



de Rechtspraak

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

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

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

datum 16 juni 2014
contactpersoon Voorlichting
e-mail voorlichting@rechtspraak.nl
telefoonnummer 06-46116548
uw kenmerk 487299
onderwerp Advies Wet versterking positie curator

Geachte heer Opstelten,

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

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

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

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



de Rechtspraak

datum 16 juni 2014
pagina 2 van 7

Advies

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

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

1.1 Curator zou het initiatief moeten behouden bij aangifte

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

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

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

1.2 Vertroebeling van de grens tussen civielrecht en strafrecht

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

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



de Rechtspraak

datum 16 juni 2014
pagina 3 van 7

de afwikkeling van het faillissement.³

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

1.3 Appel?

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

De Raad vraagt op dit punt om verduidelijking.

1.4 Effectiviteit

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

2. Betere aansluiting met het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod is wenselijk

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

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

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

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



de Rechtspraak

datum 16 juni 2014
pagina 4 van 7

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

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

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

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

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

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

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



de Rechtspraak

datum 16 juni 2014
pagina 5 van 7

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

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

Werklast

Aantal faillissementen met onregelmatigheden

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

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

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

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

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

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

⁵ A.C. Berghuis en G. Paulides, *Faillissementen bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Een studie naar misbruik van rechtspersonen*, Interimrapport WODC, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1982; Parool 11 en 17 februari 1994; Knegt e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en de mogelijkheden van bestrijding*, Hugo Sinzheimer Instituut, Amsterdam 2005 en C.M. Hilverda, 'Faillissementsfraude', *Serie Onderneming en Recht deel 53*, Kluwer, Deventer 2009 (verder: Hilverda 2009), p. XXVII-XXVIII

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

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



de Rechtspraak

datum 16 juni 2014
pagina 6 van 7

Meer werk per zaak

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

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

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

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

Totaal

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

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



de Rechtspraak

datum 16 juni 2014
pagina 7 van 7

Tot slot

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

Hoogachtend,

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