

# **De fraudebestrijdende faillissements- curator**

*Een onderzoek naar de taken en bevoegdheden van de curator in het  
faillissement van een rechtspersoon bij de bestrijding van fraude*

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Rijksuniversiteit Groningen  
op gezag van de  
rector magnificus prof. dr. ir. J.M.A. Scherpen  
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op  
donderdag 14 november 2024 om 16.15 uur

door

**Robin Edgar de Vries**

geboren op 4 december 1990

## WOORD VOORAF

Fraudebestrijding is een terugkerend thema binnen het Nederlandse insolventierecht. Het risico op normvervaging en benadeling van de gezamenlijke schuldeisers heeft de Nederlandse wetgever er meermaals toe aangezet nieuwe instrumenten te introduceren die fraude zoveel mogelijk moet voorkomen of redresseren. Het wetgevingsinitiatief tot herijking van het faillissementsrecht heeft sinds 2012 binnen de zogeheten ‘fraudepijler’ hernieuwde aandacht gebracht voor fraudebestrijding in faillissementsprocedures. Dit leidde tot de inwerkingtreding in 2016 van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude en in 2017 van de Wet versterking positie curator. In faillissementsprocedures, waarin de curator een centrale rol heeft, is daardoor zijn fraudebestrijdende taak in de afgelopen jaren aanmerkelijk uitgebreid. Deze taak omvat ondertussen ook het uitvoeren van een onderzoek naar onregelmatigheden, het melden van onregelmatigheden en de mogelijkheid een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Tegelijkertijd laat de fraudebestrijdende taak – die ook nadrukkelijk een maatschappelijk belang dient – zich niet altijd eenvoudig passen binnen de taak die de curator heeft tot het beheer en vereffening van de boedel. Dit leidt tot vragen zoals hoe moet worden omgegaan met belangenconflicten van een curator bij het uitvoeren van deze taken. Maar ook hoe de onderzoekstaak van de curator zich verhoudt tot het recht tegen zelfincriminatie (het nemo-teneturbeginsel) van bestuurders. En hoe de fraudebestrijdende taak van de curator bekostigd dient te worden, in het bijzonder wanneer het aan verhaalsmogelijkheden in een faillissement ontbreekt.

In zijn systematische behandeling van de fraudebestrijdende taak van de curator brengt mr. dr. R.E. (Robin) de Vries het instrumentarium van de curator vanuit een voornamelijk civielrechtelijk perspectief in kaart. Na de verschillende wetswijzigingen die de wetgever op dit terrein in de laatste jaren heeft doorgevoerd, ontbrak het aan een verdiepende en brede bestudering van de fraudebestrijdende taak van de curator. Dit proefschrift biedt de lezer een waardevol overzicht met de bespreking van de historische ontwikkeling van het takenpakket van de curator. Zeer nuttig voor de praktijk en de wetenschap zijn daarbij het overzicht dat de auteur geeft van het fraudebestrijdende instrumentarium dat de curator ter beschikking staat en de analyse hoe de curator daarvan gebruik kan c.q. dient te maken in een faillissement.

De auteur vangt aan met een overzicht van het takenpakket van de curator zoals dat zich onder de Faillissementswet heeft ontwikkeld tot aan de aankondiging van de fraudepijler in 2012. Daarin komen onder meer de taken tot het beheer en de vereffening van de boedel uitgebreid naar voren, met bijzondere aandacht voor de reconstructie van de faillissementsboedel en de maatregelen ter voorkoming van misbruik van rechtspersonen. Vervolgens

bespreekt de auteur zowel de historische ontwikkeling als de inhoud van de fraudepijler, die heeft geleid tot de voornoemde drie wetswijzigingen. Naast behandeling van aspecten van fraudebestrijding onder de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, gaat de auteur in het bijzonder in op de fraudebestrijdende taak van de curator onder de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. De auteur geeft vervolgens speciale aandacht aan de problematiek rondom informatievergaring door de curator en het nemo-teneturbeginsel. Daarbij behandelt hij uitgebreid de ontwikkelingen in de rechtspraak, waaronder die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dit wordt gevolgd door aanbevelingen, gericht op verduidelijking en versterking van de fraudebestrijdende taak van curatoren.

De auteur biedt de lezer een waardevol inzicht in de in recente jaren sterk gegroeide fraudebestrijdende taak van de curator. In de bespreking van de reikwijdte van het nieuwe instrumentarium van de curator gaat de auteur ook in op vragen waar de Nederlandse wetgever slechts beperkt aandacht aan heeft besteed. Dit leidt tot relevante inzichten over zowel de inhoud van de fraudebestrijdende taak als de uitoefening daarvan in de praktijk. Het boek biedt dan ook een goede aanvulling op de discussie die momenteel gaande is over de behartiging van schuldeisers- en maatschappelijke belangen in faillissement. De redactie neemt dit boek dan ook met veel plezier op in de serie *Recht en Praktijk – Insolventierecht*.

Mr. drs. J.M.G.J. Boon, Leiden  
Prof. mr. drs. C.M. Harmsen, Amsterdam  
Mr. K.A. Messelink, Apeldoorn  
Prof. mr. R.J. de Wijs, Amsterdam  
Mr. J.H.M. van de Wiel, Den Haag

September 2024

# INHOUDSOPGAVE

## Woord vooraf / VII

## Lijst van gebruikte afkortingen / XIX

### HOOFDSTUK 1

#### Inleiding / 1

- 1.1 Aanleiding voor het onderzoek / 1
- 1.2 Onderwerp en vraagstelling / 4
- 1.3 Onderzoeksmethode / 5
- 1.4 Terminologie / 6
- 1.5 Plan van behandeling / 7

### HOOFDSTUK 2

#### **De ontwikkeling van het takenpakket en de bevoegdheden van de curator tot de aankondiging van de fraudepijler in 2012 / 9**

- 2.1 Inleiding / 9
- 2.2 Het doel en de rechtsgevolgen van het faillissement / 10
  - 2.2.1 Inleiding tot het faillissement / 10
  - 2.2.2 Doel en karakter van het faillissement / 11
  - 2.2.3 Rechtsgevolgen faillissement voor schuldenaar en schuldeisers / 11
- 2.3 Taken curator / 12
  - 2.3.1 Het vergaren van de boedel / 12
  - 2.3.2 Het bewaren van de boedel / 13
  - 2.3.3 De vereffening van de boedel / 13
- 2.4 Van reconstructie van de boedel naar civielrechtelijke bestrijding van misbruik van rechtspersonen / 14
  - 2.4.1 De faillissementspauliana: inhoud en wetsgeschiedenis / 15
    - 2.4.1.1 De faillissementspauliana en de reconstructie van de boedel / 15
    - 2.4.1.2 De faillissementspauliana van art. 42 Fw / 15
    - 2.4.1.3 De faillissementspauliana van art. 47 Fw / 17
  - 2.4.2 De Peeters/Gatzen-vordering: inhoud en strekking / 18
    - 2.4.2.1 De Peeters/Gatzen-vordering en de reconstructie van de boedel / 18
    - 2.4.2.2 De Peeters/Gatzen-vordering en (de belangrijke aanvulling op) de faillissementspauliana / 20

- 2.4.3 Misbruik van rechtspersonen en de maatregelen ter bestrijding van misbruik in de derde misbruikwet (1987) / 21
  - 2.4.3.1 Misbruik van rechtspersonen / 22
  - 2.4.3.2 Toevoeging bewijsvermoedens faillissementspauliana en verlenging 'verdachte periode' / 22
  - 2.4.3.3 Aanscherping van art. 2:138/248 BW en uitbreiding kring van aansprakelijke personen / 23
  - 2.4.3.4 Invoering Garantstellingsregeling curatoren / 25
  - 2.4.3.5 Slotsom / 25
- 2.5 Schuldeisersbelangen versus maatschappelijke belangen: de taak van de curator nader bezien (ontwikkelingen tot 2012) / 26
  - 2.5.1 Inleiding / 26
  - 2.5.2 Wetgever / 27
    - 2.5.2.1 De totstandkomingsgeschiedenis van de Faillissementswet (1893) / 27
    - 2.5.2.2 Latere wijzigingen in de Faillissementswet en voorstellen tot wijziging (tot 2012) / 28
    - 2.5.2.3 Slotsom / 31
  - 2.5.3 Insolventiepraktijk (tot 2012) / 31
  - 2.5.4 Jurisprudentie van de Hoge Raad (tot 2012) / 32
  - 2.5.5 Literatuur (tot 2012) / 38
- 2.6 Samenvatting en conclusies / 40

### HOOFDSTUK 3

#### **De fraudepijler / 43**

- 3.1 Inleiding / 43
- 3.2 Beleidsreconstructie fraudepijler en de afzonderlijke wetten / 45
  - 3.2.1 Inleiding / 45
  - 3.2.2 Aanloop naar de fraudepijler / 45
    - 3.2.2.1 Derde misbruikwet (1987) / 45
    - 3.2.2.2 Actieplan bestrijding faillissementsfraude (2004) / 46
    - 3.2.2.3 Onderzoek HSI naar fraude en misbruik bij faillissementen (2005) / 47
    - 3.2.2.4 Voorontwerp Insolventiewet van de commissie-Kortmann (2006) / 48
    - 3.2.2.5 Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude (2009) / 48
    - 3.2.2.6 Wet controle op rechtspersonen (2011) / 49
    - 3.2.2.7 Oprichting Centraal Meldpunt Faillissementsfraude (2012) / 50
  - 3.2.3 Beleidstheorie van de fraudepijler en de afzonderlijk wetten / 51
    - 3.2.3.1 Beleidstheorie van de fraudepijler / 51
    - 3.2.3.2 De beleidstheorie van de Wet versterking positie curator / 51
    - 3.2.3.3 De beleidstheorie van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod / 55

- 3.2.3.4 Beleidstheorie van de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude / 59
- 3.3 Gebrek aan een scherp afgebakend beleidskader in de WCB en de WVPC / 61
  - 3.3.1 Veelvuldig gebruik van de term 'fraude' en 'malafide bestuurders' in de aankondiging van de fraudepijler en de toelichting op de WCB / 61
  - 3.3.2 Gebruik van de termen 'onregelmatigheden', 'onbehoorlijk bestuur', 'wanbestuur' en 'ernstig persoonlijk verzuim' in de wet en de toelichting op de WCB en de WVPC / 62
  - 3.3.3 Slotsom / 66
- 3.4 Het begrip 'faillissementsfraude' in de literatuur en mijn definitie / 67
  - 3.4.1 Literatuur / 67
  - 3.4.2 Het belang van een definitie / 68
  - 3.4.3 Hoe moeten de definities 'faillissementsfraude', 'malafide gedrag' en 'bonafide gedrag' luiden? / 71
  - 3.4.4 Uitwerking aan de hand van voorbeelden / 74
    - 3.4.4.1 Begrip 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' beslaat niet alleen gevallen van (voorwaardelijk) opzettelijke benadeling van schuldeisers / 74
    - 3.4.4.2 Schending administratieplicht levert mijns inziens niet altijd bewijs van frauduleus handelen op / 75
    - 3.4.4.3 Faillissementspauliana beslaat niet alleen gevallen van (voorwaardelijk) opzettelijke benadeling van schuldeisers / 75
  - 3.4.5 Bewijsleveringsproblematiek / 76
- 3.5 Kritiek op de in de WHSF gekozen norm voor strafbaarstelling van de administratieplicht / 78
- 3.6 Samenvatting en conclusies / 80

## HOOFDSTUK 4

### **De wet versterking positie curator (WVPC) / 85**

- 4.1 Inleiding / 85
- 4.2 Fraudesignalerende taak van de curator ontleed / 86
  - 4.2.1 Wettelijke regeling / 86
  - 4.2.2 Spilfunctie curator / 86
  - 4.2.3 De taak te 'bezien' of zich 'onregelmatigheden' hebben voorgedaan (art. 68 lid 2 aanhef en onder a Fw) / 87
    - 4.2.3.1 'Onregelmatigheden' in de zin van art. 68 lid 2 aanhef en onder a Fw / 87
    - 4.2.3.2 'Bezien' als bedoeld in art. 68 lid 2 aanhef en onder a Fw / 87
  - 4.2.4 Vertrouwelijke informatieplicht jegens de rechter-commissaris (art. 68 lid 2 aanhef en onder b Fw) / 89
  - 4.2.5 De taak melding en/of aangifte te doen van onregelmatigheden, zo de curator of de rechter-commissaris 'dit nodig acht' (art. 68 lid 2 aanhef en onder c Fw) / 89
    - 4.2.5.1 Curator heeft geen rechtsplicht melding en/of aangifte te doen / 89

	4.2.5.2	Rechter-commissaris kan curator gelasten strafrechtelijke vervolgstappen te nemen / 92
4.2.6		Fraudesignalerende taak en de verslagleggingsplicht (art. 73a Fw) / 94
4.2.7		Fraudesignalerende taak en art. 69 Fw / 94
	4.2.7.1	Het rechtmatigheidsonderzoek (art. 68 lid 2 aanhef en onder a Fw) / 94
	4.2.7.2	Vertrouwelijke meldplicht en beslissing wel of geen melding en aangifte te doen (art. 68 lid 2 aanhef en onder b en c Fw) / 95
4.3		Verhouding tussen de fraudesignalerende taak en de kerntaak van de curator / 98
	4.3.1	Verhouding tussen de onderzoeksplicht (art. 68 lid 2 aanhef en onder a Fw) en de kerntaak van de curator / 99
	4.3.1.1	Situatie 1: beperkt boedelactief en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden bij de bestuurder / 99
	4.3.1.2	Situatie 2: een boedelsurplus / 100
		4.3.1.2.1 Een boedelsurplus: lagere rechtspraak / 100
		4.3.1.2.2 Een boedelsurplus: literatuur / 104
		4.3.1.2.3 Een boedelsurplus: Hoge Raad en analyse / 104
	4.3.2	Verhouding tussen het doen van melding en/of aangifte (art. 68 lid 2 aanhef en onder c Fw) en de kerntaak van de curator / 106
	4.3.2.1	Fraudesignalerende taak versus kerntaak: de beleidsvrijheid van de curator / 108
	4.3.2.2	Fraudesignalerende taak versus kerntaak: beleidsvrijheid van de curator in schikkingsonderhandelingen / 108
4.4		Fraudesignalerende taak en legeboedelproblematiek / 112
	4.4.1	Fraudesignalering onder de GSR / 113
	4.4.2	Fraudesignalering onder de vergoedingsregeling / 115
	4.4.2.1	Geen compensatie voor het melden van faillissementsfraude / 115
	4.4.2.2	Compensatie voor het doen van aangifte van faillissementsfraude / 116
	4.4.2.3	Tijdsinspanning melding en aangifte / 116
4.5		Effectiviteit van de wettelijke taak tot fraudesignalering / 117
	4.5.1	Factoren die van invloed kunnen zijn op de rol van de curator bij de opsporing van faillissementsfraude en de daarvoor verantwoordelijke personen / 117
	4.5.1.1	Boekhoudkundige kennis / 117
	4.5.1.2	Kennis van het strafrecht / 118
	4.5.1.3	Stand van de boedel / 118
	4.5.1.4	Informatie(symmetrie) / 119
	4.5.1.5	'Papieren' bestuurders / 119
	4.5.1.6	Regionaal aanstellingsbeleid / 120
	4.5.2	Factoren die van invloed zijn op de (lage) meldings- en aangiftebereidheid / 120
	4.5.2.1	Taakopdracht / 120
	4.5.2.2	Stand van de boedel / 121

- 4.5.2.3 Ervaringen uit het verleden; capaciteitsproblemen opsporings- en vervolgingsinstanties / 121
- 4.5.2.4 Angst voor represailles / 123
- 4.6 Samenvatting en conclusies / 123

## HOOFDSTUK 5

### **De wet civielrechtelijk bestuursverbod (WCB) / 129**

- 5.1 Inleiding / 129
- 5.2 De wettelijke regeling van het civielrechtelijk bestuursverbod / 130
  - 5.2.1 Algemeen / 130
  - 5.2.2 Gronden voor oplegging van een bestuursverbod / 130
  - 5.2.3 Aan wie kan een bestuursverbod worden opgelegd? / 133
  - 5.2.4 Procedure / 134
  - 5.2.5 Gevolgen en voorzieningen / 136
    - 5.2.5.1 Gevolgen / 136
    - 5.2.5.2 Voorzieningen / 137
  - 5.2.6 Registratie / 137
  - 5.2.7 Handhaving; handhavingsproblemen en mogelijke oplossing / 139
- 5.3 Verhouding met kerntaak; botsende belangen? / 141
- 5.4 Verhouding met art. 6 EVRM: kwalificeert het civielrechtelijk bestuursverbod als een criminal charge? / 143
  - 5.4.1 Criteria ter bepaling of sprake is van een criminal charge / 144
  - 5.4.2 Opvatting wetgever / 144
  - 5.4.3 Opvattingen in de literatuur / 145
  - 5.4.4 Rechtspraak EHRM / 145
    - 5.4.4.1 Wilson vs. het Verenigd Koninkrijk (1998) / 145
    - 5.4.4.2 Storbråten vs. Noorwegen (2007) / 146
    - 5.4.4.3 Conclusie naar aanleiding van de besproken rechtspraak / 147
- 5.5 Verhouding met het strafrechtelijk beroepsverbod / 148
  - 5.5.1 Toegevoegde waarde van het civielrechtelijk bestuursverbod naast het strafrechtelijk beroepsverbod / 148
- 5.6 Toepassing van het civielrechtelijk bestuursverbod in de rechtspraak / 150
  - 5.6.1 Opzet en methodologie van jurisprudentieonderzoek / 150
  - 5.6.2 Uitspraken op basis van art. 106a lid 1 sub a Fw (vaststaande bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:138/248 BW) / 151
    - 5.6.2.1 Bestuursverbod wegens bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 1 BW (de a-grond) / 151
    - 5.6.2.2 Bestuursverbod wegens aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 1 en lid 2 BW (de a-grond) / 152
    - 5.6.2.3 Bestuursverbod wegens bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW (de a-grond) en ernstige tegenwerking van de curator (de c-grond van art. 106a lid 1 Fw) / 154
    - 5.6.2.4 Bestuursverbod wegens bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW (de a-grond) en de oplegging van een vergrijpboete (de e-grond) / 158



- 5.6.3 Uitspraken op basis van art. 106a lid 1 sub c Fw (ernstige tegenwerking van de curator) / 158
- 5.6.4 Uitspraken op basis van art. 106a lid 1 sub d Fw (verwijtbare betrokkenheid bij ten minste drie faillissementen) / 161
- 5.6.5 Conclusies naar aanleiding van jurisprudentieonderzoek / 162
- 5.7 De gronden voor het opleggen van een bestuursverbod in relatie tot het doel van de WCB / 168
- 5.8 Effectiviteit van het civielrechtelijk bestuursverbod in handen van het OM en de curator / 170
  - 5.8.1 Effectueringsproblemen OM / 170
    - 5.8.1.1 Budgettaire beperkingen / 170
    - 5.8.1.2 Gebrek aan (eigen) relevante informatie / 171
  - 5.8.2 Effectueringsproblemen curator / 172
    - 5.8.2.1 Centrale taakstelling / 172
    - 5.8.2.2 Legeboedelproblematiek en gebrek aan financieringsmogelijkheden / 173
- 5.9 Samenvatting en conclusies / 174

## HOOFDSTUK 6

### **Informatievergaring en samenwerking met ketenpartners / 179**

- 6.1 Inleiding / 179
- 6.2 Faillissementswet / 180
  - 6.2.1 De inlichtingen- en medewerkingsplicht (art. 105, 105a en 105b Fw) / 180
    - 6.2.1.1 Inlichtingenplicht bestuurders (art. 105 Fw) / 180
    - 6.2.1.2 Medewerkingsplicht bestuurders (art. 105a Fw) / 182
    - 6.2.1.3 De curator is geen opsporingsambtenaar / 184
    - 6.2.1.4 Op wie rust de inlichtingen- en medewerkingsplicht van art. 105 en 105a Fw? / 185
    - 6.2.1.5 Medewerkingsplicht derden op grond van art. 105b Fw / 187
  - 6.2.2 Getuigenverhoor en deskundigenonderzoek op grond van art. 66 Fw / 187
    - 6.2.2.1 Inhoud / 187
    - 6.2.2.2 Verschoningsrecht en nemo tenetur / 188
  - 6.2.3 Toegang tot elke plaats op grond van art. 93a Fw / 189
    - 6.2.3.1 Inhoud / 189
    - 6.2.3.2 Procedure / 190
  - 6.2.4 Inbewaringstelling van bestuurders op grond van art. 87 jo. art. 106 Fw / 191
    - 6.2.4.1 Inhoud / 191
    - 6.2.4.2 Gronden voor inbewaringstelling / 191
    - 6.2.4.3 Procedure / 191
    - 6.2.4.4 Wie kan in verzekerde bewaring worden genomen? / 192
  - 6.2.5 Verbod verlaten woonplaats op grond van art. 91 Fw / 192
    - 6.2.5.1 Inhoud / 192
    - 6.2.5.2 Inname paspoort en paspoortsignalering / 193

- 6.2.6 Praktische bezwaren bij de effectieve toepassing van (dwang)middelen in fraudefaillissementen / 193
- 6.3 Verwante regelingen / 194
  - 6.3.1 Netwerktekening Justis / 195
  - 6.3.2 (Verhaals)informatie Belastingdienst / 195
  - 6.3.3 Asset tracing / 196
  - 6.3.4 Strafrechtelijke gegevens opvragen bij OM / 196
  - 6.3.5 Informatie uit opsporingsonderzoek van politie of FIOD / 197
- 6.4 Initiatieven op het terrein van samenwerking bij de bestrijding van faillissementsfraude / 197
  - 6.4.1 Pilot 'Bestrijding eenvoudige faillissementsfraude' / 198
  - 6.4.2 Fraudesprekuren / 199
- 6.5 Samenvatting en conclusies / 200

## HOOFDSTUK 7

### **Het nemo-teneturbeginsel en de rol van de curator bij de strafrechtelijke bestrijding van faillissementsfraude / 203**

- 7.1 Inleiding / 203
- 7.2 De (verdragsrechtelijke) oorsprong van het nemo-teneturbeginsel / 205
  - 7.2.1 Invloed EVRM-bepalingen op privaatrechtelijke verhoudingen / 206
- 7.3 (Mogelijke) grondslagen van het nemo-teneturbeginsel / 207
  - 7.3.1 De in de literatuur geïdentificeerde grondslagen / 207
  - 7.3.2 De gevolgen van het gewicht dat aan de ene dan wel aan de andere rechtsgrondslag wordt toegedicht / 208
- 7.4 Verkenning van de in de literatuur naar aanleiding van de jurisprudentie geuite onduidelijkheden / 208
- 7.5 Het nemo-teneturbeginsel en het gebruik van in het faillissement afgedwongen informatie voor strafrechtelijke doeleinden: bespreking van de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad / 210
  - 7.5.1 Rechtspraak EHRM / 211
    - 7.5.1.1 Met betrekking tot het gebruik van afgedwongen bewijsmateriaal in een strafzaak / 211
      - 7.5.1.1.1 Saunders vs. het Verenigd Koninkrijk (1997) / 211
      - 7.5.1.1.2 Funke vs. Frankrijk (1993) / 212
      - 7.5.1.1.3 Jalloh vs. Duitsland (2006) en Gäfgen vs. Duitsland (2008) / 213
      - 7.5.1.1.4 De Legé vs. Nederland (2022) / 214
    - 7.5.1.2 Met betrekking tot het gebruik van afgedwongen informatie als startinformatie voor de aanvang van een opsporingsonderzoek / 216
      - 7.5.1.2.1 I.J.L. en anderen vs. het Verenigd Koninkrijk (2000) / 216
    - 7.5.1.3 Analyse van de besproken rechtspraak van het EHRM / 217
  - 7.5.2 Rechtspraak Hoge Raad / 220
    - 7.5.2.1 Arrest van 24 april 2015 (De Staat/Verweerder) / 220
    - 7.5.2.2 Arrest van 26 juni 2018 (Verdachte/Kuper q.q.) / 222

- 7.5.2.3 Arrest van 9 februari 2021 (Verdachte) / 224
- 7.5.2.4 Analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad / 224
- 7.6 Het nemo-teneturbeginsel en het afdwingen van informatie in het faillissement: bespreking van de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad / 226
  - 7.6.1 Arresten EHRM / 226
    - 7.6.1.1 J.B. vs. Zwitserland (2001) / 226
    - 7.6.1.2 Marttinen vs. Finland (2009) / 228
    - 7.6.1.3 Chambaz vs. Zwitserland (2012) / 230
    - 7.6.1.4 Analyse van de rechtspraak van het EHRM / 231
  - 7.6.2 Arresten van de Hoge Raad / 232
    - 7.6.2.1 HR 24 januari 2014 (X/Mr. Ruding q.q.) / 232
    - 7.6.2.2 HR 24 april 2015 (De Staat/Verweerder) / 234
    - 7.6.2.3 Analyse van de rechtspraak en bespreking van het Wetsvoorstel Nieuw Wetboek van Strafvordering / 235
- 7.7 De gevolgen van de besproken rechtspraak voor de taakuitoefening door de curator in het licht van de Wet versterking positie curator / 237
- 7.8 Samenvatting en conclusies / 239

## HOOFDSTUK 8

### **Slotbeschouwing en aanbevelingen / 243**

- 8.1 Inleiding / 243
- 8.2 De termen 'faillissementsfraude', 'malafide bestuurder' en 'bonafide bestuurder' in de WVPC en de WCB (thema 1) / 244
  - 8.2.1 Nut en wenselijkheid van een definitie van de begrippen 'faillissementsfraude', 'malafide gedrag' en 'bonafide gedrag' / 245
  - 8.2.2 Hoe zouden de definities 'faillissementsfraude', 'malafide bestuurder' en 'bonafide bestuurder' moeten luiden? / 247
  - 8.2.3 (Meer) aandacht voor strafrechtelijke aspecten van faillissementsfraude in opleiding curatoren / 249
- 8.3 De verhouding tussen de taak bij te dragen aan de bestrijding van faillissementsfraude en de kerntaak van de curator (thema 2) / 249
  - 8.3.1 Verhouding tussen belang van de gezamenlijke schuldeisers en belang van fraudebestrijding in de praktijk niet geheel probleemloos / 250
  - 8.3.2 Potentieel belangenconflict voor een curator die niet wil procederen, maar wil schikken in het belang van de schuldeisers / 251
  - 8.3.3 Conclusie en aanbevelingen / 252
- 8.4 De beoogde intensievere samenwerking en informatie-uitwisseling met ketenpartners (thema 3) / 254
  - 8.4.1 Potentieel ondermijningsgevaar effectiviteit faillissement en bestrijding faillissementsfraude door toekenning fraudesignalerende taak in het licht van het nemo-teneturbeginsel / 254
  - 8.4.2 Informatiedeling met curator door overheidsinstanties mogelijk in strijd met de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) / 256
- 8.5 Financiering van de taak fraude te bestrijden (thema 4) / 256

- 8.5.1 Financiering fraudebestrijdende taak curator kan fraudeurs in de kaart spelen / 257
- 8.5.2 Beperkte financieringsmogelijkheden voor het doen van aangifte en het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod / 258
- 8.5.3 Conclusie en aanbevelingen / 259
  - 8.5.3.1 Invoering vergoeding in GSR voor het doen van onderzoek in fraudefaillissementen / 259
  - 8.5.3.2 Uitbreiding GSR tot Peeters/Gatzen-vordering / 261
  - 8.5.3.3 Verruiming GSR tot op het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod gerichte acties van de curator, die niet tot verhaal leiden / 261
  - 8.5.3.4 Additionele middelen voor melding en aangifte van faillissementsfraude / 262
  - 8.5.3.5 Uitbreiding opsporings- en vervolgingscapaciteit / 262
  - 8.5.3.6 Heffing 'misbruikfee' bij rechtspersonen / 263

**Samenvatting** / 265

**Summary** / 273

**Bronnenlijst** / 279

**Rechtspraakregister** / 293

**Trefwoordenregister** / 295

**Bijlage 1: Meldingsformulier faillissementsfraude** / 297

**Bijlage 2: Vergoedingsformulier voor het doen van aangifte** / 303

## HOOFDSTUK 1

# Inleiding

### 1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Faillissementsfraude wordt gezien als een groot maatschappelijk probleem waarvoor in de afgelopen decennia in toenemende mate aandacht wordt gevraagd. Door het ontbreken van recente en nauwkeurige cijfers is de exacte omvang van dit maatschappelijke probleem onbekend. De laatst beschikbare cijfers dateren van 2015. Volgens schattingen van het CBS was in bijna een derde van de in 2015 afgewikkelde faillissementen sprake van fraude, waarbij de omvang van de onbetaalde schulden in fraudefaillissementen dat jaar maar liefst € 1,56 miljard bedroeg.<sup>1</sup> De gevolgen voor de betrokken schuldeisers en de maatschappij zijn groot. Veelal is de overheid (de Belastingdienst en het UWV) de grootste schuldeiser in een fraudefaillissement, waardoor de samenleving als geheel schade lijdt.<sup>2</sup> Ook bestaat het risico dat schuldeisers zelf in financiële problemen komen doordat de faillissementsfraudeur hun vorderingen onbetaald laat.<sup>3</sup> Faillissementsfraude heeft echter niet alleen financiële gevolgen voor de schuldeisers in het desbetreffende faillissement: zij ondermijnt ook het vertrouwen in het handelsverkeer.<sup>4</sup> Een gezond handelsverkeer vereist het vertrouwen dat vorderingen worden voldaan en schulden worden afgelost, althans dat wordt nagestreefd schuldeisers zoveel als mogelijk te voldoen in plaats van hen te benadelen.<sup>5</sup> Bovendien bestaat het gevaar dat het niet adequaat optreden tegen faillissementsfraudeurs een normvervagende werking heeft.<sup>6</sup> Als fraudeurs steeds vrijuit gaan, kan de bereidheid van bestuurders om zich aan de regels te houden afnemen. Als reactie op het steeds groter wordende maatschappelijke probleem van faillissementsfraude heeft toenmalig Minister van Veiligheid en Justitie Opstelten in zijn brief van 26 november 2012 aan de voorzitter van de Tweede Kamer de fraudepijler aangekondigd.<sup>7</sup> De fraudepijler maakt tezamen met de moderniseringspijler en de reorganisatiepijler deel uit van de wetgevingsoperatie 'herijking faillissementsrecht', die eveneens in de genoemde

---

1 Zie CBS 2016, p. 52 en 55. In een eerder door het CBS in 2011 verricht onderzoek wordt fraude gedefinieerd als zekere of waarschijnlijke strafbare en/of onrechtmatige benadeling van schuldeisers (zie CBS 2011, p. 18). Deze definitie wordt ook gehanteerd in het in 2016 gepubliceerde onderzoek, gelet op de opmerking dat de opzet hiervan zoveel mogelijk vergelijkbaar is gehouden met de eerdere CBS-onderzoeken (CBS 2016, p. 5).

2 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 3, p. 1 en 5 en Brouwer 2014.

3 Hilverda 2012, p. 6.

4 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 1 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 3, p. 1.

5 Hilverda 2012, p. 6.

6 Hilverda 2012, p. 6.

7 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 1.

brief is aangekondigd.<sup>8</sup> De fraudepijler heeft erin geresulteerd dat op 1 juli 2016 de Wet civielrechtelijk bestuursverbod<sup>9</sup> (hierna: WCB) en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude<sup>10</sup> (hierna: WHSF) en op 1 juli 2017 de Wet versterking positie curator<sup>11</sup> (hierna: WVPC) in werking zijn getreden.<sup>12</sup>

Met de WVPC en de WCB heeft de curator een spilfunctie gekregen bij de bestrijding van faillissementsfraude. Van de curator wordt op grond van art. 68 lid 2 Fw verwacht dat hij bij het beheer en de vereffening van de boedel beziet of sprake is van onregelmatigheden (sub a). Bij geconstateerde onregelmatigheden dient de curator de rechter-commissaris vertrouwelijk te informeren over zijn bevindingen (sub b). Daarnaast dient de curator, indien hij of de rechter-commissaris zulks nodig acht, melding te maken en/of aangifte te doen bij de daartoe bevoegde instanties (sub c). Voorts kan de curator een vordering instellen tot oplegging van een bestuursverbod aan een bestuurder op een van de in art. 106a Fw genoemde gronden. De reden om de curator een spilfunctie toe te kennen bij de bestrijding van faillissementsfraude is volgens de wetgever dat de curator vanuit zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers de failliete boedel te beheren en te vereffenen (art. 68 lid 1 Fw) doorgaans als eerste zicht heeft op eventuele frauduleuze handelingen.<sup>13</sup> Bovendien is het bestrijden van faillissementsfraude volgens de wetgever ook in het belang van de gezamenlijke schuldeisers in een concreet faillissement. In deze gedachtegang kan het inleiden van een strafrechtelijk traject door het doen van aangifte ertoe leiden dat in het belang van de gezamenlijke schuldeisers ontnemingsmaatregelen tegen de fraudeur worden genomen.<sup>14</sup> Het vorderen van een bestuursverbod is volgens de wetgever eveneens in het belang van de gezamenlijke schuldeisers; schuldeisers hebben er in algemene zin belang bij dat faillissementsfraudeurs een tijdelijk bestuursverbod opgelegd krijgen.<sup>15</sup> Een opgelegd bestuursverbod draagt daarnaast bij aan een eerlijk handelsverkeer en voorkoming van faillissementsfraude gepleegd door dezelfde bestuurders. In de toelichting op de WVPC wordt geconcludeerd: de nieuwe taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren, is inherent aan en ligt in het logische verlengde van zijn primaire taak de belangen van de

8 Het doel van de moderniseringspijler is “de Faillissementswet meer in lijn te brengen met technische ontwikkelingen en mogelijkheden, meer maatwerk mogelijkheden bij de afwikkeling van een faillissement mogelijk te maken en een betere kennisopbouw bij de rechterlijke macht te bewerkstelligen” (*Kamerstukken II 2012/13*, 29 911, nr. 74, p. 2). Daartoe is op 1 januari 2019 de Wet modernisering faillissementsprocedure in werking getreden (*Stb.* 2018, 348). Het doel van de reorganisatiepijler is “te voorkomen dat bedrijven onnodig failliet kunnen gaan doordat een minderheid van crediteuren een doorstart kan blokkeren, het vinden van oplossingen buiten faillissement makkelijker te maken en de faillissementsprocedure zelf te vereenvoudigen” (*Kamerstukken II 2012/13*, 29 911, nr. 74, p. 2). Met dat doel is op 1 januari 2021 de Wet homologatie onderhands akkoord in werking getreden (*Stb.* 2020, 415).

9 *Stb.* 2016, 153.

10 *Stb.* 2016, 154.

11 *Stb.* 2017, 124.

12 *Stb.* 2016, 205 en *Stb.* 2017, 176.

13 *Kamerstukken II 2012/13*, 29 911, nr. 74, p. 2 en *Kamerstukken II 2013/14*, 34 011, nr. 3, p. 3.

14 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 253, nr. 6, p. 3.

15 *Kamerstukken II 2013/14*, 34 011, nr. 3, p. 12.

gezamenlijke schuldeisers te behartigen. De curator heeft een fraudesignalerende rol die een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid reflecteert.<sup>16</sup>

In de literatuur en door beoefenaren van het insolventierecht is kritiek geuit op de wettelijke uitbreiding van het takenpakket van de curator met de bestrijding van faillissementsfraude. De voornaamste principiële kritiek luidt dat deze uitbreiding niet strookt met de eigenlijke taak van de curator om de boedel te beheren en te vereffenen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en dat fraudebestrijding een overheidstaak is die uit publieke middelen dient te worden gefinancierd (en dus niet uit het nog aanwezige boedelactief).<sup>17</sup> Als argument wordt genoemd dat de inspanningen van de curator op het terrein van fraudebestrijding (het doen van melding en/of aangifte en het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod) vanwege allerlei redenen in de regel niet leiden tot een vergroting van het boedelactief. Aangezien de kosten van de inspanningen wel ten laste komen van het boedelactief, verhoudt de taak om fraude te bestrijden zich volgens critici slecht tot de kerntaak van de curator om in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te streven naar opbrengstmaximalisatie.<sup>18</sup> Vanuit verschillende belangengroepen is gesteld dat dit belangenconflict er niet zelden toe zal leiden dat de curator niet optreedt tegen een fraudeur.<sup>19</sup> Daarnaast is gewezen op potentiële neveneffecten van toekenning aan de curator van een publieke taak tot het signaleren en bestrijden van faillissementsfraude. Afgezien van het feit dat de curator niet is opgeleid voor deze taak,<sup>20</sup> is gesteld dat het streven door de wetgever naar kortere lijnen tussen de curator en de opsporings- en vervolgingsinstanties een effectieve afwikkeling van het faillissement kan ondermijnen.<sup>21</sup> De taak van de curator om onderzoek te doen naar en in een voorkomend geval melding en/of aangifte te doen van faillissementsfraude (in art. 68 lid 2 Fw) en de vergaande inlichtingen- en medewerkingsplicht (art. 105 en 105a jo. art. 106 Fw) kunnen namelijk op gespannen voet staan met het recht van bestuurders om niet te hoeven meewerken aan hun eigen strafrechtelijke veroordeling, ook wel het recht tegen zelfincriminatie of het nemo-teneturbeginsel genoemd.<sup>22</sup> Zo is vanuit belangenvereniging INSOLAD de verwachting uitgesproken dat bestuurders van rechtspersonen waarbij sprake is geweest van frauduleuze activiteiten (vaker) een beroep zullen doen op het nemo-teneturbeginsel en zullen weigeren de door de curator gevraagde informatie en/of documenten af te geven.<sup>23</sup> Dit kan de ordentelijke afwikkeling van het faillissement in gevaar brengen. Naast de genoemde principiële bezwaren is ook gewezen op praktische bezwaren die in

16 *Kamerstukken II 2014/15*, 34 253, nr. 3, p. 3.

17 Lennarts 2013, p. 1 en Adams 2017, p. 85. Zie voorts de reactie van de NVvR op het consultatievoorstel Versterking positie curator, p. 1.

18 Zie de reactie van INSOLAD (p. 7) en Houthoff (p. 7) op de discussienota 'Ontwikkeling van het Insolventierecht'.

19 Zie de gecombineerde reactie van FNV, CNV en VCP (p. 3) en de reactie van de NVvR (p. 2) op het consultatievoorstel Versterking positie curator.

20 Zie de gecombineerde reactie van FNV, CNV en VCP (p. 4) en de reactie van de NBA (p. 2) op het consultatievoorstel Versterking positie curator.

21 Zie de reactie van de NOvA (p. 1) en INSOLAD (p. 2-3) op het consultatievoorstel Versterking positie curator.

22 Zie de reacties van de Raad voor de rechtspraak (p. 2), VNO-NCW (p. 3) en NEVOA (p. 3) op het consultatievoorstel Versterking positie curator.

23 Zie de reactie van INSOLAD op het consultatievoorstel Versterking positie curator, p. 3.

de weg staan aan een effectieve bijdrage van de curator aan de bestrijding van faillissementsfraude. Er is aangevoerd dat de faillissementen waarin fraude heeft plaatsgevonden vaak de faillissementen zijn waarin de stand van de boedel dermate deplorabel is dat het salaris van de curator niet of niet volledig kan worden voldaan.<sup>24</sup> Daar komt bij dat het de curator in fraudefaillissementen vaak ontbreekt aan verhaalsmogelijkheden, zoals wanneer een onvermogen katvanger als bestuurder is ingeschreven.<sup>25</sup> Een lege boedel en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden beperken de curator aanzienlijk in zijn mogelijkheden (effectief) bij te dragen aan de bestrijding van faillissementsfraude. Van een curator die te maken heeft met een lege boedel kan volgens sommigen niet worden verwacht dat hij op eigen kosten of op kosten van zijn kantoor (uitgebreid) onderzoek doet naar en melding en/of aangifte doet van vermoedens van faillissementsfraude of een civielrechtelijk bestuursverbod vordert.<sup>26</sup>

## 1.2 Onderwerp en vraagstelling

Onderwerp van dit proefschrift vormt de taak van de curator om bij te dragen aan de bestrijding van faillissementsfraude. In dit onderzoek staat de vraag centraal hoe deze taak zich verhoudt tot de taak om de boedel te beheren en te vereffenen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Ter beantwoording van deze vraag wordt ingegaan op het principiële argument dat deze taken intrinsiek onverenigbaar zouden zijn. In het verlengde hiervan wordt onderzocht of en zo ja, in hoeverre het risico bestaat dat de inschakeling van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude een effectieve afwikkeling van het faillissement ondermijnt. Hierbij wordt ingegaan op het spanningsveld dat met de toekenning van een publieke taak tot fraudebestrijding aan de curator is ontstaan tussen de faillissementsrechtelijke verplichting van de bestuurder om de gevraagde informatie en medewerking te verlenen en diens recht zichzelf niet te incrimineren. Voorts wordt onderzocht of de uitbreiding van het takenpakket en het instrumentarium van de curator geschikt en voldoende is om tot een effectievere bestrijding van faillissementsfraude te komen. In dit verband worden diverse praktische belemmeringen besproken, zoals onder meer een lege boedel en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden bij de voor de vermoedelijke fraude verantwoordelijke personen. Tot slot wordt onderzocht in hoeverre aanvullende maatregelen nodig zijn om de doelstelling van de fraudepijler te kunnen bereiken.

De centrale vraag van dit onderzoek is daarmee vierledig:

1. Zijn de wettelijke taak en middelen die aan de curator zijn toebedeeld in het kader van de fraudepijler verenigbaar met de taken en bevoegdheden die de curator heeft in het kader van het beheer en de vereffening van de failliete boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers?

24 Zie de reactie van Windt Le Grand Leeuwenburgh Advocaten op de discussienota 'Ontwikkeling van het Insolventierecht', p. 9. Zie voorts Homburg e.a. 2023, p. 32. Daarin geven de geïnterviewde curatoren te kennen bij vermoedelijke fraude vaak te maken te hebben met een lege boedel.

25 Beke e.a. 2021, p. 40.

26 Zie bijvoorbeeld de reacties van Kienhuis Hoving (p. 9) en Houthoff (p. 7) op de discussienota 'Ontwikkeling van het Insolventierecht'.



2. In hoeverre bestaat het gevaar dat de inschakeling van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude een effectieve afwikkeling van het faillissement ondermijnt?
3. Is de uitbreiding van het takenpakket en het instrumentarium van de curator geschikt en voldoende om tot een effectievere bestrijding van faillissementsfraude te komen?  
Zo nee:
4. Welke aanvullende maatregelen zijn nodig om de doelstellingen van de fraudepijler te bereiken?

Ter beantwoording van deze centrale onderzoeksvraag, zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

- A) Welke ontwikkelingen hebben het takenpakket en de bevoegdheden van de curator doorgemaakt in de periode vanaf de inwerkingtreding van de Faillissementswet in 1893 tot de aankondiging van de fraudepijler in 2012?
- B) Welke doelstellingen, middelen en veronderstellingen van de wetgever liggen ten grondslag aan de fraudepijler en de daarvan deel uitmakende WCB, WHSF en de WVPC?
- C) Wat houdt de fraudesignalerende taak van de curator in en kan hij daadwerkelijk bijdragen aan een effectievere bestrijding van faillissementsfraude?
- D) Wat houdt het civielrechtelijk bestuursverbod in en in hoeverre is dit een geschikt middel voor de curator om een (effectieve) bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude?
- E) Welke (dwang)middelen kan de curator op basis van de Faillissementswet inzetten om de voor zijn taakuitoefening noodzakelijke informatie te verkrijgen en in hoeverre beperkt een lege boedel de effectieve toepassing van deze (dwang)middelen?
- F) Hoe verhoudt het in het strafrecht geldende recht tegen zelfincriminatie van de bestuurder (het nemo-teneturbeginsel) zich tot de bevoegdheid van de curator in een faillissement om informatie af te dwingen en deze door te spelen aan de opsporings- en vervolgingsinstanties, die vervolgens de informatie gebruiken ten behoeve van een strafrechtelijk onderzoek dan wel als bewijs in een strafzaak?

### 1.3 Onderzoeksmethode

Dit onderzoek kan worden gekarakteriseerd als juridisch-dogmatisch. Het onderzoek richt zich in de eerste plaats op het beantwoorden van de dogmatische vraag of de curator gezien zijn traditionele taak een rol heeft te vervullen bij de bestrijding van faillissementsfraude. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, worden de taken en bevoegdheden die de curator bij de inwerkingtreding van de Faillissementswet in 1893 zijn toegekend en de ontwikkelingen daarvan tot de aankondiging van de fraudepijler in 2012 geanalyseerd (deelvraag A). Bij het beantwoorden van deze deelvraag wordt ingegaan op de parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet, de nadien tot stand gekomen wet- en regelgeving, de jurisprudentie van de Hoge Raad en literatuur. Vervolgens worden de juridische en praktische aspecten van de taak van de curator om bij te dragen aan de bestrijding van faillissementsfraude onderzocht (deelvragen B, C en D). In dit verband wordt onder meer aandacht besteed aan de vraag wat onder de begrippen 'faillissementsfraude', 'malafide bestuurder' en 'bonafide bestuurder' moet worden verstaan. Daarnaast wordt in kaart gebracht welke invloed verschillende aan de opsporing en bestrijding van faillissementsfraude gerelateerde omstandigheden hebben

op de mogelijkheid van de curator om daadwerkelijk een bijdrage te kunnen leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude (deelvragen C en D). Om de deelvragen B, C en D te beantwoorden, wordt een beleidsreconstructie gemaakt aan de hand van de parlementaire geschiedenis van de fraudepijler en de daarvan deel uitmakende WCB, WHSF en WVPC. Daarnaast wordt aandacht besteed aan verwante wet- en regelgeving, jurisprudentie, literatuur en reacties op de voorontwerpen WCB en WVPC en de discussienota 'Ontwikkeling van het Insolventierecht'.<sup>27</sup> Tot slot worden de 'versterkte' informatiepositie van de curator en de verhouding met het in het strafrecht geldende nemo-teneturbeginsel geanalyseerd (onderzoeksvragen E en F). Om deze onderzoeksvragen te beantwoorden, wordt ingegaan op de parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet, de WVPC en literatuur. Tevens wordt ingegaan op rechtspraak van de Hoge Raad en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) met betrekking tot twee specifieke situaties. Ter bepaling van de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel wordt de rechtspraak geanalyseerd die betrekking heeft op de verhouding tussen het recht tegen zelfincriminatie en het gebruik van onder dwang verkregen bewijsmateriaal voor doeleinden van strafrechtelijke opsporing en vervolging. Daarnaast wordt, ter bepaling van de beschermingsomvang van het nemo-teneturbeginsel, de rechtspraak geanalyseerd waarin centraal staat de verhouding tussen het recht tegen zelfincriminatie en het afdwingen voor controledoeleinden van informatie die mogelijk in een latere strafzaak wordt gebruikt. Concluderend: het onderzoek heeft tot doel te systematiseren, inconsistenties in het recht bloot te leggen en verhoudingen tussen begrippen en juridische regels te verhelderen.

In het kader van het onderzoek heb ik tevens achtergrondgesprekken in de vorm van semigestructureerde interviews gevoerd met dertien curatoren, een rechter-commissaris, de voormalig coördinator van het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, de landelijk coördinator bestrijding horizontale fraude van het OM, drie medewerkers van de politie en een medewerker van de dienst Justis. Ik benadruk dat deze gesprekken niet zijn gebruikt als empirische onderzoeksmethode, maar dienden ter bevordering van mijn eigen begripsvorming. De gesprekken zullen dus niet als bron worden gebruikt.

## 1.4 Terminologie

In dit onderzoek wordt zowel gebruikgemaakt van de term 'fraudesignalerende taak' als de term 'fraudebestrijdende taak.' Deze termen hebben verschillende inhoudelijke betekenissen en worden ook als zodanig gehanteerd. Met de term 'fraudesignalerende taak' wordt bedoeld op de in art. 68 lid 2 Fw opgenomen verplichtingen van de curator om bij het beheer en de vereffening van de boedel te bezien of sprake is van onregelmatigheden en melding en/of aangifte te doen van geconstateerde onregelmatigheden, als hij of de rechter-commissaris zulks nodig acht. Onder 'fraudebestrijdende taak' wordt verstaan de op de curator rustende verplichting na te denken over het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod in geval van geconstateerde onregelmatigheden. Met de term 'bedrieglijke bankbreuk' wordt bedoeld het met (voorwaardelijk) opzet op de

<sup>27</sup> De discussienota beoogt de praktijk te betrekken bij de ontwikkeling van het insolventierecht en zienswijzen te verzamelen over een aantal actuele thema's, zoals onder meer het takenpakket van de curator en de legeboedelproblematiek. De discussienota is te raadplegen op [internetconsultatie.nl](http://internetconsultatie.nl).

benadeling van schuldeisers onttrekken van goederen aan de boedel, vervreemden van activa beneden de waarde of bevoordelen van bepaalde schuldeisers. Sinds de inwerking-treding van de WHSF in juli 2016 komt de term ‘bedrieglijke bankbreuk’ niet meer voor in het Wetboek van Strafrecht. Vanwege de gangbaarheid en het feit dat dit begrip in de lagere rechtspraak nog steeds wordt gebruikt, zal de term ‘bankbreuk’ in dit onderzoek evenwel worden gehanteerd. Waar in dit onderzoek de term ‘schuldenaar’ wordt gebruikt, wordt bedoeld een rechtspersoon, meer in het bijzonder een bv. De reden hiervoor is dat volgens een tweetal onderzoeken van het CBS fraude voornamelijk voorkomt bij bv’s.<sup>28</sup>

## 1.5 Plan van behandeling

Dit proefschrift bestaat inclusief de inleiding uit zeven hoofdstukken en een slotbeschouwing. In hoofdstuk 2 wordt de historische ontwikkeling van het takenpakket en de bevoegdheden van de curator tot de introductie van de fraudepijler in 2012 behandeld (deelvraag A). In hoofdstuk 3 zoom ik in op de fraudepijler. Door het maken van een beleidsreconstructie tracht ik een beeld te schetsen van de gekozen middelen en doelstellingen, en de veronderstellingen van de wetgever bloot te leggen bij de bestrijding van faillissementsfraude in de fraudepijler (deelvraag B). Hoofdstuk 4 heeft betrekking op de Wet versterking positie curator (WVPC). Ik onderzoek wat de in art. 68 lid 2 Fw opgenomen fraudesignalerende taak precies inhoudt en of het toekennen van die taak voldoende is om een (effectieve) bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude (deelvraag C). Hoofdstuk 5 gaat over de Wet civielrechtelijk bestuursverbod (WCB). Ik behandel de vraag wat het civielrechtelijk bestuursverbod precies inhoudt en in hoeverre dit een geschikt middel is voor de curator om een (effectieve) bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude (deelvraag D). In hoofdstuk 6 ga ik in op de informatiepositie van de curator. Ik onderzoek welke (dwang)middelen de curator op grond van de Faillissementswet en daaraan verwante regelingen heeft om de voor zijn taakuitoefening noodzakelijke informatie te kunnen verkrijgen (deelvraag E). In hoofdstuk 7 staat het nemo-teneturbeginsel centraal. Ik onderzoek hoe het recht tegen zelfincriminatie van de bestuurder zich verhoudt tot de bevoegdheid van de curator in het faillissement informatie af te dwingen en deze door te spelen aan de opsporings- en vervolgingsinstanties, die vervolgens de informatie kunnen gebruiken ten behoeve van een opsporingsonderzoek en mogelijk als bewijs in een strafzaak (deelvraag F). Tot slot volgt een beschouwing waarin wordt gereflecteerd op een aantal thema’s dat in dit onderzoek aan bod komt en waarin aanbevelingen worden gedaan om het doel van de fraudepijler om tot een effectievere fraudebestrijding te komen, te bereiken (hfdst. 8).

<sup>28</sup> Zie CBS 2011, p. 18-19 en CBS 2016, p. 52-54.

# De ontwikkeling van het takenpakket en de bevoegdheden van de curator tot de aankondiging van de fraudepijler in 2012

## 2.1 Inleiding

De wetgever omschrijft het faillissement in 1893 als een algeheel beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van diens gezamenlijke schuldeisers.<sup>1</sup> De curator vervult in de faillissementsprocedure een centrale rol: hij is op grond van art. 68 Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De taakuitoefening en de in dat kader aan de curator toegekende bevoegdheden worden ingevuld in het licht van het met het faillissement na te streven doel.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het doel van het faillissement en de bevoegdheden van de curator vanaf de totstandkoming van de Faillissementswet in 1893 tot de aankondiging van de fraudepijler in 2012. Onderzocht wordt wat het doel van het faillissement is en welke taken en bevoegdheden aan de curator zijn toegekend ter verwezenlijking van dat doel. Voorts wordt onderzocht welke ontwikkelingen de taken en bevoegdheden van de curator hebben doorgemaakt tot de aankondiging van de fraudepijler in 2012. Deze ontwikkelingen worden afgezet tegen het doel dat de wetgever in 1893 met het faillissement voor ogen had. In dit kader wordt onderzocht in hoeverre de curator in de periode van 1893 tot 2012 al werkzaamheden verrichtte op het terrein van de bestrijding van misbruik van rechtspersonen. Een aspect dat in dit verband een belangrijke rol speelt, is in hoeverre maatschappelijke belangen, meer in het bijzonder het maatschappelijke belang van bestrijding van misbruik van rechtspersonen, in de periode van 1893 tot 2012 invloed kregen op de taakuitoefening door de curator.

Ik begin in paragraaf 2.2 met een beschrijving van het doel van het faillissement en de wijze waarop dat doel wordt nagestreefd. In paragraaf 2.3 ga ik in op de taken en bevoegdheden van de curator. In paragraaf 2.4 zoom ik in op de middelen van de curator om schuldeisersbenadeling te redresseren, te weten: de faillissementspauliana, de Peeters/Gatzen-vordering en de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering op grond van

---

1 Van der Feltz I, p. 339.

art. 2:138/248 BW. In paragraaf 2.5 schets ik aan de hand van de wetsgeschiedenis, de insolventiepraktijk, de jurisprudentie van de Hoge Raad en de literatuur een beeld van de invloed van maatschappelijke ontwikkelingen op de taakuitoefening door de curator en op het doel dat de wetgever in 1893 met het faillissement voor ogen heeft gehad. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (par. 2.6).

## 2.2 Het doel en de rechtsgevolgen van het faillissement

### 2.2.1 Inleiding tot het faillissement

Art. 3:276 BW bepaalt dat elke schuldeiser zich op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen. Het staat iedere schuldeiser vrij zijn vordering te innen, zo nodig door het leggen van beslagen en het starten van gerechtelijke procedures. De schuldeiser hoeft bij het innen van zijn vordering in beginsel geen rekening te houden met de belangen van andere schuldeisers, zij het dat na executie (een deel van) de opbrengst moet worden uitgekeerd aan een of meer schuldeiser(s) met een (hoger) recht van voorrang.<sup>2</sup> Voor de schuldenaar geldt dat hij zelf de volgorde bepaalt waarin hij zijn schulden voldoet.<sup>3</sup> Voor de schuldenaar geldt geen verplichting al zijn schuldeisers tegelijkertijd of naar evenredigheid van ieders vordering te betalen. Ook is hij niet verplicht schuldeisers met een recht van voorrang te voldoen vóórdat hij schuldeisers zonder recht van voorrang betaalt.<sup>4</sup>

Het hierboven uiteengezette systeem werkt zolang de schuldenaar kan voldoen aan zijn betalingsverplichtingen, maar wringt wanneer de schuldenaar niet langer in staat is al zijn (opeisbare) schulden te voldoen. Er dreigt dan een situatie te ontstaan waarin verschillende schuldeisers zich eerder en effectiever kunnen verhalen op de goederen van de schuldenaar – bijvoorbeeld omdat zij uit hoofde van een langlopende (krediet) relatie op de hoogte zijn van de vermogenspositie van de schuldenaar –, waardoor er voor andere, soms bevoorrechte, schuldeisers geen of onvoldoende verhaalsmogelijkheden overblijven.<sup>5</sup> Tevens bestaat het risico dat de schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers te voldoen, sommige, al dan niet aan hem gelieerde, schuldeisers bevoordeelt boven anderen.<sup>6</sup> Zowel de paritas creditorum (art. 3:277 BW) als de voorrangrechten (art. 3:278 e.v. BW) verhinderen niet dat dergelijke risico's zich verwezenlijken. De paritas creditorum en de voorrangrechten gelden namelijk alleen in de situatie waarin meer

2 Art. 480 Rv bepaalt dat indien er geen andere schuldeiser is die op de goederen of op de opbrengst van de executie beslag heeft gelegd en evenmin een beperkt gerechtigde bekend is wiens recht door de executie is vervallen, de deurwaarder de netto-opbrengst uitkeert aan de executant tot het beloop van diens vordering.

3 Van der Feltz I, p. 433 en Polak 2022, p. 1.

4 Van der Feltz I, p. 433.

5 Verstijlen 1998, p. 21 en Polak 2022, p. 2.

6 Verstijlen 1998, p. 21 en Polak 2022, p. 2.

schuldeisers tegelijkertijd op dezelfde goederen van hun schuldenaar verhaal zoeken en de opbrengst niet toereikend is om allen te kunnen voldoen.<sup>7</sup>

### 2.2.2 *Doel en karakter van het faillissement*

Om te kunnen waarborgen dat iedere schuldeiser datgene krijgt wat hem op basis van de wet (zijn rang) toekomt, is het faillissement in het leven geroepen.<sup>8</sup> De wetgever beschrijft het doel van het faillissement in 1893 als volgt: “De instelling van het faillissement beoogt niets anders dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op eene billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht, te verdelen, en het gehele samenstel der bepalingen, welke in eene faillissementswet wordt gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen.”<sup>9</sup> Uit dit citaat volgt dat het doel van het faillissement het effectueren van de verhaalsrechten van de gezamenlijke schuldeisers is. De wetgever beschrijft het karakter van het faillissement als een “gerechtelijk beslag op het gehele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeisers”.<sup>10</sup> Het karakter van het faillissement als gerechtelijk beslag komt tot uiting in art. 20 Fw, dat bepaalt: “Het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft.”

### 2.2.3 *Rechtsgevolgen faillissement voor schuldenaar en schuldeisers*

Om te voorkomen dat het door het faillissementsbeslag getroffen vermogen van de vennootschap door haar bestuurders wordt aangewend ten eigen bate of voor de (willekeurige) voldoening van individuele schuldeisers, wordt dat vermogen onttrokken aan de macht van de bestuurders en de schuldeisers.<sup>11</sup> De rechtsgevolgen van faillietverklaring voor de vennootschap (de schuldenaar) en haar schuldeisers kunnen als volgt worden weergegeven.

De schuldenaar verliest als gevolg van de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over het tot het faillissement behorende vermogen, te rekenen van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken (art. 23 Fw). De schuldenaar is derhalve na het uitspreken van het faillissement niet langer in staat de boedel te binden en daarmee vermogensbestanddelen aan de boedel te onttrekken: hij kan niet langer rechtsgeldig beschikkingsdaden verrichten.<sup>12</sup> Als (logisch) uitvloeisel van art. 23 Fw bepaalt art. 24 Fw

7 De paritas creditorum houdt in dat in geval van een concursus creditorum schuldeisers onderling een gelijk recht hebben naar evenredigheid van ieders vordering uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan. Een voorrangrecht – het recht van pand en hypotheek (art. 3:277 jo. art. 3:278 BW) en de andere voorrechten (art. 3:283 e.v. BW) – houdt in dat in geval van de zojuist bedoelde concursus de schuldeiser met een voorrangrecht voldaan wordt vóór de overige schuldeisers. De concursus creditorum zal zich met name in het faillissement voordoen. Zie Verstijlen 1998, p. 15-21.

8 Van der Feltz I, p. 27.

9 Van der Feltz I, p. 27.

10 Van der Feltz I, p. 339.

11 Zie in dit verband ook Verstijlen 1998, p. 43.

12 Van der Feltz I, p. 339.