

0 BD



Postadres Postbus 8456, 1005 AL Amsterdam

De Minister van Veiligheid en Justitie,
De heer I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum
20 mei 2014

Onderwerp
Consultatie voorontwerp Wet versterking positie
curator

Geachte heer Opstelten,

Bij schrijven van 24 februari 2014 (kenmerk 487299) heeft u de FNV om advies gevraagd over het voorontwerp van de Wet versterking positie curator. De andere vakcentrales hebben ook kennis genomen van dit voorontwerp. FNV, CNV en VCP (voorheen MHP) hebben besloten tot een gezamenlijke reactie. Alvorens ons commentaar te geven, willen we enkele algemene opmerkingen maken over de beoogde herijking van het faillissementsrecht en de beoogde fraudebestrijding in relatie tot het fenomeen misbruik van faillissement.

Plaats van het voorontwerp in het beoogde pakket van wetswijzigingen in relatie tot faillissement

Het kabinet beoogt het faillissementsrecht over de hele linie te verbeteren. Naast (i) bestrijding van faillissementsfraude beoogt het te komen tot (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven¹ en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.

Faillissementsfraude beoogt het kabinet tegen te gaan door (a) invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod, (b) actualisering en aanscherping van het strafrechtelijk faillissementsrecht en (c) versterking van de fraudesignalerende functie van de curator in combinatie met een versterking van de inlichtingen- en medewerkingsplichten van de gefailleerde.

Op het voorontwerp van de wet, die moet voorzien in (c) versterking van de fraudesignalerende functie van de curator in combinatie met een versterking van de inlichtingen- en medewerkingsplichten van de gefailleerde, wordt door middel van dit schrijven gereageerd.

¹ Op het voorontwerp van de wet die moet voorzien in (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (Wet Continuïteit Ondernemingen I) heeft de FNV desgevraagd gereageerd bij schrijven van 15 januari 2014 (kenmerk CP/RvS)



FNV
Houttuinlaan 3
Postbus 520
3440 AM Woerden

T 020 56 36 300
F 020 68 44 541



CNV
Tiberdreef 4
Postbus 2475
3500 GL Utrecht

T 030 751 11 00
F 030 751 11 09



vakcentrale voor
professionals

VCP
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90525
2509 LM 's-Gravenhage

T 070 349 97 40

Datum
20 mei 2014

Pagina(s)
2 van 4

Kort commentaar van de drie vakcentrales op het hele pakket

Tussen de zes bij genoemde doelen en maatregelen te ontwerpen wetsvoorstellen zit een bepaalde samenhang. Uiteindelijk zullen de vakcentrales ook het pakket in zijn geheel van commentaar voorzien.

Als werknemersorganisaties letten FNV, CNV en VCP uiteraard vooral op die aspecten, die voor werknemers van groot belang zijn. Faillissement van een bedrijf leidt tot werkloosheid. Faillissement met doorstart leidt tot werkloosheid van sommigen en behoud van werk voor anderen. De arbeidsvoorwaarden bij een bedrijf na doorstart zijn in de regel aanmerkelijk slechter. Misbruik van faillissement is zeker voor de werknemers en hun gezinnen die worden benadeeld volstrekt onverteerbaar.

In de ons omringende landen worden werknemers in geval van faillissement arbeidsrechtelijk beter beschermd en bovendien worden zij meer betrokken bij de aanvraag van het faillissement en bij ontslag van werknemers.

Een conclusie uit het onderzoek *Faillissementen en selectief ontslag*² is dat in ten minste twintig procent van de gevallen waarin de onderneming na faillissement wordt voortgezet door dezelfde leidinggevenden, het lozen van een deel van het personeel een belangrijke overweging is geweest en om die reden als oneigenlijk gebruik moet worden bestempeld. Curator Van Andel³ schat dat de sanering van personeel in zeker tientallen procenten van de faillissementen een belangrijke rol speelt.

Opmerkelijk is dat geen van de aangekondigde wetsvoorstellen voorziet in maatregelen om misbruik van faillissement tegen te gaan. Eerdere aanpassingen van de wet hebben niet of nauwelijks effect gehad. Misbruik van faillissement is iets anders dan faillissementsfraude.⁴ Die wordt wel aangepakt.

Naar het oordeel van de vakcentrales leent de Wet Continuïteit Ondernemingen I zich het best voor bestrijding van misbruik van faillissement.⁵

Het voorontwerp Wet versterking positie curator

Het voorontwerp van de Wet versterking positie curator beoogt de fraudesignalerende rol van de curator niet alleen te expliciteren, maar ook te versterken. Dat impliceert, aldus de memorie van toelichting, een explicitering en versterking van de huidige inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen van de failliet en de bestuurders jegens de curator.

² Onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI), in opdracht van het ministerie van Justitie, 1996. Dit onderzoek vloeide voort uit een onderzoek van de Industriebond FNV in 1995, volgens welk faillissementen in toenemende mate zouden worden gebruikt om op eenvoudige wijze van het overloopte personeel af te komen.

³ Interview in NRC, 4 januari 2014.

⁴ Van misbruik van faillissement is sprake als het faillissement wordt gebruikt als middel tot oneigenlijke beëindiging van arbeidsovereenkomsten en andere (duur)overeenkomsten. Van faillissementsfraude is sprake als faillissementsschuldeisers opzettelijk of culpoos worden benadeeld. Zie hierover het rapport *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, HSI, 2005, in opdracht van het WODC, p. 4-5.

⁵ Daartoe heeft de FNV in haar reactie op het voorontwerp voor die wet een aantal suggesties gedaan.

05/21/2014 15:13 006

Datum
20 mei 2014

Pagina(s)
3 van 4

Codificatie, uitbreiding en verduidelijking van de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen zijn niet alleen van belang om de positie van de curator bij het beheer en de vereffening van de boedel alsmede bij de fraudebestrijding te versterken, maar ook om degene(n) op wie deze verplichtingen rusten duidelijk te maken dat schending ervan een strafbaar feit kan opleveren (op grond van het huidige artikel 194 Sr.) en aanleiding kan zijn voor de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod (het voorgestelde artikel 106a Fw.).

De kerntaak van de curator is het beheer en de vereffening van de failliete boedel om het daartoe behorende vermogen te executeren en de opbrengst onder de schuldeisers te verdelen. In zijn streven voor hen een zo groot mogelijk boedelactief te genereren, mag hij in zijn beleidsafwegingen ook belangen van maatschappelijke aard betrekken, zoals werkgelegenheid en de continuïteit van de onderneming.

De taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren is in wezen inherent aan diens kerntaak. Het voorontwerp strekt ertoe de signalerende taak van de curator ten aanzien van faillissementsfraude te codificeren en van een vervolgpprocedure te voorzien: beknopte verantwoording in het faillissementsverslag, melding aan de rechter-commissaris en – op diens instigatie – een melding bij de bevoegde instanties of een aangifte bij het OM.

Door explicitering en verruiming van de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen komt er meer duidelijkheid en rechtszekerheid, zowel voor degenen die daaraan zijn onderworpen als voor de curatoren en de rechters-commissarissen in faillissementen. Opzettelijke niet-naleving van deze verplichtingen is strafbaar.

Commentaar vakcentrales

Om te beginnen: het voorontwerp draagt niet bij aan bescherming van de werknemersbelangen en is daartoe ook niet het meest geëigend.

De vakcentrales zien de toegevoegde waarde van codificatie en verduidelijking van de reeds bestaande verplichtingen, maar hebben weinig fiducia in het bereiken van de beoogde versterking van de positie van de curator bij fraudebestrijding. Daar is meer voor nodig dan datgene waarin het voorontwerp thans voorziet.

De primaire verantwoordelijkheid van de curator is het beredderen van de boedel. Een goede curator zal de vraag of hij al dan niet in actie moet komen primair in dit licht bezien. Niet zelden zal deze afweging ertoe leiden dat de curator niet optreedt tegen een fraudeur of een bestuurder die de boedel heeft geschaad door wederrechtelijke gedragingen. De belangrijkste reden om geen aangifte te doen, is dat een dergelijke actie de boedel niet ten goede komt. Als belangrijkste reden om geen civielrechtelijke middelen in te zetten geldt dat ook deze vaak meer kosten dan opleveren. HSI concludeert op basis van zijn onderzoek dat de taakstelling van de curator zich slecht verdraagt met een actieve rol in de opsporing of bestrijding van faillissementsfraude of andere schade toebrengende handelingen.⁶

⁶ Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding. HSI, 2005. in opdracht van het WODC, p. 83

Datum
20 mei 2014

Pagina(s)
4 van 4

De optimistische verwachtingen die in de memorie van toelichting worden uitgesproken over het daadwerkelijk verrichten door de curator van de gevraagde extra inspanningen vinden geen grond in bedoeld onderzoek.⁷ Curatoren hebben, zo blijkt uit dat onderzoek, dermate slechte ervaringen met het doen van aangifte dat de lust hen is vergaan. Politie of justitie ondernemen vrijwel nooit actie. Bovendien levert strafrechtelijke vervolging nauwelijks iets op ten gunste van de boedel. Daarnaast speelt ook angst voor intimidatie en geweld een rol. De bescheiden financiële vergoeding buiten de boedel waarin het wetsvoorstel voorziet, zal de curatoren niet tot actie aanzetten.

Niet alleen doen curatoren zelden aangifte, ook de civielrechtelijke middelen (actio pauliana of bestuurdersaansprakelijkheid) worden slechts sporadisch ingezet. De belangrijkste reden om geen actie te ondernemen is dat de bestuurder toch geen verhaal biedt.

Voorts schiet de kennis van curatoren vaak simpelweg te kort. In veel gevallen zien zij niet dat sprake zou kunnen zijn van fraude.

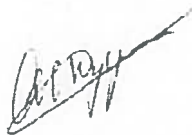
Zoals gezegd mag de curator in zijn streven voor de schuldeisers een zo groot mogelijk boedelactief te genereren, ook belangen van maatschappelijke aard betrekken, zoals werkgelegenheid en de continuïteit van de onderneming. De vakcentrales verwachten hier weinig van zolang als het behartigen van die andere belangen uit de boedel gefinancierd moet worden. Zij pleiten er daarom voor om die publieke taken van de curator anders te financieren dan uit de boedel, zodanig dat die andere financieringsbron zoveel mogelijk aansluit bij de betreffende publieke taak; in het geval van het doen van aangifte faillissementsfraude bijvoorbeeld uit de publieke middelen.

Zij zullen uitgebreid ingaan op bedoelde belangen van maatschappelijke aard, inclusief de belangen van de bij faillissement en doorstart betrokken werknemers, zodra het voorontwerp van Wet Continuïteit Ondernemingen I – al dan niet gewijzigd – in de vorm van een formeel wetsvoorstel publiek gemaakt is.

Hoogachtend,



Catelene Passchier
Vicevoorzitter FNV



Arend van Wijngaarden
Bestuurder CNV



Nic van Holstein
Bestuurder VCP

⁷ Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding. HSI, 2005. in opdracht van het WODC, hoofdstuk 6

05/21/2014 15:17 008



INSOLAD
VERENIGING INSOLVENTERECHT ADVOCATEN

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Zijne Excellentie de Minister van Veiligheid en Justitie
De weledelgestrenge heer mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Rotterdam, 28 mei 2014

Zijne Excellentie,

Hierbij doe ik U het advies van de specialistenvereniging insolventie advocaten (INSOLAD) toekomen met betrekking tot het voorontwerp voor Wet Versterking Positie Curator.

INSOLAD heeft het voorontwerp voor de Wet Versterking Positie Curator bestudeerd. Gaarne brengt zij daarover de volgende opmerkingen onder uw aandacht.

INSOLAD is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. INSOLAD heeft meer dan 700 leden. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties.

INSOLAD heeft met instemming kennis genomen van het wetsvoorstel Versterking Positie Curator en de daarmee samenhangende wijziging van de Faillissementswet.

INSOLAD staat positief tegenover de invoering van de voorgestelde wetsartikelen. INSOLAD onderschrijft de in de Memorie van Toelichting gegeven onderbouwing bij de voorgestelde wetsartikelen. INSOLAD heeft met betrekking tot twee onderwerpen echter enige zorg omtrent de uitvoering en de effectiviteit van het wetsvoorstel.

Extra inspanningen curator worden te laag ingeschat

Onder de kop "ad e. extra inspanningen curator" wordt naar het oordeel van INSOLAD ten onrechte de indruk gewekt alsof invoering van het wetsvoorstel zal bijdragen aan een vereenvoudiging van de taak van de curator om de boedel te vereffenen omdat hij gemakkelijker over meer ter zake doende informatie kan beschikken. INSOLAD merkt

hierover op, dat de beschikbaarheid van meer informatie in vrijwel alle gevallen zal leiden tot een toenemende tijdsbesteding aan het faillissement omdat de curator van deze informatie kennis zal moeten nemen. De curator zal ook de samenhang tussen de verschillende informatiebronnen meer dan voorheen kunnen en moeten gaan bestuderen, bij voorbeeld door de inhoud van e-mailboxen te vergelijken met de gevoerde financiële administratie.

Verder valt op dat het Ministerie het extra tijdsbeslag voor de curator enkel lijkt te koppelen aan de signalering van de eventuele onregelmatigheden in het faillissementsverslag en in een separaat schrijven aan de rechter-commissaris alsmede, voor zover opgedragen door de rechter-commissaris, het doen van een melding faillissementsfraude of het doen van aangifte. Voor de signalering en de melding van faillissementsfraude via een standaardformulier wil het Ministerie geen uren aan curatoren vergoeden. Enkel wanneer het komt tot het doen van een aangifte is het Ministerie bereid een maximumvergoeding van vijf uren tegen een uurtarief van EUR 200 te vergoeden, echter onder de voorwaarde dat de betrokken aangifte ook in opsporing wordt genomen.

Nu is het staande praktijk dat een curator het onderzoek naar de oorzaken van het faillissement en mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen beperkt houdt indien er geen verhaalsmogelijkheden jegens bestuurders en commissarissen lijken te zijn. Ingeval van faillissementsfraude is de kans op verhaalbaarheid bij (oud) bestuurders en commissarissen zeker niet groter in te schatten dan in faillissementen waar geen sprake is van faillissementsfraude maar wel van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:138/248 BW. INSOLAD zou het op prijs stellen wanneer uit de Memorie van Toelichting duidelijk blijkt dat het onderzoek van de curator op basis van de ontvangen informatie in het kader van de signalering en eventuele melding van faillissementsfraude beperkt kan blijven tot een "prima facie" onderzoek indien verhaalsmogelijkheden jegens (oud) bestuurders en commissarissen lijken te ontbreken. INSOLAD overlegt voorts graag verder met het Ministerie over mogelijkheden om werkzaamheden in het kader van onderzoek naar onregelmatigheden door curatoren toch vergoed te krijgen onder bijvoorbeeld de uit te breiden Garantstellingsregeling. INSOLAD verwijst in dat kader naar eerder aan het Ministerie hieromtrent verzonden brieven.

Nemo tenetur beginsel beperkt effectiviteit uitbreiding inlichtingenplicht (oud) bestuurder/commissaris

Met betrekking tot het voorgestelde artikel 105 en 105a Fw lijkt uit de Memorie van Toelichting te volgen dat het Ministerie geen samenloop ziet met het "nemo tenetur" beginsel waarop een bestuurder van een gefailleerde rechtspersoon zich kan gaan beroepen. De Memorie van Toelichting vermeldt op bladzijde 16 wel het arrest van Hof 's-Gravenhage 9 juli 2013, zaaknummer 200.129.063/01, maar niet het arrest van de Hoge Raad 12 juli 2013, RvdW 2013/877. In die zaak ging het om de samenloop van de fiscale inlichtingenplicht ex artikel 47 AWR en het recht van een potentiële verdachte om niet gedwongen te worden tot medewerking aan zijn eigen veroordeling. De Hoge Raad concludeerde in die fiscale zaak dat de belastingplichtige gehouden is om de Inspecteur alle inlichtingen te verstrekken die nodig zijn voor de juiste belastingheffing, maar dat wanneer de belastingplichtige een beroep doet op het nemo tenetur beginsel het zogenaamde wilsafhankelijke materiaal niet mag worden gebruikt voor fiscale beboeting of strafvervolgung van de belastingplichtige. Wanneer dat toch zou gebeuren, is het aan de strafrechter om te bepalen welke rechtsgevolgen daaraan verbonden zullen worden. Dit arrest van de Hoge Raad is kort daarna gevolgd door een arrest van Hof 's-Gravenhage 23 juli 2013

(ECLI:NL:GHDHA:2013:2900). Hof 's-Gravenhage oordeelde dat hoewel het arrest van de Hoge Raad betrekking heeft op de fiscale inlichtingenplicht, deze uitspraak ook relevant is voor de inlichtingenplicht van de gefailleerde ex artikel 105 Fw in het kader van de door de rechter-commissaris of de curator gevorderde en de door de rechter bevolen inbewaaring ex artikel 87 Fw. Het Hof oordeelde dat informatie die van de wil van de gefailleerde afhankelijk is, bijvoorbeeld een verklaring, slechts gebruikt mag worden ten behoeve van het beheer en vereffening van de failliete boedel door de curator maar niet gebruikt mag worden in het kader van een eventuele strafvervolging of boeteprocedure tegen gefailleerde. INSOLAD verwijst met betrekking tot deze jurisprudentie en deze problematiek graag naar het instructieve artikel van haar oud voorzitter mr. R. Mulder "It takes two to tango": Informatieverschaffing door de gefailleerde aan de curator en van de curator aan de gefailleerde, verschenen in het INSOLAD-jaarboek 2013 "de curator en informatie", Kluwer 2013, bladzijde 1-28.

INSOLAD onderschrijft de conclusies van mr. Mulder, waaronder zijn standpunt dat de curator door de uitspraak van de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht heeft verkregen jegens de (bestuurder van de) gefailleerde door de verkregen wilsafhankelijke informatie niet actief te openbaren. Het resultaat van het door de curator verrichte onderzoek kan wel worden geopenbaard.

INSOLAD verwacht dat bestuurders van gefailleerde rechtspersonen waarbij sprake is geweest van fraudeactiviteiten in de praktijk snel een beroep zullen doen op het nemo tenetur beginsel om tegenover de curator geen mondelinge en/of schriftelijke verklaring af te leggen dan wel te weigeren de gevraagde bescheiden, voor zover als wilsafhankelijk materiaal te bestempelen, conform de voorgestelde wettekst aan de curator te verstrekken. De (oud) bestuurder en/of commissaris zal op deze wijze het risico dat zijn verklaring te zijner tijd onderdeel zal uitmaken van het strafdossier zoveel mogelijk willen beperken. INSOLAD verwacht dat hierover geregeld discussie met een (oud) bestuurder en/of commissaris van een gefailleerde rechtspersoon zal gaan ontstaan, zodat ook op dit punt door de invoering van het wetsvoorstel juist een toename van de inspanningen van de curator mag worden verwacht. INSOLAD is van mening dat afgifte van wilsafhankelijk materiaal, zoals data, documenten en toegangscodes niet met een beroep op het nemo tenetur beginsel door de bestuurder geweigerd mag worden.

INSOLAD wijst er voorts op dat een curator een onwillige (oud) bestuurder en/of commissaris niet kan toezeggen dat een aan hem af te leggen verklaring nimmer onderdeel zal uitmaken van het strafdossier omdat het Openbaar Ministerie toegang kan verkrijgen tot het faillissementsdossier buiten de wil van de curator om. De Hoge Raad heeft met het arrest HR 24 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:161) aan een curator opgedragen te verklaren dat inlichtingen verkregen na gijzeling of onder dreiging van een verzoek tot gijzeling als wilsafhankelijk materiaal alleen voor de afwikkeling van de boedel zullen worden gebruikt en niet voor strafvervolging. Deze recente arresten verlichten de positie en het functioneren van de curator niet.

INSOLAD verzoekt uw Ministerie uitdrukkelijk om in het verdere vervolg van de behandeling van dit wetsvoorstel in de Memorie van Toelichting nader aandacht te besteden aan het nemo tenetur beginsel en de gevolgen hiervan voor de inlichtingenplicht in faillissement.

Tot slot wil INSOLAD opmerken dat het haar goed voorkomt wanneer dit wetsvoorstel zo spoedig mogelijk zal worden behandeld en aangenomen. Het wetsvoorstel zal in veel faillissementen zeker de positie van de curator daadwerkelijk versterken.

Vanzelfsprekend zijn wij graag bereid het advies nader toe te lichten. Wij danken U voor de hieraan te besteden tijd en aandacht.

Hoogachtend,

Jeroen G. Princen
Secretaris INSOLAD



KONINKLIJKE BEROEPSORGANISATIE VAN GERECHTSDEURWAARDERS

Secretariaat
Prinses Margriet-
plantsoen 49
2595 BR Den Haag

Telefoon
+31 (0)70 890 35 30

E-mail
kbvg@kbvg.nl

Internet
www.kbvg.nl

Kamer van Koophandel
27356362

BTW nr.
8101.34.809

IBAN Nummers
NL46INGB0589131990
NL43ABNA0510721664

Directie Wetgeving en Juridische Zaken
De Minister van Veiligheid en Justitie
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Den Haag, 28 mei 2014

Betreft : Consultatie voorontwerp Wet versterking positie curator

Excellentie,

De KBvG heeft uw verzoek d.d. 24 februari 2014 om te reageren op de consultatie van het 'voorontwerp Wet versterking positie curator' in goede orde ontvangen.

De KBvG bedankt u vriendelijk voor de geboden mogelijkheid om op het voorontwerp van de Wet versterking positie curator te reageren. Het voorontwerp geeft de KBvG geen aanleiding om opmerkingen te maken.

Hoogachtend,
Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders

i.o.


Mr. J.M. Wisseborn



Aan de Minister van Veiligheid en Justitie,
de heer mr. I.W. Opstelten
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Den Haag, 14 maart 2014

Betreft : consultatie voorontwerp Wet versterking positie curator

Geachte heer Opstelten,

Hierbij bevestig ik u de goede ontvangst van uw brief met bijlagen van 24 februari jl. met het verzoek u te adviseren over het voorontwerp van de Wet versterking positie curator.

De KNB heeft de stukken voorgelegd aan de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht met het verzoek over de inhoud advies uit te brengen. De Commissie ziet geen aanleiding over dit voorontwerp advies uit te brengen.

De KNB volgt het advies van de Commissie en zal derhalve over dit voorontwerp geen advies uitbrengen.

Namens de KNB dank ik u voor de toezending van uw brief.

Hoogachtend,

De secretaris van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht,

C. Heck-Vink



Aan Zijne Excellentie
Mr. I.W. Opstelten
Minister van Veiligheid en Justitie
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Postbus 7984
1008 AD Amsterdam
Antonio Vivaldistraat 2-8
1083 HP Amsterdam
T 020 301 03 01
nba@nba.nl
www.nba.nl

Datum	Onderwerp	Bijlage(n)
20 mei 2014	Wetsvoorstel versterking Positie curator	

Hooggeachte heer Opstelten,

Met belangstelling hebben de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA), de Nederlandse Orde van Administratie en Belastingdeskundigen (NOAB) en het Register Belastingadviseurs (RB) kennis genomen van het wetsvoorstel Wet versterking positie curator, dat u op 24 februari jl. openbaar heeft gemaakt. De genoemde koepelorganisaties onderschrijven het belang van aanpassing van het faillissementsrecht en daarmee de verbetering van de bestrijding van faillissementsfraude.

Dat de curator bij het bestrijden van dergelijke fraude een sterkere positie verkrijgt is zeer begrijpelijk. De curator kan als eerste eventuele onrechtmatigheden signaleren in de boedel. Door aanpassing van de bevoegdheden krijgt de curator de instrumenten om dergelijke signalen ook verder te onderzoeken en indien nodig de vereiste stappen te zetten.

Het wetsvoorstel bevat tegelijk een aantal elementen waarover de koepelorganisaties zorg hebben en die wij hierbij graag onder uw aandacht brengen:

- Artikel 105b lid 1

Derden worden in dit lid verplicht om Informatie te verstrekken aan de curator, tenzij de aard van de informatie of de aard van de rechtsverhouding zich daartegen verzet. In artikel 105a lid 1 is met betrekking tot de informatieverstrekking door de gefailleerde de toets van redelijkheid opgenomen. Volgens artikel 105a verteent de gefailleerde medewerking "tenzij dit naar het oordeel van de rechter-commissaris in redelijkheid niet van hem kan worden verlangd". Het verbaast ons dat deze passage niet ook in artikel 105b lid 1 is opgenomen. Om te voorkomen dat een derde onredelijk wordt belast met informatieverzoeken, verzoeken wij u de geciteerde passage ook in artikel 105b lid 1 op te nemen.

- Artikel 105b lid 2

Als een derde, in de uitoefening van zijn of haar beroep of bedrijf, de administratie geheel of gedeeltelijk onder zich heeft, dan moet deze derde op grond van dit artikel deze administratie desgevraagd aan de curator ter beschikking stellen. In de Memorie van toelichting wordt in paragraaf F beschreven dat aan de curator een redelijke vergoeding gevraagd mag worden, maar dat op het moment dat de boedel geen of onvoldoende middelen heeft, de afgifteplicht blijft bestaan. Onduidelijk is of hier bedoeld wordt de administratie conform artikel 3:15i lid 1 BW (de boekhouding), of dat ook de verwijzing in artikel 3:15i lid 2 BW naar de leden 2 tot en met 4 van artikel 10 Boek 2 BW (de jaarrekening) bedoeld is. Binnen het mkb wordt met name het samenstellen van jaarrekeningen veelal beroepsmatig door derden uitgevoerd. Volgens diverse rechterlijke uitspraken heeft de intermediair bij niet-betaling van de kosten van het voeren van een administratie en/of het samenstellen van de jaarrekening

Nederlandse
Beroepsorganisatie
van Accountants

een retentierecht inzake de door hem of haar geproduceerde stukken. Wij vragen ons eveneens af hoe dit retentierecht moet worden geplaatst binnen het kader van het voorgestelde artikel 105b.

Ook is onduidelijk op welke wijze het in het voorgestelde artikel 105b lid 2 voorgeschreven ter beschikking stellen moet plaatsvinden. Kan dit door aanlevering van de geprinte bestanden, dan wel bijvoorbeeld in de vorm van een digitaal pdf-bestand. Of wordt de curator geacht zelf nog langere tijd gebruik te kunnen maken van de administratie(s) van de cliënt, die vaak al lopen via een zgn. cloud-programma? In dat het laatste geval kan het zijn dat er geen sprake is van een gering bedrag. Afhankelijk van het aantal administraties en de uitgebreidheid van de administratie, kan de schade voor de intermediair oplopen tot mogelijk duizenden euro's indien hij contractpartner is van de cloudleverancier.

Bij de koepelorganisaties is tevens de vraag opgekomen tot hoe ver het begrip 'derden' in deze context strekt. Wordt onder derden ook de cloudleverancier verstaan die de software host van de gefailleerde? En geldt dit ook voor de financiële instelling waar de gefailleerde bankrekeningen aanhoudt? De koepelorganisaties vinden een nadere uitwerking van het begrip "Derden die de administratie geheel of gedeeltelijk onder zich houdt" daarom van groot belang. Als deze groep niet helder wordt beschreven bestaat de kans dat er een rechtsongelijkheid gaat ontstaan tussen partijen.

Wij verzoeken u verder om in de toelichting op te nemen dat mogelijke kosten voor het in stand houden van de administratie als boedelschuld worden aangemerkt.

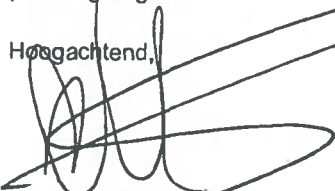
Afhankelijk van de door de curator opgevraagde informatie dient ook de schuld in verband met het voeren van de administratie van de failliet geheel of gedeeltelijk in de boedel te worden gebracht. Dit omdat een juiste verwerking van de administratie van groot belang is voor het afwikkeling van de boedel. De curator maakt daar gebruik van om de boedel goed te kunnen beschrijven. Hiermee worden de rechten van de schuldeisers en het brede maatschappelijk belang gediend. Als deze werkzaamheden nog niet uitgevoerd zouden zijn, moet dit alsnog door de curator worden gedaan, waarmee dergelijke kosten boedelschuld worden.

Mocht het zo zijn dat het artikel 105b als (al dan niet gewenste) uitwerking heeft dat de intermediair zijn retentierecht op door hem gevoerde administraties, samengestelde jaarrekeningdossiers en dergelijke verliest, dan is het voorspelbaar dat als bijeffect intermediairs in een eerder stadium hun ondersteuning van de ondernemer zullen staken. Op het moment dat de administratieve ondersteuning eerder wordt gestaakt leidt dit tot een vermindering van de kwaliteit van de administratieve verwerking. Dit kan ertoe leiden dat ondernemingen sneller in staat van faillissement komen.

De koepelorganisaties onderschrijven het belang dat de curator voldoende informatie krijgt om zijn werkzaamheden op een correcte wijze te kunnen uitvoeren, maar zijn van mening dat dit niet te koste moet gaan van andere betrokken partijen.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Indien gewenst lichten wij onze punten graag toe.

Hoogachtend,

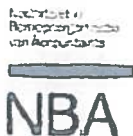


D.J. ter Hamsel AA RB

Nederlandse
Beroepsorganisatie
van Accountants



Namens:



Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA)
D.J. ter Harmsel AA RB, plaatsvervangend voorzitter



Nederlandse Orde van Administratie- en Belastingdeskundigen (NOAB)
M.H.M. Hermans, voorzitter

REGISTER ■
BELASTING ■
ADVISEURS ■

Register Belastingadviseurs
dr. R.N.F. Zuidgeest, hoofd bureau Vaktechniek

Nederlandse
Beroepsorganisatie
van Accountants

The logo features a thick horizontal black bar above the letters 'NBA' in a large, bold, sans-serif font.

Wet versterking positie curator

Fraude moet worden bestreden. Geen twijfel mogelijk.

Het ministerie wil met dit wetsvoorstel laten blijken dat het haar ernst is met de bestrijding van faillissementsfraude. Naast onderhavig wetsvoorstel heeft het ministerie de wetgeving op het gebied van het strafrechtelijk faillissementsrecht verder aangescherpt en speelt het civielrechtelijk bestuursverbod.

In onderhavig wetsvoorstel wordt aan de curator de aanvullende taak gegeven na te gaan of er in een faillissementssituatie mogelijk sprake is van fraude¹. Indien de curator hiervan overtuigd is doet hij/zij² hiervan verslag aan de Rechter Commissaris. In zijn faillissementsverslag is de curator daarbij gehouden aan te geven dat hij onderzoek naar fraude heeft gepleegd en hij zich terzake heeft gekweten van zijn taak.

Verder wordt in dit voorstel de plicht aan de gefailleerde gegeven volledige openheid van zaken te geven waaronder het melden van buitenlandse (bank) tegoeden en de curator in te lichten over het vermogen toebehorende aan de partner van de gefailleerde waarmee hij/zij in gemeenschap van goederen leeft. Daarbij moet de gefailleerde volledige inzage geven in de boekhouding en andere gegevensdragers.

Gaat de nieuwe wet helpen en mogelijke consequenties

Het wetboek van strafrecht kent nu al het delict 'bedrieglijke bankbreuk' (art 341 Sr) op grond waarvan fraudeurs kunnen worden aangepakt. Ook nu heeft dus de curator al de mogelijkheid aangifte te doen van faillissementsfraude. Is een curator hiervan overtuigd³ dan zal hij of zij aangifte doen.

Vraag is derhalve wat de nieuwe wet beoogt of inhoudelijk toevoegt. Blijkbaar hebben de curatoren een aansporing nodig want volgens de MvT beoogt het wetsvoorstel namelijk dat door het scheppen van een wettelijk kader de lacune wordt gedicht en dat de curator met zijn wetenschap 'ook daadwerkelijk iets doet'. Blijkbaar hebben curatoren - in de ogen van de wetgever- te veel laten liggen en heeft de wet hoofdzakelijk tot doel de curator te dwingen onderzoek te doen.

Uitgangspunt is en blijft – en dat wordt door het wetsvoorstel ook als zodanig erkend – dat de curatoren taak is de behartiging van de belangen van de crediteuren. De curator krijgt dus als aanvullende taak 'onregelmatigheden' te signaleren. Afgezien van de vraag of de curator hiervoor is opgeleid stelt de MvT dat dit constateren 'een relatief eenvoudige handeling is'⁴. Hiermee wordt de taak van de curator overigens weer gebagatelliseerd⁵.

¹ de kerntaak van de curator blijft ongewijzigd: het vereffenen van de failliete boedel te behoeve van de gezamenlijke schuldeisers

² hierna alleen nog de mannelijke variant te gebruiken

³ dit is een subjectieve norm. Helaas biedt ook het wetsvoorstel geen objectievere norm.

⁴ MvT-pagina 13 onder B

⁵ De vraag rijst of curatoren deze wet wel zouden moeten omarmen: uitbreiding van verplichtingen waar blijkbaar nauwelijks tijd voor gegeven wordt..

De huidige strafrechtelijke regeling gaat daarbij al behoorlijk ver⁶ en bevat een aantal open normen⁷. In de praktijk blijkt dat deze open normen zorgen voor onduidelijkheden en met name onzekerheden. In de hectiek die vooraf gaat aan een faillissement worden soms transacties verricht die niet tot doel hebben te malverseren maar die – bewust of onbewust – toch vallen onder het begrip faillissementsfraude. Soms worden, bijvoorbeeld onder druk van een wederpartij, selectieve betalingen gedaan; worden activa verkocht, worden aandelen verhangen⁸ en vinden verrekeningen plaats etc. etc.⁹.

Het ministerie stelt dat er in een kwart van de faillissementsgevallen sprake zou zijn van fraude en dat het bedrag aan schade hierdoor ongeveer 700 miljoen euro¹⁰ zou bedragen, dit ondanks de wetgeving die dus al bestaat. Het CBS geeft deze cijfers tot een decimaal achter de komma. Als deze cijfers zo exact bekend zijn waarom leidt dit dan niet tot vervolging (en veroordeling) op basis van de huidige wet? Spraakmakende zaken verschijnen in het nieuws, lichtere gevallen van fraude komen niet of nauwelijks voor de rechter en daarbij blijkt dat in veel gevallen waarin het Openbaar Ministerie onderzoek verricht geen sprake is van (bewijsbare) fraude. Tenslotte merkt de Raad van de Rechtspraak op dat het openbaar Ministerie vervolging van faillissementsfraude een lage prioriteit heeft¹¹. Wat gaat de nieuwe wet hieraan veranderen?

Er bestaat overigens wel de angst dat, nu de curator zich dient te vergewissen van mogelijke fraude, hij wellicht geneigd is te lichtzinnig te oordelen dat dit het geval is. De curator heeft dan zich van zijn taak gekweten. Of dit uiteindelijk leidt tot een strafrechtelijke veroordeling is dan voor de curator niet meer van belang. Ook mag het doen van aangifte geen 'chantagemiddel' worden¹². Directeuren van gefailleerde ondernemingen die te maken hebben gehad met onderzoek door de FIOD zijn feitelijk al veroordeeld voordat het onderzoek is afgerond. In dit verband is het goed dat nader onderzoek wordt gedaan in hoeverre aangiften daadwerkelijk hebben geleid tot een strafrechtelijke veroordeling.

⁶ denk aan 87 en 105 Fw

⁷ Verwezen wordt naar bijvoorbeeld art 341 a lid 2: "enig goed hetzij om niet, hetzij klaarblijkelijk beneden de waarde heeft vervreemd" en lid 3 ".....een van zijn schuldeisers op enige wijze bevoordeeld heeft of bevoordeelt"

⁸ al dan niet op grond van een pre-pack....

⁹ Er wordt wel eens gesteld dat in (vrijwel) elk faillissement strikt genomen gevallen zich hebben voorgedaan die kunnen vallen onder de werking van de terminologie van 'bedrieglijke bankbreuk'. Terecht dat deze gevallen niet alle leiden tot het doen van aangifte (soms wordt er wel mee gedreigd...)

¹⁰ Zie bericht van het CBS van 19 oktober 2011. Opvallend is dat het CBS in percentages met een getal achter de komma blijkbaar weet aan te geven of er sprake is van 'strafbare benadeling'. In 2010 zou het gaan om 11,8% van waarschijnlijk strafbaar handelen en een gelijk percentage van 11,8% van zekere fraude. Het jaar daarvoor waren beide getallen (precies) 11,1%.

¹¹ Zie advies Raad van de Rechtspraak 17 oktober 2013.

¹² Er zijn gevallen bekend dat curatoren onder druk van het doen van aangifte een gefailleerde bewegen een bijdrage te doen aan de boedel, bijvoorbeeld op grond van art 42 of 47Fw.

Waar verder kritiek op gegeven moet worden is dat dit wetsvoorstel inhoudt dat een gefailleerde verplicht moet meewerken aan het aan de curator openbaar maken van zijn handelen. Zolang hij niets te verbergen heeft kan hem dit geen kwaad. Als hij echter gefraudeerd heeft zal hij dus medewerking moeten geven aan zijn eigen incriminatie. Hoewel de Hoge Raad stelt dat verplicht geven van inlichtingen niet strijdig (hoeft) te zijn met het principe dat een (potentiële) verdacht niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling en ook het gijzelen op verzoek van de curator niet strijdig is met dit principe is hier toch sprake van een hellend vlak.

Wat is namelijk het belang van een gefailleerde die gefraudeerd heeft om vrijwillig zijn handelen te openbaren? Feitelijk betekent de voorgestelde regeling dus dat gefailleerden die te goede trouw zijn alle informatie geven – en hiermee wellicht onbewust meewerken aan hun eigen veroordeling - en gefailleerden die weten dat zij gefraudeerd ('beroepsfraudeurs') geen enkele reden zien (vrijwillig) hun handelen te openbaren. Het is derhalve de vraag of de wet niet slechts als effect heeft dat de 'goeden' gaan lijden onder de 'slechten'?

Bedacht moet verder worden dat de plicht tot het geven van informatie veelal zal worden afgewenteld op accountants en adviseurs. De gefailleerde zal richting de curator aangeven dat zijn administratie in handen is van zijn accountant. In hoeverre worden accountants en adviseurs van de gefailleerde verplicht medewerking te geven aan het informatieverzoek en zo ja, betekent dit niet dat zij bij gebrek aan baten in de failliete boedel geacht worden om de kosten van medewerking voor eigen rekening te nemen?

'Strafrecht' in handen van de curator; wenselijk?

Een ander punt van kritiek betreft het feit dat het strafrecht de verdachte (wettelijke) bescherming biedt (o.a. het zwijgrecht, toewijzing van een advocaat, etc.); het faillissementsrecht biedt hem dat niet. Een gefailleerde heeft geen verweer tegen zijn curator anders dan door een duurbetaalde advocaat in de arm te nemen. Bovendien is het onduidelijk bij wie de gefailleerde zijn beklag moet doen. Nog steeds heeft de advocatuur geen externe toezichthouder; dus verder dan een beroep bij de rechter-commissaris¹³ of Insolad komt een gefailleerde niet. De gang naar de rechter biedt meestal ook geen soelaas; de rechter zal immers terughoudend oordelen zeker omdat zij de curator een bepaalde vrijheid gunt¹⁴ en de wet zulke open toetsnormen heeft.

Daar komt bij dat de 'beoogd¹⁵ verdachte' niet zal worden geïnformeerd dat hij/zij wordt verdacht wordt van fraude. Zoals uit de MvT blijkt is de melding niet openbaar – hetgeen inderdaad de privacy van de gefailleerde moet beschermen – maar waarschijnlijk ook inhoudt dat de gefailleerde niet bekend wordt gemaakt met de verdenking. De wet moet op dit punt in ieder geval ook aangepast worden in die

¹³ Rechter Commissarissen hebben nauwelijks tijd voor het houden van toezicht. Hoe vinden zij tijd om te beoordelen of op grond van het nieuwe art 68 lid 2 Fw aangifte wenselijk is.

¹⁴ HR 19 april 1996.

¹⁵ 'beoogd' naar analogie van het wetsvoorstel inzake de pre pack (WCO): 'beoogd curator'

zin dat de curator die een verdenking heeft aan de gefailleerde de mogelijkheid moet bieden tekst en uitleg te geven alvorens de curator de Rechter Commissaris inlicht. Dit alles op basis van het basis principe van hoor- en wederhoor. Pas als de uitleg onwaarschijnlijk of ongeloofwaardig is zal de curator zich melden bij de Rechter Commissaris waarbij deze ook direct inzicht krijgt in het verweer.

Daarbij is het niet zo -hoewel de beroepsgroep anders wil doen geloven - dat er een machtsevenwicht tussen curator en gefailleerde bestaat. Zeker met de uitbreiding van de bevoegdheden van de curator is dit minder en minder het geval.

Toezicht en Toetsing?

Het huidige wetsvoorstel geeft extra bevoegdheden¹⁶ aan de curator. De wet heet immers niet voor niets 'Wet versterking positie curator'. Waar echter het strafrecht de verdachte – als gezegd - elementaire bescherming biedt tegen het overheidsoptreden; het civiele recht het mogelijk maakt geleden schade te verhalen, biedt dit wetsvoorstel geen bescherming voor de gefailleerde noch kan hij waarschijnlijk aanspraak maken op schadevergoeding¹⁷ in geval blijkt dat een curator een onjuiste inschatting heeft gemaakt, onvoldoende voortvarend handelt of de kwestie eindeloos laat voort slepen. Gesteld kan dan ook worden dat indien aan een bepaalde partij ruimere bevoegdheden worden gegeven er ook sprake moet zijn van een onafhankelijke toetsing van deze bevoegdheden. Het toezicht is onvoldoende geregeld en is in de praktijk te weinig onafhankelijk.

Uitbreiding van bevoegdheden dient derhalve samen te gaan met het instellen van een onafhankelijk toezichthouder die de belangen (zodanig achteraf) tussen beide partijen weegt en beoordeelt¹⁸. Hierin schuilt dan ook een principieel bezwaar tegen deze wet: de gebrekkige verantwoording. In de (MKB-)praktijk worden heden te dagen al veel kritiek geuit op de werkwijzen van de curatoren. Kritiek die per jaar groeit. Zowel gefailleerden als crediteuren uiten veel kritiek op met name de lange doorlooptijden, de gebrekkige informatie die de curator geeft en de magere verantwoording¹⁹. De faillissementsverslagen – die op zich al moeilijk te vinden zijn – bevatten daarbij meestal weinig inhoudelijke informatie, laat staan verantwoording.

Gevreesd wordt dat met uitbreiding van de bevoegdheden van de curator zonder deugdelijke toetsing en verantwoording (zodanig achteraf) de positie van de curator weliswaar op korte termijn wordt versterkt doch dat op de (middel)lange termijn de positie van de curator alleen maar wordt ondermijnd.

¹⁶ maar ook verplichtingen: de curator dient terzake onderzoek te doen.

¹⁷ De zogenaamde Maclou norm (HR 16/12/2011) geeft de curator veel vrijheid en geeft hem een grote bescherming tegen aansprakelijkheid.

¹⁸ Overigens dient bij voorkeur het systeem van de faillissementsafwikkeling uit handen genomen moeten worden van private partijen, zie hiervoor de voorlaatste paragraaf.

¹⁹ Bij grotere faillissementen – zoals recent die van de OAD reorganisatie – blijkt dat mede door de media een grotere transparantie wordt bereikt en openlijk kritiek op het handelen van de curator wordt gegeven hetgeen goed is voor de transparantie van de afwikkeling van een faillissement. Helaas blijkt ook dat curatoren met deze transparantie niet goed raad weten.

Past het huidige model van faillissementsafwikkeling nog wel?

Al vaker en langer wordt gesproken over het huidige systeem waarop faillissement door curatoren wordt afgewikkeld. Terecht ondervindt dit systeem op verschillende gronden kritiek. Nu de curator ook een soort opsporingstaak erbij krijgt wordt de grens van de houdbaarheid van ons systeem overschreden en zal de wijze waarop faillissementen worden afgewikkeld anders moeten worden georganiseerd. Deze taakuitbreiding gecombineerd met de gebrekkige verantwoording die curatoren af leggen ook weer gecombineerd met het magere toezicht en de wijze van beloning van de curator zal uiteindelijk het huidige systeem doen falen.

Daar komt bij dat de advocaat/curatoren (veelal) een dubbele rol vervult. Als advocaat adviseert hij de ondernemers waarbij hij soms adviseert 'op de scherpte van de snede' maar vervolgens aan de andere kant neemt hij hen als curator de maat. Uiteraard zal de adviserende advocaat niet in persoon de dezelfde zijn als de curator maar het is voor een individuele ondernemer en in het maatschappelijk verkeer onbegrijpelijk dat het advies van een advocaat door een collega-advocaat-curator wordt beoordeeld.

Conclusie

Zowel materieel als formeel inhoudelijk kan op onderhavig wetsvoorstel veel kritiek worden gegeven. Hoewel fraude en dus ook faillissementsfraude moet worden bestreden is het een onjuiste weg om aan de curator uitbreiding van bevoegdheden te geven. Het Nederlandse systeem waarbij curatoren worden benoemd uit (gespecialiseerde) advocaten is sowieso achterhaald, weinig transparant en zonder afdoende onafhankelijke toetsing.

Het wordt tijd – zeker indien fraudeopsporing tot de taken gaat horen - voor het instellen van curatoren in overheidsdienst. Fraudeopsporing in handen van curatoren geven is een onjuiste weg.

Commissie Insolventierecht
van de Nederlandse Orde van Advocaten

Advies inzake het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator
hierna: het Voorstel

1. Inleiding

De Commissie Insolventierecht (de "Commissie") heeft kennis genomen van het voorstel dat op 24 februari 2014 door de Minister van Justitie is gepubliceerd. Zij maakt graag gebruik van de mogelijkheid om in het kader van de consultatieronde te reageren op het Voorstel.

De Commissie is het op zich van harte eens met de Minister dat de medewerkings- en informatieverplichtingen van de gefailleerde en de (oud-)bestuurders jegens de curator moet worden versterkt en vindt het derhalve een goede zaak dat de informatieverplichtingen thans in expliciete wetsbepalingen worden gecodificeerd.

In het hierna volgende zal een aantal algemene opmerkingen over het wetsvoorstel worden gemaakt en voorts zullen enige kanttekeningen bij een paar wetsartikelen worden geplaatst.

2. Algemene kanttekeningen bij het voorstel

Het "nemo tenetur-beginsel"

Zoals ook al door de Commissie is opgemerkt in haar advies inzake het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de mogelijke invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod d.d. 30 mei 2013 onder punt vier, vreest de Commissie dat de thans aangescherpte informatieplicht (art. 105) op gespannen voet kan komen te staan met het *nemo tenetur*-beginsel. Korthedshalve wordt in dit kader naar het hiervoor genoemde deel van het advies van 30 mei 2013 verwezen.

De vicieuze cirkel, geschetst in voornoemd advies, wordt (uiteeraard) middels dit voorstel niet doorbroken. De Minister verwijst in de toelichting weliswaar naar een in dit kader relevante uitspraak van de Hoge Raad d.d. 24 januari 2014 (zaaknr. 13/02780) doch onderkent het gevaar van deze vicieuze cirkelproblematiek naar de mening van de Commissie onvoldoende.

De Commissie vreest dat de praktijk waarschijnlijk zal leren dat de gefailleerde of een (ex-)bestuurder zich snel op dit beginsel zal beroepen en dat dus de effectiviteit van de thans voorgestelde wetswijziging evenals de wetswijziging besproken in het hiervoor genoemde advies van 30 mei 2013 alleen al daardoor onder druk komt te staan.

De Commissie verzoekt de Minister zich in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel meer expliciet uit te laten over de gevolgen van het *nemo tenetur*-beginsel voor de thans in te voeren verscherpte informatieverplichtingen.

De taken van de curator en de daaraan verbonden tijds- en kostenaspecten

Invoering van de onderhavige wetsvoorstel heeft tot gevolg dat de curator een extra verplichting krijgt, te weten het doen van melding en/of aangifte tegen de gefailleerde of de (oud-)bestuurder (art. 71). Ook thans staat dit middel –echter dan als recht– de curator ter beschikking. Normaal gesproken zal de curator van dit middel echter alleen dan gebruikmaken –als hoofdregel– indien redelijkerwijs te verwachten is dat daardoor de belangen van de schuldeisers worden behartigd, lees: er een reële kans bestaat dat het boedelactief kan worden vergroot. De verplichting voor de curator tot het doen

van nader fraudeonderzoek en het eventueel melden van faillissementsfraude bij de bevoegde instanties zou naar het oordeel van de Commissie alleen dan meer effectiviteit gaan opleveren dan thans het geval is indien tegelijkertijd politie en justitie meer werk weten te maken van onderzoek en vervolging van faillissementsfraude. De ervaringen van curatoren met (de gevolgen van) het doen van aangifte van faillissementsfraude zijn gemiddeld genomen bepaald teleurstellend te noemen. De Commissie vreest dat wanneer de aanpak van faillissementsfraude vanuit politie en justitie niet (veel) effectiever zal plaatsvinden dan thans het geval is, de invoering van (onder meer) de onderhavige wetswijziging veelal in 'fraude'-faillissementen niet meer zal zijn dan symboolpolitiek.

In dit kader valt ook op dat blijkens de toelichting de minister zeer terughoudend is en blijft met het toekennen van geldelijke vergoedingen voor de –extra– werkzaamheden die thans in het kader van het invoeren van dit wetsvoorstel in de toekomst van de curator zullen worden verlangd.

Zoals ook al door de Commissie is opgemerkt in het advies van 30 mei 2013 onder punt 5, acht de Commissie het voor de effectiviteit van de bestrijding van faillissementsfraude van groot belang dat de Minister, bijvoorbeeld door het uitbreiden van de Garantstellingsregeling Curatoren, de extra werkzaamheden die in dit kader op de curator afkomen op de een of andere wijze worden vergoed.

3. Artikelsgewijs commentaar

De belangrijkste kanttekeningen op het voorstel zijn hiervoor reeds vermeld (de artikelen 71 en 105). In het hierna volgende volgt nog een tweetal opmerkingen over artikelen 105b en 106 lid 1.

Artikel 105 lid b: In de wettekst is niet geregeld of de derde aanspraak kan maken op enigerlei kostenvergoeding, terwijl in de toelichting (pagina 11, eerste alinea) wordt opgemerkt dat zij daarvoor van de curator een redelijke vergoeding mogen vragen. Een tweetal vragen rijst hier: Wat komt er van de praktische werking van dit artikel terecht indien de boedel geen baten bevat? Kan deze informatieverplichting door de curator ook worden afgedwongen indien geen vergoeding kan worden betaald?

Indien de boedel wel baten bevat, dient te worden verduidelijkt welke rangorde de onderhavige vergoedingsplicht heeft. Is er sprake van een concurrente boedelschuld of dient deze verplichting als superpreferente boedelschuld te worden aangemerkt?

Artikel 106 lid 1: Blijkens de tekst worden de artikelen 87 tot en met 92 van de Faillissementswet thans ook van toepassing op commissarissen. Dat zou naar de mening van de Commissie een ingrijpende verandering van het huidige systeem zijn. Blijkens de toelichting echter is het niet de bedoeling en gaat het slechts om de verplichtingen ex art. 105 (pagina 19, bovenaan, van de toelichting). Aannemende dat de commissie op dit punt de wettekst goed interpreteert, zou dat ook in de tekst dienen te worden verduidelijkt.



Ministerie van Veiligheid en Justitie
De heer mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum 28 mei 2014

Betreft: Reactie NVB consultatie voorontwerp Wet versterking
positie curator

Geachte heer Opstelten,

De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) maakt graag gebruik van de door u geboden mogelijkheid te reageren op het voorontwerp Wet versterking positie curator.

Bijgaand ontvangt u onze reactie. De reactie betreft de volgende drie punten.

- I. *Versterking feitelijke aanpak faillissementsfraude*
De NVB benadrukt het belang van versterking van de feitelijke aanpak van faillissementsfraude. Hiervoor is het van belang dat er ook daadwerkelijk middelen en mensen beschikbaar komen bij de opsporingsinstanties.
- II. *Financiering werkzaamheden curator*
De financiering van de werkzaamheden van de curator zal bij of krachtens AMvB worden geregeld. Opsporing en bestrijding van fraude is primair een overheidstaak die uit de algemene middelen moet worden gefinancierd. Derhalve is hiervoor geen rol voor de banken weggelegd.
- III. *Privacy aspecten*
Het voorstel voor artikel 105b Fw maakt het voor de curator mogelijk informatie op te vragen bij derden, zoals bij banken. Dit betekent een extra verzwaring van de administratieve lasten voor banken, terwijl het onzeker is of de kosten daarvan wel vergoed kunnen worden. De NVB is van mening dat de voorgestelde regeling er niet toe mag leiden dat derden gehouden zijn om meer informatie te verstrekken dan op grond van artikel 35 Wbp mogelijk zou zijn.

Uiteraard zijn wij bereid om onze reactie in een gesprek nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

Chris Buijink
Voorzitter



Reactie Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) op consultatie voorontwerp Wet versterking positie curator

I. Versterking feitelijke aanpak faillissementsfraude

Alvorens inhoudelijk te reageren, benadrukt de NVB het belang van versterking van de feitelijke aanpak van faillissementsfraude voor het slagen van het wetsvoorstel versterking positie curator. De NVB sluit zich in dit verband aan bij het advies over de herziening van de strafbaarstelling van faillissementsfraude van de Raad voor de rechtspraak van 17 oktober 2013. De Raad merkte in zijn advies op dat: *“voor een daadwerkelijke versterking van de aanpak van deze fraude niet kan worden volstaan met alleen een herziening van het juridische kader maar ook de feitelijke aanpak van faillissementsfraude dient te worden versterkt. Verhoging van de prioriteit die aan de opsporing en de vervolging van faillissementsfraude wordt toegerekend is daarom minstens zo belangrijk als, zo niet belangrijker dan herziening van het juridische kader. [...] Lokale initiatieven in de praktijk [...] laten bovendien zien dat het ook binnen de huidige regelgeving mogelijk is om zaken succesvol te vervolgen.”*

De meeste gevallen van faillissementsfraude onttrekken zich aan het zicht van de banken omdat de banken er niet financieel bij betrokken zijn. De betreffende onderneming heeft vaak alleen een bankrekening zonder financiering en derhalve dus ook zonder dat bancaire zekerheid is gevestigd. Benadeelde partijen bij faillissementsfraude zijn veelal niet de banken, maar de werknemers, de leveranciers, de Belastingdienst, het UWV en de pensioenfondsen.

Door verdere versterking in de afgelopen jaren van het integriteitsbeleid en Customer Due Diligence (CDD) wordt door banken misbruik of benadeling door fraude zoveel mogelijk voorkomen.

Onttrekking aan pandrecht

Bij faillissementsfraude gaat het voor de banken vooral om onttrekking van goederen aan het pandrecht van de bank. Artikel 348 Wetboek van Strafrecht (Sr) stelt deze onttrekking strafbaar. De ervaring van banken is dat FIOD en Openbaar Ministerie weinig aandacht (kunnen) besteden aan overtreding van dit artikel 348 Sr. Als een dergelijke fraude wordt geconstateerd, doen banken daar in de regel aangifte van. Als de betrokken onderneming vervolgens failliet gaat, is er veelal (ook) sprake van faillissementsfraude. Hoewel op basis van de aangifte van overtreding van artikel 348 Sr relatief eenvoudig(er) kan worden overgegaan tot vervolging van fraudeurs - zonder dat bijvoorbeeld aangifte door de curator afgewacht hoeft te worden of diepgravend onderzoek hoeft te worden gedaan - hebben deze aangiftes lage prioriteit bij FIOD en Openbaar Ministerie.

De oorzaak hiervan lijkt onder meer gelegen in de 'Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude' (2009A001) van het College van procureurs-generaal. In deze aanwijzing wordt van Titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht (*Benadeling van schuldeisers of rechthebbenden*) namelijk artikel 348 Sr buiten beschouwing gelaten. Het praktische gevolg hiervan is dat aangiften van banken ex artikel 348 Sr veelal weinig prioriteit krijgen als de curator geen aangifte doet ex artikel 340 - 345 Sr, terwijl het binnen de huidige regelgeving goed mogelijk is deze zaken succesvol te vervolgen. Het verdient daarom naar de mening van de NVB aanbeveling bedoelde aanwijzing te verruimen tot de gehele Titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht.

In de praktijk constateert de NVB - zie het eerder aangehaalde advies van de Raad voor de rechtspraak - dat er bij de opsporingsinstanties beperkte capaciteit en middelen beschikbaar zijn om faillissementsfraudezaken in behandeling te nemen. De NVB gaat er dan ook vanuit dat er naast het wetgevingsprogramma ook extra 'earmarked' middelen en mensen beschikbaar komen voor de opsporingsinstanties en de Rechtspraak. Blijft een dergelijke uitbreiding van capaciteit uit, dan



voorziet de NVB dat de uitbreiding van de strafbaarstellingen per saldo geen of weinig effect zal sorteren.

II. Financiering werkzaamheden curator

Artikel 71 lid 3 Faillissementswet (Fw): financiering werkzaamheden curator

Het voorgestelde artikel 71 lid 3 Fw maakt het mogelijk bij AMvB nadere regels te stellen over de financiering van de werkzaamheden van de curator. De NVB gaat er vanuit dat deze nadere regels geen betrekking hebben op crediteuren, aangezien de opsporing en bestrijding van fraude en onregelmatigheden rond faillissementen een exclusieve overheidstaak is die uit de algemene middelen moet worden gefinancierd. De opsporing en de bestrijding van misdrijven is immers een kerntaak van de overheid. Voor zover deze nadere regels wel zien op crediteuren, ligt het voor de hand dat deze zich toespitsen op de preferente crediteuren. De crediteuren met een wettelijke preferentie (zoals de Ontvanger en het UWV) hebben in de praktijk het grootste belang bij een ordentelijke collectieve afwikkeling van het faillissement door de curator. De meeste preferente crediteuren zijn als 'repeat players' ook bij veel 'lege' faillissementen betrokken. Bovendien komen gelden - als er uitgekeerd wordt - veelal slechts toe aan de preferente crediteuren. Voor zover banken separatist zijn en dus buiten het faillissement staan, blijven zij buiten de collectieve afwikkeling door de curator. Het ligt daarom ook niet voor de hand dat banken meebetalen aan de financiering van de voorgestelde extra werkzaamheden van de curator.

Bij financiering van de werkzaamheden van de curator in lege boedels kan bijvoorbeeld gedacht worden aan:

- het verbinden van nadere voorwaarden aan de Garantstellingsregeling curatoren, bijvoorbeeld dat een garantiEVERGOEDING is verschuldigd als wordt voldaan aan bepaalde voorwaarden (schikking met curator wordt bereikt, (bodem)zaken of ander vermogen wordt achterhaald waarop de boedel zich kan verhalen, etc.);
- de vergoedingsregeling voor het doen van aangifte faillissementsfraude bij FIOD;
- het aanwenden van de gehele of gedeeltelijke opbrengst die uit schikkingen en door de ontneming van strafrechtelijk voordeel uit faillissementsfraude (PlukZe) wordt gerealiseerd door FIOD, politie en Openbaar Ministerie.

III. Privacy aspecten

Artikel 105b Faillissementswet (Fw): informatieplicht derden

In bijzondere gevallen kunnen derden worden verplicht informatie te verstrekken. Het voorgestelde artikel 105b Fw beperkt deze verplichting enkel voor zover de aard van de informatie of de aard van de rechtsverhouding zich daartegen verzet. De NVB begrijpt dat deze bepaling niet ziet op de informatie die personen op grond van artikel 35 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) kunnen opvragen. Artikel 35 Wbp gaat over persoonlijke rechten die daardoor niet aan de curator toekomen. De NVB ziet graag expliciet opgenomen in de Memorie van Toelichting dat gebruik van artikel 35 Wbp door de curator op grond van deze bepaling niet mogelijk is. De NVB gaat ervan uit dat de informatieplicht van derden uitgelegd dient te worden in overeenstemming met Europese en/of Nederlandse privacy wetgeving, zodat onder meer persoonsinformatie niet aan curatoren kan worden verstrekt.

Het huidige voorstel voor artikel 105b Fw lijkt het zonder noemenswaardige beperking mogelijk te maken informatie op te vragen bij derden, zoals banken, terwijl het onzeker is of de kosten daarvan wel vergoed kunnen worden. Voor banken zou een dergelijke praktijk een extra verzwaaring van de administratieve lasten betekenen. De NVB is van mening dat verzoeken van curatoren dienen te voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Voorkomen moet worden dat curatoren op



basis van deze bepaling standaard bij elk faillissement informatie bij derden opvragen. Naar de mening van de NVB zouden curatoren alleen die informatie moeten kunnen opvragen die zij echt nodig hebben en die niet op andere wijze beschikbaar is. Derhalve dient duidelijk te zijn dat de curator een rechtmatig belang en een geoorloofd doel moet hebben om de informatie op te vragen. Een rechtmatig belang is er bijvoorbeeld niet als aangenomen kan worden dat aanpak van faillissementsfraude ook mogelijk is zonder verschaffing van de gevraagde informatie (vgl. artikel 843a lid 4 Rv). Volgens de NVB zou evenmin mogelijk moeten kunnen zijn dat een curator op basis van dit artikel informatie opvraagt ten behoeve van een civiele procedure jegens de bank van de failliet. Daarvoor zouden ook voor de curator de algemene regels - zoals artikel 843a Rv - moeten blijven gelden. Het zou goed zijn in de Memorie van Toelichting meer te benadrukken wat het doel van dit artikel is en dat de bevoegdheden slechts op proportionele wijze kunnen worden toegepast als er geen andere mogelijkheden zijn.

De NVB is van mening dat de voorgestelde regeling er niet toe mag leiden dat derden gehouden zijn meer informatie te verstrekken dan onder artikel 35 Wbp mogelijk zou zijn richting gefailleerde. Dit geldt ook als de curator geen beroep op artikel 35 kan doen (zoals de NVB hierboven al in overweging gaf). In dit kader kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over artikel 843a Rv en - voor zover het informatie over natuurlijke personen betreft - artikel 35 Wbp (inzage). Privacywetgeving erkent dat niet alle informatie die banken over de klant onder zich hebben (zoals bijvoorbeeld interne stukken) onder het inzagerecht van de klant valt. Evenmin hoeft alle informatie te worden verstrekt indien er sprake is van gewichtige belangen van de bank. De NVB vindt het belangrijk dat deze aspecten van de privacywetgeving terugkomen bij het voorstel voor artikel 105 Fw.

Daarnaast ziet de NVB graag nadrukkelijk in de wet opgenomen dat de kosten met betrekking tot het voldoen aan de informatieplicht door derden (preferente) boedelkosten zijn. Bij verzoeken die niet aan de vereisten van proportionaliteit of subsidiariteit voldoen en verzoeken waarvan de kosten niet - met zekerheid - betaald kunnen worden, moet het mogelijk zijn dat de derde zich tot de rechter-commissaris kan wenden.

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
23 juni 2014

Onderwerp
Advies op het voorontwerp van de Wet versterking positie curator

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 24 februari 2014 heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) om advies gevraagd over het voorontwerp van de Wet versterking positie curator. Dit advies is voorbereid door de leden van de vereniging en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

Strekking wetsvoorstel

Het wetsvoorstel beoogt de fraudesignalerende taak van de curator te verankeren en de medewerkings- en informatieverplichtingen van de gefailleerde en (oud-)bestuurders jegens de curator te versterken en preciseren. Daartoe voorziet het wetsvoorstel in een aantal maatregelen, waaronder een wettelijke verplichting voor de curator om in faillissementen te bezien of sprake is van eventuele onrechtmatigheden.

Advies NVvR

De NVvR merkt in zijn algemeenheid op dat de voorgestelde aanpassingen al grotendeels mogelijk zijn op basis van de bestaande wetgeving. Daardoor kan de indruk ontstaan dat de aanpassingen een limitatieve opsomming vormen (en dat werkt dus beperkend uit) of de belangrijkste taken of bevoegdheden betreffen. Beide lijken een onwenselijk gevolg. De kern van de taak van de curator is immers, zoals ook in de memorie van toelichting wordt benadrukt, de vereffening van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren. De kerntaak van de curator richt zich derhalve in die zin met name op de belangen van de crediteuren bij het voldoen van hun vorderingen vanuit de boedel. Zoals ook in de memorie van toelichting is opgenomen (pagina 2), verricht de curator zijn taak vooral ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het streven voor hen een zo groot mogelijk boedelactief te genereren. Dit hoeft overigens niet in strijd te zijn met zijn overige taken: het betrekken van belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid en de continuïteit van de onderneming, en uiteraard ook eventuele onregelmatigheden signaleren. Dit laatste neemt

echter niet weg dat, zoals terecht ook in de memorie van toelichting is vermeld, het primaat bij een zodanige afwikkeling van het faillissement erin is gelegen dat alle daarbij betrokken belangen overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak worden behartigd. Bij de uitoefening van die taak heeft de curator vaak met uiteenlopende, soms tegenstrijdige, belangen te maken, en moet hij vaak snel beslissen. Daarom behoort de curator een zekere beleidsvrijheid toe te komen. Het wetsvoorstel beoogt de kerntaak van de curator onverlet te laten. Vanuit dat perspectief zal de curator in geval van een belangenconflict de belangen van de gezamenlijke crediteuren zwaarder dienen te laten wegen. Ook moet worden voorkomen dat in de praktijk op grond van de voorgestelde wetsbepalingen te zeer de nadruk komt te liggen op de poortwachtersfunctie c.q. de signaleringsfunctie van onregelmatigheden, soms zelfs ten koste van de gezamenlijke crediteuren. Daarom adviseert de NVvR de Minister om de genoemde kerntaak in het wetsvoorstel explicieter tot uitdrukking te brengen. Dit zou kunnen door in het voorgestelde tweede lid van artikel 68 van de Faillissementswet (hierna: Fw) een aanvulling op te nemen: "indien en voor zover dit in het belang van de gezamenlijke crediteuren is (...)", dan wel "indien en voor zover zulks niet in strijd met het belang van de gezamenlijke crediteuren is (...)".

In aansluiting op het voorgaande, en tevens met het oog op een meer duidelijke bepaling, adviseert de NVvR het derde lid van artikel 73a Fw aldus te formuleren: "De curator brengt een verslag uit, waarin in algemene zin wordt verantwoord hoe hij zich heeft gekweten van zijn taak als bedoeld in artikel 68 Fw". Voor het overige kan de voorgestelde bepaling komen te vervallen, aangezien een en ander reeds is opgenomen in het tweede lid van artikel 68 Fw.

Voorts kan in de visie van de NVvR het voorgestelde tweede lid van artikel 105 Fw komen te vervallen, nu het een uitwerking betreft van het eerste lid (laatste volzin), en vooral dus verwarring wekt. In het derde lid lijkt een woord in de laatste regel te missen, namelijk: 'voor zover het *faillissement* de gemeenschap betreft (...)', aangezien de zin anders niet helemaal begrijpelijk is. Hetzelfde geldt voor het laatste zinsdeel van artikel 105, eerste lid Fw. Het tweede lid is weer een invulling van het eerste lid en daarom overbodig.

Artikel 105a, tweede lid FW geeft aan dat de failliet desgevraagd en terstond "ongeschonden" de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers moet overdragen aan de curator. De NVvR meent dat "*volledig en ongeschonden*" een betere omschrijving zou vormen, en adviseert de Minister dan ook de voorgestelde bepaling in die zin aan te vullen. Hetzelfde geldt voor artikel 105b, tweede lid Fw, derde regel. Denkbaar is dat ook eventuele versleutelingscode(s) en dergelijke daaronder begrepen zouden moet(en) worden.

Namens het bestuur van de NVvR,
de Wetenschappelijke Commissie

M.E. de Meijer
voorzitter



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

De minister van Veiligheid en Justitie
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Afdeling Strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

T (088) 36 10000
F (088) 36 10022
www.rechtspraak.nl

datum 16 juni 2014

onderwerp Advies Wet versterking positie curator

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 24 februari 2014, kenmerk 487299, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de "Raad") advies uit te brengen inzake de Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (het "Wetsvoorstel").

Het Wetsvoorstel voorziet in een wettelijke verankering van de fraudesignalerende taak van de curator alsmede in een versterking en precisering van de medewerkings- en informatieverplichtingen van de gefailleerde en (oud-)bestuurders jegens de curator. De bedoeling is om de curator meer dan voorheen te betrekken bij de bestrijding van faillissementsfraude.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 16 juni 2014

pagina 2 van 7

Advies

In het navolgende zal nader worden ingegaan op de voorgestelde wettelijke verplichting van de curator om in faillissementen eventuele onregelmatigheden te melden aan de rechter-commissaris, die een melding bij de bij de bestrijding van fraude betrokken instanties of aangifte kan gelasten (1), de aansluiting met het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod (2), de informatie- en medewerkingsplicht van failliet en derden jegens de curator (3), de toetsing door de rechter-commissaris of van de gefailleerde in redelijkheid niet kan worden verlangd alle medewerking aan het beheer en de vereffening van de boedel te verlenen (4) en de uitbreiding van de informatie- en medewerkingsplicht tot eenieder die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder was (5). Tot slot wordt ingegaan op de werklastgevolgen van het Wetsvoorstel voor de Rechtspraak.

1. De wettelijke verplichting van de curator om in faillissementen eventuele onregelmatigheden te melden aan de rechter-commissaris, die een melding bij de bij de bestrijding van fraude betrokken instanties of aangifte kan gelasten (artikel 68 lid 2 Fw-nieuw)

1.1 Curator zou het initiatief moeten behouden bij aangifte

Ingevolge het voorgestelde artikel 68 lid 2 Fw wordt het niet de curator die beslist of er melding of aangifte wordt gedaan, maar de rechter-commissaris. De vraag rijst hoe dit zich verhoudt tot de vrijheid die een ieder (behoudens uitzonderingen) heeft om al dan niet aangifte te doen.

De curator is bij uitstek de persoon die het beste kan beoordelen wanneer een melding het belang van de boedel en de gezamenlijke schuldeisers dient. Hij kan zich ook voegen in het strafproces ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het is bovendien reeds staande praktijk dat de curator de rechter-commissaris van zijn bevindingen op de hoogte stelt en in dat kader de wenselijkheid van aangifte met de rechter-commissaris bespreekt.

Anders dan nu in het Wetsvoorstel is opgenomen, zou naar het oordeel van de Raad de curator het initiatief moeten behouden bij de aangifte. De Raad beveelt aan om het Wetsvoorstel in deze zin aan te passen.

1.2 Vertroebeling van de grens tussen civielrecht en strafrecht

Het voorgestelde artikel 68 lid 2 Fw vertroebelt bovendien de grens tussen civielrecht en strafrecht. De informatiegaring door de curator dient immers primair ter afwikkeling van het faillissement en om de curator in staat te stellen eventueel civiel actie te ondernemen tegen de gefailleerde. Het Wetsvoorstel voegt aan die informatiegaring een strafrechtelijke component toe, zonder dat het voorziet in de problematiek van het nemo teneturbeginsel die het daarmee in het faillissementsrecht introduceert. Zeker nu de curator in dit Wetsvoorstel een wettelijke taak tot fraudebestrijding krijgt, zal de vraag zijn of de informatie die wordt verkregen van gefailleerde en die deze verplicht is aan de curator te verstrekken in het kader van de afwikkeling van het faillissement, niet zal worden gebruikt ten behoeve van een eventuele strafzaak. De Hoge Raad heeft immers bij arrest van 24 januari 2014² bepaald dat de inlichtingen die de curator van de gefailleerde verkrijgt, alleen mogen worden gebruikt ten behoeve van

² HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 16 juni 2014

pagina 3 van 7

de afwikkeling van het faillissement.³

Gelet op het voorgaande adviseert de Raad in het Wetsvoorstel op te nemen dat de informatie die door de curator wordt vergaard alleen ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement mag worden gebruikt. Dit schept duidelijkheid en voorkomt wellicht dat gefailleerde wegens niet nakomen van de inlichtingenplicht in bewaring ex artikel 87 Fw moet worden gesteld.

1.3 Appel?

De Raad vraagt zich af of de wetgever heeft bedoeld dat tegen de beslissing van de rechter-commissaris ex artikel 67 Fw appel open staat. Dat zou een verzwarende van de taken inhouden.

De Raad vraagt op dit punt om verduidelijking.

1.4 Effectiviteit

Tot slot merkt de Raad op dat, hoewel het doen van melding bij het fraudemeldpunt (als opmaat naar aangifte) geen aanzienlijke extra tijdsbelasting voor de curator meebrengt, het toebedelen van deze taak aan de curator alleen dan zinvol is, indien ook vanuit het Openbaar Ministerie/politie hogere prioriteit wordt gegeven aan de opvolging van deze meldingen.

2. Betere aansluiting met het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod is wenselijk

Gelet op de inhoudelijke verwevenheid, is aansluiting van het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod⁴ en het onderhavige wetsvoorstel naar het oordeel van de Raad logisch en wenselijk. Een duidelijke aansluiting van het voorliggende wetsvoorstel en het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod wordt echter gemist.

Denkbaar is dat deze aansluiting bijvoorbeeld op de volgende wijze tot uitdrukking wordt gebracht: als de curator ex het voorgestelde artikel 68 lid 2 Fw aangifte doet, is het Openbaar Ministerie verplicht te toetsten of de betreffende bestuurder "kwalificeert" voor toepassing van het civielrechtelijk bestuursverbod. Het Openbaar Ministerie stelt de curator en de rechter-commissaris van zijn beredeneerde conclusie op de hoogte. Kwalificeert de bestuurder, dan zal het Openbaar Ministerie in beginsel het bestuursverbod vorderen.

³ De Hoge Raad lijkt met genoemd arrest de informatiegaring door de curator ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement nog voorop te stellen: de (bestuurder van) failliet dient alle inlichtingen te geven en in een eventueel volgend strafproces dient te worden beoordeeld welke informatie wel of niet mag worden gebruikt in het kader van dat proces. De vraag rijst of de Hoge Raad, indien dit wetsvoorstel wet wordt, die vooropstelling wil of kan handhaven.

⁴ Over het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod heeft de Raad op 2 juli 2013 (2013/24) advies uitgebracht. Zie voor dat advies <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Wetgevingsadviezen2013/2013-24-Advies-voorontwerp-wetsvoorstel-civilrechtelijk-bestuursverbod.pdf>



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 16 juni 2014

pagina 4 van 7

De hier geopperde aansluiting zou de vragen die de wetsvoorstellen oproepen omtrent de financiering van de (extra) werkzaamheden die beide wetsvoorstellen van de curator verlangen grotendeels op kunnen lossen, omdat het Openbaar Ministerie na een aangifte de werkzaamheden ten aanzien van het bestuursverbod van de curator (en de rechter-commissaris) overneemt. Ook de vraag of het vorderen van een bestuursverbod wel in het belang van de door de curator af te wikkelen boedel is, zou hiermee kunnen worden ondervangen: het bestuursverbod dient immers, zoals het Openbaar Ministerie, het openbaar belang.

Zonder een wettelijke aansluiting van deze wetsvoorstellen dreigt bovendien een stapeling van acties en procedures te ontstaan: het Openbaar Ministerie kan vervolging instellen tegen de bestuurder na aangifte door de curator, terwijl de curator zelfstandig het civielrechtelijk bestuursverbod aanvraagt en de bestuurder voorts civielrechtelijk aanspreekt. Of een dergelijke stapeling een doelmatig beheer en de afwikkeling van de boedel ten goede komt, waagt de Raad te betwijfelen.

3. De algemene informatie- en medewerkingsplicht van failliet en derden jegens de curator (artikelen 105 t/m 105b Fw-nieuw)

Ten aanzien van de voorgestelde algemene informatie- en medewerkingsplicht van failliet en derden jegens de curator in artikelen 105 t/m 105b Fw-nieuw merkt de Raad op dat dit voor een belangrijk deel codificatie van reeds bestaande rechtspraak betreft. In zoverre voegen deze artikelen inhoudelijk weinig toe aan de bestaande faillissements- en schuldsaneringspraktijk. In het kader van de kenbaarheid van deze verplichtingen voor derden is het echter goed dat de bestaande rechtspraak wordt gecodificeerd.

4. Toetsing door rechter-commissaris of van de gefailleerde in redelijkheid niet kan worden verlangd alle medewerking aan het beheer en de vereffening van de boedel te verlenen (artikel 105a, lid 1, Fw-nieuw)

De Raad vraagt aandacht voor de bepaling in het Wetsvoorstel zoals opgenomen in artikel 105a, eerste lid, Fw waarin de rechter-commissaris toetst of bepaalde vragen door de curator mogen worden gesteld. Het gaat hier niet om een toetsing van het nemo teneturbeginsel, maar om vragen die een inbreuk van de persoonlijke levenssfeer betreffen. Dit kan tot een aanzienlijke verzwaring van de taken van de rechter-commissaris leiden, die dan toch steeds een verhoor zal moeten gelasten om de bedoelde toetsing mogelijk te maken (zie ook verder onder "Werklast").

Tevens wijst de Raad erop dat artikel 105a lid 1 Fw-nieuw weleens als middel zou kunnen worden gebruikt voor gefailleerden die niet willen meewerken met de curator en zo de afwikkeling van het faillissement kunnen vertragen.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 16 juni 2014

pagina 5 van 7

5. Uitbreiding informatie- en medewerkingsplicht tot eenieder die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder was (artikelen 106 en 117 Fw-nieuw)

De voorgestelde artikelen 106 en 117 Fw acht de Raad een welkome aanvulling op de Faillissementswet: zij ontnemen malafide bestuurders/ondernemers de mogelijkheid om zich te verschuilen achter formele bestuurswisselingen of andere formele “changes of control” in de jaren direct voorafgaande aan het faillissement. De praktijk zou met de invoering van deze twee artikelen zeer zijn gediend.

Werklast

Aantal faillissementen met onregelmatigheden

Het aantal afgehandelde faillissementen bedroeg over de periode 2006 t/m 2013 gemiddeld circa 9.500 per jaar (waarvan circa 60% rechtspersonen, dat is circa 5.700 per jaar).

Onderzoeken uit 1982, 1992 en 2004 toonden aan dat in circa één kwart tot één derde van alle faillissementen sprake is van faillissementsfraude⁵, aldus Tineke Hilverda, hoogleraar Faillissementsfraude aan de Radboud Universiteit Nijmegen.⁶

Uit het onderzoek van Knegt e.a. bleek bijvoorbeeld dat van de gefailleerde rechtspersonen:

- bij 26% sprake was van tekortkomingen in de administratie;
- bij 19% sprake was van onbehoorlijk bestuur.

In 2010 was volgens het CBS bij 23,5% van de beëindigde faillissementen van bedrijven en instellingen (rechtspersonen en eenmanszaken) waarschijnlijk sprake van strafbare benadeling.⁷

Op basis van deze gegevens trekt de Raad de conclusie dat bij één vijfde tot één derde van de faillissementen er informatie over onregelmatigheden boven tafel zal komen, dat wil zeggen tussen de 1.900 en 3.100 faillissementen per jaar. De onderstaande doorrekening gaat uit van de middenweg van gemiddeld circa **2.500 faillissementen** per jaar, waarin de curator onregelmatigheden zal constateren. Mogelijk zullen het in de eerste jaren na invoering wat meer zijn.

⁵ A.C. Berghuis en G. Paulides, *Faillissementen bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Een studie naar misbruik van rechtspersonen*, Interimrapport WODC, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1982;

Parool 11 en 17 februari 1994;

Knegt e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en de mogelijkheden van bestrijding*, Hugo Sinzheimer Instituut, Amsterdam 2005 en

C.M. Hilverda, 'Faillissementsfraude', *Serie Onderneming en Recht deel 53*, Kluwer, Deventer 2009 (verder: Hilverda 2009), p. XXVII-XXVIII

⁶ NJB 2012/2239, C.M. Hilverda, *De Nationale politie*.

⁷ Dick Boer en Vinodh Lalta, *Faillissementen: oorzaken en schulden 2010*, Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen, 2011, tabel 5.1. (<http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/artikelen/archief/2011/2011-3491-wm.htm>).



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 16 juni 2014

pagina 6 van 7

Meer werk per zaak

De extra taken voor de curator brengen vanzelfsprekend extra werkzaamheden voor zijn toezichthouder, de rechter-commissaris, mee. Hieronder volgt een schatting van de tijd die vereist is voor het uitvoeren van die extra werkzaamheden.

Als de curator onregelmatigheden constateert dan heeft dat voor de rechter-commissaris de volgende consequenties:

1. Artikel 68 lid 2: verwerking informatie onregelmatigheden en zo nodig curator gelasten tot aangifte, overleg curator → 30 tot 45 minuten per zaak;
2. Artikel 73a lid 3: controleren of de curator de rechter-commissaris juist informeert over onregelmatigheden → circa 15 minuten per zaak;
3. Artikel 105a lid 1: beoordelen of van failliet (en zijn partner) alle medewerking kan worden verlangd: → circa 60 tot 90 minuten per zaak;
4. Artikel 106: vanwege uitbreiding kring personen die kunnen worden opgeroepen voor verhoor en/of in verzekerde bewaring kunnen worden gesteld → extra verhoren en IBS-zittingen → 15 tot 20 minuten per faillissement van een rechtspersoon;
5. Artikel 117: toename van het aantal personen dat kan worden opgeroepen te verschijnen voor de verificatievergadering → extra zittingstijd in verband met uitgebreidere groep deelnemers/sprekers verificatievergadering → nihil want zal zelden voorkomen.

Dit betekent dat invoering van het Wetsvoorstel een aanzienlijke werklastverzwaring voor de rechter-commissaris met zich mee zal brengen bij de behandeling van dit type zaken. Naar schatting gaan de extra toezichthoudende werkzaamheden van de rechter-commissaris gemiddeld ruim twee uur per zaak in beslag nemen in de gemiddeld 2.500 faillissementen per jaar, waarin de curator naar verwachting onregelmatigheden zal constateren. Voor de doorrekening van de werklastgevolgen is uitgegaan van de minimale hoeveelheid extra tijd.

Totaal

In totaal zullen de extra kosten voor de Rechtspraak **circa € 640.000,- per jaar** (2.500 zaken maal twee uur extra werk per zaak) gaan bedragen.

De verwachting is ten slotte dat het Wetsvoorstel bij invoering slechts voor een zeer beperkte toename van het aantal te behandelen strafzaken zal zorgen. Het aantal extra beslissingen dat de rechter-commissaris zal nemen kan leiden tot meer beroepen bij de rechtbank.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak


datum 16 juni 2014

pagina 7 van 7

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er op prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,



mr. F.C. Bakker
Voorzitter Raad voor de rechtspraak

Aan Zijne Excellentie
Mr. I.W. Opstelten
Minister van Veiligheid en Justitie
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Den Haag
3 juni 2014

Onderwerp
Reactie VNO-NCW en MKB-Nederland
op de consultatie wetsontwerp
versterking positie curator

Excellentie,

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben met interesse kennisgenomen van het voorontwerp van de Wet versterking positie curator. Dit voorontwerp geeft ons aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

In het wetsvoorstel wordt aan de curator naast zijn kerntaak - het beheer en de vereffening van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke schuldeisers - ook een fraudesignalerende taak toebedeeld. Om de curator deze fraudesignalerende taak goed te kunnen laten uitvoeren, zijn de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen van gefailleerde, eventuele bestuurders en derden in dit wetsvoorstel verruimd en versterkt.

De curator wordt verplicht (vermeende) onregelmatigheden te melden bij de rechter-commissaris, die de curator kan gelasten aangifte te doen. Wij ondersteunen deze controlerende en initiërende rol van de rechter-commissaris, en zijn van mening dat de curator in alle gevallen toestemming van de rechter-commissaris dient te verkrijgen alvorens aangifte te doen.

De voorgestelde medewerkingsverplichting van de gefailleerde en derden gaat echter op punten te ver.

De curator dient zich, indien hij derden verzoekt inlichtingen te verstrekken en/of administratie ter beschikking te stellen, te beperken tot bijzondere gevallen waarin de informatie noodzakelijk is en niet anders kan worden verkregen. Derden, zoals accountants, administrateurs, banken en cloud-computing bedrijven, kunnen immers worden geconfronteerd met hoge kosten om aan de medewerkingsverplichting te kunnen voldoen. Wij zijn van mening

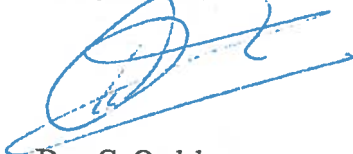
dat een redelijkheidstoets moet worden opgenomen in het wetsvoorstel, zodat duidelijk is dat de curator eerst alle andere mogelijkheden moet uitputten om tot de informatie te komen, alvorens deze van derden te vragen. Daarbij moet duidelijk zijn dat deze derden een redelijke vergoeding tegemoet moeten kunnen zien voor gemaakte kosten en niet gehouden zijn om te voldoen aan onredelijke of disproportionele verzoeken.

Volgens het wetsvoorstel kunnen door de curator bevonden onregelmatigheden in een faillissement leiden tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek door het Openbaar Ministerie. Onvoldoende rekenschap wordt gegeven aan voldoende capaciteit en prioriteitsstelling bij het Openbaar Ministerie, de FIOD en de politie. Anders wordt aan de verscherping van regelgeving in het kader van fraudeaanpak onvoldoende gevolg gegeven en leidt het enkel tot wetgeving waarmee vervolgens niets wordt gedaan.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat het conceptwetsvoorstel op punten verder moet worden aangepast en uitgewerkt. In de bijlage zijn deze punten in een artikelsgewijs commentaar uitgewerkt.

Tot een nadere toelichting zijn wij uiteraard graag bereid.

Hoogachtend,



Drs. C. Oudshoorn
Directeur Beleid

Bijlage: Artikelsgewijs commentaar

Artikel 68 lid 2

Ook nu doet een goede curator al aangifte bij onregelmatigheden, hetgeen in de praktijk wordt afgestemd met de rechter-commissaris. In het nieuwe artikel 68 lid 2 wordt expliciet aangegeven, dat de rechter-commissaris de curator kan gelasten aangifte te doen. Wij zien graag dat in art. 68 lid 3 Fw expliciet wordt vermeld dat de curator bij aangifte toestemming moet hebben van de rechter-commissaris.

Artikel 71 lid 3

Artikel 71 lid 3 loopt niet parallel met hetgeen in de Memorie van Toelichting staat: In het artikel staat dat er nadere regels kunnen worden gesteld over de financiering van de curator, terwijl de Memorie van Toelichting meent dat dat niet nodig is omdat de extra inspanningen van bescheiden omvang zullen zijn en dat de curator wettelijk gezien veel terug krijgt (namelijk makkelijker beschikken over informatie). Het is niet duidelijk, wat met 'nadere regels' wordt bedoeld en wat daaronder kan worden verstaan. Het mag niet zo zijn, dat met dit artikel de mogelijkheid wordt gecreëerd de rekening bij de crediteuren te leggen.

Artikel 105 lid 2

In dit artikel staat, "*Indien de gefailleerde buitenlandse vermogensbestanddelen heeft....*". Dit moet beter worden geformuleerd, bijvoorbeeld "*indien de gefailleerde zowel in Nederland als in het buitenland vermogensbestanddelen heeft*".

De verschaffing van zonedig een volmacht waarover het artikel spreekt, is een nuttige toevoeging.

Artikel 105 a

De fraudesignalerende taak van de curator en de vergaande informatie- en medewerkingsverplichtingen kunnen op gespannen voet staan met het verbod op zelfincriminatie, ofwel het recht dat iemand zichzelf niet hoeft te belasten en dus niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling (nemo-teneturbeginsel). Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de Mens en ook de Hoge Raad blijkt dat een wettelijke inlichtingenplicht (en naar mag worden aangenomen ook een afgifteplicht) is toegestaan, maar dat het verbod op zelfincriminatie moet worden gewaarborgd. De Memorie van Toelichting geeft aan, dat de medewerkingsverplichting uitsluitend mag dienen voor het beheer en de vereffening van de boedel in het belang

van de gezamenlijke schuldeisers, dus voor de afwikkeling van het faillissement. Dat betekent, dat inlichtingen die door middel van dit dwangmiddel worden ingewonnen niet mogen worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolging. Daarvan kan sprake zijn indien vervolgens aangifte wordt gedaan. Indien niet kan worden uitgesloten dat de inlichtingen tevens in verband met een strafrechtelijke procedure tegen de gefailleerde zullen worden gebruikt, zal moeten worden gewaarborgd dat deze zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen¹. Het wetsvoorstel moet dus rechtswaarborgen opnemen voor het tegengaan van gebruik van de verkregen gegevens/inlichtingen van de gefailleerde voor een strafprocedure.

Artikel 105 a lid 2

Wij zien graag expliciet opgenomen dat de in artikel 105 a lid 2 bedoelde overdracht van de administratie e.d. zich beperkt tot gefailleerde en zich niet uitstrekt tot derden.

Artikel 105 b

Wij begrijpen dit artikel aldus dat de bevoegdheden van de curator jegens derden niet verder gaat dan de bevoegdheden die de gefailleerde contractueel of op grond van bijvoorbeeld art. 843a Rv zelf reeds heeft jegens die derden (vgl. wettekst 'derden die gehouden zijn informatie te verstrekken aan de gefailleerde'). Wij zijn van mening dat dit niet geldt voor art. 35 WBP (inzage persoonsgegevens) en dat de curator zich niet op dat artikel moet kunnen beroepen. In het verlengde hiervan gaan wij er vanuit dat de informatieplicht van derden uitgelegd zal worden in overeenstemming met Europese en/of Nederlandse privacywetgeving, zodat onder meer niet-relevante persoonsinformatie niet hoeft te worden verstrekt aan curatoren. Wij zien het voorgaande graag expliciet opgenomen in de toelichting.

Artikel 105 b heeft een zeer vergaande uitwerking en treft willekeurige derden met onwenselijke effecten.

In de eerste plaats wordt het retentierecht hiermee weggenomen. Een derde wordt gedwongen gegevens te delen zonder dat daar een redelijke vergoeding tegenover staat. De Memorie van Toelichting doet daar in het algemeen deel onder sub f wel een melding over:

"Omdat het hier om commercieel actieve derden gaat, mogen zij daarvoor van de curator een redelijke vergoeding vragen. Biedt de boedel daarvoor geen of onvoldoende middelen, dan geldt de afgifteplicht jegens de curator uiteraard ook. De

¹ NJ 2013/435 en NJ 2014/70

daarmee eventueel gemoeide –en naar huidig inzicht doorgaans beperkte- kosten kunnen worden verdisconteerd in de tarieven die de betrokken derden voor hun reguliere dienstverlening in rekening brengen.

Deze laatste zin gaat veel te ver. Het is niet altijd zo dat er enkel beperkte kosten mee zijn gemoeid en dergelijke kosten moeten niet over alle goedwillende bedrijven worden verspreid die tot de klantenkring van de betrokken derde behoren. In het artikel dient daarom te worden opgenomen, dat de te maken kosten van de derde een preferente boedelschuld zijn en daadwerkelijk moeten worden betaald. De vergoeding moet uiteraard wel proportioneel zijn (net zoals het informatieverzoek dat dient te zijn), waarbij de curator en de rechter een controlerende functie behoren te hebben.

In de tweede plaats gaat dit artikel er van uit, dat het om eenvoudige handelingen gaat en dat de gegevens van derden op eenvoudige wijze met de curator kunnen worden gedeeld. Wat onder administratie en informatie kan worden verstaan is voor interpretatie vatbaar en omvat meer dan de gegevens die voor de administratie van belang zijn. Dit kunnen urenspecificaties, incassodossiers etc. zijn. Of misschien wel het blijven bijhouden van de administratie gedurende de afwikkeling van het faillissement en een eventuele doorstart door de curator. Banken kunnen worden gevraagd zonder tegemoetkoming bankafschriften e.d. te verstrekken. Bij cloud-computing en bijzondere software moeten licenties worden betaald om diensten voor de curator operationeel te houden. Het is onbillijk indien de leverancier of de intermediair zelf de kosten zou moeten vergoeden. Overigens ligt het voor de hand dat deze administratie- en informatieverschaffingsplicht in eerste instantie geldt voor overheidsinstanties als de Belastingdienst, waar veel informatie aanwezig is. Eerst als informatie daar niet beschikbaar is, zou de curator zich tot andere derden kunnen wenden.

Een ongewenst effect van het voorstel kan dan zijn, dat de derde/adviseur eerder stopt met meewerken waardoor een faillissement nog eerder zou kunnen geschieden.

Artikelen 105 a en 105 b – tenzij-clausules

Het is wat betreft de artikelen 105 a en 105 b onduidelijk of bewust is gekozen voor verschillende vormen van bescherming.

In lid 2 van artikel 105 a moet de gefailleerde de curator alle medewerking verlenen aan het beheer en de vereffening van de boedel, *tenzij dit naar oordeel van de rechter-commissaris niet van hem kan worden verlangd.*

In lid 1 van artikel 105 b moeten derden informatie aan de curator verstrekken *tenzij de aard van de informatie of de aard van de rechtsverhouding zich daartegen verzet*.

Beide tenzij-clausules moeten betrekking hebben op alle verplichtingen die in de artikelen 105 a en b zijn opgenomen voor zowel de gefailleerde als voor derden. Dat doet recht aan gelijke rechten en gelijke bescherming bij het verstrekken van administratie of inlichtingen door of de gefailleerde of door derden.

Dat houdt in, dat beide *tenzij-clausules* moeten worden opgenomen in zowel lid 1 als lid 2 van artikel 105 a en in lid 1 en 2 van artikel 105 b.

Het moet in het wetsvoorstel duidelijk worden gemaakt, dat de curator niet ongebreideld en standaard derden kan verzoeken tot het geven van inlichtingen en het verstrekken van administratie. Dergelijke verzoeken dienen wettelijk te worden beperkt tot bijzondere gevallen.

De rechter-commissaris dient hier vervolgens toezicht te houden.

De curator moet aangeven en onderbouwen dat er een zwaarwegend belang is waarvoor hij een verzoek wil doen en dat hetgeen hij verlangd redelijk is.

Vervolgens moet worden aangehaakt bij artikel 92 van de Faillissementswet, namelijk dat de curator een ontvangstbewijs moet afgeven.

Niet duidelijk is, hoe zich artikel 92 (juncto 93 a) verhoudt met artikel 105 b.

Overig

In het wetsvoorstel is niet verwezen naar artikel 99 Faillissementswet. Ook komt de post- en of mailinzage in dit voorstel niet aan de orde. De vraag kan worden gesteld, of de voorgestelde maatregelen ook betrekking hebben op het verstrekken van de gefailleerde van mail- en postinzage. Het zal verstandig zijn, artikel 99 aan te passen naar de moderne tijd en communicatiemiddelen.