Jutd 2015/0056 Wet versterking positie curator

Jutd 2015/0056 Wet versterking positie curator

Jutd 2015/0056 d.d. 30-04-2015

Auteur(s): Mr F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman N.V., Breda.

In het kader van de herziening van het faillissementsrecht, zoals aangekondigd door het kabinet bij brief van 26 november 2012, heeft het kabinet begin vorig jaar een concept-wetsvoorstel gepresenteerd dat moet zorgen voor de versterking van de positie van de curator[1]. Het herzieningsprogramma bestaat uit drie pijlers, namelijk versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, modernisering van het faillissementsrecht en bestrijding van faillissementsfraude. Het hier te bespreken conceptvoorstel voor de 'Wet Versterking Positie Curator' vormt het sluitstuk van de laatstgenoemde pijler.

Het wetsvoorstel heeft de consultatiefase doorlopen en het aangepaste wetsvoorstel is inmiddels ter advisering bij de Raad van State ingediend[2]. De tekst van het definitieve wetsvoorstel en het advies van de Raad van State wordt bekend, zodra het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend. In dit artikel wordt uitgegaan van de tekst van het concept-wetsvoorstel[3].

Faillissementsfraude

Het wetsvoorstel heeft als belangrijkste doelstelling om faillissementsfraude tegen te gaan. Faillissementsfraude zorgt jaarlijks voor zeer aanzienlijke economische schade. De concept-memorie van toelichting spreekt van een bedrag van bijna 4 miljard euro aan ongedekte schulden in 2010[4]. Het kabinet is van mening dat de curator een centrale rol moet krijgen bij deze faillissementsfraudebestrijding. Daarbij is wel geconstateerd dat de curator op dit moment nog over onvoldoende bevoegdheden beschikt om deze nieuwe taak goed uit te kunnen oefenen. Daarnaast is geconstateerd dat de verplichtingen die op (de bestuurder van) de failliet rusten onvoldoende duidelijk zijn omschreven, zodat ook uit het oogpunt van rechtszekerheid aanpassingen gewenst zijn.

In dit artikel zal ik aangeven wat de huidige stand van zaken is ter zake de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen van (de bestuurder van) de failliet en welke rol de curator op dit moment heeft bij fraudebestrijding. Vervolgens zal ik aangeven welke wijzigingen het kabinet wenst aan te brengen.

Huidige status inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen

De belangrijkste bepaling ter zake de op de failliet rustende informatieverplichtingen is te vinden in artikel 105 Fw. Dit artikel verplicht de gefailleerde om voor de rechter-commissaris, de curator of de commissie uit de schuldeisers te verschijnen en deze alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen. Op basis van lid 2 van dit artikel rust deze verplichting ook op echtgenoten of geregistreerde partners (mits er sprake is van gemeenschap van goederen). De informatieverplichting rust daarnaast ook op bestuurders (en deels ook op commissarissen) van failliete *rechtspersonen*.

Artikel 116 Fw verplicht de gefailleerde om de verificatievergadering (voor zover die wordt gehouden) in persoon bij te wonen, met daarbij de verplichting om ter vergadering alle inlichtingen over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel te geven. Deze verplichting rust ook op bestuurders van gefailleerde rechtspersonen (artikel 117 Fw).

Indien (de bestuurder van) de gefailleerde niet voldoet aan zijn verplichting tot het verschaffen van informatie aan de curator, staan de curator meerdere middelen ter beschikking. Zo heeft de curator op basis van artikel 93a Fw toegang tot elke plaats, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. De rechter-commissaris kan hem daartoe een machtiging tot binnentreden verstrekken. Ook heeft de rechter-commissaris de bevoegdheid om getuigen te horen of een deskundigenbericht te gelasten (artikel 66 lid 1 Fw). Daarnaast geldt er op basis van artikel 99 Fw een postblokkade, op grond waarvan alle post rechtstreeks aan de curator wordt doorgestuurd.

Dwangmiddelen en sancties

Artikel 87 Fw geeft de rechtbank de bevoegdheid om (over het algemeen na voordracht door de rechter-commissaris) de (bestuurder van) gefailleerde in verzekerde bewaring te stellen. Deze zogenaamde 'faillissementsgijzeling' vindt over het algemeen pas plaats, indien de gefailleerde - na te zijn opgeroepen voor een verhoor - alsnog niet aan zijn informatieverplichting voldoet. De gefailleerde, of diens bestuurder, kan gedurende lange tijd worden vastgehouden, totdat alle vereiste informatie is verschaft. De termijn van dertig dagen kan volgens artikel 87 lid 3 Fw steeds worden verlengd met eenzelfde termijn.

Ook zijn er strafrechtelijke sancties beschikbaar voor het geval niet aan de informatieverplichting wordt voldaan. Artikel 194 Sr. sanctioneert het niet-verstrekken van de gevraagde inlichtingen met een gevangenisstraf van een jaar of een geldboete van de derde categorie. Niet-overhandiging van de administratie van de gefailleerde door degene die daartoe verplicht is, kan volgens artikel 340 Sr. tot een zelfde gevangenisstraf of een geldboete van de vijfde categorie leiden.

In de toekomst (indien de wet Civielrechtelijk Bestuursverbod van kracht wordt) heeft niet-naleving van de informatieverplichting nog meer gevolgen[5]. Volgens artikel 106a lid 1 sub c van dit wetsvoorstel kan aan een bestuurder van een gefailleerde vennootschap een bestuursverbod van maximaal drie jaren worden opgelegd, indien de bestuurder (onder meer) ondanks een verzoek van de curator in ernstige mate tekort is geschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen. Ook wordt, als onderdeel van de herziening van het faillissementsrecht, de strafbaarstelling van faillissementsfraude aangepast/gemoderniseerd[6].

De hiervoor opgesomde bevoegdheden om naleving van de informatieplicht te bevorderen en niet-naleving te bestraffen, geven het belang van deze plicht aan. Zonder deugdelijke informatie kan de curator zijn belangrijkste taak (het vereffenen van de failliete boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers) niet deugdelijk uitoefenen. Zoals in de inleiding van dit artikel al genoemd, was het kabinet van mening dat de informatie- en medewerkingsverplichtingen nog onvoldoende concreet waren omschreven, waardoor de curator zijn 'poortwachtersfunctie' niet goed kon uitoefenen. Het kabinet heeft daarom voorstellen gedaan om deze functie te versterken.

Herziening informatie- en medewerkingsverplichtingen
Op basis van artikel 105 Fw is de gefailleerde (of de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon) *'verplicht voor de rechter-commissaris, de curator of de commissie uit de schuldeisers te verschijnen en deze alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen.'* In het ontwerpartikel 105 Fw wordt daaraan toegevoegd dat de gefailleerde de curator ook ongevraagd inlicht over feiten en omstandigheden, waarvan hij weet of behoort te begrijpen dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn. In het verleden kon er discussie bestaan of deze verplichting om ongevraagd informatie te verschaffen bestond. Die onduidelijkheid wordt met de nieuwe tekst weggenomen. Het tweede lid van het voorgestelde artikel 105 Fw bevat de verplichting van de gefailleerde om, indien er sprake is van buitenlandse vermogensbestanddelen, zoals banktegoeden of onroerend goed, de curator daarover terstond in te lichten. Ook moet de gefailleerde alle medewerking, waaronder zonodig de verschaffing van een volmacht, verlenen om de curator daarover de beschikking te geven. Ook voor de verplichtingen in dit nieuwe artikellid geldt dat bij de niet-naleving daarvan de in het voorgaande beschreven faillissementsrechtelijke en strafrechtelijke maatregelen kunnen worden ingezet.

In het wetsvoorstel zijn voorts twee nieuwe artikelen opgenomen: artikel 105a en 105b Fw. In artikel 105a is opgenomen dat de gefailleerde gehouden is om de curator alle medewerking aan het beheer en de vereffening van de boedel te verlenen, tenzij dit naar het oordeel van de rechter-commissaris in redelijkheid niet van de gefailleerde kan worden verlangd. Het tweede lid van dit voorgestelde artikel houdt de verplichting in om 'terstond' de administratie en daarbij behorende bescheiden en gegevensdragers aan de curator over te dragen. Voor zover de administratie is beveiligd of versleuteld, is de gefailleerde gehouden om dusdanige gegevens te verstrekken dat de informatie leesbaar kan worden gemaakt. Het gaat dan om zogenaamde 'encryptiesleutels'. Een medewerkingsverplichting werd op grond van de jurisprudentie al wel aangenomen[7]. Deze was echter nog niet met zoveel woorden in de wet terug te vinden. In het wetsvoorstel is het uitgangspunt dat de gefailleerde volledige medewerking moet verlenen, tenzij de rechter-commissaris anders bepaalt. In de memorie van toelichting wordt er overigens op gewezen dat tegen een dergelijke beslissing ex artikel 67 Fw hoger beroep openstaat.

In het voorgestelde artikel 105b is ook een verplichting van derden opgenomen om door de curator gewenste informatie te verschaffen. Het artikel bepaalt dat 'derden die gehouden zijn informatie aan de gefailleerde te verstrekken' deze desgevraagd aan de curator dienen te verstrekken, tenzij de aard van de informatie of de aard van de rechtsverhouding zich daartegen verzet. In de memorie van toelichting is (terecht) vermeld dat derden niet altijd bereid zullen zijn om de curator alle gewenste informatie te geven. In de praktijk komt het regelmatig voor dat een boekhouder/accountant zich verschuilt achter de gefailleerde en (bijvoorbeeld met de stelling dat de informatie reeds eerder is verschaft) weigert informatie te verstrekken. De uitzonderingsmogelijkheid die in dit artikellid is vermeld ('tenzij de aard van de informatie of de aard van de rechtsverhouding zich daartegen verzet') heeft volgens de memorie van toelichting betrekking op informatie die als 'hoogst persoonlijk' is te beschouwen of het beroepsgeheim van de desbetreffende derden raakt.

In artikel 105b lid 2 is een medewerkingsverplichting opgenomen voor derden die 'op welke wijze dan ook' in de uitoefening van hun beroep of bedrijf administratie van gefailleerde onder zich hebben. Zij moeten deze administratie desgevraagd aan de curator ter beschikking stellen, wederom met verschaffing van 'encryptiesleutels'. Deze verplichting is uiteraard met name bedoeld voor externe boekhouders en accountants en de aldaar aanwezige fysieke en digitale administratie, maar de zinsnede 'op welke wijze dan ook' verruimt deze reikwijdte. In de memorie van toelichting is bijvoorbeeld uitgelegd dat ook administratie in de 'cloud' toegankelijk moet worden gemaakt als de curator daar om vraagt.

De in het voorgaande genoemde verplichtingen rusten op de gefailleerde. Indien de gefailleerde een rechtspersoon is, rusten deze verplichtingen (tevens) op de (statutaire) bestuurders van de gefailleerde vennootschap. Artikel 106 Fw bevat nu al een bepaling die dat regelt. Het nieuwe artikel 106 Fw legt de informatie- en medewerkingsverplichtingen ook op aan degene die de drie jaar voorafgaand aan het faillissement bestuurder waren. Dit moet voorkomen dat bestuurders die zich vlak voor faillietverklaring als bestuurder laten ontslaan/uitschrijven, zich aan hun verantwoordelijkheden kunnen onttrekken. Ook regelt het nieuwe artikel 106 Fw dat met een bestuurder gelijk wordt gesteld degene die in Nederland de feitelijke leiding had over een in het buitenland gevestigde gefailleerde rechtspersoon. De verplichting van de gefailleerde om tijdens een verificatievergadering desgevraagd allerlei inlichtingen te verschaffen (zoals hiervoor al genoemd) wordt eveneens uitgebreid naar feitelijke leidinggevenden van buitenlandse rechtspersonen en naar gedefungeerde bestuurders (in de 3 jaren voor het faillissement).

Nieuwe taken curator op het gebied van fraudebestrijding

In de memorie van toelichting is te lezen dat de curator ook nu al een rol heeft om faillissementsfraude op te sporen en de vervolging van strafbare feiten te bevorderen. Er wordt erop gewezen dat (zoals hiervoor al gemeld) het niet meewerken aan de informatie- en medewerkingsverplichtingen strafrechtelijk gesanctioneerd is. Een curator kan van dergelijke strafbare feiten aangifte doen. Ook van ongeoorloofde onttrekkingen uit de faillissementsboedel kan strafrechtelijk aangifte worden gedaan. Over het algemeen zal een curator echter geen aangifte doen, behalve indien dat in het belang van de boedel is. De primaire (en volgens velen *enige*) taak van de curator is immers het behartigen van de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Daarbij mogen maatschappelijke belangen wel een rol spelen, maar het belang van de boedel staat voorop. Volgens Insolad-voorzitter Van Galen heeft de curator thans dan ook (in het geheel) *geen* strafrechtelijke rol[8]. Ook andere schrijvers zijn van mening dat, hoewel maatschappelijke belangen in ogenschouw mogen worden genomen, dit nog niet betekent dat belangen van maatschappelijke aard prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers[9]. Ik denk dat deze beoordeling juist is. Het voorstel maakt dat, indien het voorstel daadwerkelijk kracht van wet krijgt, echter anders.

In het voorstel is opgenomen dat artikel 68 Fw, waarin (in lid 1) de kerntaak van de curator is omschreven (het beheer en vereffenen van de failliete boedel), wordt uitgebreid. Het nieuwe lid 2 van artikel 68 Fw bepaalt dat de curator bij de genoemde taakuitoefening ook *'beziet (...) of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken, of het tekort in het faillissement hebben vergroot'*. De curator krijgt er derhalve een taak bij. Indien de curator feiten of omstandigheden zoals omschreven aanwezig acht, dient de curator de rechter-commissaris daarover te informeren. Omdat het gevoelige informatie betreft, dient deze informatieverschaffing aan de rechter-commissaris *niet* in het (openbare) faillissementsverslag plaats te vinden. De curator dient echter wel in zijn verslag globaal aan te geven hoe hij zich van zijn fraudesignalerende taak heeft gekweten, aldus de memorie van toelichting.

De beslissing of de door de curator geconstateerde onregelmatigheden ook tot een melding of aangifte moeten leiden, ligt bij de rechter-commissaris. Volgens de memorie van toelichting moet een rechter-commissaris geacht worden goed in te kunnen schatten in hoeverre de signalen van een curator moeten worden doorgeleid naar de daarvoor aangewezen instanties. De uiteindelijke aangifte zal vervolgens door de curator moeten worden gedaan. De rechter-commissaris kan daartoe opdracht geven.

Het wetsvoorstel gaat uit van een nauwe samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en de opsporingsinstanties. De wet biedt echter geen regels hoe deze samenwerking eruit moet zien. Volgens de memorie van toelichting is daar bewust voor gekozen. De invulling dient in de praktijk plaats te vinden.

Financiële vergoeding?

Zoals gezegd is de primaire (of enige) taak van de curator op dit moment het behartigen van de belangen van de boedel (de gezamenlijke crediteuren). Daar komt nu dus een taak bij: fraudesignalering. Het salaris van de curator wordt voldaan uit de faillissementsboedel. De faillissementskosten (waaronder het salaris van de curator) hebben daarbij de hoogste rang: zij dienen voldaan te worden, voordat tot een uitkering aan de normale crediteuren kan worden gekomen. Indien de curator meer tijd moet besteden aan de

afwikkeling van het faillissement, nu hij er een taak bij krijgt, zullen de kosten ook stijgen. Dat heeft dus over het algemeen gevolgen voor de hoogte van de uitkering aan faillissementsschuldeisers. De werkzaamheden van de curator ter zake fraudesignalering komen ten laste van de gezamenlijke crediteuren, terwijl de gezamenlijke crediteuren daar niet per definitie bij zijn gebaat. Fraudesignalering hoeft immers geen vermeerdering van het boedelactief teweeg te brengen.

In het wetsvoorstel is over dit financiële vraagstuk niet meer terug te vinden dan een nieuw lid 3 dat aan artikel 71 wordt toegevoegd. Hierin valt slechts te lezen dat er bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels over de financiering van de werkzaamheden van de curator kunnen worden gesteld. In de memorie van toelichting wordt niet ingegaan op de vraag hoe een dergelijke toekomstige regeling er uit moet komen zien.

Afsluitend

De voorgestelde wettelijke regeling biedt een duidelijke verruiming van de informatie- en medewerkingsverplichtingen van de gefailleerde en/of haar bestuurders. De uitbreiding naar oud-bestuurders en derden die informatie over de gefailleerde onder zich houden kan worden toegejuicht. Die maatregelen zijn zeker nodig en ook nuttig voor de afwikkeling van het faillissement.

Verruiming van de genoemde plichten zal de curator bovendien vermoedelijk beter in staat kunnen stellen om zijn nieuwe taak (fraudesignalering) uit te voeren. De vraag is echter of deze verruiming voldoende is om daadwerkelijk fraude op te kunnen sporen of op zijn minst dusdanige feiten en omstandigheden boven tafel kunnen krijgen om een vermoeden van fraude bij de rechter-commissaris te kunnen melden. Specialisten in het onderzoeken van faillissementsfraude hebben in reactie op het wetsvoorstel al gesteld dat de gemiddelde curator én rechter-commissaris de specifieke basiskennis mist om een goede invulling te kunnen geven aan zijn fraudesignalerende plicht.[10] Zeker bij omvangrijke faillissementen met dito administratie zal het voor een curator inderdaad niet eenvoudig zijn om alle signalen die op fraude duiden te kunnen herkennen. De curator zal in een dergelijk geval (financiële) experts (zoals een forensisch accountant) moeten inschakelen. Die kosten zouden dan, tenzij er daadwerkelijk een goede regeling ter zake een kostenvergoeding komt, ten laste van de gezamenlijke crediteuren komen. Dat lijkt mij onwenselijk. In de memorie van toelichting staat weliswaar dat de curator geen verlengstuk van de politie, de FIOD of het Openbaar Ministerie wordt, maar in feite wordt de curator dat wel. Het zou goed zijn als deze nieuwe taak ook in financiële zin een goede basis krijgt.

NOOT 1 [terug]
Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nummer 74.

NOOT 2 [terug]
http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2015/03/20/curator-krijgt-taak-bij-fraudesignalering.html

NOOT 3 [terug]
http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/02/21/voorontwerp-wet-versterking-positie-curator/voorontwerp-wvs-versterking-curator-th-jan-2014.pdf

NOOT 4 [terug]
http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/02/21/memorie-van-toelichting-wet-versterking-positie-curator/toelichting-voorontwerp-wvs-versterking-curator-jan-2014-def.pdf

NOOT 5 [terug]
Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nummer 2

NOOT 6 [terug]
Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nummer 2

NOOT 7 [terug]
Zie onder meer HR 23 december 1983, NJ 1985, 170

NOOT 8 [terug]
Mr. R.J. van Galen, 'De Wet Versterking Positie Curator. Wordt hierdoor faillissementsfraude beter aangepakt?', Tijdschrift Onderneming en strafrecht in de praktijk, 2014, nummer 5/6, pagina 2.

NOOT 9 [terug]
Mr. W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', TvI 2013/13.

NOOT 10 [terug]
A. Mikkers en C. Manders, ' Help curator om faillissementsfraude echt te zien', Het Financieele Dagblad, 11 februari 2015, pagina 11.

© Euroforum Uitgeverij BV NL