54.

³³ Hilverda 2017.

³⁴ HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4673.

³⁵ T&C *Insolventierecht*, p. 933-957.

opgenomen. De artikelen zien op een breder scala aan onttrekking en het bevoordelen van schuldeisers. Overtreding van deze artikelen levert dan ook een hogere straf op.

Ten slotte kunnen naast de failliet zelf (en daarmee de bestuurder of commissaris), ook derden die faillissementsfraude plegen strafbaar worden gesteld. Op grond van art. 344 Sr bestaat de mogelijkheid om een derde strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor onttrekken aan de boedel. Bovendien valt onder bestuurder ingevolge art. 348a Sr ook degene die feitelijk leiding geeft aan de onderneming en bestuurders van een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap. Een bestuurder kan uiteindelijk strafrechtelijk uit zijn beroep worden ontzet ex art. 349 Sr.

2.4 Tussenconclusie

Een analyse van literatuur, kamerstukken en rapporten leidt tot uiteenlopende definities van faillissementsfraude. Het is duidelijk dat het gaat om een vorm van fraude voorafgaand aan of tijdens het faillissement. Maar het is niet duidelijk waar deze faillissementsfraude uit bestaat. In het Wetboek van Strafrecht zijn de civielrechtelijke normen uit de Wet versterking positie curator gesanctioneerd. De strafartikelen vormen zodoende de bestanddelen van faillissementsfraude. In de delictsomschrijvingen wordt grotendeels voorwaardelijk opzet als oogmerk van de frauduleuze gedraging vereist. Alleen in art. 340 en 342 Sr gaat het om schulddelicten. Ook ziet faillissementsfraude niet altijd op actief handelen, maar kan het nalaten van de verplichtingen onder de Faillissementswet ook faillissementsfraude opleveren.

In het vervolg van het onderzoek zal faillissementsfraude als volgt gedefinieerd worden: *het doen of nalaten van een voorwaardelijk opzettelijke gedraging in strijd met het recht, voorafgaand aan of tijdens het faillissement, die een culpoze of opzettelijke benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheid tot gevolg kan hebben*. Hierbij geldt de uitzondering op het voorwaardelijk opzetvereiste bij het doen van buitensporige uitgaven in de zin van art. 340 en 342 Sr.

3. KWANTITATIEF ONDERZOEK NAAR DE OMVANG EN VORM VAN FAILLISSEMENTSFRAUDE

In verschillende onderzoeken naar faillissementsfraude wordt geconcludeerd dat faillissementsfraude tot aanzienlijke maatschappelijke schade leidt.³⁶ Zo concludeert een onderzoeksrapport uit 2005 dat in een kwart van de faillissementen faillissementsfraude wordt gepleegd.³⁷ En komt het CBS in haar rapport van 2010 op een percentage van 23,6 procent aan strafbare en/of onrechtmatige benadeling van schuldeisers uit.³⁸

Naar aanleiding van onder andere de cijfers van het CBS is de Wet versterking positie curator ontwikkeld.³⁹ Hoogleraar Insolventierecht Vriesendorp stelt echter dat deze cijfers een magere en gebrekkige onderbouwing vormen.⁴⁰ Het volgende rapport van het CBS in 2015 bevestigt weliswaar de gesignaleerde trend met een percentage van 30,1 procent aan strafbare en/of onrechtmatige benadeling van schuldeisers, maar het blijft volgens Vriesendorp twijfelachtig wat nu de echte fraudezaken betreffen.⁴¹ In dit hoofdstuk wordt een kwantitatief onderzoek uitgevoerd naar de omvang en vorm van faillissementsfraude om de vraag te onderzoeken of faillissementsfraude na invoering van de Wet versterking positie curator effectief gesignaleerd wordt.

3.1 Onderzoeksopzet

Het doel van het kwantitatieve onderzoek is om de veronderstelling, dat faillissementsfraude een aanzienlijk maatschappelijk probleem vormt en een effectieve faillissementsfraudesignalering noodzakelijk is, te bevestigen of te ontkrachten. Het onderzoek beperkt zich tot openstaande faillissementen in de periode oktober tot december 2021 bij de rechtbank Den Haag. Het onderzoek kan daarom niet gegeneraliseerd worden naar de rechtbanken van alle arrondissementen. Ook betreft het een steekproef van 800 faillissementsdossiers en vormt het geen fraudepercentage op jaarbasis. Ten slotte zijn faillissementsdossiers van zowel rechtspersonen als natuurlijke personen in het onderzoek meegenomen.

In de genoemde periode is toegang tot openstaande faillissementsdossiers bij de rechtbank Den Haag verkregen. Er stonden op dat moment 800 faillissementszaken open. Met openstaande faillissementszaken worden de nog niet beëindigde faillissementen bedoeld.⁴² Dat betekent dat de onderzochte dossiers ook faillissementen bevatten die in de jaren voor 2021 zijn uitgesproken.

³⁶ Adams, *MvO* 2017, p. 4.

³⁷ *Rapport Hugo Sinzheimer Instituut* 2005, p. 49.

³⁸ *Onderzoeksrapport CBS* 2010.

³⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3.

⁴⁰ Vriesendorp, *Tvl* 2017/23, p. 5.

⁴¹ Vriesendorp, *Tvl* 2017/23, p. 5; *Onderzoeksrapport CBS* 2015.

⁴² Zie art. 137 Fw (uitkering na verificatie), art. 137a Fw (vereenvoudigde afwikkeling), art. 138 (crediteurenakkoord) en art. 16 Fw (gebrek aan baten).

Door middel van het programma Toezicht is een inzicht gekregen in de faillissementsdossiers en de correspondentie tussen de curator en de rechter-commissaris. Deze faillissementsdossiers waren op dat moment niet altijd openbaar toegankelijk. Bovendien wordt de correspondentie tussen rechter-commissaris en curator niet openbaar gemaakt.⁴³

3.1.1 Analyse

Aan de hand van een analyse van de literatuur, wet en jurisprudentie met betrekking tot faillissementsfraude zijn verschillende vormen van faillissementsfraude in de volgende categorieën opgedeeld:

- **Administratieplicht:** de in art. 105a Fw, art. 344a en 344b Sr genoemde plicht om een administratie te houden, te bewaren en af te geven aan de curator;
- **Inlichtingenplicht:** de in art. 105 Fw en art. 194 Sr genoemde plicht om inlichtingen te verstrekken aan de curator, rechter-commissaris en schuldeiserscommissie;
- **Onttrekkingen:** het onttrekken van activa aan de boedel. Hieronder vallen art. 340-344 en art. 345/347/348 Sr;
- **Veelpleger:** het plegen van faillissementsfraude in meer dan één faillissement. Zie art. 348 Sr voor de mogelijkheid tot strafrechtelijke beroepsontzetting;
- **Katvanger:** een kwetsbaar persoon die als bestuurder, eigenaar of aandeelhouder in het handelsregister is ingeschreven.⁴⁴
- **Illegale doorstart:** het stopzetten van de bedrijfsactiviteiten, waarbij zonder tegenprestatie activa en voorraden aan een andere rechtspersoon worden overgedragen om daarin de noodlijdende onderneming illegaal door te starten, met het gevolg dat de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers worden verkleind.⁴⁵

Met behulp van Excel is per faillissementsdossier bijgehouden of sprake was van een melding of aangifte of een overweging tot melding of aangifte van faillissementsfraude. Deze gegevens zijn afgeleid uit het faillissementsverslag onder het kopje 'rechtmatigheid' en uit vertrouwelijke correspondentie tussen rechter-commissaris en curator.⁴⁶ In het geval van faillissementsfraude is vervolgens genoteerd tot welke categorie de fraude behoort.⁴⁷ Uit dit Excel-bestand is vervolgens een draaitabel en een staafdiagram afgeleid. Deze onderzoeksresultaten zullen hieronder besproken worden.

⁴³ Zie de vertrouwelijke informatieplicht van de curator aan de rechter-commissaris t.a.v. onregelmatigheden ex art. 68 lid 2 sub b Fw.

⁴⁴ *Rapport Ecorys* 2021, p. 5.

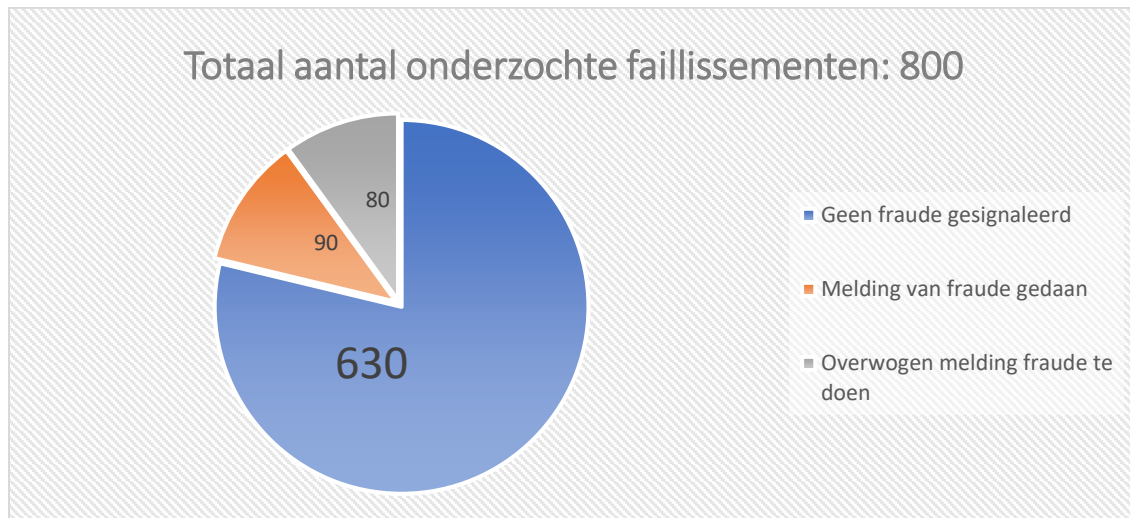
⁴⁵ *Rapport Ecorys* 2021, p. 53.

⁴⁶ Art. 2.1 onder a Recofa.

⁴⁷ De geanonimiseerde onderzoeksgegevens zijn op te vragen via carlijn.vd.hek@outlook.com.

3.1.2 Onderzoekresultaten

In 170 van de onderzochte faillissementszaken is faillissementsfraude door de curator en/of de rechter-commissaris gesignaleerd. Daarvan is in 90 gevallen door de curator een melding of aangifte van faillissementsfraude gedaan. In de overige 80 fraudegevallen is een melding op zijn minst overwogen, maar heeft de curator van de melding afgezien of wordt nog gewacht met het doen van een melding (zie figuur 1).⁴⁸



Figuur 1 Faillissementsfraude oktober tot december 2021 rechtbank Den Haag

Het fraudepercentage volgt uit de volgende berekening: $\frac{170}{800} \times 100 = 21,25$ procent

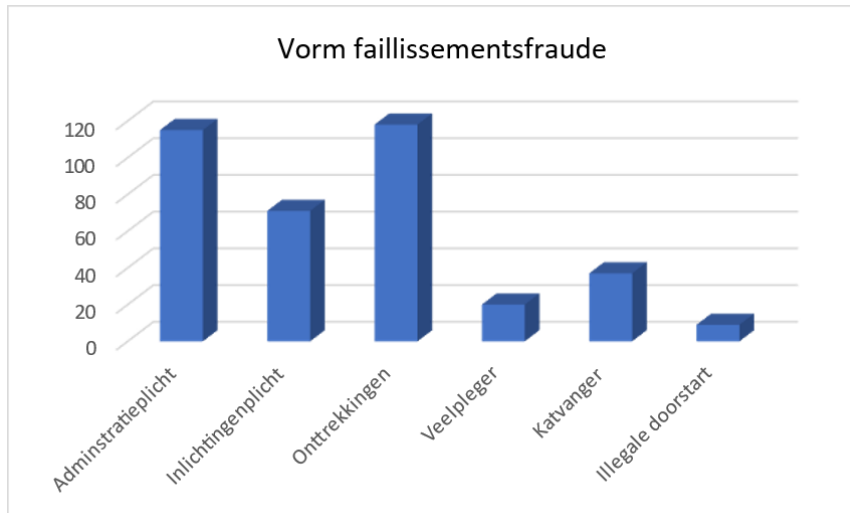
Uit de steekproef van faillissementsdossiers van de rechtbank Den Haag volgt dus een fraudepercentage van ruim 20 procent. Waarbij ervan uit wordt gegaan dat zowel de rechter-commissaris als de curator zich inzetten om fraude te signaleren. Daarentegen ligt het percentage van 21,25 procent net onder de cijfers van het CBS van 2010 (23,6 procent) en 2015 (30,1 procent). Het onderzoek is te beperkt om te concluderen dat de Wet versterking positie curator voor een geringe afname van faillissementsfraude heeft gezorgd. Het ondersteunt wel de veronderstelling dat faillissementsfraude nog steeds een aanzienlijk maatschappelijk probleem vormt, nu het nog dicht bij het percentage van het CBS uit 2010 ligt waarop de Wet versterking positie curator gebaseerd is.

3.1.3 Vorm van faillissementsfraude

Tijdens de bestudering van de faillissementsdossiers valt het op dat verschillende vormen van faillissementsfraude vaak samenvallen. Binnen de steekproef is de voornaamste vorm van

⁴⁸ Zie Pool, Pluut & Vriesendorp, *RdW* 2021/42 voor een verklaring van de aanpak van onregelmatigheden door de curator.

gepleegde faillissementsfraude het doen van onttrekkingen. In 118 faillissementen vinden onttrekkingen plaats. Daarna wordt in 115 faillissementen niet aan de administratieplicht voldaan. Vervolgens wordt de inlichtingenplicht in 71 faillissementen geschonden. Samenvallend met de schending van de inlichtingenplicht wordt vaak ook niet aan de administratieplicht voldaan. Ten slotte zijn de overige vormen van faillissementsfraude minder vaak gesignaleerd. In 37 faillissementen is sprake van een katvanger en in 20 faillissementen van een veelpleger. Slechts 9 keer vindt een illegale doorstart plaats (zie figuur 2).



Figuur 2 Vorm faillissementsfraude

3.2 Opsporing en vervolging van faillissementsfraude

Als faillissementsfraude eenmaal is gesignaleerd door de curator of rechter-commissaris wordt er voor de opsporing en vervolging onderscheid gemaakt tussen eenvoudige en complexe fraude op basis van de hoogte van de benadeling. Eenvoudige faillissementsfraude kenmerkt zich onder andere door het ontbreken of het niet afgeven van de administratie of het onttrekken van activabestanden aan de boedel met een waarde van minder dan 100.000 euro.⁴⁹ De eenvoudige fraudezaken dienen te worden opgepakt door de regionale politie onder leiding van een Officier van Justitie van het Arrondissementsparket.

Complexe faillissementsfraudezaken komen in aanmerking voor opsporing door de FIOD en omvatten meer dan 100.000 euro aan schade.⁵⁰ Naast de hoogte van de onttrekkingen kunnen ook misbruik van rechtspersonen, georganiseerd verband, ondoorzichtige eigendomsverhoudingen of bestuurdersrelaties en het gebruik van katvangers een rol spelen.⁵¹ In uitzonderlijke gevallen

⁴⁹ Timmer, *TvdP* 2018/4, p. 33.

⁵⁰ Reddingius, *TBS&H* 2014/1, p. 4.

⁵¹ Timmer, *TvdP* 2018/4, p. 33.

wordt ook een zaak met minder dan 100.000 euro schade naar de FIOD doorgezet. Op die manier kunnen ook seriële veelplegers van faillissementsfraude door de FIOD worden aangepakt.

3.2.1 Fraudemonitor

Tot slot blijkt uit de fraudemonitor 2019 en 2020 van het Openbaar Ministerie dat in het jaar 2019 in totaal 52 en in het jaar 2020 in totaal 50 eenvoudige faillissementsfraudezaken onderzocht zijn door de politie. In 2019 en 2020 heeft de FIOD jaarlijks 46 complexe faillissementsfraudezaken behandeld.⁵² Het aantal onderzochte eenvoudige en complexe faillissementsfraudezaken ligt dus al onder het berekende aantal van 170 gevallen van faillissementsfraude uit de steekproef bij de rechtbank Den Haag. Hiervan is weliswaar 90 keer een melding gedaan, maar de jaarlijkse omvang van faillissementsfraude bij de rechtbanken van alle arrondissementen tezamen zal dus veel hoger liggen. De opsporingscijfers komen hier niet mee overeen en geven een indicatie dat de strijd tegen faillissementsfraude opgevoerd zal moeten worden.

3.3 Tussenconclusie

Ondanks dat het kwantitatieve onderzoek zich beperkt tot een steekproef die bestaat uit 800 openstaande faillissementsdossiers uit een korte periode bij één rechtbank, is een faillissementsfraudepercentage van ruim 20% erg hoog. Het ondersteunt de cijfers waarop de Wet versterking positie curator is gebaseerd.

Samengevat zag de gepleegde faillissementsfraude vooral op een overtreding van de artikelen 340-348 Sr. Ook ging het niet voldoen aan de inlichtingenplicht vaak samen met het verzuim van de administratieplicht. Niet alle gesignaleerde faillissementsfraude werd daadwerkelijk door de curator gemeld. Het blijkt dat de gemelde faillissementsfraude vervolgens weinig wordt opgepakt door de opsporingsinstanties. Vooral als de schuldeisersbenadeling onder de 100.000 euro ligt. De onderzoeksresultaten vormen een indicatie voor de veronderstelling dat faillissementsfraude ook na invoering van de Wet versterking positie curator een aanzienlijk maatschappelijk probleem vormt en een effectieve faillissementsfraudesignalering vereist is. Hoe groot dit probleem precies is vereist nog verder onderzoek naar de omvang van faillissementsfraude.

⁵² *Fraudemonitor OM 2019/2020*, p. 22.

4. HET INSTRUMENTARIUM VAN DE RECHTER-COMMISSARIS

Bij het vonnis van faillietverklaring benoemt de rechtbank een rechter-commissaris.⁵³ De rechter-commissaris houdt ex art. 64 Fw toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De rechter-commissaris is een bijzondere actor binnen het faillissementsrecht. Hij vervult enerzijds de rol van een onafhankelijke en onpartijdige rechter die rechtspreekt, anderzijds de rol van een commissaris die toeziet op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator.⁵⁴ In dit hoofdstuk wordt het instrumentarium van de rechter-commissaris besproken en onderzocht hoe dit instrumentarium in het licht van de Wet versterking positie curator kan worden ingezet.

4.1 Oorsprong rechter-commissaris

De rechter-commissaris vindt haar oorsprong in de voorloper van de Faillissementswet, te weten de regeling in het Wetboek van Koophandel uit 1838.⁵⁵ Diverse bevoegdheden uit dat Wetboek zijn nog steeds in de Faillissementswet terug te vinden, bijvoorbeeld het verlenen van machtigingen aan de curator.⁵⁶ Een fundamentele herziening van de Faillissementswet heeft, in tegenstelling tot onze buurlanden, nooit plaatsgevonden. De taak van de rechter-commissaris is zodoende gebaseerd op het stelsel van de Faillissementswet uit 1896 en ziet zelfs nog grotendeels terug op het Wetboek van Koophandel uit 1838.⁵⁷

4.1.1 Kerntaak

De kerntaak van de rechter-commissaris is het toezichthouden op het beheer en de vereffening van de failliete boedel ex art. 64 Fw. Een curator is na aanstelling door de rechtbank belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel ex art. 68 lid 1 Fw. Dat wil zeggen dat de rechter-commissaris toeziet of de curator zich houdt aan de grenzen van de wet, of hij handelt in het belang van de boedel en zijn taak behoorlijk vervult.⁵⁸ De rechter-commissaris voert dus geen medebeheer of opperbestuur.⁵⁹

Bij het houden van toezicht baseert de rechter-commissaris zich op informatie afkomstig van de curator. De Faillissementswet spreekt alleen niet over de informatie-uitwisseling tussen de curator en rechter-commissaris. Art. 73a Fw weergeeft enkel de periodieke verslaglegging van de curator. Dit verslag is echter niet alleen gericht tot de rechter-commissaris, maar betreft ook een publiekelijk verslag.

⁵³ Art. 14 lid 1 Fw.

⁵⁴ Schreurs, *Tv/2018/26*, p. 162.

⁵⁵ Van Galen, *Tv/2021/36*, p. 2.

⁵⁶ Art. 772 WvK (voortzetting executie), art. 813 WvK (voeren van procedures), art. 856 WvK (lossing van verpande goederen), art. 871 WvK (uitdeling), art. 884 WvK (schikkingen met debiteuren).

⁵⁷ Van Galen, *Tv/2021/36*, p. 2.

⁵⁸ Van der Feltz & Hummelen 2016, p. 2.

⁵⁹ Schreurs, *Tv/2018/26*, p. 162.

Desalniettemin, zijn er naast de formele wetgeving ook richtlijnen voor de afwikkeling van faillissementen opgesteld door het overlegorgaan van rechter-commissarissen in faillissementen van de Raad voor de Rechtspraak. In de Recofa-richtlijnen zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot de vorm van het verslag van de curator. Over de inhoud wordt echter niet gesproken.⁶⁰ Ook de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten hebben praktijkregels opgesteld. Uit de INSOLAD praktijkregels blijkt dat de curator de rechter-commissaris tijdig gevraagd en ongevraagd alle informatie moet verschaffen waarvan de curator in redelijkheid kan vermoeden dat deze informatie van belang is voor een correcte uitoefening van de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris.⁶¹ Sinds de invoering van KEI Toezicht in 2016 staat de curator in rechtstreeks contact met de rechter-commissaris.⁶² De curator upload zijn periodieke verslagen in het programma Toezicht en geeft in onderlinge berichtgeving aan wat zijn werkzaamheden zijn. Zodoende houdt de rechter-commissaris toezicht op de hoofdlijnen van het faillissement en baseert hij zich bij dat toezicht op informatie afkomstig van de curator.⁶³

4.2 Instrumentarium

Aan de rechter-commissaris komen in zijn toezichthoudende rol verschillende instrumenten toe, zoals het afgeven van machtigingen aan de curator, het instellen van een verhoor of het bevelen van onderzoek door een deskundige en de mogelijkheid om gefailleerde in bewaring te stellen. Na de bespreking van deze instrumenten volgt een analyse van de Wet versterking positie curator. Met die analyse wordt onderzocht of de inzet van het instrumentarium van de rechter-commissaris in het licht van de Wet versterking positie curator veranderd is.

4.3 Machtiging rechter-commissaris

De rechter-commissaris dient aan de curator bij uitoefening van zijn taak een grote mate van beleidsvrijheid toe te laten komen.⁶⁴ Desondanks heeft de curator voor tal van daden en van beheer en vereffening de toestemming van de rechter-commissaris nodig. De rechter-commissaris beoordeelt de volgende verzoeken van de curator:

- Voortzetting verkoop goederen (art. 34 Fw);
- Het gestand doen van wederkerige overeenkomsten (art. 37 jo. art. 68 lid 3 Fw) en pachtovereenkomsten (art. 39 jo. art. 68 lid 3 Fw);
- Het opzeggen van arbeidsovereenkomsten (art. 40 lid 1 jo. art. 68 lid 3 Fw);
- Verwerping van nalatenschap (art. 41 Fw);

⁶⁰ Art. 2.1-2.4 Recofa.

⁶¹ Art. 15.2 INSOLAD.

⁶² Programma Kei Toezicht, gevonden op: [Rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl).

⁶³ Neijt 2013, p. 82.

⁶⁴ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou); HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (Prakke/Gips).

- Uitoefening van lossingsrechten bij pand en hypotheek (art. 58 lid 2 Fw);
- Opeising bij retentierecht (art. 60 lid 2 Fw);
- Opeising onder bewind staande goederen (art. 60a Fw);
- Het afkondigen van een afkoelingsperiode (art. 63a lid 2 Fw);
- Het entameren van een procedure (art. 68 lid 3 Fw);
- Onderhandse boedelbeschrijving (art. 94 Fw);
- Voortzetting bedrijf van de gefailleerde (art. 98 Fw);
- Onderhandse verkoop van goederen van de gefailleerde (art. 101 lid 2 jo. art. 176 Fw);
- Bewaring en belegging van gelden (art. 102 Fw);
- Het sluiten van vaststellingsovereenkomsten (art. 104 Fw);
- Uitdelingslijst (art. 137a e.v. Fw);
- Geconsolideerde afwikkeling (art. 3.2 f Recofa-richtlijn).

De beoordeling bestaat vervolgens uit een toets op de rechtmatigheid en doelmatigheid van het verzoek. De rechtmatigheidstoets komt neer op de vraag of de curator binnen de grenzen van de wet handelt. Bij de doelmatigheidstoets weegt de rechter-commissaris de betrokken belangen bij de faillissementsboedel tegen elkaar af. In het geval van een verzoek om een procedure te starten, wordt ook de opportuniteit beoordeeld aan de hand van een inschatting van de proceskans.⁶⁵

Na een machtiging van de rechter-commissaris omschrijft de curator de uitkomst van zijn werkzaamheden in de periodieke verslagen. De rechter-commissaris geeft daarop (ongevraagde) terugkoppeling aan de curator. De lijnen tussen de rechter-commissaris en de curator zijn sinds de invoering van KEI Toezicht in 2016 bewust kort.⁶⁶ Hoewel de Faillissementswet geen algemene instructiebevoegdheid aan de rechter-commissaris heeft toegekend, kan de rechter-commissaris de curator op deze manier wijzen op onregelmatigheden en de curator aansturen tot het verrichten van bepaalde handelingen.⁶⁷

4.3.1 Klachtrecht

Bij de beslissing om een machtiging aan de curator te verlenen wordt de rechter-commissaris eenzijdig ingelicht. De informatie waarop de rechter-commissaris zich baseert is afkomstig van de curator die het verzoek indient.⁶⁸ De gefailleerde, een faillissementsschuldeiser en de schuldeiserscommissie kunnen zich bij de rechter-commissaris over de curator beklagen. De rechter-commissaris kan het beleid van de curator op grond van art. 69 Fw in volle omvang toetsen om

⁶⁵ Van Galen, *Tvl* 2021/36, p. 2.

⁶⁶ Programma Kei Toezicht, zie [Rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl).

⁶⁷ Van Galen, *Tvl* 2021/36, p. 3; *Rapport Hugo Sinzheimer Instituut* 2005, p. 88/89.

⁶⁸ Hollemans & van Dijk, *Tvl* 2020/10, p. 2-3.

fouten bij het beheer te doen herstellen of voorkomen.⁶⁹ Daarbij wordt het individuele belang van de klager tegen het boedelbelang afgewogen.⁷⁰

Het klachtrecht heeft desalniettemin een beperkte strekking. Volgens rechter Neijt geeft art. 69 Fw de rechter-commissaris in zijn toezichthoudende taak de mogelijkheid om opdrachten of bevelen aan de curator te geven, maar niet om een klacht gegrond te verklaren.⁷¹ Bovendien mag de rechter-commissaris geen ander bevel geven dan door de klager is verzocht.⁷² Onduidelijk is of art. 69 Fw moet worden gezien als onderdeel van de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris. Volgens hoogleraar Verstijlen kan de dubbelrol van de rechter-commissaris ertoe leiden dat de rechter-commissaris als rechter oordeelt over kwesties waar hij als toezichthouder, al dan niet door een machtiging, bij betrokken was.⁷³ Tegen beschikkingen van de rechter-commissaris staat hoger beroep open ex art. 67 Fw. De rechtbank is in hoger beroep echter terughoudend bij de beoordeling van de beschikking van de rechter-commissaris.⁷⁴

4.4 Faillissementsverhoor en deskundigenonderzoek

Een ander belangrijk instrument van de rechter-commissaris is de mogelijkheid om een verhoor te gelasten of een onderzoek van deskundigen te bevelen ter opheldering van omstandigheden die het faillissement betreffen.⁷⁵ De wetgever heeft de rechter-commissaris een ruime bevoegdheid willen toekennen om een zo volledig mogelijk beeld van het faillissement te krijgen.⁷⁶ Zo kan de rechter-commissaris een accountant of financieel expert benoemen ter ondersteuning van zijn toezichthoudende taak.⁷⁷ Dit instrument kan in het bijzonder bij een vermoeden van faillissementsfraude onregelmatigheden aan het licht brengen. De kosten hiervan komen ten laste van de failliete boedel. De rechter-commissaris zal daarom de kosten tegen de baten moeten afwegen.⁷⁸

Daarnaast kan de rechter-commissaris getuigen horen tijdens een faillissementsverhoor. Volgens de Hoge Raad komt ook bij het faillissementsverhoor een ruime bevoegdheid aan de rechter-commissaris toe, aangezien dit een onderdeel van zijn toezichthoudende taak vormt.⁷⁹ Zoals in hoofdstuk 2 besproken is gefailleerde (en bestuurders en commissarissen) verplicht om inlichtingen aan de rechter-commissaris te verschaffen. Indien deze inlichtingenplicht niet wordt nageleefd kan

⁶⁹ Neijt 2019, p. 73; HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5016.

⁷⁰ Neijt 2019, p. 74.

⁷¹ Neijt 2019, p. 76.

⁷² HR 20 juli 1925, ECLI:NL:HR:1925:64.

⁷³ Verstijlen, *Tv* 2008, p. 4.

⁷⁴ Van Galen, *Tv* 2021/36, p. 6.

⁷⁵ Art. 66 Fw.

⁷⁶ T&C *Insolventierecht* bij art. 66.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2017/18, 34740, nr. 6, p. 8.

⁷⁸ Pool, Pluut & Vriesendorp, *RdW* 2021/42, p. 27/28.

⁷⁹ HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3645 (*X. c.s./Mrs. Franken en Lauwerier q.q.*).

de gefailleerde ten overstaan van een rechter-commissaris worden verhoord. Indien gefailleerde niet meewerkt kan de rechter-commissaris de gefailleerde voordragen voor inbewaringstelling.

4.5 Inbewaringstelling

Ten slotte kan de rechter-commissaris de rechtbank voordragen om gefailleerde in bewaring te stellen, in het geval dat gefailleerde zijn wettelijke verplichtingen niet nakomt.⁸⁰ Deze verplichtingen bestaan uit de inlichtingen- en administratieplicht zoals uitgelegd in hoofdstuk 2. Indien de curator of schuldeiser de rechtbank een verzoek doet om gefailleerde in bewaring te stellen, wordt eerst de rechter-commissaris door de rechtbank gehoord.⁸¹ De rechter-commissaris treedt dus niet op als verzoeker of belanghebbenden, omdat hij vanuit zijn wettelijke taak de rechtbank een voordracht tot inbewaringstelling doet.⁸²

Met zijn uitgebreide instrumentarium kan de rechter-commissaris ver ingrijpen in de vereffening en het beheer van de boedel door de curator. Bij machtigingen aan de curator heeft de rechter-commissaris een belangrijke rol achter de schermen. Indien gefailleerde niet voldoet aan zijn verplichtingen onder de faillissementswet treedt de rechter-commissaris meer naar de voorgrond met een faillissementsverhoor of inbewaringstelling. De inzet van deze bevoegdheden kan bij een vermoeden van faillissementsfraude op gespannen voet met het *nemo tenetur*-beginsel komen te staan.

4.6 Nemo tenetur

Het *nemo tenetur*-beginsel vloeit voort uit art. 6 EVRM en komt neer op dat niemand gehouden is om zichzelf te incrimineren en daarmee mee te werken aan zijn eigen veroordeling.⁸³ De inlichtingen- en administratieplicht uit de Faillissementswet dienen geen strafvorderlijk doel, maar staan volledig in dienst van de afwikkeling van het faillissement.⁸⁴ Het faillissementsrecht voorziet daarom niet in een zwijgrecht. De rechter-commissaris en curator dienen te kunnen beschikken over gegevens die voor het afwikkelen van een faillissement relevant zijn. Het doet er daarbij aanvankelijk niet toe of een strafbaar feit vermoed wordt, of dat de gevraagde informatie tot een strafrechtelijke verdenking kan leiden.⁸⁵ Volgens jurisprudentie van de Hoge Raad heeft het uitoefenen van dwang door middel van inbewaringstelling geen punitief karakter, maar kan de inlichtingenplicht niet onvoorwaardelijk worden afgedwongen.⁸⁶

Er kan zich dus een spanningsveld tussen de inlichtingenplicht onder de Faillissementswet en het *nemo tenetur*-beginsel vormen. Waar ligt de grens? Het Europees Hof voor de Rechten van de

⁸⁰ Art. 87 Fw.

⁸¹ Art. 65 Fw.

⁸² HR 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:51 (*Blokhuis q.q. en Smit q.q./J.*).

⁸³ Van Nielen & Karapetian, *Tv* 2019/17, p. 1.

⁸⁴ Van Nielen & Karapetian, *Tv* 2019/17, p. 3.

⁸⁵ Van Nielen, *Tv* 2013/13, p. 3.

⁸⁶ HR 18 sept 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8502.

Mens (EHRM) volgt de lijn dat het *nemo tenetur*-beginsel ook werking kan hebben in niet punitieve procedures, indien niet kan worden uitgesloten dat de verkregen informatie op een later moment ook voor punitieve doeleinden zal worden gebruikt.⁸⁷ De Hoge Raad beoordeelt de vraag of het *nemo tenetur*-beginsel in het geding is aan de hand van het onderscheid tussen wilsonafhankelijke verkregen gegevens en wilsafhankelijke verklaringen. Wilsonafhankelijke verkregen gegevens, zoals de administratie, mogen in ieder geval als strafrechtelijk bewijs worden gebruikt.⁸⁸ Inlichtingen vallen onder wilsafhankelijke verklaringen en kunnen van het strafrechtelijke bewijs worden uitgesloten, indien het *nemo tenetur*-beginsel geactiveerd wordt. Onduidelijk is of het voornemen van de curator om melding of aangifte van faillissementsfraude te doen een activering van het beginsel oplevert.⁸⁹

4.7 Wet versterking positie curator

De Wet versterking positie curator is ingevoerd met het doel om bij te dragen aan de bestrijding van faillissementsfraude. Om dit doel te bereiken is de positie van de curator versterkt met een inlichtingen- en administratieplicht en is de wettelijke fraudesignalerende rol van de curator geïnstitutionaliseerd.⁹⁰ Daardoor kan de curator over meer informatie en middelen beschikken ter wille van het beheer en de vereffening van de failliete boedel.⁹¹ Wat betekent deze versterkte positie van de curator voor het instrumentarium van de rechter-commissaris?

4.7.1 Overweging melding

In art. 68 lid 2 sub c Fw is expliciet vastgelegd dat de rechter-commissaris en de curator, in het geval van gesignaleerde onregelmatigheden, overwegen of het doen van een melding in de rede ligt.⁹² Daarbij prevaleert de beslissing om wél een melding te doen, maar ligt het primaat om melding te maken of aangifte te doen bij de curator.⁹³ De rechter-commissaris wordt bij het signaleren van onregelmatigheden door de curator vertrouwelijk geïnformeerd.⁹⁴ Om een goed beeld van het faillissement te verkrijgen kan de rechter-commissaris verschillende instrumenten inzetten, zoals het horen van getuigen, het instellen van een deskundigenonderzoek en in het uiterste geval het bevelen van inbewaringstelling van gefailleerde. Als de rechter-commissaris tegenstelling tot de curator van mening is dat een melding van faillissementsfraude vereist is, kan hij de curator aansturen op het doen van een melding. In het geval dat de curator nalaat om te

⁸⁷ EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997 (Chambaz/Zwitserland).

⁸⁸ HR 19 sept 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141; HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014; *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, nr. 3 p. 4-9.

⁸⁹ Van Nielen & Karapetian, *TvI* 2019/17, p. 3.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 1.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3; Wessels 2020, p. 486.

⁹² *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 15.

⁹³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 12-14.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 5/13.

voldoen aan het bevel om een melding te maken of aangifte te doen, kan de rechter-commissaris als ultimum remedium de rechtbank verzoeken om de curator te ontslaan ex art. 73 Fw.⁹⁵

4.7.2 Geen klachtrecht

Vervolgens is met art. 69 lid 1 Fw het beroep op de rechter-commissaris beperkt. Het klachtrecht staat niet open tegen de beslissing van de curator om al dan niet een melding van faillissementsfraude te doen. De wetgever acht het voldoende dat de rechter-commissaris volgens art. 68 lid 2 sub c Fw beziet of hij het nodig vindt dat de curator melding maakt of aangifte doet van faillissementsfraude.⁹⁶ De bevoegdheid van de rechter-commissaris om het beleid van de curator bij het doen of niet doen van een melding te toetsen is op deze manier beperkt.

4.7.3 Fraudespreekuur

Ten slotte wijst de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Wet versterking positie curator op het succes van het Haagse fraudespreekuur. Een goede samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie kan immers bijdragen aan bestrijding van faillissementsfraude.⁹⁷ Inmiddels vinden ook in de arrondissementen Amsterdam, Den Bosch, Noord- en Oost-Nederland, Rotterdam, Midden-Nederland, Zeeland-West-Brabant en Rotterdam faillissementsfraudespreekuren plaats.⁹⁸ De fraudespreekuren onder leiding van een rechter-commissaris zijn bedoeld om informatie uit te wisselen tussen De Belastingdienst, het UWV, de FIOD, de regionale politie, een ervaren curator en een fraude Officier van Justitie en eventueel tot een gezamenlijke aanpak te komen. Op het fraudespreekuur kunnen curatoren terecht met vragen omtrent een vermoeden van faillissementsfraude.⁹⁹ Ter invulling van die samenwerking stelt de MvT voor om meldingen en aangiften verder te standaardiseren.¹⁰⁰ De bestrijding van faillissementsfraude vereist een integrale aanpak, waarbij privaatrechtelijke en publiekrechtelijke krachten worden gebundeld.¹⁰¹ Maar niet onbegrensd: de Hoge Raad benadrukt immers dat bij het overdragen van informatie nadrukkelijk dient te worden stilgestaan bij het *nemo tenetur*-beginsel.¹⁰²

4.8 Tussenconclusie

Tot slot beschikt de rechter-commissaris over een uitgebreid instrumentarium waarmee hij ver kan ingrijpen in het verloop van het faillissement. Het gaat om de instrumenten om machtigingen te verlenen, een faillissementsverhoor en deskundigenonderzoek te bevelen en een inbewaringstelling van gefailleerde voor te dragen. Bij de inzet van zijn instrumentarium is de rechter-commissaris

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 14.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 15.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 6.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34253, nr. 6.

⁹⁹ Hilverda, *NJB* 2016/99, p. 5.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 6.

¹⁰¹ Hilverda, *NJB* 2016/99, p. 3.

¹⁰² Reddingius, *TBS&H* 2014/1, p. 5; HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161.

deels afhankelijk van de informatievoorziening van de curator. De wetgever heeft met de Wet versterking positie curator beoogt om faillissementsfraude aan te pakken door een fraudesignalerende rol aan de curator toe te kennen. De belangrijkste wijziging die de wet voor de rechter-commissaris met zich meebrengt, is de expliciete overweging uit art. 68 lid 2 sub c Fw. Bij onregelmatigheden moet ook de rechter-commissaris overwegen of melding of aangifte van faillissementsfraude nodig is.

Concluderend dient de rechter-commissaris in het licht van de Wet versterking positie curator zijn instrumentarium niet alleen in te zetten bij zijn oorspronkelijke toezichhoudende taak, maar ook bij het signaleren van faillissementsfraude. Daarbij dient hij de grenzen van het *nemo tenetur*-beginsel in de gaten te houden. In het geval van onenigheid tussen de rechter-commissaris en de curator kent de Faillissementswet alleen de mogelijkheid om de curator te ontslaan. Er zijn naast het reeds bestaande instrumentarium van de rechter-commissaris onder de Wet versterking positie curator geen nieuwe instrumenten geïntroduceerd om fraudesignalering te bevorderen. Rechtbanken proberen daarom de fraudesignalering een impuls te geven met het organiseren van fraudesprekken. Het door de wetgever beoogde doel wordt dus mogelijk niet bereikt. Wellicht wordt het tijd om de Faillissementswet te herzien om de opdracht aan de rechter-commissaris ook daadwerkelijk tanden te geven.

5. KWALITATIEF ONDERZOEK NAAR PROBLEMEN VAN DE RECHTER-COMMISSARIS BIJ SIGNALERING VAN FAILLISSEMENTSFRAUDE

Voorgaande hoofdstukken geven een indicatie van de omvang van faillissementsfraude en wijzen erop dat faillissementsfraude een aanzienlijk maatschappelijk probleem vormt. Ook na de introductie van de Wet versterking positie curator. De rechter-commissaris dient toe te zien op de fraudesignalerende rol van de curator en bij onregelmatigheden zelf te overwegen of een melding van faillissementsfraude in de rede ligt. Daarbij beschikt de rechter-commissaris over verregaande bevoegdheden in faillissement. Voldoet het instrumentarium van de rechter-commissaris bij het toezichthouden op fraudesignalerende taak van de curator? In dit hoofdstuk worden de problemen die drie rechter-commissarissen van de rechtbank Den Haag ervaren aan de hand van een vragenlijst geanalyseerd.

5.1 Onderzoeksopzet

Om een beeld te krijgen van de problemen die rechter-commissarissen ervaren bij (het toezichthouden op) het signaleren van faillissementsfraude is een kwalitatief onderzoek uitgevoerd. Er zijn een tiental vragen aan drie rechter-commissarissen van het team Insolventie van de rechtbank Den Haag voorgelegd. Daarbij moet worden opgemerkt dat het onderzoek zich beperkt tot de rechtbank van één arrondissement en tot drie van de vijf rechter-commissarissen van het team Insolventie bij de rechtbank Den Haag. De geconstateerde problemen kunnen daarom niet tot alle rechter-commissarissen generaliseerd worden.

5.1.1 Vragenlijst

In de vragenlijst is de mogelijkheid geboden om de vraag met ja of nee te beantwoorden en dit antwoord toe te lichten. Vervolgens is een tweedeling gemaakt tussen de vragen die hetzelfde zijn beantwoord (overeenstemming) en vragen waar verschillend op is geantwoord (geen overeenstemming). Hieronder volgt een korte bespreking van de tien vragen die aan de rechter-commissarissen zijn voorgelegd:

Vragenlijst

1. Het begrip faillissementsfraude is een duidelijk werkbaar begrip?

Uit het literatuur- en jurisprudentie onderzoek naar het begrip faillissementsfraude in hoofdstuk 1 blijkt dat faillissementsfraude een ruim begrip omvat waar meerdere gedragingen onder vallen. De vraag is of de rechter-commissarissen met het ruime begrip kunnen werken.

2. Het is duidelijk wanneer een melding dient te worden gedaan bij het fraudemeldpunt?

Het Centraal Fraudemeldpunt is een meldpunt opgericht door de FIOD waar de curator aan de hand van een meldingsformulier faillissementsfraude kan melden.¹⁰³ Uit hoofdstuk 4 blijkt dat zowel de curator, als de rechter-commissaris bij gesignaleerde

¹⁰³ Zie [FIOD.nl](https://www.fiod.nl) voor het meldingsformulier.

onregelmatigheden moet overwegen of een melding vereist is.¹⁰⁴ De vraag is of de rechter-commissarissen duidelijk voor ogen hebben wanneer een melding dient te worden gedaan.

3. Alleen de curator doet melding bij het fraudemeldpunt?

Zoals in hoofdstuk 4 besproken ligt het primaat om melding te maken of aangifte te doen bij de curator. Betekent dit dat de rechter-commissaris geen meldingsbevoegdheid heeft?

4. Wanneer de curator bij geconstateerde faillissementsfraude geen melding doet, dringt de rechter-commissaris aan op het doen van een melding?

Deze vraag wijst op de toezichhoudende taak van de rechter-commissaris op de fraudesignalerende rol van de curator. Aan de rechter-commissarissen is gevraagd of zij in de praktijk aandringen op het doen van een fraudemelding, wanneer zij menen dat een melding vereist is.

5. Het gevoel bestaat bij rechter-commissarissen dat er in de meerderheid van de faillissementen fraude wordt gepleegd?

Uit hoofdstuk 2 blijkt een indicatie van een aanzienlijke omvang van faillissementsfraude. Met deze vraag wordt uitgezocht hoe de rechter-commissarissen dit mogelijke probleem ervaren.

6. Er is voldoende kennis over faillissementsfraude bij de betrokken opsporingsinstanties?

In verschillende wetenschappelijke artikelen wordt gesteld dat bij curatoren het gevoel heerst dat de fraudemeldingen niet worden opgevolgd.¹⁰⁵ Aan de rechter-commissarissen is de vraag gesteld hoe zij die opvolging ervaren en of er gebrek aan kennis bij de opsporingsinstanties bestaat.

7. De taak van de rechter-commissaris bij het oorzakenonderzoek van de curator is duidelijk?

De curator is sinds de invoering van de Wet versterking positie curator wettelijk verplicht om een oorzakenonderzoek uit te voeren naar onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, het boedeltekort hebben vergroot of de vereffening van de boedel bemoeilijken.¹⁰⁶ Aan de rechter-commissarissen is gevraagd of zij op dit onderdeel van de fraudesignalerende taak van de curator kunnen toezien.

8. De rechter-commissaris beschikt over voldoende bevoegdheden om bij te dragen aan de bestrijding van faillissementsfraude?

Met deze vraag is onderzocht hoe de rechter-commissarissen hun instrumentarium in het licht van de Wet versterking positie curator beoordelen.

9. De curator is afhankelijk van de rechter-commissaris bij het aanpakken van faillissementsfraude?

De kerntaak van de rechter-commissaris is het toezichhouden op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator.¹⁰⁷ In hoofdstuk 4 is besproken dat de rechter-commissaris hier verregaande instrumenten voor heeft. Met deze vraag is onderzocht hoe de rechter-commissaris kijkt naar de relatie tussen de curator en de rechter-commissaris bij het aanpakken van faillissementsfraude.

¹⁰⁴ Art. 68 lid 2 sub c Fw.

¹⁰⁵ Zie o.a. Pool, Pluut & Vriesendorp, *RdW* 2021/42.

¹⁰⁶ Het oorzakenonderzoek ex art. 68 lid 2 sub a Fw wordt ook wel onregelmatighedenonderzoek of rechtmatigheidsonderzoek genoemd.

¹⁰⁷ Art. 64 jo 68 lid 1 Fw.

10. Het gevoel bestaat bij rechter-commissarissen dat een fraudemelding onvoldoende wordt opgepakt door de opsporingsinstanties?

In aanvulling op vraag 6 is aan de rechter-commissarissen gevraagd of gesignaleerde fraude ook daadwerkelijk opgepakt wordt door de opsporingsinstanties.

5.2 Resultaten

Uit een analyse van de vragenlijsten komen drie hoofdproblemen naar voren (zie figuur 4).¹⁰⁸ Ten eerste is het niet duidelijk wanneer een melding van faillissementsfraude dient te worden gedaan. Ten tweede bestaat er onvrede over het gebrek aan kennis bij de betrokken opsporingsinstanties. Ten derde is de taakopvatting en het instrumentarium van de rechter-commissaris bij faillissementsfraudebestrijding begrensd.

| Vragen | R-C 1 | R-C 2 | R-C 3 | Analyse |
|----------|-------|-------|-------|----------------------|
| Vraag 1 | Nee | Ja | Ja | Geen overeenstemming |
| Vraag 2 | Nee | Ja | Nee | Geen overeenstemming |
| Vraag 3 | Ja | Ja | Ja | Overeenstemming |
| Vraag 4 | Ja | Ja | Ja | Overeenstemming |
| Vraag 5 | Nee | Nee | Nee | Overeenstemming |
| Vraag 6 | Nee | Nee | Nee | Overeenstemming |
| Vraag 7 | Ja | Ja | Nee | Geen overeenstemming |
| Vraag 8 | Nee | Nee | Nee | Overeenstemming |
| Vraag 9 | Nee | Nee | Nee | Overeenstemming |
| Vraag 10 | Ja | Ja | Ja | Overeenstemming |

Figuur 4 Resultaten vragenlijst

5.2.1 Fraudemelding

Indien de curator of rechter-commissaris faillissementsfraude signaleert, kan de curator ex art. 68 lid 2 sub c Fw een fraudemelding doen bij het Centraal Fraude meldpunt (CMF). Het CMF is een tijdelijk meldpunt opgericht door de FIOD om meldingen van faillissementsfraude te registreren en aan te pakken. De meldingen gaan langs een weegploeg die de melding afhankelijk van de hoogte van de benadeling van schuldeisers doorzet naar de lokale politie of naar de FIOD.¹⁰⁹ Maar wanneer bestaat de plicht om een melding van faillissementsfraude bij het meldpunt te maken?

Over vraag 2 bestaat geen overeenstemming tussen de rechter-commissarissen. Twee rechter-commissarissen vinden het onduidelijk wanneer een melding moet worden gedaan.

¹⁰⁸ De geanonimiseerde onderzoeksgegevens zijn op te vragen via carlijn.vd.hek@outlook.com.

¹⁰⁹ Reddingius, *TBS&H* 2014/1, p. 6.

“De wet schrijft voor dat de curator melding doet als de curator of de rechter-commissaris dat nodig acht. Daar kan je dus als curator (en als rechter-commissaris) alle kanten mee op. Altijd bij iedere vorm van fraude, nooit en alles ertussenin.”

“Regelmatig moet ik curatoren erop melden dat omtrent bepaalde zaken een meldplicht bestaat.”

De onduidelijkheid lijkt samen te hangen met de onduidelijkheid over het begrip faillissementsfraude uit vraag 1.

“Onder het begrip faillissementsfraude valt véél meer dan je op het eerste gezicht zou denken. De naam fraude doet vermoeden dat je gefraudeerd moet hebben, maar dat is niet altijd het geval. Het niet voeren van een administratie en/of het niet bewaren van de administratie valt namelijk ook onder het begrip faillissementsfraude. Datzelfde geldt voor het niet/ niet juist doen van de aangifteplicht die jegens de belastingdienst bestaat. Ook de schending van de faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht valt hieronder, terwijl je daar als curator mogelijk niet op bedacht bent.”

Daarentegen vindt een andere rechter-commissaris het begrip faillissementsfraude voldoende duidelijk om mee te werken.

“Hoewel er veel verschijningsvormen bestaan van fraude die onder de term faillissementsfraude kunnen worden gebracht – en in die zin sprake is van een containerbegrip – is het begrip op zichzelf voldoende duidelijk.”

5.2.2 Kennis bij opsporingsinstanties

Naast de onduidelijkheid omtrent de fraudemeldingsplicht menen de rechter-commissarissen dat niet alle opsporingsinstanties over voldoende kennis beschikken. Zoals in hoofdstuk 2 beschreven wordt complexe faillissementsfraude naar de FIOD doorgestuurd en eenvoudige faillissementsfraude door de regionale politie aangepakt. De politie zou over voldoende financiële (basis)kennis moeten beschikken om eenvoudige faillissementsfraudezaken aan te pakken.¹¹⁰

De rechter-commissarissen zijn het bij vraag 6 met elkaar eens dat er bij sommige opsporingsinstanties kennis over faillissementsfraude ontbreekt. Zij wijzen vooral op het gebrek aan capaciteit en prioriteit bij de politie.

“Uit informatie van het OM blijkt dat de opsporing en vervolging van faillissementsfraude voor de politie lastig is. Dit komt door het ontbreken van onvoldoende gekwalificeerd personeel en prioritering van werkzaamheden en capaciteit bij de politie. Ander zaken worden urgenter gevonden.”

¹¹⁰ Timmer, *TvdP* 2018/4, p. 33.

“Het krijgt niet voldoende prioriteit binnen het domein van financiële criminaliteit. Dat maakt dat er weinig omloopsnelheid bestaat en beperkte expertise wordt opgedaan.”

“Bij de FIOD is, dat ligt voor de hand, uitstekende kennis aanwezig. Dat is anders voor de politie. Behalve dat het daar aan capaciteit ontbreekt, geldt dat ook voor kennis over dit onderwerp.”

Het tekort aan capaciteit en prioriteit bij de opsporingsinstanties leidt volgens de rechter-commissarissen bij vraag 10 tot het idee dat faillissementsfraude onvoldoende wordt opgepakt.

“Bij de opsporingsinstanties (zowel FIOD als politie) is onvoldoende capaciteit om faillissementsfraude consequent op te pakken. Bij de FIOD gebeurt er nog wel wat als de fraude meer dan € 100k beloopt, maar bij de politie gebeurt er mijns inziens nagenoeg niets.”

5.2.3 Taakopvatting en instrumentarium van de rechter-commissaris

Ten slotte worden de vragen met betrekking tot de taakopvatting en het instrumentarium van de rechter-commissaris verschillend beantwoord door de rechter-commissarissen. De kerntaak van de rechter-commissaris staat omschreven in art. 64 Fw: het houden van toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Over het algemeen vinden de ondervraagde rechter-commissarissen deze rol duidelijk. Een rechter-commissaris omschrijft zijn rol als:

“Sturend, toezichthoudend en anticiperend.”

Desalniettemin wordt met betrekking tot het oorzakenonderzoek van de curator onduidelijkheden opgemerkt. Tijdens het oorzakenonderzoek onderzoekt de curator of onregelmatigheden zich hebben voorgedaan die het faillissement mogelijk hebben veroorzaakt.¹¹¹

“Probleem hier is dat niet is uitgekristalliseerd wat er precies van de curator wordt verwacht ten aanzien van het oorzakenonderzoek (...). Aangezien dit voor een curator niet zonder meer klip en klaar is, is het toezicht daarop dat ook niet.”

“Op de inhoud en kwaliteit van de melding heb ik weinig tot geen zicht. De vraag is of dit nodig is, omdat je van een goed curator mag verwachten dat hij ook deze taak zorgvuldig afhandelt.”

Het instrumentarium dat tot de beschikking van de rechter-commissarissen staat is daarbij niet altijd voldoende volgens de antwoorden op vraag 8.

“Bij fraude tijdens faillissement kan een rechter-commissaris iemand voordragen voor inbewaringstelling, maar daar houdt het voor de rechter-commissaris op.”

¹¹¹ Art. 68 lid 2 sub a Fw.

“De bevoegdheden van de RC zijn op zichzelf voldoende ruim bemeten in de Faillissementswet. De rol van de rechter-commissaris in relatie tot fraude kan wel verder worden ontwikkeld.”

“Ik heb hierin géén zelfstandige bevoegdheid, anders dan dat ik de curator kan opdragen om een melding te doen.”

5.3 Tussenconclusie

De antwoorden van de rechter-commissarissen laten zien dat zij in het licht van de Wet versterking positie curator toezien op de fraudesignalerende rol van de curator en bij gesignaleerde onregelmatigheden ook zelf bezien of een melding van faillissementsfraude nodig wordt geacht. De ondervraagde rechter-commissarissen ondervinden daarbij problemen waarin de wetgever niet heeft voorzien.

De Wet versterking positie curator bepaalt ten eerste niet wanneer een fraudemelding vereist is. Aangezien de meldingsplicht van de curator niet helde geformuleerd is, is het toezicht van de rechter-commissaris daarop ook niet duidelijk. Indien de rechter-commissaris een melding noodzakelijk vindt kan hij de curator hier alleen op aansturen. De rechter-commissaris beschikt niet over instrumenten om deze melding daadwerkelijk af te dwingen. Het is uiteindelijk aan de curator om de faillissementsfraude bij het fraudemeldpunt te melden.

Ten tweede heerst het gevoel dat opsporingsinstanties over onvoldoende kennis ten aanzien van faillissementsfraude beschikken en dat faillissementsfraudemeldingen niet worden opgepakt. Er wordt opgemerkt dat faillissementsfraudezaken weinig prioriteit krijgen. Dit kan een reden vormen voor de beperkte kennis bij opsporingsinstanties.

Tot slot vinden de rechter-commissarissen hun rol in faillissement over het algemeen helder geformuleerd. Bij fraudesignalering bestaat er echter onduidelijkheid over de invulling van de taak. Instrumenten om op te treden tegen fraude en toe te zien op de fraudesignalerende rol van de curator zijn beperkt. De Wet versterking positie curator behoeft daarom verduidelijking ten aanzien van de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris in het geval van faillissementsfraude.

6. HET BEVORDEREN VAN FAILLISSEMENTSFRAUDESIGNALERING DOOR DE RECHTER-COMMISSARIS

Het beoogde doel van de wetgever lijkt met de Wet versterking positie curator niet te zijn bereikt. Faillissementsfraude vormt nog steeds een aanzienlijk probleem en rechter-commissarissen ervaren problemen bij (het toezichthouden op) het signaleren van faillissementsfraude. De hoofdproblemen zien op de meldingsplicht van curator, het gebrek aan kennis bij opsporingsinstanties en de taakopvatting en instrumentarium van de rechter-commissaris bij fraudesignalering. In dit hoofdstuk worden mogelijke oplossingen voor de problemen onderzocht teneinde een effectieve signalering van faillissementsfraude te bevorderen.

6.1 Fraudemelding

Ten eerste blijkt uit het kwalitatieve onderzoek in hoofdstuk 5 dat de wet niet duidelijk maakt wanneer de curator een melding van faillissementsfraude dient te maken. Art. 68 lid 2 sub c Fw laat de afweging om een melding te doen over aan de curator en rechter-commissaris. Aangezien in de wet niet expliciet is neergelegd wanneer een melding gedaan moet worden, is het toezicht van de rechter-commissaris hierop ook niet duidelijk.

De rechter-commissaris kan de curator aansturen tot het doen van een melding, indien de gerapporteerde onregelmatigheden qua aard en omvang dermate ernstig zijn bevonden en de rechter-commissaris van mening is dat melding of aangifte geboden is.¹¹² Maar het is uiteindelijk aan de curator om daadwerkelijk de melding te doen. Onder de Wet versterking positie curator ligt immers het primaat om melding of aangifte van faillissementsfraude te doen bij de curator.¹¹³ In het geval dat de curator nalaat om te voldoen aan het bevel om een melding te maken of aangifte te doen, kan de rechter-commissaris als ultimum remedium de rechtbank verzoeken om de curator te ontslaan ex art. 73 Fw.¹¹⁴ Het ontslaan van de curator is een uiterst middel in het geval dat de curator zijn taak onbehoorlijk vervult.¹¹⁵ Ook hier ontstaat de vraag wanneer sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door de curator ten aanzien van de meldingsplicht uit de Wet versterking positie curator.

6.1.1 Aanpassing artikel 68 lid 2 sub c Fw

Een mogelijke oplossing vormt een herziening van art. 68 lid 2 sub c Fw met een verwijzing naar het Wetboek van Strafrecht. In hoofdstuk 1 is het strafrechtelijk kader besproken, deze artikelen geven de varianten van faillissementsfraude weer. Met een verwijzing naar Titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht, benadeling van schuldeisers of rechthebbenden, wordt aangegeven in

¹¹² *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 6.

¹¹³ Rensen 2017; *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 13.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 14.

¹¹⁵ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou).

welke gevallen een meldingsplicht van faillissementsfraude bestaat. Het artikel zal dan als volgt eruit moeten komen te zien:

Artikel 68 Fw

2. De curator:

c. doet, bij overtreding van titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.

6.1.2 Uitbreiding meldplicht

Een andere oplossing om de onduidelijkheid voor de rechter-commissaris omtrent de meldplicht van de curator weg te nemen, is het uitbreiden van de meldingsbevoegdheid tot de rechter-commissaris. Niet alleen de curator, maar ook de rechter-commissaris kan op die manier een melding van faillissementsfraude maken. De rechter-commissaris staat met de toezichhoudende taak verder van de boedel af. Daarom zou de rechter-commissaris beter in staat kunnen zijn om maatschappelijke belangen tegen de belangen van schuldeisers af te wegen. Dit vormt geen doorkruising van zijn rechterlijke taak. De rechter-commissaris beziet namelijk al of een fraudemelding nodig is. Ook staat tegen de beslissing van de curator om al dan niet een melding of aangifte van faillissementsfraude te doen geen beroep open bij de rechter-commissaris. Bovendien kan eenieder die kennis heeft van een strafbaar feit aangifte doen op grond van art. 161 uit het Wetboek van Strafvordering (Sv). Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat niet alleen de curator, maar ook de rechter-commissaris bevoegd is tot het doen van melding of zelfs aangifte van faillissementsfraude indien hij bekend is met een strafbaar feit. Desalniettemin zal een actieve rol van de rechter-commissaris bij het melden van faillissementsfraude via art. 161 Sv op gespannen voet staan met zijn toezichhoudende taak in faillissement en het *nemo tenetur*-beginsel. Een uitbreiding van de meldplicht in de Faillissementswet zal de volgende wijziging van art. 68 lid 2 sub c Fw vereisen:

Artikel 68 Fw

2. De curator of de rechter-commissaris:

c. doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.

6.2 Kennis bij opsporingsinstanties

Ten tweede volgt uit de antwoorden uit hoofdstuk 5 dat de rechter-commissarissen weinig vertrouwen in de betrokken opsporingsinstanties hebben. Verschillende opsporingsinstanties zoals de FIOD, OM en politie houden zich bezig met de opsporing van faillissementsfraude. Of er daadwerkelijk gebrek aan kennis bestaand kan niet met het beperkte kwalitatieve onderzoek worden aangetoond. Daarentegen bemoedigt de MvT bij de Wet versterking positie curator een samenwerking tussen curator, rechter-commissaris en Openbaar Ministerie.¹¹⁶

6.2.1 Samenwerking

Uit een Haagse Pilot blijkt dat samenwerking tussen verschillende instanties tot meer opsporing van zowel complexe, als ook eenvoudige faillissementsfraudezaken kan leiden.¹¹⁷ Een mogelijke oplossing om de kennis rondom faillissementsfraude te vergroten is het uitbreiden van de initiatieven die rechter-commissarissen met de rechtbank en opsporingsinstanties opzetten. Nu vindt een fraudespreekuur vaak maar vier keer per jaar plaats.¹¹⁸ Deze spreekuren zouden op een frequentere basis kunnen worden georganiseerd. Waarbij rechter-commissarissen curatoren bij een vermoeden van faillissementsfraude erop wijzen om het fraudespreekuur bij te wonen.

Bovendien zou tussen de verschillende rechtbanken eenzelfde aanpak van faillissementsfraude kunnen worden overeengekomen. Om zodoende in overeenstemming met de MvT meldingen en aangiften te standaardiseren.¹¹⁹ Een standaardisering kan leiden tot effectieve signalering van veelplegers en beroepsfraudeurs. Desalniettemin, blijkt uit de MvT niet hoe deze standaardisering eruit moet zien. Beroepsfraudeurs spelen nu handig in op de zwakte van de samenwerking tussen de verschillende handhavingpartners.¹²⁰ De inzet van risicoprofielen en efficiënte gegevensuitwisseling tussen diensten zou meer mogelijkheden kunnen opleveren om vroegtijdig in te kunnen grijpen bij gevallen van fraude, waarbij vanzelfsprekend de wettelijke kaders ter bescherming van persoonsgegevens gelden.¹²¹

6.3 Taakopvatting en instrumentarium van de rechter-commissaris

Ten derde blijkt dat de ondervraagde rechter-commissaris om meer specificering van hun taak in het kader van faillissementsfraudesignalering vragen. De rechter-commissaris beschikt over een ingrijpend instrumentarium, maar bij gesignaleerde faillissementsfraude is er beperkte mogelijkheid om die instrumenten in te zetten. De rechter-commissaris kan de curator slechts aanzetten tot het doen van een fraudemelding. Dit probleem vraagt om oplossingen om de werkwijze van rechter-commissarissen in geval van faillissementsfraude te verduidelijken.

¹¹⁶ *Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3, p. 6.*

¹¹⁷ Reddingius, *TBS&H 2014/1*.

¹¹⁸ Reddingius, *TBS&H 2014/1, p. 6.*

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3, p. 6.*

¹²⁰ *Rapport Ecorys 2021, p. 12.*

¹²¹ *Kamerstukken II 2014/2015, 17050, nr. 450, p. 5.*

6.3.1 Professionele standaarden Rechtspraak

De Recofa-richtlijn en INSOLAD praktijkregels vereisen van curatoren een zekere kennis en ervaring.¹²² Sinds de jaren '90 wordt afronding van een specialisatiecursus voor het curatorschap verlangd.¹²³ Ondanks dat deze taak niet in de Faillissementswet staat, ziet de rechter-commissaris in de praktijk ook toe op het functioneren van de curator en zijn kantoorgenoten, zijn kantoororganisatie of zijn opleidingsniveau.¹²⁴ Om de professionaliteit van rechter-commissarissen te behouden zouden soortgelijke eisen in zekere mate ook voor de rechter-commissarissen moeten gelden. In de Recofa-richtlijn wordt echter niks vermeld over de kennis en ervaring van de rechter-commissaris in zijn toezichhoudende rol. Enkele curatoren zijn zelfs van mening dat de opgebouwde kennis en ervaring van rechter-commissarissen snel verdwijnen door het roulatiebeleid bij de rechtbank.¹²⁵ Het toezicht op curatoren wenst van rechter-commissarissen dat zij beschikken over voldoende opleiding, ervaring en tijd.¹²⁶

Om onduidelijkheid rond de toezichhoudende rol van de rechter-commissaris bij fraudesignalering door de curator op te helderen zou de rechtspraak Professionele Standaarden kunnen publiceren. Rechter-commissarissen kunnen hierin aangeven hoe zij hun verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het rechterlijk handelen gezamenlijk invullen en welke deskundigheid van een rechter-commissaris wordt verwacht. De vereiste kennis en deskundigheid geven gewicht aan de instructie van de rechter-commissaris aan de curator om een faillissementsfraude te melden. Dergelijke kwaliteitsnormen vormen in het bestuursrecht, belastingrecht en strafrecht al jaren een gangbare praktijk.¹²⁷ Bij rechter-commissarissen is dit misschien wel belangrijker dan bij 'gewone' rechters, zij vervullen immers een dubbelrol.¹²⁸

6.3.2 Preventief toezicht

Een andere ontwikkeling zou kunnen zijn dat de rechter-commissaris preventief toezicht gaat houden op de werkzaamheden van de curator. De curator heeft nu een ruime beleidsvrijheid ten aanzien van de wijze waarop hij het oorzakenonderzoek uitvoert. Indien de curator zijn oorzakenonderzoek nog niet heeft afgerond volstaat de melding in de publieke verslaglegging dat het één en ander nog 'in onderzoek' is. Het is daarom niet uitgesloten dat de rechter-commissaris pas betrokken raakt, wanneer het onderzoek reeds is afgerond en de curator het voornemen heeft een procedure te starten.¹²⁹

¹²² Zie o.a. art. 6.4 Recofa en art. 1.1 en 4.3 INSOLAD.

¹²³ Bentfort van Valkeburg & Van de Wiel, *MvV* 2020, p. 268.

¹²⁴ Neijt 2013, p. 79.

¹²⁵ Hollemans & van Dijck, *Tv* 2020/10, p. 7.

¹²⁶ Schreurs, *Tv* 2018/26, p. 162.

¹²⁷ Zie [Rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl).

¹²⁸ Schreurs, *Tv* 2018/26, p. 162.

¹²⁹ Van de Klundert, *TvC* 2019, p. 133-134.

Bij preventief toezicht door de rechter-commissaris zou de curator een plan van aanpak bij de rechter-commissaris moeten indienen, alvorens te kunnen starten met het oorzakenonderzoek.¹³⁰ Daarin motiveert de curator hoe het oorzakenonderzoek eruit gaat zien of waarom het beperkt blijft tot een prima facie onderzoek.¹³¹ Met het opstellen van een plan van aanpak kan de curator efficiënter aan de slag gaan, omdat de curator vooraf rekenschap geeft voor de verwachte tijdsplanning en kosten.¹³² Een uitbreiding van de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris bij het oorzakenonderzoek valt te rechtvaardigen krachtens het argument dat de curator niet een geheel onafhankelijke onderzoeker is. De curator is gehouden aan de beginselen van behoorlijk onderzoek, maar heeft een financieel belang bij het oorzakenonderzoek. Zijn salaris wordt immers uit de faillissementsboedel betaald.¹³³

6.4 Tussenconclusie

Met de komst van de Wet versterking positie curator is het signaleren van faillissementsfraude hoger op de prioriteitenlijst komen te staan. Hierdoor is er ruimte voor de rechter-commissaris om zijn toezichthoudende taak op het signaleren van fraude door de curator actiever te gebruiken. Mijns inziens heeft de wetgever met invoering van art. 68 lid 2 sub c Fw de rechter-commissaris daartoe opdracht gegeven. Concluderend dient, de rechter-commissaris de curator aan te sturen tot het doen van een melding, indien de gerapporteerde onregelmatigheden qua aard en omvang dermate ernstig zijn bevonden en de rechter-commissaris van mening is dat melding of aangifte geboden is.¹³⁴

Desalniettemin wordt deze opdracht niet met aanvullende instrumenten uit de Wet versterking positie curator ondersteund. In dit hoofdstuk zijn verschillende oplossingen voorgesteld voor de problemen die rechter-commissarissen kunnen ervaren bij het toezien op de signalering van faillissementsfraude. De oplossingen zien op de herziening van art. 68 lid 2 sub c Fw, het intensiever samenwerken tussen de opsporingsinstanties en het verduidelijken van de werkwijze van de rechter-commissaris teneinde het signaleren van fraude te bevorderen.

¹³⁰ Hermans 2019, p. 175.

¹³¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 13.

¹³² Hox, *Tvl* 2018/42, p. 5/6.

¹³³ Hox, *Tvl* 2018/42, p. 5.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 6.

7. CONCLUSIE

7.1 Centrale onderzoeksvraag

De wetgever is met de invoering van de Wet versterking positie curator een serieuze strijd met faillissementsfraude aangegaan. De Wet versterking positie curator heeft als doel om samen met de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude bij te dragen aan de bestrijding van faillissementsfraude.¹³⁵ Als gevolg van de Wet versterking positie curator zijn er onduidelijkheden ontstaan met betrekking tot het toezicht van de rechter-commissaris op de signalering van faillissementsfraude. Om die onduidelijkheden op te helderen, is aan de hand van deelvragen onderzocht hoe de rechter-commissaris zijn toezichhoudende rol omtrent faillissementsfraudesignalering dient in te vullen om op die manier de centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden:

Hoe kan de rechter-commissaris een effectieve signalering van faillissementsfraude in het licht van de Wet versterking positie curator bevorderen?

7.2 Faillissementsfraude

Allereerst vormt faillissementsfraude een containerbegrip waar zowel civielrechtelijke als strafrechtelijke normen onder vallen. Na een analyse van de literatuur, kamerstukken, onderzoeksrapporten en wet is een definitie van faillissementsfraude geformuleerd.

Faillissementsfraude is: *het doen of nalaten van een voorwaardelijk opzettelijke gedraging in strijd met het recht, voorafgaand aan of tijdens het faillissement, die een culpoze of opzettelijke benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheid tot gevolg kan hebben.* Hierbij geldt een uitzondering op het opzetvereiste voor het doen van buitensporige uitgaven in de zin van art. 340 en 342 Sr.

Met de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude zijn de civielrechtelijke normen uit de Faillissementswet gesanctioneerd in het Wetboek van Strafrecht. Uit deze strafartikelen blijkt dat faillissementsfraude in verschillende vormen kan voorkomen, zoals het niet voldoen aan de administratie- en inlichtingenplicht en het onttrekken van activa aan de faillissementsboedel. Bovenstaande plichten beogen de gefailleerde mee te laten werken aan een goede afwikkeling van het faillissement.

Desondanks zijn er indicaties dat faillissementsfraude, ook na inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator, nog veel voorkomt. Het kwantitatieve onderzoek bij de rechtbank Den Haag duidt op een fraudepercentage van 21,25 procent, waarvan niet altijd een fraudemelding door de curator wordt gemaakt. Dit is een aanzienlijk percentage van gepleegde faillissementsfraude dat wijst op een maatschappelijk probleem. Met die indicatie lijkt het

¹³⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3, p 2.

beoogde doel van de wetgever niet bereikt. Om de precieze omvang van faillissementsfraude vast te stellen is verder onderzoek vereist, maar de indicatie maakt duidelijk dat de strijd met faillissementsfraude nog niet gestreden is.

7.3 Het instrumentarium van de rechter-commissaris

Vervolgens is in dit onderzoek onderzocht hoe de rechter-commissaris een rol speelt en kan spelen bij het signaleren van faillissementsfraude. De kerntaak van de rechter-commissaris is het houden van toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Samengevat ziet de rechter-commissaris toe of de curator zich houdt aan de grenzen van de wet, of hij handelt in het belang van de boedel en zijn taak behoorlijk vervult.¹³⁶ Daarbij staat de rechter-commissaris een ingrijpend instrumentarium ter beschikking.

Bij het verlenen van machtigingen aan de curator speelt de rechter-commissaris een rol op de achtergrond. Toch kan de rechter-commissaris met deze bevoegdheid sturen in de daden van beheer en vereffening door de curator. Indien gefailleerde niet voldoet aan zijn inlichtingenplicht en/of administratieplicht treedt de rechter-commissaris steeds meer op de voorgrond. Om een zo volledig mogelijk beeld van het faillissement te krijgen, kan de rechter-commissaris een onderzoek door deskundigen instellen of een faillissementsverhoor bevelen. Uiteindelijk kan de rechter-commissaris gefailleerde zelfs voordragen tot inbewaringstelling door de rechtbank.

De Wet versterking positie curator heeft de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris ingekleurd met art. 68 lid 2 sub c Fw. De curator dient de rechter-commissaris vertrouwelijk te informeren over gesignaleerde onregelmatigheden. Vervolgens dient ook de rechter-commissaris te beoordelen of een melding of aangifte van faillissementsfraude nodig is. De rechter-commissaris heeft onder dit artikel mijns inziens expliciet de opdracht gekregen om actief toezicht te houden op het signaleren van faillissementsfraude. Het instrumentarium van de rechter-commissaris is echter niet in de Wet versterking positie curator uitgebreid, waardoor problemen met het uitvoeren van de opdracht kunnen ontstaan.

Bovendien moet bij de inzet van het ingrijpende instrumentarium van de rechter-commissaris een kanttekening worden geplaatst. Een actief optreden bij het signaleren van faillissementsfraude kan een spanningsveld met het *nemo tenetur*-beginsel opleveren. In beginsel staat het instrumentarium van de rechter-commissaris ter beschikking aan zijn toezichthoudende taak op het beheer en de vereffening van de boedel. Het instrumentarium onder de Faillissementswet dient dan ook geen strafvorderlijk doel. Het is echter onduidelijk of bij een concreet vermoeden van faillissementsfraude het *nemo tenetur*-beginsel geactiveerd kan worden. Met het oog op de dubbelrol van de rechter-commissaris is enige voorzichtigheid geboden. Aanvullend onderzoek

¹³⁶ Van der Feltz & Hummelen 2016, p. 2.

naar het *nemo tenetur*-beginsel in de context van faillissementsfraudesignalering zal deze kanttekening moeten verduidelijken.

7.4 Problemen bij toezicht

Aangezien er onduidelijkheden bestaan ten aanzien van de toezichhoudende taak van de rechter-commissaris bij het signaleren van faillissementsfraude door de curator, ervaren de ondervraagde rechter-commissarissen bij de rechtbank Den Haag een drietal problemen.

Allereerst is het onduidelijk wanneer een meldingsplicht van faillissementsfraude voor de curator bestaat. Deze onduidelijkheid hangt samen met het ontbreken van een definitie van faillissementsfraude in de Wet versterking positie curator. Er kan onenigheid tussen de rechter-commissaris en curator ontstaan over de vraag of een melding van de gesignaleerde onregelmatigheden noodzakelijk is. De rechter-commissaris beschikt vervolgens niet over instrumenten om een melding van de curator af te dwingen. Ook geven de ondervraagde rechter-commissarissen aan dat het doen van een faillissementsfraudemelding uiteindelijk aan de curator is. Bovendien staat er tegen de keuze van curator om al dan niet een fraudemelding te doen geen beroep bij de rechter-commissaris open. De rechter-commissaris kan zodoende fouten bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator niet herstellen of voorkomen.¹³⁷ De MvT wijst ten slotte op de mogelijkheid om de curator te ontslaan. Naar mijn mening kan de vereiste onbehoorlijke taakvervulling van de curator niet snel worden aangetoond, omdat er niet is bepaald wanneer de curator de plicht tot faillissementsfraudemelding verzuimt.

Daarnaast heerst het gevoel dat bij opsporingsinstanties de nodige kennis over faillissementsfraude ontbreekt. Tot frustratie van de rechter-commissarissen worden faillissementsfraudemeldingen niet vaak opgevolgd.¹³⁸ Een samenwerking tussen opsporingsinstanties kan leiden tot effectieve bestrijding van faillissementsfraude. Het is daarom een goed initiatief van verschillende rechtbanken om fraudesprekuren te organiseren. Op die spreken kunnen opsporingsinstanties informatie met elkaar uitwisselen. Maar ook hier zal een spanningsveld met het *nemo tenetur*-beginsel kunnen ontstaan. Daarvoor is verder onderzoek naar het *nemo tenetur*-beginsel in deze context vereist.

7.5 Beantwoording hoofdvraag

Terugkomend op de hoofdvraag heeft de rechter-commissaris onder de Wet versterking positie curator expliciet de opdracht gekregen om bij onregelmatigheden toe te zien op de fraudesignalering door de curator. Bovendien moet de rechter-commissaris voor zichzelf bepalen of een melding of aangifte bij de bevoegde instanties vereist is. In tegenstelling tot de curator heeft de rechter-commissaris in het licht van de Wet versterking positie curator geen nieuwe

¹³⁷ Neijt 2019, p. 73; HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5016.

¹³⁸ *Fraudemonitor OM* 2019/2020, p. 22.

instrumenten gekregen om een effectieve signalering van faillissementsfraude te bevorderen. De rechter-commissaris kan met zijn bestaande instrumentarium op de volgende drie manieren een effectieve signalering van faillissementsfraude bevorderen:

Ten eerste kan de rechter-commissaris de curator aansturen op het doen van melding van faillissementsfraude. De curator dient de rechter-commissaris van onregelmatigheden in het faillissement op de hoogte te stellen. Indien de curator faillissementsfraude signaleert, kan de rechter-commissaris wijzen op bepaalde acties die de curator kan ondernemen. Zo kan de rechter-commissaris door middel van het verlenen van machtigingen de curator adviseren om bepaalde aspecten van het faillissement te onderzoeken.

Ten tweede kan de rechter-commissaris bij gesignaleerde onregelmatigheden ook zelf bepaalde aspecten van het faillissement onderzoeken. De rechter-commissaris ziet toe op hoofdlijnen van het faillissement, om een zo volledig mogelijk beeld van het faillissement te krijgen kan de rechter-commissaris een onderzoek door deskundige bevelen of getuigen horen.

Ten derde kan de rechter-commissaris de inbewaringstelling van gefailleerde bevelen, indien gefailleerde niet meewerkt aan het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Bij een inbewaringstelling kan de rechter-commissaris gefailleerde wijzen op zijn verplichtingen onder de Faillissementswet. Zodoende kunnen gegevens zoals de administratie worden overgedragen.

Concluderend is het huidige instrumentarium van de rechter-commissaris te beperkt om een effectieve faillissementsfraudesignalering adequaat te bevorderen gelet op de indicatie van het hoge faillissementsfraudepercentage. De wetgever heeft het instrumentarium van de rechter-commissaris bij de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator niet uitgebreid. Rechter-commissarissen kunnen daarom problemen ervaren ten aanzien van het toezicht op de fraudesignalerende taak van de curator. Aan de ene kant is een verdere ontwikkeling van de wet vereist om onduidelijkheden omtrent de meldplicht van de curator en de taakopvatting van de rechter-commissaris weg te nemen. Mijns inziens zou de rechter-commissaris, indien hij van mening is dat een faillissementsfraudemelding noodzakelijk is, de curator moeten kunnen bevelen een melding te doen. De wet biedt die mogelijkheid nu niet. Aan de andere kant moet de rechter-commissaris bij het actief optreden tegen faillissementsfraude bedacht zijn op het spanningsveld met het *nemo tenetur*-beginsel. Ook hier dient de wetgever een verduidelijking van het *nemo tenetur*-beginsel te geven.

7.6 Aanbeveling

De strijd tegen faillissementsfraude is dus nog niet ten einde. Mijns inziens zijn drie aanpassingen aanbevolen, zodat een effectieve fraudesignalering door de rechter-commissaris bevorderd kan worden.

In de eerste plaats is een herziening van art. 68 lid 2 sub c Fw vereist. Dit artikel is opgesteld zonder verder specificering van het begrip ‘*onregelmatigheden*’. Een verwijzing naar Titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht zal verduidelijken wanneer een fraudemelding vereist is. De rechter-commissaris kan op die manier toezien of de curator voldoet aan zijn meldplicht en zijn taak behoorlijk vervult. In het uiterste geval dat de curator zijn taak ten aanzien van de meldplicht onbehoorlijk vervult kan de rechter-commissaris hem ontslaan. Een uitbreiding van de meldplicht tot de rechter-commissaris is dan niet noodzakelijk.

In de tweede plaats dienen de fraudesprekuren bij de rechtbanken frequenter plaats te vinden. In plaats van elk kwartaal zal elke maand een fraudesprekure moeten worden georganiseerd. Door gegevens uit te wisselen kunnen beroepsfraudeurs en veelplegers worden aangepakt en ontstaat er een afschrikwekkende werking op het plegen van faillissementsfraude. Bovendien zal een effectieve samenwerking ervoor kunnen zorgen dat meer faillissementsfraudezaken worden opgepakt door de opsporingsinstanties.

In de derde plaats dienen er Professionele Standaarden door de rechter-commissarissen worden opgesteld. In verschillende rechtsgebieden is dit al gebruikelijk en zal vooral bij de dubbele rol die de rechter-commissarissen vervullen geboden zijn. De kwaliteitsnormen zullen verduidelijken welke kennis en deskundigheid van een rechter-commissaris wordt verwacht. Op die manier zal een curator de deskundige opvatting van een rechter-commissaris eerder opvolgen. Het voorgestelde preventieve toezicht is mijns inziens een brug te ver. De rechter-commissaris is een toezichthouder en vervult geen medebestuur of opperbestuur.¹³⁹

Tot slot is de wetgever met de Wet versterking positie curator een dappere strijd met faillissementsfraude aangegaan. Maar de instrumenten zijn niet krachtig genoeg bevonden om de strijd te winnen. De strijd zal moeten worden opgevoerd om faillissementsfraude met behulp van de rechter-commissaris effectief te signaleren.

¹³⁹ Schreurs, *Tv*/2018/26, p. 162.

8. BRONVERMELDING

8.1 Literatuur

Adams, *MvO* 2017

A.T.M., Adams, 'Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?', *MvO* 2017, afl. 3/4.

Benifort van Valkeburg & Van de Wiel, *MvV* 2020

H. Benifort van Valkenburg & J. van de Wiel, 'De faillissementscurator en vrijheid', *MvV* 2020, afl. 7/8.

Van der Feltz & Hummelen 2016

G.W. van der Feltz & J.M. Hummelen (red.), *Parlementaire Geschiedenis van de faillissementswet*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Van Galen, *TvJ* 2021/36.

R.J. van Galen, 'Waarheen met de rechter-commissaris?', *TvJ* 2021/36.

Gesthuizen & van Nispen 2011

S. Gesthuizen & M. van Nispen, *Bedrog bij bankroet. Acht voorstellen van de SP ter bestrijding van Faillissementsfraude*, SP Nota april 2011.

Hermans 2019

R.M. Hermans, 'Procedurale aspecten van het oorzakenonderzoek in faillissement', in: R.F. Feenstra e.a. (red.), *Insolad jaarboek. De curator en de failliet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Hilverda 2009

C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude. Een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, in: Serie Onderneming en Recht deel 53, Deventer: Kluwer 2009.

Hilverda, *DD* 2012/10

C.M. Hilverda, Het bedrieglijke van bankbreuk ontrafeld, *DD* 2012/10.

Hilverda, *TBS&H* 2014/1

C.M. Hilverda, 'De aanpak van faillissementsfraude: De stand van zaken', *TBS&H* 2014/1.

Hilverda *NJB* 2016/99

C.M. Hilverda, 'De publiek-publieke en publiek-private samenwerking ter bestrijding van faillissementsfraude', *NJB* 2016/99.

Hilverda 2017

C.M. Hilverda, *Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen*, 1 juli 2017.

Hollemans & van Dijck, Tv/ 2020/10

R. Hollemans & G. van Dijck, 'Een empirische studie naar toezicht door rechters(-commissarissen) op curatoren in de praktijk', *Tv/ 2020/10*.

Hox, Tv/ 2018/42

L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?', *Tv/ 2018/42*.

Jörg, Kelk & Klip 2012

N. Jörg, C. Kelk en A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Kluwer 2012.

Van de Klundert, TvC 2019

I. van de Klundert, 'Toezicht op het rechtmatigheidsonderzoek', *Tijdschrift voor curatoren* 2019, afl. 5/6.

Kreileman & Bulten, OR 2016/109

N. Kreileman & C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *OR* 2016/109.

Neijt 2013

P. Neijt, 'De curator: een octopus, de rechter-commissaris: een kwal?', in: J.J. Reiziger e.a. (red.), *Insolad Jaarboek 2013. De curator en informatie*, Deventer: Kluwer 2013.

Neijt 2019

P. Neijt, 'Achterwerk van toezicht', in: R.F. Feenstra e.a. (red.), *Insolad jaarboek. De curator en de failliet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van Nielen, Tv/ 2013/13

W. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tv/ 2013/13*.

Van Nielen, TBS&H 2016/3

W. van Nielen, 'Versterk de civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator!', *TBS&H* 2016/3, p. 125-127.

Van Nielen & Karapetian, Tv/ 2019/17

W. van Nielen & A. Karapetian, 'De contouren van het nemo tenetur-beginsel in faillissement en de verhouding tot de Wet versterking positie curator', *TvL* 2019/17.

Pool, Pluut & Vriesendorp, RdW 2021/42

J. Pool, H. Pluut & R. Vriesendorp, 'Belemmeringen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator', *Recht der werkelijkheid* 2021/42.

Reddingius, TBS&H 2014/1

J. Reddingius, 'Haags project: Bestrijding eenvoudige faillissementsfraude', *TBS&H* 2014/1.

Renssen 2017

S. Renssen, 'Versterking van de fraudesignalerende rol van de curator en de samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het OM', in: *De herijking van het faillissementsrecht I* (R&P nr. InsR8) 2017/4.7.4.

Schreurs, Tv/2018/26

W. Schreurs, 'Op weg naar transparant toezicht', *Tv* 2018/26, afl. 4.

T&C insolventierecht 2021

J.L.M. Groenewegen & F.M.J. Verstijlen (red.), in: *Tekst & Commentaar Insolventierecht 2021*.

Timmer, TvdP 2018/4

J. Timmer, 'Faillissementsfraude: easy to learn, hard to master?', *Tijdschrift voor de Politie* 2018, nr. 4.

Verrest & Heukels, AA 2017

P. Verrest & T. Heukels, 'Nieuwe wetgeving ter bestrijding van faillissementsfraude', *Ars Aequi* 2017.

Verstijlen, Tv/2008

F.M.J. Verstijlen, 'De rechter-commissaris in het voorontwerp voor een Insolventiewet: rechter of commissaris?', *Tv* 2008.

Vriesendorp, JV 2000/2

R.D. Vriesendorp, 'De rechter-commissaris bij insolventies, Onpartijdige rechter of betrokken commissaris', in: *Faillissement, Justitiële verkenningen* 2000/2.

Vriesendorp, Tv/2017/23

R.D. Vriesendorp, '[**]it happens; then and now', *Tv* 2017/23.

Vriesendorp 2021

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, in: studiereeks burgerlijk recht, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Wessels 2020

B. Wessels, *Insolventierecht: Bestuur & beheer*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

8.2 Rapporten

Onderzoeksrapport CBS 2010

D. Boer & V. Lalta, *Faillissementen: oorzaken en schulden*, Den Haag: CBS 2010.

Onderzoeksrapport CBS 2015

D.A. van Elswijk, J.P. Jansen, R.P.R. Duijkers & M.P. Moerman, *Faillissementen: oorzaken en schulden*, Den Haag: CBS 2015.

Rapport Ecorys 2021

Verkenning naar aanpak bestrijding van veelplegers van faillissementsfraude, bijlage bij brief van de minister voor Rechtsbescherming van 27 september 2021, 3538839.

Rapport Hugo Sinzheimer Instituut 2005

R. Knegt, *Rapport Fraude en Misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar mogelijkheden van bestrijding*, Amsterdam 2005.

Fraudemonitor OM 2019/2020

Fraudemonitor OM 2019/2020, bijlage bij brief van de minister van Justitie en Veiligheid van 8 oktober 2021, 3557264.

8.3 Kamerstukken

Kamerstukken II 2011/12, 29911, nr. 67.

Kamerstukken II 2012/13, 29911, nr. 74.

Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3

Kamerstukken II 2013/14, 33994, 3.

Kamerstukken II 2013/14, 17959, nr. 450.

Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3.

Kamerstukken II 2014/2015, 17050, nr. 450, p. 5.

Kamerstukken II 2014/15, 17050, nr. 496.

Kamerstukken II 2015/16, 34253, nr. 6.

Kamerstukken II 2017/18, 34740, nr. 6.

8.4 Jurisprudentie

HR 20 juli 1925, ECLI:NL:HR:1925:64, NJ 1925/1121.

HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5016, NJ 1985/792.

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Maclou).

HR 19 sept 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, NJ 2007/39.

HR 18 sept 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8502.

HR 9 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BI4691, NJ 2010/104.

HR 11 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7662.

HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4673, NJ 2012/9.

HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (Prakke/Gips).

HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3645 (*X. c.s./Mrs. Franken en Lauwerier q.q.*).

HR 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:51, NJ 2014/116 (Blokhuys q.q. en Smit q.q./J.).

HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161, NJ 2014/70.

EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997 (Chambaz/Zwitserland).