

Vergaderjaar 2014–2015

34 253

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

1. Inleiding

Het kabinet heeft bij brief van 26 november 2012 het wetgevingsprogramma herijking van het faillissementsrecht aangekondigd.¹ Die herijking berust op drie pijlers, te weten modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding. Om faillissementsfraude effectiever te kunnen bestrijden, zijn drie wetsvoorstellen aangekondigd. Twee daarvan liggen inmiddels voor behandeling in de Tweede Kamer. Het betreft het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod en het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude.²

Dit derde wetsvoorstel heeft eveneens tot doel een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude. In dit wetsvoorstel wordt daartoe de positie van de curator versterkt. Ten eerste door de informatiepositie van de curator te versterken door de inlichtingen-, medewerkingsplichten en de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissement te verduidelijken en te versterken. Ten tweede voorziet dit wetsvoorstel in de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator en in een versterking hiervan door te voorzien in vervolgstappen voor de curator als hij in het faillissement onregelmatigheden signaleert. De versterking van de informatiepositie en van de fraudesignalerende rol van de curator zijn bedoeld om bij te dragen aan het vergroten van het boedelactief. Daarmee draagt het wetsvoorstel ook bij aan de beperking van de maatschappelijke schade van faillissementen.

Het wetsvoorstel voorziet samengevat in de volgende maatregelen:

- a. de curator wordt wettelijk verplicht om in faillissementen te bezien of er sprake is van eventuele onregelmatigheden (art. 68 Fw);
- b. in voorkomend geval informeert de curator vertrouwelijk de rechter-commissaris en doet, als hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van de onregelmatigheden bij de bevoegde instanties (art. 68 Fw);

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

² Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2; Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 2.

- c. in het faillissementsverslag vermeldt de curator hoe hij zich van zijn fraudesignalerende rol heeft gekweten (art. 73a Fw).
- d. in de wet wordt verankerd dat de gefailleerde de curator niet alleen desgevraagd, maar ook eigener beweging inlicht over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de curator van belang zijn (art. 105 Fw);
- e. de curator moet worden geïnformeerd over het bestaan van eventuele buitenlandse activa, zoals vastgoed en banktegoeden, en alle medewerking moet worden verleend om de curator daarover de beschikking te geven (art. 105 Fw);
- f. de gefailleerde verleent de curator alle medewerking bij het beheer en de vereffening van de boedel (art. 105a Fw);
- g. de gefailleerde draagt terstond de administratie over aan de curator met daarbij de noodzakelijke middelen, zoals encryptiesleutels, om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te kunnen maken (art. 105a Fw);
- h. derden, die de administratie van de failliet in de uitoefening van hun beroep of bedrijf geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, zijn verplicht om de administratie desgevraagd aan de curator ter beschikking te stellen (art. 105b Fw);
- i. bij faillissement van een rechtspersoon, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap gaan de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen (ook) gelden voor:
 - i. bestuurders, commissarissen, vennoten en voor feitelijk bestuurders;
 - ii. de bestuurder(s) van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn van de failliet;
 - iii. de vennoten van een of meer vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen die bestuurder is of zijn van de failliet; en
 - iv. iedereen die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder, commissaris of vennoot bij de failliet was (art. 106 Fw).

Bovenstaande maatregelen zijn het complement van de drie wetsvoorstellen in de fraudepijler. In het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod wordt geregeld dat de (gewezen) bestuurder een bestuursverbod kan worden opgelegd als hij in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen (art. 106a lid, onder c, Faillissementswet (Fw) (nieuw)).³

En in het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude wordt – voor zover hier relevant – het niet voldoen aan de inlichtingenplicht door de failliet, diens echtgenoot of partner, of derden strafbaar gesteld, alsmede het niet voldoen aan de verplichting tot het overleggen van de administratie door de failliet (artt. 194 en 344a van het Wetboek van Strafrecht (Sr) (nieuw)).⁴ Evenals de twee bovengenoemde wetsvoorstellen zal dit wetsvoorstel bijdragen aan de bestrijding van faillissementsfraude.

2. De spilfunctie van de curator

In faillissementen is een centrale rol toebedeeld aan de curator. Zijn kerntaak is het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Fw) met als uiteindelijk doel de eventuele opbrengst onder de schuldeisers te verdelen. De curator verricht zijn taak vooral ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het streven voor hen een zo groot mogelijk boedelactief te genereren, zij het dat hij in zijn beleidsafwegingen ook belangen van maatschappelijke aard mag betrekken, zoals werkgele-

³ Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2.

⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 2.

genheid en de continuïteit van de onderneming (HR 4 december 1963, NJ 1964/144 en HR 24 februari 1995, NJ 1996/472). Het primaat ligt echter bij een zodanige afwikkeling van het faillissement dat alle daarbij betrokken belangen overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak worden behartigd (zo al HR 10 januari 1910, W 8970). Daarbij heeft de curator vaak met uiteenlopende, soms tegenstrijdige, belangen te maken, moet hij vaak snel beslissen en hoort hem daarom een zekere beleidsvrijheid toe te komen (HR 19 april 1996, NJ 1996/727, (*Macclou/Curatoren van Schuppen*)).

Dit wetsvoorstel tast de kerntaak van de curator niet aan; de curator is en blijft vooral beheerder en vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren. Daartoe geeft onze wetgeving hem nu al de nodige instrumenten om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en te redresseren. Ter illustratie zij gewezen op de strafrechtelijk gesanctioneerde inlichtingenplicht van de failliet (art. 105 Fw j° art. 194 Sr (huidig en nieuw)), de inbewaringstelling bij plichtsverzuim van de gefailleerde (art. 87 Fw), evenals bijvoorbeeld acties wegens onbehoorlijk bestuur (artt. 9, 138 en 248 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW)), uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) of wegens paulianeuze onttrekkingen aan de boedel (artt. 42 e.v. Fw) alsmede de aangekondigde mogelijkheid om voor maximaal vijf jaar een civielrechtelijk bestuursverbod wegens, kort gezegd, onbehoorlijk bestuur te kunnen vorderen (artt. 106a e.v. Fw).⁵ Kortom, de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren is in wezen inherent aan en ligt in het logische verlengde van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen. De curator heeft een fraudesignalerende rol die een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid reflecteert.

Ook de door de Vereniging van insolventierecht advocaten Insolad in 2011 opgestelde Praktijkregels voor curatoren getuigen daarvan.⁶ Zo onderzoekt de curator op grond van deze regels bij het faillissement van een rechtspersoon of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen de (ex-)bestuurders en/of (ex-) commissarissen van de gefailleerde of tegen andere personen of rechtspersonen zoals beleidsbepalers, aandeelhouders en kredietverschaffers, in verband met het ontstaan van het faillissement (para. 5.1). Ook doet de curator melding of aangifte van strafbare feiten als hij dat in het belang van de boedel acht (para. 14.1). In de praktijk stuit een curator veelvuldig op onregelmatigheden rondom een faillissement, zoals met name de afwezigheid of onvolledigheid van de administratie en onttrekkingen ten nadele van de schuldeisers in het zicht van of tijdens het faillissement. De maatschappelijke impact daarvan is uiteraard groot. Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek blijkt dat de schuld die bij de in 2010 beëindigde faillissementen onbetaald bleef aanzienlijk was. Zo bleef toen in faillissementen een bedrag van bijna 4 miljard euro aan ongedekte schulden over.⁷ Daarvan komt bijna 700 miljoen euro, ofwel ca. 18%, voort uit faillissementen waarin sprake is van onrechtmatige of strafbare benadeling.⁸

3. Versterking van de informatiepositie van de curator

In het kader van de fraudebestrijding, is het van belang dat de curator informatie krijgt van de failliet, bestuurders, commissarissen, derden en van de eventuele echtgenoot of geregistreerde partner van de failliet, voor zover het faillissement de gemeenschap van goederen treft. Het huidige

⁵ Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2.

⁶ <http://www.insolad.nl/praktijkregels.html#b>.

⁷ <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/artikelen/archief/2011/2011-3491-wm.htm>.

⁸ Kamerstukken II 2012/13, aanhangsel nr. 828.

juridische kader is daarbij enigszins summier, en beperkt zich vooral tot het algemene uitgangspunt dat de gefailleerde verplicht is de curator alle inlichtingen te verschaffen zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen (art. 105 lid 1 Fw). Dezelfde plicht rust op bestuurders en commissarissen (art. 106 Fw), alsmede op de echtgenoot of geregistreerde partner met wie zij een gemeenschap van goederen hebben die door het faillissement wordt geraakt (art. 105 lid 2 Fw). In de jurisprudentie is deze wettelijke inlichtingenplicht gaandeweg verruimd en is ook een medewerkingsplicht geformuleerd.⁹

In dit wetsvoorstel worden de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen aangepast. Enerzijds om de informatiepositie van de curator te verduidelijken en te versterken ten behoeve van de fraudebestrijding en het beperken van de maatschappelijke gevolgen van faillissementsfraude. Anderzijds is verduidelijking noodzakelijk vanwege het feit dat schending van deze verplichtingen een strafbaar feit oplevert (de huidige en de nieuwe artt. 194, 344a, 344b Sr), aanleiding kan zijn tot inbewaringstelling (art. 87 Fw) en de vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod kan rechtvaardigen (vgl. het voorgestelde art. 106a lid 1 onderdeel c Fw).¹⁰ De failliet en anderen hebben er daarom belang bij te weten wat er concreet van hen wordt verwacht.

Tegen deze achtergrond voorziet het wetsvoorstel in de volgende maatregelen – deels geënt op het Voorontwerp Insolventiewet¹¹ – ter versterking van de informatiepositie van de curator. De huidige inlichtingenplicht (art. 105 Fw) wordt aangepast. De failliet wordt verplicht om de curator, de schuldeisercommissie en de rechter-commissaris alle inlichtingen te verschaffen als dit van hem wordt verlangd en op de wijze als daarbij is bepaald. De gefailleerde dient de curator ook eigener beweging in te lichten over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de curator van belang zijn. Daaronder valt de plicht om de curator op de hoogte te brengen van buitenlandse vermogensbestanddelen (bijv. vastgoed en banktegoeden) en de curator de beschikking te geven over die buitenlandse vermogensbestanddelen. Het voorgaande geldt eveneens voor diens echtgenoot of geregistreerde partner voor zover het faillissement de gemeenschap betreft (art. 105 FW nieuw).

Verder krijgen de failliet en diens eventuele echtgenoot of geregistreerd partner de plicht om alle medewerking te verlenen aan het beheer en de vereffening van de boedel en om alle administratie volledig en ongeschonden aan de curator over te dragen met daarbij de noodzakelijke middelen, zoals encryptiesleutels, om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te kunnen maken (art. 105a Fw).

Derden die op commerciële basis de administratie van de failliet verzorg(d)en krijgen de plicht om die administratie desgevraagd aan de curator ter beschikking te stellen (art. 105b Fw).

Momenteel gelden bij faillissement van een rechtspersoon de regels over faillissementsgijzeling, de plicht om de woonplaats niet zonder toestemming van de rechter-commissaris te verlaten ook voor bestuurders en gelden de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen ook voor bestuurders en commissarissen. In het wetsvoorstel wordt de reikwijdte van deze bepaling uitgebreid tot vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen. Verder gaan de genoemde regels en de nieuwe inlichtingenplichten gelden voor bestuurders, commissarissen,

⁹ Zie o.a. Hoge Raad 17 november 1972, NJ 1973/133; Hoge Raad 23 december 1983, NJ 1985/170 en Hoge Raad 15 februari 2002, NJ 2002/259. Vgl. ook C.M. Hilverda, Faillissementsfraude, derde druk, Serie Onderneming en Recht deel 73, pp. 44–58.

¹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 2; Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2

¹¹ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html>.

vennoten, voor feitelijk bestuurders en voor iedereen die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder, commissaris of vennoot bij de failliet was.

Om te voorkomen dat iemand zich aan de genoemde regels kan onttrekken door zich te verschuilen achter een of meer rechtspersonen of vennootschappen, wordt in het wetsvoorstel geregeld dat deze regels ook gelden voor bestuurders van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn van de failliet en voor vennoten van een of meer vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen die bestuurder is of zijn van de failliet (art. 106 Fw).

Met deze sterkere informatiepositie van de curator en afdwingbare inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen zullen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers beter kunnen worden gediend, doordat de curator over meer relevante informatie en middelen kan beschikken voor het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Het spreekt voor zich dat hij hiermee beter onregelmatigheden kan signaleren en dientengevolge ook de schadelijke effecten hiervan voor de boedel zoveel mogelijk kan beperken.

4. Versterking van de fraudesignalerende rol van de curator en de samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie

§ 4.1. Versterking van de fraudesignalerende rol van de curator

In de tweede paragraaf is reeds uiteengezet dat de curator een fraudesignalerende rol heeft. In het wetsvoorstel wordt de fraudesignalerende rol van de curator ten aanzien van onregelmatigheden rondom een faillissement wettelijk geïnstitutionaliseerd en voorts versterkt door deze taak van een vervolgpprocedure te voorzien.

Hiertoe wordt in het wetsvoorstel ten eerste expliciet bepaald dat de curator bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel verplicht is om te bezien of er sprake is van onregelmatigheden.

Voorts versterkt het wetsvoorstel de fraudesignalerende rol van de curator door in een vervolgpprocedure te voorzien. Als de curator onregelmatigheden heeft gesignaleerd is de vervolgpprocedure als volgt. Allereerst moet de curator in het faillissementsverslag aangeven hoe hij zich van zijn fraudesignalerende rol heeft gekweten. Hij kan zich beperken tot een globale weergave, omdat het faillissementsverslag openbaar is en het niet altijd aangaat om in dit stadium al publiekelijk te maken dat er misschien «iets mis» is met het faillissement. Dat zou de legitieme belangen van de failliet en de schuldeisers, alsmede de mogelijkheid van een doorstart, onnodig kunnen schaden. Een concrete vermelding van de mogelijke onregelmatigheden waarop de curator bij het beheer en de vereffening van de boedel is gestuit, is echter in ieder geval vereist jegens de rechter-commissaris die vanouds met het onafhankelijke toezicht op de goede afwikkeling van het faillissement is belast.

Heeft de curator eventuele onregelmatigheden gesignaleerd, dan heeft hij niet alleen tot taak om te trachten de schadelijke gevolgen hiervan voor de boedel zoveel mogelijk ongedaan te maken, maar geldt tevens een informatieplicht tegenover de rechter-commissaris. Deze vertrouwelijke melding kan in iedere stand van de afwikkeling van het faillissement worden gedaan, omdat onregelmatigheden doorgaans pas bij de concrete vereffening van de boedel blijken. Als de curator of de rechter-commissaris het nodig vindt, doet de curator melding of aangifte van de onregelmatigheden die de curator heeft opgemerkt bij de afwikkeling van het faillissement (art. 68 Fw).

Het spreekt voor zich dat bij serieuze signalen in ieder geval melding wordt gedaan. Voor wat betreft signalen van faillissementsfraude is daarvoor het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude de meest aange-

wezen plek. Meent de rechter-commissaris dat de door de curator gerapporteerde onregelmatigheden qua aard of omvang dermate ernstig zijn, dat melding of aangifte geboden is, dan kan hij de curator daartoe gelasten. De bevindingen van de curator kunnen dan het startpunt vormen voor nader strafrechtelijk onderzoek door de opsporingsinstanties. Deze zullen de melding of aangifte vervolgens zelfstandig beoordelen en afwegen of strafvervolgning al dan niet aangewezen is. Het wetsvoorstel doet derhalve op geen enkele wijze afbreuk aan het opportuniteitsbeginsel.

§ 4.2. Samenwerking tussen curator, rechter-commissaris en Openbaar Ministerie

Een belangrijke factor voor het welslagen van de fraudesignalerende rol van de curator en het opheffen van de schadelijke effecten van de geconstateerde onregelmatigheden is een goede samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie. Het wetsvoorstel voorziet in dat opzicht bewust in slechts enkele globale kaders, opdat de praktijk die zo flexibel en praktijkgericht mogelijk kan invullen.

Een succesvol voorbeeld van praktijkgerichte samenwerking is de medio 2010 in Den Haag opgezette pilot «faillissementsfraude – eenvoudige zaken». Onder leiding van de faillissements-rechter-commissaris vindt vier keer per jaar een spreekuur voor curatoren plaats, waaraan ook de FIOD, de Belastingdienst, het Openbaar Ministerie en een lid van Insolad deelnemen. In het spreekuur worden zowel civiel- als strafrechtelijke aspecten besproken, worden *best practices* uitgewisseld en wordt het doen van aangiften via de introductie van modelformulieren gestandaardiseerd. De Haagse pilot biedt een heel praktisch en goed voorbeeld van de wijze waarop de samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie geoperationaliseerd kan worden. Hierdoor geïnspireerd zijn ook binnen andere parketten initiatieven genomen om fraudesprekuren op te zetten.

Verder zou bij de invulling van de samenwerking bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan het verder standaardiseren van meldingen en aangiften. De informatie die voortkomt uit de meldingen en aangiften van fraudesignalerende curatoren, is van belang voor het bepalen van de opsporingscriteria en -prioriteiten en uiteindelijk ook weer voor de eventuele opsporing en vervolging. Dit zou behalve efficiencyvoordelen ook tot voordeel hebben dat specifieke patronen kunnen worden blootgelegd. Er kan bijvoorbeeld worden achterhaald wie er allemaal een rol spelen in één of meerdere faillissementen en wat dat dan voor een rol is. Zo kan een goede samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie bijdragen aan de bestrijding van faillissementsfraude.

5. Extra inspanningen van de curator?

Vooropgesteld zij dat de versterking van de informatiepositie van de curator naar verwachting zal bijdragen aan een vereenvoudiging van diens taak om de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen. Hij kan immers makkelijker over meer ter zake doende informatie beschikken en heeft, zo is althans de inzet, eenvoudiger toegang tot buitenlandse vermogensbestanddelen, zoals banktegoeden. Het boedelactief zal hierdoor naar verwachting regelmatig worden vergroot. Dit brengt zowel voordelen voor crediteuren als efficiencyvoordelen met zich mee.

Daar staat tegenover dat versterking van de fraudesignalerende rol van de curator – zijn informatieplicht jegens de rechter-commissaris en het doen

van melding of aangifte – tot beperkte extra inspanningen van de curator leidt. Naar verwachting zullen die bescheiden van omvang zijn. Hierover moet allereerst opgemerkt worden dat de signalering van eventuele onregelmatigheden rondom het faillissement nu al een van de werkzaamheden is die de curator verricht bij het beheer en de vereffening van een failliete boedel. De curator meldt aan de rechter-commissaris hetgeen hij bij de uitoefening van zijn reguliere taak heeft geconstateerd, en legt daarvan voorts in algemene zin verantwoording af in het faillissementsverslag. In de praktijk neemt men daartoe in het faillissementsverslag de volgende punten op: de afwezigheid, onvolledigheid of onjuistheid van de bedrijfsadministratie, van een gedeponeerde jaarrekening, van een goedkeurende verklaring van de accountant, van de stortingsverplichtingen op aandelen en, ten slotte, van eventueel onbehoorlijk bestuur en onttrekkingen ten laste van de boedel.¹² Het huidige model van het faillissementsverslag zou kunnen worden aangepast aan dit wetsvoorstel. Ook zou voor de melding aan de rechter-commissaris in de praktijk een modelformulier kunnen worden ontwikkeld.

Wat betreft het melden van onregelmatigheden bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude kan opgemerkt worden dat in de praktijk reeds een standaardformulier is ontwikkeld voor de melding van faillissementsfraude door curatoren. Hierdoor zijn geen extra inspanningen gemoeid met een melding, al dan niet op last van de rechter-commissaris, bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude.

Dat ligt wellicht anders in die gevallen waarin de rechter-commissaris de curator opdracht geeft om aangifte te doen bij het Openbaar Ministerie. Ook voor een dergelijke aangifte kunnen in de praktijk modelformulieren en «*best practices*», zowel voor eenvoudige als voor complexe zaken, worden ontwikkeld.

6. Consultatie

Een voorontwerp van het wetsvoorstel is in het voorjaar van 2014 via internet in consultatie gegaan. Deels gezamenlijke commentaren zijn ontvangen van: FNV Bondgenoten, CNV en de vakcentrale voor professionals (hierna: VCP), Insolad, de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants, de Nederlandse Orde van Administratie en Belastingdeskundigen en het Register Belastingadviseurs, de Beroepsorganisatie Bedrijfsjuridische adviseurs (hierna: NEVOA), de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA), de Nederlandse Vereniging van Banken (hierna: NVB), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR), de Raad voor de Rechtspraak en VNO-NCW met MKB-Nederland¹³. Daarnaast is er vanuit de wetenschap gereageerd.¹⁴

De consultatie leverde, niet onverwacht, zowel steun voor als kritiek op het voorontwerp op. Steun kreeg het wetsvoorstel vooral van de Raad voor de Rechtspraak, Insolad en de NOvA. Kritisch waren daarentegen FNV Bondgenoten, VCP, VNO-NCW met MKB Nederland en NEVOA. De Koninklijke Beroepsorganisatie voor Gerechtsdeurwaarders, het Openbaar Ministerie, de Commissie vennootschapsrecht en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie hebben aangegeven geen aanleiding voor opmerkingen of advisering te zien.

Uit de ontvangen commentaren komt een aantal aandachtspunten naar voren die hieronder worden besproken, te weten 1) de aansluiting bij het al bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel inzake het civielrechtelijke

¹² <http://www.rechtspraak.nl/Naar-de-rechter/Formulieren/Pages/default.aspx>.

¹³ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

¹⁴ Zie o.m. Van Nielen/Derijks, «De curator als civiele fraudebestrijder», *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 1/2014, p. 25–36 en Harmsen, «De curator en de bestrijding van fraude», *Ondernemingsrecht* 2014/78.

lijke bestuursverbod, 2) het beginsel dat iemand niet aan zijn eigen vervolging en veroordeling hoeft mee te werken (nemo tenetur-beginsel) en 3) het belang van flankerend beleid ten behoeve van een goede opvolging van fraudemeldingen en aangiften door de curator.¹⁵

6.1. De aansluiting bij het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod

De Raad voor de Rechtspraak heeft voorgesteld om het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod en dit wetsvoorstel beter op elkaar af te stemmen door het Openbaar Ministerie de plicht te geven om na de melding of aangifte van onregelmatigheden door de curator te toetsen of er ten aanzien van de betrokken bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod zou moeten worden gevorderd. De Raad vreest een stapeling van acties en procedures: strafrechtelijke acties via het Openbaar Ministerie en civielrechtelijke acties door de curator.

De regering is van mening dat de beide wetsvoorstellen complementair aan elkaar zijn en dat de voorgestelde wijziging nodig noch wenselijk is. In de toelichting bij het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod wordt hierover het volgende opgemerkt:

«Het civielrechtelijk bestuursverbod betreft een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties. Een bestuursverbod na een uitgesproken faillissement zal geen automatisme zijn. [...] De curator is de eerste aangewezen om een bestuursverbod te vorderen. [...] De curator is immers als verantwoordelijke voor de goede afwikkeling van het faillissement het beste in staat om, mede met inachtneming van het gezamenlijke belang van de crediteuren, te beoordelen of er redenen zijn om een civielrechtelijke bestuursverbod te vorderen. Verder is de curator in de praktijk de eerste die op signalen van fraude stuit. [...] Daarnaast krijgt ook het openbaar ministerie in het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod de zelfstandige bevoegdheid om een civielrechtelijke bestuursverbod te vorderen. Deze bevoegdheid is bedoeld om te worden ingezet in die specifieke gevallen waarin het algemeen belang in het geding is. Te denken valt aan seriële beroepsfraudeurs die met repeterende faillissementen een grote maatschappelijke schade veroorzaken. Art. 106a, tweede lid, Fw kent twee gronden die in de praktijk voor het openbaar ministerie vooral van belang zullen zijn; het bestaan van repeterende faillissementen of van fiscale vergrijpboetes (onderdelen d en e). In beide gevallen gaat het doorgaans om eenvoudig te bewijzen situaties, waarin het algemeen belang in het geding is.»¹⁶

De beslissing om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen ligt primair bij de curator en het Openbaar Ministerie heeft een vangnetrol in het kader van het openbaar belang. Het zou niet met deze uitgangspunten stroken om het Openbaar Ministerie de plicht te geven om na melding of aangifte van onregelmatigheden door de curator steeds te toetsen of de betrokken bestuurder kwalificeert voor de toepassing van een civielrechtelijk bestuursverbod en om dat in het bevestigende geval te vorderen. Dat zou zowel inbreuk maken op het primaat van de curator als op de vangnetrol van het Openbaar Ministerie. Verder zou daarmee afbreuk worden gedaan aan het opportuniteitsbeginsel dat het Openbaar Ministerie ook in civiele zaken toekomt.

Voor een dergelijk rigoureuus precedent ziet de regering geen aanleiding. De curator en het Openbaar Ministerie zullen ieder vanuit hun eigen verantwoordelijkheid moeten beslissen of er melding of aangifte moet worden gedaan in verband met onregelmatigheden in een faillissement c.q. of er een civielrechtelijk bestuursverbod moet worden gevorderd dan

¹⁵ Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2.

¹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 3–4.

wel strafrechtelijk moet worden vervolgd. In zoverre zijn beide wetsvoorstellen complementair. De door de Raad geopperde wijziging zou dit systeem doorkruisen en juist de door de Raad gewenste aansluiting teniet doen.

6.2. Het nemo tenetur-beginsel

In de adviezen van de Raad voor de Rechtspraak, NOvA en Insolad is gevraagd naar de verhouding tussen het nemo tenetur-beginsel en dit wetsvoorstel.

Het nemo tenetur-beginsel houdt in ruime zin in dat een burger niet verplicht is medewerking te verlenen aan zijn eigen veroordeling in een strafproces of in een andere procedure die tot oplegging van een punitieve sanctie kan leiden. Het is internationaal vastgelegd in de artikelen 6, eerste lid, 47 Handvest voor de Grondrechten van de EU, 14 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten en nationaal, bijvoorbeeld, in artikel 29, eerste lid, Wetboek van Strafvordering.

Vooropgesteld moet worden dat het voor de afwikkeling van een faillissement van groot belang is dat de curator de benodigde informatie en medewerking krijgt die van belang is voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel. Daarvoor kent de huidige faillissementswet een algemene inlichtingenplicht (art. 105 Fw). In dit wetsvoorstel wordt deze inlichtingenplicht nader gespecificeerd (de voorgestelde artt. 105 tot en met 106 Fw). Evenals in het huidige recht, kan degene die deze verplichtingen niet nakomt in verzekerde bewaring worden gesteld (art. 87 Fw). In bijzondere gevallen kan straks bovendien een civielrechtelijk bestuursverbod worden opgelegd wegens ernstige tegenwerking van de curator.¹⁷ Verder kan er hechtenis of een boete worden opgelegd wegens niet nakomen van deze plichten (artt. 194 en 344a Sr (nieuw)).

In de praktijk is al de nodige ervaring opgedaan met toepassing van de inlichtingenplicht van het huidige artikel 105 Fw zonder inbreuk te maken op het nemo tenetur-beginsel. De inlichtingenplicht staat volledig ten dienste van de afwikkeling van het faillissement. Zoals bij een andere gelegenheid al is opgemerkt, is er in dat stadium nog geen sprake van strafrechtelijk onderzoek, laat staan een *criminal charge* tegen de betreffende persoon.¹⁸ Het is natuurlijk niet uitgesloten dat de inlichtingen die door de failliet of andere inlichtingenplichtigen aan de curator worden verstrekt uiteindelijk leiden tot de conclusie dat mogelijk fraude is gepleegd en er melding of aangifte wordt gedaan van een strafbaar feit. In zijn algemeenheid zullen de verklaringen van de failliet vervolgens, voor zover zij zijn verkregen onder dreiging van een sanctie, niet mogen worden gebruikt voor een strafvervolgning (vgl. Hoge Raad 24 januari 2014, NJ 2014, 70). Dit laatste geldt overigens alleen indien en voor zover het gaat om wilsafhankelijk materiaal en deze inlichtingen betrekking hebben op een strafbaar feit ten aanzien waarvan de inlichtingenplichtige tot verklaren werd gedwongen. Art. 6 EVRM levert geen beperking op als de in het kader van de inlichtingenplicht afgelegde verklaringen zelf een strafbaar feit opleveren, omdat de inlichtingenplichtige hiermee niet correct aan de inlichtingenplicht heeft voldaan – in de zin van heeft gezwegen of gelogen.

Met betrekking tot het afgeven van de administratie aan de curator laat art. 6 EVRM ruimte voor een eventueel later gebruik als strafrechtelijk bewijs. Het betreft immers zogenaamde wilsonafhankelijke gegevens, niet betreffende verklaringen van de betrokkene noch documenten waarvan het bestaan slechts door toedoen van verklaringen van de betrokkene bekend is geworden (EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699, Hoge Raad

¹⁷ Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2.

¹⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 3, p. 8 e.v.

19 september 2006, NJ 2007, 39 en Hoge Raad 24 januari 2014, NJ 2014, 70). Ook het door dreiging van gijzeling of aangifte ter zake van artikel 194 Sr afdwingen van de encryptiesleutel van de administratie maakt de administratie nog niet tot wilsafhankelijk materiaal. Met het verstrekken van de sleutel wordt deze simpelweg gevolg gegeven aan de verplichting tot het verstrekken van de administratie ex artikel 105a, tweede lid Fw, net zoals dit bij een papieren administratie geschiedt door het feitelijk overhandigen daarvan aan de curator.

Kortom, het nemo tenetur-beginsel staat niet in de weg aan een (uitgebreidere) algemene inlichtingenplicht van de failliet jegens de curator, noch aan het gebruik van dwangmiddelen, zoals de faillissementsgijzeling (art. 87 Fw) om nakoming daarvan af te dwingen. Het wetsvoorstel verandert deze verhouding niet, met dien verstande dat de nieuwe bepalingen duidelijker en specifiekere zijn wat betreft de personen en de zaken die onder de inlichtingen-, medewerkingsverplichtingen en de verplichting tot overdracht van de administratie vallen. Daarbij komt het nemo tenetur-beginsel pas in beeld als het, na een eventuele aangifte, tot een daadwerkelijke strafvervolgning komt. Het stelt dan grenzen aan de wijze waarop bepaalde bewijsstukken al dan niet mogen worden gebruikt. De rechten van betrokkene, met inbegrip van het nemo tenetur-beginsel, worden dan ten volle gewaarborgd door een rechterlijke toets. Dit wetsvoorstel laat die fundamentele rechtsbeschermingsgarantie uiteraard onverlet.

6.3. Flankerend beleid

Van verschillende kanten – zoals de Raad voor de Rechtspraak, FNV Bondgenoten, VCP, Nova – werd in de consultatie aandacht gevraagd voor het belang van voldoende capaciteit en prioriteit, alsmede deskundigheid voor de bestrijding van faillissementsfraude.

Het belang hiervan wordt ten volle onderkend. Het waarborgen van voldoende capaciteit, deskundigheid en prioriteit voor de bestrijding van faillissementsfraude is een belangrijk aandachtspunt. In dit verband kunnen allerlei positieve ontwikkelingen gemeld worden, zoals de faillissementsfraudesprekuren, het instellen van selectieoverleg tussen de FIOD en het Openbaar Ministerie voor complexe zaken, resultaatsovereenkomsten tussen het Openbaar Ministerie en politie, en het organiseren van themazittingen voor een effectieve berechting van eenvoudige faillissementsfraudezaken. Ook in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude is hier aandacht aan besteed.¹⁹ Daarin is aangegeven dat het aantal fte's voor het specialisme «financieel-economische expertise» aanzienlijk toeneemt

7. Gevolgen voor het bedrijfsleven en nalevingskosten

Ten aanzien van de voorgestelde regeling en regeldruk kan het volgende worden opgemerkt. Met deze regeling zijn geen financiële kosten, in de zin van concrete en directe verplichtingen om een geldbedrag over te maken aan overheid of bevoegd gezag, gemoeid. Het wetsvoorstel leidt ook niet tot nieuwe administratieve lasten voor burgers of bedrijfsleven. De nalevingskosten die het wetsvoorstel met zich brengt zijn zeer beperkt. De voorgestelde regeling zal een beperkte nalevingslast opleveren voor oud-bestuurders, -vennoten en -commissarissen, feitelijk bestuurders en rechtspersonsbestuurders (artt. 106 en 117 Fw). De curator kan de genoemde personen om inlichtingen verzoeken en hen oproepen om de verificatievergadering bij te wonen. Doorgaans zal de curator eerst de failliet en diens echtgenoot om inlichtingen verzoeken. Zij zijn immers verplicht om deze inlichtingen te verstrekken en om de verificatieverga-

¹⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 3.

dering bij te wonen, en het niet nakomen van de inlichtingenplichten is strafbaar gesteld. De curator zal naar verwachting in zeer incidentele gevallen bij de oud-bestuurders, -vennoten en -commissarissen, feitelijk bestuurders en rechtspersoonsbestuurders (artt. 106 en 117 Fw) te rade gaan. Het beroep dat hij dan zal doen op deze bestuurders en anderen, zal afhankelijk zijn van de mate waarin de failliet en zijn echtgenoot hun verplichtingen zijn nagekomen.

Voor zover de curator informatie bij derden inwint, kan daarvoor een vergoeding worden gevraagd. Gegeven het feit dat het hierbij doorgaans gaat om eenvoudig beschikbare informatie, zoals banksaldi of een digitale administratie, in combinatie met het feit dat het in de praktijk om incidentele medewerkingsverzoeken van de curator zal gaan, zullen de hiermee gemoeide nalevingskosten verwaarloosbaar zijn.

Het Openbaar Ministerie heeft geen aanleiding gezien om additionele middelen te vragen. Dat ligt anders voor de Raad voor de Rechtspraak, die er in de consultatie terecht op heeft gewezen dat het voorontwerp tot een intensivering van de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris jegens de curator zal leiden. De Raad schatte dat hiervoor 640.000 euro per jaar structureel nodig zou zijn, zulks op basis van een extra tijdsbeslag van gemiddeld 2 uur per zaak en een geraamde 2.500 in aanmerking komende faillissementen per jaar. Hierbij was 60 tot 90 minuten per zaak voorzien voor de in het voorontwerp opgenomen bepaling die ertoe strekte dat de rechter-commissaris zou toetsen of de curator de gevraagde medewerking in redelijkheid mocht verlangen van de failliet (en zijn of haar eventuele partner) (artikel 105a, eerste lid, Fw). Deze bepaling is op verzoek van de Raad komen te vervallen (zie hierna de artikelsgewijze toelichting), hetgeen meebrengt dat het door de Raad geraamde extra tijdsbeslag per zaak evenredig vermindert met 60–90 minuten. Een geschat extra tijdsbeslag per zaak van gemiddeld 1 uur in plaats van 2 uur is derhalve redelijk. Dat leidt tot een neerwaartse bijstelling van de claim tot 320.000 euro structureel per jaar. Daarvoor zal binnen de reguliere kaders dekking worden gezocht.

Voor wat betreft de inspanningen van de curator heeft Insolad aangegeven dat deze in het voorontwerp haar inziens te laag worden ingeschat, en geeft in overweging hiervoor bijvoorbeeld de Garantstellingsregeling curatoren te verruimen. Een concrete kwantitatieve onderbouwing ontbreekt evenwel, zodat nog onduidelijk is hoe wordt onderbouwd welke nieuwe inspanningen leiden tot welke extra kosten die niet binnen de Garantstellingsregeling voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen. Het gaat immers om de feitelijke vaststelling van «onregelmatigheden» die de insolventie (mede) hebben veroorzaakt (zoals paulianeuze onttrekkingen, kennelijk onbehoorlijk bestuur); de vereffening bemoeilijken (afwezigheid van adequate administratie) of het boedeltekort hebben vergroot (paulianeuze onttrekkingen).

Daar waar de versterking van de fraudesignalerende rol van de curator leidt tot het doen van aangifte kunnen curatoren, als de boedel de kosten van een aangifte niet dekt, een beroep doen op de bestaande vergoedingsregeling voor het doen van aangifte van faillissementsfraude bij de FIOD. Die gaat, naast een vergoeding van parkeer- en reiskosten, uit van een maximumvergoeding van 5 uur tegen een uurtarief van 180 euro (het basisuursalaris voor een curator in 2014), mits de aangifte ook in opsporing wordt genomen. Dat komt neer op een maximale vergoeding van een gemiddelde kostenpost voor de curator van 1.050,- euro per aangifte. Alleen in geval van een lege of onvoldoende boedel ligt het in de rede hem daarvoor te compenseren.

Over de toepassing van de Garantstellingsregeling zal overleg met Insolad en Recofa worden gevoerd met het oog op de implementatie van het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod en het inzichtelijk krijgen van mogelijke financieringsbehoeften die niet gedekt kunnen worden door een

beroep op al bestaande garantieregelingen.²⁰ In onderhavig wetsvoorstel is daartoe zekerheidshalve voorgesteld dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over de financiering van de werkzaamheden van de curator, bedoeld in artikel 68 lid 2 Fw (nieuw). Over de uitkomsten van dit overleg zal uw Kamer worden geïnformeerd zodra daartoe concreet aanleiding bestaat.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

A

In artikel 67 Fw is geregeld dat van alle beschikkingen van de rechter-commissaris hoger beroep mogelijk is, met uitzondering van een aantal specifiek genoemde gevallen. Hier wordt aan dat rijtje uitzonderingen de beschikking van de rechter-commissaris op grond van artikel 68, tweede lid, Fw (nieuw) toegevoegd. Hierdoor is geen hoger beroep mogelijk als de rechter-commissaris besluit dat de curator melding moet maken of aangifte moet doen van onregelmatigheden. In een eventuele strafrechtelijke procedure zijn nog voldoende mogelijkheden om tegen de melding of aangifte te ageren.

B

Het voorgestelde artikel 68, tweede lid, Fw regelt dat de curator verplicht is om:

- a) aandacht te besteden aan eventuele onregelmatigheden rondom het faillissement;
- b) vervolgens de rechter-commissaris hierover vertrouwelijk te informeren; en tenslotte,
- c) om melding of aangifte te doen van de onregelmatigheden bij de bevoegde instanties als hij of de rechter-commissaris dit nodig acht.

Hieromtrent zij het volgende opgemerkt.

De taken van de curator

De traditionele kerntaak van de curator is – zoals in de consultatie ook terecht is opgemerkt door de FNV Bondgenoten, VCP en NEVOA – het beheer en de vereffening van de failliete boedel ten bate van de crediteuren. Deze taak is neergelegd in artikel 68, eerste lid, Fw, en blijft ongewijzigd.

Wel wordt er in artikel 68 Fw een nieuw tweede lid ingevoegd. Hierin wordt expliciet de fraudesignalerende rol van de curator vastgelegd. Deze rol komt voort uit de traditionele taak, hetgeen duidelijk wordt gemaakt door het gebruik van het woord «bij» in de aanhef van het nieuwe tweede lid. De curator wordt verplicht om bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel te bezien of er sprake is van onregelmatigheden. Het betreft onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, die de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of die het tekort in het faillissement hebben vergroot. Als de curator dergelijke onregelmatigheden aantreft, dient hij de rechter-commissaris hierover vertrouwelijk te informeren. Vervolgens doet de curator, als hij of de rechter-commissaris dat nodig vindt, melding of aangifte van de onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.

In de consultatie is door de FNV Bondgenoten, VCP, NVvR en NEVOA opgemerkt dat moet worden voorkomen dat de nadruk te zeer komt te

²⁰ Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2.

liggen op de fraudesignalerende rol van de curator. Dat wordt in dit wetsvoorstel ondervangen, doordat de verankering van de fraudesignalerende rol van de curator in artikel 68, tweede lid, Fw de traditionele kerntaak van de curator uit artikel 68, eerste lid, Fw onverlet laat.

Onregelmatigheden

De fraudesignalerende rol van de curator betreft het signaleren van «onregelmatigheden». Dat is een bewust gekozen neutrale term, die de voorkeur verdient boven bijvoorbeeld de meer beperkte notie «strafbare handelingen». In dat laatste is immers een juridische kwalificatie gelegen waarvan de beoordeling niet aan de curator is, terwijl ook niet alle onregelmatigheden strafbare feiten opleveren. Dit doet er niet aan af dat de bredere term «onregelmatigheden» mede kan zien op potentieel strafbare gedragingen, zoals fraude en valsheid in geschrifte. Bij de term «onregelmatigheden» valt te denken aan het ontbreken van een adequate administratie, paulianeuze handelingen voorafgaand aan een insolventie en gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur. In al deze gevallen gaat het om «onregelmatigheden» die – zoals het voorgestelde artikel 68, tweede lid, Fw aangeeft – de insolventie (mede) hebben veroorzaakt (paulianeuze onttrekkingen, kennelijk onbehoorlijk bestuur), de vereffening bemoeilijken (afwezigheid van een adequate administratie) of het boedelttekort hebben vergroot (paulianeuze onttrekkingen of onttrekkingen tijdens faillissement). Het gaat, bijgevolg, ook om onregelmatigheden die bijvoorbeeld een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen rechtvaardigen. In de consultatie heeft Insolad erop gewezen dat het staande praktijk is dat een curator het onderzoek naar de oorzaken van het faillissement en mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen beperkt houdt, als er geen verhaalsmogelijkheden jegens bestuurders en commissarissen lijken te zijn. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat met de voorgestelde regeling niet wordt getornd aan het oorzakenonderzoek van de curator. Het oorzakenonderzoek kan met de voorgestelde regeling beperkt blijven tot een «prima facie» onderzoek bij het ontbreken van verhaalsmogelijkheden, met dien verstande dat bij (signalen van) onregelmatigheden in ieder geval voldaan moet worden aan de informatieplicht jegens de rechter-commissaris.

Meldplicht

Stuit de curator op signalen van onregelmatigheden, dan geldt op grond van het voorgestelde artikel 68, tweede lid, onder b, Fw de plicht om de rechter-commissaris hierover te informeren. Deze melding van de curator is vertrouwelijk en wordt niet openbaar gemaakt. Het gaat immers over het algemeen vaak om signalen en vermoedens, die nog nader onderzocht moeten worden. Daardoor ligt openbaarmaking niet in de rede, nog afgezien van het feit dat dit een onevenredige inbreuk op de privacy van de gefailleerde zou betekenen.

Het maken van een melding of het doen van aangifte bij onregelmatigheden

Het is vervolgens aan de rechter-commissaris en de curator om ieder voor zich te beoordelen of een vervolgstap in de rede ligt in de vorm van een melding bij de daarvoor aangewezen instanties of aangifte bij het Openbaar Ministerie. Dit bouwt voort op de door VNO-NCW en MKB Nederland terecht gesignaleerde praktijk, waarbij de curator met de rechter-commissaris afstemt of er melding of aangifte wordt gedaan wegens onregelmatigheden.

Vooropgesteld moet worden dat het primaat om melding te maken of aangifte te doen van onregelmatigheden bij de curator ligt. Mochten de

rechter-commissaris en de curator van mening verschillen over de noodzaak om melding te maken of aangifte te doen van onregelmatigheden, dan is het in het kader van de fraudebestrijding van belang dat de beslissing om wél melding te maken of aangifte te doen prevaleert. Hierin wordt voorzien door te bepalen dat de curator van geconstateerde of vermoede onregelmatigheden melding of aangifte doet als hij dat nodig acht. In het geval de curator nalaat om te voldoen aan het bevel van de rechter-commissaris om melding te maken of aangifte te doen, dan kan de rechter-commissaris als ultimum remedium de rechtbank verzoeken om de curator te ontslaan (art. 73 Fw).

In de consultatie hebben VNO-NCW en MKB Nederland laten weten een meer initiërende en controlerende rol van de rechter-commissaris te steunen. Het wetsvoorstel komt – evenals het voorontwerp – tegemoet aan die wens door de curator de plicht te geven om de rechter-commissaris op de hoogte te brengen van onregelmatigheden en door de curator te verplichten om melding of aangifte te doen van onregelmatigheden als de curator zelf of de rechter-commissaris dat nodig vindt.

De suggestie van VNO-NCW en MKB Nederland om uitdrukkelijk te regelen dat de curator altijd toestemming nodig heeft van de rechter-commissaris voor het maken van een melding of het doen van aangifte is daarentegen niet overgenomen. Dit zou onnodig afbreuk doen aan de eigen verantwoordelijkheid van de curator en de rechter-commissaris met een nieuwe en structurele taak belasten die het toezicht op de curator te buiten gaat. Bovendien is niet gebleken dat in de praktijk behoefte bestaat aan een dergelijke regeling.

De Raad voor de Rechtspraak heeft in de consultatie opgemerkt dat de curator in het voorontwerp werd beperkt in zijn vrijheid om te beslissen om géén melding te maken of aangifte te doen. In het voorontwerp was bepaald dat de rechter-commissaris de curator kon gelasten om onregelmatigheden te melden of hier aangifte van te doen bij de bevoegde instanties. Met de bezwaren van de Raad wordt in het wetsvoorstel zoverre rekening gehouden dat de beslissing om al dan niet melding of aangifte te doen van onregelmatigheden bij de curator wordt neergelegd (art. 68, tweede lid, onder c, Fw). Wel kan de rechter-commissaris, in het kader van zijn taak om het maatschappelijk belang af te wegen tegen de mogelijke boedelbelangen van crediteuren, de curator laten weten dat hij het nodig acht dat de curator melding of aangifte doet van onregelmatigheden (art. 68, tweede lid, onder c, Fw). Voor zover de vrijheid van de curator hierdoor wordt beperkt, weegt het bezwaar hiertegen niet op tegen het maatschappelijke belang van fraudebestrijding en de maatschappelijke rol die de curator hierin anno 2014 heeft.

De Afdeling advisering van de Raad van State vraagt naar de noodzaak van de bevoegdheid voor de rechter-commissaris om de curator te kunnen bevelen melding of aangifte van onregelmatigheden te doen bij de bevoegde instanties, nu hij op grond van artikel 73 Fw de rechtbank ten algemene kan verzoeken om de curator te ontslaan als een bevel van de rechter-commissaris niet wordt nageleefd. Naar aanleiding hiervan zij het volgende opgemerkt.

De voorgestelde bevoegdheid voor de rechter-commissaris maakt onderdeel uit van de procedure in artikel 68 lid 2 Fw, ingevolge welke de curator voortaan bij het beheer en de vereffening van de boedel ook 1) moet bezien of er sprake is van onregelmatigheden, 2) deze moet melden bij de rechter-commissaris en 3) zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, hiervan melding of aangifte moet doen. Met deze procedure wordt de fraudesignalerende taak van de curator ten aanzien van onregelmatigheden rondom een faillissement geïnstitutionaliseerd en versterkt door deze taak van een vervolgpprocedure te voorzien.

In deze nieuwe vervolgprocedure wordt om twee redenen expliciet bepaald dat de rechter-commissaris moet beoordelen of aangifte of melding doen van onregelmatigheden nodig is.

Ten eerste, omdat de huidige faillissementswet de rechter-commissaris geen generieke aanwijzingsbevoegdheid geeft om de curator in algemene zin te kunnen instrueren. De hoofdtak van de rechter-commissaris is het toezicht houden op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator. De bevoegdheden en instrumenten die hem hiertoe ter beschikking staan, staan grotendeels expliciet in de Faillissementswet. Een expliciete regeling is hier ten behoeve van de duidelijkheid over de gang van zaken noodzakelijk.

Ten tweede acht de regering het van groot belang dat helder is hoe deze nieuwe procedure wordt ingericht met het oog op rechtszekerheid en transparantie voor belanghebbenden. Hiertoe behoren naast de curator bijvoorbeeld ook de schuldeisers en de gefailleerde. De regering acht rechtszekerheid en transparantie in casu dermate zwaarwegend dat ervoor is gekozen om dit expliciet in artikel 68 lid 2 Fw (nieuw) te regelen.

C

Dit artikel regelt in artikel 69, eerste lid, Fw dat er geen beroep op de rechter-commissaris openstaat tegen de beslissing van de curator om al dan niet melding of aangifte van onregelmatigheden te doen, als bedoeld in artikel 68, tweede lid, onder c, Fw (nieuw). Een dergelijk beroep wordt uitgesloten, omdat de rechter-commissaris immers ingevolge artikel 68, tweede lid, onder c, Fw (nieuw) reeds beziet of hij het nodig vindt dat de curator melding maakt of aangifte doet van onregelmatigheden.

Artikel 68, tweede lid, onder b, Fw (nieuw) ziet op de plicht van de curator om de rechter-commissaris vertrouwelijk te informeren over onregelmatigheden. Uit het vertrouwelijk karakter van deze informatieplicht volgt dat dit een kwestie is tussen de curator en de rechter-commissaris. Dientengevolge wordt in dit wetsvoorstel niet voorzien in de mogelijkheid of onmogelijkheid voor schuldeisers, de schuldeiserscommissie (art. 74 e.v. Fw) en de gefailleerde om bij de rechter-commissaris op te komen tegen handelen of nalaten van de curator met betrekking tot deze informatieplicht. Een wijziging van artikel 69 Fw is niet nodig. Het toezicht van de rechter-commissaris volstaat hier.

D

Het voorgestelde artikel 71, derde lid, Fw bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over de financiering van de werkzaamheden van de curator, bedoeld in artikel 68, tweede lid, Fw (nieuw). Voor een nadere beschrijving van deze werkzaamheden wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel B, van dit wetsvoorstel.

In de paragrafen 5 en 7 van het inleidende deel is al aangegeven dat het wetsvoorstel nauw aansluit bij de taken die de curator in de praktijk verricht en dat beperkte extra inspanningen worden verwacht voor het informeren van de rechter-commissaris en (diens eventuele opdracht tot) het doen van melding of aangifte. Indien sprake is van een lege boedel, kunnen curatoren gebruik maken van de Garantstellingsregeling curatoren en van de vergoedingsregeling voor het doen van aangifte bij de FIOD.

In de brief aan de Tweede Kamer van 26 november 2012 is als een van de alternatieve financieringsmogelijkheden een beperkte boedelafracht via degressieve staffel genoemd.²¹ Over financieringsmogelijkheden vindt nog overleg plaats met de stakeholders, waaronder Insolad en Recofa.

²¹ Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74.

Over de voortgang hiervan zal uw Kamer worden geïnformeerd zodra daartoe aanleiding bestaat. In verband daarmee en om de nodige flexibiliteit te kunnen waarborgen, voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te kunnen geven. De NOvA, de NVB, VNO-NCW en MKB Nederland hebben verschillende suggesties gedaan voor de invulling van een mogelijke algemene maatregel van bestuur. Mocht het daartoe komen, dan zullen die uiteraard bij de vormgeving worden meegewogen.

E

In artikel 72, tweede lid, Fw wordt naar het huidige artikel 68, tweede lid, Fw verwezen. Dat lid wordt in artikel I, onder B, vernummerd tot het derde lid. In dit artikel wordt de verwijzing naar artikel 68 aangepast aan de nieuwe nummering.

F

Iedere drie maanden brengt de curator verslag uit over de toestand van de boedel. Het faillissementsverslag is een openbaar verslag, dat voor iedereen kosteloos ter inzage ligt bij de griffie van de rechtbank (artikel 73a, eerste lid, Fw). Schuldeisers kunnen daarvan een afschrift krijgen op grond van artikel 107, eerste lid, Fw. Het openbare faillissementsverslag dient ertoe een globaal inzicht te geven in de afwikkeling van het faillissement (HR 21 januari 2005, NJ 2005/249, Jomed I). In dit artikel wordt aan artikel 73 een nieuw derde lid toegevoegd, waarin wordt geregeld dat de curator voortaan verplicht is om in zijn faillissementsverslagen aan te geven hoe hij zich heeft gekweten van zijn fraudesignalerende rol (artikel 68, tweede lid, onder a en c, Fw nieuw). De curator zal moeten vermelden of hij heeft gezien of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Ook zal hij moeten vermelden of hij melding of aangifte van onregelmatigheden heeft gedaan bij de bevoegde instanties.

In de huidige praktijk gebruikt men verschillende modellen voor faillissementsverslagen. Veel gebruikt is het huidige model van Recofa waarin reeds de volgende punten over (mogelijke) onregelmatigheden worden opgenomen: de afwezigheid, onvolledigheid of onjuistheid van de bedrijfsadministratie, van een gedeponeerde jaarrekening, van een goedkeurende verklaring van de accountant, van de stortingsverplichtingen op aandelen en, ten slotte, van eventueel onbehoorlijk bestuur en paulianeuze handelingen.²²

De fraudesignalerende rol van de curator zal in het Recofa-model en andere modellen moeten worden opgenomen voor zover dat nog niet is gebeurd.²³ Gedacht moet bijvoorbeeld worden aan de mogelijkheid voor de curator om aan te geven dat hij melding of aangifte heeft gedaan vanwege onregelmatigheden. Ook kan gedacht worden aan de mogelijkheid voor de curator om in het faillissementsverslag aan te geven dat hij heeft gezien of er sprake was van onregelmatigheden in het faillissement, maar dat hij geen onregelmatigheden heeft kunnen constateren. Bij de voorgestelde regeling is bewust gekozen voor een globaal wettelijk kader, zodat de praktijk hier zelf in kan voorzien. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat het niet de bedoeling is dat de faillissementsverslagen minder specifiek worden dan zij nu zijn. Doch, gelet op de persoonlijke, zakelijke en privacybelangen van de gefailleerde en gelet op het feit dat het vaak feiten en omstandigheden betreft die nog

²² <http://www.rechtspraak.nl/Naar-de-rechter/Formulieren/Pages/default.aspx>.

²³ Ibid.

nader onderzoek vergen, ligt het niet altijd in de rede om in het openbare faillissementsverslag gedetailleerd in te gaan op de door de curator geconstateerde mogelijke onregelmatigheden. Bij het vaststellen van modellen van faillissementsverslagen en bij het opstellen van faillissementsverslagen zal hiermee rekening moeten worden gehouden. Ten opzichte van het voorontwerp is het voorgestelde artikel 73a, derde lid, Fw aangepast. Ten eerste aan de nieuwe redactie van het in artikel I, onder B, voorgestelde artikel 68, tweede lid, Fw. Verder stond in het voorontwerp in het voorgestelde artikel 73a, derde lid, Fw, nog een tweede volzin waarin werd bepaald dat de curator de rechter-commissaris vertrouwelijk moet informeren of hij bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel op mogelijke onregelmatigheden is gestuit. In de consulatie heeft de NVvR er terecht op gewezen dat deze zin niet nodig is, omdat een regeling van deze strekking door dit wetsvoorstel wordt getroffen in het in artikel I, onder B, voorgestelde artikel 68, tweede lid, Fw.

G

Artikel 105, eerste lid, Fw (inlichtingenplicht failliet)

De gefailleerde is gehouden om mee te werken aan een goede afwikkeling van het faillissement. Daartoe behoort in de eerste plaats het geven van inlichtingen aan de curator. Het huidige artikel 105, eerste lid, Fw verplicht de failliet voor de rechter-commissaris, de curator of de schuldeiserscommissie te verschijnen en deze alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen.

Het voorgestelde artikel 105, eerste lid, Fw moderniseert de inlichtingenplicht van de failliet, en is geënt op het huidige inlichtingenplicht van artikel 105 Fw en op de in artikel 4.1.6, eerste lid, van het Voorontwerp Insolventiewet voorgestelde inlichtingenplicht.²⁴

De eerste volzin van het nieuwe artikel 105, eerste lid, Fw verplicht de gefailleerde om de curator, de schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris alle inlichtingen te verschaffen als dit van hem wordt verlangd en op de wijze als daarbij is bepaald. Voor het geven van inlichtingen kan een persoonlijke verschijning bij de rechter-commissaris, de curator of de schuldeiserscommissie, anders dan onder de huidige wet, achterwege blijven als degene die de betrokken inlichtingen verlangt daarmee instemt. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de failliet de gevraagde informatie schriftelijk, per email of via skype verstrekt. De plicht van de curator «om te verschijnen [...] zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen» is in de nieuwe redactie van de inlichtingenplicht daartoe vervangen door de plicht om «alle inlichtingen te verschaffen als dit van hem wordt verlangd, op de wijze als daarbij is bepaald».

De tweede volzin van artikel 105, eerste lid, Fw verplicht de failliet tot het uit eigener beweging verstrekken van inlichtingen. Dit is een codificatie van de bestaande jurisprudentie (HR 15 januari 2002, NJ 2002/259) en praktijk. De failliet dient de curator eigener beweging in te lichten over feiten en omstandigheden waarvan de gefailleerde weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn. Gedacht moet bijvoorbeeld worden aan wijzigingen in zijn vermogen. De failliet hoeft alleen de curator eigener beweging inlichtingen te verstrekken en niet de schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris.

²⁴ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html>.

Artikel 105, tweede lid, Fw (inlichtingen- en medewerkingsplicht failliet bij buitenlandse vermogensbestanddelen)

Nieuw is de in artikel 105, tweede lid, Fw geëxpliciteerde plicht van de failliet om de curator te informeren over het bestaan van eventuele buitenlandse vermogensbestanddelen, zoals vastgoed en banktegoeden, en om het nodige te doen – waaronder volmachtverlening – om hem daarover de beschikking te geven. Frauduleuze kapitaalvlucht in het zicht van een faillissement is helaas geen onbekend fenomeen. In voorkomend geval is het primair de schuldenaar zelf die weet of daarvan sprake was, om welke bedragen het bijvoorbeeld gaat en waar deze gelden of onvreemde goederen zich bevinden.

Het nieuwe artikel 105, tweede lid, Fw legt de failliet twee verplichtingen op. Allereerst moet de gefailleerde de curator over het bestaan van eventuele buitenlandse vermogensbestanddelen inlichten. En wel desgevraagd, maar ook uit eigener beweging omdat hij weet of behoort te weten dat deze informatie voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn.

Voorts moet de gefailleerde al het nodige doen, waaronder zo nodig de verlening van een volmacht aan de curator, om deze daadwerkelijk de beschikking over bijvoorbeeld buitenlandse banktegoeden te geven. De status van een dergelijke volmacht wordt in het geval van buitenlandse vermogensbestanddelen overigens in eerste instantie door de betrokken bank in het derde land bepaald. Ook in Duitsland kent men een verplichting tot het geven van een zogenaamde «Auslandsvollmacht» (o.a. Bundesgerichtshof, 18 september 2003, zaaknr. IX ZB 75/03).

De inlichtingen- en medewerkingsplicht van de failliet bij buitenlandse vermogensbestanddelen, is een concretisering van de algemene inlichtingenplicht van de failliet als omschreven in het eerste lid en de algemene medewerkingsplicht als omschreven in artikel 105a, eerste lid, Fw (nieuw). Anders dan de NVvR meende in de consultatie, is deze concretisering wel degelijk noodzakelijk en kan ten aanzien van buitenlandse vermogensbestanddelen niet worden volstaan met de algemene inlichtingenplicht van het eerste lid. Kapitaalvlucht doet zich immers bij uitstek naar het buitenland voor. Curatoren hebben in de praktijk behoefte aan een duidelijke regel waarmee zij de failliet eenvoudig duidelijk kunnen maken dat hij wel degelijk inlichtingen dient te verstrekken over zijn buitenlandse vermogensbestanddelen (HR 9 maart 2007, LJN AZ 4568).

Artikel 105, derde lid, Fw (inlichtingenplicht echtgenoten en geregistreerde partners)

Bij insolventie van een in enige gemeenschap van goederen gehuwde of geregistreerde partner wordt de insolventie mede als insolventie van die gemeenschap behandeld. Voor een adequate afwikkeling van het faillissement dient de curator ook te kunnen beschikken over de inlichtingen die de echtgenoot of geregistreerde partner kan verstrekken.

Daartoe is in het huidige artikel 105, tweede lid, Fw een inlichtingenplicht van echtgenoten en geregistreerde partners opgenomen. Deze bepaling wordt geïnspireerd op artikel 4.1.6. lid 2 van het Voorontwerp Insolventiewet, enigszins inhoudelijk gewijzigd en daarbij ook nog vernuemd tot een derde lid in het voorgestelde artikel 105, derde lid, Fw.²⁵

Het voorgestelde artikel 105, derde lid, FW verplicht de echtgenoot of geregistreerde partner om de curator, de schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris inlichtingen te verschaffen als dit van hem wordt verlangd en op de wijze als daarbij is bepaald, voor zover het faillissement de gemeenschap betreft. Verder dient hij de curator eigener beweging in

²⁵ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html>.

te lichten over omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn. Hiermee wordt de huidige inlichtingenplicht voor echtgenoten en geregistreerde partners aangepast aan de nieuwe geformuleerde algemene inlichtingenplicht van de failliet (artikel 105, eerste lid, Fw). De huidige inlichtingenplicht voor echtgenoten en geregistreerde partners heeft slechts betrekking op handelingen van de betrokken echtgenoot of partner ten aanzien van de gemeenschap. Voor het bestuur van de boedel kunnen echter ook andere gegevens van belang zijn. Daarom ziet de nieuwe inlichtingenplicht niet meer alleen op handelingen van de echtgenoot of geregistreerd partner ten aanzien van de gemeenschap, maar wordt de reikwijdte uitgebreid tot alle handelingen van de betrokken echtgenoot of geregistreerd partner voor zover het faillissement de gemeenschap betreft. Uiteraard gaat de inlichtingenplicht niet zover dat deze mede het buiten de gemeenschap vallende vermogen van de niet-failliet verklaarde echtgenoot of partner omvat. In de voorgestelde tekst wordt verder naar analogie van artikel 63 Fw gesproken van «enige gemeenschap van goederen» in plaats van «in gemeenschap van goederen». Er hoeft immers geen sprake te zijn van een algehele gemeenschap van goederen. Als tussen de failliet en de echtgenoot of geregistreerde partner door middel van huwelijkse voorwaarden of voorwaarden van geregistreerd partnerschap een beperkte gemeenschap van goederen tot stand is gebracht, geldt de inlichtingenplicht van de echtgenoot of geregistreerd partner ten aanzien van deze beperkte gemeenschap van goederen.

Sanctionering

De sanctionering van het niet nakomen van de inlichtingenplicht uit dit artikel door de failliet is driedelig. Ten eerste kan verzuim aanleiding zijn tot inbewaringstelling ingevolge artikel 87 Fw. Daarnaast kan verzuim aanleiding zijn tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod (vgl. artikel 106a, eerste lid, onderdeel c, Fw (nieuw)).²⁶ Ten slotte, en ten derde, tot het opleggen van gevangenisstraf of een geldboete ingevolge artikel 194 Sr (nieuw). Voor nadere uitleg wordt verwezen naar het wetsvoorstel en de memorie van toelichting van het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude.²⁷ Artikel 194 Sr (nieuw) geldt trouwens ook voor het opzettelijk niet nakomen van de inlichtingenplicht door de echtgenoot of geregistreerd partner van de failliet voor zover het faillissement enige gemeenschap van goederen tussen hen raakt.

H

Artikel 105a Fw (Medewerkingsplicht en plicht tot overdracht administratie)

Voor een goede vervulling van de taak van de curator is het van groot belang dat de curator alle medewerking van de gefailleerde krijgt. Hiertoe is deze naar de huidige rechtspraak op grond van Faillissementswet al gehouden. Zie bijvoorbeeld HR 23 december 1983, NJ 1985/170, waar de Hoge Raad overwoog:

«[...] in de Faillissementswet, in het bijzonder blijkens de vierde afdeling van de eerste titel van die wet, ligt besloten dat de gefailleerde in het belang van zijn schuldeisers is gehouden, met name wanneer dit door de curator of de rechter-commissaris nodig wordt geoordeeld, in persoon

²⁶ Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2.

²⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 2.

Uit een oogpunt van heldere normstelling verdient het de voorkeur deze medewerkingsplicht van de gefailleerde expliciet vast te leggen. In het nieuwe artikel 105a, eerste lid en derde lid, Fw wordt daartoe een aparte medewerkingsplicht opgenomen van de gefailleerde en diens echtgenoot/geregistreerd partner voor zover het faillissement enige tussen hen bestaande gemeenschap van goederen betreft. Zij dienen de curator alle medewerking aan het beheer en de vereffening van de boedel te verlenen. Hiertoe behoort onder meer het ook daadwerkelijk aan de curator ter beschikking stellen van de krachtens de inlichtingenplicht opgegeven boedelactiva.

In het tweede lid is een inkleuring van de medewerkingsplicht opgenomen, die voor de praktijk van groot belang zal zijn. Op de gefailleerde wordt de plicht gelegd om de administratie – volledig en ongeschonden – terstond aan de curator af te dragen met inbegrip van de middelen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken. Deze verplichting geldt ook voor de administratie die zich bevindt in een externe digitale omgeving. Met andere woorden: de failliet is in voorkomend geval gehouden om de curator onverwijld de hard- en software en eventuele wachtwoorden voor digitale accounts of encryptie-sleutels ter beschikking te stellen, opdat de curator in staat wordt gesteld om de administratie daadwerkelijk onder zich te nemen en er toegang toe te verkrijgen.

De naleving van deze medewerkingsverplichtingen door de failliet wordt gesanctioneerd door de inbewaringstelling (art. 87 Fw), de eventuele vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod (vgl. art. 106a lid 1 onderdeel c Fw (nieuw)) alsmede strafrechtelijk (artt. 194, 344a en 344b Sr (nieuw)).²⁸ Artikel 194 Sr (nieuw) is ook van toepassing in het geval de echtgenoot of geregistreerd partner van de failliet, voor zover het faillissement enige gemeenschap van goederen tussen hen raakt, opzettelijk de medewerkingsplicht niet nakomt.

Uiteraard zijn er zijn grenzen aan de medewerkingsplicht. Zo kunnen er zwaarwegende omstandigheden zijn op grond waarvan de vereiste medewerking in redelijkheid niet van de failliet gevraagd kan worden. Te denken valt aan een onevenredige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer of de doorbreking van de vertrouwelijkheid van de correspondentie tussen een cliënt en zijn onafhankelijke advocaat (EHRM, 20 september 2000, zaak 33274/96, *Foxley/Engeland*). Daarentegen kan de medewerkingsplicht niet met een beroep op het nemo tenetur-beginsel worden verzaakt; de medewerkingsverplichting staat namelijk volledig in het teken van het beheer en de vereffening van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers (zie in verg. zin Hof Den Haag, 9 juli 2013, ECLI:GHDA:2013:3391, *Foodmix International*). Om tot een verantwoord en geobjectiveerd oordeel te kunnen komen over de vraag of medewerking al dan niet «in redelijkheid» kan worden gevergd, is de beslissing hierover voorbehouden aan de rechter-commissaris. De gefailleerde kan ingevolge artikel 69 Fw tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen.

De suggestie van de NVvR in de consultatieronde om in de artikelen 105a en 105b te spreken van «volledig en ongeschonden» administratie in plaats van «ongeschonden» administratie is overgenomen. Hiermee wordt de vraag voorkomen of onder «ongeschonden» administratie ook de volledige administratie moet worden verstaan.

Op suggestie van de Raad voor de Rechtspraak is daarnaast in artikel 105a, eerste lid, Fw de clause geschrapt waarmee de rechter-commissaris expliciet de taak kreeg om steeds te toetsen of de

²⁸ Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2; Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 2.

medewerking van de failliet in redelijkheid van hem kan worden verlangd. Met het schrappen van deze clause strookt de tekst van de medewerkingsplicht beter met die van de inlichtingenplicht. Daarnaast wordt voorkomen dat de rechter-commissaris steeds een verhoor moet gelasten om te toetsen of het verzoek van de curator een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de failliet zou kunnen zijn. Reeds op grond van artikel 69 Fw kan de gefailleerde immers, indien nodig, bij de rechter-commissaris opkomen tegen iedere handeling van de curator.

Voorgesteld artikel 105b Fw (informatieplicht derden)

Voor het beheer en de vereffening van de failliete boedel is het van groot belang dat de curator de beschikking krijgt over administratie van de failliet. In eerste instantie zal de curator hiervoor uiteraard een beroep doen op de failliet zelf (art. 105a, tweede lid, Fw).

Als een dergelijk beroep tevergeefs is, dan kan de curator gebruik maken van het voorgestelde artikel 105b, eerste lid, Fw. Dit artikel verplicht derden die de administratie van de failliet in de uitoefening van hun beroep of bedrijf geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, om deze administratie desgevraagd aan de curator ter beschikking te stellen. Het gaat hierbij nadrukkelijk om derden die voor een ander boekhoudkundige en aanverwante diensten op commerciële basis verrichten. In de praktijk komt het steeds vaker voor dat bedrijven hun administratie tegen vergoeding geheel of deels aan derden uitbesteden. Externe administratiekantoren zijn een normaal fenomeen geworden. Het is niet de bedoeling dat de failliet zich aan zijn plicht tot overhandiging van de bedrijfsadministratie kan onttrekken met het argument dat die bij een derde is ondergebracht. De curator moet daarom, als een beroep op de failliet hier vergeefs is, terecht kunnen bij de derden die de administratie op commerciële basis voor de failliet verzorgen en bij wie de administratie zich bevindt. De wijze waarop dit geschiedt, via volledige overname van de administratie op een externe locatie, elektronische koppeling met zakelijke bankrekeningen, cloud-computing of anderszins, is daarbij irrelevant. Artikel 105b, eerste lid, Fw brengt dit tot uitdrukking door te spreken over het onder zich hebben door een derde van de administratie «op welke wijze dan ook».

Niet altijd zullen derden bereid zijn de curator alle gewenste administratie te geven. Voor zover de gefailleerde zelf nog aanspraak kan maken op de administratie krachtens een met een derde gesloten overeenkomst, kan de curator dat eveneens. Dit vloeit direct voort uit het feit dat de curator met het beheer van de boedel is belast en daarom aanspraken van de failliet kan uitoefenen.

Voor het geval een dergelijke aanspraak niet (meer) mogelijk is, stelt artikel 105b, eerste lid, Fw (nieuw) buiten twijfel dat de betrokken derde ook dan de curator moet informeren. Ook als hij zich al jegens de gefailleerde had gekwetend van zijn informatieverplichtingen.

Wat gebeurt er nu als de derde weigert om de gevraagde administratie te overleggen? Curatoren lopen regelmatig tegen het probleem aan dat een derde die op commerciële basis de administratie van de failliet verzorgde, de administratie nog onder zich heeft en die administratie met een beroep op een retentierecht onder zich houdt totdat de openstaande vorderingen door de failliet zijn voldaan. Met het oog op deze problematiek voorziet het voorgestelde artikel 105b, tweede lid, Fw erin dat derden geen beroep doen op een retentierecht kunnen doen als de curator de administratie op grond van artikel 105b, eerste lid, Fw heeft opgevraagd. Hiermee wordt afgeweken van het huidige artikel 60 Fw waarin is bepaald dat de schuldeiser die een retentierecht heeft op een aan de schuldenaar toebehorende zaak dit recht niet verliest door de faillietverklaring. De administratie van de failliet is van zo een groot belang voor het beheer en

de vereffening van de boedel dat een afwijking van een retentierecht hier op zijn plaats is.

Verder kan de curator in het geval van een weigerende derde aan de rechter vragen om de plicht tot het overleggen van de administratie te herbevestigen op straffe van een dwangsom (art. 25 Fw j° art. 611a e.v. Rv). Dergelijke dwangsommen vallen in de boedel (art. 20 Fw). Daarnaast wordt de plicht voor derden tot overdracht van de administratie gesanctioneerd door het nieuwe art. 194 Sr.²⁹

VNO-NCW en MKB Nederland vroegen zich in de consultatie af of de voorgestelde bepalingen de curator de mogelijkheid bieden om ongebreideld en standaard derden te verzoeken de administratie van de failliet verstrekken. Het feit dat de curator onder toezicht staat van de rechter-commissaris biedt voldoende waarborg tegen te enthousiaste informatievergaring door de curator (art. 64 Fw). Immers, de rechter-commissaris kan de rechtbank verzoeken om de curator te ontstaan (art. 73 Fw).

Verder kwam in de consultatiereactie van VNO-NCW en MKB Nederland de vraag naar de verhouding van artikel 105b met respectievelijk de artikelen 92 Fw en 93a Fw aan de orde. Artikel 92 Fw strekt ertoe te voorkomen dat de schuldenaar goederen aan de boedel onttrekt of de administratie verandert. Daartoe neemt de curator de in artikel 92 Fw genoemde zaken onder zich. Vervolgens verstrekt hij een ontvangstbewijs aan de failliet. Het artikel ziet specifiek op boedelhouding. Met betrekking tot artikel 93a Fw kan worden opgemerkt dat dit artikel de curator reeds toestemming geeft om voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van zijn taak «elke plaats» – dus ook woningen, kantoren, locaties van derden – binnen te treden, mits hij hiertoe een machtiging van de rechter-commissaris als bedoeld in artikel 2 van de Algemene wet op het binnentreden heeft verkregen. Het voorgestelde artikel 105b Fw verandert niets aan deze artikelen.

I

Als het om een faillissement van rechtspersonen gaat, is het van belang om te weten op wie inlichtingen-, medewerkings- en afgifteplichten rusten. Ook de Commissie onder leiding van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann heeft zich dat bij de voorbereiding van het Voorontwerp Insolventiewet (2007) gerealiseerd en daartoe een regeling ontworpen. Het voorgestelde artikel bouwt daarop voort en past daartoe artikel 106 Fw aan. In de consultatie heeft de Raad voor de Rechtspraak hieraan steun betuigd, omdat met dit nieuwe artikel bestuurders/commissarissen/ondernemers de mogelijkheid wordt ontnomen om zich in faillissement of in de jaren direct voorafgaande aan het faillissement achter formele bestuurswisselingen of andere machtswisselingen te verschuilen en zich dus aan hun verantwoordelijkheid te onttrekken.

Artikel 106, eerste lid, Fw (nieuw)

In artikel 106, eerste lid, Fw (nieuw) wordt bepaald dat bij faillissement van een rechtspersoon de regels over faillissementsgijzeling (artt. 87–91 Fw), de bewaring van de boedel (art. 92 Fw) en de nieuw geformuleerde inlichtingen-, medewerkings- en afgifteplichten (artt. 105, eerste en tweede lid, en 105a, eerste en tweede lid, Fw (nieuw)) van toepassing zijn op bestuurders, commissarissen en op een ieder die in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement bestuurder of commissaris was.

²⁹ Zie voor het nieuwe art. 194 Sr Kamerstukken II 2013/14, 33 994 nr. 2.

Voor de versterking van de informatiepositie van de curator is het van belang dat hij bij zo veel mogelijk betrokkenen de benodigde inlichtingen kan halen ten behoeve van het beheer en de vereffening van de boedel. Onder het huidige recht kan hij bij faillissement van een rechtspersoon daarvoor terecht bij bestuurders en commissarissen. Op hen rust ingevolge het huidige artikel 106 Fw de inlichtingenplicht van artikel 105 Fw, waarbij de curator alleen ten aanzien van de bestuurders gebruik kan maken van de regels over faillissementsgijzeling. De nieuwe redactie van artikel 106, eerste lid, Fw regelt ten eerste dat de nieuwe geformuleerde inlichtingen-, medewerkings- en afgifteplichten van de artikelen 105 en 105a Fw (nieuw) ook voor hen gaan gelden. Bestuurders en commissarissen zullen bijvoorbeeld de curator in moeten lichten over buitenlandse vermogensbestanddelen (art. 105, tweede lid, Fw (nieuw)). Voor verdere informatie over deze plichten wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting op de artikelen 105 en 105a Fw (nieuw).

Ten tweede wordt de reikwijdte van de bepaling aangepast. De geformuleerde inlichtingen-, medewerkings- en afgifteplichten gelden niet meer alleen voor bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon, maar ook voor een ieder die in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement bestuurder of commissaris was. Veelal zullen gewezen bestuurders of commissarissen nog relevante inlichtingen kunnen verschaffen. Vaak hebben zij bijvoorbeeld nog kopieën van oude administratie en klantcontracten in de kast staan.

Verder wordt met de toepassing op «een ieder die in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement bestuurder of commissaris was» voorkomen dat een bestuurder of commissaris zich aan alle nieuw geformuleerde inlichtingen-, medewerkings- en afgifteplichten en de bijbehorende mogelijke sancties bij verzuim zou kunnen onttrekken door in het zicht van een faillissement te defungeren en iemand anders, al dan niet pro forma, tot bestuurder of commissaris te (laten) benoemen. De bijbehorende mogelijke sancties zijn de nieuwe strafbepalingen ex artt. 194, 344a en 344b alsmede het civielrechtelijk bestuursverbod ex art. 106a e.v. Fw (nieuw). De periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement komt overeen met de termijn die wordt gehanteerd bij de bestuurdersaansprakelijkheid (artt. 2:138/248 lid 6 BW) en bij het voorgestelde civielrechtelijke bestuursverbod (art. 106a lid 1 Fw (nieuw)).³⁰

Ten derde krijgt de curator niet alleen de mogelijkheid om ten aanzien van bestuurders gebruik te maken van de regels over faillissementsgijzeling (art. 87–91 Fw), maar ook ten aanzien van commissarissen en personen die de drie jaar voorafgaand aan het faillissement bestuurder of commissaris waren. Dit ter versterking van de informatiepositie van de curator. De curator zal met het dwangmiddel van de faillissementsgijzeling achter de hand eenvoudiger de benodigde inlichtingen kunnen verkrijgen, hetgeen het beheer en de vereffening van de boedel ten goede zal komen.

Ten slotte regelt de nieuwe bepaling dat artikel 92 Fw van toepassing is op bestuurders, commissarissen en een ieder die in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement bestuurder of commissaris was van de failliete rechtspersoon. Op grond van art. 92 Fw neemt de curator onmiddellijk na faillissement de bescheiden en andere gegevensdragers, gelden, waardepapieren en dergelijke onder zich in het kader van de bewaring van de boedel. Het gewijzigde artikel 106 brengt met zich dat deze bescheiden en voorwerpen door de curator ook kunnen worden opgevraagd bij de genoemde personen. Zo kan worden ontmoedigd dat de failliet de betreffende bescheiden en goederen in de «aanloop» naar een faillissement nog gauw elders onderbrengt.

³⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 2; Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2.

Artikel 106, tweede lid, Fw (nieuw)

In artikel 106, tweede lid, onder a, Fw (nieuw) wordt bepaald dat bij de toepassing van het eerste lid de feitelijk bestuurder gelijkgesteld moet worden met de formele bestuurder. De feitelijk bestuurder is degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of medebepaald als ware hij bestuurder. Daarmee wordt aangesloten bij het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid (artt. 2:138/248 lid 7 BW) en het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, op grond waarvan de curator en het Openbaar Ministerie ook kunnen optreden tegen feitelijke bestuurders (vgl. het voorgestelde artikel 106d, eerste lid, Fw).³¹ In artikel 106, tweede lid, onder b Fw (nieuw) wordt bepaald dat bij de toepassing van het eerste lid onder bestuurder ook verstaan moet worden: de bestuurder van een of meer rechtspersonen en de vennoot van een of meer vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen die bestuurder is of zijn van de failliete rechtspersoon. Dientengevolge zijn bij faillissement van een rechtspersoon de regels over faillissementsgijzeling (artt. 87–91 Fw), de bewaring van de boedel (art. 92 Fw) en de nieuw geformuleerde inlichtingen-, medewerkings- en afgifteplichten (artt. 105, eerste en tweede lid, en 105a Fw (nieuw)) ook van toepassing op de bestuurders van rechtspersonen en vennoten van vennootschappen die bestuurder zijn van de failliete rechtspersoon. Hiermee wordt voorkomen dat iemand zich aan de inlichtingen-, medewerkings- en afgifteplichten kan onttrekken door zich te verschuilen achter een of meer rechtspersonen of vennootschappen. In het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod is eveneens voorzien in een dergelijke doorbraakregeling (art. 106a, tweede lid, Fw (nieuw)).³²

Artikel 106, derde lid, Fw (nieuw)

Artikel 106, derde lid, Fw (nieuw) bepaalt dat bij faillissement van een vof of cv de eerste twee leden van artikel 106 van overeenkomstige toepassing zijn. Dit betekent dat vennoten, oud-vennoten, (voormalige) feitelijk vennoten van een vof of cv ook gebonden zijn aan de regels over faillissementsgijzeling (artt. 87–91 Fw), de bewaring van de boedel (art. 92 Fw), en de nieuw geformuleerde inlichtingen-, medewerkings- en afgifteplichten (artt. 105, eerste en tweede lid, en 105a Fw (nieuw)). Verder gelden deze regels ook voor de bestuurders van een of meer rechtspersonen en vennoten van een of meer vennootschappen onder firma en commanditaire vennoten die vennoot zijn van de failliete vof of cv.

J

Op grond van artikel 116 Fw moet de gefailleerde op de verificatievergadering in persoon verschijnen om daar alle inlichtingen te verschaffen over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel, die hem door de rechter-commissaris gevraagd worden. Artikel 117 Fw legt die verplichting ook op aan de bestuurders van een rechtspersoon. In het nieuwe artikel 117 Fw wordt de reikwijdte van die verplichting uitgebreid tot alle personen die in het nieuwe artikel 106 Fw worden genoemd. Immers, voor al deze personen gaan de nieuwe inlichtingen- en medewerkingsplichten uit de artikelen 105 en 105a Fw (nieuw) ook gelden. Daarmee gaat de verschijningsverplichting als het gaat om het faillissement van een rechtspersoon, vof of cv gelden voor: bestuurders, commissarissen, vennoten, voor feitelijk bestuurders, de bestuurders van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn van de failliet, de

³¹ Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 2.

³² Ibid.

vennoten van een of meer vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen die bestuurder is of zijn van de failliet en voor iedereen die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder, commissaris of vennoot bij de failliet was.

Anders dan in de huidige artikelen 116 en 117 Fw hoeven de genoemde personen alleen ter verificatievergadering te verschijnen als zij daartoe door de curator zijn opgeroepen. Het zal lang niet altijd nodig zijn dat alle in artikel 106 Fw (nieuw) genoemde personen tijdens de verificatievergadering aanwezig zijn om inlichtingen geven over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel. Het is daarom aan de curator om te bepalen wie ter verificatievergadering dienen te verschijnen.

K

Artikel 327 Fw bevat een schakelbepaling, waarmee een aantal artikelen uit de Faillissementswet van overeenkomstige toepassing worden verklaard in het kader van de Wet schuldsanering natuurlijke personen (WSNP). Het gaat daarbij onder meer om de huidige informatieverplichting ex artikel 105 Fw. In dit wetsvoorstel wordt de verwijzing in art. 327 Fw naar artikel 105 Fw uitgebreid tot een verwijzing naar de artikelen 105 tot en met 105b Fw. Daarmee gelden de nieuwe informatie- en medewerkingsverplichtingen van de failliet (artikel 105a Fw) en van derden (artikel 105b Fw) straks ook in de WSNP-context.

Artikel II

Artikel II voorziet in overgangsrecht. In het eerste lid wordt in verband met de rechtszekerheid geregeld dat de nieuwe bepalingen alleen van toepassing zullen zijn op faillissementen die zijn uitgesproken na de inwerkingtreding van artikel I of onderdelen van artikel I. Dit betekent bijvoorbeeld dat de nieuw geformuleerde inlichtingen- en medewerkingsplichten van de artikelen 105 en 105aFw (nieuw) niet van toepassing zijn op faillissementen die vóór de inwerkingtreding van deze bepalingen zijn uitgesproken, maar op of na de inwerkingtreding van deze wet niet of nog niet helemaal zijn afgewikkeld.

In het tweede lid wordt voorzien in een specifieke situatie. Artikel 106 Fw (nieuw) verklaart een aantal bepalingen van overeenkomstige toepassing op onder andere *«een ieder die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder of commissaris was»*. In verband met de rechtszekerheid is het niet wenselijk dat bestuurders of commissarissen reeds voor de inwerkingtreding van artikel 106 Fw rekening moeten houden met deze nieuwe bepaling. Daarom regelt dit tweede lid dat in het geval een faillissement binnen drie jaar na de inwerkingtreding van artikel 106, eerste lid, FW wordt uitgesproken, deze nieuwe bepaling slechts van toepassing is op een ieder die vanaf de inwerkingtreding van deze bepaling bestuurder of commissaris was. Hetzelfde geldt voor vennoten van vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen.

Artikelen III en IV

De in artikel III voorgestelde inwerkingtredingsbepaling maakt het mogelijk om in voorkomend geval voorzieningen te treffen voor een soepele, zo nodig gefaseerde, invoering van het wetsvoorstel. Artikel IV bevat de citeertitel.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
G.A. van der Steur