

**Schoordijk Instituut**  
*Center for Company Law*  
*Insolventure*

## **Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisersbenadeling en conclusies**

Mr. drs. A.P.K. Lutikhuis RA  
Dr. ir. R.E. Timmermans

Boom Juridische uitgevers  
Den Haag  
2007

© 2007 A.P.K. Lutikhuis, R.E. Timmermans / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978 90 5454 716 7

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

## Woord vooraf

De al in 1893 ingevoerde Faillissementswet is sindsdien meerdere malen aangepast maar nog nimmer in zijn volledigheid herzien. Daardoor loopt deze wet niet meer in de pas met de huidige socio-economische omstandigheden die uiteraard in meer dan één eeuw tijd wel ingrijpend zijn gewijzigd. De huidige Commissie insolventierecht onder leiding van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann stelt een algehele wetswijziging voor, welke niet in stapjes doch in één slag plaats moet vinden. Naar verwachting zal de commissie dit voorjaar een wetsontwerp hebben vervaardigd voor een nieuwe Insolventiewet.

Om daaraan een tijdige bijdrage te leveren in de vorm van een analyse van de tekortkomingen van het faillissementsrecht, heb ik in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek (afdeling Rechtsbescherming en Veiligheid) een grootschalig empirisch onderzoek opgezet en verricht naar de fenomenen: behoud van werkgelegenheid, behoud van onderneming, ‘misbruik’ van faillissementsrecht, toezicht en schuldeisersbenadeling bij faillissementen. Doel van het onderzoek was het in kaart brengen van de aard en de omvang van de genoemde fenomenen en de hiermee gepaard gaande problematiek. Alsook waar mogelijk aangeven in hoeverre een bepaald instrument van de Faillissementswet een probleem oplost en aangeven op welke punten verbeteringen mogelijk zijn, eventueel ook buiten het faillissementsrecht. Hiertoe heb ik vier jaren geleden wijzigingen aangebracht in het dossieronderzoek dat om de 2 jaar in het kader van de CBS Faillissementsstatistiek wordt uitgevoerd. Daarbij zijn de dossieronderzoeksvragen in 2004 gedeeltelijk geherformuleerd en uitgebreid.

In 2006 heb ik reeds de resultaten gepubliceerd van het dossieronderzoek betreffende: werkgelegenheid, behoud van onderneming, misbruik van faillissementsrecht en toezicht.<sup>1</sup> In het onderhavige boek worden de resultaten van dit dossieronderzoek gepubliceerd voor zover het schuldeisersbenadeling betreft (hoofdstuk 1). Verder is onderwerp van deze publicatie de algehele conclusies en aanbevelingen van het gehele dossieronderzoek (hoofdstuk 2). Samen met Rudolf Timmermans heb ik hoofdstuk één geschreven, uitgezonderd de slotparagraaf. Rudolf Timmermans is als projectmanager verbonden aan het Centraal Bureau voor de Statistiek. Deze paragrafen van dit hoofdstuk zijn dus weliswaar in samenwerking met – en op basis van het bronnenmateriaal van – het CBS tot stand gekomen, maar ze geven uitsluitend de mening weer van de auteurs en deze mening is niet noodzakelijkerwijs de mening van het CBS. Voor de slotparagraaf van hoofdstuk één en voor hoofdstuk twee ben ik alleen verantwoordelijk.

Zowel bij het opzetten van het onderzoek en het uitwerken van de onderzoeksvragen als bij het verzamelen van de data zijn wij veel dank verschuldigd aan diverse personen. Hierbij willen wij bedanken de leden van de advocatuur, de rechterlijke macht en van de onderzoeksgroep Insolventure die commentaar hebben gegeven op de vernieuwde vragenlijst.

---

1 Luttikhuis 2006.

Verder zijn wij veel dank verschuldigd aan Frits Huls en Dick Boer van de Afdeling Rechtsbescherming en Veiligheid en Koos Dirkse en de onderzoekmedewerkers van de Buitendienst van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS).

In het bijzonder willen wij bedanken Reinout Vriesendorp van de onderzoeksgroep Insolventure van het Center for Company Law van de Universiteit van Tilburg voor de bereidheid om mee te denken en het concept te beoordelen.

Het onderzoek is financieel mogelijk gemaakt dankzij bijdragen – al dan niet in natura – van het CBS, de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) en het Schoordijk Instituut van de Universiteit van Tilburg.

Met het oog op de verdere verbetering en verfijning van het onderzoek door het CBS in samenwerking met de Universiteit van Tilburg zijn wij niet alleen de dialoog met elkaar aangegaan maar gaan wij ook de dialoog aan met u als lezer en stellen uw eventuele opmerkingen en suggesties voor de verdere faillissementsonderzoeken op prijs.

Karin Luttkhuis,  
([Karinluttkhuis@advocatie.nl](mailto:Karinluttkhuis@advocatie.nl))

januari 2007

## Afkortingen

AA	Ars Aequi
ARA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
art.	artikel
artt.	artikelen
a.w.	aangehaald werk
AWR	Algemene Wet Rijksbelastingen
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BIBOB	Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar bestuur
Bijl. Hand. I	Bijlagen bij Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Bijl. Hand. II	Bijlagen bij Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
BNB	Beslissingen in Belastingzaken/Nederlandse Belastingrechtspraak
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CCL	Center for Company Law
Cir	Centraal insolventieregister
CV	Commanditaire Vennootschap
CWI	Centrum voor Werk en Inkomen
d.d.	de dato
e.a.	en anderen
ECD	Economische Controledienst
etc.	etcetera
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden
Fw.	Faillissementswet
Hand. I	Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Hand. II	Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HSI	Hugo Sinzheimer Instituut
Insolad	Vereniging Insolventierecht Advocaten
Inv.	Invorderingswet 1990
Iwfsv	Invoeringswet Wet financiering sociale verzekeringen
i.w.t.	in werking getreden
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.	juncto

### *Afkortingen*

---

JOR	Jurisprudentie Ondernemingsrecht
JOL	Jurisprudentie online
Kamerstukken I	Kamerstukken van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Kamerstukken II	Kamerstukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
LInv	Leidraad Invordering
Ltd.	Limited company
m.m.v.	met medewerking van
m.nt.	met noot
Ktr.	Kantonrechter
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	Naamloze vennootschap
OK	Ondernemingskamer
OM	Openbaar ministerie
OO&R	Onderzoekscentrum voor Onderneming & Recht
q.q.	qualitate qua
Rb.	Rechtbank
r-c	rechter-commissaris
Recofa	Werkgroep rechters-commissarissen in faillissementen
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SBI '93	Standaard Bedrijfsindeling 1993
SER	Sociaal Economische Raad
SIOD	Sociale inlichtingen- en opsporingsdienst
Sr.	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Ster.	Staatscourant
SV&V	Tijdschrift voor Stichting, Vereniging en Vennootschap, sinds 2004 opgevolgd door het tweemaandelijks tijdschrift Ondernemingsbestuur (TvOB)
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen, sinds 1999 opgevolgd door het tijdschrift Ondernemingsrecht
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
IV	

vgl.	vergelijk
V&O	Vennootschap en Onderneming
Vpb.	Wet op de vennootschapsbelasting
vof	vennootschap onder firma
V-N	Vakstudie Nieuws
W.	Weekblad van het Recht
WBA	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid
WBF	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement
WED	Wet op de economische delicten
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
Wfsv	Wet Financiering Sociale Verzekeringen
WODC	Wetenschappelijk onderzoek- en documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
WSNP	Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen
WvK	Wetboek van Koophandel
WW	Werkloosheidswet





# Inhoudsopgave

AFKORTINGEN	III
<b>HOOFDSTUK 1</b>	<b>1</b>
EFFECTEN VAN SCHULDEISERSBENADELING ONDER DE HUIDIGE FAILLISEMENTSWET	1
1 <i>Inleiding</i>	1
2 <i>Schuldeisersbenadeling</i>	2
3 <i>Recent onderzoek</i>	4
4 <i>Aard van de instrumenten</i>	6
4.1 <i>Faillissementspauliana</i>	7
4.2 <i>Onrechtmatige daad</i>	8
4.3 <i>Bestuurdersaansprakelijkheid</i>	10
5 <i>Empirisch onderzoek</i>	13
5.1 <i>Onderzoeksresultaten effecten schuldeisersbenadeling</i>	15
5.2 <i>Onderzoeksresultaten werking instrumenten</i>	21
6 <i>Conclusies en aanbevelingen</i>	26
<b>HOOFDSTUK 2</b>	<b>29</b>
CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	29
1 <i>Conclusies</i>	29
2 <i>Aanbevelingen</i>	36
LIJST VAN GERAADPLEEGDE EN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR	45
BEGRIPPENLIJST	49



## **Effecten van schuldeisersbenadeling onder de huidige Faillissementswet**

*Mr. drs. A.P.K. Lutikhuis RA*

*Dr. ir. R.E. Timmermans*

### **1 Inleiding**

In de afgelopen decennia hebben meerdere staatscommissies<sup>1</sup> een poging gedaan om de huidige Faillissementswet te herzien. De Faillissementswet die dateert uit 1893<sup>2</sup> is echter nog niet vervangen. De Faillissementswet is weliswaar op een aantal gebieden meer en minder ingrijpend gewijzigd,<sup>3</sup> maar loopt niet in pas met de wijzigingen in maatschappij en overige wetgeving, die sinds 1893 aanzienlijk zijn geweest. De huidige Commissie insolventierecht buigt zich over deze problematiek.

Alvorens de wetgever de Faillissementswet gaat wijzigen, is het van belang om te onderzoeken hoe de Faillissementswet nu functioneert. Op dit moment weet de wetgever niet eens of de doelen die hij wil bereiken met het insolventierecht al dan niet worden bereikt. Zo is ook onbekend of de instrumenten om schuldeisersbenadeling tegen te gaan effectief of ineffectief zijn, laat staan dat geduid kan worden of wijzigingen in de Faillissementswet dan wel in andere wetgeving aangebracht zouden moeten worden om deze instrumenten eventueel meer effectief te maken.

- 
- 1 O.a. Commissie ter advisering omtrent de eventuele herziening van de Faillissementwet, ingesteld door de Minister van Justitie bij Besluit van 1 mei 1986, *Stcrt.* 15 mei 1986, nr. 91 (Commissie-Mijnssen, 1989), MDW-Werkgroep Herziening Faillissementswet en de huidige Commissie insolventierecht.
  - 2 Wet van 30 september 1893, *Stb.* 140 en is in werking getreden op 1 september 1896 (Wet van 6 september 1895, *Stb.* 155).
  - 3 Tot de meer ingrijpende wijzigingen kunnen de aanpassingen in het kader van de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (Kamerstukken 16631; *Stb.* 1986, 275); invoering van het nieuwe vermogensrecht per 1 januari 1992 (Kamerstukken 16593, 19528 resp. 21418; *Stb.* 1986, 295, *Stb.* 1991, 198 resp. *Stb.* 1991, 199); invoering Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) in 1998; bestrijding misbruik faillissementen om werknemers te ontslaan (Kamerstukken 27 469, *Stb.* 2002, 215 en *Stb.* 2002), 245, invoering vereenvoudigde afwikkeling in 2002 (Kamerstukken 27 199, *Stb.* 2002, 185), inwerkingtreding Europese insolventieverordening en de bevordering effectiviteit van surseance van betaling (Kamerstukken 27 244; *Stb.* 2004, 615).

De wetgever en de Hoge Raad hebben aan de curator een aantal instrumenten gegeven waarmee hij kan ageren tegen schuldeisersbenadeling, te weten: de faillissementspauliana (art. 42 e.v. Fw.), de vordering uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en het aansprakelijk stellen van bestuurders bij onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW, 2:248 BW). De mate waarin deze instrumenten effectief zijn, dient te worden afgemeten aan het al dan niet bereiken van de doelen van de faillissementsprocedure. Deze zijn maximalisatie van de opbrengsten van de gezamenlijke schuldeisers en behoud van onderneming en werkgelegenheid.<sup>4</sup>

Op basis van empirisch onderzoek wordt in het onderhavige hoofdstuk geconcludeerd dat schuldeisersbenadeling onder de huidige wetgeving slechts een gering negatief effect heeft op het doel maximalisatie van de opbrengsten van de gezamenlijke schuldeisers. Op behoud van onderneming en werkgelegenheid heeft schuldeisersbenadeling géén negatieve invloed. Verder wordt geconcludeerd dat gebruik van de instrumenten om schuldeisersbenadeling tegen te gaan in een groot deel van de gevallen niet leidt tot een uitkering aan schuldeisers.

## 2 Schuldeisersbenadeling

Het faillissement omvat in beginsel het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring en al hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft (art. 20 Fw.).<sup>5</sup> De boedel omvat echter meer vermogen dan alleen het vermogen van de schuldenaar vanaf het moment van faillietverklaring. Immers, de schuldenaar kan alleen of in samenspanning met een derde voor faillissement ten nadele van de schuldeisers hebben gehandeld en zo vooraf of tijdens het faillissement goederen hebben onttrokken aan het vermogen. Aan de curator staan diverse instrumenten ter beschikking om het vermogen van de schuldenaar zoals dat op faillissementsdatum bestaat, terug te brengen in de staat waarin dit rechtens had moeten zijn zonder genoemde handelingen.<sup>6</sup> Deze instrumenten bestaan uit: het vernietigen van een verplichte en/of onverplichte rechtshandeling van de schuldenaar op grond van art. 42 e.v. Fw. (faillissementspauliana), het instellen van een rechtsvordering op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en/of op grond van bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:138/248 of art. 2:9 BW).<sup>7</sup> Deze instrumenten hebben als doel om het vermogen dat ten onrechte aan de boedel is onttrokken of waardoor de boedel is benadeeld wederom aan de boedel te laten toevloeien.

---

4 Zie Luttikhuis 2004a.

5 Uitgezonderd hetgeen genoemd onder art. 21 Fw.

6 Zie ook Verstijlen 1998, p. 43 e.v.

7 Een ander middel dat een curator ter hand staat, is het doen van aangifte van die vormen van schuldeisersbenadeling die door het strafrecht zijn gekwalificeerd als strafbare feiten. Ons onderzoek richt zich hier niet op. Een ander middel dat een curator ter hand staat, is het doen van aangifte van die vormen van schuldeisersbenadeling die door het strafrecht zijn gekwalificeerd als strafbare feiten. Ons onderzoek richt zich hier niet op.

Over de onrechtmatige daad dient te worden opgemerkt dat de curator sinds het Peeters q.q./Gatzen<sup>8</sup> arrest van de Hoge Raad uit 1983 de bevoegdheid heeft om ook ten behoeve van de *gezamenlijke* schuldeisers<sup>9</sup> een vordering tot schadevergoeding ex art. 6:162 BW in te stellen jegens een derde die heeft meegewerkt aan benadeling van de schuldeisers door de gefailleerde, ook al kwam een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe.

De curator zal alleen van genoemde instrumenten gebruikmaken indien hiermee ook de doelen van de Faillissementswet wordt nagestreefd.<sup>10</sup> Het is primair gericht op de belangen van de *gezamenlijke* schuldeisers.<sup>11</sup> De leidraad waarnaar de curator en de r-c dienen te handelen is de maximalisatie van de opbrengsten van de boedel en behoud van de onderneming en van de werkgelegenheid.<sup>12</sup>

Wij verstaan onder schuldeisersbenadeling: al het handelen dat volgens de curator onrechtmatig (ex art. 6:162 BW)(o.a. de zogenaamde Peeters/Gatzen vordering verstaan) en/of paulianeus is danwel valt onder de definitie van onbehoorlijk bestuur van art. 2:138/248 BW en/of te kwalificeren is als een tekortkoming door een bestuurder in de nakoming van een behoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW. Voor de vraag of er sprake is van schuldeisersbenadeling is het niet van belang of de curator daadwerkelijk overgaat tot het instellen van een vordering.

Bij natuurlijke personen is de schuldeisersbenadeling beperkt tot onrechtmatig en/of paulianeus handelen. Er bestaat immers geen vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid bij natuurlijke personen omdat de natuurlijke personen die het bedrijf voeren per definitie persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schulden van het bedrijf.

---

8 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597. Deze regel is in latere uitspraken bevestigd zie onder meer HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.), HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 en HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 629 (THB-arresten), HR 21 december 2001 (Lunderstädt/De Kok en Sobi/Hurks)(*NJ* 2005, 95 en 96).

9 In het De Bont/Bannenberg q.q. arrest d.d. 16 september 2005 (*JOR* 2006, 52), heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de curator een Peeters/Gatzen vordering slechts ten behoeve van de *gezamenlijke* schuldeisers kan instellen. Hij kan dit niet in zijn eigen hoedanigheid van curator te hunner behoeve doen.

10 Zie o.a. HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311 m. nt. P. van Schilfgaarde (De Bont/Bannenberg q.q.).

11 Zie Luttikhuis 2004a.

12 Zie voor een nuancering van dit doel Luttikhuis 2004a.

### 3 Recent onderzoek

Recente wetenschappelijke empirische onderzoeken<sup>13</sup> in Nederland die gerelateerd zijn aan schuldeisersbenadeling zijn: ‘De efficiëntie van de Faillissementswet’<sup>14</sup> van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht (OO&R), de Faillissementsstatistieken van het CBS en ‘Fraude en misbruik bij faillissement’ van het Hugo Sinzheimer Instituut.<sup>15</sup> Op basis van deze onderzoeken kan géén eenduidig antwoord gegeven worden op de vraag in welke mate schuldeisersbenadeling voorkomt. Verder wordt in deze onderzoeken niet getracht de relatie tussen schuldeisersbenadeling en het bereiken van de doelen van de faillissementsprocedure vast te stellen.

In zijn onderzoek naar de efficiëntie van de Faillissementswet, heeft het OO&R onder meer onderzocht hoe vaak er sprake is van geschillen betreffende paulianeus en onrechtmatig handelen dan wel van bestuurdersaansprakelijkheid. Het onderzoek van het OO&R is verricht op basis van een steekproef en heeft een onderzoekspopulatie van ondernemingen met een balanstotaal van meer dan fl. 500.000 of met meer dan 15 tot 20 werknemers in dienst. Het is zeer de vraag of deze steekproef representatief geacht mag worden voor de populatie van gefailleerde bedrijven.

Het CBS publiceerde tot 2002 in zijn tweejaarlijkse Faillissementsstatistieken of de faillissementsdossiers van bedrijven aanwijzingen bevatten over vermoedelijk strafbare benadeling van schuldeisers door de schuldenaren. Het begrip strafbare benadeling komt niet overeen met het begrip schuldeisersbenadeling. Onder strafbare benadeling vallen volgens het CBS vooral handelingen die strafbaar zijn gesteld in het Wetboek van Strafrecht, alsmede het stelselmatig niet betalen van verschuldigde belastingen en premies van de volks- en werknemersverzekeringen.<sup>16</sup> Het begrip schuldeisersbenadeling zoals door ons gehanteerd, is ruimer. Het omvat niet alleen handelingen door gefailleerden maar ook door derden en het omvat handelingen die het schenden van civielrechtelijke normen inhoudt.

Het Hugo Sinzheimer Instituut heeft in 2005 een onderzoek verricht naar het voorkomen van onder andere ‘onbehoorlijk bestuur’ en ‘faillissementsfraude’.<sup>17</sup>

---

13 De minder recente onderzoeken dateren uit de jaren tachtig en begin jaren negentig (Berghuis & Paulides 1982 en 1983 en Cozijn 1989 en 1991).

14 OO&R 2001.

15 Knecht e.a. 2005, dit rapport ziet alleen op rechtspersonen.

16 In het onderzoek van het CBS worden feiten slechts als vermoedelijk strafbare benadeling aangemerkt indien aan twee voorwaarden is voldaan: a. de r-c en/of de curator in het faillissement moet(en) nadrukkelijk signaleren dat er sprake is van vermoedelijk strafbare benadeling van schuldeisers; b. uit het desbetreffende faillissementsdossier moeten feiten blijken waaruit een dergelijke benadeling is af te leiden. Zie Faillissementsstatistiek 1997-1998, Voorburg 1999, p. 26.

17 Knecht e.a. 2005.

Het HSI hanteert daarbij andere (ruimere) begrippen<sup>18</sup> die bovendien een buitenwettelijk karakter hebben.<sup>19</sup> De door het HSI gehanteerde onderzoeksmethoden zijn literatuurstudie, interviews en dossieranalyse. De onderzoekers hebben bij het onderzoek gebruik gemaakt van een eigen definitie van ‘faillissementsfraude’<sup>20</sup> en onbehoorlijk bestuur<sup>21</sup> en hebben een eigen visie over wanneer zich bepaald verschijnsel voordoet.<sup>22</sup>

Er wordt op basis van dossieranalyse geconcludeerd dat in een vierde van de gevallen sprake is van fraude of onregelmatigheden met betrekking tot de boedel. De door dossieronderzoekers beantwoorde vragen die aan dit oordeel ten grondslag liggen zijn: “Maakt de curator melding van mogelijke onregelmatigheden met betrekking tot de boedel?” en “Zijn er in het dossier aanwijzingen dat de onderneming is gebruikt of zelfs is opgezet met het oogmerk om crediteuren te benadelen?”. In onze optiek zijn “mogelijke onregelmatigheden” en “aanwijzingen” onvoldoende om van schuldeisersbenadeling te kunnen spreken.

Hieromtrent merken de HSI-onderzoekers zelf overigens op: ‘opzet blijkt in de praktijk soms lastig te bewijzen’ alsook ‘er is dus zelden een eenduidig oordeel mogelijk op de vraag of er sprake is van fraude’.<sup>23</sup> Uit dit alles blijkt dat het moeilijk is om binnen het HSI-begrippenkader vast te stellen wanneer er in juridische zin sprake is van één van de gebeurtenissen.

---

18 Voorts is er een verschil in onderzoeksomvang. De steekproef van het HSI omvat 868 van de in 2004 beëindigde faillissementen van rechtspersonen: BV’s, NV’s, stichtingen en buitenlandse rechtspersonen. Ons dossieronderzoek omvat alle bedrijven, waarvan het faillissement in 2004 is beëindigd.

19 Zie ook W. Aerts, ‘Bestrijding van faillissementsfraude: de stand van zaken,’ *TvI* 2006, p. 75.

20 Onder ‘faillissementsfraude’ verstaat het HSI: ‘opzettelijk, wederrechtelijk handelen waardoor de faillissementsschuldeisers van de failliete rechtspersoon opzettelijk of culpoos worden benadeeld’. Deze ‘fraude’ kan zich volgens het HSI in twee vormen voordoen:

- ‘het faillissement wordt opgezet of gebruikt met het oogmerk crediteuren te benadelen’; en

- ‘een aanstaand of al uitgesproken faillissement is soms een gegeven waarbinnen betrokkenen vervolgens illegitiem voordeel trachten te behalen door activa aan de boedel te onttrekken.’ Volgens het HSI is er dan sprake van ‘onregelmatigheden met betrekking tot de boedel’ (Knegt e.a. 2005, p. 4).

21 Onder ‘onbehoorlijk bestuur’ verstaat het HSI: ‘tenslotte kan het faillissement voortvloeien uit ondeskundigheid, slordigheid, nalatigheid of onbekwaamheid van de bestuurder(s) van een onderneming. Een veel voorkomende situatie is dat geen of geen deugdelijke administratie is gevoerd. Als het handelen van de bestuurder niet verwijtbaar is, wordt dit aangeduid als ondeskundig handelen. Als het handelen of nalaten wel verwijtbaar is, spreken we van ‘onbehoorlijk bestuur.’’ (Knegt e.a. 2005, p. 5).

22 De onderzoekers van het HSI gaan niet alleen af op de visie van de curator en/of de r-c zoals weergegeven in de faillissementsdossiers, maar ook op hun eigen visie.

23 Knegt e.a. 2005, p. 17-18.

Verder meldt HSI op basis van dossieranalyse dat in 19 procent van de gevallen sprake is van onbehoorlijk bestuur zonder dat sprake is van fraude of onregelmatigheden met betrekking tot de boedel. Van onbehoorlijk bestuur is daarbij sprake als:

- de curator ondeskundig bestuur heeft aangemerkt als mogelijke oorzaak van het faillissement of
- wanneer de administratie ontbreekt of incompleet is en de curator heeft overwogen om in verband hiermee aangifte te doen of de bestuurders aansprakelijk te stellen of
- wanneer de jaarrekeningen niet tijdig zijn gedeponeed en de curator heeft overwogen om de bestuurders in verband hiermee aansprakelijk te stellen.

Deze definitie duidt ons inziens niet noodzakelijkerwijs op wat wij verstaan onder schuldeisersbenadeling. Met name bij faillissementen waarbij “de curator ondeskundig bestuur heeft aangemerkt als mogelijke oorzaak van het faillissement” hoeft ons inziens geen sprake te zijn van schuldeisersbenadeling.

Het begrip schuldeisersbenadeling zoals wij dat hanteren, komt derhalve niet overeen met de begrippen ‘faillissementsfraude’ en ‘onbehoorlijk bestuur’ zoals deze door het HSI zijn onderzocht.

#### 4 Aard van de instrumenten

De curator kan schuldeisersbenadeling bestrijden door gebruik te maken van de instrumenten uit het civiele recht en/of door gebruik te maken van het strafrecht. Het faillissementsrecht is civiel recht en heeft in principe niet ten doel degene te straffen die strafbare feiten heeft gepleegd. De curator is derhalve niet gehouden tot het doen van aangifte en hij doet dit ook niet in alle gevallen.<sup>24</sup> Veelal omdat de curator het doen van aangifte, gelet op de kosten en baten, niet opportuun acht.<sup>25</sup> Hier is het doen van aangifte als instrument ter bestrijding van schuldeisersbenadeling derhalve buiten beschouwing gelaten.

---

24 Zie ook R.D. Vriesendorp e.a. 1999, p. 67.

25 Zie ook Knecht e.a. 2005, p. 75 e.v. Het HSI heeft 11 curatoren geïnterviewd en onder meer aan hen gevraagd waarom zij geen aangifte van strafbare feiten doen. Overigens heeft recentelijk de Commissie insolventierecht voorgesteld om wel een vorm van aangifteplicht in de nieuwe Insolventiewet te incorporeren. Daarbij denkt de Commissie in de eerste plaats aan voor de insolventie strafbare feiten. Volgens het voorontwerp dient de bewindvoerder in geval van een redelijk vermoeden van een dergelijk strafbaar feit in elk geval de r-c over zijn vermoeden inlichten. Deze kan volgens het voorontwerp de bewindvoerder dan opdragen om aangifte te doen. In dit verband voorziet het voorontwerp in de mogelijkheid om in geval van een lege boedel de kosten van de bewindvoerder ten laste van de staat te brengen. Of het voorontwerp ook erin voorziet dat de kosten van de bewindvoerder worden gedragen indien er geen sprake is van een lege boedel blijft onvermeld. Het is de vraag of gelet op het civiele karakter van een faillissementsprocedure, het wenselijk is om de curator ten laste van de schuldeisers te belasten met een overheidstaak. Voor een faillissementsprocedure zijn de individuele schuldeisers hier ook niet toe verplicht. Dit onderwerp zal



---

#### 4.1 *Faillissementspauliana*

De faillissementspauliana houdt in dat de curator ten behoeve van de schuldeisers het recht heeft om handelingen van de schuldenaar, in de periode voorafgaand aan het faillissement te vernietigen. In art. 42 Fw. e.v. staat de vernietigbaarheid van onverplicht verrichte rechtshandelingen centraal. Art. 47 Fw. bevat specifieke criteria voor de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen. De gevolgen van de vernietiging worden geregeld in art. 51 Fw.<sup>26</sup>

Art. 42 Fw. houdt in dat de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar voor de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtigde verklaring kan vernietigen.

Art. 42 Fw. stelt vijf vereisten. Het moet gaan om een rechtshandeling die onverplicht is verricht waardoor de schuldeisers werkelijk benadeeld zijn. Volgens de Hoge Raad moet de vraag of benadeling aanwezig is, worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft.<sup>27</sup> Voorts dienen de schuldenaar en de wederpartij bij het verrichten van de rechtshandeling te weten, of hebben behoren te weten, dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

De curator moet stellen en bewijzen dat aan deze vijf vereisten is voldaan. De wet helpt hem hierbij. In art. 43 Fw. staat dat in bepaalde gevallen wetenschap van benadeling wordt vermoed. Hier is tegenbewijs toegelaten.

---

verder onbesproken blijven (Brief van de Commissie insolventierecht d.d. 29 juni 2006 aan de Minister van Justitie).

26 Zie o.a. R.D. Vriesendorp, 'Art. 47: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer 1996, p. 65-81, R.D. Vriesendorp, 'Een van de grenzen van art. 47 Fw nader verkend,' *TvI* 1999, p. 172-181, Gispén, 'De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio pauliana', in: A. van Hees (red.), *Vragen rondom de faillissementspauliana*, Insolad jaarboek 1998, N.W.M. van den Heuvel, 'Actio pauliana, onrechtmatige daad en het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO,' *TvI* 2002, p. 75-85, J.B. Huizink, 'Nogmaals art. 47 F,' *WPNR* 6429 (2001), p. 33-34, J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer,' *TvI* 2002, p. 167-173, F.P. van Koppen, 'Moet wetenschap van benadeling in art. 47 Fw geobjectiveerd worden?' *WPNR* 2001 (6454), p. 708-711, F.P. van Koppen, 'Bespreking HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94 en HR 21 december 2001, *RvdW* 6 en 7,' *TvI* 2002, p. 173-180, H.P.J. Ophof, *De actio pauliana: terug van weggeweest of ook: 'wegwezen'?* (oratie), 1992, M.A.L.M. Willems en B. Husken, 'Actio Pauliana', in: W. Aerts e.a. (red.), *Ongeoorloofde gedragingen*, Deventer 2006.

27 Zie HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 Diepstraten/Gilhuis q.q., r.o. 3.5.2.

Art. 45 Fw. handelt om rechtshandelingen om niet ofwel schenkingen. Hierbij is slechts wetenschap bij de schuldenaar zelf vereist. Deze wetenschap wordt vermoed aanwezig te zijn bij schenkingen verricht in het jaar voorafgaande aan de faillietverklaring.

In beginsel kan voldoening door de schuldenaar van een opeisbare schuld niet worden vernietigd, tenzij hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd dan wel de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen (art. 47 Fw.). De toepassingsvoorwaarden van verplichte handelingen zijn dermate streng dat verplichte handelingen zelden met succes kunnen worden aangetast.<sup>28</sup> De Commissie insolventierecht heeft in haar brief van 29 juni 2006 aan de Minister van Justitie bericht dat het voorontwerp ruimere gronden voor vernietiging van kort voor de insolventieverklaring verplicht verrichte rechtshandelingen zal bevatten dan het huidige art. 47 Fw. geeft.<sup>29</sup> Empirisch onderzoek op basis van een curatorenenquête en deskundigenbijeenkomsten wijst erop dat er aanzienlijke problemen zijn met zowel de bewijslast bij faillissementspauliana als met de mogelijkheden om bij partijen informatie te vergaren.<sup>30</sup>

#### 4.2 *Onrechtmatige daad*

Derden kunnen onder omstandigheden persoonlijk aansprakelijk zijn uit hoofde van een eigen onrechtmatige daad jegens de schuldeisers. In zijn arrest van 14 januari 1983,<sup>31</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de curator onder omstandigheden ook zonder volmacht bevoegd is om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij deze benadeling betrokken derde. Voor een dergelijke actie is wel vereist dat de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld. In het Peeters/Gatzen arrest overwoog de Hoge Raad dat de curator deze vordering tegen de derde kon instellen: 'ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde toe.' Deze regel is in latere uitspraken bestendigd en kan worden aangemerkt als vaste rechtspraak.<sup>32</sup> De door de Hoge Raad aan de

---

28 Zie o.a. G. van Dijck, 'De actio Pauliana in Nederland en de wet van de remmende voorsprong,' in: J. Smits & S. Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen 2005, p. 393 - 410, par. 2 en de aldaar genoemde voetnoot 11.

29 Brief van de Commissie insolventierecht van 29 juni 2006 aan Minister van Justitie, nr. 5.

30 G. van Dijck, 'Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana', *Tijdschrift voor Insolventierecht*, *TvI* 2006, 26, p. 112.

31 NJ 1983, 597, m.nt. PvS (Peeters q.q./Gatzen).

32 Zie o.a. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.), HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 en HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 629 m.nt. WMK (Tilburgse Hypotheekbank) (THB-arresten).

curator gegeven bevoegdheid komt niet exclusief aan de curator toe. Indien de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld kan er sprake zijn van samenloop met de individuele schuldeisers. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat dan zowel de curator als de individuele benadeelde schuldeisers bevoegd zijn om de betrokken derde aan te spreken.<sup>33</sup>

Indien er geen sprake is van een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers dan hebben alleen de individuele benadeelde schuldeisers de bevoegdheid om op te komen tegen de derde uit hoofde van onrechtmatige daad.<sup>34</sup> Of de individuele schuldeisers gebruik hebben gemaakt van hun bevoegdheid om tegen de derde te ageren valt buiten het bestek van dit onderzoek.

Bij brief van 29 juni 2006 aan de Minister van Justitie heeft de Commissie insolventierecht bericht dat de zogenoemde Peeters/Gatzen vordering wordt gecodificeerd. Het voorontwerp regelt voor het geval van verhaalsbenadeling van de gezamenlijke schuldeisers ook de mogelijkheid dat de curator

33 Zie HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok c.s.), r.o. 3.4.4. en 3.4.5: '[...] De sedert 1983 in de rechtspraak aangenomen bevoegdheid van de curator om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij die benadeling betrokken derde staat, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruik maakt of niet, niet eraan in de weg dat die schuldeisers de aan hen toekomende vordering zelf in rechte geldend maken. Voor een andersluidend oordeel zou, mede in verband met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn. Deze kan echter, anders dan in verband met het bepaalde in art. 49 Fw. het geval zou zijn bij een op art. 3:45 BW gebaseerde vordering, noch in de Faillissementswet, noch in enige andere wettelijke bepaling worden gevonden; ook niet – wat het geldend maken van de vordering tegen A. de Kok betreft – in art. 2:248 BW, welk artikel slechts in het geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur aan de curator van een gefailleerde besloten vennootschap de mogelijkheid biedt de bestuurders van die vennootschap aan te spreken voor het tekort in het faillissement. 3.4.5. Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat indien – anders dan hier het geval is – ook de curator op grond van hetzelfde feitencomplex, uit hoofde van zijn hiervoor in 3.4.4 omschreven bevoegdheid een vordering uit onrechtmatige daad geldend maakt jegens de derde, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt beslist.'

34 HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311 m. nt. P. van Schilfgaarde (De Bont/Bannenbergh q.q.). Zie voor literatuur over de onrechtmatige daad o.a. F.M.J. Verstijlen, 'De aansprakelijkheid voor selectieve voldoening door schuldeisers,' *WPNR* 1999 (6355), p. 301-308, F.M.J. Verstijlen, 'De onrechtmatigedaadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers van een failliete schuldenaar: een voor allen of ieder voor zich?', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 85-90, F.M.J. Verstijlen, 'De onrechtmatige-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers van een failliete schuldenaar: een voor allen en ieder voor zich,' *WPNR* 6502 (2002), p. 617-625, G.H. Gispen, 'De onrechtmatige daadsvordering als complement van de actio pauliana', in: A. van Hees (red.), *Vragen rondom de faillissementspauliana*, Insolad jaarboek 1998, P. van Schilfgaarde, noot onder HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597 (Peeters q.q./Gatzen), *AA* 1984, p. 220-224, W.J.M. van Andel, 'De Peeters/Gatzen-vordering,' in: *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Deventer 2006,

bewindvoerder ten behoeve van de boedel schadevergoeding vordert van een derde die op onrechtmatige wijze bij die benadeling betrokken was. In afwijking van de huidige jurisprudentie kent het voorontwerp deze bevoegdheid exclusief aan de curator toe.<sup>35</sup>

#### 4.3 Bestuurdersaansprakelijkheid

De zogenaamde derde anti-misbruikwet is de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF).<sup>36</sup> Deze houdt een aansprakelijkheidsregeling in voor bestuurders van rechtspersonen. De regeling is van toepassing op de NV (art. 2:138 BW), de BV (art. 2:248 BW), voor de volledig rechtsbevoegde vereniging die vennootschapsbelastingplichtig is (art. 2:50a BW), voor de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting die vennootschapsbelastingplichtig zijn (artt. 2:53a jo. 2:300a BW).<sup>37</sup> De WBF kan ook toegepast worden op bestuurders van in Nederland gefailleerde buitenlandse rechtspersonen.<sup>38</sup>

Bestuurders zijn personen die als zodanig zijn ingeschreven in het handelsregister.<sup>39</sup> Met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald als ware hij bestuurder.<sup>40</sup>

---

35 Brief van de Commissie insolventierecht d.d. 29 juni 2006 aan de Minister van Justitie, nr. 5. De Commissie spreekt over bewindvoerder in plaats van curator. Aangezien de Commissie insolventierecht in haar voorstel voor een wetsontwerp uitgaat van één insolventieprocedure onder beheer van een bewindvoerder.

36 Wet van 16 mei 1986 (*Stb.* 275. In werking getreden op 1 januari 1997) houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen.

37 De wet ziet op 'commerciële' bedrijven.

38 Zie art. 5 Wet conflictenrecht corporaties van 17 december 1997, *Stb.* 1997, 699. Ook hier is onderworpenheid aan de (Nederlandse) vennootschapsbelasting een vereiste. Hierbij dient te worden opgemerkt dat overeenkomstige toepassing van art. 2:138 BW op buitenlandse rechtspersonen niet inhoudt dat de administratie- en publicatieverplichtingen van Boek 2 ook van toepassing zijn. Dat sluit overeenkomstige toepassing van art. 2:138 lid 2 BW overigens niet uit bij de schending van de administratie- en publicatieverplichtingen van het land van oprichting van de vennootschap. Dit is anders indien er sprake is van een 'pseudo' buitenlandse vennootschap van buiten het EU-gebied. In dat geval gelden wel een aantal Nederlandse vennootschapsrechtbepalingen, waaronder de administratie- en publicatieverplichtingen (artt. 1 jo. 4, 5 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen). Er is sprake van een 'pseudo' buitenlandse vennootschap indien de vennootschap niet onderworpen is aan het vennootschapsrecht van een der lidstaten van de Europese Unie, vrijwel uitsluitend in Nederland werkzaam is en geen werkelijke band (meer) heeft met het land van oprichting. Zie Wezeman 2006, p. 66 e.v.

39 Indien de inschrijving onjuist is kan een door de curator krachtens de WBF aangesprokene zich op een dergelijke onjuistheid beroepen. In dit geval is de derdenbescherming van art. 18 Handelsregisterwet 1996 niet van toepassing. De Hoge Raad heeft bepaald: '[...] De curator behoort evenwel in een geval als het onderhavige niet tot de door art. 31 (oud) Handelsregisterwet beschermde derden. Zijn vordering berust immers op de wet en vloeit niet voort uit een rechtsbetrekking waarop dit artikel ziet, te weten een rechtsbetrekking op het

De WBF-aansprakelijkheid treedt in indien krachtens lid 1 van art. 2:138/248 BW het faillissement van de rechtspersoon in belangrijke mate is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Er is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien de bestuurders anders hebben gehandeld dan van redelijk denkende bestuurders onder dezelfde omstandigheden zou mogen worden verwacht.<sup>41</sup>

Het is aan de curator om aannemelijk te maken dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De wetgever komt hem daarbij te hulp in het geval het bestuur de boekhoudplicht (ex art. 2:10 BW) en/of de publicatieplicht (ex art. 2:394 BW) heeft geschonden. In dat geval is er sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. De bestuurders kunnen dan alleen tegenbewijs leveren van het vermoeden dat de genoemde schending een belangrijke oorzaak is van het faillissement.<sup>42</sup> Ter vermijding van een te zware bewijslast van de bestuurders heeft de wetgever in art. 2:138/248 lid 6 BW bepaald dat de rechter alleen acht mag slaan op onbehoorlijk taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement.

Indien er sprake is van onbehoorlijk bestuur van één of meer van de bestuurders zijn krachtens art. 2:138/248 BW in beginsel alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor het gehele tekort van de boedel. Art. 2:138/248 lid 3 BW bepaalt vervolgens dat de krachtens lid 1 aansprakelijke bestuurder die bewijst dat het onbehoorlijk bestuur niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, vrijuit gaat.

Naast de bevoegdheid op grond van art. 2:138/248 BW kan de curator de bestuurders van rechtspersonen aansprakelijk stellen op grond van art. 2:9 BW.<sup>43</sup> Op grond van dit artikel is de bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden

---

aangaan waarvan het ontbreken van een juiste en volledige inschrijving in het Handelsregister van het hetgeen daarin wettelijk ingeschreven moet worden, in het algemeen van invloed kan zijn.' HR 23 november 2001 (*NJ* 2002, 95, m. nt. Ma (Mefigro)), HR 28 juni 1996, (*NJ* 1997, 58 m. nt. Ma (Bodam Jachtservice) en HR 18 juni 1952, *NJ* 1953, 530. Zie ook Wezeman 2006, p. 68.

40 Artt. 138/248 lid 7 BW.

41 Zie HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171 (Panmo). Eerder besliste de Hoge Raad in het arrest *Drankenhandel Van Zoolingen* (HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695) al in deze zin voor de aansprakelijkheid op grond van art. 36 Inv. Rechtspraak over de hoofdnorm van art. 2:138/248 BW is niet zo uitgebreid omdat de bestuurdersaansprakelijkheid meestal wordt ingeroepen indien er sprake is van een schending van de administratie en/of publicatieverplichtingen. Zie Wezeman 2006, p. 70-71 hierin worden een aantal gevallen van onbehoorlijk bestuur besproken.

42 Zie o.a. HR 20 oktober 2006.

43 En uiteraard op grond van de algemene aansprakelijkheidsbepalingen ex art. 6:162 BW.

tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Aansprakelijk tegenover de rechtspersoon is de bestuurder indien hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of dit zo is dient te worden beoordeeld aan de omstandigheden van het geval.<sup>44</sup> In tegenstelling tot art. 2:138/248 BW handelt het bij een actie op grond van art. 2:9 BW om een interne aansprakelijkheid. De curator treedt hier op als beheerder van het vermogen van de schuldenaar. Het betreft de aansprakelijkheid van de bestuurder(s) richting de gefailleerde rechtspersoon in plaats van de bestuurder richting de gezamenlijke schuldeisers zoals bij art. 2:138/248 BW.<sup>45</sup>

Op grond van artt. 2:149 BW, 2:50a BW, 2:300a BW en 2:259 BW volgt de aansprakelijkheid van de commissarissen en die van de bestuurders. Daarin is bepaald dat artt. 2:9 BW, 2:138 BW respectievelijk 2:248 BW ook van overeenkomstige toepassing zijn ten aanzien van de taakvervulling van de

---

44 Zie HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. Ma (Autohuis Van de Ven). In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW uitsluitend kan worden ingeroepen indien de bestuurder een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt. De Hoge Raad herhaalde deze uitspraak in HR 11 juni 1999, 146, *JOR* 1999, 146 (Hendriks Pluimvee slachterij), HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 (Kastekort), HR 29 november 2002, *JOR* 2003, 2 (Berghuizer Papierfabriek) en HR 4 april 2003, *JOR* 2003, 134 (Skipper Club Charter). Zie Wezeman 2006, p. 82 en Asser-Maijer 2-II, nr. 44.

45 Zie voor literatuur over bestuurdersaansprakelijkheid o.a. Asser-Maijer 2-II, Asser-Maijer 2-III, S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement,' *WPNR* 6249 (1996), p. 899-906, met reactie van H. de Groot, (*WPNR* 6272 (1997), p. 357-359 en naschrift van Kortmann en Faber, *WPNR* 6272 (1997). P. 359-360, S.C.J.J. Kortmann, 'Samenloop van acties van de curator op grond van art. 2:9 BW, art. 2: 138 (2:248) BW of art. 6: 162 BW met vorderingen van individuele schuldeisers,' in: *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, deel 26 in de serie uitgaven vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, Deventer 1997, p. 15-25, S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?,' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator een octopus*, Deventer 1996, J.M.M. Maijer, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen; wanbeleid en rechtspersonen,' in: *Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants, verzekeringsaspecten*, 1991, p. 3-15, Asser-Maijer 2 III, nr. 326 e.v., Wezeman 1998, 2004 en 2006, B. Wessels, 'Vijftien jaar bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement' (deel I: *SV&V* 2003., 89-94, deel II: p. 167-175), Voûte, 'Enige aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ingevolge de Derde Misbruikwet,' in: *Onbehoorlijk bestuur*, R.D. Vriesendorp (red.), Kluwer 1997, Van Andel 2006, Verstijlen 1998, Vriesendorp 1999 en Vriesendorp e.a. 2006, R.J. van Galen, 'Beslissingen omtrent het instellen en invoeren van een procedure wegens onbehoorlijk bestuur,' in: *Onbehoorlijk bestuur*. 1997, p. 53-63, R.J. van Galen, 'Enkele opmerkingen over de tweede en derde anti-misbruikwet,' in: *Met zin en verstand, Opstellen aangeboden ter gelegenheid van het afscheid van mr. A.G. van Galen als president van Centrale Raad van Beroep op 13 november 1995*, 1995 p. 23-25, P. van Schilfgaarde e.a. (red.), *De nieuwe misbruikwetgeving*, Deventer 1986, A. van Hees, 'Tien jaar Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF), gezien vanuit de positie van curatoren,' *TvI* 1997, p. 39-43.

commissarissen. De aansprakelijkheid van commissarissen laten wij buiten beschouwing.

Alhoewel alleen de curator bevoegd is tot het instellen van de vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid (ex artt. 2:9 BW en 2:138/248 BW), heeft de Belastingdienst een soortgelijke bevoegdheid op grond van de zogenoemde Tweede Misbruikwet, de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid. De Belastingdienst is gerechtigd om gedurende het faillissement de bestuurders aan te spreken op grond van onbehoorlijk bestuur en op deze wijze zijn vordering op derden te verhalen. Aansprakelijkheidsstelling door de belastingdienst laten wij verder buiten beschouwing.

## **5 Empirisch onderzoek**

Alvorens in te gaan op de specifieke werking van de besproken instrumenten stellen wij aan de orde of de faillissementsprocedure haar doelen in mindere mate bereikt in het geval dat er volgens de curator sprake is van schuldeisersbenadeling ten opzichte van de situatie dat er volgens de curator géén sprake is van schuldeisersbenadeling. Indien immers de doelen in geval van schuldeisersbenadeling nog in minstens even zo sterke mate bereikt worden als in geval er géén sprake is van schuldeiserbenadeling dan moet worden aangenomen dat de huidige instrumenten om schuldeisersbenadeling tegen te gaan voldoende werkzaam zijn. Indien uit het onderzoek blijkt dat er wel sprake is van een (negatief) effect van de aanwezigheid van schuldeisersbenadeling op (één van) de doelen van de faillissementsprocedure, dan bespreken we tot slot de vraag: wat is het effect van het hanteren van één van de instrumenten op het bereiken van de doelen van de faillissementsprocedure.

De dossiers van in 2004 door opheffing, insolventie of akkoord beëindigde faillissementen van bedrijven zijn onderzocht. Om vast te stellen welke dossiers(nummers) dit waren, zijn uit de publicaties van alle beëindigde faillissementen in 2004 de dossiernummers die op bedrijven betrekking hadden geselecteerd. Of een faillissement betrekking had op een bedrijf werd bepaald door de gefailleerde met behulp van het handelsregisternummer op te zoeken in het Algemeen Bedrijvenregister (ABR) van het CBS, dat onder andere gebaseerd is op gegevens van de Kamer van Koophandel. Wanneer het handelsregisternummer niet voorhanden was dan werd in het ABR gezocht met behulp van de postcode-huisnummer combinatie, waarna uit de op die combinatie in het ABR gevonden bedrijven handmatig de juiste (indien aanwezig) werd geselecteerd. Werde de gefailleerde gevonden in het ABR als éénmanszaak, vennootschap onder firma, maatschap of commanditaire vennootschap dan werd de gefailleerde als natuurlijk persoon aangemerkt en het dossier(nummer) aan de onderzoekspopulatie toegevoegd. Ook wanneer de gefailleerde gevonden werd als besloten vennootschap, naamloze vennootschap, buitenlandse rechtspersoon, stichting, coöperatieve vereniging of een andere

rechtspersoon, werd deze aan de onderzoekspopulatie toegevoegd, als rechtspersoon.

Bijna de helft (49%) van de beëindigde faillissementen van bedrijven betreft de sectoren 'Reparatie en handel' en 'Zakelijke dienstverlening' (tabel 1).

**Tabel 1**

*Bedrijven waarvan het faillissement is beëindigd in 2004 ingedeeld volgens de Standaard Bedrijfsindeling (1993)*

Standaard Bedrijfsindeling (1993)	Aantal bedrijven	%
<i>Onbekend</i>	21	1
<i>Landbouw en visserij</i>	62	1
<i>Industrie</i>	495	12
<i>Bouwnijverheid</i>	544	13
<i>Reparatie en handel</i>	1036	25
<i>Horeca</i>	186	4
<i>Transport</i>	252	6
<i>Financiële instellingen</i>	369	9
<i>Zakelijke dienstverlening</i>	1017	24
<i>Overige dienstverlening</i>	186	4
<b>Totaal</b>	<b>4167</b>	<b>100</b>

Bron: CBS

Dit onderzoek vond plaats in de rechtbanken en werd uitgevoerd door ter zake kundige onderzoekmedewerkers van het Centraal Bureau voor de Statistiek als onderdeel van een tweejaarlijks onderzoek van het Centraal Bureau voor de Statistiek naar oorzaken en schulden van faillissementen. De onderzoekmedewerkers hebben in de dossiers de antwoorden gezocht op de volgende meerkeuzevragen:

1. Is er bestuurdersaansprakelijkheid?
2. Is er sprake van paulianeus handelen?
3. Is er sprake van onrechtmatig handelen?
4. Is er sprake van een overgang van de onderneming going concern?

De antwoordmogelijkheden bij vraag 1 t/m 3 waren: 1=Nee, 2=Ja, met schikking, 3=Ja, met succesvolle procedure, 4=Ja, niet succesvolle procedure, 5=Ja, maar wegens ontbreken van verhaalsmogelijkheden op de bestuurder is niet overgegaan tot het nemen van rechtsmaatregelen of het treffen van een schikking, 6=Ja, maar wegens ontbreken van voldoende middelen in de boedel zijn geen rechtsmaatregelen genomen of een schikking getroffen, 7=Ja, maar om andere redenen zijn geen rechtsmaatregelen genomen of een schikking getroffen. De antwoordmogelijkheden bij vraag 4 waren: 1=Nee, 2=ja, geheel, 3=ja, gedeeltelijk.



Daarnaast is door de onderzoekmedewerkers antwoord gezocht op de volgende open vragen:

5. Hoeveel werknemers waren er in dienst op het moment dat de onderneming failliet werd verklaard?
6. Hoeveel werknemers zijn er door de curator ontslagen?
7. Hoeveel werknemers zijn er overgegaan bij de overgang van de onderneming going concern?

Ook hebben zij door het invullen en zonedig doorrekenen van een financieel overzicht vastgesteld hoe hoog de uitkering was aan:

- De belastingdienst/UWV (m.b.t. preferente vorderingen)
- De overige preferente schuldeisers
- De concurrente schuldeisers.

Wanneer de vragen 1 t/m 3 allen met 1=nee beantwoord werden dan was er géén sprake van schuldeisers benadeling. Waren echter één of meer van de vragen 1 t/m 3 niet met 1=nee beantwoord dan was er wel sprake van schuldeisersbenadeling.

De onderzoekmedewerkers van het CBS hebben op de rechtbanken niet alle dossiers aangetroffen die tot de populatie behoren. Er ontbrak circa 3%.<sup>46</sup> De uitkomsten die aan het aantal faillissementen zijn gerelateerd werden daarom opgehoogd met een factor van gemiddeld 1,03.<sup>47</sup>

### *5.1 Onderzoeksresultaten effecten schuldeisersbenadeling*

Het is de vraag of de faillissementsprocedure haar doelen in mindere mate bereikt in het geval dat er volgens de curator sprake is van schuldeisersbenadeling ten opzichte van de situatie dat er volgens de curator géén sprake is van schuldeisersbenadeling. Alvorens hier op in te gaan zal eerst de volgende vraag worden beantwoord: hoe vaak is er volgens de curator sprake van (een vorm van) schuldeisersbenadeling?

Het blijkt dat er in 10% (108 van de 971 gevallen) van de faillissementen van natuurlijke personen sprake was van ofwel onrechtmatig danwel paulianeus handelen. Deze percentages verschillen met de percentages van de faillissementen van de rechtspersonen. In 19% (577 van de 2509 gevallen) van de faillissementen van rechtspersonen was er volgens de curator sprake van onrechtmatig of paulianeus handelen dan wel bestuurdersaansprakelijkheid.

---

46 Bij ieder tweejaarlijks onderzoek blijken een aantal dossiers door de onderzoekers van de Buitendienst niet bekeken te kunnen worden omdat ze ten tijde van het bezoek van de CBS medewerker ergens binnen de rechtbank in behandeling zijn en dan niet onderzocht kunnen worden.

47 Door het gebruik van ophoogfactoren moeten sommige uitkomsten qua aantal toepasselijke faillissementen worden afgerond. Faillissementen kunnen immers niet in decimale vorm voorkomen. Door deze afrondingen ontstaan er soms optelverschillen. We hebben deze schijnbare 'fouten' niet gecorrigeerd.

De diverse vormen van schuldeisersbenadeling komen naar rechtsvorm in meerdere of mindere mate voor. In 6% van de faillissementen van natuurlijke personen, was er sprake van paulianeus handelen en in 5% van de faillissementen van natuurlijke personen was er sprake van onrechtmatig handelen. In 13% van de faillissementen van rechtspersonen was er sprake van bestuurdersaansprakelijkheid, in 9% van de genoemde faillissementen was er sprake van paulianeus handelen en in 6% van die faillissementen van onrechtmatig handelen. Dit alles is schematisch weergegeven in tabel 2.

**Tabel 2**

*Percentage faillissementen van bedrijven waarin schuldeisersbenadeling plaats had, per type schuldeisersbenadeling en naar rechtsvorm*

Rechtsvorm	Paulianeus handelen	Onrechtmatige daad	Bestuurders-aansprakelijkheid
Natuurlijk persoon	6% (70)	5% (59)	Nvt
Rechtspersoon	9% (273)	6% (199)	13% (404)

*Tussen ( ) de absolute aantallen*

*Bron: CBS en A.P.K. Lutikhuis*

Bij een aantal faillissementen is er dus sprake van een vorm van schuldeisersbenadeling. Daarmee wordt het zinvol de vraag te stellen of de faillissementsprocedure in haar huidige vorm en met haar huidige instrumenten haar doelen meer bereikt in het geval dat er volgens de curator geen sprake is van schuldeisersbenadeling ten opzichte van de situatie dat er volgens de curator wel sprake is van schuldeisersbenadeling. Zou dit het geval zijn dan zijn de huidige instrumenten om schuldeiserbenadeling tegen te gaan kennelijk onvoldoende in staat om de negatieve effecten van schuldeisersbenadeling op het bereiken van de doelen te compenseren. Deze vraag naar de effecten van schuldeisersbenadeling zal voor elk van de doelen (maximalisatie van de opbrengsten, behoud van onderneming en behoud van werkgelegenheid) afzonderlijk dienen te worden beantwoord.<sup>48</sup>

We gebruiken twee indicatoren om te meten in welke mater er sprake is van maximalisatie van de opbrengsten van de gezamenlijke schuldeisers: het aantal faillissementen waarin schuldeisers een uitkering krijgen en de recovery rate. Bij beide indicatoren onderscheiden we naar diverse soorten schuldeisers.

48 We hebben ter controle vastgesteld dat negatieve boedels bij rechtspersonen in geval van schuldeisersbenadeling ongeveer even vaak voorkomen als in geval van géén schuldeisersbenadeling (73 respectievelijk 74%). Bij natuurlijke personen komen negatieve boedels vaker voor in geval van schuldeisersbenadeling dan in geval van géén schuldeisersbenadeling (77 respectievelijk 69%). Dit impliceert dat curatoren zich bij het aanduiden van schuldeisersbenadeling niet hebben laten leiden om deze niet aan te duiden indien er sprake is van een negatieve boedel.

Uit tabel 3 blijkt dat de diverse soorten schuldeisers relatief vaker een (gedeeltelijke) uitkering kregen in de faillissementen van rechtspersonen waarin er wel sprake was van schuldeisersbenadeling ten opzichte van de faillissementen waarin hiervan geen sprake was. Er is hier dus geen negatief effect van schuldeisersbenadeling zichtbaar.

**Tabel 3**

*Faillissementen van rechtspersonen waarin er een schuld bestond aan schuldeiser en waarin er een uitkering werd gedaan aan schuldeiser per schuldeiser naar schuldeisersbenadeling*

Schuld/uitkering aan schuldeiser	Géén schuldeisersbenadeling	Schuldeisersbenadeling
Rechtspersonen met schuld aan UWV/Belastingdienst	2193	529
Waarvan met uitkering aan UWV/Belastingdienst	550 (25,1 %)	138 (26,1 %)
Rechtspersonen met schuld aan overige preferente schuldeisers	837	229
Waarvan met uitkering aan overige preferente schuldeisers	112 (13,4 %)	38 (16,6 %)
Rechtspersonen met schuld aan concurrente schuldeisers	2415	561
Waarvan met uitkering aan concurrente schuldeisers	119 (4,9 %)	33 (5,9%)

*Bron: CBS en A.P.K. Lutikhuis*

Bij de faillissementen van de natuurlijke personen ontvingen de diverse soorten schuldeisers juist relatief minder vaak een uitkering indien er sprake was van schuldeisersbenadeling ten opzichte van de faillissementen waarin hiervan geen sprake was. Het betrof 4,8 procentpunt (concurrente schuldeisers), 2,6 procentpunt (overige preferente schuldeisers) en 7,9 procentpunt (Belastingdienst en UWV). Dit blijkt uit tabel 4. Gezien de lage aantallen faillissementen van natuurlijke personen waarbij sprake is van schuldeisersbenadeling, moeten de cijfers met de nodige omzichtigheid worden geïnterpreteerd.

**Tabel 4**

*Faillissementen van natuurlijke personen waarin er een schuld bestond aan schuldeiser en waarin er een uitkering werd gedaan aan schuldeiser per schuldeiser naar schuldeisersbenadeling*

Schuld/uitkering aan schuldeiser	Géén schuldeisersbenadeling	Schuldeisersbenadeling
Natuurlijke personen met schuld aan UWV/Belastingdienst	852	98
Waarvan met uitkering aan UWV/Belastingdienst	250 (29,3 %)	21 (21,4 %)
Natuurlijke personen met schuld aan overige preferente schuldeisers	472	51
Waarvan met uitkering aan overige preferente schuldeisers	114 (24,2 %)	11 (21,6 %)
Natuurlijke personen met schuld aan concurrente schuldeisers	949	103
Waarvan met uitkering aan concurrente schuldeisers	101 (10,6 %)	6 (5,8 %)

*Bron: CBS en A.P.K. Lutikhuis*

De tweede indicator is de hoogte van de recovery rate. De recovery rate van de diverse soorten schuldeisers van de faillissementen van natuurlijke personen waarin er geen sprake was van schuldeisersbenadeling was alleen in het geval van UWV/belastingdienst hoger (1 procentpunt) dan de recovery rate van de faillissementen van natuurlijke personen waarin er wel sprake was van schuldeisersbenadeling.

De recovery rate betreffende de concurrente schuldeisers en UWV/belastingdienst van de faillissementen van rechtspersonen waarin er geen sprake was van schuldeisersbenadeling waren was (respectievelijk 1 procentpunt en 2 procentpunt) dan de recovery rate van de faillissementen van rechtspersonen waarin er wel sprake was van schuldeisersbenadeling.

De recovery rate betreffende overige preferente schuldeisers was bij beide rechtsvormen juist hoger in het geval er sprake was van schuldeisersbenadeling. Dit is samenvattend weergegeven in tabel 5.

**Tabel 5**

*Recovery rates van faillissementen naar schuldeisersbenadeling, rechtsvorm voor diverse soorten schuldeisers*

Schuldeisers- benadeling	Concurrente schuldeisers	Overige preferente schuldeisers	UWV/belasting dienst
<b>Natuurlijke personen</b>			
Nee	2%	5%	6%
Ja	2%	14%	5%
<b>Rechts- personen</b>			
Nee	5%	7%	8%
Ja	4%	12%	6%

*Bron: CBS en A.P.K. Luttikhuis*

Samenvattend wordt het doel van maximalisatie van de opbrengsten aangaande schuldeisers in geval van schuldeisersbenadeling niet altijd even goed bereikt als in geval géén sprake is van schuldeisersbenadeling. Wat rechtspersonen betreft wordt het doel van maximalisatie van de opbrengsten betreffende concurrente schuldeisers en UWV/belastingdienst, enkel in termen van recovery-rate, minder goed bereikt. Bij de natuurlijke personen wordt dit doel betreffende UWV/belastingdienst zowel in termen van aantal faillissementen met een uitkering als in termen van recovery-rate minder goed bereikt. Dit doel wordt bij de natuurlijke personen betreffende concurrente schuldeisers en overig preferente schuldeisers alleen in termen van aantal faillissementen met een uitkering minder goed bereikt.

Wat het doel behoud van onderneming betreft is de vraag: was er minder sprake van behoud van (een deel van) de onderneming in de bedrijven, waarvan het faillissement is beëindigd in 2004, waarin er sprake was van schuldeisersbenadeling dan in die bedrijven waarin er géén sprake was van schuldeisersbenadeling? De indicator hiervoor is: het aantal ondernemingen dat (gedeeltelijk) behouden blijft.

Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat er in de natuurlijke personen, waarin er sprake was van schuldeisersbenadeling, een groter percentage ondernemingen bleef behouden (4,7%) dan in de natuurlijke personen waarin er geen sprake was van schuldeisersbenadeling (2,0%).<sup>49</sup> Bij de faillissementen van rechtspersonen was deze relatie omgekeerd. De onderzoeksresultaten tonen aan dat het percentage van de rechtspersonen, waarin er sprake was een (gedeeltelijke) overgang van de onderneming kleiner was indien er sprake was van

49 4,7% (5/108) resp. 2,0% (19/971).

schuldeisersbenadeling (6,6%)<sup>50</sup> dan indien er geen sprake was van schuldeisersbenadeling (7,9%). Dit onderzoek kan geen antwoord geven op de vraag hoeveel kosten er zijn gemaakt om de voornoemde aantallen ondernemingen te behouden.

De laatste vraag inzake doeltreffendheid is: bereikt de faillissementsprocedure haar doel behoud van de werkgelegenheid vaker in het geval dat er volgens de curator geen sprake is van schuldeisersbenadeling ten opzichte van de situatie dat er volgens de curator wel sprake is van schuldeisersbenadeling. Als indicatoren voor het doel behoud van de werkgelegenheid hebben wij gebruikt het gemiddeld aantal werknemers dat ten tijde van de faillietverklaring een baan heeft en het gemiddeld aantal werknemers dat zijn baan heeft verloren gedurende het faillissement.

Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat het gemiddelde aantal werknemers dat betrokken was bij (in dienst was op het moment van het faillissement) de faillissementen van natuurlijke personen nagenoeg even groot was indien er sprake was van schuldeisersbenadeling dan indien hiervan geen sprake was. Daarnaast bleek dat dit gemiddelde bij de rechtspersonen lager was indien er sprake was van schuldeisersbenadeling ten opzichte van die rechtspersonen waarin hiervan geen sprake was. Het verschil was 1,5 werknemer. Het gemiddelde aantal werknemers dat betrokken was bij de faillissementen van natuurlijke personen waarin er geen sprake was van schuldeisersbenadeling en waarin er sprake was van schuldeisersbenadeling bedroeg circa 1,3.<sup>51</sup> Het gemiddelde aantal werknemers dat betrokken was bij de rechtspersonen bedroeg gemiddeld 6 in het geval er sprake was van schuldeisersbenadeling en gemiddeld 4,5 indien er geen sprake was van schuldeisersbenadeling.<sup>52</sup>

Ons onderzoek kan niet met zekerheid een antwoord geven op de vraag: verloren er gemiddeld meer werknemers hun baan bij de bedrijven waarin er geen sprake was van schuldeisersbenadeling dan in die bedrijven waarin er wel sprake was van schuldeisersbenadeling. De reden hiervan is dat er slechts bij een klein aantal bedrijven sprake was van schuldeisersbenadeling en bij weer een klein deel daarvan van een overgang van een (deel van) de onderneming. Van laatstgenoemde bedrijven is het voor een deel onbekend hoeveel werknemers zij in dienst hadden en hoeveel werknemers er mee overgingen. Hierdoor kan het dossieronderzoek geen inzicht geven in het verschil ten aanzien van voornoemd gemiddelde, maar uit de onderzoeksresultaten over het behoud van de onderneming kan men wel afleiden dat het verschil in genoemd gemiddelde niet groot zal zijn.

---

50 7,9% (199/2509) resp. 6,6% (38/577).

51 Er is geen correctie toegepast voor de faillissementen waarin er een onbekend aantal werknemers in dienst is.

52 Er is geen correctie toegepast voor de faillissementen waarin er een onbekend aantal werknemers in dienst is.

Het is namelijk zo dat er alleen maar sprake kan zijn van behoud van de werkgelegenheid in het geval er sprake is van behoud van de onderneming. Uit de vorige paragraaf blijkt dat er weinig verschil bestaat tussen de mate waarin een (deel van) de onderneming behouden blijft bij de bedrijven, waarin er geen sprake was van schuldeisersbenadeling ten opzichte van die bedrijven waarin hiervan wel sprake was. Daarnaast is er weinig verschil tussen het aantal betrokken werknemers bij de bedrijven waarin er geen sprake was van schuldeisersbenadeling ten opzichte van die bedrijven waarin er wel sprake was van schuldeisersbenadeling. We hebben daarmee dus geen aanwijzingen dat het verschil tussen het aantal werknemers dat zijn baan behouden heeft bij de bedrijven, waarin er geen sprake was van schuldeisersbenadeling ten opzichte van die bedrijven waarin er wel sprake was van schuldeisersbenadeling groot zal zijn.

## 5.2 *Onderzoeksresultaten werking instrumenten*

Uit het onderzoek blijkt dus dat de aanwezigheid van schuldeisersbenadeling het bereiken van het doel maximalisatie van de opbrengsten van de gezamenlijke schuldeisers enigszins belemmert. Derhalve beantwoorden wij de volgende vraag: hoe werken de instrumenten die beogen schuldeisersbenadeling tegen te gaan, alleen ten aanzien van de effecten van deze instrumenten op het doel: maximalisatie van de opbrengsten voor de gezamenlijke schuldeisers? Daartoe zullen we eerst vaststellen in welke mate de curator van deze instrumenten gebruik maakte en in hoeverre dat succesvol was.

Van de 1.079 faillissementen van natuurlijke personen was er volgens de curator in 108 faillissementen sprake van schuldeisersbenadeling. In bijna drie vierde van die 108 faillissementen (73%) hanteerde de curator niet één van de voornoemde instrumenten.<sup>53</sup> In het merendeel van die gevallen vormde de reden hiervan: het gebrek aan verhaalsmogelijkheden (36%). Een andere reden was het ontbreken van middelen om op te komen tegen de schuldeisersbenadeling (12%). Tot slot waren ‘andere redenen’ hiervan de oorzaak (25%). Hiertoe behoren onbekende redenen en andere redenen dan gebrek aan verhaalsmogelijkheden en middelen. Slechts in circa een kwart van de faillissementen van natuurlijke personen (27%) gebruikte de curator één van de voornoemde instrumenten. Dit was meestal succesvol. Hieronder verstaan wij dat het hanteren van de instrumenten tot een bate<sup>54</sup> voor de boedel heeft geleid. De omvang van de bate is niet onderzocht.

---

53 Aangezien het om twee verschillende variabelen gaat, kan het zijn dat de reden om niet te ageren tegen de pauliana soms afwijkt van die van de onrechtmatige daad. In die gevallen zijn de volgende regels toegepast: indien bij één van beide variabelen ‘geen verhaal’ is genoemd, dan is ‘geen verhaal’ de reden. Indien bij één van beide variabelen ‘geen middelen’ is genoemd in combinatie met om andere redenen niet, dan is er voor gekozen dat ‘geen middelen’ de reden is.

54 Het gaat hier om bruto bedrag. Het gaat om een bate zonder dat rekening is gehouden met de kosten. Het kan dus zijn dat het hanteren van de instrumenten door de curator

Van de 3.086 faillissementen van rechtspersonen was er volgens de curator in 577 faillissementen sprake van schuldeisersbenadeling. In bijna twee derde van deze 577 faillissementen (61%) hanteerde de curator geen instrumenten. De redenen hiervan waren: het ontbreken van verhaalsmogelijkheden (29%), het ontbreekt de curator aan middelen om op te komen tegen de schuldeisersbenadeling (15%) en andere redenen waarom de curator niet opkwam tegen de schuldeisersbenadeling (17%).<sup>55</sup> In circa een derde van de faillissementen van rechtspersonen waarin er sprake was van schuldeisersbenadeling ageerde de curator (39%), hetgeen grotendeels succesvol was. In tabel 6 is dit alles schematisch weergegeven.

**Tabel 6**

*Percentages van de faillissementen van bedrijven waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling waarin de curator al dan niet actie heeft ondernomen naar rechtsvorm*

Acties curator	Natuurlijke personen	Rechtspersonen
Schikking	11% (12)	25% (145)
Succesvolle procedure	8% (9)	8% (44)
Procedure zonder succes	8% (8)	6% (32)
Geen actie, geen verhaal	36% (38)	29% (170)
Geen actie, ontbrekende middelen	12% (13)	15% (89)
Geen actie, andere redenen	25% (26)	17% (97)
Totaal	100% (108)	100%(577)

*Tussen ( ) de absolute aantallen*

*Bron: CBS en A.P.K. Lutikhuis*

Uit tabel 6 blijkt ook dat de werking van de instrumenten beperkt blijft tot 52% (natuurlijke personen) en 55% (rechtspersonen) van de faillissementen met schuldeisersbenadeling, aangezien er in 48% en in 45% van de faillissementen van natuurlijke personen resp. rechtspersonen waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling er volgens de curator onvoldoende verhaal danwel middelen in de boedel zijn om een actie van de curator te bekostigen.

Aangezien succesvolle toepassing van instrumenten niet automatisch betekent dat de doelen van de faillissementsprocedure beter worden bereikt gaan we nu nader in op het effect van het gebruik van een instrument door de curator op het doel maximalisatie van de opbrengsten voor de schuldeisers. Deels wordt de

volgens onze definitie succesvol is, terwijl in feite de kosten van de procedure de baten uit de procedure overstijgen.

<sup>55</sup> Zie hetgeen hierover is opgemerkt bij natuurlijke personen.



opbrengst van het gebruik van een instrument teniet gedaan door de kosten die met het inzetten van het instrument gepaard gaan.

Het hanteren van de instrumenten door de curator kan dus alleen een positief effect hebben voor de opbrengsten van de diverse soorten schuldeisers indien de opbrengsten hiervan voor de schuldeisers groter zijn dan de kosten die door hen dienen te worden gedragen. We hebben niet onderzocht wat de kosten zijn van het hanteren van de instrumenten door de curator. Het is wel van belang om te onderkennen dat het de schuldeisers zijn die de kosten dragen van het hanteren van de instrumenten door de curator.

De kosten van het hanteren van de instrumenten door de curator bestaan uit de door de curator bestede tijd en de eventuele proceskosten. Indien de boedel ontoereikend is om een procedure van de curator te financieren kan de curator weliswaar, onder stringente voorwaarden, gebruik maken van een garantstellingsregeling van de Belastingdienst of van het Ministerie van Justitie, echter, indien de curator de procedure wint dan komen de kosten van die procedure ten laste van de schuldeisers.

De Garantstellingsregeling curatoren<sup>56</sup> van het Ministerie van Justitie is in het leven geroepen in het kader van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement. Het beoogt de curator de mogelijkheid te geven om een rechtsvordering op grond van art. 42 e.v. Fw. en op grond van art. 2:9 of 2:138/248 BW in te stellen als de boedel daartoe geen of onvoldoende financiële middelen voor heeft. Het Ministerie van Justitie weigert een garantstelling af te geven als niet tamelijk zeker is dat een eventuele veroordeling van de derde ook daadwerkelijk verhaal voor de boedel oplevert. Verder geldt als criterium dat het gevraagde bedrag in redelijke verhouding moet staan tot het totaal van de schulden.<sup>57</sup>

De belastingdienst kan aan de curator onder voorwaarden een proceskostengarantie geven. Deze garantie houdt in dat indien de curator de procedure verliest, de proceskosten door de belastingdienst zullen worden betaald.<sup>58</sup> De belangrijkste voorwaarde is wel dat de schuldeisers, die bij een verdeling van de activa volgens de wettelijke regels eveneens zullen profiteren van de vermoedelijke opbrengst van de procedure, bereid zijn naar evenredigheid mede garant te staan voor de proceskosten. Willen die schuldeisers dat niet, dan geeft de belastingdienst slechts een garantie af als deze

---

56 Zie art. 2:138/248 lid 10 of 11 BW. Momenteel geldt de Garantstellingsregeling curatoren 2005, Garantstelling curator 17 december 2004, regelingnr. 5326072/DB2104, Stert. 2005, 1.

57 Zie Vriesendorp e.a. 2006, p. 61. Voor een verdere bespreking van deze Garantstellingsregeling en de effectiviteit hiervan zie Vriesendorp e.a. 1999 en Vriesendorp e.a. 2006.

58 Zie voor de voorwaarden waaraan moet worden voldaan wil de Ontvanger een garantie afgeven: hoofdstuk XI, par. 3, lid 7 LInv.

schuldeisers dan ook schriftelijk afstand doen van hun recht op de uitdeling die hen toekomt en voor zover die het gevolg is van de eventuele opbrengst van de procedure, tenzij het gaat om kleine schuldeisers. Het verschil tussen deze garantstellingregeling van de belastingdienst en die van het Ministerie van Justitie is dat die van het ministerie beoogt alle schuldeisers ten goede te komen en die van de belastingdienst beoogt de belangen van de belastingdienst te behartigen.<sup>59</sup>

We gaan nu in op het percentage faillissementen waarin de curator een instrument hanteert en de genomen actie van de curator niet ten goede kan komen aan de diverse soorten schuldeisers. Uit de tabellen 7 en 8 blijkt dat het hanteren van een instrument door de curator niet kon leiden tot een financiële bate voor de concurrente schuldeisers in 82 procent<sup>60</sup> (natuurlijke personen) en 88 procent<sup>61</sup> (rechtspersonen) van de faillissementen van bedrijven, waarin de curator een instrument had gehanteerd. De reden hiervan was dat in dat percentage de concurrente schuldeisers überhaupt geen (gedeeltelijke) uitkering kregen. Voorts blijkt uit deze tabellen dat in een faillissement van een natuurlijk persoon en van een rechtspersoon het gebruik door de curator van een instrument in 64 procent<sup>62</sup> resp. 76 procent<sup>63</sup> van de faillissementen van die bedrijven, waarin de curator een instrument had gehanteerd, niet ten goede kon komen aan de overige preferente schuldeisers. Dit laat zich op dezelfde wijze verklaren. Tot slot volgt uit de onderzoeksresultaten dat om dezelfde reden in een faillissement van een natuurlijk persoon en van een rechtspersoon een actie van de curator in 58 procent<sup>64</sup> resp. 64 procent<sup>65</sup> van de faillissementen, waarin de curator een instrument had gehanteerd, niet ten goede kon komen aan de belastingdienst en/of het UWV. Op grond van dit dossieronderzoek kunnen we geen uitspraak doen over of in de overige percentages een actie van de curator wel heeft geleid tot een bate voor de diverse soorten schuldeisers. Er zijn tal van redenen die ertoe kunnen leiden dat de diverse soorten schuldeisers een (gedeeltelijke) uitkering krijgen.

---

59 Zie Vetter e.a. 2005, p. 213.

60 Dit is  $(28-5)/28*100$ .

61 Dit is  $(214-26)/214*100$ .

62 Dit is  $(14-5)/14*100$ .

63 Dit is  $(106-25)/106*100$ .

64 Dit is  $(28-10)/28*100$ .

65 Dit is  $(204-85)/204*100$ .

**Tabel 7**

*Faillissementen van natuurlijke personen waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling en waarin sprake is van een vordering van de diverse soorten schuldeisers en waarin er een uitkering wordt gedaan aan de diverse soorten schuldeisers, naar de genomen acties van de curator*

Acties curator	Met uitkering aan		
	Concurrente schuldeisers	Overige preferente schuldeisers	Belasting-dienst/ UWV
Schikking	4(12)	3(6)	5(12)
Succesvolle procedure	1(8)	0(3)	2(8)
Procedure zonder succes	0(8)	2(5)	3(8)
<b>Totaal aantal acties</b>	<b>5(28)</b>	<b>5(14)</b>	<b>10(28)</b>
Geen actie	1(75)	6(37)	11(70)
<b>Totaal</b>	<b>6(103)</b>	<b>11(51)</b>	<b>21(98)</b>

*Tussen ( ) het aantal faillissementen waarin er een vordering was van de betreffende schuldeiser*

*Tabel: CBS en A.P.K. Luttikhuis*

**Tabel 8**

*Faillissementen van rechtspersonen waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling en waarin sprake is van een vordering van de diverse soorten schuldeisers en waarin er een uitkering wordt gedaan aan de diverse soorten schuldeisers, naar de genomen acties van de curator*

Acties curator	Aantal	Met uitkering aan		
		Concurrente schuldeisers	Overige preferente schuldeisers	
Schikking		18(142)	17(63)	59(134)
Succesvolle procedure		8(40)	7(23)	19(40)
Procedure zonder succes		0(32)	1(20)	7(30)
<b>Totaal aantal acties</b>		<b>26(214)</b>	<b>25(106)</b>	<b>85(204)</b>
Geen actie		7(347)	13(123)	53(325)
<b>Totaal</b>		<b>33(561)</b>	<b>38(229)</b>	<b>138(529)</b>

*Tussen ( ) het aantal faillissementen waarin er een vordering was van de betreffende schuldeiser*

*Bron: CBS en A.P.K.Luttikhuis*

## 6 Conclusies en aanbevelingen

De eerste vraag die in dit artikel centraal stond was: bereikt de faillissementsprocedure haar doelen in mindere mate in het geval dat er volgens de curator sprake is van schuldeisersbenadeling ten opzichte van de situatie dat er volgens de curator géén sprake is van schuldeisersbenadeling?

Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat er bij 10 procent van de faillissementen van natuurlijke personen en bij 19 procent van de faillissementen van rechtspersonen sprake was van schuldeisersbenadeling. Hierbij is het van belang dat het onbekend is hoe groot de omvang van de schuldeisersbenadeling is. De schuldeisersbenadeling kan strikt genomen variëren van 1 Euro tot miljoenen Euro's. Voorts is het van belang dat buiten het bestek van ons onderzoek valt het percentage faillissementen waarin de schuldeisers zelf tijdens het faillissement een rechtsvordering aanhangig maken tegen de bestuurder van de gefailleerde of andere derden die betrokken zijn bij de faillissementsprocedure. Deze percentages zijn laag indien we ze relateren aan de onderzoeksresultaten van het HSI uit 2005. De voornaamste verklaring voor dit verschil in percentage is dat de onderzoekers van het HSI andere gebeurtenissen (op 'faillissementsfraude' en 'onbehoorlijk bestuur') hebben onderzocht. De definities die het HSI hanteerde, sluiten niet aan bij die van de wetgever en de Hoge Raad. Ons onderzoek had als onderwerp de diverse vormen van schuldeisersbenadeling zoals die door de wetgever zijn omschreven en door de Hoge Raad nader zijn ingevuld en door de curator (en de r-c) zijn geïnterpreteerd. Onze onderzoeksresultaten wijken ook af van de door het CBS gepubliceerde Faillissementsstatistieken tot 2002 over vermoedelijk strafbare benadeling van schuldeisers door de schuldenaren. Deze waren gemiddeld 10%.<sup>66</sup> Ook het begrip strafbare benadeling komt niet overeen met het begrip schuldeisersbenadeling zoals wij dit hier hebben gehanteerd.

Uit ons onderzoek blijkt dat bij de faillissementen van rechtspersonen waarin er sprake was van schuldeisersbenadeling, bestuurdersaansprakelijkheid vaak voorkwam (13%), gevolgd door paulianus handelen (9%). Er was bij de rechtspersonen ook een rol weggelegd voor onrechtmatig handelen (6%). Bij de natuurlijke personen waarvan er sprake was van schuldeisersbenadeling, kwam onrechtmatig handelen (5%) nagenoeg even vaak voor als paulianus handelen (6%). De resultaten van ons onderzoek wijken af van het onderzoek van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht uit 2001.<sup>67</sup> Dit wordt mede veroorzaakt doordat het onderzoek van het OO&R gebaseerd is op cijfers uit een andere periode, een andere onderzoekspopulatie heeft en geen integraal onderzoek is.

---

66 1994: 8%, 1996: 7%, 1998: 13%, 2000: 11% en 2002: 9% ([www.cbs.nl](http://www.cbs.nl)).

67 Op p. 65 van OO&R 2001 staan als onderzoeksresultaten genoemd: onrechtmatige daad 5%, actio pauliana 14% en bestuurdersaansprakelijkheid 11%. In het onderhavige onderzoek zijn deze onderzoeksresultaten voor rechtspersonen: onrechtmatige daad 6%, actio pauliana 9% en bestuurdersaansprakelijkheid 13%.

Aangezien dus bij een aantal faillissementen sprake was van schuldeisersbenadeling is het van belang dat onderzoeksresultaten vervolgens laten zien dat in de faillissementen waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling de doelen behoud van de onderneming en behoud van de werkgelegenheid in gelijke mate wordt bereikt als in de faillissementen waarin hiervan géén sprake is en het doel maximalisatie van de opbrengsten in mindere mate wordt bereikt dan in de faillissementen waarin hiervan géén sprake is. Hieruit volgt dat de aanwezigheid van schuldeisersbenadeling geen verklaring kan zijn voor het slechts weinig bereiken van behoud van werkgelegenheid en onderneming. Ook volgt hieruit dat de aanwezigheid van schuldeisersbenadeling mogelijk een verklaring is voor het feit dat de faillissementsprocedure haar doel maximalisatie van de opbrengsten slechts voor een klein deel bereikt.

Uit de empirische gegevens volgt ook dat de curator in circa twee derde van de faillissementen van bedrijven waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling geen actie - procedure of schikking - onderneemt (73% en 61% (natuurlijke personen resp. rechtspersonen)). Hierbij is het van belang dat in die faillissementen wel door anderen kan zijn opgekomen tegen de schuldeisersbenadeling door de individuele schuldeisers, bijvoorbeeld de belastingdienst op grond van de WBA. Dit valt buiten het bestek van het onderhavige onderzoek (en het onderzoek van HSI uit 2005). Uit het onderzoek blijkt dat de redenen waarom de curator geen instrument hanteert in 45 tot 48 procent van de faillissementen waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling, ligt in het gebrek aan verhaalsmogelijkheden en aan middelen. De curator onderneemt in een derde van de faillissementen van bedrijven waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling wel actie. In die gevallen schikt hij in het leeuwendeel van de zaken. Als hij een procedure entameert dan wint hij niet veel vaker dan hij verliest. Hetgeen opvallend is aangezien zowel de curator als een r-c de kansen van een procedure inschatten en de r-c dient expliciet zijn toestemming te geven voor het entameren van een procedure.

Aangezien de aanwezigheid van schuldeisersbenadeling een (klein) negatief effect heeft op het doel maximalisatie van de opbrengsten, kan het hanteren van instrumenten dit mogelijk verbeteren. Het effect van het hanteren van de instrumenten door de curator op het doel maximalisatie van de opbrengsten blijkt echter beperkt te zijn. Gebleken is dat in beginsel de schuldeisers de acties van de curator volledig dienen te financieren. Voort blijkt uit de onderzoeksresultaten dat indien de curator acties onderneemt dit een groot deel van de faillissementen niet financieel gunstig kan zijn voor de concurrente, overige preferente schuldeisers of de Belastingdienst en het UWV omdat zij geen uitkering krijgen.

Alles overziend kan worden geconcludeerd dat de vraag hoe de instrumenten functioneren beperkt is tot 10% van de faillissementen van natuurlijke personen en tot 19% van de faillissementen van rechtspersonen waarin er sprake is van

schuldeisersbenadeling. Daarnaast is de werking van deze instrumenten verder ingeperkt tot iets meer dan de helft van die genoemde faillissementen. In bijna de helft van de gevallen is er namelijk sprake van onvoldoende verhaalsmogelijkheden dan wel middelen in de boedel om een actie van de curator te bekostigen. Voorts is het van belang dat deze instrumenten in principe alleen een effect kunnen hebben op het doel maximalisatie van de opbrengsten van de gezamenlijke schuldeisers. In het geval dat de curator dan uiteindelijk een instrument hanteert is dit in het leeuwendeel van de faillissementen niet effectief, aangezien het hanteren van een van de instrumenten door de curator er niet toe leidt dat de schuldeisers een uitkering krijgen. Onbekend is of dit veroorzaakt wordt door de kosten van het hanteren van het instrument, die geheel voor rekening komen van de schuldeisers, of door een gebrek aan baten.

Indien de wetgever de instrumenten wil verbeteren bevelen wij aan dat er eerst nader onderzoek wordt verricht naar de oorzaken van het niet functioneren van de huidige instrumenten. Daarbij dienen ook de kosten van het toepassen van een instrument onderzocht te worden. Of de effectiviteit van de instrumenten die schuldeisersbenadeling bestrijden überhaupt kan worden verbeterd, zal dienen te blijken uit nader onderzoek. Dit onderzoek zal zich kunnen beperken tot de faillissementen van bedrijven waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling (10% tot 19% (natuurlijke personen en rechtspersonen)), uitgezonderd bijna de helft van die faillissementen waarin de curator geen actie onderneemt wegens gebrek aan middelen en/of verhaal (48% tot 45% (natuurlijke personen en rechtspersonen)). Het is van belang dat de wetgever hierbij onderkent dat het de schuldeisers zijn die de kosten dragen van het hanteren van de instrumenten door de curator. Dit aspect komt nagenoeg niet aan de orde in de discussies in de doctrine en de praktijk over schuldeisersbenadeling. Naar aanleiding van het rapport van het HSI uit 2005 lijkt het of de wetgever een extra doel aan de faillissementsprocedure wil toevoegen: het maatschappelijke belang de bestrijding van faillissementsfraude. Hierbij dient in acht te worden genomen dat zonder nadere maatregelen het de schuldeisers zijn die de behartiging van dit nieuwe maatschappelijke belang dienen te financieren. De Commissie insolventierecht heeft bijvoorbeeld voorgesteld om een vorm van aangifteplicht voor de curator van strafbare feiten in de nieuwe Insolventiewet te incorporeren. Volgens haar advies dient de curator in geval van een redelijk vermoeden van een dergelijk strafbaar feit in elk geval de r-c over zijn vermoeden inlichten. Deze kan volgens het advies de bewindvoerder dan opdragen om aangifte te doen. In dit verband voorziet het advies weliswaar in de mogelijkheid om in geval van een lege boedel de kosten van de bewindvoerder ten laste van de staat te brengen,<sup>68</sup> echter de Commissie laat onvermeld dat indien de boedel niet leeg is, dat het dan de schuldeisers zijn die dit belang financieren.

---

68 Brief van de Commissie insolventierecht d.d. 29 juni 2006 aan de Minister van Justitie.

## Conclusies en aanbevelingen

*Mr. drs. A.P.K. Lutikhuis RA*

De wetgever is nu al tientallen jaren bezig met het herzien van de Faillissementswetgeving om ervoor te zorgen dat de niet levensvatbare bedrijven effectief en efficiënt liquideren en levensvatbare bedrijven effectief en efficiënt reorganiseren. De wetgever en de Hoge Raad vertalen dit in drie doelen: maximalisatie van de opbrengsten van de gezamenlijke schuldeisers, behoud van onderneming en werkgelegenheid. Het probleem dat centraal stond in dit boek en mijn vorige boek is dat het op dit moment onduidelijk of deze doelen worden bereikt in de faillissementsprocedure en/of in de informele reorganisatie. Daarnaast is het onbekend of de faillissementsprocedure haar doelen efficiënt bereikt. Met andere woorden het is onbekend of er sprake is van effectief en efficiënt insolventierecht. Voorts is het onbekend welk beleid c.q. regelgeving de wetgever dient te formuleren opdat hij deze doelen (beter) bereikt.

De onderzoeksresultaten staan in mijn eerste boek 'Insolventierecht in cijfers en modellen, werkgelegenheid en toezicht'<sup>1</sup> en in het eerste hoofdstuk van dit boek. De efficiëntie heb ik alleen kunnen meten voor zover het betreft het streven naar maximalisatie van de opbrengsten voor de gezamenlijke schuldeisers. Waar mogelijk doe ik wel kwalitatieve uitspraken over de efficiëntie van de andere doelen. Ik heb mij verder in dit onderzoek beperkt tot de aspecten schuldeisersbenadeling en toezicht.

In dit hoofdstuk staan de conclusies (§ 1) en aanbevelingen (§ 2) van het gehele onderzoek.

### 1 Conclusies

#### *1. Maatschappelijk belang faillissementsprocedure lager dan verwacht, doelen nauwelijks bereikt*

We zien dat de wetgever en de doctrine bij herziening van faillissementswetgeving zich hoofdzakelijk richten op de formele procedures, vooral op de faillissementsprocedure. Daar stellen ze hoge eisen aan en hebben ze grote verwachtingen van. In de loop der jaren heeft de

---

1 A.P.K. Lutikhuis i.s.m. CBS, Boom juridische uitgevers 2006, tevens digitaal beschikbaar op de website van het CBS sinds 14 maart 2006 ([www.cbs.nl](http://www.cbs.nl)).

faillissementsprocedure naast haar oorspronkelijke functie: maximalisatie van de opbrengsten voor de gezamenlijke schuldeisers, enkele maatschappelijke functies toebedeeld gekregen, zoals behoud van onderneming en van werkgelegenheid, het tegengaan van misbruik van faillissementsrecht en nu wellicht in de toekomst ook het tegengaan van faillissementsfraude. Dit alles zonder dat de vraag is beantwoord of die faillissementsprocedure überhaupt die grote functies wel kan verwezenlijken: is de faillissementsprocedure wel maatschappelijk relevant? Evenmin is de vraag beantwoord wie die kosten van het behalen van die maatschappelijke doelen dan dient te financieren. Het faillissement is op zichzelf immers een privé aangelegenheid van een schuldenaar en diverse schuldeisers en het is niet zonder meer gegeven dat ten laste van individuen maatschappelijke doelen moeten worden nagestreefd.

Uit mijn onderzoek van faillissementen van bedrijven die in 2004 zijn beëindigd, blijkt dat de faillissementsprocedure er niet in slaagt om haar oorspronkelijke doel maximalisatie van de opbrengsten voor de gezamenlijke schuldeisers in een hoge mate te bereiken. De recovery rates zijn laag en de diverse soorten schuldeisers ontvingen maar in een klein percentage van het aantal faillissementen van bedrijven überhaupt een (gedeeltelijke) uitkering. Zo ontvingen de concurrente en de overige preferente schuldeisers over de jaren 1996 tot en met 2004 gemiddeld in 8% resp. in 10% van de beëindigde faillissementen van bedrijven een (gedeeltelijke) uitkering. De belastingdienst en het UWV kregen over die jaren gemiddeld in 30% van de faillissementen van bedrijven een (gedeeltelijke) uitkering. Voorts blijkt dat de recovery rate van de concurrente en de overige preferente schuldeisers laag was: over de jaren 1996 tot en met 2004 bedroeg deze gemiddeld 3,2% resp. 6,3%. De recovery rate van de Belastingdienst over die jaren bedroeg gemiddeld 9,6% en van het UWV 11,5% (beide hebben alleen betrekking op hun preferente vordering).

Alvorens een uitspraak te doen in hoeverre de faillissementsprocedure haar maatschappelijke doelen bereikt, heb ik onderzocht of de faillissementsprocedure maatschappelijk relevant is. Dit ruime begrip heb ik in dit onderzoek moeten beperken waarbij ik de volgende indicatoren hanteer: het aantal bedrijven dat gebruik maakt van de faillissementsprocedure, de bedrijfsgrootte van de gefailleerde bedrijven, het aantal werknemers dat in dienst is op het moment van faillietverklaring bij de gefailleerde bedrijven, de hoeveelheid ondernemingen die (gedeeltelijk) behouden blijft en het al dan niet aanwezig zijn van een negatieve boedel. Uit mijn onderzoek blijkt dan dat die faillissementsprocedure niet zo maatschappelijk relevant is als we veronderstellen. De bedrijven die faillieren zijn relatief klein en hebben relatief weinig werknemers in dienst ten tijde van de faillietverklaring. Er is in 75% van de faillissementen van bedrijven sprake van een negatieve boedel en er is slechts in 6,3% sprake van behoud van (een deel van) onderneming door middel van een doorstart. Deze cijfers uit mijn integrale onderzoek wijken sterk af van de eerdere deelonderzoeken van het HSI uit 2005 en OOR uit 2001. Op basis van die deelonderzoeken kwamen zij uit op een percentage van 63% tot 66%. Voorts



is er maar in 0,55% van de faillissementen van bedrijven sprake van behoud van onderneming door middel van een akkoord. Dit in contrast met het eerdere onderzoek van het OOR uit 2001, dat 8% uitkwam. Het aantal faillissementen van bedrijven - 4.167 - is beduidend kleiner dan het aantal bedrijven dat zijn financiële problemen probeert te verhelpen door een informele reorganisatie, waarvan de aantallen naar schatting over 2002-2003 gemiddeld 24.500 bedragen. Nader onderzoek zal over deze getallen meer zekerheid kunnen geven.

Nu uit het voorafgaande blijkt dat het maatschappelijke belang van de faillissementsprocedure kleiner is dan was verondersteld, is het niet vreemd dat de faillissementsprocedure slechts in beperkte mate haar maatschappelijke doelen bereikt. Ik heb zojuist beschreven dat er in de faillissementsprocedure slechts in een klein aantal en percentage van de gefailleerde bedrijven sprake is van behoud van onderneming. Alvorens ik een uitspraak kan doen of in de faillissementsprocedure het maatschappelijke belang 'behoud van *de* onderneming' wordt bereikt, dien ik de onderzoeksresultaten te relateren aan het totale aantal bedrijven in Nederland. De 285 bedrijven, die in het faillissement bleven behouden, vormen slechts 0,41 pro mille van het gemiddelde aantal bedrijven in Nederland gedurende 1996-2004. Het aantal bedrijven dat zijn onderneming behoudt in faillissement blijft ook verwaarloosbaar klein indien men dit aantal relateert aan het aantal eerder genoemde informele reorganisaties van bedrijven 24.500. Uit het onderzoek van Van Amsterdam uit 2004 blijkt dat 48% tot 61% hiervan succesvol was. Indien men uitgaat van een conservatieve schatting, dan komt het aantal succesvolle informele reorganisaties op ongeveer de helft van 24.500, dit is 12.250. Dit maakt dat het aantal van 285 ondernemingen die (gedeeltelijke) blijven behouden nog steeds maar 2,3% van het aantal succesvolle reorganisaties, zodat de faillissementsprocedure een zeer beperkte rol speelt ten aanzien van het maatschappelijke belang behoud van *de* onderneming wordt bereikt.

Nauw verbonden aan het doel 'behoud van onderneming' is het doel 'behoud van werkgelegenheid.' In de faillissementsprocedure kan in beginsel alleen sprake zijn van behoud van werkgelegenheid indien er sprake is van behoud van (een deel van) onderneming. Alvorens ik dit onderzoek had verricht, was het onbekend hoeveel werknemers en daarmee werkgelegenheid er bij een faillissementsprocedure is betrokken. Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat er bij de faillissementen van bedrijven in totaal 19.253 werknemers in dienst waren op het moment van faillietverklaring. Van deze werknemers behielden 15,4% (2.971) werknemers hun baan. Dit maakt dat hooguit 16.282 werknemers hun arbeidsrelatie verloren ten gevolge van een faillissement. In hoeverre zijn dit nu getallen op grond waarvan moet worden vastgesteld dat de bestaande 'werkgelegenheid' in Nederland door faillissementen ernstig wordt bedreigd, zodat een curator zich bij zijn afwegingen het maatschappelijke belang van '*de* werkgelegenheid' moet betrekken? Om hierop een antwoord te kunnen vinden, relateer ik het aantal werknemers dat zijn baan heeft verloren aan de

werkgelegenheid in Nederland. Dit aantal vormt 2,2 pro mille hiervan en is daarmee een zeer klein deel van *de* bestaande ‘werkgelegenheid’. Hierbij merk ik op dat het onbekend is of de werknemers die hun baan verliezen bij de faillissementen van bedrijven een volledige dienstbetrekking hebben ten tijde van de faillietverklaring of van enkele uren.

Indien men alleen de werknemers in ogenschouw neemt, die hun baan verloren bij de bedrijven, waarvan het faillissement is beëindigd in 2004 en waarin er sprake was van een (gedeeltelijke) overgang van de onderneming, dan wordt het belang van de faillissementsprocedure voor het behoud van *de* werkgelegenheid nog kleiner. De onderzoeksresultaten tonen aan dat er weliswaar slechts in een klein percentage sprake was van behoud van de onderneming (in 6,85% van de faillissementen van bedrijven), maar tevens dat in dit beperkte aantal gevallen meer dan de helft van de werknemers hun baan hebben behouden (55,4%). Er was slechts in 241 faillissementen van bedrijven die werknemers in dienst hadden, sprake van een overgang van een onderneming. Samen hadden zij 5.363 werknemers in dienst. Dit is 0,73 pro mille van de totale werkgelegenheid in Nederland. In werkelijkheid ligt dit cijfer vermoedelijk nog lager, omdat van die 5.363 betrokken werknemers er 2.971 mee waren overgegaan. Dientengevolge bedraagt het aantal niet overgegangene werknemers nog maar 2.393, hetgeen neerkomt op slechts 0,32 pro mille van de totale werkgelegenheid, waarbij nog overigens de kanttekening moet worden geplaatst dat het onbekend is of deze dienstbetrekkingen van bepaalde of onbepaalde duur zijn. Los van de dramatische gevolgen van het faillissement voor de individuele werknemers die daardoor hun baan verliezen, lijkt dit percentage te laag om de stelling te handhaven dat in het faillissement de curator dan wel de r-c met hun handelen substantieel kunnen bijdragen aan het maatschappelijke belang van *de* ‘werkgelegenheid’. Op grond hiervan concludeer ik dat de faillissementsprocedure niet tot in zeer beperkte mate haar doel behoud van *de* werkgelegenheid bereikt.

## 2. *Efficiëntie maatschappelijke doelen onbekend*

Los van de vraag of door de faillissementsprocedure de doelen behoud van onderneming en werkgelegenheid worden bereikt, is het onduidelijk of dit op een efficiënte wijze gebeurt aangezien de kosten van het bereiken van de doelen onbekend zijn. Het bereiken van de maximalisatie van opbrengsten is een netto doel. In die zin dat het zowel de kosten als de opbrengsten van het bereiken van dit doel weergeeft. Behoud van onderneming en van werkgelegenheid zijn bruto doelen. In dit onderzoek heb ik onderzocht in hoeverre deze worden bereikt, maar het is onbekend wat de kosten zijn van het bereiken van deze maatschappelijke doelen. Zo is onduidelijk of het behoud van een baan bij wijze van spreken één miljoen Euro of één Euro kost. Wel is bekend dat de kosten daarvan in beginsel gedragen worden door de schuldeisers, terwijl de baten hiervan doorgaans niet aan hen ten goede komen.

3. *Nauwelijks bereiken doelen wordt niet veroorzaakt door instrumenten die de gevolgen van schuldeisersbenadeling tegengaan of die zien op toezicht*

Nu de faillissementsprocedure haar doelen slechts in een beperkte mate bereikt, heb ik onderzocht of de oorzaken hiervan gelegen kunnen zijn in de werking van een aantal instrumenten van de faillissementsprocedure die momenteel in de aandacht staan: schuldeisersbenadeling en de instrumenten die dienen ten behoeve van het toezicht in de procedure. Voordat ik dit onderzoek had verricht, was het onbekend of deze instrumenten van invloed zijn op de te bereiken doelen van de faillissementsprocedure.

Het blijkt dat de faillissementsprocedure niet beter kan voldoen aan haar doelen indien de instrumenten die beogen de gevolgen van schuldeisersbenadeling tegen te gaan of de instrumenten die zien op het toezicht worden gewijzigd. Alvorens in te gaan op de specifieke werking van de besproken instrumenten heb ik onderzocht of de faillissementsprocedure haar doelen in mindere mate bereikt in het geval dat er volgens de curator sprake is van schuldeisersbenadeling ten opzichte van de situatie dat er volgens de curator géén sprake is van schuldeisersbenadeling. Indien immers de doelen in geval van schuldeisersbenadeling nog in minstens even zo sterke mate bereikt worden als in geval er géén sprake is van schuldeiserbenadeling dan moet worden aangenomen dat de huidige instrumenten om schuldeisersbenadeling tegen te gaan voldoende werkzaam zijn. Indien uit het onderzoek blijkt dat er wel sprake is van een (negatief) effect van de aanwezigheid van schuldeisersbenadeling op (één van) de doelen van de faillissementsprocedure, dan is tot slot de vraag: wat is het effect van het hanteren van één van de instrumenten op het bereiken van dat doel van de faillissementsprocedure.

De onderzoeksresultaten laten zien dat in de faillissementen waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling de doelen behoud van onderneming en van werkgelegenheid nagenoeg in dezelfde mate worden bereikt als in de faillissementen waarin hiervan géén sprake is en dat het doel maximalisatie van de opbrengsten in mindere mate wordt bereikt dan in de faillissementen waarin hiervan géén sprake is. Hieruit volgt dat de aanwezigheid van schuldeisersbenadeling mogelijk een verklaring is voor het feit dat de faillissementsprocedure haar doel maximalisatie van de opbrengsten slechts voor een klein deel bereikt. Aangezien de aanwezigheid van schuldeisersbenadeling een (klein) negatief effect heeft op het doel maximalisatie van de opbrengsten, kan het wijzigen van de instrumenten dit mogelijk verbeteren. Het effect van het hanteren van de instrumenten door de curator op het doel maximalisatie van de opbrengsten blijkt echter beperkt te zijn. Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat indien de curator acties onderneemt dit in een groot deel van de faillissementen niet financieel gunstig kan zijn voor de concurrente, overige preferente schuldeisers of de belastingdienst en het UWV omdat zij dan nog steeds geen uitkering krijgen. Onbekend is of dit veroorzaakt wordt door de hoogte van de kosten van het hanteren van het instrument. Deze kosten komen in beginsel

immers ten laste van de schuldeisers. Voorts is onbekend of de oorzaak hiervan is gelegen in de geringe baten die het hanteren van de instrumenten op leveren. De vraag in hoeverre de inzet van de hier bedoelde instrumenten om andere redenen zinvol kan zijn, bijvoorbeeld ter bestrijding van fraude, is buiten beschouwing gelaten.

Het niet bereiken van de doelen van de faillissementsprocedure blijkt evenmin een oorzaak te hebben in falend toezicht. De faillissementsprocedure kent een uitvoering systeem van 'checks and balances'. Uit mijn onderzoek kan de voorlopige conclusie worden getrokken dat er geen sprake is van falend toezicht en dat derhalve een verbetering van de instrumenten er niet toe zal leiden dat de doelen van de faillissementsprocedure in meerdere mate worden bereikt.

4. *Nauwelijks bereiken doelen wordt mede veroorzaakt door individuele verhaalsprocedures die parallel lopen aan de faillissementsprocedure*

Gedurende de faillissementsprocedure bestaan een aantal individuele verhaalsprocedures zowel ten aanzien van het (juridische en economische) vermogen van de schuldenaar als ten aanzien van het vermogen van derden. De belangrijkste spelers in deze individuele verhaalsprocedures zijn de belastingdienst en de bank. Op deze individuele procedures bestaat geen toezicht. Gebleken is dat zowel ten aanzien van het vermogen van de schuldenaar als ten aanzien van het vermogen van derden onder omstandigheden de belangen van de individuele schuldeisers kunnen strijden met de belangen van de faillissementsprocedure. In die gevallen zijn de individuele schuldeisers - met name de bank en de belastingdienst - in de regel vrij hun belangen na te streven zonder rekening te hoeven houden met de collectieve belangen. De indruk bestaat dat de overige verhaalsprocedures buiten het faillissement de faillissementsprocedure substantieel kunnen aantasten. Zo verdedigt de belastingdienst met hand en tand het bodemrecht, blijkt uit eerder onderzoek dat de belastingdienst veelvuldig gebruik maakt van haar bevoegdheid om een bestuurder aansprakelijk te stellen op de voet van art. 36 Inv. en stelt de bank dat zij een hoge recovery rate heeft. Er is echter nimmer onderzoek gedaan naar de omvang en de werking van de samenloop en de aantasting hierdoor van de doelen van de faillissementsprocedure.

Nader onderzoek naar de werking van deze procedures en het in deze procedures te incorporeren toezicht is wenselijk. Wel lijkt het incorporeren van toezicht in de individuele procedure die parallel lopen aan de faillissementsprocedure er toe te kunnen leiden dat de genoemde doelen in meerdere mate worden bereikt in de faillissementsprocedure.

5. *Informeel reorganisatie*

Een andere belangrijke conclusie is dat de wetgever en de doctrine zich teveel lijken te concentreren op de verkeerde procedures: in plaats van op de

faillissementsprocedure zouden we ons veel meer dienen te richten op de informele reorganisatie. Hoewel de informele reorganisatie nog grotendeels onontgonnen gebied is, lijkt op grond van de bestaande onderzoeken hierin meer ruimte te bestaan voor het bereiken van de genoemde doelen en lijkt het maatschappelijke belang van deze procedure aanzienlijk groter. Zo blijkt uit het onderzoek van Van Amsterdam dat in de informele reorganisatie het doel maximalisatie van de opbrengsten van de gezamenlijke schuldeisers in meerdere mate wordt bereikt dan in de faillissementsprocedure. De recovery rates van de diverse soorten schuldeisers zijn in 48% tot 63% van de informele reorganisaties hoog. In die percentages worden de schuldeisers (voor een belangrijk deel) voldaan. In de overige percentages mislukken de informele reorganisaties en komen de recovery rates overeen met die van de faillissementsprocedure.

Alvorens een uitspraak te doen in hoeverre de informele reorganisatie de voornoemde maatschappelijke doelen bereikt, heb ik getracht te herleiden wat de maatschappelijke relevantie is van deze procedure. Wegens gebrek aan empirisch data is het lastig harde uitspraken hierover te doen. Echter, het laat zich aanzien dat het maatschappelijke belang van deze procedure aanzienlijk groter is. Hierbij plaats ik de kanttekening dat een aantal indicatoren onbekend is: de bedrijfsgrootte van de bedrijven en het aantal werknemers dat in dienst is. Wel is bekend dat in 48% tot 63% van de informele reorganisaties de schuldeisers (voor een belangrijk deel) worden voldaan. Hieruit kunnen we afleiden dat in die percentages in ieder geval geen sprake is van een negatieve boedel. Het aantal faillissementen van bedrijven - 4.167 - is beduidend kleiner dan het aantal bedrijven dat zijn financiële problemen probeert te verhelpen door een informele reorganisatie, dit bedraagt naar schatting 24.500. Gelet op deze gegevens lijkt het erop dat in deze procedure meer ruimte bestaat voor het nastreven van de maatschappelijke belangen. Uit het onderzoek van Van Amsterdam is op te maken dat er in 48% tot 63% van de informele reorganisaties sprake is van behoud van onderneming en van werkgelegenheid omdat er volgens Van Amsterdam in die percentages sprake is van succes voor de maatschappij. Dit is het geval indien de onderneming al dan niet na reorganisatie, waaronder mede begrepen verkoop of afstoting van onderdelen, blijft bestaan en een zinvolle bijdrage levert aan het economische verkeer. Dit betekent dat in dat geval gedwongen ontslagen (anders dan op beperkte schaal) uitblijven, schuldeisers (voor een belangrijk deel) worden voldaan, leveranties aan afnemers zijn gewaarborgd en ook andere belanghebbenden of stakeholders hun relatie met de onderneming vrijwillig en naar tevredenheid kunnen voortzetten. Niet bekend is of er in die gevallen sprake is van een akkoord, een (gedeeltelijke) doorstart of al dan niet een combinatie van beiden. Noch is bekend hoeveel werknemers hun baan behouden. Wel is bekend dat in die percentages een (groot deel van) de werknemers hun baan behouden.

De hoofdrolspelers in de informele reorganisatie zijn, net als de hoofdrolspelers van de individuele verhaalsprocedures, de belastingdienst en de bank. In deze

procedure bestaat, gelijk als bij de individuele procedures, geen systeem van ‘checks and balances’.

## **2 Aanbevelingen**

Op grond van mijn onderzoek kom ik tot de volgende aanbevelingen.

### *1. Informele reorganisatie van groot belang*

De wetgever wenst te bereiken dat de niet levensvatbare bedrijven in financiële moeilijkheden effectief en efficiënt liquideren en de levensvatbare bedrijven effectief en efficiënt reorganiseren. Hiertoe dient hij zijn aandacht niet alleen op de formele insolventieprocedures te richten, maar ook op de informele reorganisatie. Op grond van huidig onderzoek overstijgt het maatschappelijke belang van de informele reorganisatie die van de faillissementsprocedure en de surseance van betaling. Voorts blijkt op grond van huidig onderzoek dat in deze procedure meer ruimte is voor het bereiken van de doelen: maximalisatie van de opbrengsten voor de gezamenlijke schuldeisers en behoud van onderneming en werkgelegenheid, dan in de formele procedures. Er bestaat weinig onderzoek naar de informele reorganisatie. Nader onderzoek is nodig naar de omvang, beschrijving en analyse van de informele reorganisatie en de daarin voorkomende problemen. Hierbij dient aandacht te worden besteed aan een vorm van toezicht op de hoofdrolspelers in deze procedure: de bank en de belastingdienst.

### *2. Individuele verhaalsprocedures die parallel lopen aan de faillissementsprocedure van groot belang*

De wetgever dient zijn aandacht ook te richten op de individuele verhaalsprocedures die parallel lopen aan de faillissementsprocedure. Deze kunnen onder omstandigheden de belangen van de faillissementsprocedure aantasten. Het is van belang dat de wetgever alvorens samenloopregels te creëren eerst onderzoekt of en onder welke omstandigheden de samenloop van wezenlijke invloed is op de doelen van de faillissementsprocedure. Bij het maken van deze regels dient de wetgever zowel de belangen van de individuele schuldeisers - de hoofdrolspelers zijn hier de belastingdienst en de bank - als de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en de maatschappelijke belangen van de faillissementsprocedure in acht te nemen.

### *3. Herbezinning maatschappelijke belangen*

In de faillissementsprocedure dienen verschillende maatschappelijke belangen te worden nagestreven. Niet alleen behoud van onderneming en werkgelegenheid maar ook dient misbruik van recht te worden bestreden en wellicht in de

toekomst ook faillissementsfraude. Deze maatschappelijke belangen staan in geen verhouding tot het belang van de faillissementsprocedure.

Mijn onderzoek heeft een geheel andere blik geworpen op het maatschappelijke belang van de faillissementsprocedure. Hieruit is gebleken dat de maatschappelijke doelen in weinig faillissementen aan de orde zijn laat staan bereikt. Indien de wetgever echter toch maatschappelijke doelen wil nastreven in een faillissementsprocedure en deze belangen conflicteren met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dan is het allereerst van belang dat de wetgever nader onderzoek verricht naar de hoogte van de kosten van het nastreven van deze belangen. Hierdoor zijn niet alleen de baten van de doelen, maar ook de kosten ervan duidelijk. Momenteel ontbreekt het inzicht hierin.

De kosten- en batenkant zijn al duidelijk bij het doel: het streven naar maximalisatie van de gezamenlijke opbrengsten. Immers, de opbrengsten die uiteindelijk ten goede komen aan de schuldeisers zijn een resultante van de kosten en de baten van het bereiken van dit doel. Dit is niet het geval bij de andere twee doelen behoud van werkgelegenheid en onderneming of bij de voorwaarde het tegen gaan van misbruik van faillissementsrecht. Vaak worden deze ten onrechte vereenzelvigd met louter het aantal banen en ondernemingen dat behouden blijft en het aantal keer dat misbruik wordt bestreden. De kosten ervan zijn onbekend. Wel is bekend dat het in beginsel de schuldeisers zijn die deze kosten dragen. Indien nader onderzoek is verricht en hieruit blijkt dat de kosten relatief hoog zijn, dan dient de wetgever de vraag te beantwoorden: wie dient deze kosten te dragen? De kosten van het streven naar maatschappelijke doelen dienen in beginsel ten laste te komen van degene die hierbij gebaat zijn. Dit is doorgaans de maatschappij. Het is ook mogelijk om vanuit die gedachte de kosten ten laste te laten komen van een groep schuldeisers die bij het nastreven van die maatschappelijke belangen gebaat zijn, dit zijn doorgaans de belastingdienst en het UWV.<sup>2</sup> Op deze wijze kan worden voorkomen dat de kosten van de maatschappelijke belangen voor rekening komen van een groep willekeurige schuldeisers. Nu is het zo dat de kosten van de maatschappelijke belangen wellicht veelal ten laste komen van de zwakste groep schuldeisers - de concurrente en preferente (handels)schuldeisers.<sup>3</sup>

Een voorbeeld van mogelijke toekomstige wetgeving waarin een nieuw maatschappelijk belang aan de faillissementsprocedure wordt toegevoegd op lasten van de schuldeisers is faillissementsfraude. Volgens het advies van de Commissie insolventierecht dient de curator in geval van een redelijk vermoeden van een dergelijk strafbaar feit, in elk geval de r-c over zijn vermoeden in te lichten. Deze kan volgens het advies de curator dan opdragen om aangifte te doen. In dit verband voorziet het advies weliswaar in de

---

2 In mijn bijdrage 'Begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' gedateerd', heb ik dit uiteengezet, *TvI* 2004, p. 74-83.

3 Zie voor een toelichting hierop de bijdrage genoemd in de vorige noot.

mogelijkheid om in geval van een lege boedel de kosten van de bewindvoerder ten laste van de staat te brengen,<sup>4</sup> maar de Commissie laat onvermeld dat indien de boedel niet leeg is, dat het dan de schuldeisers zijn die dit belang financieren.

Hetgeen hiervoor is opgemerkt over de maatschappelijke doelen in de faillissementsprocedure, geldt ook indien de wetgever zich gaat richten op de informele reorganisatie en hij aldaar maatschappelijke doelen wenst na te streven.

#### 4. *Instrumenten schuldeisersbenadeling*

Uit mijn onderzoek blijkt dat de faillissementsprocedure slechts in een beperkte mate haar doelen bereikt. Vervolgens heb ik onderzocht of de faillissementsprocedure beter aan haar doelen kan voldoen indien de instrumenten die beogen om de gevolgen van schuldeisersbenadeling tegen gaan worden gewijzigd. De onderzoeksresultaten laten zien dat, onder de huidige faillissementswetgeving met inbegrip van (de toepassing van) haar instrumenten, de aanwezigheid van schuldeisersbenadeling een (klein) negatief effect heeft op het doel maximalisatie van de opbrengsten en nagenoeg geen effect heeft op de andere twee doelen. Gebleken is voorts dat indien de curator acties onderneemt dit in een groot deel van de faillissementen niet financieel gunstig kan zijn voor de diverse soorten schuldeisers omdat zij alsdan geen uitkering krijgen. Indien de wetgever de instrumenten wil verbeteren beveel ik aan dat er eerst nader onderzoek wordt verricht naar de oorzaken van het niet functioneren van de huidige instrumenten. Of de effectiviteit van de instrumenten die schuldeisersbenadeling bestrijden überhaupt kan worden verbeterd, zal dienen te blijken uit nader onderzoek. Dit onderzoek zal zich kunnen beperken tot de faillissementen van bedrijven waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling (10% tot 19% (natuurlijke personen en rechtspersonen)), uitgezonderd bijna de helft van die faillissementen waarin de curator geen actie onderneemt wegens gebrek aan middelen en/of verhaal (48% tot 45% (natuurlijke personen en rechtspersonen)). Het is van belang dat de wetgever hierbij onderkent dat het ook hier de schuldeisers zijn die de kosten dragen van het hanteren van de instrumenten door de curator.

#### 5. *Toezicht in faillissementsprocedure minder van belang*

De doctrine en de wetgever zijn gefixeerd op het toezicht in de faillissementsprocedure zoals blijkt uit discussies over de kwaliteit van de r-c, diens feitelijk toezicht en het salaris van de curator. Op grond van mijn onderzoek kan de voorlopige conclusie worden getrokken dat er geen sprake is van falend toezicht in de faillissementsprocedure. Zo blijken de schuldeisers weinig gebruik maken van de middelen die aan hen ter beschikking staan om

---

4 Brief van de Commissie insolventierecht d.d. 29 juni 2006 aan de Minister van Justitie.



toezicht te houden op de faillissementsprocedure. Hieruit kan de voorlopige conclusie getrokken worden dat er geen sprake is van falend toezicht danwel dat de curator de boedel goed beheert en dat derhalve wijzigingen in de instrumenten die zien op het toezicht in de faillissementsprocedure niet ertoe zullen leiden dat de faillissementsprocedure (beter) voldoet aan de doelen. Toch dient er nader onderzoek te worden verricht naar het toezicht door de r-c en de schuldeisers in de faillissementsprocedure om uit te sluiten dat de redenen waarom de schuldeisers weinig tot geen gebruik maken van de aan hen ter beschikking staande instrumenten zijn: onbekendheid met deze instrumenten danwel het niet-ageren in een faillissementsprocedure omdat de kosten de baten hiervan voor de schuldeisers overschrijden.

#### 6. *Toezicht buiten faillissementsprocedure belangrijk*

Belangrijker dan de discussie over toezicht *in* de faillissementsprocedure is het gebrek aan toezicht op het vermogen dat *buiten* de faillissementsprocedure valt. Op basis van de huidige stand van onderzoek is het belang van de informele reorganisatie groter dan de faillissementsprocedure en worden de drie doelen hier in meerdere mate bereikt dan in de faillissementsprocedure. Hierop is echter geen toezicht. In mijn onderzoek heb ik aangetoond dat de individuele verhaalsprocedures die parallel lopen aan de faillissementsprocedure de doelen van de faillissementsprocedure kunnen aantasten. Hierop is ook geen toezicht. Zowel in de individuele verhaalsprocedures als in de informele reorganisatie zijn de bank en de belastingdienst de hoofdrolspelers. Zij kunnen in de genoemde procedures in beginsel hun individuele belangen nastreven, al dan niet in strijd met de collectieve belangen. Er heerst hier geen systeem van 'checks and balances'.

Alvorens de wetgever samenloopregels en toezicht gaat creëren voor de individuele verhaalsprocedures, dient eerst onderzocht te worden of en onder welke omstandigheden de samenloop van wezenlijke invloed is op de doelen van de faillissementsprocedure. Bij het maken van deze regels dient de wetgever zowel de belangen van de individuele schuldeisers, de hoofdrolspelers zijn de belastingdienst en de bank, als van de faillissementsprocedure in acht te nemen. Uit dit onderzoek zal blijken of en onder welke omstandigheden een individuele verhaalsprocedure onder het beheer danwel toezicht van de faillissementsprocedure dient te vallen.

In de informele reorganisatie werken de gebruikelijke systemen van toezicht en controle op de ondernemingsleiding niet doordat feitelijk de huisbank de leiding overneemt. Daarom dient er een adequaat toezicht regime te worden gecreëerd.<sup>5</sup>

Men kan kiezen voor toezicht achteraf door middel van (streng) aansprakelijkheidsnormen of voor toezicht vooraf. Aansprakelijkheidsnormen

---

5 Vgl. o.a. Winter 1997, p. 109 e.v.

brengen veel onzekerheid met zich mee voor de betrokken spelers en hebben een stigmatiserende werking.<sup>6</sup> Een vorm van toezicht vooraf is het opteren voor een stille r-c. Indien er sprake is van insolventie kan de schuldenaar opteren voor een stille r-c die toezicht houdt op de informele reorganisatie ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het opteren van een stille r-c dient verplicht te worden gesteld indien een bedrijf zijn betalingsonmacht dient te melden aan de belastingdienst<sup>7</sup> en als de huisbank het bedrijf onderbrengt bij de afdeling bijzonder beheer. Dit is het moment dat wordt voorkomen dat de concursus van schuldeisers wordt doorbroken ten gunste van de hoofdrospelers. Hierdoor wordt tevens de informatievoorsprong van de hoofdrospelers gedeeld ten behoeve van het collectief. Hierdoor wordt ook ruimte ingebouwd voor het streven naar maatschappelijke belangen behoud van onderneming en werkgelegenheid. Juist het faillissementsrecht beoogt om de concursus van de schuldeisers te waarborgen. Voorts zorgt dit voor de nodige tijdigheid. In de andere gevallen is de stille r-c vrijwillig. Door een stille r-c blijft de informele reorganisatie in de benodigde stilte plaatsvinden.<sup>8</sup> De stille r-c kan mijn inziens het beste zijn een accountant of een andere professional met bedrijfseconomisch inzicht. Deze kan fungeren als rechter-plaatsvervanger. De stille r-c is een toezichthouder van het collectieve proces van de informele reorganisatie. Een ander voordeel van de stille r-c is dat het efficiënt is. Wel is het in dit geval van belang dat de schuldenaar soortement van griffierechten dient te voldoen, waarvan de hoogte afhankelijk is van de omvang van de boedel, om zo een beroep op de stille r-c te bekostigen, zoals dit ook gebruikelijk is voor andere rechtzoekenden.

Voornoemde is bedoeld als een opzet voor een nadere discussie over vormen toezicht in de informele reorganisatie. Nader onderzoek dient te worden verricht naar de werking van de informele procedure en naar het in deze procedures te incorporeren toezicht. De verwachting is dat een vorm van toezicht de effectiviteit van deze procedure kan vergroten.

#### 7. *Doelmatige en doeltreffende wijzigingen*

We hebben gezien dat de faillissementsprocedure haar doelen amper bereikt. Voorkomen moet worden dat door goed bedoelde wetgeving de effectiviteit vermindert. Alvorens de wetgever wijzigingen gaat incorporeren in de faillissementsprocedure en/of in de informele reorganisatie en/of in de individuele verhaalsprocedures dient hij het effect daarvan op de doelen te hebben onderzocht, althans beredeneerd. Voorts dienen de kosten daarvan in kaart te zijn gebracht en dient een antwoord te worden gegeven op de vraag: wie dient de kosten te dragen? De regelgeving dient er niet toe te leiden dat de kosten de baten ervan overschrijden. Onder deze kosten vallen ook de kosten ten

---

6 Vgl. o.a. Winter 1997.

7 Vgl. MDW-Eindrapport p. 8. Er is behoefte aan een early warning systeem.

8 Vgl. o.a. Ophof 1993.

behoefte van het behoud van onderneming en werkgelegenheid. Dit alles is essentieel. Het wijzigen van een faillissementsprocedure uit het oogpunt van rechtvaardigheid, zonder de efficiëntie en effectiviteit van de instrumenten in ogenschouw te nemen kan leiden tot contraproductieve wetgeving.

We dienen te voorkomen dat er een zelfde fout wordt gemaakt als bij de invoering van de procedure voor het vereenvoudigd afwikkelen van het faillissement. Uit mijn onderzoek blijkt dat in een verwaarloosbaar aantal faillissementen de schuldeisers gebruik maken van hun recht om in verzet te gaan tegen de uitdelingslijst indien er sprake is van een vereenvoudigde afwikkeling. Gesteld kan worden dat de baten hiervan, het winnen aan transparantie laag is indien we als indicator hiervoor nemen het aantal schuldeisers dat in verzet gaat. Terwijl de kosten van het vereenvoudigd afwikkelen voor de schuldeisers naar schatting hoog zijn: bij elke vereenvoudigde afwikkeling dienen er publicatiekosten te worden gemaakt en kost het de curator de nodige tijd om de verplichte procedure te doorlopen. Indien wij de kosten tegen de baten afwegen dan is er naar mijn mening sprake van ‘ongewenste transparantie’. Een ander voorbeeld van contraproductieve wetgeving is de wijziging van art. 67 lid 2 Fw. bij Wet van 18 april 2002 ten behoeve van de werknemer.<sup>9</sup>

Een voorbeeld van mogelijke contraproductieve wetgeving is het advies van de Commissie insolventierecht van 13 april 2005. Zij stelt hierin een geheel ander systeem van toezicht voor dan het huidige. Volgens haar dienen de schuldeisers primair het toezicht uit te oefenen en dient de r-c geen inhoudelijk toezicht meer te houden, maar zich te beperken tot het beslechten van geschillen. In haar advies blijven echter onvermeld wat de effecten hiervan zullen zijn op de doelen. Allereerst, betwijfel ik ten zeerste of het doel maximalisatie van de opbrengsten van de schuldeisers in meerdere mate zal worden bereikt door deze wijziging. Immers niet alleen de baten, maar ook de kosten van het toezicht door de schuldeisers, bestaande uit voornamelijk het honorarium van de curator, komen ten laste van de boedel. Uit de onderzoeksresultaten zoals weergegeven in hoofdstuk twee blijkt dat er nu reeds in drievierde van de faillissementen van bedrijven er sprake is van een negatieve boedel en dat de recovery rates bijzonder laag zijn. Het gevaar bestaat dat een actievere participatie van de schuldeisers in de faillissementsprocedure de curator veel tijd zal vergen om zich te verantwoorden en leidt tot nog lagere recovery rates en meer negatieve boedels. Voorts is het de vraag in hoeverre de schuldeisers gemotiveerd zullen zijn om toezicht te houden op de andere twee doelen: behoud van onderneming en werkgelegenheid. Het had op de weg van de commissie gelegen om in dit nieuwe systeem van toezicht dan bijvoorbeeld ook de werknemers een rol te geven.

---

9           Zie Luttikhuis 2006a.

Een ander voorbeeld van mogelijke toekomstige contraproductieve wetgeving is het voorstel van de Commissie insolventierecht om de curator exclusief bevoegd te maken om de zogenoemde Peeters/Gatzen vordering in te stellen. Uit de onderzoeksresultaten van hoofdstuk vier blijkt dat een curator in een zeer klein percentage van de faillissementen waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling, een vordering wegens schuldeisersbenadeling instelt en dat dit in een nog kleiner percentage succesvol is. De vraag rijst of voornoemd voorstel zal leiden tot contraproductieve wetgeving. Het voorstel neemt het recht van de individuele schuldeisers af, zonder dat duidelijk is of de curator van het recht om een derde aansprakelijk te stellen gebruik zal maken. Bovenal is het volstrekt onbekend in hoeverre er sprake is van samenloop en als er sprake is van samenloop, in hoeverre dit de doelen van de faillissementsprocedure aantast. Voorts blijft het mogelijke positieve effect van dit recht van de individuele schuldeiser op de doelen van de faillissementsprocedure onbesproken. Het voordeel van dit recht bij de individuele schuldeiser is dat indien de schuldeiser met succes zich beroept op de derde de vordering van die schuldeiser (gedeeltelijk) tenietgaat. In dat geval zijn de gezamenlijke schuldeisers gebaat indien zij als gevolg daarvan een hogere uitkering krijgen en de curator toch niet voornemens was om die vordering in te stellen.

9. *Faillissementsprocedure en stille r-c niet verplicht bij gebrek aan activa*

De bovengenoemde kosten-baten analyse dient zich niet te beperken tot de instrumenten van de faillissementsprocedure maar reikt verder, ook naar de faillissementsprocedure zelf. De wetgever en de Hoge Raad kunnen tal van (maatschappelijke) doelen aan de faillissementsprocedure stellen, echter de vraag is wie het financieren ervan dient te bekostigen indien de boedel geen of nauwelijks actief heeft. Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat er in drie vierde van de faillissementen van bedrijven sprake is van een zogenaamde negatieve boedel en dat de bedrijfsgrootte van de betrokken bedrijven en het aantal betrokken werknemers relatief klein is.

Indien de wetgever en de maatschappij het wenselijk vinden dat in het geval er onvoldoende actief is om het honorarium van een curator te voldoen wel een boedel wordt afgewikkeld en maatschappelijke belangen worden nagestreefd, zoals bijvoorbeeld het bestrijden van faillissementsfraude, dan rijst de vraag: in welke procedure, door wie en ten koste van wie? In een faillissementsprocedure door een curator op kosten van de overheid, of in een andere procedure door een overheidsinstantie op kosten van de overheid. Indien niemand de kosten ervan wenst te dragen dan is het de vraag of in een situatie waarin er geen actief is, het wel een vanzelfsprekendheid is dat er een faillissementsprocedure kan worden uitgesproken. Indien er wel voldoende actief is dan is het nog geen vanzelfsprekendheid dat de schuldeisers de kosten van de maatschappelijke belangen bekostigen, zoals ik voorafgaand heb beschreven.

Hetzelfde probleem doet zich voor bij de informele reorganisatie. In heb hiervoor in een aanzet tot een discussie over toezicht voorgesteld om een stille r-c te benoemen. Deze dient te worden gefinancierd. Voorgesteld is om de schuldenaar griffierechten te laten voldoen. Indien er onvoldoende actief is voor het voldoende van griffierechten, dan is het de vraag of in dat geval de mogelijkheid van een stille r-c dient te worden geboden.

Nader onderzoek dient te worden verricht naar deze problematiek, hierbij dient te worden meegenomen of effectief insolventierecht een onderscheid vergt tussen insolventierecht naar bedrijfsgrootte en de hoogte van het aanwezige actief.



## Lijst van geraadpleegde en verkort aangehaalde literatuur

- Aerts, W., Bestrijding van faillissementsfraude: de stand van zaken, TvI 2006, p. 75: *Aerts 2006a*
- Andel, W.J.M. van, De Peeters/Gatzen vordering, in: Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement. Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht, Deventer 2006, p. 1-86: *Van Andel 2006*
- C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De rechtspersoon, achtste druk, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Deventer 1997: *Asser – Maeijer 2 II*
- C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en de besloten vennootschap, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 2000: *Asser – Maeijer 2 III*
- Berghuis, A.C., Paulides, G., Faillissementen bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid: een studie naar misbruik van rechtspersonen (eerste interimrapport), Den Haag 1982: *Berghuis - Paulides 1982*
- Berghuis, A.C., Paulides, G., Misbruik van BV's: een empirisch onderzoek, Den Haag 1983: *Berghuis - Paulides 1983*
- Centraal Bureau voor de Statistiek, Faillissementsstatistieken 1997-1998, Voorburg/Heerlen 1999
- Centraal Bureau voor de Statistiek, Faillissementen: oorzaken en schulden 2004, [www.cbs.nl](http://www.cbs.nl)
- Commissie insolventierecht, advies inzake wetsvoorstel 27 244 (28 mei 2003), advies inzake herziening insolventierecht (8 september 2003), advies inzake functioneren bewindvoerders, curatoren en r-c's (13 april 2005) en advies inzake voorontwerp Insolventiewet (29 juni 2006)
- Commissie Mijnssen, Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet, 1989: *Commissie Mijnssen 1989*
- Couwenberg, O., Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., De efficiëntie van de Faillissementswet, Onderzoekscentrum Onderneming & Recht april 2001: *OO&R 2001*
- Cozijn, C., Twee jaar bestuurdersaansprakelijkheid volgens WBA en WBF. Verslag van een verkennend onderzoek, Gouda 1989: *Cozijn 1989*
- Cozijn, C., Aansprakelijkheid op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement, Gouda 1991: *Cozijn 1991*
- Dijck, G. van, De actio Pauliana in Nederland en de wet van de remmende voorsprong, in: J. Smits & S. Stijns (red.), Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, Antwerpen 2005, p. 393 – 410: *Van Dijck 2005*
- Dijck, G. van, Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana, TvI 2006, 4: *Van Dijck 2006*

- Galen, R.J. van, Enkele opmerkingen over de tweede en derde anti-misbruikwet, in: Met zin en verstand, Opstellen aangeboden ter gelegenheid van het afscheid van mr. A.G. van Galen als president van Centrale Raad van Beroep op 13 november 1995, 1995 p. 23-35
- Galen, R.J. van, Beslissingen omtrent het instellen en invoeren van een procedure wegens onbehoorlijk bestuur, in: Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht 1997, p. 53-63
- Gispen, G.H., De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio pauliana, in: A. van Hees, Vragen rondom de faillissementspauliana, Insolad jaarboek 1998, Deventer 1998
- Huizink, J.B., Nogmaals art. 47 F, WPNR 6429 (2001), p.33-34
- Huizink, J.B., Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer, TvI 2002, p. 167-173
- Huizink, J.B., Insolventie, Deventer 2002
- Huls, N.J.H., Naar een economische faillissementsfilosofie; niet terug- maar vooruitkijken, Justitiële Verkenningen 2000, 2
- Knegt, R., Popma, R.J., Zaal, I., Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding, Amsterdam HSI 2005, openbaar gemaakt in 2006: *Knegt e.a. 2005*
- Koppen, F.P. van, Moet wetenschap van benadeling in art. 47 Fw geobjectiveerd worden?, WPNR 2001 (6454), p. 708 – 711
- Koppen, F.P. van, Bespreking HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 94 en HR 21 december 2001, RvdW 6 en 7, TvI 2002, p. 173-180
- Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, WPNR 6249 (1996), p. 899-906 met reactie van H. de Groot, (WPNR 6272 (1997), p. 357-359 en naschrift van Kortmann en Faber, WPNR 6272 (1997). P. 359-360, S.C.J.J. p. 15-25
- Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?, in: De curator een octopus, onder redactie van deze schrijvers alsmede van J.J. van Hees en S.H. de Ranitz, Deventer 1996: *Kortmann 1996a*
- Kortmann, Samenloop van acties van de curator op grond van art. 2:9 BW, art. 2: 138 (2:248) BW of art. 6: 162 BW met vorderingen van individuele schuldeisers, in: Rechtspleging in het ondernemingsrecht, deel 26 in de serie uitgaven vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, Deventer 1997, p. 15-25: *Kortmann 1997*
- Luttikhuis, A.P.K., De gewijzigde hoger beroepsprocedure ex art. 67 lid 2 Fw.: werknemer dubbel de klos, TvI 2003, 5, p. 103-105: *Luttikhuis 2003*
- Luttikhuis, A.P.K., Het begrip de ‘gezamenlijke schuldeisers gedateerd. Nieuwe maatschappelijke doelen in Nederlandse faillissementsprocedure nopen tot een genuanceerde invulling van het begrip ‘de gezamenlijke schuldeisers’, TvI 2004, 3, p. 84-95: *Luttikhuis 2004a*
- Luttikhuis, A.P.K., De relatieve betekenis van toezicht, TvI 2004/jaarcongres special: De regels en het spel, p. 274-278: *Luttikhuis 2004b*



- Luttikhuis, A.P.K., Onderneming insolvent: onderscheid arbeidsrecht in solvent en insolvent recht noodzakelijk!, *TvI* 2005, 3, p. 74-83: *Luttikhuis 2005*
- Luttikhuis, A.P.K. i.s.m. CBS, 'Faillissementsrecht in cijfers: maatschappelijke belangen en misbruik van faillissement gerelativeerd', *TvI* 2006,1, p. 12-23: *Luttikhuis 2006a*
- Luttikhuis, A.P.K. i.s.m. CBS, Insolventierecht in cijfers en modellen. Werkgelegenheid en toezicht, Den Haag: Schoordijk Instituut 2006: *Luttikhuis 2006b*
- Maeijer, J.M.M., Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen; wanbeleid en rechtspersonen, in: Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants, verzekeringsaspecten, 1991, p. 3-15: *Maeijer 1991*
- MDW-Werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase (Commissie Raaijmakers), Eindrapport, [www.minez.nl](http://www.minez.nl), 2001: *MDW-Eindrapport 2001*
- Ophof, H.P.J., De actio pauliana: terug van weggeweest of ook: 'wegwezen'? (oratie), 1992: *Ophof 1992*
- Schilfgaarde. P. van, noot onder HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters q.q./Gatzen), AA 1984, p. 220-224
- Schilfgaarde, P. van e.a. (red.), De nieuwe misbruikwetgeving, Deventer 1986
- Verstijlen, F.M.J., De Faillissementscurator. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator (diss. Tilburg), Den Haag Schoordijk Instituut 1998: *Verstijlen 1998*
- Verstijlen, F.M.J., De aansprakelijkheid voor selectieve voldoening door schuldeisers, WPNR 1999 (6355), p. 301-308
- Verstijlen, F.M.J., De onrechtmatige-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers van een failliete schuldenaar: een voor allen of ieder voor zich?, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 85-90
- Verstijlen, F.M.J., De onrechtmatige-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers van een failliete schuldenaar: een voor allen en ieder voor zich, WPNR 6502(2002), p. 617-625
- Vriesendorp, R.D., Art. 47: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), De curator, een octopus, Deventer 1996, p. 65-81
- Vriesendorp, R.D., Een van de grenzen van art. 47 Fw nader verkend. *TvI* 1999, p. 172-181
- Vriesendorp, R.D., Verstijlen, F.M.J., Slegers, C.W.M., De Garantstellingsregeling curatoren. Rapport van de evaluatie van de werking van de Garantstellingsregeling curatoren in de praktijk, Tilburg: Schoordijk Instituut 1999: *Vriesendorp 1999*
- Vriesendorp, R.D., Verstijlen, F.M.J., Dijck, G. van, Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999 - 2005, Den Haag 2006: *Vriesendorp e.a. 2006*
- Voute, A., Enige aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ingevolge de Derde Misbruikwet, in: *Insolad Jaarboek 1997: Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer: 1997

- Wessels, B., Vijftien jaar bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement, deel I: SV&V 2003, 89-94, deel II: p. 167-175: *Wessels 2003-I, Wessels 2003-II*
- Wezeman, J.B., Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen), Deventer 1998: *Wezeman 1998*
- Wezeman, J.B., Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders in 2004, O&F 2004, p. 54-58: *Wezeman 2004*
- Wezeman, J.B., Curator en bestuurdersaansprakelijkheid, in: Praktijkboek insolventierecht. Ongeoorloofde gedragingen, p. 65-102, Deventer 2006: *Wezeman 2006a*
- Wezeman, J.B., Fraude en misbruik bij faillissement van NV's en BV's, Ondernemingsrecht 2006, p. 83-85: *Wezeman 2006b*
- Willems, M.A.L.M., Huskens, B., Actio Pauliana, in: Praktijkboek insolventierecht. Ongeoorloofde gedragingen, Deventer 2006

## Begrippenlijst

Baan	Voor de definitie van banen is aansluiting gezocht bij de Arbeidsrekeningen van het CBS. De Arbeidsrekeningen van het CBS geven het aantal banen van werknemers in Nederland weer. Onder 'baan' verstaat het CBS ook kleine aanstellingen van minder dan 12 uur per week, alsmede banen van buitenlandse werknemers in dienst bij bedrijven in Nederland. <sup>1</sup>
Bedrijf	Juridische eenheid.
Behoud van onderneming in faillissement	De onderneming van een gefailleerd bedrijf kan op twee wijzen blijven behouden: door middel van een akkoord of door een (gedeeltelijke) doorstart.
Belastingdienst	De positie van de belastingdienst in faillissement kent twee facetten: de gevolgen van het faillissement voor de heffing en de invordering van de belasting. In dit boek beperk ik mij tot de invorderingsaspecten. De positie van de Ontvanger - en niet van de Inspecteur - staat derhalve centraal.
Commissie insolventierecht	De commissie die is ingesteld bij Besluit van 3 april 2003, <i>Stcrt.</i> 76 als tijdelijk adviescollege van de Minister van Justitie ter advisering over het insolventierecht. Deze commissie staat onder leiding van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann.

---

<sup>1</sup> Bron CBS, Arbeidsrekeningen, staat 2.10, Rechtspraak in Nederland 2003, Voorburg 2004, p. 36-37.

Doorstart	Dit is de verkoop van (een deel van) de activa van het bedrijf going concern in een faillissement. Hierdoor blijft (een deel van) de kernactiviteiten van de onderneming in tact, terwijl het bedrijf zelf liquideert.
Natuurlijk persoon	Een bedrijf die geen rechtspersoon is. Hiertoe behoren de vennootschappen onder firma, de commanditaire vennootschappen, de maatschappen en de eenmanszaken.
Negatieve boedel	Er is sprake van een negatieve boedel indien de toestand van de boedel zodanig laag is dat er geen ruimte is voor een uitkering aan de preferente of concurrente schuldeisers.
Onderhands akkoord	Een akkoord dat bereikt is tussen de schuldeisers van een schuldenaar buiten de formele insolventieprocedures: faillissement, surseance van betaling en de toepassing van de schuldsaneringsregeling.
Overige preferente schuldeisers	Hieronder versta ik alle soorten preferente schuldeisers, uitgezonderd de Belastingdienst en het UWV.
Particulier	Een persoon die geen bedrijf voert.
Rechtspersoon	Een bedrijf dat rechtspersoonlijkheid bezit.
Recovery rate	De hoogte van de uitkering gedeeld door de hoogte van de nominale schuld.
Separatisten	Hypotheek- en pandhouders.
Werknemer	Een persoon die een baan heeft.

