

## Tijdschrift voor Insolventierecht, Cloud computing in faillissement en surseance: Beter één administratie in de hand dan tien in de lucht?

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	Tvl 2013/39	Bijgewerkt tot:	07-10-2013
Auteur:	F.B. Bosvelt en A.R. van Oijen		

### Cloud computing in faillissement en surseance: Beter één administratie in de hand dan tien in de lucht?

Administratie in de cloud: Over de curator en bewindvoerder, de bestuurder en de provider<sup>[1]</sup>

#### Samenvatting

Ondernemingen voeren hun administratie steeds vaker in de cloud. Cloud computing is sterk concurrerend wat betreft kosten, schaalbaarheid en toegankelijkheid. Daartegenover staat dat een onderneming voor de toegang tot haar administratie afhankelijk wordt van de cloud provider. Hiermee krijgen ook de bewindvoerder in surseance en de curator in faillissement te maken. In dit artikel wordt onderzocht welke mogelijkheden zij hebben om toegang tot de administratie in de cloud te krijgen en te houden en wordt een drietal suggesties gedaan om de daarbij geconstateerde knelpunten in het kader van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht te adresseren.

#### 1. Inleiding

Steeds vaker wordt de digitale administratie van een onderneming in de cloud gevoerd. Met 'in de cloud' bedoelen wij het centraal bij een partij (de provider) onderbrengen van gegevens (data) en/of applicaties, terwijl de verbinding daarmee via internet gaat. Een groot voordeel is dat de administratie vanaf op internet aangesloten apparaten overal ter wereld beschikbaar gemaakt kan worden. Het meest voor de hand liggende nadeel is dat een onderneming voor de toegang tot de eigen administratie afhankelijk van haar provider is. Dat is bezwaarlijk omdat het enerzijds vanwege gebrek aan standaardisatie vaak lastig is om van provider te wisselen en anderzijds de toegang tot de eigen data veelal direct gekoppeld is aan toegang tot de applicaties. Bovendien is het verplaatsen van data náár de cloud doorgaans relatief eenvoudig, maar het weer exporteren van data uit de cloud is dat allerminst. Deze situatie wordt ook wel de *supplier lock-in* genoemd.<sup>[2]</sup>

Wanneer een provider bijvoorbeeld bij wanbetaling de dienstverlening opschort, wordt de administratie ontoegankelijk en de bedrijfsvoering schier onmogelijk. Ook de bewindvoerder bij surseance van betaling en de faillissementscurator krijgen steeds vaker te maken met *cloud computing* en dus deze *supplier lock-in*. Zij zullen zich moeten beraden over hun positie ten opzichte van de provider.

Illustratief in dat kader is de casus van een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 26 maart 2013.<sup>[3]</sup> Circa twee weken na het faillissement van haar klant beëindigt de provider de dienstverlening vanwege een betalingsachterstand. Provider Vict bood weliswaar aan om een schijf met 'ruwe data' aan de curator van Retera te geven, maar zonder toegang tot de (cloud)software kon de curator daar niets mee. In de procedure vorderde de curator dat de provider hem om niet of tegen een (zeer) lage vergoeding weer toegang tot de software en daarmee de administratie van zijn failliet zou verlenen. Het hof oordeelde dat de provider de door de curator verlangde werkzaamheden niet hoeft te verrichten zonder daarvoor een commerciële vergoeding te mogen vragen.

Dit arrest is voor ons de aanleiding om het juridische kader voor de curator en bewindvoerder te onderzoeken wanneer zij een digitale administratie in de cloud aantreffen. Welke mogelijkheden hebben de curator en bewindvoerder om de administratie onder zich te nemen of te krijgen en toegankelijk te houden? Wij gaan daarbij eerst in op de taak van de curator en bewindvoerder (par. 2) en dan op de verplichtingen van de bestuurder naar

huidig recht (par. 3). In die paragraaf bespreken wij de administratie-, bewaar- en afgifteplicht en de relevante strafrechtelijke normen. Vervolgens behandelen wij de verhouding tussen de curator en bewindvoerder enerzijds en de ICT-dienstverlener anderzijds (par. 4). In de concluderende par. 5 bespreken wij enkele knelpunten in het huidige recht. Daarbij onderzoeken wij in hoeverre in het kader van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht deze knelpunten lijken te worden aangepakt en doen wij een drietal suggesties.

## 2. De taak van de curator en de bewindvoerder

De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 Fw). Zonder de administratie van de schuldenaar kan de curator deze taak niet naar behoren uitoefenen. De curator is op grond van art. 92 Fw gehouden direct na zijn aanstelling de administratie onder zich te nemen. Het doel van dit artikel blijkt duidelijk uit de wetsgeschiedenis:

“Het is van het grootste belang dat de schuldenaar terstond de gelegenheid ontnomen worde om de boeken alsnog te wijzigen of bij te werken.”<sup>[4]</sup>

Ook uit Praktijkregel 9.3 volgt dat de curator ‘*de administratie zo spoedig mogelijk na zijn benoeming veilig [dient] te stellen*’.<sup>[5]</sup> De curator is echter niet verplicht om alle administratie onder zich te nemen. Hij mag een selectie maken van de stukken die hij onder zich neemt.<sup>[6]</sup>

In de praktijk zal de curator ook de digitale administratie moeten veiligstellen. Als deze digitale administratie op een computer of server van de schuldenaar staat, zal dit relatief eenvoudig (door een deskundige) te doen zijn. Veelal zal de curator dan een kopie (laten) maken. De toelichting bij Praktijkregel 9.3 stelt dat ‘*als het netwerk van de gefailleerde “down” is, de administratie niet of slechts tegen grote kosten toegankelijk is*’. Dit lijkt een aansporing voor curatoren om kort na het faillissement (als het netwerk meestal nog operationeel is) een kopie te (laten) maken. Als de schuldenaar de digitale administratie in de cloud voert, verandert dit niets aan de verplichting van de curator. De curator dient ook deze informatie veilig te stellen. Dat kan door de administratie uit de cloud te halen of te zorgen dat de administratie in de cloud toegankelijk blijft. De curator zal (zeker als de inlogmogelijkheid is afgesloten) zonder (zo nodig in rechte afgedwongen) hulp van de provider weinig kunnen uithalen. Als de curator de digitale administratie onder zich neemt door deze uit de cloud te laten halen of zorgt dat hij exclusieve toegang tot de cloud houdt, al dan niet door de overeenkomst ex art. 37 Fw gestand te doen, dan zijn de kosten die hij hiervoor maakt boedelschuld.<sup>[7]</sup>

De taak van de bewindvoerder is een geheel andere. De bewindvoerder wordt benoemd om ‘*met de schuldenaar het beheer over diens zaken te voeren*’, aldus art. 215 lid 2 Fw. De bewindvoerder moet zich daarbij laten leiden door de belangen van crediteuren.<sup>[8]</sup> Zoals Leuftink stelt, moet de bewindvoerder het tot de boedel behorende actief en passief in kaart brengen en toezien op het voeren van een toereikende administratie over de boedelperiode. Als sprake is van digitale administratie (in de cloud), dan kan het in zijn taak passen dat de bewindvoerder een kopie van die administratie per datum surseance veiligstelt. De fysieke administratie hoeft de bewindvoerder echter nog niet veilig te stellen. De bewindvoerder (die veelal ook de pet van beoogd curator op heeft) ziet er wel op toe dat de administratie niet wordt gewijzigd of weggemaakt. De onderneming kan tijdens surseance doorgaans slechts worden voortgezet zolang ook de digitale administratie beschikbaar is en adequaat wordt bijgewerkt.

Als de bewindvoerder constateert dat geen sprake is van een toegankelijke en adequate (digitale) administratie of de administratie niet langer deugdelijk kan worden gevoerd, zal dit in veel gevallen leiden tot een tussentijdse beëindiging van de surseance. Zonder toegankelijke administratie is immers de toestand van de boedel niet inzichtelijk, terwijl een bewindvoerder geen negatieve boedel mag laten ontstaan. Of in de woorden van Leuftink:

“Een negatieve boedel mag in een surséance niet voorkomen: dreigt een boedeldeficit in te treden, dan is het in beginsel de hoogste tijd voor omzetting in faillissement, terwijl in geen geval nog nieuwe boedelschulden mogen ontstaan.”<sup>[9]</sup>

Zonder een adequate toegankelijke (digitale) administratie en dus afdoende kennis over de toestand van de boedel kan de bewindvoerder in beginsel niet verantwoord voortzetten.<sup>[10]</sup> De bestuurder zal dan ook veelal het nodige doen om de bewindvoerder toegang tot alle gevraagde informatie te verschaffen.

### 3. De verplichting van de bestuurder<sup>[11]</sup> naar huidig recht

#### 3.1 De administratie- en bewaarplicht

Op grond van art. 2:10 lid 1 BW is het bestuur gehouden om *'van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren (...) dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend'*. De civiele administratie dient drie hoofddoelen. Een goede administratie is noodzakelijk 1. om een onderneming te kunnen besturen; 2. om die onderneming te laten functioneren; en 3. voor de interne en externe verantwoording.<sup>[12]</sup>

Naast de administratieplicht volgt uit art. 2:10 lid 1 BW dat het bestuur gehouden is de tot de administratie *'behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend'*. Deze boeken, bescheiden en andere gegevensdragers moet het bestuur gedurende zeven jaar bewaren (art. 2:10 lid 3 BW). Het bestuur mag opgeslagen gegevens op een andere gegevensdrager overbrengen en bewaren *'mits de overbrenging geschiedt met juiste en volledige weergave der gegevens en deze gegevens gedurende de volledige bewaartijd beschikbaar zijn en binnen redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt'*. Uit de memorie van toelichting bij art. 2:10 BW volgt dat zowel voor digitale administratie als voor papieren administratie die digitaal is gemaakt de bewaarplicht impliceert dat *'op een of andere wijze ook de benodigde apparatuur en programmatuur gedurende de volledige periode beschikbaar is'*.<sup>[13]</sup> Dat is een verplichting van het bestuur van de rechtspersoon.

Ook fiscaalrechtelijk rust op het bestuur een administratieplicht. Volgens art. 52 lid 1 AWR dient het bestuur van de *'vermogenstoestand en van alles betreffende hun bedrijf [...] naar de eisen van dat bedrijf [...] op zodanige wijze een administratie te voeren [...] en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde hun rechten en verplichtingen alsmede de voor de heffing van belasting overigens van belang zijnde gegevens hieruit duidelijk blijken'*. Art. 2:10 lid 1 BW en art. 52 lid 1 AWR komen grotendeels overeen. Het is dan ook de bedoeling van de wetgever geweest de civiele en fiscale bewaarplicht op elkaar af te stemmen.<sup>[14]</sup> De fiscale administratieplicht dient uiteraard wel een ander doel. De wetgever acht de administratie (ook) noodzakelijk voor het kunnen doen van belastingaangifte en het mogelijk maken van controle door de fiscus. De fiscale wetsgeschiedenis is ook voor de invulling van de civiele administratieplicht van belang.<sup>[15]</sup> In de memorie van toelichting bij art. 52 AWR stelt de minister dat het begrip administratie *'in feite een tweeledig karakter [heeft]. Enerzijds kan onder administratie worden verstaan het geheel van procedures en technieken, dat gericht is op het verkrijgen, vastleggen, verwerken en verstrekken van informatie. (...) Deze systematiek behoort als zodanig tot de administratie. Anderzijds is de administratie het produkt van het administratieproces: de informatie over afzonderlijke transacties, (...) Het proces en het produkt zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden'*.<sup>[16]</sup> Tot de (civiele) administratie behoren dus niet alleen de producten van het administratieproces, maar ook het administratieproces zelf.<sup>[17]</sup> Art. 52 lid 6 AWR bepaalt dat (gegevens op) gegevensdragers zodanig moeten worden bewaard dat de inspecteur deze binnen redelijke termijn kan controleren. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat van de administratieplichtige mag worden verwacht dat hij maatregelen neemt die, gelet op de aard en de omvang van zijn bedrijf en de toegepaste administratieve techniek, redelijkerwijs van hem kunnen worden verlangd om te bevorderen dat de administratie in goede staat bewaard blijft. De gedachte daarachter is dat de fiscus te allen tijde een controle moet kunnen uitvoeren.<sup>[18]</sup> Op de website van de Belastingdienst wordt duidelijk omschreven dat het

hierbij niet alleen om de ruwe data gaat:

“De bewaarplicht geldt ook voor computerprogramma’s en bestanden. U moet er dus ook voor zorgen dat deze programma’s en bestanden bij een controle kunnen worden gebruikt.”<sup>[19]</sup>

Gelet op voorgaande moet de bestuurder die gebruikmaakt van *cloud computing* ervoor zorgen dat de betreffende software en data (eventueel in de cloud) beschikbaar blijven.<sup>[20]</sup> Over de invulling van de bewaarplicht voor digitale gegevens kan de bestuurder afspraken met de fiscus maken.<sup>[21]</sup>

De administratie- en bewaarplicht rust op de bestuurder van de vennootschap die de onderneming drijft. Ook tijdens surseance is het de vennootschap die de onderneming voortzet en blijft het bestuur verantwoordelijk voor de administratie. De administratie- en bewaarplicht rusten niet op de bewindvoerder.<sup>[22]</sup> Wel zal de bewindvoerder op de nakoming van de administratie- en bewaarplicht toezien. Als deze plichten worden geschonden, kan de bewindvoerder immers moeilijk zorgen dat alle (boedel)schuldeisers krijgen waarop zij recht hebben. Op de curator rust de plicht rekening en verantwoording af te leggen.<sup>[23]</sup> Dit is echter niet een administratieplicht in de zin van art. 2:10 BW. Op de curator rust wel een administratie- en bewaarplicht zodra en voor zover hij de onderneming voortzet.<sup>[24]</sup> Op de curator die niet voortzet, rust geen bewaarplicht.<sup>[25]</sup> Als de curator op grond van zijn bevoegdheid een deel van de administratie onder zich neemt, heeft hij daarvoor uiteraard een zekere verantwoordelijkheid.

### 3.2 De afgifte- en inlichtingenplicht

De verplichting van de bestuurder om de administratie aan de curator af te geven noemen wij de afgifteplicht. In de literatuur wordt aangenomen dat de afgifteplicht onder de inlichtingenplicht valt.<sup>[26]</sup> Uit de wetsgeschiedenis volgt dat art. 194 Sr de schending van art. 105 Fw sanctioneert.<sup>[27]</sup> De schending van de afgifteplicht is echter niet strafbaar op grond van art. 194 Sr.<sup>[28]</sup> Wij begrijpen hieruit dat de afgifteplicht niet onder de inlichtingenplicht valt. Waaruit vloeit deze verplichting dan voort? De Hoge Raad leidt uit de vierde afdeling van de eerste titel van de Faillissementswet een medewerkingsplicht af.<sup>[29]</sup> Die algemene medewerkingsplicht is wat ons betreft de grondslag om de administratie aan de curator af te moeten geven. Onder de afgifteplicht valt ook de digitale administratie. Daarbij geldt dat de gegevensdragers waarop die administratie staat, ongeschonden aan de curator worden afgegeven.<sup>[30]</sup> De curator mag aangeven welke administratie hij tijdelijk onder zich wil nemen. De administratie die de curator (nog) niet verlangt, zal de bestuurder zelf moeten bewaren. Het is evident dat de bestuurder een afgifteplicht heeft. De omvang hiervan lijkt ook helder. Al hetgeen van de vennootschap wat de bestuurder heeft en de curator verlangt, moet de bestuurder afgeven. Het verdient ons inziens echter wel aanbeveling om de afgifteplicht expliciet in de wet op te nemen, waarbij duidelijk wordt vastgelegd waartoe de bestuurder gehouden is.<sup>[31]</sup>

Hilverda is van mening dat de bestuurder de plicht heeft ervoor te zorgen dat ook de noodzakelijke hard- en software om die administratie leesbaar te maken beschikbaar is of wordt gesteld.<sup>[32]</sup> Wat ons betreft is dat geen uitgemaakte zaak als de administratie in de cloud staat. Immers is maar de vraag in hoeverre de curator van de bestuurder kan verlangen dat hij nog kosten maakt. Wij trachten hierna enige handvatten te geven. Daarbij onderscheiden wij drie situaties:

1. de administratie staat op een server bij een groepsvennootschap;
2. de administratie staat bij een provider en is nog toegankelijk op datum faillissement;
3. de administratie staat bij een provider en is niet toegankelijk op datum faillissement.

#### 1. De administratie staat op een server bij een groepsvennootschap.

Als de administratie op een server (in de cloud) van een groepsvennootschap staat waardoor de bestuurder daarover feitelijk kan beschikken, kan naar ons idee van de bestuurder worden

verlangd dat hij de curator toegang verschaft. Hoewel de afgifteplicht moet worden onderscheiden van de inlichtingenplicht, zijn beide verplichtingen wel vergelijkbaar. De verplichting tot het verschaffen van inlichtingen is niet '*beperkt tot feiten waarvan de bestuurder kennis draagt uit hoofde van het bestuur van de gefailleerde rechtspersoon*'.<sup>[33]</sup> Analoog daaraan menen wij dat de bestuurder die kan afgeven (of toegang kan verlenen) omdat de administratie op een server bij een groepsvennootschap staat, gehouden is deze administratie desgevraagd af te geven of ter beschikking te stellen aan de curator.

## 2. De administratie staat bij een provider en is nog toegankelijk op datum faillissement.

Als de administratie in de cloud op datum faillissement nog toegankelijk is, zal de bestuurder mee moeten werken aan het aan de curator verschaffen van toegang daartoe. De kosten die de curator daarna maakt om toegang te houden (bijvoorbeeld licentiekosten voor de benodigde software) komen voor rekening van de boedel.<sup>[34]</sup>

## 3. De administratie staat bij een provider en is niet toegankelijk op datum faillissement.

Als de provider tot afsluiting is overgegaan, is de administratie niet meer toegankelijk. Als ook uit schriftelijke stukken die het bestuur eventueel kan overleggen niet snel inzicht kan worden verkregen in de rechten en verplichtingen van de onderneming, dan kan de curator vaststellen dat er geen administratie is overgelegd en dat het hem voorkomt dat art. 2:10 BW is geschonden. Dit kan toepassing van art. 2:138 lid 2 of 2:248 lid 2 BW tot gevolg hebben. Dat betekent echter niet dat het bestuur in strijd met de afgifte- of inlichtingenplicht handelt.<sup>[35]</sup> Een bestuurder kan niet afgeven wat hij niet (meer) heeft of informeren over wat hij (zonder inzage in de administratie) niet weet. De curator kan dan ook niet afdwingen dat de bestuurder een heraansluiting realiseert. Als de curator besluit zelf een heraansluiting te realiseren en/of de overeenkomst met de provider na te komen, zijn de kosten daarvan boedelkosten.

Niet altijd zal de curator afhankelijk van de bestuurder willen zijn. Art. 92 Fw geeft de curator een eigen bevoegdheid om de administratie onder zich te nemen. Uit de wetsgeschiedenis bij art. 92 Fw volgt dat de curator moet voorkomen dat de schuldenaar nog wijzigingen in de administratie aanbrengt.

De kosten die de curator maakt om de administratie onder zich te krijgen en gedurende de door hem gewenste periode de administratie onder zich te houden, zijn boedelkosten. In lege boedels zal de curator deze kosten niet kunnen voldoen. De wetgever kan dit oplossen door onder de Garantstellingsregeling de mogelijkheid te bieden om de kosten voor het ter beschikking krijgen en houden van de administratie te claimen.<sup>[36]</sup>

In ieder geval na de afwikkeling van het faillissement geeft de curator de administratie terug aan de bestuurder.<sup>[37]</sup> Als de curator ook digitale administratie onder zich heeft genomen, zal hij die ook aan de bestuurder moeten teruggeven.

Tijdens surseance zal de administratie steeds bij de onderneming beschikbaar moeten blijven. Een afgifteplicht zoals deze in faillissement geldt, ontbreekt in surseance. Als een bewindvoerder echter kopieën van of toegang tot (digitale) administratie wil ontvangen, zullen bestuurders hieraan veelal zonder discussie meewerken. Als zij immers niet doen wat naar het oordeel van de bewindvoerder in het belang van de boedel is, levert dat een grond op voor intrekking van de surseance (art. 242 lid 1 aanhef en onder 4).<sup>[38]</sup>

### 3.3 De relevante strafrechtelijke normen

Een bestuurder kan bij schending van zijn administratie-, bewaar-, afgifte- of inlichtingenplicht afhankelijk van de omstandigheden verschillende delicten plegen.<sup>[39]</sup> Voor het onderhavige onderwerp is in eerste

instantie relevant dat een bestuurder strafbaar is indien aan hem te wijten is dat de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers niet in ongeschonden staat tevoorschijn worden gebracht (art. 342 onder 3 Sr). Als de administratie in een cloud staat, zal deze dus ongeschonden tevoorschijn moeten worden gebracht. Dit betekent dat de bestuurder aan de curator alle nodige (inlog)gegevens moet geven om toegang tot de cloudomgeving te krijgen. Is echter voor datum faillissement de toegang tot die omgeving al afgesloten, dan schendt de bestuurder niet de hier genoemde norm als hij geen heraansluiting realiseert. Meer dan de bestuurder heeft, kan hij immers niet aan de curator geven. Hierdoor ontstaat de merkwaardige situatie dat een bestuurder die bij faillissement ervoor heeft gezorgd dat de cloud nog toegankelijk is, wel strafbaar kan handelen maar indien de toegang bij faillissement reeds is afgesloten niet. Met Hilverda zijn wij van mening dat de strafbepaling op dit punt een leemte bevat.<sup>[40]</sup>

Als er geen toegang tot de cloud is en ook elders geen kopie is opgeslagen, schendt de bestuurder wel de bewaarplicht. De opzettelijke schending van de administratie- en bewaarplicht is strafbaar (art. 343 onder 4 Sr). Voorwaardelijke opzet is voldoende. Aangetoond zal moeten worden dat ten tijde van het verrichten van de strafbaar gestelde gedraging het vooruitzicht van een faillissement bestond.<sup>[41]</sup> Voor strafbaarheid is echter naast de opzettelijke gedraging vereist dat ook opzet bestond op benadeling van schuldeisers. De verwijtbare schending van de administratie- en bewaarplicht is ook strafbaar (art. 342 onder 3 Sr).

Art. 194 Sr is – zo bespraken wij hiervoor – niet van toepassing als de afgifteplicht wordt geschonden.

In het kader van het Wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude<sup>[42]</sup> dat recent in internetconsultatie is gegeven, stelt de minister voor om een nieuw art. 344a Sr toe te voegen waarin de schending van de administratie-, bewaar- en de afgifteplicht<sup>[43]</sup> strafbaar wordt gesteld. Dit artikel zou dan in de plaats komen van de hiervoor aangehaalde over verschillende artikelen verspreide delicten. Opzet op het benadelen van schuldeisers is niet langer vereist.<sup>[44]</sup> Bovendien is op grond van het voorgestelde lid 3 ook verwijtbare schending van de administratie- en bewaarplicht strafbaar. De hiervoor gesignaleerde leemte wordt hiermee opgevuld.

De voorgestelde wettekst stelt dat onder de verplichting om de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in ongeschonden vorm ter beschikking te stellen ook valt dat de bestuurder '*zo nodig (...) de hulpmiddelen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken*' ter beschikking moet stellen.<sup>[45]</sup> Uit de concept memorie van toelichting volgt dat de minister, tenzij anders aangegeven geen breuk met het bestaande recht beoogt. Deze ogenschijnlijke 'uitbreiding' wordt niet nader toegelicht en lijkt daarmee slechts een invulling te zijn van de al geldende strafrechtelijke norm. Ook naar huidig recht is het immers al strafbaar om niet de aanwezige hulpmiddelen ter beschikking te stellen, mits ook aan de overige (opzet)vereisten is voldaan.<sup>[46]</sup>

Als het voorgestelde art. 344a Sr wordt ingevoerd, dan is duidelijk wat de bestuurder moet doen. Als de administratie in de cloud staat, zal de bestuurder ervoor moeten zorgen dat de curator de gegevens ongeschonden krijgt, '*zonodig met de hulpmiddelen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken*'. Nu iedere ondernemer de mogelijkheid van een faillissement steeds voor ogen moet hebben,<sup>[47]</sup> zal de bestuurder zodanig moeten administreren en bewaren dat steeds een correcte administratie aan een curator kan worden afgegeven. De bestuurder kan dus strafbaar handelen als hij opzettelijk/verwijtbaar nalaat zeker te stellen dat in een mogelijk faillissement toegang tot de cloud voor de curator mogelijk is.

#### 4. De verhouding tussen de curator en de provider

Soms zal of kan de bestuurder niet aan zijn medewerkingsplicht voldoen of wil de curator daarvan niet afhankelijk zijn. Wij gaan na welke mogelijkheden de curator heeft om bij de provider af te dwingen dat hij toegang tot de administratie in de cloud krijgt en houdt.

##### De overeenkomst met de provider

Bij digitale administratie in de cloud is sprake van een wederkerige duurovereenkomst tussen de schuldenaar en provider. Het faillissement van één van de contractpartijen heeft in beginsel geen invloed op deze overeenkomst.<sup>[48]</sup> Zo kan de provider in beginsel net als voorheen zijn dienstverlening opschorten zolang zijn openstaande (prefaillissements)vorderingen onbetaald zijn gebleven. Hoewel de provider geen bijzondere rang toekomt, maakt hij dan gebruik van de *supplier lock-in* en tracht zo als dwangcrediteur de rangorde van schuldeisers te doorbreken.<sup>[49]</sup> Dat is in beginsel geoorloofd. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een opschortingsrecht *'in beginsel ook kan worden uitgeoefend in geval van faillissement van de afnemer en met het doel aldus een vóór de faillietverklaring ontstane schuld betaald te krijgen'*. Een en ander kan volgens de Hoge Raad (uiteraard) niet indien de opschorting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid jegens de overige schuldeisers onaanvaardbaar zou zijn.<sup>[50]</sup>

### Art. 37 Fw

De provider kan de curator of de schuldenaar en de bewindvoerder<sup>[51]</sup> een termijn ex art. 37 of 236 Fw stellen.<sup>[52]</sup> Als de curator vervolgens de overeenkomst gestand doet en voldoende zekerheid stelt, zal menig provider zonder verdere discussie de toegang tot de cloud bieden. Omdat de curator bereid is het contract na te komen en daarvoor zekerheid stelt, is de provider daartoe in beginsel ook gehouden, tenzij hij de mogelijkheid heeft het contract desondanks te beëindigen. Die mogelijkheid kan de provider hebben als de schuldenaar in verzuim is. Als de curator het verzuim tijdig en in overeenstemming met art. 6:86 BW zuivert, dan geldt dit uiteraard niet.

In veel gevallen biedt art. 37 Fw de curator echter geen uitkomst, bijvoorbeeld wanneer hij de overeenkomst niet gestand kan of wil doen (bijvoorbeeld vanwege de nog lange looptijd ervan). In dat geval kan de curator van de provider slechts afgifte van de ruwe data vorderen. Daar komen wij hierna nog op terug. Eerst bespreken wij twee regelmatig voorkomende redenen waarom een curator de overeenkomst niet gestand zal kunnen of willen doen. De eerste reden is dat de achterstand van voor datum faillissement zo groot is, dat doorbreking van de rangorde niet verantwoord is. De tweede reden is dat de overeenkomst een opschortings- en/of beëindigingsbeding bevat en gestanddoening niet meer mogelijk is. De bespreking van twee casus uit lagere rechtspraak illustreert beide gevallen. Bovendien blijkt uit deze uitspraken dat rechters, indien de mogelijke voortzetting van bedrijfsactiviteiten aan de orde is, op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bereid zijn de onmiddellijke afsluitmogelijkheid in te perken.

### De surseance van Oilily

De Voorzieningenrechter Amsterdam heeft in de zaak *Molhuysen q.q./SaaSplaza*<sup>[53]</sup> moeten oordelen over het volgende. Oilily verkeerde in surseance. SaaSplaza leverde de IT-infrastructuur en had nog een vordering van circa € 230.000,- van voor surseance. SaaSplaza was bereid de dienstverlening voort te zetten als de achterstand zou worden betaald en stelt zich dus op als dwangcrediteur. De voorzieningenrechter oordeelde dat de geleverde IT-diensten zo wezenlijk waren voor de bedrijfsvoering van Oilily dat SaaSplaza niet zonder meer tot onmiddellijke opschorting kon overgaan. SaaSplaza werd veroordeeld om nog tien dagen door te leveren, terwijl zij slechts zekerheid kreeg voor betaling van haar geleverde en nog te leveren diensten vanaf de surseance. SaaSplaza moest aldus een korte periode doorleveren, kreeg vanaf surseance betaald, maar werd niet buiten de rangorde betaald op haar vordering van voor datum surseance.<sup>[54]</sup> De sterke positie die SaaSplaza als dwangcrediteur had, werd aldus gemitigeerd.

Oilily en de bewindvoerder verdedigden met een beroep op de rechtsontwikkelingen<sup>[55]</sup> een ruime uitleg van art. 237b Fw (de evenknie van art. 37b in surseance). Die ruime uitleg zou moeten inhouden dat alle leveringen die nodig waren voor het voortzetten van de onderneming onder art. 237b Fw zouden vallen. De voorzieningenrechter gaat daar echter niet uitdrukkelijk op in en naar onze mening is dat terecht. Art. 37b en 237b Fw zijn immers slechts van toepassing op nutsleveranciers. De voorgestelde ruime uitleg heeft de

wetgever eenvoudigweg niet bedoeld. Met Van Zanten achten wij wenselijk dat art. 37b en 237b Fw worden verruimd.<sup>[56]</sup> Dat gaat waarschijnlijk ook gebeuren. In par. 5 gaan wij in op het programma Herijking Faillissementsrecht waarbinnen de Minister van Justitie thans overweegt om een ruimere doorleveringsplicht in de wet op te nemen.

### Het faillissement van Free Record Shop

Het gefailleerde Free Record Shop was voor haar dagelijkse bedrijfsvoering, waaronder voorraadbeheer, afhankelijk van IT-dienstverlening. Er was sprake van een betalingsachterstand van circa € 350.000,-. De IT-dienstverlener heeft op de dag van het faillissement de overeenkomst rechtmatig met onmiddellijke ingang opgezegd.<sup>[57]</sup> De IT-dienstverlener heeft zich bereid verklaard door te leveren als de oude schuld én de lopende verplichtingen zouden worden betaald. Wederom stelde de IT-dienstverlener zich als dwangcrediteur op. Een beroep op art. 37 Fw was in deze zaak niet aan de orde, omdat de overeenkomst op grond van de algemene voorwaarden al was beëindigd.

De Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam<sup>[58]</sup> herhaalt dat de opstelling als dwangcrediteur in beginsel geoorloofd is. In de belangenafweging hecht de voorzieningenrechter vervolgens veel waarde aan de omstandigheid dat bij het staken van de dienstverlening de administratie voor de boedel ontoegankelijk zal zijn en daardoor de winkelactiviteiten stil komen te liggen. Ook is relevant dat curatoren geen redelijk alternatief hebben. De *supplier lock-in* werkt hier dus in het nadeel van de IT-dienstverlener. Voorts acht de voorzieningenrechter van belang dat de positie van de IT-dienstverlener gedurende deze termijn niet wezenlijk verandert.<sup>[59]</sup> Voor de duur van de afkoelingsperiode wordt het de IT-dienstverlener verboden de dienstverlening en leveranties te staken. Voorwaarde is uiteraard wel dat curatoren op voorhand voor de dienstverlening tijdens de hele afkoelingsperiode voldoende zekerheid voor de betaling stellen.<sup>[60]</sup>

### Tussenconclusie

De hoofdregel blijft dat opschorting en beëindiging van de dienstverlening mogelijk is, ook met het doel betaling van schulden van voor surseance of faillissement af te dwingen, tenzij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In de uitspraken inzake Oilily en Free Record Shop zijn de rechters ontvankelijk voor het argument dat als de boedel voor voortzetting van de bedrijfsactiviteiten afhankelijk van de provider is, de onmiddellijke beëindiging van de dienstverlening door die provider onaanvaardbaar is. Het is echter maar zeer de vraag of deze uitspraken in cassatie overeind zouden blijven.<sup>[61]</sup> Voor welke periode doorlevering tegen betaling mag worden verwacht, zal sterk afhangen van de omstandigheden van het geval. Het belang bij bedrijfsvoortzetting weegt in ieder geval steeds zwaar.

### De supplier lock-in (buiten insolventie)

De duurovereenkomst tussen een ondernemer en de provider voorziet normaliter in voorwaarden waaronder de provider bij beëindiging buiten faillissement gehouden is mee te werken aan het overstappen naar een andere provider. Deze regeling kan bijvoorbeeld luiden dat de provider moet assisteren bij de migratie tegen betaling van de redelijke kosten.<sup>[62]</sup> Soms wordt een uitzondering opgenomen als de beëindiging het gevolg is van omstandigheden die voor risico van de ondernemer komen.<sup>[63]</sup> Een beëindiging als gevolg van insolventie/wanbetaling zal voor risico van de ondernemer komen. Een ondernemer doet er goed aan met de provider af te spreken dat deze geen opschortingsrecht zal uitoefenen wat betreft de verplichting om aan de migratie mee te werken.<sup>[64]</sup> Buiten insolventie geldt in dat geval het uitgangspunt dat de provider met wie de dienstverlening wordt beëindigd zich coöperatief zal moeten opstellen.<sup>[65]</sup> Het Rapport Cloud Computing, Fundament op Orde vat dit helder samen:

“eerst medewerking verlenen en daarna pas discussiëren over kosten”.<sup>[66]</sup>



Zonder dergelijke exitbepalingen kan de medewerking van een weigerachtige provider niet goed in rechte worden afgedwongen.

### Kan de curator een beetje hulp verlangen?

De curator kan de overeenkomst met de provider alleen integraal gestand doen, dat wil zeggen dat alle daaruit voortvloeiende verplichtingen van de schuldenaar tot het einde van de looptijd van het contract de status van boedelschuld krijgen. Doet hij dat niet, dan verliest hij op grond van art. 37 lid 1 Fw het recht om nakoming te vorderen van alle daaruit voor de provider voortvloeiende verplichtingen.<sup>[67]</sup> Soms bevat de overeenkomst met de provider een beding op grond waarvan de provider bij het einde van de overeenkomst moet assisteren bij de migratie van data uit de cloud. Die verbintenis wordt naar onze mening echter niet door de werking van art. 37 lid 1 Fw getroffen. Ter illustratie wijzen wij op het arrest *Borsboom q.q./Jonkman & CMR*, waarin de vraag centraal stond of de curator zijn wederpartij kon aanspreken op diens contractuele verbintenis om bij het eindigen van de overeenkomst de schermen (die eigendom waren van een derde) terug te geven.<sup>[68]</sup> Het hof overwoog dat ondanks het feit dat de curator de overeenkomst niet gestand had gedaan, op de wederpartij die verplichting jegens de boedel rustte.<sup>[69]</sup>

Maar toch zal de curator niet steeds van het recht op exitassistentie kunnen profiteren. De provider op wie deze verplichting zou komen te rusten, zal veelal opschorten vanwege onbetaalde vorderingen op de schuldenaar. Dit helpt de curator dan dus niet. Bovendien is niet noodzakelijk dat een overeenkomst eindigt wanneer de curator haar niet gestand doet. Als de curator noch de wederpartij de overeenkomst beëindigt, ontstaat de verplichting om exitassistentie te verlenen vaak in het geheel niet.

### De bevoegdheid om de ruwe data terug te vorderen

Ook als de curator geen aanspraak kan maken op doorlevering (of exitassistentie), kan hij nog wel aanspraak maken op de ruwe data. Die bevoegdheid heeft hij op grond van het systeem van de wet. Art. 92 Fw bepaalt dat de curator de plicht heeft de administratie onder zich te nemen. Dat is ook nodig. Zonder administratie kan de curator zijn werk niet doen. Hij kan bijvoorbeeld niet vaststellen welke vermogensbestanddelen de failliet heeft of welke bestanddelen (kort) voor faillissement zijn 'verdwenen'. Evenmin kan de curator zonder deugdelijke administratie de ingediende vorderingen verifiëren.

De curator kan de ruwe data dan ook simpelweg bij de provider opvragen. Veelal zullen providers wel bereid zijn deze data af te geven.<sup>[70]</sup> De curator heeft er vanzelfsprekend belang bij zeker te stellen dat hij alle relevante informatie ongewijzigd krijgt. Als hij de provider niet vertrouwt of de belangen groot genoeg zijn, kan het opportuun zijn om een deskundige in te schakelen die voor de curator zal waarborgen dat hij alles ongewijzigd krijgt.

Als de provider niet meewerkt, moet de curator het hebben van zijn uit het systeem van de wet voortvloeiende bevoegdheden. Zo kan de curator vorderen dat de provider op straffe van een dwangsom wordt veroordeeld om de ruwe data ter beschikking te stellen.<sup>[71]</sup> Als de administratie in de cloud staat kan van de provider medewerking worden verlangd.<sup>[72]</sup>

Ook kan de curator zich beroepen op zijn bevoegdheid om, voor zover dit redelijkerwijs voor de uitoefening van zijn taak nodig is, elke plaats te mogen betreden (art. 93a Fw). Dit is bijvoorbeeld het geval als de curator een ruimte wil (laten) betreden waar gegevensdragers staan met daarop data die de curator wil veiligstellen. Art. 93a Fw geeft de curator weliswaar geen toegang tot virtuele ruimten op harde schijven van computers,<sup>[73]</sup> maar dat betekent niet dat de curator geen bestanden van gegevensdragers mag veiligstellen. Die bevoegdheid volgt uit het wettelijk systeem. De wijze waarop de curator deze bevoegdheid kan uitoefenen lichten wij hierna toe.

De Rechtbank Breda merkt op dat *'een bijzondere en uitdrukkelijke wettelijke regeling van de rechten van de faillissementscurator tot verzamelen van informatie bij derden en van de verplichtingen van die derden jegens de curator voor een geval als het onderhavige ontbreekt in de Faillissementswet.'*<sup>[74]</sup> Dezelfde

Rechtbank Breda leidt uit art. 68 Fw af dat de curator de (digitale) administratie onder zich mag nemen ook wanneer deze op gegevensdragers van derden staat. In de woorden van de Rechtbank Breda:

“De curator heeft, bij wijze van spreken, uit hoofde van zijn taak het recht om te beschikken over ‘het geheugen van de failliet’.”<sup>[75]</sup>

Ook het Hof 's-Hertogenbosch onderkent de mogelijkheid dat het *‘louter veiligstellen van gegevens (...) naar omstandigheden ook door derden moet worden gedoogd dan wel toegelaten’*.<sup>[76]</sup> Hetzelfde hof oordeelde eerder dat de curator de zakelijke bestanden op een laptop van een derde kan opvorderen, maar niet de laptop zelf.<sup>[77]</sup> De curator is wel bevoegd de noodzakelijke conservatoire maatregelen te nemen en de gegevensdrager van een derde onder zich te nemen.<sup>[78]</sup> Ook de Rechtbank Breda nam aan dat *‘het strookt met de kennelijke bedoeling van de wetgever, en past in het stelsel van de wet om de curator ook het recht toe te kennen om informatie die tot de administratie behoort en die hij niet in de boedel aantreft op te vorderen van derden die eigenaar zijn van de dragers van die informatie’*.<sup>[79]</sup>

Van Nielen beschrijft de bevoegdheid van de curator op dit punt treffend:

“De aard van de aan de curator opgedragen conservatoire maatregel tot onmiddellijk veiligstellen brengt mee dat de curator bevoegd is de zakelijke bestanden van failliet onmiddellijk te (doen) kopiëren van de laptop van de derde.”<sup>[80]</sup>

Daar sluiten wij ons bij aan. De curator dient steeds zorgvuldig te handelen en zal dus met de gerechtvaardigde belangen van derden rekening moeten houden. De curator die gegevensdragers van derden onder zich neemt en/of uitleest, moet maatregelen nemen zodat alleen data van de failliet wordt veiliggesteld. Hierbij kan - zeker als de aangetroffen bestanden niet gelijk te scheiden zijn in het deel dat van de gefailleerde is - gedacht worden aan het in bewaring geven van gegevensdragers aan een notaris en het laten uitlezen van deze gegevens door een onafhankelijke derde.<sup>[81]</sup> De eigenaren van de gegevensdragers (of andere partijen van wie gegevens op de gegevensdrager staan) kunnen bij dit onderzoek aanwezig zijn om zich ervan te vergewissen dat de scheiding juist wordt uitgevoerd en de curator alleen ontvangt waarop hij recht heeft.<sup>[82]</sup>

### Terug naar Hof 's-Hertogenbosch van 26 maart 2013

Met het geschetste juridische kader kan de uitkomst van het in de inleiding aangehaalde arrest van Hof 's-Hertogenbosch niet verbazen. Een curator kan weliswaar de afgifte van de ruwe data door de provider van *cloud computing* afdwingen, maar hij kan die provider niet dwingen om zijn diensten (vrijwel) zonder betaling te verlenen. Vict, de provider in casu, had al aangeboden om de ruwe data aan de curator af te geven. Aan deze digitale schoenendoos met bonnetjes had de curator echter niet veel. Als de curator meer dan de ruwe data van een derde nodig heeft – in dit geval de software om die data inzichtelijk te ontsluiten - zal hij daarvoor moeten betalen. Door de wijze waarop de curator zijn vordering instak, is Vict niet veroordeeld tegen redelijke kosten inzage te geven. De curator wilde voor (bijna) niets toegang houden tot het systeem. Daar biedt de wet geen basis voor.

Hoewel het uiteindelijke oordeel van het hof ons gelet op het tussen partijen gevoerde debat juist voorkomt, merken wij wel op dat het hof onbesproken laat dat de commerciële vergoeding ook ziet op eenmalige ‘opstart’werkzaamheden. Dat is opvallend omdat niet valt in te zien waarom Vict vier dagen na het staken van de dienstverlening tot gehele ontmanteling van de omgeving zou zijn overgegaan. Een redelijke opstelling van een provider mag worden verwacht. Het was redelijker geweest als Vict eerst had aangeboden de toegang alsnog voort te zetten als de curator de lopende (contractuele) kosten zou betalen. In plaats daarvan heeft Vict een extra financiële barrière opgeworpen door de curator niet alleen de toegang te ontzeggen maar – volgens Vict – de omgeving direct ook te ‘ontmantelen’.

Deze uitspraak maakt duidelijk dat de curator bij derden niet zoveel kan verlangen zonder daarvoor (soms fors) te betalen. In beginsel is dat de contractuele vergoeding, maar in voorkomende gevallen komen daar kosten bij voor bijvoorbeeld her aansluiting. Hoe hoog de redelijke vergoeding is die de provider in die gevallen kan verlangen, hangt af van de omstandigheden van het geval. Een curator doet er goed aan zich bij te laten staan door een deskundige, zodat effectief betoogd kan worden waarom een gevraagde vergoeding onredelijk zou zijn. Met een lege boedel heeft de curator echter vrijwel geen positie jegens de provider om alsnog over een leesbare administratie te beschikken. Het is nuttig dat hierover is geprocedeerd. De curator heeft inmiddels aan de auteurs van dit artikel laten weten dat geen cassatie is ingesteld. Wij achten de wetgever aan zet om op dit punt de positie van de curator te versterken.

### Conclusie

De curator die de overeenkomst met de provider niet gestand wil doen, kan in beginsel slechts aanspraak maken op de ruwe data. Directe opschorting door de provider kan echter op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Curatoren of bewindvoerders kunnen dan nog een onzekere periode – en eigenlijk alleen bij bedrijfsvoortzetting – aanspraak maken op voortgezette dienstverlening. De curator is er ook niet zeker van dat hij exitassistentie krijgt. Het zou goed zijn als de wetgever op dit punt duidelijk maakt wat de bewindvoerder/curator enerzijds en de provider anderzijds van elkaar mogen verwachten.

## 5. Concluderende opmerkingen en enkele suggesties

### Suggestie 1: Voer art. 4.1.1a lid 2 Voorontwerp Insolventiewet in

In par. 2 zijn wij ingegaan op de taak van de curator en bewindvoerder. In par. 3 hebben wij de verschillende plichten van een bestuurder beschreven. Wij constateerden dat de bestuurder vergaande verplichtingen heeft als het gaat om het helpen van de bewindvoerder en curator bij het toegang krijgen en kunnen houden tot de administratie in een cloud. Een versterking van de positie van de bewindvoerder ten opzichte van de bestuurder achten wij niet nodig, omdat de sanctie van intrekking van de verleende surseance effectief is. Wel is onwenselijk dat de verplichting om de administratie aan de curator af te geven niet expliciet in de wet is geregeld. In de wet kan tevens worden voorgeschreven welke verplichtingen daarbij horen als de administratie digitaal (in de cloud) wordt gevoerd. Ter mogelijke inpassing van deze verduidelijking doen wij hierbij onze eerste – overigens weinig originele – suggestie om de bepalingen uit het Voorontwerp Insolventiewet in te voeren die betrekking hebben op de inlichtingenplicht.

In het voorontwerp van de Commissie Kortmann is de medewerkingsplicht van de bestuurder jegens de curator wat betreft afgifte van de administratie geconcretiseerd. Volgens art. 4.1.1a lid 2 Voorontwerp Insolventiewet moet de bestuurder *'de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers ongeschonden'* afdragen. Voor de duidelijkheid wordt toegevoegd:

“Zo nodig stelt de schuldenaar de bewindvoerder de middelen ter beschikking om de inhoud binnen redelijke tijd leesbaar te maken.”

In het Voorontwerp Insolventiewet rust deze plicht zowel op iedere bestuurder en commissaris op datum faillissement<sup>[83]</sup> als op de feitelijk bestuurders.<sup>[84]</sup> Onder de middelen die de bestuurder ter beschikking moet stellen vallen de noodzakelijke computerapparatuur en programmatuur.

Het Voorontwerp Insolventiewet is geen wet geworden. In het kader van het programma Herijking Faillissementsrecht heeft de minister aangekondigd dat een nadere concretisering/verzwaring van de inlichtingenplicht zal gaan volgen. De Minister van Justitie heeft op 27 november 2012 geschreven dat de volgende maatregelen werd overwogen:

“Een verplichting van de failliet om de curator naast de administratie alle relevante gegevensdragers terstond over te dragen, met inbegrip van de middelen om de inhoud leesbaar te maken. Daarmee

wordt voorkomen dat de curator wordt geconfronteerd met versleutelde bestanden.”<sup>[85]</sup>

De minister heeft inmiddels laten weten dat het zijn streven is in het najaar van 2013 een wetsvoorstel in consultatie te geven waarin de verplichting wordt opgenomen om medewerking te verlenen bij het verkrijgen van toegang tot versleutelde digitale bestanden.<sup>[86]</sup>

De gehanteerde term *versleuteld* kan echter op meerdere manieren zijn bedoeld. Zo zal *versleutelen* door een automatiseerder al snel worden opgevat als het middels encryptie beveiligen van bestanden. Een goed versleuteld bestand is zonder de sleutel niet te openen, ook al beschik je in beginsel wel over software om onversleutelde bestanden van dat type te lezen. Wij denken niet dat de minister (slechts) deze situatie voor ogen heeft gehad. Wij denken dat het doel van deze wettelijke regeling is om te voorkomen dat de curator met onbruikbare bestanden wordt geconfronteerd. Niet alleen versleutelde bestanden kunnen onbruikbaar zijn. Zoals de hiervoor behandelde casus van Hof 's-Hertogenbosch van 26 maart 2013 wel aantoont, kunnen bestanden ook onbruikbaar zijn als zij vanwege de bestandsindeling zonder specialistische software niet leesbaar kunnen worden gemaakt. Daarbij maakt niet uit of die software op een lokale computer of in de cloud staat. Daarom lijkt ons in eerste instantie goed dat de term versleuteld wordt heroverwogen. Daarnaast achten wij wenselijk dat, indien de toegang tot de cloud op datum faillissement al is afgesloten, de curator van de bestuurder kan verlangen dat de bestuurder op zijn kosten een heraansluiting realiseert.

### **Suggestie 2: Maak de doorleveringsplicht niet afhankelijk van de kans op een doorstart en de voortzetting van een onderneming**

De bewindvoerder en curator hebben ook belang om toegang tot de administratie te krijgen en houden als de bestuurder niet kan of wil meewerken. Volgens de in par. 4 besproken jurisprudentie is een curator of bewindvoerder die doorlevering van de provider verlangt thans afhankelijk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Er is behoefte aan duidelijke regelgeving die de bewindvoerder en curator de mogelijkheid biedt tegen redelijke kosten toegang tot de cloud te krijgen en eventueel te houden.<sup>[87]</sup>

In het kader van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht heeft de minister al aangekondigd dat hij een doorleveringsplicht wil opnemen in een in het voorjaar van 2014 in consultatie te geven wetsvoorstel.<sup>[88]</sup> De stakeholders vinden de doorleveringsplicht een nuttig instrument en zouden daaraan de volgende voorwaarden willen verbinden:

- “1) er is sprake van een reële kans op een doorstart;
- 2) de te leveren goederen en diensten zijn essentieel voor de voortzetting van de onderneming en daarmee dus ook voor een mogelijke doorstart;
- 3) de levering geschiedt tegen directe betaling; en
- 4) er [vindt] een rechterlijke toets plaats.”<sup>[89]</sup>

De voorgenomen doorleveringsplicht zou de positie van de bewindvoerder en curator zeker versterken. Deze doorleveringsplicht is echter beperkt in die zin dat zij alleen ziet op goederen en diensten die essentieel zijn voor de voortzetting van een gefailleerde onderneming (het voortzettingsvereiste). Bovendien is vereist dat sprake is van een reële kans op een doorstart (het doorstartvereiste). Van een voortzetting en mogelijke doorstart is echter niet steeds sprake, terwijl de curator (in ieder geval tot hij zijn rechtmatigheidsonderzoek heeft voltooid) er belang bij heeft om de administratie toegankelijk te houden. Daarom is onze tweede suggestie om de eerste twee eisen niet te stellen. De curator – ook indien hij geen onderneming voortzet, maar voor zijn rechtmatigheidsonderzoek toegang tot de digitale administratie wil houden – moet altijd tegen betaling toegang tot de digitale administratie kunnen houden. Met Van Zanten, die een tiental suggesties ter verbetering van de doorleveringsverplichting uit het Voorontwerp Insolventiewet doet,<sup>[90]</sup> zijn wij daarom van mening dat het stellen van een voortzettingsvereiste onwenselijk is. Om dezelfde reden is ook het stellen van het doorstartvereiste ongewenst. Als de minister daar niet voor alle leveringen aan zou willen, zou het goed zijn dat de minister in het wetsvoorstel opneemt dat het voortzettingsvereiste en het doorstartvereiste niet geldt

bij doorleveringen die noodzakelijk zijn om de curator toegang te geven of laten houden tot de digitale administratie.

### **Suggestie 3: Geef de curator een wettelijke bevoegdheid om bruikbare inlichtingen te kunnen verlangen van derden, waaronder de provider**

De fiscus heeft een vergaande mogelijkheid om informatie bij derden in te winnen. Derden bij wie zich gegevensdragers bevinden, zijn gehouden die gegevensdragers, of de inhoud daarvan, desgevraagd aan de inspecteur te verstrekken.<sup>[91]</sup> De derde moet daarbij toelaten *'dat kopieën, leesbare afdrukken of uittreksels worden gemaakt van de voor raadpleging beschikbaar gestelde gegevensdragers of de inhoud daarvan'*.<sup>[92]</sup> Uit de memorie van toelichting volgt dat het hierbij niet alleen gaat om *'informatiedragers die toebehoren aan'* de belastingplichtige. De fiscus heeft langs deze weg ook toegang tot informatiedragers van het administratiekantoor of servicebureau dat de administratie voor de belastingplichtige voert, voor zover die informatiedragers functioneel behoren tot de administratie van de belastingplichtige. Bovendien geldt dat de derde - bedoeld is op het administratiekantoor of servicebureau - aan de inspecteur de informatiedragers voor raadpleging beschikbaar stelt die het door hem ten behoeve van zijn opdrachtgevers gebruikte administratiesysteem bevatten.<sup>[93]</sup> Dit is wat ons betreft ook toe te passen op een provider. Deze derde zal ook op verzoek van de inspecteur gehouden zijn gegevensdragers voor raadpleging beschikbaar te stellen waarop ook het administratiesysteem staat. Het niet-nakomen van deze verplichting is strafbaar.<sup>[94]</sup> De fiscus kan echter niet reëel executeren,<sup>[95]</sup> maar kan wel bij de civiele rechter op straffe van een dwangsom een veroordeling vragen om de inlichtingenplicht na te komen.<sup>[96]</sup>

Deze vergaande bevoegdheid van de fiscus komt hem exclusief toe. De curator van Retera probeerde aan te knopen bij deze bevoegdheid, maar het hof oordeelde anders:

“Bij de beantwoording van de vraag hoe ver de bevoegdheden reiken die de wetgever aan de curator heeft toegekend teneinde hem in de gelegenheid [te] stellen zijn taak als curator uit te oefenen, past terughoudendheid. De door de curator gemaakte vergelijking met de bevoegdheden die ingevolge de artikelen 47 en 48 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen aan de daarin bedoelde inspecteur zijn toegekend, kan hem daarom niet baten.”<sup>[97]</sup>

Het zou goed zijn om de curator een op dit punt met die van de fiscus vergelijkbare bevoegdheid te geven. Het lijkt ons daarbij redelijk dat de derde die medewerking moet verlenen aanspraak kan maken op een redelijke vergoeding. Hierbij zal dan wel moeten worden opgenomen dat als de curator en de derde onenigheid over de hoogte van de redelijke vergoeding hebben, de derde gehouden is eerst mee te werken en partijen daarna zo nodig in rechte twisten over de hoogte van de redelijke vergoeding. De derde heeft er uiteraard belang bij te weten dat er middelen zijn om hem te kunnen voldoen. De garantstellingsregeling kan op dit punt eenvoudig worden uitgebreid door in lege boedels de curator de mogelijkheid te bieden deze kosten te claimen. De derde heeft dan ook voldoende zekerheid dat hij kan worden betaald.

Als onze bovenstaande suggesties in het kader van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht ter harte worden genomen, dan hebben curatoren en bewindvoerders straks effectieve toegang tot een administratie in de cloud en weten alle betrokkenen waartoe zij gehouden zijn.

---

## Voetnoten

### Voetnoten

- [1] Gelieve dit artikel aan te halen als: F.B. Bosvelt en A.R. van Oijen, 'Cloud computing: beter één administratie in de hand dan tien in de lucht.', *TvI* 2013/39. Ferdinand Bosvelt en Arjan van Oijen zijn beiden advocaat bij Wijn & Stael Advocaten N.V. te Utrecht.

- [2] Ook de *Committee on Legal Affairs* van het Europees Parlement signaleert de *supplier lock-in* en pleit o.a. voor modelcontracten en geharmoniseerde wetgeving. Zie: *Draft opinion of the Committee on Legal Affairs for the Committee on Industry, Research and Energy on Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe, 2013/2063(INI), 25 juni 2013.*
- [3] Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2013, *JOR* 2013/192, m.nt. Van Nielen.
- [4] G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, Deel II (1897); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht, Deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 52.
- [5] Praktijkregel 9.3 van de Insolad Praktijkregels september 2011, te raadplegen via [www.insolad.nl/praktijkregels.html](http://www.insolad.nl/praktijkregels.html).
- [6] Zie in dit kader het door INSOLAD opgestelde informatieveel: 'Wat betekent het faillissement voor u als bestuurder van de rechtspersoon?', p. 3, te raadplegen via [www.insolad.nl/publicaties.html](http://www.insolad.nl/publicaties.html).
- [7] Zie in gelijke zin W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13, par. 6. Deze kosten heeft de curator immers in zijn hoedanigheid gemaakt. Vgl. HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, m.nt. Verstijlen, r.o. 3.7.1.
- [8] B. Wessels, *Surseance van betaling*, Wessels Insolventierecht, Kluwer: Deventer 2011, p. 66, nr. 8120 en A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Serie Recht en praktijk deel 87, Kluwer: Deventer 1995, p. 87 e.v.
- [9] A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Serie Recht en praktijk deel 87, Kluwer: Deventer 1995, p. 254.
- [10] M.A.J.G. Janssen, Taken en aansprakelijkheid bewindvoerder, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2010/7, SDU Uitgevers, p. 142.
- [11] Wij beperken ons omwille van de leesbaarheid tot de verplichtingen van de bestuurder. Op gefailleerde natuurlijke personen met een onderneming rusten vergelijkbare verplichtingen, zie art. 3:15i BW (administratie- en bewaarplicht) en de vierde afdeling titel I Fw (afgifteplicht).
- [12] C.M. Harmsen, *Een goedkeurende accountantsverklaring als garantie voor de nakoming van de administratieplicht?*, Verantwoording aan Hans Beckman, Kluwer: Deventer 2006, p. 191.
- [13] *Kamerstukken II* 1992/93, 23 024, nr. 3, p. 4.
- [14] *Kamerstukken II* 1988/89, 21 287, nr. 3, MvT, p. 15-16. De aldaar aangekondigde AMvB die in overleg met het Ministerie van Justitie zou worden opgesteld om 'de fiscale en de civielrechtelijke en handelsrechtelijke bewaarverplichting zo goed mogelijk op elkaar af te stemmen' is nooit uitgevaardigd.
- [15] Zo overweegt de Rb. Midden-Nederland in haar recente vonnis inzake aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van Landis wat onder administratie moet worden verstaan. De (civiele) rechtbank acht daarbij de bedoeling van de wetgever maatgevend en baseert zich vervolgens terecht op de MvT bij het fiscaalrechtelijke art. 52 AWR om te bepalen wat tot de administratie moet worden gerekend (Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 (*Landis*), r.o. 8.2.3 e.v.).
- [16] *Kamerstukken II* 1988/89, 21 287, nr. 3, MvT, p. 12.
- [17] Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, r.o. 8.2.6 waarin de rechtbank overweegt dat: "de administratie van een onderneming dus [bestaat] uit 1) het administratieproces, bestaande uit het geheel van procedures en technieken, dat gericht is op het verkrijgen, vastleggen, verwerken en verstrekken van informatie en uit 2) het product van dat administratieproces zoals dat schriftelijk of digitaal (of anderszins) is weergegeven."
- [18] *Kamerstukken II* 1988/89, 21 287, nr. 3, p. 16.
- [19] [www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/ondernemen/administratie/administratie\\_opzetten/hoe\\_lang\\_moet\\_u\\_uw\\_administratie\\_bewaren](http://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/ondernemen/administratie/administratie_opzetten/hoe_lang_moet_u_uw_administratie_bewaren).
- [20] Zie ook De Pous, 2011, Cloud computing in juridisch perspectief, [www.cloudtools.nl/wp-content/uploads/DEPOUS-CLOUDCOMPUTING-IJP-versie-2011.pdf](http://www.cloudtools.nl/wp-content/uploads/DEPOUS-CLOUDCOMPUTING-IJP-versie-2011.pdf), p. 6.
- [21] Administratieverplichting en elektronische gegevensverzamelingen, Bijlage bij Nadere MvA bij wetsvoorstel 21 287 (wijziging AWR) en wetsvoorstel 21 339 (wijziging van de Wet inzake de douane tot nadere vaststelling en aanpassing van administratieve verplichtingen), 6 juni 1994, *Kamerstukken I*, 1993/94, 21 287 en 21 339, 15d, p. 6.
- [22] E.R. Looyen, *Surseance van betaling*, Praktijkboek Insolventierecht 8, Kluwer: Deventer 2010, p. 44 en in

- gelijke zin A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Serie Recht en praktijk deel 87, Kluwer: Deventer 1995, p. 71 waar Leuftink opmerkt dat de bewindvoerder niet op grond van de wet medeverantwoordelijk is voor het opstellen van de jaarrekening.
- [23] Art. 73 lid 2, 162 lid 1 en 193 lid 2 Fw.
- [24] De toelichting bij praktijkregel 2.2 van de Insolad Praktijkregels voor curatoren stelt dat indien 'een curator aan het economisch verkeer deelneemt als ondernemer, van hem [mag] worden verwacht dat hij zich zoveel mogelijk gedraagt als ondernemer. (...) Onder meer moet de curator ervoor zorgen dat zijn administratie in orde is (...)'.
- [25] Rb. 's-Hertogenbosch 8 maart 2013, *JOR* 2013/68, m.nt. mr. J. Ekelmans, r.o. 6.1. Dit oordeel is terecht. De curator is immers niet '*het bestuur*' in de zin van art. 2:10 lid 3 BW en ook niet '*de administratieplichtige*' op grond van art. 52 lid 1 AWR. Ook de bewindvoerder valt niet onder de aangehaalde definities. De fiscus kan wel van een curator vorderen dat hij plichten van de gefailleerde nakomt (art. 43 AWR). Uit de wetsgeschiedenis volgt echter dat de wetgever hier het oog had op de nakoming van verplichtingen waarvan de behartiging tot de taak van de curator behoort. Daarbij kan worden gedacht aan verplichtingen die het gehele inkomen van de gefailleerde betreffen, waaronder het doen van aangifte voor de Inkomstenbelasting (zie MvT, *Kamerstukken* 1954/55, 4080, nr. 3, p. 22). Zie voor een meer uitgebreide bespreking C.M. Van der Heiden, *Insolventie en vennootschap*(diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk – deel 96, Deventer: Kluwer 1996, p. 159 e.v.
- [26] Elskamp & Verstijlen, *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Kluwer: Deventer 2012, 8e druk, p. 188, aant. 1 bij art. 105 en N.E.D. Faber e.a., *Sdu Commentaar Insolventierecht*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2013, p. 359, aant. 2 bij art. 105.
- [27] Verslag van de Tweede Kamer met Regeringsantwoord bij art. 6 Wet ter invoering der Faillissementswet, G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, Deel I (1896); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht, Deel 2-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 540.
- [28] Concept MvT gepubliceerd op 24 juli 2013, p. 4, raadpleegbaar via: [www.internetconsultatie.nl/faillissementsfraude](http://www.internetconsultatie.nl/faillissementsfraude).
- [29] HR 23 december 1983, *NJ* 1985/170, m.nt. Alkema, r.o. 3. Zo ook Hof 's-Gravenhage 29 maart 1984, *NJ* 1984/400, r.o. 4, waarin het hof aanneemt dat de bestuurder een '*wettelijke verplichting [heeft] tot het verlenen van medewerking aan een behoorlijke afwikkeling van het faillissement door het ter beschikking stellen aan de curator van de volledige administratie*'.
- [30] Zie instemmend, wenk bij Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *RI* 2011/13.
- [31] Het beter wettelijk verankeren van de verplichtingen van de bestuurder is door de minister al aangekondigd in het kader van het wetgevingstraject Herijking Faillissementsrecht, vgl. brief Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 27 juni 2013 *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 695, nr. 1, p. 6. Het opnemen van een expliciete wettelijke plicht is ook van belang in het kader van het recent door de minister voorgestelde art. 344a Sr (Concept Wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude gepubliceerd op 24 juli 2013, raadpleegbaar via: [www.internetconsultatie.nl/faillissementsfraude](http://www.internetconsultatie.nl/faillissementsfraude)) waar in de delictsomschrijving is opgenomen '*overeenkomstig de op hem rustende wettelijke verplichtingen*'.
- [32] C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is, ...*, Serie Onderneming en Recht deel 73, Kluwer: Deventer 2012, p. 28.
- [33] HR 11 november 1994, *NJ* 1995/551.
- [34] Soms zal de provider zich als dwangcrediteur opstellen. De curator moet dan kiezen of en zo ja in hoeverre hij dit accepteert. In par. 4 zullen wij nader ingaan op de provider als dwangcrediteur.
- [35] Vgl. Rb. Rotterdam 21 maart 2007, *JOR* 2007/114, r.o. 2.8 waarin de rechtbank oordeelde dat een schending van art. 105 Fw niet zonder meer gelijk valt te stellen aan het niet-opvolgen van art. 2:10 BW.
- [36] Zie in vergelijkbare zin, W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13, par 12. De garantstellingsregeling biedt nu – helaas voor curatoren – geen mogelijkheden om de eerste noodzakelijke maatregelen van de curator (art. 92 Fw) te kunnen bekostigen. Omdat dit adequaat kunnen optreden in de weg staat, is van belang dat de wetgever hierin voorziet.

- [37] Zie art. 193 Fw.
- [38] Zie ook Hof 's-Gravenhage 18 augustus 2009, *LJN* BJ5457, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ5457* waarin wordt overwogen dat de schuldenaar alle medewerking moet verlenen aan de bewindvoerder en (on)gevraagd alle relevante informatie tijdig en volledig moet verstrekken (r.o. 1 en 7.2).
- [39] Voor een uitgebreide bespreking van de vereisten van de verschillende delicten verwijzen wij naar Hilverda, *Faillissementsfraude*, Serie Onderneming en Recht Deel 53, Kluwer: Deventer 2009, hfdst. 10, p. 313 e.v.
- [40] Hilverda, *Faillissementsfraude*, Serie Onderneming en Recht Deel 53, Kluwer: Deventer 2009, p. 355.
- [41] HR 5 april 2011, *RvdW* 2011/519, r.o. 4.2 en HR 16 februari 2010, *NJ* 2010/104, r.o. 2.3.
- [42] Concept wetsvoorstel gepubliceerd op 24 juli 2013, raadpleegbaar via: [www.internetconsultatie.nl/faillissementsfraude](http://www.internetconsultatie.nl/faillissementsfraude).
- [43] De vraag is gerechtvaardigd of, nu de afgifteplicht nog niet expliciet in de wet is opgenomen, de schending van deze norm wel strafbaar wordt gesteld. Als een wettelijke afgifteplicht wordt opgenomen, zoals de minister wil, doet dit probleem zich overigens niet (meer) voor.
- [44] Concept MvT, p. 6.
- [45] In het voorstel is dit opgenomen in art. 344 lid 2 onder 1. Dit sluit aan bij het voornemen van de minister om een wettelijke verplichting op te nemen dat de bestuurder de verplichting krijgt om mee te werken aan de verlening van toegang tot versleutelde digitale bestanden, vgl. brief minister 27 juni 2013.
- [46] Zie daarover uitgebreid Hilverda, *Faillissementsfraude*, Serie Onderneming en Recht Deel 53, Kluwer: Deventer 2009, hfdst. 10, p. 313 e.v.
- [47] Notulen van de Staatscommissie belast met de samenstelling van een Wetboek van Strafrecht (Commissie De Wal), deel I, p. 538, kenbaar uit Hilverda, *Faillissementsfraude*, Serie Onderneming en Recht Deel 53, Kluwer: Deventer 2009, p. 347.
- [48] In de MvT bij art. 37 Fw staat het als volgt: "Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet de minste invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd." G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, Deel I (1896); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht, Deel 2-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 409.
- [49] T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk - Insolventierecht, deel InsR3, Deventer: Kluwer 2012, p. 321.
- [50] HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640, m.nt. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*). Dit oordeel is bevestigd in HR 16 oktober 1998, *JOR* 1999/17, m.nt. Kortmann (*Van der Hel q.q./Edon*), r.o. 3.6. Zie nader F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 74 en uitgebreid T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk - Insolventierecht, deel InsR3, Deventer: Kluwer 2012, p. 325 e.v.
- [51] Omwille van de leesbaarheid zullen wij hierna veelal spreken over de curator en art. 37 Fw.
- [52] In de literatuur heerste verdeeldheid over de vraag of art. 37 Fw wel toepasselijk is op duurovereenkomsten. Zie daarover T.T. Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss, Groningen), Serie Recht en Praktijk - Insolventierecht, deel InsR3, Deventer: Kluwer 2012, par. 4.4.2.4. De Hoge Raad heeft inmiddels beslist dat art. 37 Fw van toepassing is op duurovereenkomsten, zie HR 19 april 2013, *JOR* 2013/244, m.nt. Boekraad, r.o. 3.6.1.
- [53] *Rb. Amsterdam (vzr.)* 9 april 2009, *LJN* BJ5559, *IEPT* 20090409.
- [54] Zie uitgebreider over deze uitspraak in het licht van het leerstuk dwangcrediteuren T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk - Insolventierecht, deel InsR3, Deventer: Kluwer 2012, p. 329 e.v.
- [55] Dat was toen art. 3.4.2 Voorontwerp Insolventiewet met daarin een doorleveringsplicht voor goederen of diensten benodigd voor het voortzetten van de onderneming (of eerste levensbehoeften).
- [56] T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk - Insolventierecht, deel InsR3, Deventer: Kluwer 2012, p. 354 e.v. Van Zanten doet tien zinvolle suggesties ter verbetering van het voorstel uit het Voorontwerp Insolventierecht.



- [57] De provider mocht op grond van de algemene voorwaarden opzeggen.
- [58] Rb. Rotterdam (vzr.) 26 juni 2013, niet gepubliceerd.
- [59] Wij begrijpen dat de rechtbank met 'verandert' doelt op 'verslechtert'. De rechtbank bedoelt kennelijk dat de lopende kosten worden betaald en dus de achterstand niet groter wordt.
- [60] Uit r.o. 4.5 van deze uitspraak volgt dat curatoren gehouden zijn een opslag van 50% te betalen als aflossing van de 'oude' schuld. Dit hebben curatoren zelf aangeboden en de IT-dienstverlener wordt hierdoor gedeeltelijk toegelaten als dwangcrediteur.
- [61] HR 16 oktober 1998, *JOR* 1999/17, m.nt. Kortmann (*Van der Hel q.q./Edon*), r.o. 3.6. Specifiek voor de uitspraak inzake *Oilly*: T.T. van Zanten, 'Dwangcrediteuren, paritas creditorum en de continuïteit van de onderneming', in: I. Spinath e.a. (red.), *Curator en Crediteuren*, Insolad Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 98.
- [62] Zie bijv. Rb. Amsterdam (vzr.) 9 januari 2009, KG ZA 09-25 SP/EB (*Telfort/XB Managed services*), te raadplegen via [www.itenrecht.nl/www.delex-backoffice.nl/uploads/file/IT](http://www.itenrecht.nl/www.delex-backoffice.nl/uploads/file/IT) en Recht/KG vonnis Telfort - XB Managed Services.pdf.
- [63] Zie voor een voorbeeld Rb. Amsterdam (vzr.) 15 februari 2010, *Computerrecht* 2010/106, m.nt. P. de Wit en M.A. van Bommel (*Insinger de Beaufort/Centric*).
- [64] Aldus ook De Wit en Van Bommel in hun noot.
- [65] Rb. Amsterdam (vzr.) 9 januari 2009, KG ZA 09-25 SP/EB (*Telfort/XB Managed services*), te raadplegen via [www.itenrecht.nl/www.delex-backoffice.nl/uploads/file/IT](http://www.itenrecht.nl/www.delex-backoffice.nl/uploads/file/IT) en Recht/KG vonnis Telfort - XB Managed Services.pdf, r.o. 5.3.
- [66] Rapport 'Cloud Computing, Fundament op Orde' van Verdonck, Klooster & Associates, 2012 dat geschreven is ter ondersteuning van onderzoek van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie waarin wordt onderzocht hoe zij kan bijdragen aan het stimuleren van het (veilig) toepassen van cloud computing, p. 50. Te raadplegen via: [www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/03/15/cloud-computing-fundament-op-orde.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/03/15/cloud-computing-fundament-op-orde.html).
- [67] T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk - Insolventierecht, deel InsR3, Deventer: Kluwer 2012, p. 122 en 185.
- [68] Hof 's-Gravenhage 25 november 2008, *JOR* 2009/89, m.nt. Loesberg (*Borsboom q.q./Jonkman*).
- [69] Hof 's-Gravenhage 25 november 2008, *JOR* 2009/89, m.nt. Loesberg (*Borsboom q.q./Jonkman*), r.o. 11.
- [70] Ook de provider in de procedure die heeft geleid tot Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2013, *JOR* 2013/192, m.nt. Van Nielen had zich bereid verklaard de ruwe data aan de curator af te geven.
- [71] HR 12 juli 2013, *RvdW* 2013/877, r.o. 3.6.
- [72] Dit is analoog af te leiden uit HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958 r.o. 3.9.10. In die prejudiciële beslissing over bewijsbeslag (in de cloud) in niet IE-zaken oordeelt hij: "De rechterlijke toestemming tot beslaglegging [als de bestanden in de cloud staan] omvat in dit soort gevallen immers uit haar aard mede een tot de beslagene of de derde gericht bevel om de noodzakelijke medewerking te verlenen aan de beslaglegging omdat die toestemming anders zinloos zou zijn." Wij zijn van mening dat de wettelijke bevoegdheid van de curator om de administratie onder zich te nemen (als deze in de cloud staat) naar haar aard mede een verplichting van de provider bevat om medewerking daaraan te verlenen. Anders zou immers de bevoegdheid zinloos zijn.
- [73] Rb. Breda 15 september 2008, *JOR* 2008/254, r.o. 3.5. In de wenk bij het vonnis van Rb. 's-Hertogenbosch van 20 maart 2012, *RI* 2012/66 wordt wel gesuggereerd dat toegang tot 'elke plaats' ook van toepassing lijkt te zijn op een digitale plaats zoals een (externe) serveromgeving. Dat lijkt ons echter wat te ver gezocht. Art. 93a is ingevoegd bij de invoering van de Algemene wet op het binnentreden en ziet alleen op fysieke ruimten zoals woningen en andere bedrijfsruimten. Vgl. Rb. Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19, m.nt. Faber en HR 23 januari 2007, *NJ* 2007/337. Uit de MvT blijkt nergens dat de wetgever ook heeft bedoeld op andere dan fysieke ruimten (*Kamerstukken II*, 1991/92, 22539, nr. 3, p. 3-4) Ook in Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2013 (*JOR* 2013/192, m.nt. Van Nielen) vat het hof art. 93a Fw letterlijk op. Het hof oordeelt dat 'uit artikel 93a Fw geen andere bevoegdheden [kunnen] worden afgeleid dan dat de curator toegang heeft tot elke plaats voor zover dat voor de vervulling van zijn taak noodzakelijk is'. (r.o. 3.6).

- [74] Rb. Breda 31 juli 2008, *JOR* 2008/254, r.o. 3.5.
- [75] Rb. Breda 31 juli 2008, *JOR* 2008/254, r.o. 3.5.
- [76] Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2013, *JOR* 2013/192, m.nt. Van Nielen, r.o. 3.5.
- [77] Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *JOR* 2012/54.
- [78] Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *JOR* 2012/54, r.o. 4.4.2 waarin wordt geoordeeld dat de aard van de opgedragen taak zich niet verdraagt met '*een uitgebreide, eventueel gerechtelijke, discussie over de vraag of de curator bevoegd is om tot gebruikmaking van de conservatoire maatregel over te gaan*'.
- [79] Rb. Breda 31 juli 2008, *JOR* 2008/254, r.o. 3.5.
- [80] W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13.
- [81] Deze redelijke oplossing is kenbaar uit Rb. Rotterdam 27 augustus 2010, *JOR* 2010/328, r.o. 6.6. waarin de bestuurder en curator overeenkwamen dat een computer met informatie aan een notaris in bewaring wordt gegeven en door een onafhankelijke persoon wordt onderzocht.
- [82] Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *JOR* 2012/54, r.o. 4.5.5. Voor inspiratie over de wijze waarop met de belangen van alle partijen rekening gehouden zou kunnen worden, kan worden gekeken naar het leggen van (bewijs)beslag in de cloud zie bijv. Rb. Amsterdam (vzr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4806 en de De Beslagsyllabus versie augustus 2013, p. 30 e.v. Zie ook HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958.
- [83] Art. 4.1.7 lid 1 Voorontwerp Insolventiewet. Overigens wordt de verplichting voor de commissarissen in de toelichting gerelativeerd tot het vestrekken van gegevens '*om de bewindvoerder in staat te stellen de hand te leggen op de administratie*', aldus de toelichting p. 89. Deze plicht rust niet op oud-bestuurders, tenzij bestuurders of commissarissen ontbreken, dan is de laatste bestuurder of commissaris hiertoe gehouden.
- [84] Art. 4.1.7 lid 2 Voorontwerp Insolventiewet.
- [85] Brief Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 27 november 2012, *Kamerstukken II*, 2012/13, 29 911 nr. 74, p. 5.
- [86] Brief Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 27 juni 2013 *Kamerstukken II*, 2021/13, 33 695, nr. 1, p. 7.
- [87] Ook Van Nielen is er voorstander van om '*de bevoegdheden van de curator ten aanzien van extern opgeslagen digitale administratie van failliet duidelijk in de wet op te nemen*', zie W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13.
- [88] Brief Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 27 juni 2013, *Kamerstukken II*, 2021/13, 33 695, nr. 1, p. 6.
- [89] Brief Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 27 juni 2013, *Kamerstukken II*, 2021/13, 33 695, nr. 1, p. 6.
- [90] T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk - Insolventierecht, deel InsR3, Deventer: Kluwer 2012, p. 354 e.v.
- [91] Art. 48 jo. art. 47 lid 1 onder b AWR en art. 59 jo. art. 58 lid 1 onder b IW 1990.
- [92] Art. 49 lid 2 AWR en art. 60 lid 2 IW 1990.
- [93] *Kamerstukken II*, 1988/89, 21 287, nr. 3, p. 21.
- [94] Art. 64 jo. art. 65 IW 1990 en art. 68 lid 1 AWR.
- [95] Vetter, Wattel, Van Oers, *Invordering van belastingen*, Kluwer: Deventer 2009, p. 364.
- [96] HR 12 juli 2013, *RvdW* 2013/877, r.o. 3.6.
- [97] Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2013, *JOR* 2013/192, m.nt. Van Nielen, r.o. 3.6.