

168. De Wet versterking positie curator: financiering, het fraudespreekuur en nemo tenetur beginsel!¹

MR. W.J.B. VAN NIELEN

Op 26 november 2013 heeft het kabinet het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht aangekondigd. Het wetgevingsprogramma staat onder andere in het kader van fraudebestrijding. Daartoe zijn inmiddels twee wetten in werking getreden, namelijk het Civielrechtelijke bestuursverbod (in werking per 1 juli 2016) en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (in werking per 1 juli 2016). Op 21 maart 2017 heeft de Eerste Kamer het Wetsvoorstel versterking positie curator (in werking per 1 juli 2017) aangenomen. Met deze wet beoogt de wetgever een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude door de informatiepositie van de curator te verbeteren en een fraudesignalerende rol te institutionaliseren. Dit artikel gaat nader in op de deze nieuwe Wet versterking positie curator en de positie van de curator in de praktijk.

Inleiding

Op 26 november 2013 heeft het kabinet het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht aangekondigd. Het wetgevingsprogramma staat onder andere in het kader van fraudebestrijding. Daartoe zijn inmiddels twee wetten in werking getreden, namelijk het Civielrechtelijke bestuursverbod (in werking per 1 juli 2016)² en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (in werking per 1 juli 2016)³.

Op 21 maart 2017 heeft de Eerste Kamer het Wetsvoorstel versterking positie curator (in werking per 1 juli 2017) aangenomen.⁴ Bij de eerdere stemming over dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer zijn twee amendementen van de kamerleden Van Wijngaarden en Recourt aangenomen. Deze amendementen zien er kort gezegd op dat de inlichtingenplicht van derden jegens de curator ook geldt voor accountants(organisaties) en dat er na vier jaar een evaluatie van deze wet plaatsvindt, waarin in ieder geval inzichtelijk zal worden gemaakt tot welke toename van fraudemeldingen de versterking van de positie en de fraudesignalerende taak van de curator heeft geleid. Met deze wet beoogt de wetgever een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude door de informatiepositie van de curator te verbeteren en een fraudesignale-

rende rol te institutionaliseren.⁵ Hoewel aan de curator een nieuwe rol wordt toebedeeld, geeft de wetgever aan geen afbreuk te willen doen aan zijn primaire taak. De kerntaak van de curator blijft beheerder en vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren. Tot slot benadrukt de wetgever dat een goede 'samenwerking' tussen curator en het OM van belang is. Maar hoe krijgt dit vorm in de praktijk? In dat kader rijst ook de vraag in hoeverre de curator bij het afdwingen van (en gebruik van informatie op grond van) de inlichtingenplicht, rekening dient te houden met het recht van (de bestuurder van) een failliet om bij verdenking van strafbare feiten niet mee te hoeven werken aan zijn eigen veroordeling (het 'nemo tenetur' beginsel). Hoe ziet de wetgever dit in het kader van deze nieuwe Wet versterking positie curator?

De kern van het wetsvoorstel is – naast hercodificatie van de informatieplicht van de failliet – het verankeren van de fraude signalerende taak van de curator.

De fraude signalerende taak van de curator

De kern van het wetsvoorstel is – naast hercodificatie van de informatieplicht van de failliet – het verankeren van de fraude signalerende taak van de curator. Hij krijgt een plicht om onregelmatigheden te signaleren, dat wil zeggen onregelmatigheden te onderzoeken, en, zo hij of de rechter-

1 Dit artikel is een bewerking en update van het artikel van ondergetekende in TvBS&H september 2016, nr. 3. Zie eerder over dit onderwerp in «FIP», mr. J.M. Vermaire, mr. R.M. Luijckx, «FIP» 2016 (2), 84 art. – Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator.

2 Stb. 2016, 153

3 Stb. 2016, 154

4 Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 2.

5 Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 2.

commissaris dit nodig acht, daarvan melding te maken of aangifte te doen bij de bevoegde instanties.⁶ De wettelijke verankering van deze meldplicht laat zich verklaren door het beeld dat curatoren weinig strafbare feiten zouden melden.⁷ Het feit dat curatoren niet vaker strafbare feiten zouden melden is ook niet onbegrijpelijk. Los van de lege boedelproblematiek, laat het de frustratie van curatoren zien als gevolg van het niet oppakken (maar ook het niet terugkoppelen) door het OM van hun meldingen en aangiftes. Inmiddels is een kentering waar te nemen: het aantal meldingen en aangiftes groeit en vooral ook jongere curatoren zijn gemotiveerd om onderzoek te doen naar onregelmatigheden en deze onregelmatigheden civielrechtelijk aan te pakken, en bovendien daarvan melding of aangifte te doen bij de bevoegde instanties.⁸

	Meldingen curatoren	Politie	FIOD
2012	297	221	76
2013	385	274	111
2014	431	306	125
2015	449	278	171
Totaal	1.562	1.073	489

Tabel 1: Meldingen faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude

Hoewel het wetsvoorstel de titel draagt 'Wet versterking positie curator', ziet een belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel op een versterking van de fraudesignalerende rol van de curator. Een dergelijke meld- en aangifteplicht versterkt natuurlijk de positie van de curator niet, maar dient om de opsporingsdiensten (politie en FIOD) en het OM te faciliteren in hun taak om de meldingen inzichtelijk te krijgen en deze aangiftes op te pakken. Daar hoeft op zich niets mis mee te zijn, ware het niet dat een deel van de meldingen van de curatoren niet kan worden opge-

pakt.⁹ Wel is het zo dat er bij meer meldingen van faillissementsfraude door curatoren betere keuzes kunnen worden gemaakt. Door prioritering kunnen zaken worden uitgekozen waar het strafrecht ook echt iets toevoegt. De melding heeft dus niet alleen een kwantitatieve functie, maar ook een kwalitatieve functie, namelijk in die zin dat de meldingen onderling kunnen worden vergeleken en vervolgens dat de meest aangewezen zaken kunnen worden opgepakt.¹⁰ Een deel van de toename van het aantal meldingen zal toe te schrijven zijn aan de instelling van het fraudespreekuur, dat inmiddels in (nagenoeg) alle arrondissementen is opgestart.

Hoewel het wetsvoorstel de titel draagt 'Wet versterking positie curator', ziet een belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel op een versterking van de fraudesignalerende rol van de curator

De regionale fraudespreekuren

Het fraudespreekuur vindt plaats onder leiding van een coördinerend faillissements-rc en wordt bijgewoond door de fraudeofficier van justitie, een FIOD-rechercheur, een medewerker van de Belastingdienst en een curator die is gespecialiseerd in fraude faillissementen. In sommige arrondissementen schuift ook de politie aan en wordt het UWV via de Belastingdienst betrokken. Curatoren met zowel civiel- als strafrechtelijke vragen aangaande faillissementsfraude kunnen hun casus voorleggen die gedurende het spreekuur wordt besproken. Het doel van het spreekuur is om de curator te informeren en te adviseren over de door hem geconstateerde onregelmatigheden en de mogelijkheden de schade die het gevolg is van deze onregelmatigheden te verhalen op de aansprakelijke personen.¹¹ Tevens stellen curatoren vragen over het doen van aangiftes en of een zodanige aangifte wel of niet door de FIOD dan wel de politie kan worden opgepakt. Bij het Haagse fraudespreekuur – dat vanwege haar succes navolging heeft gekregen in de andere arrondissementen – heeft dit ertoe geleid dat nagenoeg alle (vijftig) aangiftes hebben geleid tot een strafrechtelijke vervolging.

6 De curator dient te bezien of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening van de boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Vervolgens moet hij de rechter-commissaris(rc) hierover vertrouwelijk informeren. Zie hierover ook W.J.B. van Nielen, C.M. Derijk 'De curator als civiele fraudebestrijder, Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude, *TvBS&H* (1) nr. 1 en R.F. Feenstra, 'Bestrijding van faillissementsfraude, op zoek naar het juiste spoor', *Tv* 2015/14, p. 9, alsmede W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding', *Tv* 2013/2.

7 Vergelijk de toelichting bij de praktijkregels van INSOLAD uit 2011: '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.' Als regel is in de Praktijkregels opgenomen: '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.'

8 Begin 2012 is het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude ingericht bij de FIOD, CT Noord en Oost Nederland te Zwolle, taakaccenthouder faillissementsfraude. In 2012 kwamen 244 meldingen binnen. Onderstaande tabel is gebaseerd op de meldingen die het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude heeft ontvangen, zie *Kamerstukken I* 2015/16, 33 994, E, p. 2.

9 C.M. Hilverda, 'De publiek-publieke en publiek-private samenwerking ter bestrijding van faillissementsfraude', *NJB* 2016/997; *Kamerstukken I* 2015/16, 33 994, nr. C; Zo zijn er bij de overheid wel tweehonderd veelplegers bekend, waarvan slechts een beperkt aantal kan worden aangepakt.

10 Door de melding kunnen ook zaken in zicht komen die allen betrekking hebben op dezelfde verdachte en aldus kunnen worden samengevoegd.

11 J.C. Reddingius, 'Haags project 'Bestrijding eenvoudige Faillissementsfraude', *TBS&H* 2014, af I(1), p. 3-8.

De landelijke uitrol van de fraudesprekuren wordt (meer op landelijk niveau) ondersteund door medewerkers van het OM, FIOD, Recofa en curatoren

De landelijke uitrol van de fraudesprekuren wordt (meer op landelijk niveau) ondersteund door medewerkers van het OM, FIOD, Recofa¹² en curatoren. Vanuit Recofa wordt de uitrol van het fraudesprekuren onder meer bevorderd door – op initiatief van de voorzitter van Recofa¹³ – de instelling van regionale kennisnetwerken waarbij een coördinerend fraude-rc en twee fraudecuratoren in elk arrondissement worden aangewezen.

Kennis Platform faillissements-fraude.nl

Het Kennisplatform faillissements-fraude.nl¹⁴ organiseerde op 14 oktober 2016 de Landelijke Cursus Fraudesprekuren waarin de uitrol van het fraudesprekuren centraal stond. Ter voorbereiding van de Landelijke Cursus Fraudesprekuren werd een enquête onder de panelleden gehouden om zodoende de knelpunten in kaart te brengen en oplossingen te kunnen aandragen. Tijdens deze dag waren 60 deelnemers aanwezig, waarvan de meeste afkomstig waren uit het panel van de regionale fraudesprekuren. Vanuit elke stakeholder (justitie, politie, Belastingdienst, FIOD, curatoren en rechter-commissarissen) waren ongeveer tien deelnemers aanwezig. Uit deze dag kwam onder meer het volgende naar voren:

- een breed draagvlak werd gesignaleerd voor het behoud van het regionale karakter van het fraudesprekuren;
- met het oog op de continuïteit van het fraudesprekuren werd erkend dat een professionaliseringsslag nodig is, die onder meer zou kunnen zien op het verbreden en verdiepen van kennis onder de bij het fraudesprekuren betrokkenen, het vastleggen van een eenvormige werkwijze en het op één plek verzamelen van best practices die voor de bij het fraudesprekuren betrokkenen toegankelijk zijn;
- het fraudesprekuren kan volgens de aanwezigen een bredere rol vervullen onder meer bij de aanpak van veelplegers van faillissementsfraude en het inzichtelijk maken van het netwerk van deze veelplegers;
- aandacht was er ook voor het onderzoeken van de digitale mogelijkheden die de ontwikkeling binnen KEI kan bieden.

Het Platform faillissementsfraude heeft een expert-groep geformeerd bestaande uit vertegenwoordigers van het OM, FIOD, fiscus, curatoren en Recofa voor onder meer het opstellen van een eenvormige werkwijze, het adviseren over

het verbreding van het fraudesprekuren en het verzamelen van de best practices voor de panelleden van het spreken.

Nemo tenetur

Deze expert-groep zal onder meer aandacht moeten besteden aan het recht van de failliet/bestuurder om niet gedwongen te worden mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Dit betreft het zogenoemde ‘nemo tenetur’ beginsel, waarvan het Europese Hof van de Rechten van de Mens (‘EHRM’) heeft geoordeeld dat dit onder het in artikel 6 EVRM neergelegde recht op een eerlijk proces valt¹⁵. De vraag is hoe het nemo tenetur beginsel zich verhoudt tot de inlichtingenplicht ex artikel 105 en 106 Fw.

De vraag is hoe het nemo tenetur beginsel zich verhoudt tot de inlichtingenplicht ex artikel 105 en 106 Fw

Afgezien van het feit dat niet-nakoming van de inlichtingenplicht strafbaar is (art. 194 Sr), kan nakoming van de inlichtingenplicht worden afgedwongen door inbewaaringstelling (art. 87, eerste lid, Fw). In het geval de inlichtingenplicht leidt tot het verstrekken van informatie die betrekking heeft op strafbare feiten (zoals fraude) blijft de bestuurder verplicht tot het geven van inlichtingen. Dit geldt ook in het geval dat de curator inlichtingen verlangt omtrent feiten waarvan hij voornemens is aangifte te doen tegen de bestuurder. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de inlichtingenplicht ook in dat geval overeind blijft, omdat het uitoefenen van dwang door middel van gijzeling geen punitief karakter heeft, maar erop gericht is de inlichtingenplichtige ertoe te bewegen te voldoen aan de inlichtingenplicht.¹⁶ In zijn arresten van 12 juli 2013 en 24 januari 2014 heeft de Hoge Raad onder verwijzing naar recente en oudere rechtspraak van het EHRM echter geoordeeld dat deze inlichtingenplicht niet *onvoorwaardelijk* kan worden afgedwongen.¹⁷ Volgens het EHRM wordt artikel 6 EVRM geschonden indien nakoming van de inlichtingenplicht wordt afgedwongen zonder (wettelijke) waarborg dat de aldus afgedwongen inlichtingen niet tegen de inlichtingenplichtige zullen worden gebruikt in een *strafzaak* over die feiten.¹⁸ Volgens het EHRM bestaat de noodzaak tot de (wettelijke) waarborg in het geval niet kan worden uitgesloten dat deze inlichtingen in een ‘criminal charge’ tegen de inlichtingenplichtige worden gebruikt. Deze noodzaak is er niet ten aanzien van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat.¹⁹

12 Landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling.

13 Mr. M.H.F. (Marten) van Vugt, rechter-commissaris te Utrecht.

14 Ondergetekende heeft samen met Joyce Verhaert in 2015 het kennisplatform faillissementsfraude opgericht (www.faillissements-fraude.nl). Het kennisplatform biedt naast cursussen en netwerkbijeenkomsten ook een specialisatieopleiding ‘Integrale aanpak faillissementsfraude aan’.

15 EHRM 25 februari 1993, L/N AW 2060, (Funke/Frankrijk).

16 Zie HR 18 september 2009, NJ 1999/561, m.nt. J.W. Zwemmer; HR 24 januari 2014, «JOR» 2014/251, m.nt. W.J.B. van Nielen; Zie tevens uitgebreid C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, Onderneming & Recht deel 53, Deventer: Kluwer, p. 75.

17 HR 24 januari 2014, r.o. 3.7, «JOR» 2014/251, m.nt. W.J.B. van Nielen.

18 EHRM 17 december 1996, no. 1987/91 (Saunders/United Kingdom).

19 Denk bijvoorbeeld aan (schriftelijke) verklaringen van de inlichtingen-

De Hoge Raad constateert dat het Nederlandse recht een dergelijke (wettelijke) waarborg niet bevat. In beide arresten van de Hoge Raad is geoordeeld dat de rechter een hierop gerichte clausulering aan zijn uitspraak, omtrent (het ontslag uit) de inbewaringstelling dient te verbinden. Die clausulering bestaat in het geval van een in bewaring gestelde (bestuurder van de rechtspersoon-) gefailleerde hierin – aldus de Hoge Raad – dat aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit verzekerde bewaring, de restrictie wordt verbonden dat materiaal dat afhankelijk van de wil van de inlichtingenplichtige bestaat, uitsluitend mag worden gebruikt ten behoeve van beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement.²⁰ Indien die inlichtingen desondanks zouden worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning, 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.²¹

Het EHRM verlangt in het kader van artikel 6 EVRM dat de lidstaat door middel van gerichte regelgeving dient te voorzien in een wettelijke waarborg dat de aldus afgedwongen inlichtingen niet tegen de inlichtingenplichtige worden gebruikt in een strafzaak

In de laatste memorie van antwoord bij het wetsvoorstel stelt de Minister van Veiligheid & Justitie in dit kader dat: *“het verbod van gedwongen zelfincriminatie met in de wet staat aan een algemene inlichtingenplicht van failliet jegens curator. Het nemo tenetur-beginsel komt pas in beeld als het tot een straf en volging komt. Het stelt daarbij grenzen aan de wijze waarop bepaalde bewijsstukken al dan niet mogen worden gebruikt. De uit artikel 6 EVRM voortvloeiende fundamentele rechten van betrokkene, met inbegrip van het nemo tenetur-beginsel, worden ten volle verzekerd door de (straf)rechter. Dit wetsvoorstel laat die rechtsstatelijke waarborg onverlet”*.²²

Een kanttekening is hier op zijn plaats.²³ Het EHRM verlangt in het kader van artikel 6 EVRM dat de lidstaat

plichtige, maar ook ander materiaal kan onder omstandigheden onder wilsafhankelijk materiaal worden verstaan. Zie hierover HR 24 januari 2014, r.o. 3.7, «JOR» 2014/251, m.nt. W.J.B. van Nielen en W.J.B. van Nielen, C.M. Derijks, 'De curator als civiele fraudebestrijder', Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude, *TvBS&H* (1) nr. 1 en de daar genoemde literatuur.

20 Het afdwingen van materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte (terwijl niet kan worden uitgesloten dat dit materiaal in een 'criminal charge' tegen de verdachte wordt gebruikt) levert uitdrukkelijk geen schending van het nemo tenetur beginsel op.

21 HR 24 januari 2014, «JOR» 2014/251, m.nt. W.J.B. van Nielen.

22 Kamerstukken I 2016/17, 34 253, C, p. 3.

23 Zie hierover ook R.J. van Galen, 'De wet versterking positie curator, Wordt hierdoor faillissementsfraude beter aangepakt?', in *Tijdschrift Onderneming & Strafrecht in Praktijk*, september 2014, nr. 5/6.

door middel van gerichte regelgeving dient te voorzien in een wettelijke waarborg dat de aldus afgedwongen inlichtingen niet tegen de inlichtingenplichtige worden gebruikt in een strafzaak. Zoals de Hoge Raad stelt, ontbreekt in de Nederlandse regelgeving een dergelijke waarborg.²⁴ Het is de vraag of de door de Hoge Raad aangereikte waarborg (de eerder genoemde restrictie dat de wilsafhankelijke inlichtingen uitsluitend mogen worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement) in overeenstemming is met de EHRM-jurisprudentie.²⁵ Het verdient aanbeveling dat de wetgever deze onzekerheid wegneemt en voorziet in een wettelijke waarborg.

De waarborg die de Hoge Raad biedt – en die door de feitenrechter als restrictie in zijn uitspraak over (ontslag uit de) inbewaringstelling moet worden opgenomen – voorziet erin dat het door de curator afgedwongen materiaal enkel mag worden gebruikt ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement. In de literatuur wordt opgemerkt dat de curator door deze uitspraak een zekere zorgplicht jegens de (bestuurder van de) gefailleerde heeft om diens afgedwongen verklaring niet zomaar openbaar te maken (zoals het opnemen in een openbaar verslag).²⁶ De curator doet er in elk geval verstandig aan de door hem afgedwongen wilsafhankelijke inlichtingen apart te administreren en informatie aan het Openbaar Ministerie slechts desgevorderd te verstrekken. Het Openbaar Ministerie en de FIOD kunnen immers informatie op grond van art. 96a jo. art. 96a Sv. bij de curator – ook bij gelegenheid van de aangifte – in beslag nemen, waarna de curator verplicht is de informatie te verstrekken.

Financiering van de curator: de Garantstellingsregeling Curatoren

Een noodzakelijke voorwaarde voor een succesvolle civiele (fraude)aanpak door de curator is dat de curator hiervoor wordt gefinancierd. Dit kan handen en voeten krijgen door de Garantstellingsregeling Curatoren te verruimen.²⁷ De Garantstellingsregeling ('GSR')²⁸ houdt in dat de curator

24 Zie W.J.B. van Nielen, C.M. Derijks, t.a.p., waarin een wettelijke waarborg wordt voorgesteld.

25 Zie W.J.B. van Nielen, C.M. Derijks, t.a.p., waarin literatuur wordt besproken die deze vraag negatief beantwoordt op grond van de EHRM jurisprudentie.

26 R. Mulder, "It takes two to tango": Informatieverschaffing door gefailleerde aan de curator en van de curator aan gefailleerde, in: *De curator en informatie*, INSOLAD Jaarboek 2013, p. 1 e.v.

27 De Minister gaf aan dat een curator mogelijk een vordering op een failliete onderneming of bestuurder door een derden kan laten financieren, waarbij de curator vervolgens aanspraak maakt over het gedeelte dat in de boedel komt te vallen en het deel dat aan die financier toekomt, Kamerstukken II 2016/17, 34 253, nr. 13, p. 14.

28 Regeling van de Minister van Veiligheid & 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). Zie hierover W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding', *Tv* 2013/2.

– in geval van een ontoereikende boedel – de mogelijkheid heeft om de Minister van Veiligheid & Justitie te verzoeken om hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen voor: (i) het instellen van een rechtsvordering op grond van artikel 2:138/248 BW, artikel 2:149/259 BW, artikel 2:9 BW (bestuurdersaansprakelijkheid) of de artikelen 42, 43 en 47 Fw (faillissementspauliana) dan wel (ii) voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.²⁹

De GSR kan worden verruimd:³⁰

1. 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 betreffende (rechts)handeling), die betrokken is geweest bij de door de curator geconstateerde onregelmatigheden;
2. door de regeling tevens van toepassing te verklaren op het faillissement van een natuurlijk persoon.

Tijdens het wetgevingsoverleg van 12 december 2016 heeft het Tweede Kamerlid mevrouw Gesthuizen in dit kader een motie ingediend, welke luidt:

*“dat verschillende betrokkenen en deskundigen uit het veld van fraudebestrijding en de afwikkeling van faillissementen laten weten dat het in het belang van gedupeerden van faillissementsfraude goed zou zijn als de Garantstellingsregeling voor curatoren voortaan niet alleen toegankelijk is voor declaraties in zaken die vallen onder de noemer actio Pauliana, maar ook voor declaraties in zaken rondom andere acties waartuit activa voor de boedel kunnen worden verkregen, met name acties uit onrechtmatige daad jegens derden die bij de onrechtmatige benadeling van faillissementsschuldeisers zijn betrokken; verzoekt de regering, te onderzoeken of een dergelijke uitbreiding wenselijk en mogelijk is”.*³¹

Deze motie is vervolgens aangenomen. In antwoord op deze motie herhaalde de toenmalige Minister van Veiligheid & Justitie de strekking van de motie, namelijk dat ‘de regering wordt verzocht om de garantstellingsregeling uit te breiden voor andere vormen van acties die worden ondernomen’. De Minister stelt dat hij niet kan bevestigen of ontkennen of dit een probleem, of een oplossingsrichting zou zijn, maar dat hij het meeneemt in zijn gesprekken met een aantal stakeholders.

De GSR is gericht op het terughalen of binnenhalen van activa, hetgeen doorgaans een onregelmatigheidsonderzoek omvat

De GSR is gericht op het terughalen of binnenhalen van activa, hetgeen doorgaans een onregelmatigheidsonderzoek omvat. Indien daaruit het vermoeden ontstaat dat een strafbaar feit is gepleegd, kan daaruit in bepaalde gevallen tevens een melding c.q. aangifte worden gedaan. De GSR bevordert een effectieve civielrechtelijke fraudebestrijding en zal dus tevens ten goede komen aan het doen van meldingen en goed onderbouwde aangiften waar het Openbaar Ministerie ook iets mee kan. Daarbij kan deze vorm van financiering gezien worden als een *effectieve investering* die na toekenning in veel gevallen leidt tot terugbetaling van de opgenomen gelden onder de garantstellingsregeling en uitkering aan de benadeelde crediteuren ten laste van het vermogen van de aangesproken personen die de onregelmatigheden hebben veroorzaakt.³²

De informatiepositie van de curator zou worden versterkt indien een EVRM-bestendige wettelijke waarborg in het leven wordt geroepen dat (onder meer) door de curator afgedwongen inlichtingen niet tegen de inlichtingenplichtige in een strafzaak worden gebruikt

In de literatuur is al eerder geconstateerd dat het Wetsvoorstel versterking positie curator de curator opzadelt met nieuwe taken waarvoor tot op heden geen financieringsmogelijkheden zijn.³³ Dat is de wetgever niet ontgaan, die de mogelijkheden van financiering voor deze extra taken in onderzoek heeft.³⁴ Zoals gezegd, kan en mag dit niet ten koste gaan van de financiering van de *civielrechtelijke* aanpak van fraude door de curator. Dat is ook niet nodig omdat deze civielrechtelijke aanpak de strafrechtelijke juist faciliteert zoals de praktijk en de fraudespreekuren laten zien.

Tot besluit

De integrale aanpak van faillissementsfraude wordt in de praktijk vorm gegeven door verschillende initiatieven, onder meer door de regionale fraudespreekuren. Daarbij is een sterke en duidelijke positie van de curator zowel finan-

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

30 Zie over dit voorstel tot verruiming van de GSR, W.J.B. van Nielen, C.M. Derijks t.a.p.

31 Kamerstukken II 2016/17, 34 253, nr. 12.

32 S. Eikelenboom, ‘Ruim 30 mln vloeit terug naar lege boedels door regeling voor curatoren, *FD 10 oktober 2013*; Zie ook Rijksjaarverslag 2015 VI Veiligheid en Justitie waaruit blijkt dat curatoren de weg naar het GSR steeds beter weten te vinden. Op dit moment staat er voor ruim € 20 miljoen uit aan openstaande garanties.

33 Van Enckevort wijst erop dat de overlap tussen het onderzoek dat de curator vergoed wil hebben in het licht van de aanpak van fraude (door middel van het bestuursverbod) en het verhaalsonderzoek dat de curator doet in het kader van paulianeus handelen een obstakel vormt. Hij vraagt zich in dat verband af welk deel van de verbruikte middelen door het GSR wordt vergoed, zie C.V. van Enckevort, ‘De curator als private partner van het Openbaar Ministerie?’, *TvC 2016*, nr. 1 februari, p. 21.

34 Kamerstukken II 2014/15, 34 011, nr. B, p. 4.

cieel (door verruiming van de GSR) als juridisch essentieel. De informatiepositie van de curator zou worden versterkt indien een EVRM-bestendige wettelijke waarborg in het leven wordt geroepen dat (onder meer) door de curator afgedwongen inlichtingen niet tegen de inlichtingenplichtige in een strafzaak worden gebruikt. Curatoren zullen zich voorts in toenemende mate bewust moeten worden van de zorgvuldigheid die van hen mag worden verlangd

bij het afdwingen van inlichtingen en bij het vervolgens afgeven van deze informatie aan het Openbaar Ministerie respectievelijk de FIOD.

Over de auteur

Mr. W.J.B. van Nielen

Advocaat en partner bij Recoup Advocaten te Utrecht.