

De curator als civiele fraudebestrijder

Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude

mr. W.J.B. Van Nielen & mr. C.M. Derijks*

1. Inleiding

Voorontwerp

Op 25 februari 2014 is het Voorontwerp ‘Versterking positie curator’ in consultatie gegaan. Het Voorontwerp dient gezien te worden in het kader van het streven van de Minister van Veiligheid en Justitie de curator te betrekken bij de bestrijding van faillissementsfraude.¹ De MvT zegt hierover:

‘Het kabinet heeft bij brief van 26 november 2012 het wetgevingsprogramma herijking van het faillissementsrecht aangekondigd. Die herijking berust op drie pijlers, te weten modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding. Om faillissementsfraude effectiever te kunnen bestrijden, zijn drie wetsvoorstellen aangekondigd, t.w.: de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod, de actualisering en aanscherping van het strafrechtelijk faillissementsrecht en, voorts, een versterking van de fraudesignalerende functie van de curator in combinatie met een versterking van de inlichtingen- en medewerkingsplichten van de gefailleerde. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft inmiddels over het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod geadviseerd; het Voorontwerp strafrechtelijk faillissementsrecht ligt momenteel voor advies bij de Afdeling advisering

van de Raad van State. Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74.’

Vervolgens worden het doel en de strekking van het voorstel als volgt samengevat:

‘Met het onderhavige wetsvoorstel wordt de fraudesignalerende rol van de curator geëxpliciteerd en versterkt. Inherent daaraan is dat de huidige inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen van de failliet en de huidige en voormalige bestuurders jegens de curator worden verduidelijkt en versterkt. Daartoe voorziet dit wetsvoorstel samengevat in de volgende maatregelen:

- a. de curator wordt wettelijk verplicht om in faillissementen te bezien of sprake is van eventuele onregelmatigheden;*
- b. in voorkomend geval meldt hij dit aan de rechter-commissaris, die een melding bij de bij de bestrijding van fraude betrokken instanties of aangifte kan gelasten;*
- c. in het faillissementsverslag vermeldt de curator in algemene zin hoe hij zich van zijn fraudesignalerende taak heeft gekweten en voorts informeert hij de rechter-commissaris vertrouwelijk over eventuele onregelmatigheden die hij is tegengekomen;*
- d. in de wet wordt verankerd dat de gefailleerde de curator ook ongevraagd inlicht over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te begrijpen dat deze voor de curator van belang zijn;*
- e. de curator moet worden geïnformeerd over het bestaan van eventuele buitenlandse activa, zoals vastgoed en banktegoeden, en alle medewerking moet worden verleend om de curator daarover de beschikking te geven;*

* Mr. Van Nielen is advocaatpartner en curator bij Van Diepen Van der Kroef in Den Haag, mr. Derijks is senior rechter en rechter-commissaris insolventies bij de rechtbank Den Haag.

¹ Zie de brief van Minister Opstelten aan de Tweede Kamer d.d. 27 november 2012.

- f. bij de overhandiging van de administratie verschaft de gefailleerde de curator zo nodig ook encryptiesleutels om de inhoud leesbaar te kunnen maken;
- g. derden die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf de administratie van de gefailleerde onder zich hebben, moeten deze op verzoek aan de curator ter beschikking stellen, met inbegrip van eventuele encryptiesleutels;
- h. bij faillissement van een rechtspersoon gaan de herziene informatie- en medewerkingsverplichtingen ook gelden voor feitelijk bestuurders en voor oud-bestuurders, d.w.z. iedereen die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder bij de betrokken rechtspersoon was.

Codificatie, uitbreiding en verduidelijking van de medewerkings- en informatieverplichtingen zijn niet alleen van belang om de positie van de curator bij het beheer en de vereffening van de boedel alsmede bij de fraudesignalering te versterken. Zij zijn daarnaast van direct belang voor degene(n) op wie deze verplichtingen rusten, omdat schending ervan een strafbaar feit kan opleveren (art. 194 Sr) en straks aanleiding kan zijn voor de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod (vgl. het voorgestelde art. 106a Fw).'

Taak curator

De wetgever ziet een belangrijke taak voor de curator weggelegd bij fraudebestrijding. Voor de curator is inderdaad een belangrijke rol weggelegd vanuit zijn primaire taak op te komen voor de belangen van de gezamenlijke crediteuren, indien deze crediteuren door faillissementsfraude in hun verhaalsmogelijkheden op de boedel zijn benadeeld. De taak van de curator laat zich dan vertalen in het ongedaan maken van deze benadeling. Dit wil onder meer zeggen: het doen van een onderzoek naar de oorzaken, onregelmatigheden en de verhaalsmogelijkheden en vervolgens het zo nodig aansprakelijk stellen van de (feitelijke) leidinggevendenden van de gefailleerde rechtspersoon en degenen die hun medewerking hebben verleend aan de verboden gedragingen. Deze taak kan worden omschreven als 'civielrechtelijke faillissementsfraudebestrijding'. Zoals in de MvT² terecht wordt gesteld, heeft de curator onder het huidige recht al de taak om in het kader van zijn oorzakenonderzoek onregelmatigheden te onderzoeken. Ook dient de curator de rechter-commissaris ten behoeve van diens toezichthoudende taak steeds op de hoogte te houden van zijn bevindingen. Het is goed te benadrukken dat dit de standaardpraktijk is bij de afwikkeling van faillissementen en dat het Voorontwerp op dit punt niets nieuws toevoegt. Wel nieuw is de wettelijke *plicht* van de curator om op

aanwijzen van de rechter-commissaris vermoedens van fraude te melden of daarvan aangifte te doen.

Inhoud

Dit artikel concentreert zich op de meest in het oog springende wijzigingen in het Voorontwerp en beoogt niet uitputtend te zijn. De volgende onderwerpen worden in dit kader behandeld:

1. De codificatie in het Voorontwerp van de medewerkings- en informatieverplichting van de failliet.
2. De recente jurisprudentie van de Hoge Raad over het nemo tenetur-beginsel in het kader van de inbewaringstelling ex artikel 87 Fw wegens niet nakoming van de inlichtingenplicht.
3. De wettelijke plicht van de curator om op aanwijzen van de rechter-commissaris vermoedens van fraude te melden of daarvan aangifte te doen.
4. De financieringsmogelijkheden die de curator momenteel heeft op grond van de Garantstellingregeling Curatoren.
5. Los van deze wettelijke maatregelen denken wij dat ten behoeve van zowel de strafrechtelijke als civielrechtelijke faillissementsfraudebestrijding veel te bereiken valt via het regionale fraudespreekuur, dat landelijk navolging zal moeten krijgen. Ten slotte worden in deze paragraaf de aanbevelingen die in dit artikel zijn gedaan kort samengevat.

Inlichtingenplicht en nemo tenetur-beginsel

In deze paragraaf wordt eerst de nieuwe regeling die het Voorontwerp kent over de inlichtingenplicht behandeld en vervolgens wordt de verhouding tussen de inlichtingenplicht en het nemo tenetur-beginsel besproken.

Reikwijdte inlichtingenplicht

Ingevolge het nieuw voorgestelde artikel 105 jo. 106 Fw rust op de gefailleerde natuurlijke persoon, op diens eventuele echtgenoot of geregistreerde partner, voor zover het een gemeenschap van goederen betreft, alsmede op bestuurders, commissarissen en feitelijk beleidsbepalers van de failliete rechtspersoon die deze kwaliteit hebben ten tijde van de faillietverklaring, ook indien zij deze hoedanigheid na faillietverklaring hebben verloren, een inlichtingenplicht jegens de rechter-commissaris³, de curator of de commissie van schuldeisers.⁴ In de litera-

² Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), d.d. 21 februari 2014, p. 6 (MvT).

³ De bestuurders of commissarissen die als zodanig worden aangemerkt volgens het recht dat van toepassing is op de failliete rechtspersoon.

⁴ Deze inlichtingenplicht kan worden afgedwongen door inbewaringstelling op grond van artikel 87 Fw. Op grond van artikel 194 Sr is schending van de inlichtingenplicht

De curator als civiele fraudebestrijder

tuur⁵ en in de jurisprudentie⁶ is reeds aangenomen dat de inlichtingenverplichting van het huidige artikel 106 Fw zich uitstrekt tot de voormalige en feitelijke bestuurder. Verdedigd wordt ook dat in een faillissement van een buitenlandse rechtspersoon waarvan het bestuur zetelt in het buitenland, de inlichtingenplicht zich tevens uitstrekt tot de lokale manager.⁷ Het Voorontwerp codificeert deze staande praktijk. De kring van degenen op wie artikel 106 Fw van toepassing is, wordt in het eerste lid uitgebreid met de voormalige bestuurder. In het tweede lid van artikel 106 Fw is opgenomen dat met een bestuurder voor de toepassing van het eerste lid gelijk wordt gesteld degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. In het derde lid is opgenomen dat indien de gefailleerde een buiten Nederland gevestigde rechtspersoon is, degene die met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden is of was belast, voor de toepassing van het eerste lid met een bestuurder gelijk wordt gesteld. Het opnemen van deze bepalingen in de wet is niet meer dan het vastleggen van een reeds in de literatuur en door de jurisprudentie omarmde uitbreiding. Tot zover niets nieuws, maar voor de praktijk wel nuttig dat door deze codificatie over de reikwijdte van de inlichtingenplicht geen misverstand meer kan bestaan. Deze codificatie is tevens van belang voor de strafsancie die op het niet nakomen van de inlichtingenplicht rust, alsmede voor de inbewaringstelling waarmee medewerking aan de inlichtingenplicht kan worden afgedwongen.⁸

Omvang inlichtingenplicht

Het nieuw voorgestelde artikel 105, tweede lid Fw bepaalt dat de gefailleerde inlichtingen dient te verschaffen over eventuele buitenlandse vermogensbestanddelen die in

strafbaar.

⁵ Mr. C.M. Hilverda, *Serie onderneming en recht deel 53, Faillissementsfraude*, Deventer: Kluwer 2009, p. 45-46.

⁶ O.a. Hof Den Haag 9 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3391; Hof Den Haag 21 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:CA2593.

⁷ Dit wordt gebaseerd op de grondslag van art. 106 Fw omdat de lokale manager naar zijn aard de meest aangewezen persoon is om inlichtingen te geven. Zie mr. C.M. Hilverda, *Serie onderneming en recht deel 53, Faillissementsfraude*, Deventer: Kluwer 2009, p. 46 en mr. B. Wessels, *Insolventierecht IV: Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, p. 286. Onder de lokale manager verstaan zij degene die met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden zijn belast.

⁸ Volgens de MvT, p. 5 ligt de noodzaak tot verduidelijking in het feit dat schending ervan een strafbaar feit oplevert (art. 194 Sr en mogelijk het strafbare onttrekken van een goed aan de boedel ex art. 341/343 Sr), aanleiding kan zijn tot inbewaringstelling (art. 87 Fw) en de vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod kan rechtvaardigen (vgl. het voorgestelde art. 106a, lid 1 onderdeel c Fw). De failliet en anderen hebben er daarom belang bij te weten wat er grosso modo van hen wordt verwacht.

de boedel vallen. Ook het eventueel verschaffen van een volmacht door gefailleerde valt onder de inlichtingenplicht. Ook deze variant betreft een codificatie van bestaande jurisprudentie. Het Gerechtshof Den Haag heeft in een uitspraak al bepaald dat er voldoende aanknopingspunten in de wet zijn opgenomen om de curator in de gelegenheid te stellen zijn buiten Nederland aanwezige activa aan te wenden ter voldoening van de schuldeisers. Het hof overwoog in dit verband dat een verplichting tot het machtigen van de curator om in het buitenland aanwezige activa te gelde te maken weliswaar niet uitdrukkelijk is opgenomen in de Faillissementswet, maar de verplichting van de failliet om hieraan mee te werken is wel af te leiden uit het systeem van de wet.⁹

In artikel 106, lid 4 Fw worden de artikelen over (handhaving van) de inlichtingenplicht van overeenkomstige toepassing verklaard op een vennootschap onder firma en een commanditaire vennootschap, hetgeen een uitbreiding betreft die ook eerder al is voorgesteld in het Voorontwerp insolventiewet door de commissie Kortmann (hierna Voorontwerp Insolventiewet).¹⁰

Beperking reikwijdte inlichtingenplicht (3-jaarstermijn)

Nieuw in het Voorontwerp is voorts de 3-jaarstermijn die in lid 1 van artikel 106 Fw is opgenomen. Daarin beperkt het Voorontwerp de toepasselijkheid van de inlichtingenplicht (alsmede de daaraan verbonden dwangmiddelen) tot eenieder die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement (feitelijke) bestuurder was. Wij achten deze 3-jaarstermijn een (zeer waarschijnlijke onbedoelde) beperking op de huidige rechtspraktijk en dus een belangrijke stap terug in plaats van een stap voorwaarts. De huidige rechtspraktijk acht op basis van de strekking en ratio van de artikelen 105 en 106 Fw voldoende rechtvaardiging aanwezig om elke persoon die de kwaliteit van bestuurder of feitelijk beleidsbepaler te eniger tijd op of voor datum faillissement heeft gehad, onder de inlichtingenplicht te doen vallen, indien de curator of rechter-commissaris deze inlichtingen voor de uitoefening van zijn taak nodig acht.¹¹ De curator van een failliete rechtspersoon zou anders in bepaalde omstandigheden geen persoon kunnen vinden die hij voor noodzakelijke inlichtingen op grond van de inlichtingen-

⁹ Hof Den Haag 6 oktober 2011, *JOR* 2012/162.

¹⁰ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortmann-voorontwerp-insolventiewet.html>. Van overeenkomstige toepassing worden dan verklaard de artikelen 87 tot en met 92, 105, eerste en tweede lid, en 105a, alsmede het tweede en derde lid. Zie ook Voorontwerp insolventiewet 4.1.7.

¹¹ Zie bijvoorbeeld expliciet A-G Huydecoper in zijn conclusie bij HR 17 Januari 2003, *LJN* AF0206. Zie ook W.J.B. van Nielen, Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding, *TvI* 2013/2 en de daar genoemde literatuur en jurisprudentie.

plicht kan aanspreken.¹² Een beperking van de periode waarover de inlichtingenplicht zich uitstrekt komt in de jurisprudentie en de literatuur echter niet naar voren.¹³ Voor de keuze van een 3-jaarstermijn wordt in de toelichting verwezen naar de termijn van drie jaar waarbinnen wordt beoordeeld of sprake is van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW. Wellicht is hier ook aangehaakt bij het Voorontwerp Insolventiewet, waarin ook een termijn van drie jaar is voorgesteld.¹⁴ Deze benadering ziet ons inziens over het hoofd dat beoordeling door de curator van onbehoorlijk bestuur ook kan plaats vinden in het kader van de artikelen 2:9 BW en 6:162 BW, waarvoor een verjaringstermijn van vijf jaar geldt.¹⁵ Daarnaast kan de curator ook buiten de beoordeling van (on)behoorlijk bestuur informatie verlangen met betrekking tot een periode gelegen vóór drie jaar voor datum faillissement. Zeker bij faillissementsfraude is het mogelijk – en wordt vaak ook getracht – het faillissement te laten uitspreken jaren nadat de activiteiten zijn gestaakt en de activa aan de boedel zijn onttrokken.¹⁶ Het zou onwenselijk zijn indien een frauderende gefailleerde zich kan verschuilen achter de beperking van drie jaar. De periode van drie jaar speelt de gefailleerde die zich schuldig zou maken aan faillissementsfraude dan juist in de kaart. Vooral crediteuren zal het een doorn in het oog zijn indien door deze wet de curator een belangrijk middel wordt ontnomen om te trachten de geleden schade te achterhalen en te verhalen die door een frauderende gefailleerde is veroorzaakt. Wij stellen daarom voor de beperking van drie jaar te schrappen uit het Voorontwerp en lid 3 als volgt te redigeren:

‘Bij het faillissement van een rechtspersoon zijn de bepalingen van de artikelen 87 tot en met 92, 105, eerste en tweede lid, alsmede 105a op bestuurders en commissarissen toepasselijk alsmede op eenieder die op enige tijd in de periode voorafgaande aan het faillissement bestuurder was’.

In de wet kan vervolgens nog expliciet worden opgenomen dat een gewezen bestuurder alleen op grond van de inlichtingenplicht door de curator of rechter-commissaris kan worden bevestigd indien de curator of rechter-commissaris dat voor de uitoefening van zijn taak nodig acht. Indien dit onvoldoende waarborg biedt om een ‘fishing expedition’ van de curator te voorkomen, zou hier ook kunnen worden

gekozen voor een toetsing door de rechter-commissaris zoals nu wordt voorgesteld in het Voorontwerp in artikel 105a Fw.

Grenzen aan inlichtingenplicht – redelijkheidstoets rechter-commissaris

In het voorstel dat nu voorligt wordt ook een nieuw artikel 105a FW ingevoegd. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de gefailleerde de curator alle medewerking aan het beheer en de vereffening van de boedel moet verlenen, *tenzij dit naar het oordeel van de rechter-commissaris in redelijkheid niet van hem kan worden verlangd*. De MvT bij artikel 105a Fw geeft aan dat er grenzen zijn aan de medewerkingsplicht.

‘Niet uitgesloten is dat er in een specifiek geval zwaarwegende omstandigheden zijn op grond waarvan de vereiste medewerking in redelijkheid niet van de failliet kan worden gevraagd. Te denken valt aan een onevenredige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer of de doorbreking van de vertrouwelijkheid van de correspondentie tussen een cliënt en zijn onafhankelijke advocaat’.

De wetgever lijkt hier aan te haken bij de relevante bepalingen over het verstrekken van informatie in het Voorontwerp Insolventiewet. Hierin is onder meer opgenomen dat de schuldenaar alle medewerking aan het bestuur over de boedel verleent, tenzij op grond van zwaarwegende omstandigheden medewerking van de schuldenaar niet kan worden gevergd.¹⁷ Ook is in het Voorontwerp Insolventiewet een bepaling opgenomen dat derden die gehouden zijn informatie aan de schuldenaar te verstrekken, deze ook aan de bewindvoerder dienen te geven, tenzij de aard van de informatie of de aard van de rechtsverhouding zich daartegen verzet.¹⁸ Waar het de doorbreking van de vertrouwelijkheid van de correspondentie tussen een cliënt en zijn onafhankelijke advocaat betreft, noemt de MvT op artikel 105a Fw het arrest Foxley/United Kingdom. Uit dit arrest valt af te leiden dat geen gebruik mag worden gemaakt van een in de wet geregelde postblokkade om kennis te nemen van geprivilegieerde correspondentie tussen de schuldenaar en zijn juridische adviseurs¹⁹. Waar de wetgever op ziet in het kader van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt niet verduidelijkt in de MvT. In de toelichting van het Voorontwerp Insolventiewet waar het de informatieverstrekking aan de bewindvoerder door derden aangaat worden wel voorbeelden van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer genoemd; namelijk medische gegevens of de inhoud van een testament.²⁰ Opvallend is

¹² Immers, de meest recente (feitelijke) bestuurder, die geen bestuurder is geweest over de periode waarover de curator inlichtingen verlangt, kan hierover niet verklaren.

¹³ Gerechtshof Den Haag 21 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:CA2593 en AG Huydecoper in zijn conclusie voor HR 17 januari 2003, LfN AF0206.

¹⁴ Voorontwerp Insolventiewet 4.1.7 en de toelichting op dit artikel.

¹⁵ Art. 3:310 BW.

¹⁶ Zie W.J.B. van Nielen, Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding, *TvI* 2013/2.

¹⁷ Voorontwerp insolventiewet, artikel 4.2.4.

¹⁸ Voorontwerp insolventiewet, 4.1.1a, eerste lid.

¹⁹ EHRM 20 september 2000, app. no. 33274/96 (*Foxley/United Kingdom*).

²⁰ Toelichting Voorontwerp insolventiewet bij artikel 4.2.4.

dat het Voorontwerp Insolventiewet deze beperkingen niet noemt in de toelichting op de artikelen die de informatieverstrekking door de gefailleerde zelf betreffen.²¹ Overigens is ook in de praktijkregels voor curatoren van Insolad²² een bepaling opgenomen dat de curator zoveel mogelijk vermijdt om kennis te nemen van feiten en omstandigheden die de hoogst-persoonlijke levenssfeer van gefailleerde of derden betreffen.²³ In de toelichting op deze praktijkregel is opgenomen dat:

‘in lijn met de jurisprudentie van de Registratiekamer de richtlijn voor de curator is dat hij van dergelijke hoogst-persoonlijke informatie slechts kennis mag nemen en deze mag gebruiken als een gewichtig belang dat vergt en dan nog slechts voor zover het kennismaken en het gebruiken in de juiste verhouding staat tot het daarmee nagestreefde doel en dat doel bovendien niet op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden bereikt.’

De wetgever lijkt hier dus ook de bestaande praktijk te willen codificeren. Daar is op zich niets mis mee. Wel vragen wij ons af of de huidige praktijk dusdanige problemen kent op dit punt dat deze codificatie noodzakelijk is. We vragen er aandacht voor dat op deze wijze extra werkzaamheden bij de rechter-commissaris worden gelegd. Waar nu in de praktijk bij informatievergaring door curatoren de persoonlijke levenssfeer en de vertrouwelijkheid van correspondentie tussen advocaat en gefailleerde (in de meeste gevallen) wordt gerespecteerd zonder dat dit tot extra verhoren bij de rechter-commissaris leidt, kan het door de toevoeging ‘dat in redelijkheid niet kan worden gevergd dat gefailleerde meewerkt’ vaker voorkomen dat een gang naar de rechter-commissaris zal moeten worden gemaakt om de benodigde informatie te verkrijgen. Deze gaat immers in het wetsvoorstel de redelijkheid van de vragen beoordelen. Dit kan een snelle aanpak van de afwikkeling van het faillissement in de weg staan, met name indien de gang naar de rechter-commissaris alleen als vertragingstactiek wordt gebruikt. Dit klemt temeer nu tegen de beslissing van de rechter-commissaris ook appél open staat ex artikel 67 Fw.

Het is eveneens opvallend te noemen dat de wetgever dit aspect wil codificeren, terwijl hij een ander belangrijk

onderwerp waar het informatievoorziening aangaat (het hierna behandelde nemo tenetur-beginsel) niet wettelijk vastlegt. Wij vinden dit een gemiste kans.

Inlichtingenplicht versus nemo tenetur-beginsel

Uit recente jurisprudentie van de Hoge Raad²⁴ volgt dat nu de Nederlandse wet niet voorziet in gerichte regelgeving waarin wordt voorzien in waarborgen tegen het gebruik van wilsafhankelijke informatie in een (eventuele) strafzaak die in het kader van artikel 105 of 106 Fw door de curator is verkregen, de rechter dient te voorzien in deze waarborg voor de betreffende inlichtingenplichtige. In beide arresten is geoordeeld dat de rechter een hierop gerichte clausulering aan zijn uitspraak dient te verbinden. Die clausulering bestaat in het geval van een in bewaring gestelde gefailleerde hierin dat aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit verzekerde bewaring de restrictie wordt verbonden dat door de inlichtingenplichtige te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. Indien die inlichtingen desondanks zouden worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolging, dan komt het oordeel welk gevolg moet worden verbonden aan schending van de door de rechter gestelde restrictie toe aan de rechter die over de bestraffing beslist.²⁵

Het Voorontwerp houdt geen rekening met deze ontwikkeling in de jurisprudentie. Wij voorzien dan ook dat bij faillissementen waarin sprake is van vermoedens van

²¹ Voorontwerp insolventiewet artikel 4.1.6 en 4.1.7.

²² <http://www.insolad.nl/praktijkregels.html>.

²³ Praktijkregels voor curatoren, art. 8.2. Tenzij het belang van de boedel of een ander belang dat een zorgvuldig curator zich behoort aan te trekken dan wel een op de curator rustende wettelijke verplichting anders vergt, vermijdt de curator zoveel mogelijk om kennis te nemen van feiten en omstandigheden die de hoogst persoonlijke levenssfeer van de gefailleerde of derden betreffende. Dergelijke feiten en omstandigheden maakt hij in het algemeen niet openbaar zonder degene wiens levenssfeer het betreft daarvan zo spoedig mogelijk in kennis te stellen.

²⁴ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161 in een faillissement en HR 12 juli 2013, RvdW 2013/877; zie ook R. Mulder, INSOLAD bundel ‘de curator en informatie’ 2013, waarin de Hoge Raad oordeelt over de samenloop van de fiscale inlichtingenplicht ex art. 47 AWR en het recht van een potentiële verdachte om niet gedwongen te worden tot medewerking aan zijn eigen veroordeling. Onder verwijzing naar de uitspraak van het EHRM in de zaak Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk oordeelt de Hoge Raad dat verkrijging van materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte langs de weg van een in kort geding gegeven bevel geen schending van art. 6 EVRM oplevert, ook niet als aan dat bevel een dwangsom is verbonden. In navolging van de Hoge Raad, oordeelt het Hof Den Haag op 23 juli 2013 over de inlichtingenplicht van de gefailleerde ex art. 105 Fw, in het kader van de door de rechter-commissaris of de curator gevorderde en door de rechter bevolen inbewaringstelling. Omdat de Nederlandse wet ook niet voorziet in een waarborg tegen het gebruik in een (eventuele) strafzaak van informatie die in het kader van artikel 105 Fw wordt verstrekt, bepaalt het Hof dat ‘wilsafhankelijke’ informatie slechts gebruikt mag worden ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement. Deze informatie mag niet gebruikt worden in het kader van een eventuele strafvervolging of boeteprocédure tegen de gefailleerde. Zou dat toch gebeuren, dan dient de strafrechter te bepalen welk gevolg aan dat gebruik moet worden verbonden.

²⁵ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161, r.o. 3.7.

benadelingshandelingen door de inlichtingenplichtige, de curator vaker zal worden geconfronteerd met een gang naar de rechter. In de faillissementspraktijk doet zich meer en meer de situatie voor dat een gefailleerde (bestuurder) verzuimt mee te werken aan de inlichtingenverplichting, omdat hij vreest dat de informatie die hij de curator verschaft mogelijk tegen hem kan worden gebruikt in een strafprocedure. In de praktijk leidt een dergelijke weigering vaak tot een bevel bewaring ex artikel 87 Fw.²⁶ In de lagere jurisprudentie is inmiddels toepassing gegeven aan het oordeel van de Hoge Raad door in het dictum van het arrest of het vonnis met betrekking tot de bewaring expliciet een bepaling op te nemen dat de door gefailleerde aan de curator verstrekte informatie, waarvan het bestaan van de wil van gefailleerde afhankelijk is, slechts mag worden gebruikt ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement.²⁷ Wij achten het onwenselijk dat gefailleerden, om een waarborg te krijgen dat de informatie die wordt verschaft aan de curator niet in het strafproces wordt gebruikt, daarvoor moeten worden onderworpen aan een vergaand dwangmiddel als inbewaringstelling. Wij menen dat de door de Hoge Raad bedoelde en uit artikel 6 EVRM voortvloeiende waarborg ook op een andere – minder ingrijpende – wijze zou moeten kunnen worden verkregen. Dat komt immers ook de relatie tussen gefailleerde en de curator ten goede en dus ook de spoedige afwikkeling van het faillissement. Wellicht zou deze waarborg ook kunnen worden afgegeven door de rechter-commissaris indien deze gefailleerde hoort op de voet van art. 105 of 106 Fw. Ook dan is echter sprake van het creëren van een extra gang naar de rechter en zal dit, naast een verzwarende werklust voor de rechter-commissaris, vertraging opleveren voor de afwikkeling van het faillissement. In de praktijk spreekt de curator immers zelf met de gefailleerde (bestuurder).²⁸ De rechter-commissaris komt daar niet aan te pas. Eerst indien de gefailleerde zijn medewerking niet of onvoldoende verleent, vindt in de regel een verhoor ten overstaan van de rechter-commissaris plaats. Wij bepleiten dan ook dat de wetgever de waarborg dat een wilsafhankelijke verklaring niet in een strafproces mag worden gebruikt, verankert in de wet om zo voor alle partijen duidelijkheid te verschaffen.

²⁶ Gerechtshof Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2900; Gerechtshof Arnhem (zittingsplaats Leeuwarden) 11 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ3799.

²⁷ Gerechtshof Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2900.

²⁸ Zie bijvoorbeeld de toelichting op punt 5.2 van de Insolad praktijkregels.

Wettelijke waarborg

Voor de vraag welke wettelijke waarborg zou voldoen verwijzen wij i) naar de waarborg die de Hoge Raad voorschrijft aan rechters om in hun vonnis op te nemen en ii) naar A-G Wattel in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, waar ook weer naar wordt verwezen in het arrest van 24 januari 2014. Hieruit leiden wij twee alternatieve mogelijke wettelijke waarborgen uit af.

Ad i) rechtelijke waarborg als wettelijke waarborg

De wettelijke waarborg in overeenstemming met de waarborg die de Hoge Raad biedt leidt tot de bepaling:

‘Materiaal dat door de curator ex artikel 105 of 106 Fw en onder dwang is verkregen en dat bestaat afhankelijk van de wil van de verdachte mag slechts door de curator worden gebruikt ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement’

Ad ii) een wettelijke waarborg naar Zwitsers voorbeeld A-G Wattel overweegt in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013 dat het (Europese) Hof in Martinnen en Chambaz met kennelijke instemming verwijst naar de recente Finse en Zwitserse wetwijzigingen, die bewerkstelligen dat de onder dwang in een schuldverhaals- of belastingprocedure verstrekte informatie niet voor punitieve doeleinden gebruikt wordt. Deze wetwijzigingen behelsden dat – voor zover hier van belang – in de boeteprocedure bewijsmateriaal dat tot dat moment in de navorderingsprocedure is vergaard met behulp van bewijslastomkering of onder dreiging van boeteplegging *onbruikbaar* is.

Mede op basis van bovenstaande jurisprudentie zou dan de volgende wettelijke waarborg voldoen:

‘In een strafprocedure is als bewijsmateriaal onbruikbaar materiaal dat bestaat afhankelijk van de wil van de verdachte voor zover dat materiaal door de curator ex art. 105 of 106 Fw en onder dwang is verkregen. Dit materiaal zal slechts gebruikt mogen worden ten behoeve van het beheer en vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement’.

Wij realiseren ons dat een dergelijke bepaling niet uitsluit dat afgedwongen wilsafhankelijke informatie toch bij het OM en wellicht in het strafdossier belandt, doordat bijvoorbeeld de curator als getuige kan worden opgeroepen en/of het OM de informatie uit het faillissementsdossier in beslag kan nemen. Wordt de informatie op die wijze toch gebruikt in het strafproces dan kan – zo bepaalde de Hoge Raad – de strafrechter bepalen dat deze informatie kan worden gekwalificeerd als ‘wilsafhankelijk’ en door

‘afdwinging’ is verkregen in strijd met artikel 6 EVRM en daaraan de gevolgen verbinden die hem gerade voorkomen. Tevens realiseren wij ons dat de vraag wat onder wilsafhankelijk en afgedwongen moet worden verstaan, verder moet worden uitgekristalliseerd. Deze onduidelijkheid heeft mogelijk gevolgen voor de vraag op basis van welke informatie de curator melding dan wel aangifte kan doen van vermoedens van faillissementsfraude (waarover meer in paragraaf 4).

2. Meld- en aangifteplicht

In het voorgestelde nieuwe lid 2 van artikel 68 Fw is opgenomen dat de curator over mogelijke onregelmatigheden de rechter-commissaris informeert. Deze kan de curator gelasten melding te doen bij de bevoegde instanties of gelasten om hiervan aangifte te doen. Over de achtergrond van deze dwingende signaleringsplicht zegt de MvT:

‘Het voorgestelde artikel 68 lid 2 Fw kent een dwingende signalerings- en meldplicht voor de curator, waarover hij ook in het faillissementsverslag in algemene zin verantwoording moet afleggen. Er kan dus normaal gesproken geen situatie meer ontstaan waarin een curator geconstateerde onregelmatigheden buiten beschouwing laat of niet meldt aan de rechter-commissaris. Gelet hierop zal de situatie waarin crediteuren of de schuldeiserscommissie menen dat de curator ten onrechte niet is opgetreden en de rechter-commissaris daarom verzoeken om in te grijpen (art. 69 Fw) zich in deze gevallen niet meer voordoen. In zoverre voorziet art. 68 lid 2 Fw in een sluitende regeling.’

Ons is uit de praktijk niet bekend dat curatoren geconstateerde onregelmatigheden niet steeds zouden melden aan de rechter-commissaris. Curatoren brengen om de zoveel maanden (afhankelijk van het arrondissement) hun openbaar verslag uit. Daarbij informeren zij de rechter-commissaris via een vertrouwelijke brief. Tussendoor vindt zo nodig ook nog contact plaats. De veronderstelling in voornoemde passage in de MvT dat een verzoek van crediteuren aan de rechter-commissaris om ex artikel 69 Fw de curator te bevelen op te treden tegen onregelmatigheden betrekking heeft op het doen van strafrechtelijke aangifte lijkt dan ook niet uit de praktijk te komen.

Melding/aangifte maatschappelijke taak curator?

De MvT merkt nadrukkelijk op dat:

‘de signalerende taak van de curator aangaande mogelijke onregelmatigheden rondom het faillissement geen afbreuk doet aan zijn primaire taak, te weten het beheer en de vereffening van de failliete boedel in het belang van de gezamenlijke crediteuren. (...) Om te komen tot een zo groot mogelijk boedelactief, zal hij immers onderzoek moeten

doen naar mogelijke onregelmatigheden die dat boedelactief rechtens dan wel feitelijk onrechtmatig hebben verkleind, om in voorkomend geval de schadelijke effecten daarvan zoveel mogelijk ongedaan te maken door het instellen van civielrechtelijke acties en/of het invoeren van hulp van derden, zoals de opsporingsinstanties.’

In het Voorontwerp is niet gekozen voor het uitgangspunt dat het doen van melding of aangifte in het belang dient te zijn van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers.²⁹ Het doen van aangifte kan onder meer in het belang van de boedel zijn, indien de curator zich kan voegen als benadeelde partij namens de gezamenlijke schuldeisers en op deze wijze baten in de boedel kan realiseren.³⁰ Maar niet elke melding of aangifte zal tot realisatie van boedelactief leiden. Indien er geen uitzicht op boedelactief is, kan dat ons inziens geen reden zijn om fraudesignalen niet te melden bij het Openbaar Ministerie of om daarvan aangifte te doen. Opsporing en vervolging van faillissementsfraude dient immers ook een maatschappelijk doel. In de lagere jurisprudentie is aangenomen dat het onder omstandigheden tot de maatschappelijke taak van de curator kan behoren om aangifte te doen als de curator op strafbare feiten stuit.³¹ Deze maatschappelijke taak van de curator lijkt hem dan te worden toegekend in zijn hoedanigheid van deelnemer aan het maatschappelijke rechtsverkeer (en niet als vereffenaar van het faillissement). Over deze taakopvatting bestaat discussie.³² Het Voorontwerp beoogt deze discussie te beslechten door deze taak expliciet te maken en – kennelijk voor een niet nader onderbouwde vrees dat curatoren deze niet zouden vervullen – hem bij de rechter-commissaris te leggen. Ons inziens had kunnen worden volstaan met het expliciet maken van deze taak van de curator (waarover hierna meer).

²⁹ Dit uitgangspunt is wel opgenomen in de Insolad Praktijkregels die hierover bepalen: ‘Buiten de gevallen bedoeld in artikel 160 Wetboek van Strafvordering doet de curator aangifte van strafbare feiten indien hij zulks in het belang acht van de boedel’.

³⁰ Zie over de mogelijkheden van de curator in een strafproces, W.J.B. van Nielen, Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding, *TvI* 2013/2, paragraaf 10.

³¹ Rechtbank Amsterdam 24 oktober 2012, *JOR* 2013/10, nr. 286.

³² De toelichting bij 14.1 van de Insolad Praktijkregels vermeldt hierover: ‘Reeds decennialang wordt aangedrongen op het doen van meer aangiftes. De ervaring is echter dat de vervolgende instanties hier bitter weinig mee doen zodat het doen van aangifte louter uit het oogpunt van burgerschap niet goed te verdedigen valt zolang in die praktijk geen verandering komt. In sommige gevallen kan aangifte bij overheidsinstanties zoals de FIOD nuttig zijn indien dit leidt tot onderzoek waarvan de boedel kan profiteren’.

Signalerende taak curator, geen afbreuk aan zijn primaire taak

De MvT lijkt ervan uit te gaan dat de fraudesignalerende taak van de curator – en daarmee dus ook de melding en aangifte – geen afbreuk doet aan de primaire taak van de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Wij maken hieruit op dat het Voorontwerp dus ook niet heeft beoogd dat een (aanwijzing van de rechter-commissaris aan de curator tot) melding of aangifte afbreuk doet aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Aanwijzingbevoegdheid rechter-commissaris – criterium?

Het Voorontwerp verschaft de rechter-commissaris een *bevoegdheid* een dwingende aanwijzing aan de curator te geven tot het doen van melding of aangifte. De vraag is wat van de rechter-commissaris precies wordt verwacht. Wordt het tot zijn taak gerekend dat hij in voorkomende gevallen van deze bevoegdheid gebruik maakt of is hij daar volledig vrij in? Het Voorontwerp zelf bepaalt hier niets over, de MvT wel.

De MvT zegt daarover dat het

‘(...) voor de hand (ligt) om de beoordeling hiervan bij de rechter-commissaris neer te leggen. Deze heeft binnen een faillissement een toezichthoudende taak en staat daarom wat meer op afstand dan de curator. Daarnaast wordt een rechter-commissaris geacht goed in te kunnen schatten in hoeverre de signalen van een curator moeten worden doorgeleid naar de aangewezen instanties daarvoor door middel van melding dan wel aangifte (Openbaar Ministerie, FIOD, politie, Centraal Meldpunt Faillissementsfraude). Uiteraard is het oordeel van de rechter-commissaris gebaseerd op de bevindingen van de curator.’³³

Even verder in de MvT wordt opgemerkt:

‘De bedoeling is dat de curator alle hem ter beschikking staande informatie met de rechter-commissaris deelt, opdat deze weloverwogen kan oordelen of vervolgstappen nodig zijn, hetzij in de vorm van een melding, hetzij in de vorm van een aangifte.’³⁴

Uit de hierboven onderstreepte dwingende woorden ‘moeten’ en ‘nodig zijn’ maken wij op dat het de rechter-commissaris niet zomaar vrij staat geen gebruik te maken

van zijn bevoegdheid. Het wordt blijkens de MvT geacht tot zijn taak te behoren om dat wel te doen. De vraag is dan vervolgens in welke gevallen de rechter-commissaris daar gebruik van behoort te maken. Met andere woorden op grond van welke criteria dient een rechter-commissaris te beoordelen of de signalen van een curator moeten worden doorgeleid naar de aangewezen instanties daarvoor door middel van melding dan wel aangifte? De MvT zegt hier slechts over dat bij de voorgestelde regeling bewust is gekozen voor een globaal wettelijk kader ‘*opdat Recofa hierover zo nodig, na overleg met Insolad, kaderstellende richtlijnen kan uitbrengen*’. De vraag is welke kaders dan leidend zijn. Wij zien in elk geval vier kernkaders:

- (i) Strafrechtelijke richtlijnen voor melding/aangifte afkomstig van OM/FIOD.

Het Voorontwerp voorziet in de behoefte van het OM en FIOD om meldingen te ontvangen. Het lijkt dan ook het meest logisch dat zij enige richtlijnen geven in welke gevallen meldingen wenselijk zijn. Voor een goede uitvoering zullen de rechters-commissarissen en curatoren voldoende kennis moeten hebben van het economisch strafrecht, hetgeen zeker niet voor allen als verondersteld mag gelden. Bijscholing hierin is geen overbodige luxe.

Tevens sluit het ons inziens beter aan op de praktijk van het OM indien de curator eerst meldt en pas op verzoek van het OM aangifte doet. Het OM beslist immers op basis van opportuniteit van welke meldingen zij aangifte wenst en welke aangiftes door het OM daadwerkelijk zullen worden opgepakt. Deze volgorde voorkomt ook onnodig beslag op tijd en capaciteit bij de curator, met alle financieringsproblematiek van dien, en bij de politie die de aangiftes moet opnemen.

- (ii) De melding of aangifte is in het belang van de boedel (hetgeen geen vereiste betreft).

Zoals gezegd kan het doen van aangifte onder meer in het belang van de boedel zijn indien de curator zich kan voegen als benadeelde partij namens de gezamenlijke schuldeisers en op deze wijze baten in de boedel kan realiseren.

- (iii) De melding of aangifte wordt geacht geen afbreuk te doen aan het boedelbelang.

Bij de beslissing melding of aangifte te doen en op welk moment dat te doen, zal rekening moeten worden gehouden met de vraag in hoeverre dit afbreuk doet aan het belang van de boedel. Denk aan de situatie dat de curator verhaalsmogelijkheden veilig wil stellen en met het oog daarop van belang acht dat de melding of aangifte pas wordt gedaan nadat de verhaalsmogelijkheden zijn veilig gesteld.

³³ Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), d.d. 21 februari 2014, p. 7-8 (MvT).

³⁴ Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), d.d. 21 februari 2014, p. 16 (MvT).

(iv) De melding of aangifte mag – zo leiden wij af uit de recente arresten van de Hoge Raad – geen betrekking hebben op informatie die in strijd met het nemo tenetur-beginsel door de curator is verkregen.

Oordeel exclusief aan de rechter-commissaris?

Het Voorontwerp maakt de keuze de *rechter-commissaris* te laten beoordelen of melding dan wel aangifte moet worden gedaan door de curator. Niet duidelijk is of uit de MvT moet worden afgeleid dat deze beoordeling niet meer aan de curator zelf toekomt en dus een aanwijzing van de rechter-commissaris behoeft alvorens hij melding of aangifte doet. Indien zulks de bedoeling is verdient het de voorkeur om dit expliciet op te nemen om deze onduidelijkheid in de positie van de curator en de rechter-commissaris weg te nemen. Wij hopen echter dat zulks niet de bedoeling is en dat de curator (op zijn minst) nog zelfstandig kan beoordelen of melding en aangifte aan de orde is. De curator zit immers veel dichter op het dossier dan de rechter-commissaris.

Aanbeveling

Sterker nog, wij menen dat het juist niet voor de hand ligt om bovengenoemde beoordeling bij de rechter-commissaris te leggen. De curator heeft de rol waarin hij vanuit zijn taak steeds het initiatief neemt, niet de rechter-commissaris. Het strookt met het huidige systeem van de faillissementswet dat de *curator* de taak heeft te beoordelen of voldoende aanleiding bestaat de geconstateerde onregelmatigheden te melden bij de bevoegde instanties of om hiervan aangifte te doen. Met het oog op het nemo tenetur-beginsel zou zelfs voor de curator een 'duivels dilemma' kunnen ontstaan, indien de rechter-commissaris de curator een aanwijzing geeft aangifte te doen van informatie, waarvan de curator meent dat hij deze in strijd met dit beginsel heeft verkregen en derhalve slechts mag gebruiken voor geen ander doel dan de afwikkeling van het faillissement. Deze situatie zou zich goed onder het voorgestelde Voorontwerp kunnen voordoen, mede nu het nog onvoldoende duidelijk is welke informatie onder dit criterium valt.

Uit de MvT bij artikel 64 Fw volgt expliciet dat de rechter-commissaris in het algemeen geen medebeheer of opperbestuur voert.³⁵ De rechter-commissaris zou anders immers op de stoel van de curator gaan zitten en zo het beheer en beschikking over het faillissement gaan uitoefenen en dienovereenkomstig verantwoordelijkheid dragen. Daar heeft de wetgever logischerwijs uitdrukkelijk niet

voor gekozen. Naast de toezichthoudende taak heeft de rechter-commissaris weliswaar een bredere taak; namelijk (i) organisator van de verificatievergadering; (ii) bemiddelaar (bij conflicten over de erkenning van de vorderingen) en (iii) is hij beschikbaar voor overleg en advies³⁶, maar dat gaat niet zover dat de rechter-commissaris op de stoel van de curator gaat zitten. De rechter-commissaris is daarnaast ook geschillenbeslechter in het kader van artikel 69 Fw op grond waarvan schuldeisers en de gefailleerde tegen handelingen van de curator kunnen opkomen of van de rechter-commissaris een bevel kunnen uitlokken dat de curator juist een handeling verricht of nalaat. Dit artikel beoogt echter de curator onder voortdurende *controle* van hen in wier belangen hij is benoemd te stellen en kent deze bevoegdheid slechts toe om hen in de gelegenheid te stellen *invloed op de taak van de curator uit te oefenen*. Voor het geven van een bevel door de rechter-commissaris is dan ook slechts plaats indien de bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel betrokken belangen van de verzoeker als schuldeiser, door de voorgenomen handeling dreigen te worden geschaad.³⁷ Indien de rechter-commissaris de taak krijgt om de curator dwingend een aanwijzing te geven tot het doen van melden of aangifte, dan heeft dat niets meer van doen met de toezichthoudende of geschillen beslechtende taak van de rechter-commissaris, maar oefent hij zelf beheerstaken uit en heeft de curator daarin te gehoorzamen.

Kortom, het past veel meer in het systeem van de faillissementswet de curator te laten beoordelen of melding of aangifte geïndiceerd is. Ten behoeve van diens toezichthoudende taak dient de rechter-commissaris door de curator te worden geïnformeerd. Het sluit bij het huidige systeem aan dat bij het doen van melding dan wel aangifte in de wet wordt opgenomen dat hiervoor toestemming van de rechter-commissaris nodig is. Wij stellen daarom voor het voorgestelde artikel 68, lid 2 Fw als volgt te wijzigen:

'Daarbij beziet de curator of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot, alsmede of voldoende aanleiding bestaat deze te melden bij de bevoegde instanties of om hiervan aangifte te doen. Over deze bevindingen informeert hij de rechter-commissaris. Voor voormelde melding of aangifte behoeft de curator de machtiging van de rechter-commissaris.'

Door bovengenoemde wijziging in de wet op te nemen, is melding of aangifte doen een wettelijke taak van de curator en kan de rechter-commissaris hier, gelet op artikel 64 Fw

³⁵ S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet*, Deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 2.

³⁶ Zie R.D. Vriesendorp, 'De rechter-commissaris insolventies: quality proof?', *TvI* 2008/28, p. 193.

³⁷ HR 10 mei 1985, *NJ* 1985/791 en MvT van der Feltz (1994), p. 9.

actief toezicht op houden. Wij zouden er geen voorstander van zijn indien tegen deze machtiging hoger beroep zou openstaan. De appelbevoegdheid ex artikel 67 Fw komt in zijn algemeenheid toe aan de aanvrager van de beschikking, alsmede aan degene tegen wie de beschikking is gericht en die erdoor wordt bezwaard.³⁸ Hoger beroep van de beslissing aangifte te doen lijkt in strijd met artikel 161 Sv dat bepaalt dat een ieder die kennis draagt van een begaan strafbaar feit bevoegd is daarvan aangifte of klacht te doen. Daarnaast zou hoger beroep niet passend zijn omdat het OM op basis van het opportuniteitsbeginsel zelf beslist of al dan niet tot vervolging over wordt gegaan. Een eventuele beslissing van een civiele rechter in appèl dat geen aangifte mag worden gedaan hoeft het OM er dus niet van te weerhouden alsnog tot vervolging over te gaan. In de MvT zou wel opgenomen kunnen worden dat degene tegen wie de melding of aangifte is gericht door de curator voorafgaand aan de aangifte gelegenheid dient te worden geboden om de feiten waarop de voorgenomen melding of aangifte is gebaseerd te weerleggen.

3. Financiering

Curatoren worden betaald uit de boedel. In geval van fraude is de boedel vaak leeg. Voor veel curatoren is het gebrek aan bezoldiging van hun gemaakte uren een obstakel om actief aan fraudebestrijding te willen doen. De bestaande regelingen ondervangen niet in alle gevallen dit probleem. Wij bepleiten dan ook een verruiming van de garantstellingsregeling.

Financiering van het doen van aangifte

Voor het doen van aangifte van een vermoeden van fraude kan de curator aanspraak maken op de vergoedingsregeling curatoren bij een ontoereikende boedel, maar slechts in het geval de aangegeven zaak in opsporing wordt genomen. De uren die gemoeid zijn met de aangifte (tegen een tarief van € 180,- met een maximum van 5 uur) komen voor vergoeding in aanmerking, die van het vooronderzoek niet.³⁹ Dat betekent dat eerst indien het Openbaar Ministerie de zaak in opsporing neemt, de curator aanspraak kan maken op deze vergoedingsregeling.

Financiering van verhaal- en aansprakelijkheidsonderzoek en instellen rechtsvorderingen

Voor een onderzoek naar onregelmatigheden in het faillissement kan de curator een beroep doen op de Garantstellingsregeling curatoren 2012. Ingevolge artikel 2:138 / 248, lid 10 BW heeft de curator – in geval van een

ontoereikende boedel – de mogelijkheid om de Minister van Veiligheid en Justitie te verzoeken om hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen voor het instellen van een rechtsvordering op grond van artikel 2:138/248 BW, artikel 2:149/259 BW, artikel 2:9 BW of artikelen 42, 43 en 47 Fw dan wel voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.⁴⁰ De garantstellingsregeling⁴¹ stimuleert een curator met een lege boedel om actie te ondernemen en fungeert als preventief middel tegen misbruik van rechtspersonen. De garantstellingsregeling draagt bij aan het in stand houden van de economische en financiële ethiek ter waarborging van de reputatie en het vertrouwen in rechtspersonen in Nederland. Derhalve dient te worden opgemerkt dat de garantstellingsregeling niet alleen in het belang van faillissementscrediteuren is, maar dat deze regeling ook een maatschappelijk belang dient. De garantstellingsregeling is per 1 mei 2012 vereenvoudigd.⁴² De curator kan volstaan met het invullen van een korte vragenlijst bij aanvraag van een garantstelling. Voor vergoeding komen nu ook in aanmerking de door de curator reeds gemaakte kosten voor het opstellen van het verzoek en de kosten die direct zijn gerelateerd aan het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek.⁴³ In de praktijk ervaren wij dat de garantstellingregeling beter werkt, doordat de aanvraagprocedure een stuk is vereenvoudigd, de voorkosten worden vergoed en de aanvraag eerder wordt verleend.

Verruiming garantstellingregeling

De garantstelling wordt echter niet verleend indien uit het verzoek blijkt dat het gevraagde bedrag in geen redelijke verhouding staat tot het redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de curator verhaald kan worden. De curator komt dus niet voor financiering in aanmerking indien hij niet verwacht dat zijn inspanningen tot enig verhaal leiden. Indien de curator stuit op onregelmatigheden en de (feitelijke) bestuurders (in verband met onbehoorlijk bestuur) of de wederpartij van een paulianeus verrichte transactie bieden geen uitzicht

⁴⁰ De Garantstellingsregeling is per 1 mei 2012 gewijzigd. Een garantstelling wordt thans verstrekt op basis van een daartoe strekkende overeenkomst tussen de Staat en de curator.

⁴¹ Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2012, nr. 5725931/12, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling curatoren 2012).

⁴² Het verzoek van de curator behoeft goedkeuring van de rechter-commissaris. Deze behoeft zijn goedkeuring niet meer te motiveren. Voor het aanvragen van een verhoging is geen goedkeuring meer vereist.

⁴³ De garantstelling wordt verleend voor de duur van het faillissement, tenzij deze voortijdig wordt beëindigd.

³⁸ HR 6 oktober 2006, JOR 2006/281 en HR 10 mei 1985, NJ 1985/791.

³⁹ Zie de INSOLAD website (www.insolad.nl) waar een formulier kan worden gedownload.

op verhaal, dan kan de curator wegens gebrek aan middelen dus geen onregelmatigheidsonderzoek doen (en vervolgens een procedure starten). Deze uitkomst is onbevredigend in die gevallen dat de curator verwacht dat zijn inspanningen wel tot verhaal kunnen leiden, indien deze inspanningen zich zouden richten op vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad jegens de boedel dan wel jegens de gezamenlijke schuldeisers op degenen die betrokken zijn geweest bij de betreffende transactie die in strijd met artikel 42 of 47 Fw met de failliet zijn verricht. Voor deze acties kan de curator namelijk geen beroep doen op de Garantstellingsregeling. De garantstelling dekt dus niet in alle gevallen de kosten die de curator moet maken om fraude in de boedel effectief aan te pakken. Wij zien een eenvoudige oplossing van dit probleem door:

de toepasselijkheid van de garantstellingregeling te verruimen met vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad jegens de boedel dan wel jegens de gezamenlijke schuldeisers op iedere derde (dus niet beperkt tot de wederpartij van de transactie), die betrokken zijn geweest bij transacties die in strijd met artikel 42 of 47 Fw met de failliet zijn verricht.

Tevens is onbevredigend dat de garantstelling niet van toepassing is op een faillissement van een natuurlijk persoon. In die faillissementen kan de curator dus bij een lege boedel in het geheel geen onregelmatigheidsonderzoek verrichten, terwijl het Voorontwerp dat ook in een dergelijk faillissement juist beoogt.

Ook hier zou de garantstellingregeling kunnen worden verruimd door de regeling tevens van toepassing te verklaren op het faillissement van een natuurlijk persoon.

De grondslag van de regeling is immers niet alleen beperkt tot bestrijding van misbruik van rechtspersonen, maar is tevens gebaseerd op de artikelen 42, 43 en 47 Fw die zich ook richten op benadeling van crediteuren van een natuurlijk persoon. Bovendien voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te geven over de wijze van financiering van de werkzaamheden van de curator, als bedoeld in artikel 68, lid 2 Fw. De MvT merkt hierover op:

'In paragraaf e van het inleidende deel is al aangegeven dat het wetsvoorstel nauw aansluit bij de taken die de curator traditioneel toch al verricht, dat de extra inspanningen voor een melding aan de rechter-commissaris en – op diens instigatie – aan de bevoegde instanties een relatief eenvoudige handeling is waarvan de financiële consequenties verwaarloosbaar zijn. Dat ligt anders voor die gevallen waarin de rechter-commissaris een aangifte gelast. Met name bij lege boedels is de eventuele financiering dan een punt van aandacht. In de brief aan de Tweede Kamer van 26 november 2012 is als een van de financie-

ringsmogelijkheden genoemd een beperkte boedelafdracht via een degressieve staffel (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74). Over deze en andere financieringsmogelijkheden vindt nog overleg plaats met de stakeholders. In verband daarmee en om de nodige flexibiliteit te kunnen waarborgen, voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te kunnen geven over de wijze van financiering van de werkzaamheden van de curator, als bedoeld in art. 68 lid 2 Fw'.⁴⁴

Wij menen dat de extra financiering voor de inspanning van de curator niet gericht moet zijn op het enkel doen van aangifte, maar ook op het onregelmatigheid- en verhaalsonderzoek en het voeren van procedures ten behoeve van acties die uitzicht bieden op verhaal. Dit bevordert een effectieve civielrechtelijke fraudebestrijding en zal tevens ten goede komen aan het doen van meldingen en goed onderbouwde aangiftes waar het OM ook iets mee kan. Daarbij kan deze vorm van financiering gezien worden als een effectieve investering die in veel gevallen leidt tot terugbetaling van de opgenomen gelden onder de garantstellingen⁴⁵ en uitkering aan de benadeelde crediteuren ten laste van het vermogen van de aangesproken personen die de onregelmatigheden hebben veroorzaakt.

4. Aanbevelingen

Wij zien ook andere mogelijkheden voor een effectieve civielrechtelijke fraudebestrijding, alsook het doen van meldingen en aangiftes in de praktijk te bevorderen. Veel valt zo denken wij te bereiken via projecten zoals het Fraudespreekuur. De MvT zegt hierover:

'Een belangrijke factor voor het welslagen van de signalerende taak van de curator is een goede samenwerking in de driehoek curator-rechter-commissaris-OM/FIOD. Het wetsvoorstel voorziet in dat opzicht bewust in slechts enkele globale kaders, opdat de praktijk die zo flexibel en praktijkgericht mogelijk kan invullen. Het in Den Haag medio 2010 opgezette project 'faillissementsfraude – eenvoudige zaken' biedt daarvan een treffend en succesvol voorbeeld. Als onderdeel daarvan vindt daar onder leiding van de faillissements-rechter-commissaris vier keer per jaar een spreekuur voor curatoren plaats, waaraan ook de FIOD, de Belastingdienst, het OM en een lid van Insolad deelnemen, waar zowel civiel- als strafrechtelijke aspecten worden besproken, best practices worden uitgewisseld en het doen van aangiftes via de introductie van modelformulieren wordt gestandaardiseerd. Hierdoor geïnspireerd hebben ook

⁴⁴ Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), d.d. 21 februari 2014, p. 13 (MvT).

⁴⁵ S. Eikelenboom, 'Ruim 30 mln vloeit terug naar lege boedels door regeling voor curatoren, FD 10 oktober 2013.

mr. W.J.B. Van Nielen & mr. C.M. Derijks

elders in het land al vergelijkbare 'fraudesprekuren' plaatsgevonden. De Haagse pilot biedt een heel goed voorbeeld van de wijze waarop de samenwerking in de driehoek rechter-commissaris-curator-OM/FIOD geïnstitutionaliseerd en geoperationaliseerd kan worden. Vanzelfsprekend kan dat ook tot de nodige efficiencyvoordelen leiden, bijvoorbeeld waar het gaat om de standaardisering van een melding of aangifte, de veredeling ervan met relevante achtergrondinformatie en het benoemen van de opsporingscriteria en -prioriteiten. In de faillissementsfraudebrief van 22 december 2013 is een landelijke uitrol van de succesvolle Haagse pilot en vrijgemaakte politie- en vervolgingscapaciteit aangekondigd, met als streven realisatie in 2014 (Kamerstukken II 2013/14, 17 050, nr. 450).'

De primaire insteek van dit Fraudespreekuur – zoals dat in het arrondissement Den Haag vorm is gegeven – is primair het faciliteren van de curator bij zijn civielrechtelijke fraudebestrijding, tot welk belang ook kan behoren het entameren van een strafproces. Het spreekuur en de Haagse aanpak van kleinschalige faillissementsfraude bevorderen voorts het vertrouwen tussen curatoren en het Openbaar Ministerie, doordat curatoren ervaren dat het OM zaken daadwerkelijk oppakt en voor de strafrechter brengt.⁴⁶ Dit vergroot de meldingsbereid van curatoren. Van belang voor een succesvol fraudeaanpak is dan ook dat het OM in voorkomende gevallen daadwerkelijk aan de slag gaat met de melding van de curator.

Tot slot vatten wij hieronder de in dit artikel voorgestelde aanbevelingen kort samen:

1. De inlichtingenverplichting van de gewezen (feitelijke) bestuurder van een failliete rechtspersoon dient niet te worden beperkt tot degenen die een periode van 3 jaar voorafgaand aan het faillissement bestuurder zijn geweest.
2. De wetgever dient het nemo tenetur-beginsel als wettelijke waarborg op te nemen in de Faillissementswet.
3. Melding of aangifte doen wordt een wettelijke taak van de curator, maar het primaat voor melding of aangifte doen moet bij de curator liggen en niet bij de rechter-commissaris. Deze houdt hier toezicht op.
4. De toepasselijkheid van de Garantstellingregeling dient te worden verruimd met vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad jegens de boedel dan wel jegens de gezamenlijke schuldeisers op iedere derde (dus niet beperkt tot de wederpartij van de transactie), die betrokken zijn geweest bij transacties die in strijd met artikel 42 of 47 Fw met de failliet zijn verricht.

⁴⁶ In 2013 zijn 45 faillissementsfraudezaken voor de politierechter gebracht in Den Haag, voor de start van het project 'kleinschalige faillissementsfraude' in 2010 waren dat er nagenoeg geen.

5. De toepasselijkheid van de Garantstellingregeling dient te worden verruimd door de regeling tevens van toepassing te verklaren op het faillissement van een natuurlijk persoon.
6. Ieder arrondissement zou een fraudespreekuur moeten houden.