

**FIP 2016(2) 84 Art. - Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator**

<b>Publicatie</b>	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
<b>Aflevering</b>	8 afl. 2
<b>Publicatiedatum</b>	22 maart 2016
<b>Auteurs</b>	Vermaire, mr. R.M.Luijkx, mr. J.M.

**Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator**

*Met het wetsvoorstel versterking positie curator tracht de minister de curator een sterkere positie te geven op het gebied van informatievergaring en fraudesignalering met als doel faillissementsfraude effectiever te bestrijden. Daartoe worden de reeds voor gefailleerden, bestuurders, commissarissen en overige betrokken derden geldende informatie- en medewerkingsplichten gecodificeerd en aangevuld. Daarnaast krijgt de curator een wettelijke verplichting om een fraudesignalerende rol te vervullen. Deze rol zou volgens de Memorie van toelichting in het logische verlengde van de kerntaak van de curator liggen. Wij menen echter dat dit niet altijd het geval is. Het verplicht onderzoeken van onregelmatigheden kan namelijk in strijd komen met het belang van de gezamenlijke crediteuren. De fraudesignalerende rol kan de kerntaak van de curator onder omstandigheden wel degelijk aantasten.*

**Inleiding**

De minister van Veiligheid en Justitie heeft zich in 2012 tot doel gesteld om het wettelijk kader van de Faillissementswet te optimaliseren.<sup>1</sup> Dat heeft geleid tot het Programma Herijking Faillissementsrecht. Dit wetgevingsprogramma bestaat uit een drietal pijlers: (i) bestrijding van faillissementsfraude, (ii) bevordering van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure. Het wetgevingsprogramma begint zo langzamerhand steeds meer vorm te krijgen. Een groot aantal wetsvoorstellen is inmiddels voorbereid. Een aantal is al door de Tweede Kamer aangenomen. Zo ook het wetsvoorstel versterking positie curator.

Het wetsvoorstel versterking positie curator behoort, tezamen met het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod en het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude<sup>2</sup>, tot de zogenaamde ‘fraudepijler’. Het wetsvoorstel versterking positie curator moet in dat kader voorzien in een versterking van de positie van de curator op zowel het vlak van informatievergaring als op het gebied van fraudesignalering. In het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod wordt geregeld dat de (gewezen) bestuurder een bestuursverbod kan worden opgelegd als hij in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen. In het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude wordt het niet voldoen aan de inlichtingenplicht door de failliet, diens echtgenoot of partner, of derden strafbaar gesteld, evenals het niet voldoen aan de verplichting tot het overleggen van de administratie door de failliet. Alle wetsvoorstellen binnen deze fraudepijler hebben tot doel de faillissementsfraude effectiever te bestrijden.<sup>2</sup>

In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op het wetsvoorstel versterking positie curator. Daarbij zullen eerst de voorgestelde wijzigingen met betrekking tot de informatievergaring door de curator worden geschetst. Vervolgens wordt ingegaan op de fraudesignalerende rol die met dit wetsvoorstel aan de curator wordt toebedeeld. Bezien zal worden hoe deze fraudesignalerende rol van de curator zich verhoudt tot de kerntaak van de curator in een faillissement, namelijk het beheren en vereffenen van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren. Aan de hand van de gegeven schets van het wetsvoorstel zullen wij tot slot ingaan op de vraag in hoeverre het wetsvoorstel in de praktijk zal bijdragen aan het bestrijden van faillissementsfraude.

## **Informatiepositie curator**

In het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat het in het kader van de fraudebestrijding van belang is dat de curator informatie krijgt van de failliet, bestuurders, commissarissen, derden en – voor zover het faillissement de gemeenschap van goederen treft – van de eventuele echtgenoot of geregistreerde partner van de failliet.<sup>3</sup>

In de huidige faillissementswet bestaat een dergelijke verplichting al, zij het dat het juridische kader daarvan summier is. De huidige faillissementswet beperkt zich voornamelijk tot het algemene uitgangspunt dat de gefailleerde verplicht is de curator alle inlichtingen te verschaffen zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen (art. 105 lid 1 Fw). Dezelfde plicht rust op bestuurders en commissarissen (art. 106 Fw), alsmede op de echtgenoot of geregistreerde partner waarmee een gemeenschap van goederen bestaat die door het faillissement wordt geraakt (art. 105 lid 2 Fw).

In de jurisprudentie is deze wettelijke inlichtingenplicht met de tijd verruimd. Daarnaast is er in de jurisprudentie op basis van het huidige wettelijke systeem tevens een medewerkingsplicht geformuleerd.<sup>4</sup> Deze voor gefailleerden en betrokken derden geldende inlichtingen- en medewerkingsplichten worden met dit wetsvoorstel gecodificeerd.

## **Plichten van gefailleerde**

Het wetsvoorstel bepaalt in artikel 105 lid 1 Fw (nieuw) dat de gefailleerde de curator niet alleen desgevraagd, maar ook uit eigen beweging moet inlichten over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de curator van belang zijn. Het artikel bepaalt uitdrukkelijk dat daaronder ook valt de plicht van de failliet om de curator op de hoogte te brengen van buitenlandse vermogensbestanddelen.

Naast deze inlichtingenplicht, geldt voor de gefailleerde ook een medewerkingsplicht. Artikel 105a lid 1 onder a Fw (nieuw) bepaalt dat de gefailleerde bij het beheer en de vereffening van de boedel alle medewerking moet verlenen. Zo dient de gefailleerde aan de curator terstond na het uitspreken van het faillissement de administratie (inclusief de middelen om de inhoud daarvan binnen redelijke termijn leesbaar te maken, zoals encryptiesleutels<sup>5</sup>) over te dragen (artikel 105a lid 2 Fw (nieuw)).

Naast het feit dat de failliet verplicht is de curator te informeren over buitenlandse vermogensbestanddelen, is de failliet voorts verplicht de curator de beschikking te geven over die buitenlandse vermogensbestanddelen, zo nodig door verschaffing van een volmacht (artikel 105 lid 2 onder b Fw (nieuw)).

Op zichzelf zijn de verplichtingen zoals deze in het wetsvoorstel zijn opgenomen weinig nieuws onder de zon. De gefailleerde is op grond van (het huidige) artikel 105 Fw thans immers ook al verplicht inlichtingen aan de curator, de schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris te verstrekken indien hij daartoe wordt opgeroepen. Die inlichtingen dient de gefailleerde – voor zover voor de curator van belang – op grond van de jurisprudentie nu ook al ongevraagd te verschaffen.<sup>6</sup> Bovendien geldt voor de gefailleerde thans ook al een medewerkingsplicht, zowel in algemene zin<sup>7</sup> als ten aanzien van het overdragen van de administratie (zie het huidige artikel 92 Fw). Ook is in de jurisprudentie al bepaald dat de failliet zijn medewerking dient te verlenen opdat de curator over de buitenlandse vermogensbestanddelen kan beschikken.<sup>8</sup>

Deze plichten zijn gebaseerd op het huidige artikel 105 Fw. In feite wordt de in de jurisprudentie gecreëerde verruiming van dit artikel met het wetsvoorstel gecodificeerd en is in die zin slechts sprake van een explicitering van de plichten van de gefailleerde.

## **Plichten van bestuurders, commissarissen en vennoten**

Het wetsvoorstel is echter niet alleen op de gefailleerde gericht. De voor gefailleerde geldende inlichtingen- en medewerkingsplichten wordt eveneens van toepassing verklaard op bestuurders, commissarissen en vennoten alsmede een ieder die in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement bestuurder, commissaris of vennoot was (artikel 106 Fw (nieuw)). Als bestuurder wordt ook aangemerkt de bestuurder van een rechtspersoon en de vennoot van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap die bestuurder is van de failliete

rechtspersoon alsmede degene die het beleid van de gefailleerde (mede) heeft bepaald (artikel 106 lid 2 Fw (nieuw)).

Hierdoor vindt ten opzichte van de huidige regelgeving een verruiming van de reikwijdte van de inlichtingen- en mededelingsplichten plaats. De reden dat de inlichtingen- en medewerkingsplichten ook geldt voor een ieder die in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement bestuurder of commissaris was, is ingegeven door het feit dat de verwachting is dat gewezen bestuurders of commissarissen nog relevante inlichtingen kunnen verschaffen. Zij hebben bijvoorbeeld vaak nog kopieën van oude administratie en klantcontracten in de kast staan, aldus de Memorie van toelichting.<sup>9</sup>

In het wetsvoorstel is in dat kader een termijn van drie jaar voorafgaand aan het faillissement opgenomen. Die periode komt overeen met de termijn die wordt gehanteerd bij de bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:138/248 lid 6 BW) en bij het voorgestelde civielrechtelijke bestuursverbod (art. 106a lid 1 Fw (nieuw)). Met het opnemen van deze termijn wil de wetgever voorkomen dat een bestuurder of commissaris zich aan inlichtingen-, medewerkings- en afgifteplichten (en de bijbehorende mogelijke sancties<sup>10</sup>) zou kunnen onttrekken door in het zicht van een faillissement te defungeren en een ander tot bestuurder of commissaris te (laten) benoemen. In de literatuur wordt wel betoogd dat het wetsvoorstel over een langere periode sanctionering mogelijk zou moeten maken, als (ook) de ‘oud’ bestuurder onvoldoende medewerking verleent.<sup>11</sup>

Wij besteedden in het voorgaande geen aandacht aan het feit dat de inlichtingenplicht van de failliet, bestuurder of commissaris in het kader van het afwikkeling van het faillissement zoals deze thans is opgenomen in het wetsvoorstel, mogelijk op gespannen voet kan komen met het leerstuk van (strafrechtelijke) zelfincriminatie, aangezien dit het bestek van dit artikel te buiten gaat. Voor de verhouding tussen de inlichtingenplicht van de diverse partijen en het recht om beschermd te worden tegen gedwongen zelfincriminatie wordt verwezen naar de bijdragen van Mulder in het INSOLAD Jaarboek 2013<sup>12</sup> en het artikel van Van Galen.<sup>13</sup>

### **Plichten van overige derden**

Ook aan derden worden in het wetsvoorstel verplichtingen opgelegd. Zo dient een derde die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf de administratie van de gefailleerde geheel of gedeeltelijk onder zich heeft, de administratie desgevraagd volledig en ongeschonden aan de curator ter beschikking te stellen, zo nodig met inbegrip van de middelen om de inhoud binnen redelijke tijd leesbaar te maken (artikel 105b lid 1 Fw (nieuw)). Deze in het wetsvoorstel opgenomen verplichting voor derden zou met name ten aanzien van de afgifte van de administratie voor de curator een aanzienlijke versterking van zijn positie teweeg moeten brengen. Temeer nu derden zich tegen de afgifte van de administratie – blijkens het wetsvoorstel – niet (meer) kunnen verweren met een beroep op hun mogelijke retentierecht (artikel 105b lid 2 Fw (nieuw)). Hiermee wordt – aldus de Memorie van toelichting<sup>14</sup> – afgeweken van het huidige artikel 60 Fw waarin is bepaald dat de schuldeiser die een retentierecht heeft op een aan de schuldenaar toebehorende zaak dit recht niet verliest door de faillietverklaring. De rechtvaardiging hiervoor is dat de administratie van de failliet van zo een groot belang is voor het beheer en de vereffening van de boedel dat een retentierecht van een individuele schuldeiser hier voor behoort te wijken, aldus nog steeds de Memorie van toelichting.

In de ratio achter deze bepaling kunnen wij ons goed vinden. Wij vragen ons echter af of een derde onder de huidige wetgeving überhaupt wel de mogelijkheid heeft om, in geval van een faillissement, een beroep te doen op het retentierecht en of het wetsvoorstel in die zin dus wel iets toevoegt. Hoewel de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants bij de consultatie van het wetsvoorstel pretendeert dat een derde op grond van diverse rechterlijke uitspraken een retentierecht inzake de door hem of haar geproduceerde stukken heeft<sup>15</sup> – hetgeen in algemene zin wellicht juist is – betwijfelen wij of dat retentierecht ook op gaat in geval van faillissement. De Hoge Raad oordeelde naar aanleiding van een beroep op het retentierecht door een advocaat in verband met de afgifte van een dossier immers als volgt<sup>16</sup>:

*“Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat bij de totstandkoming van art. 60F, kennelijk niet onder ogen is gezien dat geen van beide in het tweede lid van dit artikel aan de curator geboden mogelijkheden tot een aanvaardbaar resultaat leidt in gevallen die zich hierdoor kenmerken dat enerzijds de zaak waarop retentierecht wordt uitgeoefend, geen*

*verkoopwaarde van enige betekenis heeft of zich, gezien haar aard, in redelijkheid niet leent voor verkoop op de voet van art. 101 of art. 176 F., en anderzijds het belang van de boedel wel vergt dat de zaak in de boedel wordt gebracht, maar de curator niet over middelen beschikt om de vordering waarvoor het retentierecht wordt uitgeoefend te voldoen, dan wel met het oog op het belang van de boedel geen vrijheid heeft om beschikbare middelen ter voldoening van die vordering aan te wenden. [...]*

*In gevallen van deze aard weegt het belang van de curator om ten behoeve van de boedel over de stukken te kunnen beschikken zoveel zwaarder dan het belang van de advocaat om druk op de curator te kunnen blijven uitoefenen door de stukken terug te houden, dat voortgezette uitoefening van het retentierecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”*

De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat advocatendossiers niet geacht kunnen worden als zodanig enige verkoopwaarde te hebben en lenen zich bovendien niet voor verkoop. Die conclusie kan naar onze mening één op één worden toegepast op de administratie van de gefailleerde.<sup>17</sup> In onze visie zal het inroepen van het retentierecht door een derde die de administratie van de failliet onder zich heeft, ook al onder het huidige recht geen effect kunnen sorteren.

Van de buiten faillissement zo sterke positie van de retentor met betrekking tot administratie blijft zowel met de huidige als met de nieuwe regelgeving niets over. In die zin is met deze bepaling in onze ogen dan ook niet zozeer sprake van een versterking maar veeleer van een verduidelijking van de positie van de curator. Een bijkomend voordeel is wel dat de curator in het geval van een weigerende derde de rechter kan vragen om de plicht tot het overleggen van de administratie te herbevestigen op straffe van een dwangsom (artikel 25 Fw j° 611a e.v. Rv). Dergelijke dwangsommen vallen in de boedel (artikel 20 Fw).<sup>18</sup>

In de Memorie van toelichting is wel opgenomen dat de derde een kostenvergoeding mag vragen voor het daadwerkelijk ter beschikking stellen van de administratie (te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan licentiekosten in verband met ‘cloud toegang’ door de curator).<sup>19</sup> Mocht de boedel echter over onvoldoende middelen beschikken om deze kosten op voorhand te kunnen voldoen, dan blijft de verplichting tot afgifte van de administratie toch bestaan. Naar wij aannemen verkrijgt de derde dan wel een boedelvordering.

#### **Fraudesignalering door curator**

Naast een versterking van de inlichtingen- en medewerkingsplicht van de failliet en derden, voorziet het wetsvoorstel voorts in een wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator. De curator wordt in artikel 68 Fw (nieuw) wettelijk verplicht om in faillissementen te bezien of sprake is van eventuele onregelmatigheden. Bij het constateren van onregelmatigheden dient de curator de rechter-commissaris daarover te informeren. Vervolgens zal hij – indien de curator of de rechter-commissaris dit nodig acht – melding of aangifte van de onregelmatigheden moeten doen bij de bevoegde instanties. In het faillissementsverslag zal de curator moeten vermelden hoe hij zich van zijn fraudesignalerende rol heeft gekweten (artikel 73a Fw (nieuw)). De curator krijgt hiermee dus de wettelijke verplichting om een fraudesignalerende rol te vervullen.

Dat is – anders dan de hiervoor omschreven informatie- en mededelingsplichten – wél een (grote) wijziging ten opzichte van de huidige regelgeving. Die wettelijke verplichting bestond eerder immers niet, althans voor zover geen sprake is van bijvoorbeeld een misdrijf tegen de veiligheid van de staat en/of de algemene veiligheid van personen of goederen (artikel 160 Sv). Volgens de INSOLAD praktijkregels dient de curator – buiten de gevallen bedoeld in artikel 160 Sv – nu slechts aangifte van strafbare feiten te doen indien hij zulks in het belang acht van de boedel.<sup>20</sup> De verplichting zoals die thans is vervat in het wetsvoorstel, biedt de curator geen mogelijkheid meer om een dergelijke afweging te maken. Ook zonder enig belang voor de boedel dient de curator zich van deze taak te kwijten.

#### **Kerntaak curator**

De fraudesignalerende rol ligt volgens de minister in het logische verlengde van de kerntaak van de curator, zoals omschreven in het huidige artikel 68 Fw.<sup>21</sup> Dit artikel bepaalt dat de curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De curator verricht

deze taak in de eerste plaats ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>22</sup> Voor de uitoefening van deze taak heeft de curator met het huidige systeem al de nodige instrumenten om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en te redresseren. Zo kan de curator onder meer acties instellen wegens onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad of vanwege paulianeus handelen. Met deze instrumenten kan de curator bewerkstelligen dat meer opbrengsten voor de boedel worden gegenereerd. In zekere zin is dan ook juist dat – zoals de minister schrijft – de taak van de curator om een onderzoek te doen naar onregelmatigheden inherent is aan de kerntaak van de curator. Zij tast in zoverre niet de kerntaak van de curator aan.

### **Belangen crediteuren**

Wij betwijfelen echter of dit ook het geval is indien de bestuurder of de betrokken derde onvoldoende verhaal biedt. In dat geval zal een onderzoek naar de onregelmatigheden namelijk niet opportuun zijn. Immers, de kosten van een dergelijk onderzoek komen ten laste van het aan de gezamenlijke crediteuren toekomende gerealiseerde boedelactief, terwijl de boedel naar aanleiding van dit onderzoek geen enkele bate te verwachten heeft. Om die reden wordt met enige regelmaat in de praktijk maar een beperkt of in het geheel geen onderzoek gedaan. Het is de vraag hoe deze praktijk zich verhoudt met de in het wetsvoorstel opgenomen verplichting om onregelmatigheden te onderzoeken.

In de consultatieronde gaf INSOLAD de minister in overweging om in de Memorie van toelichting te vermelden dat het onderzoek van de curator beperkt kan blijven tot een ‘prima facie’ onderzoek indien verhaalsmogelijkheden jegens (oud) bestuurders en commissarissen lijken te ontbreken.<sup>23</sup> De Memorie van toelichting vermeldt naar aanleiding daarvan dat er niet getornd wordt aan het oorzakenonderzoek van de curator. Het oorzakenonderzoek kan bij het ontbreken van verhaalsmogelijkheden beperkt blijven tot een ‘prima facie’ onderzoek, met dien verstande dat bij (signalen van) onregelmatigheden in ieder geval voldaan moet worden aan de informatieplicht jegens de rechter-commissaris.<sup>24</sup>

Feit blijft wel dat de curator verplicht blijft om – zij het beperkt – onderzoek te verrichten naar onregelmatigheden, óók als dat niet in het belang van de schuldeisers is. Zolang de overheid voor dit onderzoek geen vergoeding aanbiedt, zal naar onze mening in dergelijke situaties wel degelijk sprake zijn van een aantasting van de kerntaak van de curator.

### **Belangenafweging**

Indien de curator en/of de rechter-commissaris dit nodig acht zal er vervolgens melding of aangifte moeten worden gedaan (artikel 68 lid 2 onder c BW (nieuw)). Ook dat hoeft niet altijd in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te zijn. Een bestuurder kan immers bereid zijn om ter afwikkeling van een bestuurdersaansprakelijkheidsclaim (met strafrechtelijke aspecten) een hoger bedrag aan de boedel te betalen indien wordt afgezien van het doen van strafrechtelijke aangifte. Het is in een dergelijk geval niet in het belang van de boedel om dan aangifte te doen. Zo bepalen ook de door INSOLAD opgestelde praktijkregels voor curatoren dat de curator pas aangifte doet van strafbare feiten “indien hij zulks in het belang acht van de boedel”.<sup>25</sup> Het is dan ook de vraag in hoeverre de curator op basis van dit wetsvoorstel nog de vrijheid heeft om van een melding of aangifte af te zien indien de boedel daarmee niet is gebaat.

Dit blijkt niet duidelijk uit het wetsvoorstel en/of de Memorie van toelichting. Hoewel de formulering van het wetsvoorstel van artikel 68 lid 2 onder c Fw (nieuw) luidt dat de curator melding doet ‘indien hij dit nodig acht’, en dit enige beleidsvrijheid van de curator lijkt te impliceren, staat in de Memorie van toelichting juist vermeld dat het voor zich spreekt dat bij serieuze signalen in ieder geval melding wordt gedaan.<sup>26</sup> Wat ons betreft zou een belangenafweging uitkomst bieden. De curator dient zichzelf de vraag te stellen of het belang van de gezamenlijke schuldeisers moet wijken voor het maatschappelijk belang van fraudebestrijding. De curator mag in zijn beleidsafwegingen immers ook belangen van maatschappelijke aard betrekken.<sup>27</sup> Zo zouden ernstige onregelmatigheden in onze optiek gemeld moeten worden als – bij het afzien daarvan – voor de boedel slechts een geringe meeropbrengst kan worden gerealiseerd.

### **Fraudebestrijding**

De vraag is of het wetsvoorstel versterking positie curator daadwerkelijk gaat bijdragen aan het bestrijden van faillissementsfraude.

### **Codificering en fraudesignalering**

Voor het opsporen van onregelmatigheden is het voor de curator van groot belang dat hij informatie en medewerking krijgt. Hoewel de curator op grond van de huidige regelgeving en jurisprudentie weliswaar al de mogelijkheid heeft om deze informatie en medewerking af te dwingen, kunnen wij ons voorstellen dat dit niet in alle gevallen soelaas biedt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de failliet zijn plichten niet rechtstreeks uit de wet af kan leiden en derhalve weigert medewerking te verlenen, terwijl de curator onvoldoende belang heeft om (bijvoorbeeld) door middel van het voeren van een procedure een en ander af te dwingen. Op basis van dit wetsvoorstel wordt voor de toekomst duidelijk vastgelegd wat er van gefailleerden en/of derden kan worden verwacht. Dat zou een soepelere informatievoorziening tot gevolg kunnen hebben. Aan de hand van de verkregen informatie zal het voor een curator makkelijker zijn onregelmatigheden te signaleren.

Het wetsvoorstel maakt voorts voor gefailleerden en derden duidelijk welke medewerking van hen kan worden verwacht. Ondanks het feit dat voor gefailleerden op basis van de rechtspraak al een verplichting bestond om de curator te machtigen voor het te gelde maken van buitenlandse vermogensbestanddelen<sup>28</sup>, is het goed dat dit in de nieuwe wet nog eens expliciet is opgenomen. Wij verwachten dat hier in de praktijk meer en meer gebruik van gemaakt zal worden. Met een dergelijke volmacht kan de curator in landen waar de Europese Insolventieverordening niet van toepassing is – en de bevoegdheden van de curator ten aanzien van deze activa dus niet (automatisch op basis van de verordening) worden erkend – toch de rechten van de boedel ten opzichte van deze vermogensbestanddelen uitoefenen. In landen waar de Europese Insolventieverordening wel van toepassing is, kan de volmacht ook uitkomst bieden. In de praktijk blijkt immers maar al te vaak dat de bevoegdheden van de curator ondanks de Europese Insolventieverordening<sup>29</sup> niet (automatisch en zonder bijkomende formaliteiten) worden erkend en de curator zodoende alsnog niet vrijelijk kan beschikken over de vermogensbestanddelen.

De codificering van bestaande jurisprudentie in de wet – en daarmee de verduidelijking van de informatiepositie van de curator en de verplichtingen van de failliet om zijn medewerking te verlenen – is al dan niet in het kader van fraudebestrijding zeker toe te juichen. Ook het feit dat het wetsvoorstel duidelijke verplichtingen oplegt aan derden, is toe te juichen. Dat geldt – los van de kanttekeningen die hierover reeds zijn geplaatst – ook voor de fraudesignalerende rol die aan de curator is toebedeeld. Een verplicht onderzoek naar de onregelmatigheden leidt er vanzelfsprekend toe dat meer fraude aan het licht zal komen.

### **Politie en justitie**

Dat onderzoek zal echter pas effectief kunnen zijn in het kader van fraudebestrijding als de fraude – nadat door de curator melding of aangifte is gedaan – ook daadwerkelijk door politie en justitie wordt opgepakt. De praktijk leert dat daar tot op heden weinig van terecht komt. Het aantal fraudezaken dat strafrechtelijk wordt vervolgd, ligt volgens schattingen rond de twee procent.<sup>30</sup> Het doel van het wetsvoorstel om faillissementsfraude te bestrijden zal dan ook pas werkelijk gerealiseerd gaan worden wanneer ook bij politie en justitie sprake is van voldoende capaciteit om met de meldingen van curatoren serieus aan de slag te gaan.

In de Memorie van toelichting wordt het belang hiervan ten volle onderkend. De minister schrijft dat het waarborgen van voldoende capaciteit, deskundigheid en prioriteit voor de bestrijding van faillissementsfraude een belangrijk aandachtspunt is. In de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude wordt daaraan ook aandacht besteed. Zo zal het aantal fte's voor het specialisme 'financieel-economische expertise' de komende jaren worden uitgebreid, omdat de financiële expertise in de opsporing op peil moet worden gebracht. Het doel is vervolgens om te komen tot een ketenaanpak, waarin zaken vanaf het moment van het signaleren van fraude tot aan de berechting met de benodigde capaciteit en specialisatie worden behandeld. Men richt zich daarom momenteel op de signalering van fraude, de selectie van zaken, de adequate opsporing en de gerichte afdoening, in welk kader faillissementsfraudesprekuren worden georganiseerd, diverse overleggen

plaatsvinden tussen FIOD, Openbaar Ministerie en politie en faillissementsfraudezaken geclusterd op themazittingen voor de rechter worden gebracht voor een effectieve berechting.<sup>31</sup>

#### Slot

Of dit wetsvoorstel zodra het daadwerkelijk wet wordt inderdaad zal gaan leiden tot minder faillissementsfraude, zal moeten worden afgewacht. Maar met de nieuwe wet in de hand krijgen curatoren in ieder geval meer mogelijkheden om informatie te vergaren en medewerking (bij de failliet en/of derden) af te dwingen, dit is voor de insolventiepraktijk in ieder geval een goede (en gewenste) stap voorwaarts.

*mr. R.M. Vermaire en mr. J.M. Luijkx*

*Mr. R.M. Vermaire en mr. J.M. Luijkx zijn als advocaten werkzaam bij Wijn & Stael Advocaten N.V. te Utrecht.*

#### Voetnoten

- 1 Zie de brief van minister I.W. Opstelten, d.d. 27 november 2012, aan de Tweede Kamer.
- 2 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 2; *Kamerstukken II* 2014/15, 33 994, nr. 2.
- 2 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 2.
- 3 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 3.  
Zie o.a. Hoge Raad 17 november 1972, *NJ* 1973/133; Hoge Raad 23 december 1983, *NJ* 1985/170 en Hoge Raad 15 februari 2002, *NJ* 2002/259. Vgl. ook C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, derde druk, Serie Onderneming en Recht deel 73, pp. 44-58.
- 4 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 4.
- 6 HR 15 februari 2002, *NJ* 2002/259, m.nt. B. Wessels en hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2014, «JOR» 2014/250.  
HR 17 november 1972, *NJ* 1973/133, HR 23 december 1983, *NJ* 1985/170, m.nt. E.A.
- 7 Alkema en W.C.L. van der Grinten en HR 15 februari 2002, *NJ* 2002/259, m.nt. B. Wessels.  
HR 9 maart 2007, ECLI:NL:HR:AZ4568 en hof 's-Gravenhage 6 oktober 2011, «JOR» 2012/162; Het voorgaande geldt eveneens voor diens echtgenoot of geregistreerde partner voor zover het faillissement de gemeenschap betreft (artikel 105 Fw (nieuw)).
- 8 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 23.  
De bijbehorende mogelijke sancties zijn de nieuwe strafbepalingen ex artikel 194, 344a en 344b Sr alsmede het civielrechtelijk bestuursverbod ex artikel 106a e.v. Fw (nieuw).
- 10 M.W. Steenpoorte, 'Ontwikkelingen rond de inlichtingen- en medewerkingsplicht van de failliet en betrokken derden', in: *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk* 2015, nr. 8, p. 27.
- 11 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.
- 12 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.
- 13 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 21.
- 14 Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants brief aan minister I.W. Opstelten van 20 mei 2014.  
HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640, m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 3.4 en 3.5
- 16 (Middendorf/Kouwenberg q.q.). Zie ook Rb. Rotterdam 22 november 1994, *NJ* 1995/641, en Rb. Utrecht 16 november 2006, «JOR» 2006/280.

- 17 Vgl. Rb. Arnhem, 31 december 1996, «JOR» 1997/23.
- 18 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 22.
- 19 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 11.
- 20 <https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels/> (Praktijkregel 14.1).
- 21 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 13.
- 22 HR 4 december 1963, *NJ* 1964/144.
- 23 INSOLAD brief aan minister I.W. Opstelten van 28 mei 2014.
- 24 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 13.
- 25 <https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels/> (Praktijkregel 14.1).
- 26 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 14.
- 27 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472.
- 28 T.a.p. HR 9 maart 2007, ECLI:NL:HR:AZ4568, en hof 's-Gravenhage 6 oktober 2011, «JOR» 2012/162.
- 29 Artikel 18 lid 1 van de Europese Insolventieverordening bepaalt: “De curator die is aangewezen door een krachtens artikel 3 lid 1 bevoegde rechter kan in een andere lidstaat alle bevoegdheden uitoefenen die hem zijn verleend door het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend, zolang in die andere lidstaat geen andere insolventieprocedure is geopend. Hij mag met name de goederen van de schuldenaar verwijderen uit het grondgebied van de lidstaat waar zij zich bevinden.” In feite zal een lidstaat dus moeten erkennen dat de curator ex artikel 68 Fw (vermogens)rechten kan uitoefenen over de activa die zich in de lidstaat bevinden, zonder daaraan nadere formaliteiten in de zin van (bijvoorbeeld) toestemming van de gefailleerde te verbinden.
- 30 Hilverda, C.M., *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is, ...*, Deventer: Kluwer 2012, p. 15.
- 31 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994 nr. 3, p. 4.