

Tot welke informatie van de bank is de curator gerechtigd?

mr Mart J.M. Franken¹

Dit artikel is verschenen in de INSOLAD Congresbundel 2013 “De Curator en Informatie”, uitgegeven door Uitgeverij Kluwer B.V (ISBN 9789013120127)

1. Inleiding

Tot welke informatie van de kant van de bank van de failliet is de curator gerechtigd respectievelijk tot het verstrekken van welke informatie aan de curator is de (huis)bankier verplicht? Dat is de vraag die, in verschillende gedaantes, in dit artikel centraal staat.² Het gaat daarbij, in vergelijking met de “normale” crediteuren, vooral ook om de bijzondere positie van de bank in zijn verhouding tot de failliet c.q. diens curator: de positie van de bank in de rekening-courantverhouding met gefailleerde, alsmede zijn positie als financier van de onderneming met de daaraan gekoppelde zekerheden. Het betreft dan niet alleen die bijzondere positie na faillietverklaring, m.n. bij de verzilvering en afwikkeling van de zekerheden, maar daarnaast gaat het ook om de bijzondere positie van de bank in de periode voorafgaande aan het faillissement.

Dat de bank als kredietverstrekker een bijzondere positie in het faillissement heeft, is recent nog eens door Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusies, voorafgaande aan een tweetal arresten van de Hoge Raad, op uitvoerige wijze aan de orde gesteld.

- a. Op de eerste plaats in zijn conclusie voor het arrest inzake Van Leuveren/ING³, waarin hij in enige beschouwingen “ten overvloede” stelt:

Daarbij moet worden bedacht dat banken een voorsprong hebben op andere partijen die met een onderneming in zee gaan. Banken, die – zo zou gezegd kunnen worden – het insolventierisico creëren door kredieten te verstrekken, hebben het beste (zo niet veelal: als enige) zicht op de financiële gezondheid van hun kredietnemers. Het zijn in veel gevallen ook de banken die op basis van de informatie die hen ter beschikking wordt gesteld, bepalen of de stekker uit de onderneming wordt getrokken of niet. Leveranciers, werknemers en afnemers hebben in veel gevallen die kennis en macht niet. Zij moeten afgaan op de façade van de onderneming.

- b. Vervolgens schrijft hij in zijn conclusie onder het arrest Eringa/ABN Amro⁴:

¹ Advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te Breda

² Voor de “spiegelvraag” tot welke informatie de curator jegens de bank verplicht is wordt onder andere verwezen naar de fraaie bijdrage van Verdaas in deze bundel: *De informatieplicht van de curator jegens de crediteur met een eigendomsvoorbehoud of een pandrecht op een roerende zaak.*

³ Hoge Raad, 1 februari 2013, ECLI: NL: HR: 2013: BY4134, NJ 2013/156, JOR 2013/155, rechtsoverweging 3.45.

⁴ Hoge Raad, 21 juni 2013, ECLI: NL: HR: 2013: BZ7199, rechtsoverweging 3.6. Hij spreekt dan abusievelijk over 3.35, want het was 3.45: zie vorige noot.

In par. 3.35 van mijn conclusie voor Van Leuveren q.q./ING merkte ik al op dat banken (kredietverstrekkers) in zekere zin een “kennisvoorsprong” hebben op andere schuldeisers. In de regel zullen banken het beste (zo niet veelal: als enige) zicht hebben op de financiële gezondheid van hun kredietnemers. Het zijn in veel gevallen ook de banken die op basis van de informatie die hen ter beschikking wordt gesteld, bepalen of de stekker uit de onderneming wordt getrokken of niet. Dat terwijl andere schuldeisers het moeten doen met de façade van de onderneming. Door deze kennisvoorsprong zullen banken vaak in een betere verhaalspositie verkeren – dat wil zeggen waar nodig in staat tijdig passende maatregelen te nemen – in vergelijking met schuldeisers die die kennis en macht niet hebben. Deze kennisvoorsprong kan ook tegen banken werken. Vergeleken met onwetende, nietsvermoedende schuldeisers zullen banken zich aan de vooravond van een faillissement eerder op glad ijs bevinden. Een bank zal sneller dan andere schuldeisers met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kunnen voorzien dat door een bepaalde rechtshandeling mede-schuldeisers worden benadeeld.

Achtereenvolgens zullen hierna de volgende onderwerpen aan de orde zijn:

- Welk recht op informatie heeft de curator met betrekking tot de mutaties op de bankrekeningen van gefailleerde na faillissementsdatum? (paragraaf 2).
- Wat zijn de rechten op informatie van de curator in het kader van de verzilvering door de bank van haar zekerhedenposities? (paragraaf 3).
- In hoeverre heeft de curator recht op informatie omtrent al hetgeen de bank in de fase vóór het faillissement heeft gedaan? (paragraaf 4).

2. Mutaties bankrekeningen

De curator heeft uiteraard recht op informatie betreffende alle mutaties na faillissementsdatum op de door gefailleerde aangehouden bankrekeningen. Dat klinkt als een open deur. Dat is ook een open deur, maar soms – gelukkig steeds sporadischer – willen banken daarover nogal eens krampachtig doen. Het belang van de boedel is evident.

Voor zover het gaat om *credit*mutaties dient de curator immers te bezien en te beoordelen of en in hoeverre deze bijschrijvingen aan de boedel toekomen dan wel worden geacht onder een eventuele zekerheidsparaplu van de bank te vallen. Zo komt het regelmatig voor dat er bedragen worden bijgeschreven, die niet op enige debiteurenlijst vermeld staan of ook anderszins niet uit de boekhouding van de gefailleerde blijken. Te denken valt dan aan restituties van nutsbedrijven of van servicekosten, afrekeningen van betaalde voorschotten, uitkeringen van verzekeraars of van het UWV, subsidies van overheden, toeslagen of teruggaven van de belastingdienst, of betalingen van (nieuwe) debiteuren van een eventuele doorstarter, die abusievelijk nog op de rekening van gefailleerde betalen. Te denken valt ook aan debiteuren, die na faillietverklaring nog betalingen verrichten op de g-rekening van de failliet. En zo zijn er nog wel meer voorbeelden te noemen. Indien en voor zover die crediteringen niet onder een mogelijk pandrecht van de bank vallen, komen die de boedel toe. Dat geldt in ieder geval voor restituties⁵, huurpenningen, voor zover door enige huurder na datum faillietverklaring verschuldigd⁶ en alle andere absoluut

⁵ Hoge Raad, 3 december 2010, ING/Nederend, ECLI: NL: HR: 2010: BN9463, NJ 2010/653, JOR 2011/63.

⁶ Hoge Raad, 30 januari 1997, inzake WUH/Emmerig, NJ 1987/530.

toekomstige vorderingen in het algemeen, die niet onder een pandrecht van de bankier kunnen vallen.⁷ Duidelijk is dat de curator belang heeft dergelijke crediteringen te kunnen volgen, om zo nodig het aan de boedel toekomende van de bank te vorderen.

Ook kunnen crediteringen plaatsvinden vanwege door de bank na faillissement gepleegde storningen ter zake van vóór faillietverklaring gedane debiteringen. Bovendien is bepaald niet ongebruikelijk dat banken bij het verzilveren van zekerheden de opbrengsten doen storten op de bankrekening van gefailleerde. Ook in dat kader – meer specifiek daarover in de volgende paragraaf – bestaat er een boedelbelang om daarvan kennis te nemen.

Na faillietverklaring kunnen ook nog *debet*boekingen plaatsvinden. Op de eerste plaats valt dan te denken aan overboekingen van vóór faillissement die – om welke reden dan ook – niet meer kunnen worden teruggedraaid. Daarnaast plegen banken ook ten aanzien van hen in beginsel toekomende rente en provisiebedragen de bankrekeningen van gefailleerde nog geruime tijd te debiteren. Ook hier ligt een boedelbelang om daarvan kennis te nemen, hetzij om die debiteringen als niet-verifieerbare vorderingen te kunnen aanmerken hetzij om die als juist wel verifieerbaar te beschouwen, voor zover bijvoorbeeld de in rekening gebracht bankrente door zekerheidsrechten worden gedekt (artikel 28 Fw).

Het gebeurt nogal eens dat de bank kort na het uitspreken van een faillissement een rekening wil sluiten en opheffen. Gezien de hiervoor gemaakte opmerkingen is dat niet in het belang van de boedel. Curatoren dienen er dan ook zoveel mogelijk voor te zorgen dat de betreffende rekeningen gedurende de gehele duur van het faillissement open blijven, en daarnaast uiteraard ook dat alle mutaties op die rekeningen door de bank onmiddellijk aan de curator worden doorgegeven. Dat laatste kan op verschillende manieren. Op de eerste plaats door het (blijven) toezenden van papieren dagafschriften. Daarnaast kan het natuurlijk nog gemakkelijker door de curator via internetbankieren rechtstreeks de mogelijkheid te geven tot het raadplegen van de betreffende rekening. Dat kan doordat deze gebruik maakt hetzij van de aan gefailleerde verstrekte passen en toegangscodes hetzij middels een door de bank aan de curator te verstrekken eigen pas/toegangscodes. Soms verlangt de bank van de boedel een vergoeding van de kosten, gepaard gaande met het openhouden van de betreffende rekeningen en het verstrekken van de informatie daarover. Voor zover het gaat om beperkte kosten, gerelateerd aan het aantal mutaties op de betreffende rekeningen (het gaat dan veelal om zeer beperkte bedragen) mag het voor de boedel, gezien het boedelbelang, geen bezwaar zijn deze als boedelschuld te erkennen en bij voorrang⁸ te betalen.

3. Verzilvering zekerheden

3.1 Algemeen

Als de bank zekerheden heeft voor zijn vordering is hij separatist. Hij kan zijn rechten uitoefenen “alsof er geen faillissement was” (artikel 57 Fw). Dat betekent dat de bank als hypotheekhouder van onroerende zaken en als pandhouder van roerende zaken deze zelf, buiten de boedel en de curator om, kan executeren. Dat betekent ook dat de bank als pandhouder van vorderingen op debiteuren mededeling (voor zover dat nog niet

⁷ Zie in dat kader o.a. M.J.M. Franken, *De curator en het (pand)recht op onderhanden werk*, Insolad lustrumbundel 2011 “De ondernemende curator”, p. 47 e.v.

⁸ Zie het “Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen”, Kluwer december 2011 sub 4.7.12, p. 48.

eerder is gebeurd) aan die debiteuren kan doen dat zij uitsluitend bevrijdend aan de bank kunnen betalen en vervolgens jegens deze debiteuren tot verdere incasso kan overgaan.⁹ Dat neemt niet weg dat de bank in alle gevallen goederen verzilverd, die niet aan hem toebehoren. Het gaat immers om goederen van de gefailleerde. Alleen al daarom is de bank gehouden om de curator volledig te informeren en rekening en verantwoording af te leggen over de wijze waarop er wordt geëxecuteerd alsmede over de uitkomst van deze executieactiviteiten. Dat is inherent aan de verhouding tussen de zekerheidsgerechtigde enerzijds en de rechthebbende anderzijds. Ten aanzien van de hypotheekhouder wordt die rekening en verantwoording expliciet geregeld in artikel 3:272 lid 1 BW. Per analogiam wordt dat ook geacht te gelden voor de pandhouder.

Dat de curator daar bovendien recht op en belang bij heeft blijkt bovendien uit een aantal andere elementen:

- a. De curator dient periodiek op grond van artikel 73a Fw verslag te doen over de toestand van de boedel. In dat kader dient de curator in dit – openbaar – verslag de rechter-commissaris, crediteuren en alle andere betrokkenen te informeren over de aard en omvang van het faillissement, het actief en het passief, alsmede de wijze waarop het actief is of wordt verzilverd. Ook op grond van artikel 96 Fw dient de curator, kort na faillietverklaring, een staat van baten en schulden op te maken, waartoe ook de tot zekerheid verstrekte goederen behoren. Onderdeel van deze verslagen zijn ook de door de bank verzilverde of te verzilveren zekerheden.
- b. Bij het woordelijk verslag behoort volgens de Recofa-richtlijnen een financieel verslag.¹⁰ In een dergelijk financieel verslag is het ten minste aanbevelingswaardig om tot uitdrukking te brengen wat de activa, ook als deze door de bank zijn verzilverd, hebben opgebracht. Tevens kan en pleegt daarin tot uitdrukking te worden gebracht welk deel van de opbrengst als “rechten van derden” naar de zekerheidsgerechtigde is gegaan.¹¹
- c. Overigens heeft de Hoge Raad al in 1939 bepaald¹² dat in een uitdelingslijst inzicht moet worden gegeven in hetgeen door of ten behoeve van zekerheidsgerechtigden aan actief is gerealiseerd.
- d. Voor de berekening van het salaris van de curator, meer in het bijzonder voor wat betreft de daarbij toe te passen boedelfactor, is het totaal aan gerealiseerd actief, inclusief hetgeen aan de zekerheidsgerechtigde toekomt, van belang.¹³

Kortom, de curator heeft recht op informatie en volledige rekening en verantwoording van alle door de bank te verzilveren activa. De bank is gehouden deze informatie niet alleen op eerste verzoek van de curator, doch ook *sua sponte* te verstrekken.

⁹ Dat de curator in dat geval gehouden is de bank de nodige informatie te verstrekken volgt uit het arrest Hamm/ABNAMro, Hoge Raad 30 oktober 2009, ECLI: NL: HR: 2009: BJ0861, NJ 2010/96, JOR 2009/341. Zie ter zake ook Verdaas in deze bundel: *De informatieplicht van de curator jegens de crediteur met een eigendomsvoorbehoud of een pandrecht op een roerende zaak*.

¹⁰ Zie Recofa-richtlijnen voor faillissement en surseances van betaling 2009 sub 2.4.

¹¹ Zie hiervoor ook het “*Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen*” sub 3.3, p.17 e.v. Zie ook het SFV-model voor financiële verslaglegging, ontwikkeld door Wind/Van Ingen, dat inmiddels door de meeste curatoren ten behoeve van de financiële verslaglegging wordt gebruikt. Dat SFV-model is te vinden op de website van Insolad.

¹² Hoge Raad 2 januari 1939, NJ 1939/458 m.n. Meijers.

¹³ Het beleid van de rechtbanken verschilt op dit punt nog weleens. Sommige rechtbanken gaan uit van het totaal gerealiseerd actief, inclusief dat van de zekerheidsgerechtigde, andere rechtbanken beperken zich tot het ten behoeve van de boedel gerealiseerd actief.

A fortiori geldt een informatieplicht en medewerking van de bank natuurlijk in die gevallen, waarin de curator op grond van artikel 57 lid 3 Fw gehouden is de belangen te behartigen van die schuldeisers, die betere rechten hebben dan de bank als separatist. Die derden kunnen crediteuren zijn met een *bijzonder* voorrecht, dat gaat boven het recht van de separatist, zoals de crediteur die kosten tot behoud heeft gemaakt (artikel 3:284 BW), de retentor, het waterschap e.d.¹⁴. Het kan tevens gaan om crediteuren met een *algemeen* voorrecht, dat prevaleert boven dat van de pandhouder. Het bekendste voorbeeld is natuurlijk het bodem(voor)recht van de fiscus dat gaat boven het bezitloos pandrecht van de bank. Ook in een 57-3-situatie blijft de separatist gerechtigd zelf te executeren. Hij is evenwel gehouden om de bedragen ter hoogte van de vorderingen (met als maximum de opbrengst van het actief), die crediteuren met een bijzonder hoger voorrecht hebben, onmiddellijk aan de boedel af te storten.¹⁵ Voor zover het crediteuren betreft met een hoger algemeen voorrecht (zoals de fiscus en de douane-expediteur) mag de separatist afwachten of deze crediteur eerst uit het vrije actief kan worden voldaan¹⁶, alvorens hij (een deel van) de opbrengst aan de boedel moet doen toekomen. Doch het zal duidelijk zijn dat in deze gevallen de curator temeer recht heeft geïnformeerd te worden over de door de bank gerealiseerde opbrengsten en dat de bank daarover volledige rekening en verantwoording dient af te leggen.

3.2 *Debiteuren*

Enige bijzondere aspecten ten aanzien van de informatievoorziening van bank aan curator lijken aanwezig te zijn bij de incasso van verpande debiteuren. Hoewel executoriale of onderhandse verkoop (eventueel op basis van artikel 3:251 BW met toestemming van de voorzieningenrechter) tot de mogelijkheden behoort¹⁷, is de gebruikelijke gang van zaken dat getracht wordt de debiteuren individueel te incasseren. In toenemende mate doen de banken dat zelf, al dan niet middels door de banken ingeschakelde speciale incassobureaus. Uiteraard geldt ook hier dat over die debiteurenincasso aan de boedel volledige rekening en verantwoording dient te worden afgelegd. Nog meer dan bij een “executoriale” verkoop van (on)roerende zaken of andere goederen geldt dat er een boedelbelang is, hetwelk rechtvaardigt dat de curator zeer precies wordt geïnformeerd.

Naast de hiervoor al genoemde algemene aspecten en een mogelijke overwaarde met betrekking tot de zekerheden in het algemeen of de debiteurenpositie in het bijzonder, spelen hierbij in ieder geval een drietal elementen die voor de boedel rechtstreeks van belang zijn, te weten (a) een BTW-belang, (b) mogelijke schikkingselementen en (c) verjaringsaspecten.

3.2.a *Omzetbelasting*

Voor zover verpande debiteuren niet in staat zijn hun vorderingen te betalen bestaat er – indien de gefailleerde een BTW-ondernemer is – recht op restitutie van de door de gefailleerde aan de debiteur in rekening gebrachte en aan de fiscus af te dragen BTW. Deze op artikel 29 lid 1 OB gestoelde vordering jegens de belastingdienst is, indien de betreffende vordering na de faillietverklaring oninbaar is geworden – ongeacht de vraag

¹⁴ Zie ter zake ook “*Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen*” sub 3.2.4. e.v.

¹⁵ Zo dient, bij de executie van een onroerende zaak, uit de opbrengst door de bank resp. de executerende notaris een bedrag ter hoogte van de hoger bevoorrechte vordering van het waterschap aan de boedel te worden afgestort, hetgeen in de dagelijkse afwikkelingspraktijk – ten onrechte – vaak niet pleegt te gebeuren.

¹⁶ Overeenkomstig het bepaalde in Verdonk/Ontvanger, Hoge Raad 22 juli 2002, NJ 2002/437.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld rechtbank Middelburg, 8 maart 2007, LJN: BB8583.

of deze BTW vóór datum faillissement daadwerkelijk door de later gefailleerde is afgedragen – te kwalificeren als een boedelvordering.¹⁸ De curator heeft er dus alle belang bij dat de incasserende bank telkens tijdig en zeer nauwgezet rekening en verantwoording aflegt van de status van de debiteurenincasso's, zodat de curator een eventueel aan de boedel toekomende vordering jegens de fiscus geldend kan maken.

Datzelfde geldt in het geval bij de incasso van een wel solvente debiteur genoeg zou moeten worden genomen met een lager bedrag dan de vordering, bijvoorbeeld in het kader van een mogelijke tegenclaim van de debiteur wegens geleden schade of anderszins of omdat, bijvoorbeeld ter besparing van de kosten van een procedure, met een lager bedrag genoeg wordt genomen. In dat geval heeft de curator er belang bij dat de boedel een creditnota zendt ter zake van het niet te betalen deel. Immers, ook in dat geval heeft de boedel recht op teruggave/verrekening van de in die creditnota te begrijpen BTW. En ook deze vordering kwalificeert jegens de belastingdienst als een boedelvordering.¹⁹ Het spreekt voor zich dat ook in dat geval de curator hierover telkenmale en tijdig geïnformeerd dient te worden.

3.2.b Schikkingen?

Uiteraard kunnen er verschillende redenen zijn om met verpande debiteuren schikkingen te treffen op basis van een lager bedrag dan de nominale vordering. Het hiervoor genoemde BTW-belang voor de boedel betreft slechts één aspect.

Immers, de vraag rijst of de pandhoudende bank zelfstandig schikkingen met de debiteur kan treffen zonder de curator daarover te informeren, te raadplegen of zelfs zijn toestemming te vragen.

Veelal wordt door de pandhoudende banken van de pandgevende, latere failliet bedongen dat de bank bevoegd zal zijn jegens de debiteur in en buiten rechte nakoming te eisen, minnelijke regelingen te treffen en/of kwijtingen te verlenen. Kan dat zonder de curator daarin te betrekken, door hem niet daarover te informeren of daaromtrent niet zijn toestemming te vragen? In een door de Rotterdamse rechtbank beslechte casus²⁰ waren curatoren van mening dat IFN Finance als pandhouder jegens hen onrechtmatig had gehandeld door schikkingen met debiteuren te treffen zonder de toestemming van de curatoren. De curatoren maakten IFN twee verwijten. Het eerste was dat IFN zonder hun toestemming (zij waren wel geïnformeerd) IFN geen finale kwijting mocht verlenen nadat een deel van de vordering door de debiteur betaald was. Daarnaast werd IFN verweten dat de schikking met de betreffende debiteur zonder rechtsgeldige reden tot stand was gekomen. De rechtbank oordeelde op de eerste plaats dat IFN op grond van haar algemene voorwaarden gerechtigd was regelingen te treffen met debiteuren en daartoe geen toestemming van de curatoren nodig had. De rechtbank gaf vervolgens aan dat de getroffen schikking ook niet onredelijk was, omdat die op voldoende zakelijke gronden tot stand was gekomen.

In zijn annotatie bekritiseert Biemans het oordeel van de rechtbank op terechte gronden. Hij geeft eerst aan wat de wettelijke bevoegdheden van een pandhouder zijn. Daartoe behoren niet het verlenen van kwijtschelding of het treffen van afbetalingsregelingen en schikkingen, terwijl de pandhouder evenmin bevoegd is tot het beheer van de verpande

¹⁸ Zie ter zake ook het “*Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen*”, sub 3.6.10 en 7.3.8.

¹⁹ Zie “*Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen*”, sub 3.6.11 en 7.8.3.

²⁰ Rechtbank Rotterdam, 6 april 2011, JOR 2012/226 m.n. Biemans.

vordering omdat, zoals de parlementaire geschiedenis zegt²¹: “de bevoegdheid tot het verrichten van deze rechtshandelingen die de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen, bij de pandgever behoort te blijven”. Zoals Biemans bovendien aangeeft kan de pandgever aan de pandhouder weliswaar contractueel bedongen, extra bevoegdheden toekennen, alsdan aan te merken als een verstrekte volmacht, maar deze volmacht eindigt op grond van artikel 3:72 sub a BW door het faillissement van de volmachtgever/pandgever, ook als de volmacht onherroepelijk is gegeven. Terecht constateert Biemans dan ook:²²

Het voorgaande laat geen andere conclusie toe dan dat IFN niet bevoegd was, noch op grond van haar pandrecht, noch op grond van een volmacht, om in het faillissement van de vennootschappen een schikking aan te gaan met de schuldenaren van de aan haar verpande vorderingen. In het faillissement van de pandgevers/volmachtgevers (de vennootschappen) waren de curatoren daartoe bevoegd. IFN had aan de curator om toestemming moeten vragen om de schikking aan te gaan. [.....] Door toch de schikking aan te gaan heeft IFN onrechtmatig jegens de boedel gehandeld en is zij op grond daarvan in beginsel schadeplichtig jegens de boedel.[.....] Het oordeel van de rechtbank dat de schikking “op zakelijke gronden” tot stand is gekomen doet aan het voorgaande niet af. Of de schikking op zakelijke gronden tot stand is gekomen, is niet van belang als de pandhouder daartoe in de eerste plaats niet bevoegd is geweest.

Het standpunt van Biemans overtuigt in voldoende mate. Pandhoudende banken dienen curatoren niet alleen te informeren over mogelijke schikkingen, doch expliciet hun toestemming daartoe te verkrijgen. Er is ook een taak weggelegd voor de rechter-commissaris. Krachtens artikel 104 Fw dient de curator op zijn beurt voor een schikking goedkeuring te hebben van de rechter-commissaris. Bovendien kan de pandhouder krachtens artikel 69 Fw, indien de curator een eventueel gevraagde toestemming weigert, bij dezelfde rechter-commissaris bepleiten dat de curator alsnog toestemming moet verlenen, bijvoorbeeld omdat deze die op onredelijke gronden heeft geweigerd.

3.2.c Stuiting van verjaring

Uiteraard kunnen ook in pand gegeven vorderingen verjaren. Soms gelden korte verjaringstermijnen. Bij vervoersovereenkomsten kunnen vorderingen verjaren na één jaar (voor binnenlands vervoer) respectievelijk na één jaar en drie maanden (bij internationaal vervoer).²³ Stel dat een pandhoudende bank de incasso van de vorderingen zelf ter hand neemt of laat uitvoeren door een door de bank ingeschakeld incassobureau. Wie is dan bevoegd om de verjaring te stuiten en wie wordt geacht dat te doen? De incasserende bank als pandhouder of de pandgever/curator? Beiden zijn bevoegd.²⁴ Maar wie wordt geacht die te stuiten?

Daarover ging een procedure tussen een curator en de Rabobank²⁵, in welke procedure de curator de bank aansprakelijk stelde omdat die als pandhouder/incasseerder de vorderingen niet had gestuit. De rechtbank overwoog eerst dat *buiten* een faillissementssituatie van de pandgever de bank als pandhouder zorgvuldig om moet gaan met de betreffende debiteurenportefeuille, hetgeen onder meer inhoudt dat de bank zorg dient te dragen voor tijdige stuiting van lopende verjaringstermijnen. De

²¹ Zie hiervoor Biemans in zijn JOR-noot sub 3.2.

²² Zie zijn noot sub 3.4 en 3.5.

²³ Zie art. 8:1711 BW resp. het CMR-verdrag art. 32.

²⁴ Zie de noot van Verdaas onder de in de volgende voetnoot te noemen uitspraak, sub 5-7.

²⁵ Rechtbank Leeuwarden 5 december 2012, JOR 2013/153 m.n. Verdaas

rechtbank overwoog voorts dat *binnen* een faillissementssituatie de zorgplicht van de bank door die situatie nader wordt ingekleurd. De rechtbank komt dan tot de navolgende conclusie:²⁶

Het is de curator die tijdens het faillissement dient te waken over de belangen van de boedel en de schuldeisers. In dat verband mag van een curator worden verwacht dat hij de verjaring van vorderingen die tot de debiteurenportefeuille behoren tijdig stuit. De curator kon niet volstaan met de vaststelling dat Rabobank reeds bezig was met de incasso van de verpande vorderingen. Hij had er rekening mee moeten houden dat de bank primair haar eigen belang zou dienen. In ieder geval mocht van de curator worden verwacht dat hij zich door Rabobank had laten informeren over de omvang en de samenstelling van de debiteurenportefeuille, opdat de curator, indien noodzakelijk, stuitingshandelingen had kunnen verrichten. Dit klemt temeer nu het voor de curator kenbaar was, althans redelijkerwijs kenbaar had kunnen zijn, dat de bank lang niet alle vorderingen nodig had om haar eigen vordering te voldoen. Van een redelijk handelend en redelijk geïnformeerd curator mag daarbij naar het oordeel van de rechtbank ook worden verwacht dat deze op de hoogte is van de in het vervoersrecht geldende (korte) verjaringstermijnen en dat hij daarmee rekening houdt.

Dit rechterlijke oordeel is even begrijpelijk als kort door de bocht. Begrijpelijk is het omdat de rechtbank er terecht van uitgaat dat een goede en voor zijn taak toegeruste curator ervoor zorgdraagt dat hij – in het kader van de hem gegeven opdracht tot beheer en vereffening van het vermogen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers – optreedt als de eindregisseur bij de hele faillissementsafwikkeling. Hij dient er voor te zorgen dat hij én de spin in het web is én als een bok op de haverkist zit. Daartoe wordt hij aangesteld. Dat mogen rechtbank en alle andere stakeholders in het faillissement van hem verwachten. Dat betekent dus ook dat hij er onder andere op dient toe te zien dat de belangen van de boedel niet worden geschaad, bijvoorbeeld doordat een incasserende pandhouder nalaat mogelijke verjaringen te stuiten. Hoewel hij dus zal hebben te gedogen dat een pandhouder als separatist mag en zal optreden kan dit natuurlijk niet betekenen dat hij als eindregisseur de regie aan anderen laat. Hij zal, bijvoorbeeld ten aanzien van de incasso van debiteuren, niet alleen een recht hebben op rekening en verantwoording “aan het eind van de rit”, maar hij zal er dus ook voor moeten zorgen voortdurend van de gang van zaken op de hoogte te blijven. Daartoe is hij natuurlijk voortdurend tot alle informatie van de incasserende instantie gerechtigd, gelijk die evenzeer tot voortdurende informatie verplicht is.

Wat kort door de bocht lijkt de uitspraak toch als de rechtbank een verschil maakt tussen de situatie buiten faillissement en die binnen faillissement. Niet goed valt in te zien waarom ook niet binnen faillissement een eigen zorgplicht van de bank bestaat – ongeacht hetgeen hiervoor is gezegd – om de curator niet alleen voortdurend geïnformeerd te houden, maar ook om datgene te doen wat nodig is of kan zijn in het kader van de inning van debiteuren, te weten stuiting van verjaring. Dat is ook de opinie van Verdaas, die in zijn noot onder de uitspraak aangeeft²⁷:

Alles overziende: het had zeker ook op de weg van de Rabobank – en misschien wel meer dan op de weg van de curator – gelegen om de verjaringen te stuiten. De uitkomst van deze procedures dat de schade geheel voor rekening van de curator pro se is, vind ik om die reden onbevredigend.

²⁶ Zie rechtsoverweging 6.6.

²⁷ Zie aldaar sub 12.

Resumerend: de bank dient bij de verzilvering van zijn zekerheden de curator volledig, voortdurend en tijdig te informeren. Dat geldt voor alle te verzilveren goederen van gefailleerde, maar nog eens in het bijzonder ten aanzien van de incasso van de debiteuren. De bank heeft daartoe een (rechts)plicht. Schending van die rechtsplicht zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid jegens de boedel.

4. Informatieplichten van de bank over de voorfase van het faillissement

Het komt met enige regelmaat voor dat het faillissement van een onderneming de huisbankier overvalt. Een crediteur kan het faillissement aanvragen, zonder dat de ondernemer daarover de bank inlicht, terwijl het evenzeer voorkomt dat de ondernemer zelf, de bank niet informierend, het eigen faillissement aanvraagt. Maar even regelmatig komt het voor dat de in problemen geraakte ondernemer zich tot de huisbankier wendt, met het verzoek hem te helpen bij een oplossing. Als de bank al niet zelf constateert dat er financiële problemen zijn in de onderneming en deze uitnodigt om, in overleg en met instemming van de bank, naar een oplossing te zoeken. In vele gevallen leidt een informele reorganisatie, met een belangrijke rol voor de afdelingen “recovery” of “bijzonder beheer” van de bank, tot een (financiële) herstructurering van de onderneming, waarbij de belangen van alle stakeholders - banken, crediteuren, belastingdienst, werknemers etc. - uiteindelijk zijn gediend. Over dergelijke informele reorganisaties, met een belangrijke spilpositie voor de bank, zijn al meerdere studies verschenen.²⁸ Soms mislukken dergelijke informele reorganisaties. Of blijkt een reorganisatie van de ondernemingsactiviteiten alleen maar mogelijk in het kader van een doorstart middels en na een faillissement. In beide gevallen komt er dan een faillissement en zal er een curator worden benoemd, die (mede) als taak heeft een onderzoek te doen naar de aanleiding en oorzaken van het faillissement.

In dat kader zal hij ook aandacht dienen te besteden aan de rol van de bank in die voorfase. Want – als gezegd - plegen banken in die voorfase een belangrijke rol te spelen. Men zit dan veelal, in meerdere of mindere mate, mede “aan het stuur” van de onderneming. Zolang dat leidt tot een informele herstructurering, die in het belang van alle betrokkenen is, hoeft daar niks mis mee te zijn. Maar er kan een moment komen dat het duidelijk wordt dat een faillissement onvermijdelijk is, hetzij omdat de onderneming niet te redden is, hetzij omdat een herstructurering alleen maar middels een faillissement kan geschieden.

Vanaf dat omslagpunt – het moment waarop voor de bank duidelijk is dat een faillissement aanstaande is - geldt voor de bank een zorgplicht. Zelfs een bijzondere zorgplicht. Immers, vanaf dat moment zal de bank rekening hebben te houden met de belangen van andere crediteuren en zal de bank niet (langer) – zoals het uitgangspunt is buiten een faillissementssituatie – zoals iedere willekeurige andere crediteur uitsluitend of primair zijn eigen belangen mogen behartigen. Zoals recent Bierens het verwoordde²⁹:

²⁸ J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganization in the Netherlands*, dissertatie Leiden, Kluwer 2005; P. Vos, *Kredietopvraging en insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet*, dissertatie Leiden 2003, Kluwer 2003; A.M. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief*, dissertatie Amsterdam 2004, Boom Juridische Uitgevers 2004.

²⁹ Zie zijn bijdrage in NTBR 2013/3, *Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht*. Bierens is jurist bij Rabobank Nederland en verbonden aan het onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

*Het is vaste jurisprudentie dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.*³⁰

In haar proefschrift uit 2004 beschrijft Van den Heuvel het onder het kopje “de verantwoordelijkheid van de geseceureerde kredietverlener” als volgt³¹:

De kredietverlenende crediteur – de bank – heeft naar mijn mening een zware verantwoordelijkheid ten aanzien van het functioneren van de onderneming en de belangen van zijn medeschuldeisers. De grondslag van deze verantwoordelijkheid is, zo bleek in hoofdstuk 6, driedelig. Het feit dat de bank een zware verantwoordelijkheid toekomt dat zowel het krediet als de bancaire monitoring worden aangewend in het belang van haar medeschuldeisers, waarborgt dat de positieve gevolgen van zekerheidsstelling ook daadwerkelijk worden gerealiseerd. Dit maakt dat van een rechtvaardiging van de negatieve gevolgen van zekerheidsstelling voor de overige schuldeisers kan worden gesproken. Ten tweede speelt de financiële afhankelijkheid van de onderneming een rol. De huisbank heeft vaak het lot van de onderneming in handen. Wanneer zij het krediet opzegt, betekent dit in de regel het einde van de onderneming. Deze verstrekkende gevolgen maken dat de bank jegens de andere belanghebbenden bij de continuïteit van de onderneming een bepaalde verantwoordelijkheid heeft. Tot slot is van belang dat de relatie tussen de bank en haar kredietnemer zodanig is dat zij informatie heeft over en invloed heeft op de gang van zaken bij de onderneming. Het feit dat de bank deze bijzondere positie inneemt, betekent naar mijn mening dat zij ook verplicht is de mogelijkheden die uit deze positie voortvloeien niet alleen aan te wenden in haar eigen belang, maar ook in het belang van medeschuldeisers.

Eerder heeft zij in haar proefschrift al aangegeven dat controle op het handelen van de bank noodzakelijk is en dat deze toetsing, achteraf, dient plaats te vinden in een faillissementssituatie, en wel door de curator onder controle van de rechter-commissaris en, zo nodig, de commissie van schuldeisers.³²

Timmerman zegt dit in andere woorden in het hiervoor in de inleiding sub b weergegeven citaat:

Door deze kennisvoorsprong zullen banken vaak in een betere verhaalspositie verkeren – dat wil zeggen waar nodig in staat tijdig passende maatregelen te nemen – in vergelijking met schuldeisers die die kennis en macht niet hebben. Deze kennisvoorsprong kan ook tegen banken werken. Vergeleken met onwetende, nietsvermoedende schuldeisers zullen banken zich aan de vooravond van een faillissement eerder op glad ijs bevinden. Een bank zal sneller dan andere schuldeisers met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kunnen voorzien dat door een bepaalde rechtshandeling mede-schuldeisers worden benadeeld.

Een en ander resulteert er in dat vanaf “het omslagpunt” de bank niet meer (primair) het eigen belang mag behartigen, maar vanwege zijn bijzondere positie en bijzondere zorgplicht rekening heeft te houden met de belangen van andere crediteuren. Dat zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat de bank zeker niet mag bevorderen (of toelaten) dat nog voorraden, waarop eigendomsvoorbehoud van leveranciers rust, worden

³⁰ Zie voor de betreffende jurisprudentie: Hoge Raad, 9 januari 1998, NJ 1999/285, JOR 1998/116 (MeesPierson/Ten Bos); Hoge Raad, 23 december 2005, NJ 2006/289, JOR 2006/20 (Safe Haven); Hoge Raad, 27 november 2009, JOR 2010/43 (World Online).

³¹ N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang*, dissertatie 2004, Boom Juridische Uitgevers, p. 201.

³² Zie haar dissertatie p. 172-175.

bewerkt/verwerkt of anderszins goederen, met eigendomsvoorbehoud, nog worden verkocht en worden omgezet in debiteuren, zulks ten detrimente van de positie van de eigendomsvoorbehouders en ten faveure van zijn eigen zekerhedenpositie. Dat betekent overigens bijvoorbeeld ook dat, als uitgangspunt, de bank – behoudens wanneer het gaat om reeds verpande debiteuren – crediteringen op de rekening van gefailleerde ook niet meer mag verrekenen, omdat de bank dan niet meer wordt geacht te goeder trouw in de zin van artikel 54 Fw te zijn.³³

Of en in hoeverre de bank vanaf het omslagpunt wel in voldoende mate rekening heeft gehouden met de belangen van de medeschuldeisers en niet teveel het eigen belang heeft gediend, zal dus door de curator moeten worden onderzocht en getoetst. De, althans in het kader van dit artikel, te beantwoorden vraag is dan tot welke informatie de curator van de zijde van de bank gerechtigd is of anders gezegd: tot welke informatie de bank verplicht is. Alvorens in te gaan op de vraag op *welke* informatie de curator recht heeft en *hoe* hij die informatie zou kunnen verkrijgen, eerst wat prealabele opmerkingen over de tendensen in literatuur, rechtspraak en wetgeving met betrekking tot informatieverschaffing in het algemeen.

Voorals in Angelsaksische rechtsstelsels bestaan ruime mogelijkheden, zowel vóór als tijdens een procedure, tot bewijsgaring en het verkrijgen van informatie. De zogeheten *discovery* of *disclosure* procedures zijn in die rechtsstelsels gemeengoed. Sedert enige jaren wordt ook in ons rechtsgebied de tendens tot het verplichten van partijen om mee te werken aan “waarheidsvinding” steeds sterker. Op dit terrein zijn diverse proefschriften verschenen, die – in het belang van de waarheidsvinding – tenderen naar verdergaande “disclosure”-mogelijkheden. Gewezen wordt op de dissertaties van De Bock³⁴, Sijmonsma³⁵, Ekemans³⁶ en Jansen³⁷. Bovendien werd de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging op 8 juni 2012 gewijd aan het onderwerp “Waarheid en waarheidsvindingen in het recht”, mede aan de hand van een preadvies van prof. De Groot. In de rechtspraak wordt, niet alleen door de lagere rechters, maar evenzeer door de Hoge Raad in steeds ruimere mate een beroep op de exhibitieplicht gehonoreerd³⁸. Bovendien heeft de wetgever een wetsvoorstel ingediend, dat er de facto erop neerkomt dat de thans geldende bepalingen met betrekking tot de exhibitieplicht ex artikel 843a Rv opnieuw worden geredigeerd en verruimd³⁹. Het is hier en nu niet de plaats gedetailleerd in te gaan op wat in de diverse dissertaties, rechterlijke uitspraken en het wetsvoorstel is aangegeven, maar de juridische – overigens ook de maatschappelijke – tendens is wel

³³ Zie ter zake de onder andere bekende arresten Loeffen/Mees en Hope, Hoge Raad 8 juli 1987, NJ 1988/104; Amro/curatoren THB, Hoge Raad 7 oktober 1988, NJ 1989/449; Rabobank/Kézér, Hoge Raad 17 februari 2012, NJ 202/605, JOR 2012/234.

³⁴ *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, dissertatie 2011, serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XI, Kluwer.

³⁵ *Het inzagerecht: artikel 843 a van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering*, dissertatie Maastricht, Kluwer 2010.

³⁶ *De exhibitieplicht*, dissertatie Groningen, Kluwer 2010.

³⁷ *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buiten contractueel aansprakelijkheidsrecht*, dissertatie 2012 Leiden, Kluwer 2012.

³⁸ Hoge Raad 8 juni 2012 inzake Abu Dhabi/ABN Amro, JOR 2013/60, alsmede Hoge Raad 26 oktober 2012 inzake X/Theodoor Gilissen Bankiers, JOR 2013/30.

³⁹ Wetsvoorstel 33 079: *Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden*. Zo wordt o.a. geschrapt de huidige weigeringsgrond de exhibitie moet worden geweigerd als een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder de verschaffing van de bescheiden is gewaarborgd. De exhibitie wordt in het nieuwe systeem een gewoon bewijsmiddel, naast alle andere.

duidelijk: een roep tot verdergaande *disclosure* in het belang van een voortgaande waarheidsvinding.

De primair te beantwoorden vraag is tot *welke* informatie van de zijde van de bank over al hetgeen in de voorfase vóór het faillissement is gebeurd, de curator dan gerechtigd is. Uitgangspunt zou moeten zijn dat in het kader van de door de curator uit te voeren toetsing en het door hem te verrichten onderzoek volledige openheid van zaken dient te worden gegeven en de bank volledig transparant dient te zijn over zijn rol in die voorfase. Het spreekt voor zich dat, voor zover het management van de gefailleerde daarbij betrokken is geweest, ook deze een belangrijke informatiebron voor de curator zou moeten vormen, doch dat neemt niet weg dat ook van de bank volledige transparantie kan worden gevraagd, gebaseerd op zijn betrokkenheid bij de onderneming, zijn bijzondere zorgplicht en het daaraan noodzakelijk gekoppelde gegeven dat de bank, in ieder geval vanaf het zogeheten omslagpunt, rekening moet houden met de belangen van alle betrokkenen (medeschuldeisers) en niet (primair) en (langer) zijn eigen belang mag dienen.

Vanuit die gedachte van volledige openheid en transparantie zou de curator aanspraak kunnen maken op (1) gehele openlegging van het dossier van gefailleerde bij de bank, maar in ieder geval op (2) afschriften van alle correspondentie en mailwisselingen en gespreksnotities met gefailleerde zelf, (3) correspondentie en mailwisseling dan wel gespreksnotities met potentiële overnemers of doorstarters, (4) eventueel in opdracht van de bank ten aanzien van de failliet gemaakte (evaluatie)rapporten, los van de vraag of die door de failliet of door de bank zijn betaald, alsmede (5) interne evaluaties en gespreksnotities van de bank.

Het kan zijn dat een bank niet bereid is openheid van zaken te geven, bijvoorbeeld omdat men vreest aansprakelijk te worden gesteld. De dan te beantwoorden vraag is *hoe* de curator dan toch aan de door hem gewenste informatie kan komen. Er zijn diverse ingangen:

- a. Krachtens artikel 105 Fw is een gefailleerde verplicht de curator alle door deze gewenste inlichtingen te verschaffen. In geval van een rechtspersoon geldt deze verplichting, op grond van artikel 106 Fw, ook voor de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon respectievelijk (indien de bestuurder een rechtspersoon is) voor diens bestuurder. Daarnaast dient ook de feitelijk leidinggevende als bestuurder in de zin van artikel 106 Fw te worden aangemerkt⁴⁰. Dat (iemand van) de bank als feitelijk leidinggevende in een onderneming zal worden aangemerkt zal waarschijnlijk zelden of nooit voorkomen, maar er zijn natuurlijk wel situaties denkbaar dat de facto de bestuurder door de bank buiten spel wordt gezet en zodanig onder curatele van de bank wordt geplaatst dat deze als feitelijk leidinggever zou kunnen worden aangemerkt.
- b. Op grond van artikel 66 Fw is de rechter-commissaris bevoegd, ter opheldering van alle omstandigheden van het faillissement, getuigen te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen. In dat kader heeft de rechter-commissaris een ruime bevoegdheid en is het onderzoeksterrein ruim. Zoals de Hoge Raad in 2006 al

⁴⁰ Zie o.a. Wessels Insolventierecht, deel IV, nr. 4406, alsmede rechtbank 's-Hertogenbosch 9 september 1981, NJ 1982/131.

oordeelde⁴¹ dient het verhoor ertoe de rechter-commissaris – en met hem de curator – door het horen van getuigen in staat te stellen ten aanzien van alle omstandigheden die het faillissement betreffen opheldering te verkrijgen. Zoals Wuisman aangaf⁴² betreft dat ook de onderhandelingen die enkele maanden voorafgaande aan het faillissement zijn gevoerd in het kader van een mogelijke overname van de activiteiten en de daarbij uitgevoerde due diligence onderzoeken. Hij benadrukt dat het deelgenoot maken van de rechter-commissaris van het verkregen beeld van de financieel-economische situatie van de later gefailleerde, voordat die faillissementen werden uitgesproken

.....dienstig kan zijn voor het verkrijgen door de rechter-commissaris en de curator van een beter inzicht in de achtergrond, meer in het bijzonder van de oorzaak of oorzaken, van de faillissementen. [.....] Dat inzicht kan op zijn beurt weer van nut zijn voor het gestalte geven aan het beheer en de vereffening van de failliete boedels. [.....] Onder “alle omstandigheden het faillissement betreffende” is mede te begrijpen de financieel/economische situatie van (het bedrijf van) de failliet vlak voor het uitspreken van het faillissement.

Kortom, artikel 66 Fw geeft de curator ruime mogelijkheden tot informatieverwerking.

- c. Een andere ingang is de exhibitieplicht op grond van het huidige artikel 843a Rv. (binnenkort te vervangen door de nieuwe en ruimere artikelen 162a-162c Rv). Op basis van dit artikel heeft de curator de mogelijkheid om, ervan uitgaande dat hij daarbij een rechtmatig belang heeft, bepaalde bescheiden op te vorderen.

Mede gezien de strekking van hetgeen hiervoor is gezegd met betrekking tot artikel 66 Fw zal dat *rechtmatig belang* van de curator relatief snel aanwezig zijn. De curator dient onderzoek te verrichten naar de aanleiding en oorzaken van het faillissement. Als hij “ter opheldering van alle omstandigheden aangaande het faillissement” middels de rechter-commissaris daarover getuigen in het kader van artikel 66 Fw kan doen horen dan lijkt het rechtmatig belang ook bij het opvragen van diverse bescheiden een gegeven.

Naast het hebben van een rechtmatig belang geldt als criterium dat afschrift kan worden gevraagd van *bepaalde bescheiden*. De rechtspraak lijkt hieraan steeds minder eisen te stellen. In de lagere rechtspraak werd er al wel vanuit gegaan dat dit begrip niet al te strikt moest worden uitgelegd. In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam⁴³ vorderde een curator van een derde (niet zijnde de bank) alle dagafschriften op van diens bankrekening, omdat de curator vermoedde dat daarop betalingen binnen waren gekomen die bestemd waren voor de gefailleerde⁴⁴. Zijn vordering werd toegewezen. In 2011 nog wees de Hoge Raad⁴⁵ een vordering af omdat hij een verzoek tot afschrift van “alle bescheiden uit de periode september

⁴¹ Hoge Raad 6 oktober 2006, NJ 2010/184; Zie ter zake ook Hoge Raad 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3645 en de daaraan voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal Wuisman van 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ3645.

⁴² Zie de in de vorige noot bedoelde conclusie sub 2.10 en 2.11.

⁴³ Rechtbank Rotterdam 24 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL5639.

⁴⁴ Zie ter zake ook president rechtbank 's-Gravenhage 17 november 1995, KG 1995/436, waarin een dergelijke vordering van de curator tot inzage van dagafschriften van derden werd toegewezen op basis van artikel 8 van het toenmalige Wetboek van Koophandel.

⁴⁵ Hoge Raad 18 november 2011 inzake ISG Holding en STC Interfinans/ o.a. Meropa en Fyffes, RvdW 2011/1422, ECLI:NL:HR:2011:BS1706; zie aldaar rechtsoverweging 3.5.2.

1992 tot en met juni 1994 waarover Meropa en Fyffes beschikken” te ruim en te specifiek vond. Echter, in 2012 oordeelde de Hoge Raad⁴⁶, in een zaak tussen een ex-werknemer en Theodoor Gilissen Bankiers, dat een vordering tot afschrift van “alle correspondentie van de bank met AFM naar aanleiding van een bepaald dossier, eventuele door de AFM opgemaakte rapporten en opgelegde (handhavings)maatregelen daaronder begrepen”, als voldoende bepaald zou moeten worden beschouwd. Kort voordien had de Amsterdamse rechtbank⁴⁷, in kort geding, in een geschil tussen curatoren en KPMG geoordeeld dat KPMG gehouden was aan de curatoren een afschrift te verstrekken van “het volledige accountantsdossier, voor zover nog niet verstrekt, inclusief de interne stukken, waar nodig met toelichting”.⁴⁸ Ergo: de curator zou dus, ook via dit artikel, “alle bescheiden in het dossier van de bank betreffende gefailleerde” in beginsel moeten kunnen opeisen.

Voorts geldt als criterium dat men partij moet zijn bij een rechtsbetrekking. Doch ook dit lijkt voor de curator van de gefailleerde in zijn verhouding tot een bank een gegeven.

Resumerend: ook artikel 843a Rv, en zeker ook na de aanstaande wetwijziging, die een verruiming beoogt, zou de curator voldoende ingang moeten bieden om volledige opheldering te krijgen over de rol van de bank in de voorfase van het faillissement.

- d. Een andere ingang zou artikel 6:162 BW kunnen zijn. In een kwestie, beslecht door de rechtbank te Leeuwarden⁴⁹, vorderde een curator van de Friesland Bank een rapport dat de bank over de latere gefailleerden had doen maken. De rechtbank oordeelde dat de bank handelde in strijd met de haar betamende zorgvuldigheid door een dergelijk rapport niet aan de curator van de inmiddels in staat van faillissement verkerende vennootschappen te verstrekken.
- f. Een andere mogelijkheid voor de curator om de nodige informatie af te dwingen is natuurlijk het voorlopig getuigenverhoor, terwijl hij in eventuele procedures een beroep kan doen op de inlichtingenplicht van artikel 21 Rv en hij op grond van artikel 22 Rv de rechter kan verzoeken bepaalde bescheiden te doen overleggen.

Op grond van al het vorenstaande moge duidelijk zijn dat de curator meerdere mogelijkheden heeft om van de bank informatie ten aanzien van de fase vóór het faillissement te verkrijgen, indien de bank niet bereid zou zijn op vrijwillige basis deze informatie met de curator te delen.

5. Tot slot

In deze bijdrage is onderzocht welke informatieplichten er zijn van een bankier jegens de curator van een door de bank gefinancierde onderneming. Drie onderwerpen zijn daarbij

⁴⁶ Hoge Raad 26 oktober 2012, JOR 2013/30 m.n. Jansen..

⁴⁷ Rechtbank Amsterdam 27 maart 2012, JOR 2012/168 m.n. Jansen.

⁴⁸ Overigens wees reeds in 1993 de president van de rechtbank te Breda een dergelijke vordering toe, ingesteld door de bewindvoerder in de surseance van Van Gils Holding Roosendaal tegen Deloitte & Touche, zonder dat daaraan bijvoorbeeld artikel 843a Rv ter grondslag was gelegd. President rechtbank Breda 16 december 1993, KG 1994/57.

⁴⁹ Rechtbank Leeuwarden 6 juli 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AT9151, inzake Heuzeveldt/Friesland Bank.

aan bod gekomen. De eerste twee, betrekking hebbend op mutaties van bankrekeningen na faillietverklaring en op de informatieplichten bij en in het kader van de verzilvering van zekerheden, lijken zo vanzelfsprekend dat die eigenlijk niet besproken hadden hoeven worden, ware het niet dat de indruk bestaat dat sommige curatoren hiermee al te makkelijk omgaan en zich onvoldoende bewust zijn van het feit dat het wel degelijk in het belang van de boedel is of kan zijn de betreffende informatie van de bank te ontvangen.

Ten aanzien van het derde onderdeel, de informatieplichten van de bank over hetgeen de bank in de voorfase van het faillissement wel en niet heeft gedaan, bestaat in insolventieland tot op heden wellicht minder *common sense*. Maar gezien de toenemende maatschappelijke roep om transparantie, gepaard gaande met de juridische tendens tot grote nadruk op waarheidsvinding en *disclosure* van documenten en overige informatie, valt te verwachten dat ook dit onderdeel in toenemende mate de agenda van curatoren zal kunnen of hebben te bepalen.