

Vergaderjaar 2015–2016

34 253

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator)

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 25 augustus 2016

Inleiding

Met erkentelijkheid heb ik kennis genomen van de vragen die de aan het woord zijnde fracties hebben gesteld bij dit wetsvoorstel. Ik realiseer mij dat het verslag al eind 2015 door Uw Kamer is vastgesteld en vraag begrip voor het feit dat de ontstane vertraging berust op de prioriteit die aan de werkzaamheden voor het Nederlandse EU-voorzitterschap en aan andere onderdelen van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht is toegekend. Uw Kamer is over de voortgang van dat programma bij brief van 4 juli 2016 nader bericht.¹

Ik zie de positieve grondhouding van met name de fracties van VVD, PvdA, CDA en D66 als ondersteuning van het door het kabinet gevoerde beleid om faillissementsfraude krachtig te bestrijden. In deze nota wordt uitgebreid ingegaan op de gestelde vragen en gemaakte opmerkingen, overeenkomstig de in het verslag gekozen indeling.

Algemeen

1. Inleiding

De leden van de fractie van de SP vragen een reactie op het bericht dat ook deurwaarders geschikt zouden zijn om het werk van curatoren te doen.²

De Faillissementswet (Fw) kent voor de benoembaarheid tot curator of bewindvoerder in insolventiezaken geen beperking tot de ene of de andere beroepsgroep. Het staat de rechter vrij om, als hij dat in een concrete zaak aangewezen acht, een gerechtsdeurwaarder tot curator te benoemen. De beroepsgroep als zodanig is afgebakend, wettelijk gereguleerd op grond van de Gerechtsdeurwaarderswet en onderworpen aan de verordeningen van de Koninklijke Beroepsorganisatie van

¹ Kamerstukken II 2015/16, 33 695, nr. 12.

² <http://www.creditexpo.nl/nieuws/deurwaardersbelangen-ondersteunt-hardere-aanpak-faillissementsfraude/>.

Gerechtsdeurwaarders. Het is aan de gerechtsdeurwaarder om zichzelf zodanig te bekwamen dat hij of zij over voldoende kwaliteiten beschikt om ook feitelijk benoembaar te worden. De «Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling» (2013) hebben betrekking op het plaatsen van personen op de lijst van curatoren en bewindvoerders na een kwalitatieve toets en een omstandighedentoets.³ Nieuwe plaatsingen op de curatorenlijst zijn voorlopig; na twee jaar en op basis van een periodiek evaluatiegesprek wordt bezien of de plaatsing kan worden gecontinueerd. Deze uitgangspunten zijn ontwikkeld door de Landelijke werkgroep van rechters-commissarissen in faillissementen (Recofa), goedgekeurd door het Landelijk Overleg Voorzitters van Civiele en Kantonsectoren van de rechtbanken en tot stand gekomen in nauw overleg met de Vereniging Insolventierecht Advocaten (Insolad).

De leden van de fractie van het CDA vragen hoeveel extra fte tegemoet kan worden gezien bij de FIOD en het Openbaar Ministerie (OM) in het kader van implementatie van de drie wetsvoorstellen die zien op een effectievere aanpak van faillissementsfraude, te weten het civielrechtelijk bestuursverbod, de herziening strafbaarstelling faillissementsfraude en dit wetsvoorstel.

Deze wetsvoorstellen, waarvan de eerste twee op 1 juli 2016 in werking zijn getreden, beogen het wettelijk instrumentarium ter bestrijding van faillissementsfraude te versterken. Hiervoor is geen separate fte-uitbreiding voorzien. Wel worden tussen het OM en de FIOD in het handavingsarrangement nadere afspraken gemaakt over de beschikbare opsporingscapaciteit in de vorm van jaarlijks beschikbare manuren voor het verrichten van opsporingsonderzoek in complexe faillissementsfraudezaken. De gelabelde capaciteit van de FIOD bedroeg in 2015 100.000 manuren. Eenzelfde quotum met een uitloop tot maximaal 120.000 uur is voor 2016 beschikbaar.

Deze leden vragen verder of de regering, voordat zij een wetsvoorstel na advisering door de Raad van State aan de Tweede Kamer stuurt, de memorie van toelichting nog aanpast aan tussentijdse actualiteiten, zoals besluitvorming in Tweede Kamer. Zij merken op dat twee wetsvoorstellen, waarvan in de toelichting nog is gesteld dat zij bij de Tweede Kamer aanhangig waren, kort voor de indiening van het wetsvoorstel zijn aangenomen.

Het spreek vanzelf dat de stukken die bij Uw Kamer worden ingediend de meest actuele stand van zaken moeten weergeven. In casu had daarom moeten worden vermeld dat de betreffende voorstellen al door Uw Kamer waren aangenomen. Ik betreur deze omissie. Voor de goede orde zij daarom opgemerkt dat de wetsvoorstellen civielrechtelijk bestuursverbod en herziening strafbaarstelling faillissementsfraude inmiddels door de Eerste Kamer zijn aanvaard, en op 1 juli 2016 in werking zijn getreden.⁴

2. De spilfunctie van de curator

De leden van de fractie van de PvdA vinden dat de curator met dit wetsvoorstel taken krijgt die hem meer in het domein van het strafrecht brengen, ofschoon zijn kerntaak het beheer en de vereffening van de boedel in het belang van de schuldeisers blijft. Zij vragen of het denkbaar is dat het doen van aangifte wegens fraude de boedel niet ten goede komt. Zo ja, hoe verhoudt zich dan, aldus deze leden, de taak om zo veel mogelijk opbrengst voor de boedel te genereren tot de fraudesignalerende taak?

³ <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Benoemingenbeleid.pdf>.

⁴ Wet civielrechtelijk bestuursverbod, Stb. 2016, 153 en Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, Stb. 2016, 154.

Een wezenskenmerk van faillissementsfraude is juist dat iemand in de aanloop naar of tijdens een faillissement op oneigenlijke wijze goederen of gelden aan de boedel heeft onttrokken of derden anderszins heeft benadeeld, bijvoorbeeld door de onrechtmatige doorverkoop van goederen met voorbijgaan aan andermans eigendomsvoorbehoud. De boedel wordt daardoor (ernstig) benadeeld en crediteuren zijn daarvan de dupe. De schade voor individuele schuldeisers en de samenleving als geheel is aanzienlijk. Inleiding van het strafrechtelijke traject via een aangifte kan er toe leiden dat er tegen de betrokken fraudeurs, naast de inzet van civielrechtelijke instrumenten zoals vernietiging van paulianeuze handelingen, het invoeren van de bestuurdersaansprakelijkheid en het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod, uiteindelijk ook ontnemingsmaatregelen worden getroffen. De regering kan zich daarom niet voorstellen dat de bestrijding van faillissementsfraude haaks op het belang van schuldeisers zou staan. Faillissementsfraudebestrijding strekt er juist toe om eventuele benadeling van de boedel weer ongedaan te maken. Daarom ligt de nu voorgestelde fraudesignalerende taak van de curator in het verlengde van zijn kerntaak, te weten boedelmaximalisatie ten bate van de crediteuren.⁵

De leden van de fractie van de PvdA vragen voorts om in te gaan op de suggestie van de FNV en de Beroepsorganisatie Bedrijfsjuridisch Adviseurs om publieke financiering van de curator te overwegen, althans voor zover het zijn maatschappelijke taken betreft.

De voorgestelde fraudesignalerende taak van de curator heeft weliswaar een belangrijke maatschappelijke dimensie, maar is tegelijk zozeer verweven met zijn kerntaak om ten bate van de crediteuren een zo groot mogelijke boedel te verkrijgen, beheren en vereffenen, dat ik geen aanleiding zie om het uitgangspunt van de financiering van de curator uit de boedel te heroverwegen. Dat zou ook een ongewenste uitstraling kunnen hebben naar andere sectoren. Zo kent de Wet ter voorkoming van witwassen en de financiering van terrorisme de nodige meldplichten voor bijvoorbeeld financiële instellingen, dienstverleners en handelaren. Dat is ingegeven door het maatschappelijk belang, maar wordt niet separaat uit publieke middelen gefinancierd. Ik meen dat van iedereen, binnen redelijke grenzen, medewerking mag worden verlangd als zwaarwegende maatschappelijke belangen in het geding zijn zonder dat men daarvoor per definitie uit publieke middelen wordt gecompenseerd.

De leden van de fractie van de SP vragen waarom het wetsvoorstel nodig is als een curator nu al tot taak heeft om fraudesignalen te onderzoeken. Vindt de regering, zo vragen zij, dat curatoren deze rol beter moeten invullen dan ze nu doen en welk verschil gaat deze wet in dit opzicht maken voor de praktijk?

Een wettelijke verankering van de fraudesignalerende taak van de curator heeft een belangrijke meerwaarde. Niet alleen volgt daaruit dat de curator in elk faillissement alert moet zijn op fraudesignalen, maar ook dat hij daarover in het faillissementsverslag telkens verantwoording moet afleggen. De voorgestelde versterking van de informatie- en medewerkingsverplichtingen van de failliet verduidelijken tevens welk beroep de curator in het kader van zijn fraudesignalerende taak op de gefailleerde kan doen. Ten slotte wordt er transparantie geboden in de verhouding tussen curator en rechter-commissaris, en wordt verduidelijkt dat de rechter-commissaris de curator eventueel kan gelasten om aangifte van geconstateerde onregelmatigheden te doen alsmede dat er geen beroep open staat tegen de beslissing van de curator om al dan niet melding of aangifte van onregelmatigheden te doen (vgl. de voorgestelde artikelen 68 lid 2, 69 lid 1, 73a lid 3 en 105 e.v. Fw). Daarmee krijgt de fraudesignale-

⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 3.

rende taak van de curator niet alleen een wettelijke verankering, maar ook dito erkenning.

Onder verwijzing naar de in 2010 op 700 miljoen euro begrote maatschappelijke schade van faillissementsfraude vragen de leden van de fractie van de SP verder hoe er bij deze faillissementen is ingegrepen, hoeveel geld daarbij voor de crediteuren is teruggehaald en in hoeveel procent van de faillissementen er sprake is van onrechtmatige of strafbare benadeling. In het CBS-onderzoek «*Faillissementen: Oorzaken en schulden in 2010*» wordt opgemerkt dat van de onbetaald gebleven schuld van de in 2010 beëindigde faillissementen 33% toe te schrijven is aan zaken met een zekere of waarschijnlijke strafbare benadeling van schuldeisers.⁶ Uit het onderzoek blijkt niet specifiek hoe er in ieder faillissement is ingegrepen, noch hoeveel geld daarbij ten bate van de boedel is teruggehaald. In de rechtspraak wordt de opbrengst van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel niet uitgesplitst naar misdrijf. Onduidelijk blijft daarom welk bedrag is ontnomen in faillissementsfraudezaken. Dat het overigens bij een ontnemingsvordering inzake faillissementsfraude om forse bedragen kan gaan, blijkt bijvoorbeeld uit de strafzaak die wordt besproken in het tijdschrift van het Openbaar Ministerie «Opportuun» (2015, nr. 3, pp. 10–13). Daarin is een bedrag van ongeveer twee miljoen euro aan de orde. Ook met betrekking tot het UWV en de Belastingdienst zijn alleen cijfers bekend zonder uitsplitsing naar frauduleuze gedraging.⁷ In het kader van de rijksbrede aanpak van fraude is de aandacht ook ten volle gericht op ontneming in de vorm van het innen van niet-afgedragen sociale premies, op het terugvorderen van onterecht genoten uitkeringen en belastingvoordelen alsmede – als sprake is van verwijtbaar gedrag – op de oplegging van bestuurlijke boetes. Het kabinet rapporteert daarover jaarlijks.⁸

Onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I⁹ vragen de leden van de fractie van het CDA of er een verschil is in de mate waarin een beoogd curator in een prepack-situatie en een curator in faillissement rekening moet houden met de belangen van de schuldenaar en met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van werkgelegenheid, kennis en productiviteit. Het door deze leden genoemde semantische verschil tussen de toelichting bij dit voorstel en bij wetsvoorstel 34 238 doet niet af aan het feit dat de curator in beide gevallen dezelfde belangenafweging moet maken. Ook in de onderhavige context geldt het Maclou-arrest van de Hoge Raad uit 1996, waarin ten aanzien van de curator werd overwogen dat «hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen leiden – óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard.» (Hoge Raad 19 april 1996, NJ 1996/727, ov. 3.6). Verder vragen de leden van de fractie van het CDA om de aangehaalde CBS-cijfers uit 2010 te actualiseren.

Daaraan kom ik graag tegemoet. In opdracht van het Wetenschappelijke Onderzoek- en Documentatiecentrum wordt door het CBS in een steekproefopzet onderzoek uitgevoerd naar faillissementen in 2015. Ik verwacht de Tweede Kamer in het najaar van 2016 te kunnen informeren over de uitkomsten.

⁶ <http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/7B82ABBF-23FD-45E0-B8A9-7C922BF00640/0/2011faillissementenoorzakenschuldenin2010art.pdf>.

⁷ Kamerstukken II 2014/15, 17 050, nr. 496, pp. 11–13.

⁸ Recent Kamerstukken II 2015/16, 17 050, nr. 525.

⁹ Kamerstukken II 2015/16, 34 218.

3. Versterking van de informatiepositie van de curator

Naar aanleiding van het voorstel om de gefailleerde te verplichten de curator ook eigener beweging te informeren over feiten en omstandigheden die voor de afwikkeling van een faillissement van belang kunnen zijn, vragen de leden van de fractie van het CDA hoe zich dit verhoudt tot het nemo tenetur-beginsel. Ook vragen zij of dit er in de praktijk niet toe kan leiden dat, zoals Insolad tijdens de consultatie heeft betoogd, de kans op strafrechtelijke vervolging meebrengt dat de gefailleerde zich gaat onttrekken aan zijn plicht om de curator uit eigen beweging te informeren. Terecht benadrukken de leden van de CDA-fractie het belang van het nemo tenetur-beginsel. Vanwege dat belang is hierop, mede in reactie op de inbreng van onder meer Insolad tijdens de consultatie, in de memorie van toelichting uitgebreid ingegaan.¹⁰ Samenvattend staat het nemo tenetur-beginsel niet in de weg aan een uitgebreidere algemene medewerkings- en inlichtingenplicht van de failliet jegens de curator. Het wetsvoorstel verduidelijkt slechts de omvang van beide, evenals de categorieën personen en de zaken die onder de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen alsmede de plicht tot overdracht van de administratie vallen. Daarbij komt het nemo-tenetur-beginsel pas in beeld als het, na een eventuele aangifte, tot een daadwerkelijke strafvervolging komt. Het beginsel stelt dan grenzen aan de wijze waarop bepaalde bewijsstukken mogen worden gebruikt. De rechten van betrokkene, waaronder het nemo tenetur-beginsel, worden dan ten volle gewaarborgd door een rechterlijke toets. Dit wetsvoorstel laat die fundamentele rechtsbeschermingsgarantie onverlet.

Verder vragen de leden van de fractie van het CDA of het zo is dat als de curator de rechter-commissaris een fraudevermoeden meldt, degene tegen wie zich dit vermoeden richt hierover niet wordt geïnformeerd. Kan dit er toe leiden, zo vragen zij, dat een failliet de curator op eigen initiatief informatie verstrekt die hem in een eventueel later strafproces voor de voeten kan worden geworpen? Of mag de curator, aldus deze leden, betrokkene bij een vermoeden van onregelmatigheden in het kader van hoor- en wederhoor om uitleg vragen en, zo ja, hoe?

Als het tot een daadwerkelijke strafvervolging komt, stelt het nemo-tenetur-beginsel grenzen aan de wijze waarop bepaalde informatie, zeker als die van betrokkene zelf afkomstig is, als bewijs mag worden gebruikt. In zijn algemeenheid zullen de verklaringen van de failliet, voor zover zij zijn verkregen onder dreiging van een sanctie, niet mogen worden gebruikt voor een strafvervolging (vgl. Hoge Raad 24 januari 2014, NJ 2014/70). Dit laatste geldt overigens alleen voor zover het gaat om wilsafhankelijk materiaal en deze inlichtingen betrekking hebben op een strafbaar feit ten aanzien waarvan de inlichtingenplichtige tot verklaren werd gedwongen. Art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) levert geen beperking op als de in het kader van de inlichtingenplicht afgelegde verklaringen zelf een strafbaar feit opleveren, omdat de inlichtingenplichtige bijvoorbeeld bewust heeft gezwegen of gelogen. De uiteindelijke afweging om informatie tijdens een strafproces al dan niet als bewijs in te brengen is uiteindelijk aan het Openbaar Ministerie, waarbij de rechten van de verdachte ten volle worden gewaarborgd door een rechterlijke toets. Van een zorgvuldig opererende curator mag inderdaad, zoals de aan het woord zijnde leden terecht impliceren, niet alleen worden verwacht dat hij betrokkene informeert over een fraudemelding aan de rechter-commissaris, maar tevens dat hij voorafgaand daaraan betrokkene om uitleg en toelichting vraagt. Pas als de betrokkene geen bevredigend uitsluitel kan geven, kan zich een fraudevermoeden immers substantiëren.

¹⁰ Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 3, par. 6.2.

De leden van de fractie van de SP vragen wanneer een gefailleerde weet of behoort te weten dat bepaalde feiten en omstandigheden van belang kunnen zijn voor de curator. Wanneer heeft een gefailleerde, aldus deze leden, onvoldoende meegewerkt en controleert de curator of uiteindelijk de rechter-commissaris dit?

Het uitgangspunt is dat iemand die failliet is gegaan de curator alle nodige informatie moet verstrekken om tot een adequaat beheer en goede afwikkeling van het faillissement te kunnen komen (art. 105 lid 1 Fw nieuw). Die informatie heeft onder meer betrekking op aard en omvang van de schuldeisers, de administratie, inkomsten en uitgaven, aard en omvang van de boedel, buitenlandse vermogensbestanddelen (art. 105 lid 2 Fw nieuw), uitstaande leningen en belastingschulden, de overlegging van eventuele encryptiesleutels (art. 105a lid 2 Fw nieuw), mogelijke leveringen aan derden onder eigendomsvoorbehoud en bijvoorbeeld transacties voorafgaand aan het faillissement. Als de curator dat nodig acht, kan hij om nadere specificatie, aanvullende informatie of nadere uitleg vragen. Het is in eerste instantie de curator die zich er een beeld van vormt of een gefailleerde zich al dan niet correct van zijn inlichtingenplicht heeft gekweten. Het eindoordeel hierover is echter voorbehouden aan de rechter, omdat verzuim van de inlichtingenplicht strafbaar is (art. 194 Wetboek van Strafrecht; Sr) en bij ernstig tekortschieten kan leiden tot de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod (art. 106a, eerste lid, onderdeel c, Fw).

De leden van de fractie van het CDA vragen of niet een te ruime periode van overgangsrecht is voorzien door dit wetsvoorstel slechts te laten gelden voor degene die vanaf de inwerkingtreding bestuurder of commissaris is. Het is toch, aldus deze leden, de bedoeling dat ook voormalige bestuurders en commissarissen kunnen worden vervolgd voor faillissementsfraude? Zou het dan niet logisch zijn, zo vervolgen zij, om de verruimde bevoegdheden van de curator te kunnen inzetten om ook van hen inlichtingen en medewerking aan een onderzoek naar mogelijke faillissementsfraude te vragen, en zou daartoe het overgangsrecht niet anders geregeld kunnen worden?

Het voorgestelde overgangsregime kent twee uitgangspunten. De nieuwe wet gaat straks gelden voor faillissementen die worden uitgesproken na de inwerkingtreding. In artikel II, tweede lid, wordt voorzien in een specifieke situatie. Artikel 106 Fw (nieuw) verklaart een aantal bepalingen van overeenkomstige toepassing op onder andere «een ieder die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder of commissaris was». In verband met de rechtszekerheid is het niet wenselijk dat voormalige bestuurders of commissarissen al voor de inwerkingtreding van artikel 106 Fw rekening moeten houden met deze nieuwe bepaling. Zou dat wel het geval zijn, dan zouden achteraf verplichtingen voor betrokkenen worden geschapen die men ten tijde van de gewraakte handelingen niet kon kennen. Omdat schending van de informatie- en medewerkingsverplichtingen strafbaar is (m.n. art. 194 Sr, zoals gewijzigd bij Wet van 8 april 2016, Stb. 154), zou dit leiden tot invoering van een verruimde strafrechtelijke aansprakelijkheid met terugwerkende kracht, hetgeen in strijd komt met de artikelen 16 Grondwet en 7 EVRM.

4. Versterking van de fraudesignalerende rol van de curator en de samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie

4.1. Versterking van de fraudesignalerende rol van de curator

De leden van de fractie van de VVD vragen welke informatie de curator in het faillissementsverslag moet opnemen over de invulling van zijn fraudesignalerende rol en aan welke belangen van de failliet wordt

gedacht als wordt opgemerkt dat de curator in dat verslag geen melding behoeft te maken van eventuele onregelmatigheden.

Het voorgestelde artikel 73a Fw bepaalt dat de curator in het faillissementsverslag aangeeft hoe hij zich heeft gekweten van zijn fraudesignalerende taak (art. 68 lid 2 Fw nieuw). Hij kan zich daarbij beperken tot een globale weergave, omdat het faillissementsverslag openbaar is en het niet altijd aangaat om in dit stadium al publiekelijk te maken dat er misschien »iets mis« is met het faillissement. Dat zou de legitieme belangen van de failliet en de schuldeisers, alsmede bijvoorbeeld een eventuele doorstart, onnodig kunnen schaden (Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 5). In de praktijk worden de volgende punten in het faillissementsverslag opgenomen: de afwezigheid, onvolledigheid of onjuistheid van de bedrijfsadministratie, van een gedeponeerde jaarrekening, van een goedkeurende verklaring van de accountant, van de stortingsverplichtingen op aandelen en, ten slotte, van eventueel onbehoorlijk bestuur en mogelijke onttrekkingen aan de boedel.¹¹ Verder zal de curator ingevolge art. 73a Fw kunnen vermelden of hij melding of aangifte van onregelmatigheden heeft gedaan bij de bevoegde instanties. Of er daadwerkelijk sprake is van onregelmatigheden, zal vervolgens in rechte, bijvoorbeeld bij een vordering tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod of een strafvervolgning, moeten blijken. De rechter heeft daarbij het laatste woord. Gelet hierop zou iemands eer en goede naam nodeloos kunnen worden geschaad als al in een vroeg stadium en wellicht ten onrechte publiek zou worden dat er misschien onregelmatigheden aan een faillissement kleven. Dat verdraagt zich ook niet met de privacy- en zakelijke belangen van de failliet. Hij heeft immers belang bij een zo groot mogelijke opbrengst van de boedel, terwijl de (verkoop)waarde van zijn bedrijf sterk zou kunnen dalen als onnodig publiek wordt dat er misschien sprake is van onregelmatigheden.

De leden van de fractie van de VVD vragen verder hoe de regering aankijkt tegen de plicht van de curator om een eventuele melding aan de rechter-commissaris terstond na de ontdekking van onregelmatigheden te doen. Zij vragen of dat zal leiden tot een effectievere aanpak van faillissementsfraude.

In de huidige opzet van het wetsvoorstel kan de curator de vertrouwelijke melding van mogelijke onregelmatigheden aan de rechter-commissaris in iedere stand van de afwikkeling van het faillissement doen. Dat is ingegeven door het feit dat onregelmatigheden doorgaans pas bij de concrete vereffening van de boedel blijken. Dat laat onverlet dat hij de rechter-commissaris vertrouwelijk moet informeren zodra er onregelmatigheden worden geconstateerd (art. 68 lid 2 onderdeel b Fw nieuw). Dat zal naar de overtuiging van de regering inderdaad bijdragen aan een effectievere aanpak van faillissementsfraude, in samenhang uiteraard met de overige onderdelen van dit wetsvoorstel.

Voorts vragen de leden van de fractie van de VVD hoe wordt aangekeken tegen de aanbeveling uit de praktijk dat de curator toestemming van de rechter-commissaris moet hebben voordat hij aangifte kan doen wegens vermeende onregelmatigheden.

De suggestie van VNO-NCW en MKB Nederland, gedaan in de consultatie, om uitdrukkelijk te regelen dat de curator altijd toestemming nodig heeft van de rechter-commissaris voor het maken van een melding of het doen van aangifte is niet overgenomen. Dit zou onnodig afbreuk doen aan de eigen verantwoordelijkheid van de curator. Ook zou het de rechter-commissaris met een nieuwe en structurele taak belasten die het toezicht op de curator te buiten gaat.

Ten slotte vragen de leden van de fractie van de VVD of er uit de succesvolle Haagse pilot «faillissementsfraude – eenvoudige zaken» punten of

¹¹ <http://www.rechtspraak.nl/Naar-de-rechter/Formulieren/Pages/default.aspx>.

best practices zijn opgekomen die in dit wetsvoorstel zijn opgenomen en, zo ja, welke.

Dit wetsvoorstel ziet niet specifiek op de afdoening van eenvoudige zaken, maar beoogt een kader te bieden voor een betere bestrijding van faillissementsfraude. De praktijk kan die zo flexibel mogelijk invullen, waarbij ik graag benadruk dat de Haagse pilot een heel succesvol voorbeeld biedt van de wijze waarop de samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie concreet vorm kan krijgen. Recent zijn er fraudespreekuren gestart of herstart in Amsterdam, Den Bosch, Noord- en Oost-Nederland, Rotterdam, Midden-Nederland, Zeeland-West-Brabant en Rotterdam. Belangrijk is dat best practices en knelpunten gedeeld worden. Om die reden ondersteunt de regering initiatieven die in de praktijk ontstaan, zoals een verdiepingscursus voor publieke en private ketenpartners ter verdere stimulering en doorontwikkeling van fraudespreekuren evenals het initiatief van de bijzonder hoogleraar faillissementsfraude, mw. prof. Hilverda, om met ervaren curatoren en ketenpartners een leidraad met praktische aanwijzingen en «best practices» te formuleren, om fraude te bestrijden en zoveel mogelijk te voorkomen dat kansen blijven liggen om meer activa in de boedel te brengen.

De leden van de fractie van het CDA vragen hoe de in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I gemaakte opmerking over het schaden van de mogelijkheid van een doorstart zich verhoudt tot het feit dat de «stille voorbereidingsfase» van een pre-pack door de faillietverklaring beëindigd wordt.¹²

Deze vraag wordt aldus begrepen dat deze leden graag vernemen of de nadelige gevolgen die de openbare uitspraak van een faillissement vaak heeft voor de mogelijkheden om ondernemingsactiviteiten nog enige tijd voort te zetten of een doorstart te kunnen realiseren, zich ook voordoen als voorafgaand aan de faillietverklaring sprake is geweest van een stille voorbereidingsfase. Door de faillietverklaring van een onderneming wordt het vaak (uiterst) moeilijk om de bedrijfsactiviteiten ervan nog te continueren.¹³ Financiers gaan dan vaak over tot het uitwinnen van zekerheden, klanten verliezen het vertrouwen, leveranciers weigeren om nog te leveren en werknemers gaan op zoek naar een andere baan. Er is daardoor na de faillietverklaring vaak heel weinig tijd om een doorstart te realiseren. Daarom kan het van belang zijn dat de beoogd curator vóór een mogelijk faillissement, in een stille voorbereidingsfase, al de gelegenheid krijgt om zich op de beslissing over een eventuele doorstart voor te bereiden. De curator kan dan na de faillietverklaring snel en adequaat optreden, om zo de schade die het faillissement meebrengt zoveel mogelijk te beperken. De toepassing van de stille voorbereidingsfase neemt de nadelige gevolgen van de faillietverklaring niet weg, maar kan die in veel gevallen wel zoveel mogelijk beperken.

De leden van de fractie van het CDA vragen ook of er niet een risico op verstoorde verhoudingen bestaat als een rechter-commissaris een curator gelast om een melding of aangifte van onregelmatigheden te doen bij de bevoegde instanties. Heeft, aldus deze leden, de mogelijkheid van ontslag van de curator door de rechter-commissaris niet hetzelfde effect?

Het primaat om melding te maken of aangifte te doen van onregelmatigheden ligt bij de curator. Mochten hij en de rechter-commissaris van mening verschillen over de noodzaak om melding te maken of aangifte te doen van onregelmatigheden, dan is het in het kader van de fraudebestrijding van belang dat de beslissing om wél melding te maken of aangifte te doen prevaleert. Dat verklaart de bevoegdheid van de

¹² Kamerstukken II 2015/16, 34 238, nr. 3, p. 12. Het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I is op 21 juni 2016 door de Tweede Kamer met algemene stemmen aanvaard.

¹³ Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 5.

rechter-commissaris om de curator te gelasten een aangifte of melding te doen (art. 68 lid 2 onderdeel c Fw nieuw). Het zou disproportioneel zijn om een goed functionerende curator, die het faillissement op zich correct afwikkelt, te ontslaan louter omdat er een verschil van inzicht bestaat tussen hem en de rechter-commissaris over het doen van een melding of aangifte. Dat ligt anders als de curator vervolgens apert weigert om een bevel van de rechter-commissaris tot het doen van een melding of aangifte op te volgen. Dan kan de laatste de rechtbank – als ultimum remedium – wél verzoeken om de curator te ontslaan (art. 73 Fw). De leden van de fractie van het CDA wijzen er op dat het tot een inbreuk op het vertrouwen van de curator kan leiden als een melding of aangifte, gedaan op bevel van de rechter-commissaris, vervolgens niet wordt opgevolgd door een actie van de politie of het OM. Dat zou naar hun mening afbreuk kunnen doen aan de toekomstige bereidheid van de curator om zelf aangifte te doen. Zij vragen om een reactie op dit punt. Het is in het maatschappelijk belang dat er een melding of aangifte wordt gedaan bij vermoedens van faillissementsfraude. Of dit daadwerkelijk leidt tot strafrechtelijke opvolging staat ter beoordeling van de opsporing. De regering heeft vertrouwen in de daartoe gehanteerde instructie voor de aangiften faillissementsfraude. Daarmee is een meer uniforme en landelijke regeling getroffen voor meldingen en aangiften van faillissementsfraude alsmede een eerste toedeling daarvan ter verdere beoordeling van opsporing en vervolging. Tevens zijn in het kader van de veiligheidsagenda 2015–2018 afspraken gemaakt over de afdoening van het aantal fraudezaken. Het aantal strafzaken inzake horizontale fraude, inclusief faillissementsfraude, dat door de regionale eenheden wordt opgepakt, zal met 50% kunnen stijgen, naar 2.300 zaken in 2018. Deze leden vragen voorts of het denkbaar is dat de rechter-commissaris zelf de bevoegdheid krijgt om van eventuele onregelmatigheden aangifte te doen bij de betreffende autoriteiten. Strikt genomen bestaat de mogelijkheid daartoe al (artikel 161 Wetboek van Strafvordering). Een actieve rol van de rechter-commissaris bij het via een aangifte in gang zetten van de opsporing en vervolging van faillissementsfraude zal normaal gesproken echter op gespannen voet staan met diens onafhankelijkheid en toezichhoudende taak in faillissement. Om die reden staat de aangifte door de curator in dit wetsvoorstel centraal.

De leden van de fractie van de PVV vragen of curatoren onregelmatigheden nu te weinig melden. Ook vragen zij of de nieuwe informatieplicht van de curator jegens de rechter-commissaris naar verwachting gaat leiden tot meer aangiften.

De in artikel 68 lid 2 onderdeel b Fw voorgestelde informatieplicht van de curator tegenover de rechter-commissaris geldt in iedere stand van het faillissement. Melding of aangifte op last van de rechter-commissaris zal naar verwachting beperkt voorkomen. Curatoren doen nu al meldingen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude van de FIOD. Het aantal ontvangen meldingen in 2015 bedroeg 449. Dit is ten opzichte van 2014 opnieuw een stijging. In 2014 zijn er 431 meldingen ontvangen en in 2013 waren dit er 385.

Voorts vragen de leden van de fractie van de PVV of de Nationale Politie deze extra zaken wel kan oppakken nu zij de extra zaken van het meldpunt internetplichting ook niet allemaal kan oppakken.

Binnen het inrichtingsplan van de Nationale Politie is structureel formatie vrijgemaakt voor het werkveld financieel-economische criminaliteit, waaronder deels ook fraude valt. Onderdeel van het inrichtingsplan is dat binnen iedere eenheid van de Nationale Politie formatie is vrijgemaakt voor de vorming van specialistische teams voor complexere fraude- en witwasonderzoeken. Naast deze teams is er voor de aanpak van financieel-economische criminaliteit door andere onderdelen van de politie, waaronder de districtsrecherche, in specialistische ondersteuning

voorzien. Eenvoudige fraudes worden dikwijls binnen de basisteam afgehandeld, al dan niet met gebruikmaking van deze specialistische ondersteuning. Met de Nationale Politie zijn bovendien prestatieafspraken gemaakt die gebaseerd zijn op het aantal aan te leveren verdachten. De aanwezigheid van voldoende opsporingscapaciteit voor de aanpak van financieel-economische criminaliteit wordt derhalve onderkend en benoemd in het inrichtingsplan van de Nationale Politie. De opsporing en vervolging van faillissementsfraude door de politie worden voorts ondersteund door de stapsgewijze beschrijving in de Leidraad eenvoudige faillissementsfraude die de politie hanteert.

De leden van de fractie van D66 vragen hoe, gelet op de beoogde sterkere positie van de curator, in het faillissementsrecht in afdoende bescherming van de gefailleerde wordt voorzien. Kan de rechter-commissaris, aldus deze leden, worden beschouwd als degene aan wie de curator ten volle verantwoording aflegt over zijn handelen en welke mogelijkheden heeft de gefailleerde daarbij om zich vanuit zijn belang te laten horen?

Er is op verschillende wijzen voorzien in bescherming van de positie van de gefailleerde, zowel waar het gaat om het optreden van de curator als ten aanzien van de handelwijze van de rechter-commissaris. Zo kan de gefailleerde ter verificatie ingediende vorderingen van faillissementscrediteuren of de beweerde voorrang daarvan bij de rechter-commissaris betwisten (art. 126 Fw) en kan hij in beroep komen tegen de beslissing van de rechter-commissaris om schuldvorderingen die niet op de voet van art. 110 Fw door de schuldeisers ter verificatie zijn ingediend, toch tot de verificatie toe te laten (Hoge Raad 28 november 2014, NJ 2015/123). In meer algemene zin staat tegen beschikkingen van de rechter-commissaris gegeven in het kader van de afwikkeling van een faillissement hoger beroep op de rechtbank open (art. 67 Fw). Verder heeft de curator, specifieke uitzonderingen daargelaten, voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris nodig om in rechte te kunnen optreden, bijvoorbeeld als hij overweegt om een actie wegens bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 of 2:248 BW in te dienen (art. 68 lid 2 Fw). Als de curator daartoe een verzoek indient, moet hij daarbij het schriftelijke standpunt van iedere aangesproken bestuurder overleggen (punt 3.2.d. van de Recofa-richtlijnen).¹⁴ In meer algemene zin kan de failliet bij de rechter-commissaris tegen elke handeling van de curator opkomen of een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling verricht of nalaat (art. 69 Fw). Ook kan hij om ontslag van de curator verzoeken (art. 73 Fw). Wordt tegen de gefailleerde inderdaad een vervolging wegens faillissementsfraude ingesteld, een vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid ingediend of een actie tot instelling van een civielrechtelijk bestuursverbod op grond van art. 106a Fw, dan is de gefailleerde voor zijn rechtsbescherming aangewezen op de gewone rechter, met uiteraard de mogelijkheden van hoger beroep en cassatie.

Deze leden vragen verder hoe ervoor wordt gezorgd dat het doen van aangifte door de curator niet wordt gebruikt om druk uit te oefenen op de gefailleerde en hoe is geborgd dat de rechter-commissaris ook de tijd heeft om zijn controlerende taak jegens de curator op goede wijze invulling te geven. Ook vragen zij hoe ervoor wordt gezorgd dat de rechter-commissaris altijd een actieve invulling geeft aan zijn toezichthoudende taak.

Bescherming tegen mogelijk misbruik van de aangiftemogelijkheden door de curator wordt zowel geborgd door de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris alsook door het feit dat het doen van een valse aangifte strafbaar is (art. 188 Sr) en kan leiden tot aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad op de voet van art. 6:162 BW. Verder ligt het

¹⁴ <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Recofa-richtlijnen-voor-faillissementen-en-surseances-van-betaling.pdf>.

in de rede dat een curator die ten nadele van de gefailleerde gebruik maakt van zijn bevoegdheden voor ontslag als bedoeld in art. 73 Fw in aanmerking komt. Ook verwijdering van zijn naam op de lijst van curatoren kan dan aan de orde zijn. De beoogde versterking van de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris wordt door een aantal factoren vergemakkelijkt. Te denken valt met name aan de ontwikkeling van modelformulieren voor de gestandaardiseerde melding van onregelmatigheden aan de rechter-commissaris (Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 7), de verdere uitrol van fraudesprekuren, voorgenomen meer algemene maatregelen ter bevordering van de expertise binnen de rechterlijke macht¹⁵ alsmede een concretere verantwoording van de curator in zijn faillissementsverslag (art. 73a lid 3 Fw nieuw). Ten slotte zij opgemerkt dat de Recofa-richtlijnen een gedetailleerde concretisering bevatten van de wijze waarop de rechter-commissaris in faillissementszaken invulling geeft aan zijn taken. Ik heb geen enkele reden om te twifelen aan hun professionele inzet.

4.2. Samenwerking tussen curator, rechter-commissaris en Openbaar Ministerie

De leden van de fractie van de SP vragen naar de samenwerking tussen het OM en curatoren. Zal, zo vragen zij, dit wetsvoorstel deze samenwerking verbeteren, versterken of hieraan niets veranderen? Ook vragen zij om een reactie op signalen uit de samenleving dat deze samenwerking niet optimaal zou zijn.¹⁶

Dit wetsvoorstel beoogt de in de praktijk gegroeide en vaak succesvol gebleken samenwerking tussen het OM en curatoren te versterken. De fraudesprekuren worden in steeds meer arrondissementen gehouden en staan onder voorzitterschap van een rechter-commissaris faillissementen. Aan dit fraudesprekuren nemen ook curatoren, een fraudeofficier van justitie evenals medewerkers van de recherche, de FIOD en de Belastingdienst deel. Curatoren worden daarmee in de gelegenheid gesteld om, als er een fraudevermoeden bestaat, te beoordelen welke aanpak het meest effectief kan zijn. Het bespreken van mogelijke fraudesignalen en het beoordelen welke civielrechtelijke, bestuursrechtelijke en/of strafrechtelijke interventies mogelijk zijn, brengt tevens de betrokken partijen in de positie om te kunnen acteren. Inmiddels bestaan ook fraudesprekuren bij de rechtbanken Rotterdam, Amsterdam, Midden-Nederland, Oost-Nederland en Noord-Nederland. Het signaal uit de samenleving dat de aanpak van fraude versterking en intensivering behoeft, herkent de regering. Daarom is in juni 2013 besloten tot de oprichting van een ministeriële commissie fraude. Zoals nader toegelicht in mijn brief aan uw Kamer van 21 november 2014, stelt deze stevige coördinatiestructuur, onder voorzitterschap van de Minister-President, het kabinet in staat om scherp te sturen op de samenhang en voortgang van het pakket van maatregelen uit het rijksbrede actieplan. Ook de aanpak van faillissementsfraude maakt daarvan onderdeel uit. Deze structuur voorziet nog steeds in de behoefte van de regering om samen te werken aan verbetering van het instrumentarium en de randvoorwaarden, die partijen in staat stellen om sneller en krachtiger samen te werken en op te treden. Daarom wordt deze coördinatiestructuur ook in 2016 voortgezet.¹⁷

¹⁵ <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringfw>.

¹⁶ <http://nos.nl/artikel/2063498-steun-voor-oprichting-fraude-autoriteit-groeit.html>.

¹⁷ Kamerstukken II 2015/16, 17 050, nr. 525.

5. Extra inspanningen van de curator

De leden van de fractie van de SP vragen of zij het goed zien dat de curator meer mogelijkheden krijgt om aan informatie te komen en daarmee ook meer informatie te verwerken en te inventariseren krijgt. Hoe wordt, aldus deze leden, hiermee in de financiering rekening gehouden? Is het, zo vragen zij, geen mosterd na de maaltijd dat pas na de inwerkingtreding wordt gekeken of er meer geld nodig is en waarom is, anders dan bij rechter-commissarissen, geen inschatting gemaakt van de meerkosten voor curatoren?

Vooropgesteld zij dat de versterking van de informatiepositie van de curator naar verwachting zal bijdragen aan een vereenvoudiging van diens taak om de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te beheren en vereffenen. Dit brengt zowel voordelen voor crediteuren als efficiencyvoordelen voor de curator mee. De curator heeft bovendien in de praktijk nu vaak al een fraudesignalerende rol. Het wetsvoorstel institutionaliseert de fraudesignalerende taak van de curator en versterkt deze door te voorzien in een vervolprocedure. Ook zal de curator zich voortaan in het faillissementsverslag moeten verantwoorden over de wijze waarop hij zich van zijn fraudesignalerende taak heeft gekweten. Inspanningen van een curator komen primair ten laste van de boedel; het daarmee gemoeide bedrag is afhankelijk van de aard en omvang van de werkzaamheden van de curator. Daarvoor zijn geen standaardindicaties te geven. Voor die gevallen waarin de boedel ontoereikend blijkt, maar door de curator aangetoond wordt dat er wel concreet zicht is op voldoende verhaalsmogelijkheden, bestaat de Garantstellingsregeling curatoren. Deze regeling zal worden aangepast aan het Rijkskader voor garantstellingen. Mochten er naar aanleiding van dit wetsvoorstel knelpunten voor curatoren ontstaan, dan ben ik bereid hierover met Insolad in overleg te treden en de uitkomsten daarvan zo nodig bij deze herijking te betrekken. De leden van de fractie van de SP zien graag kort aangegeven welke nieuwe of uitgebreidere taken de curator met dit wetsvoorstel gaat krijgen.

In essentie voorziet het wetsvoorstel in de volgende maatregelen: a) de curator wordt wettelijk verplicht om in faillissementen te bezien of sprake is van eventuele onregelmatigheden (art. 68 Fw nieuw), b) in voorkomend geval informeert hij vertrouwelijk de rechter-commissaris en doet, als hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van de onregelmatigheden bij de bevoegde instanties (art. 68 Fw nieuw), en c) in het faillissementsverslag vermeldt de curator hoe hij zich van zijn fraudesignalerende rol heeft gekweten (art. 73a Fw nieuw). Om dit te vergemakkelijken, voorziet het wetsvoorstel in een uitbreiding van verschillende informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator. Zo moet de failliet de curator informeren over het bestaan van eventuele buitenlandse activa, zoals vastgoed en banktegoeden, en alle medewerking verlenen om de curator daarover de beschikking te geven (art. 105 Fw nieuw). Verder draagt de gefailleerde de administratie terstond over aan de curator met daarbij de noodzakelijke middelen, zoals encryptiesleutels, om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te kunnen maken (art. 105a Fw nieuw). Ook moet de schuldenaar de curator eigener beweging inlichten over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of hoort te weten dat deze voor de curator van belang zijn (art. 105 Fw nieuw). Verder zijn derden, die de administratie van de failliet in de uitoefening van hun beroep of bedrijf geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, verplicht om de administratie desgevraagd aan de curator ter beschikking te stellen (art. 105b Fw nieuw).

De leden van de fractie van het CDA vinden dat de beoogde versterking van de fraudesignalerende rol van de curator tot administratieve lasten leidt, gelet op de benodigde verantwoording in het faillissementsverslag

en de rapportage naar de rechter-commissaris. Zij vragen om een nadere specificatie van het aantal extra uren dat deze handelingen vergen. Bij de voorbereidingen van dit wetsvoorstel is getracht inzichtelijk te krijgen in welke mate het wetsvoorstel mogelijk zou kunnen leiden tot een extra belasting bij curatoren. Uit het overleg met Insolad hierover is vooralsnog gebleken dat daarvoor geen betrouwbare standaardindicaties kunnen worden gegeven, omdat ieder faillissement anders is. Ten aanzien van de verantwoording in het faillissementsverslag zij opgemerkt dat het daaraan verbonden tijdsbeslag naar verwachting bescheiden zal zijn. In de praktijk wordt nu al vaak kort verantwoording in een faillissementsverslag afgelegd. Daartoe neemt men in het verslag de volgende punten op: de afwezigheid, onvolledigheid of onjuistheid van de bedrijfsadministratie, van een gedeponeerde jaarrekening, van een goedkeurende verklaring van de accountant, van de stortingsverplichtingen op aandelen en, ten slotte, van eventueel onbehoorlijk bestuur en onttrekkingen ten laste van de boedel.¹⁸ Het huidige model van het faillissementsverslag zou kunnen worden aangepast aan dit wetsvoorstel. Ook zou voor de melding aan de rechter-commissaris in de praktijk een modelformulier kunnen worden ontwikkeld.

Verder vragen de leden van de fractie van het CDA in hoeverre de regering enig effect van dit wetsvoorstel verwacht, nu curatoren nog steeds slechts recht hebben op een vergoeding als een zaak daadwerkelijk in onderzoek wordt genomen door de politie en het OM.

De huidige vergoedingsregeling van het Ministerie van Financiën bepaalt dat een vergoeding wordt verstrekt als een zaak na een aangifte daadwerkelijk in opsporing wordt genomen. Die regeling geldt straks ook voor meldingen een aangiften die berusten op dit wetsvoorstel. Bijgevolg is straks onder dezelfde voorwaarden als nu een vergoeding mogelijk als curatoren, al dan niet na tussenkomst van de rechter-commissaris, alsnog aangifte doen.

Welke doelstellingen stelt de regering zichzelf met dit wetsvoorstel, zo vragen de leden van de fractie van het CDA verder?

Dit wetsvoorstel beoogt een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude. Daartoe wordt de positie van de curator versterkt. Ten eerste door zijn informatiepositie te versterken via verduidelijking en aanscherping van de inlichtingen- en medewerkingsplichten alsmede van de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissement. Ten tweede voorziet dit wetsvoorstel in de institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator en in een versterking hiervan door te voorzien in vervolgstappen voor het geval hij in het faillissement onregelmatigheden signaleert. De versterking van de informatiepositie en van de fraudesignalerende rol van de curator zijn ook bedoeld om bij te dragen aan het vergroten van het boedelactief. Daarmee draagt het wetsvoorstel bij aan de beperking van de maatschappelijke schade van faillissementen.

De leden van de fractie van het CDA vragen voorts hoeveel extra meldingen en aangiften per jaar worden verwacht, en tot hoeveel extra onderzoeken naar faillissementsfraude dat zou moeten leiden.

De aanpak en opsporing van fraude zijn gebaat bij meldingen en aangiften. Aanbod van relevante informatie leidt tot een betere informatiepositie van de met opsporing belaste instanties. Daarom zijn en blijven meldingen en aangiften, al dan niet eigener beweging, van belang, evenals het door de curator opgestelde faillissementsverslag. Over de beschikbare capaciteit worden afspraken gemaakt. De aantallen onderzoeken en zaken worden vastgelegd in handhavingsafspraken tussen de FIOD en het OM. Ook is in de veiligheidsagenda 2015–2018 bepaald dat het aantal strafzaken inzake horizontale fraude, inclusief faillissements-

¹⁸ <http://www.rechtspraak.nl/Naar-de-rechter/Formulieren/Pages/default.aspx>.

fraude, dat door de regionale eenheden zal worden aangepakt, de komende jaren met 50 procent zal stijgen naar 2.300 in 2018.

De leden van de fractie van het CDA vragen, ten slotte, naar de stand van zaken in het overleg met Insolad en Recofa over de herziening van de Garantstellingsregeling curatoren. Kan de regering, zo vragen zij, aangeven hoelang zij bekend is met financieringsbehoeften die niet gedekt kunnen worden met een beroep op de bestaande garantieregelingen, en is zij met hen van mening dat het vooruitzicht van een vergoeding voor de implementatie van de maatregelen inzake een effectievere faillissementsfraudebestrijding een belangrijke prikkel voor curatoren kan zijn?

Zoals opgemerkt, zal de versterking van de informatiepositie van de curator naar verwachting bijdragen aan een vereenvoudiging van diens taak om de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te beheren en te vereffenen. Dit brengt zowel voordelen voor crediteuren als efficiencyvoordelen voor de curator met zich mee. Inspanningen van de curator komen primair ten laste van de boedel en het daarmee gemoeide bedrag is afhankelijk van de aard en omvang van de inspanningen die hij heeft verricht. Daarvoor zijn geen standaardindicaties te geven. Blijkt de boedel ontoereikend blijkt, maar zijn er gerede kansen op verhaal, dan komt de Garantstellingsregeling curatoren in beeld. De regering is bekend met wensen van curatoren om de Garantstellingsregeling uit te breiden. Het Rijkskader voor risicoregelingen noopt tot herijking van deze regeling. Ik heb tijdens het debat met Uw Kamer over het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod op 17 juni 2015 al aangegeven om, als in de praktijk de nodige ervaring is opgedaan, met Insolad in overleg te zullen treden over eventuele knelpunten en de uitkomsten daarvan te betrekken bij de herijking van de Garantstellingsregeling.

De leden van de fractie van D66 merken op dat de curator straks in het faillissementsverslag moet aangeven hoe hij zich van zijn fraudesignalerende rol heeft gekweten, en vragen hoe een onterechte beschuldiging via die weg kan worden voorkomen. Deze leden benadrukken dat een melding van de curator aan de rechter-commissaris vertrouwelijk is, en vragen of die terughoudendheid dan niet ook gepast is bij de berichtgeving in het openbare faillissementsverslag. Is het, zo vragen zij, voor de rechtsbescherming van gefailleerde niet beter om dit dwingender te regelen zodat in dit stadium van vermoedens kan worden volstaan met een rechtstreekse melding bij de rechter-commissaris?

De aan het woord zijnde leden merken terecht op dat onheuse beschuldigingen van de curator jegens de failliet in het faillissementsverslag moeten worden voorkomen. Dat is niet in het belang van de boedel, en zeker niet in het belang van betrokkene. Bij de verantwoording van zijn activiteiten jegens de schuldeisers kan de curator volstaan met de algemene aanduiding dat hij invulling geeft aan zijn fraudesignalerende taak, en wat daartoe op hoofdlijnen wordt ondernomen (bijv. controle administratie). Dat sluit aan bij het vaste uitgangspunt dat het faillissementsverslag ertoe strekt een globaal inzicht te geven in de afwikkeling van het faillissement (Hoge Raad 21 januari 2005, NJ 2005/249, Jomed I). In het eindverslag kan de curator dan, als hij dat aangewezen acht, meer concreet vermelden hoe hij heeft gezien of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel hebben bemoeilijkt of het tekort in het faillissement hebben vergroot, en of hij melding of aangifte van onregelmatigheden heeft gedaan bij de bevoegde instanties. Omdat ieder faillissement anders is, is het uiteindelijk aan de rechter-commissaris om te toetsen of de curator zich in het faillissementsverslag voldoende heeft verantwoord ten aanzien van de uitoefening van zijn fraudesignalerende taak. Zou hierover in het (periodieke) faillissementsverslag niets worden opgenomen, dan zou dit afbreuk doen aan de transparantie en verantwoording van de

curator jegens crediteuren, en hen beroven van de mogelijkheid om tegen een (niet-)handelen van de curator bij de rechtbank op te komen (art. 69 Fw). Gelet op de professionele verantwoordelijkheid en uiteindelijke onderworpenheid aan het tuchtrecht heb ik er alle vertrouwen in dat de curator in deze uiterste zorgvuldigheid en prudentie zal betrachten. Doet hij dat niet, dan riskeert hij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad jegens de gefailleerde en, als daardoor tevens de boedel wordt benadeeld, jegens crediteuren.

De leden van de fractie van D66 vragen voorts hoe de regering aankijkt tegen de praktijk om faillissementsverslagen ook online te publiceren. Zou openbaarheid er, zo vragen zij, ook uit kunnen bestaan dat een verslag slechts ter inzage wordt gelegd?

Op zich kan de curator volstaan met kosteloze nederlegging «ter griffie van de rechtbank, ter kosteloze inzage van een ieder» (art. 73a, eerste lid, Fw). Het verslag strekt er primair toe om schuldeisers in staat te stellen zich te informeren over het verloop van een faillissement. Omdat het steeds vaker voorkomt dat schuldeisers ver van de locatie van de bevoegde rechtbank wonen, of zelfs in het buitenland, heeft de gegroeide praktijk om faillissementsverslagen ook online te publiceren, bijvoorbeeld in het faillissementsregister¹⁹, een eigen meerwaarde. Transparantie in de wijze waarop een faillissement wordt afgewikkeld wordt hierdoor bevorderd. Van problemen hiermee, bijvoorbeeld inzake privacy, is de regering niet gebleken.

6. Consultatie

De leden van de VVD-fractie merken op dat VNO-NCW en de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants hebben aangegeven dat derden die aan dataopslag doen, kunnen worden geconfronteerd met hoge kosten om aan de medewerkingsverplichting te voldoen. Geopperd is, en deze leden steunen dit, dat het goed zou zijn als een redelijkheids-toets wordt opgenomen, inhoudende dat de curator eerst alle andere mogelijkheden moet hebben uitgeput om aan de betreffende informatie te komen, voordat deze van derden kan worden gevraagd. Ook zou een vergoeding moeten kunnen worden gevraagd voor het voldoen aan informatieverzoeken van de curator, en zou het mogelijk moeten zijn om onredelijke verzoeken te weigeren. De leden van de fractie van de VVD verzoeken om een reactie hierop.

Voor het beheer en de vereffening van de failliete boedel is het van groot belang dat de curator de beschikking krijgt over de administratie van de failliet. In eerste instantie zal hij hiervoor uiteraard een beroep doen op de failliet zelf (art. 105a, tweede lid, Fw nieuw). Voor het geval dat beroep tevergeefs is, voorziet het wetsvoorstel in een generieke medewerkingsplicht voor derden «die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, op welke wijze dan ook, de administratie van de gefailleerde geheel of gedeeltelijk onder zich hebben» (voorgesteld art. 105b, eerste lid, Fw). Daarmee wordt voorkomen dat de failliet zich ten koste van crediteuren aan zijn plicht tot overhandiging van de bedrijfsadministratie kan onttrekken met het argument dat die bij een derde is ondergebracht. Zou men dit toestaan, dan kan iemand met kwade bedoelingen de administratie wel heel eenvoudig buiten bereik van de curator brengen. Dat gaat ten koste van zowel een soepele afwikkeling van het faillissement als, meer in het algemeen, van een adequate faillissementsfraudebestrijding. Met het voorgestelde art. 105b Fw verdraagt zich niet een algemene mogelijkheid voor derden om een informatieverzoek naast zich neer te leggen met als argument dat men dit onredelijk acht. Overigens zijn derden nu al verplicht tot verstrekking van de gevraagde informatie in al die gevallen waarin de gefailleerde zelf – en met hem de curator –

¹⁹ <http://insolventies.rechtspraak.nl/>.

aanspraak kan maken op de administratie krachtens een met die derde gesloten overeenkomst. Dit vloeit direct voort uit het feit dat de curator met het beheer van de boedel is belast en daarom aanspraken van de failliet kan uitoefenen. Het feit dat de curator onder toezicht staat van de rechter-commissaris biedt voldoende waarborg tegen te enthousiaste informatievergaring door de curator (art. 64 Fw). Voor zover de curator informatie bij derden inwint, kan daarvoor op zich een vergoeding worden gevraagd. Het staat derden die voor een ander boekhoudkundige en aanverwante diensten op commerciële basis verrichten overigens vrij om in hun businessmodel en tariefstelling het risico van lege boedels te verdisconteren.

Voorts vragen de leden van de fractie van de VVD een nadere uitleg van het begrip «administratie», zoals gebruikt in het voorgestelde artikel 105b Fw.

Het begrip «administratie» kan niet uitputtend worden gedefinieerd, omdat de aard en omvang ervan nauw zijn verweven met de structuur en wijze van bedrijfsvoering van het gefailleerde bedrijf. Ter illustratie kan echter worden gewezen op de boekhouding, de financiële en fiscale administratie, een eventuele goederenadministratie, zakelijke correspondentie, accountantsverklaringen en jaarstukken, betaalde en gefactureerde nota's alsmede in- en uitgaande zakelijke emailcorrespondentie, ook als die zich op een aan een derde toebehorende server bevindt (Hof Den Haag 11 maart 2014, JOR 2014/218). In meer algemene zin geldt dat de gefailleerde de curator terstond de hard- en software en eventuele wachtwoorden voor digitale accounts of encryptie-sleutels ter beschikking moet stellen, opdat de curator in staat wordt gesteld om de administratie daadwerkelijk onder zich te nemen en er toegang toe te verkrijgen (art. 105a, tweede lid, Fw nieuw).

De leden van de fractie van de PvdA vragen, onder verwijzing naar met name het civielrechtelijk bestuursverbod, of een betere afstemming met dit wetsvoorstel denkbaar is. Voorts vragen zij of de regering onregelmatigheden ziet die dermate ernstig zijn en het algemeen belang raken dat ook die onregelmatigheden een grond zouden kunnen vormen voor het Openbaar Ministerie om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Er bestaat inderdaad een samenhang tussen dit wetsvoorstel en de op 1 juli jl. in werking getreden Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Dit wetsvoorstel scherpt de informatie- en medewerkingsverplichtingen van de gefailleerde aan, terwijl de curator of het Openbaar Ministerie een civielrechtelijk bestuursverbod kan vragen als betrokkene in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn (straks aangescherpte) informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator (art. 106a, eerste lid, onderdeel c, Fw). In die zin is voorzien in aansluiting tussen beide. Ook overigens worden in de Wet civielrechtelijk bestuursverbod gronden voor de oplegging genoemd, die nauw verband houden met het algemeen belang en de bestrijding van faillissementsfraude in het bijzonder: de aansprakelijkheid van bestuurders, doelbewuste benadeling van schuldeisers, repeterende faillissementen en de oplegging van een fiscale verzuimboete. Bij de Uw Kamer toegezegde evaluatie van deze wet na vijf jaar zal uiteraard de vraag worden betrokken of er wellicht nog andere dwingende redenen van algemeen belang zijn die de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod zouden kunnen rechtvaardigen.

De leden van de fractie van het CDA vragen om een reactie op de opmerking van de Beroepsorganisatie Bedrijfsjuridisch Adviseurs in de consultatie dat advocaten/curatoren soms een dubbele rol vervullen en dat in het maatschappelijk verkeer soms onbegrijpelijk is dat het advies van een advocaat door een collega-advocaat wordt beoordeeld. Hoe wordt, zo vragen zij, gewaakt voor ongewenste belangenverstrengeling?

In algemene zin houdt de rechter-commissaris toezicht op het functioneren van een curator. Schuldeisers en de gefailleerde kunnen tegen zijn (voorgenomen) handelen of nalaten opkomen bij de rechter-commissaris (art. 69, eerste lid, Fw). Daarnaast bestaat de mogelijkheid tot tuchtrechtelijk ingrijpen. Als een advocaat zich als curator zou misdragen en daardoor het vertrouwen in de advocatuur zou schaden, kan hij tuchtrechtelijk worden aangesproken (zie bijv. Raad van Discipline Amsterdam, 15 mei 2012, nr. 11–279A). De advocatuur zelf heeft via Insolad praktijkregels voor curatoren opgesteld.²⁰ In punt 4.3 wordt bepaald dat het uitgangspunt bij de beslissing van de curator om zich in een procedure al dan niet te laten bijstaan door een niet aan zijn kantoor verbonden advocaat, is dat de boedel steeds op de best mogelijke wijze moet worden bijgestaan. Daarbij wordt in de toelichting opgemerkt: «In het algemeen zal de curator zelf of één van zijn kantoorgenoten als advocaat optreden in de zaken van de boedel. Daartegen is geen bezwaar zolang de boedel maar behoorlijk wordt bijgestaan. Er kunnen gevallen zijn waarin het wenselijk is dat de curator zich van externe advocatuurlijke hulp voorziet. Dat zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als de specifieke kennis die voor een bepaalde procedure vereist is, niet aanwezig is binnen het kantoor van de curator. Dat zal ook het geval kunnen zijn als er sprake is van een tegenstrijdig belang of een gepercipieerd tegenstrijdig belang. Zo'n gepercipieerd tegenstrijdig belang kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als er een omvangrijke procedure met veel advocatuurlijk werk moet worden gevoerd. Als een curator of een kantoorgenoot van de curator zelf zo'n procedure voert, kan gemakkelijk de indruk ontstaan dat het belang van de boedel ondergeschikt is gemaakt aan het belang van de curator of het kantoor van de curator om omzet te genereren. Zoveel mogelijk dient voorkomen te worden dat de eigen winkelnering de onafhankelijkheid van de beslissing of wel of niet wordt geprocedeerd en hoe de procedure wordt gevoerd onder druk zet.»

De leden van de fractie van het CDA vragen of de regering bekend is met (signalen over) klachten over het gedrag van curatoren en hun mening deelt dat deze serieus moeten worden genomen. Hoe wordt, zo vragen zij, hierop in de praktijk door curatoren zelf toegezien, bestaat er zoiets als een (ethische) gedragscode of richtlijn en zou nader onderzoek nuttig kunnen zijn?

Het is bekend dat er nu en dan kritiek is op het functioneren van een curator. Dergelijke signalen moeten zeker serieus genomen worden. Ten aanzien van de mogelijkheden om dit aan de orde te stellen en de door Insolad ter zake van (mogelijke) belangenverstremming ontwikkelde uitgangspunten zij verwezen naar het antwoord op de vorige vraag. Omdat er de nodige mechanismen bestaan om de handelwijze van een curator aan de orde te stellen, zie ik geen aanleiding voor nader onderzoek.

De aan het woord zijnde leden vragen verder waar gefailleerden en schuldeisers met hun klachten over een curator terecht kunnen, en of het juist is dat zij hiervoor slechts de rechter-commissaris als aanspreekpunt hebben.

Er zijn verschillende manieren om de handelwijze van een curator aan de orde te stellen. Allereerst zij gewezen op de mogelijkheid voor schuldeisers en de gefailleerde om tegen elke (voorgenomen) handeling of elk nalaten van de curator op te komen bij de rechter-commissaris (art. 69 Fw). De rechter-commissaris toetst het beleid van de curator in volle omvang (Hoge Raad 10 mei 1985, NJ 1985/793). Tegen de beslissing van de rechter-commissaris staat, uitzonderingen daargelaten, hoger beroep open (art. 67 Fw). Verder heeft de rechtbank altijd de bevoegdheid om een curator op voordracht van de rechter-commissaris, een of meer schuldeisers, de schuldeiserscommissie of de gefailleerde te ontslaan en door

²⁰ <https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels/>.

een ander te vervangen (art. 73 Fw). Ook is het denkbaar dat door een of meer schuldeisers of de gefailleerde een actie uit onrechtmatige daad tegen een curator wordt gestart (art. 6:162 BW). Ten slotte bestaat de al genoemde mogelijkheid van tuchtrechtelijk ingrijpen. Het is dus zeker niet zo dat men slechts bij de rechter-commissaris terecht kan met klachten over een curator.

De leden van de fractie van het CDA vragen voorts of de rechter-commissaris alle klachtbrieven van een failliete ondernemer en/of schuldeisers doorstuurt aan de curator, die dan antwoord geeft aan de rechter-commissaris, waarna deze de reactie van de curator weer doorgeleid aan de klager? Zij vragen of de regering vindt dat, als dit de praktijk is, van een onafhankelijke beoordeling van klachten geen sprake kan zijn, omdat de curator dan zijn eigen klachten afhandelt en de rechter-commissaris slechts als doorgeefluik fungeert.

De rechter-commissaris zal een klacht van een schuldeiser, van de schuldeiserscommissie of van een gefailleerde inderdaad ter kennis brengen van de curator, opdat voor deze duidelijk is tegen welke handeling en op welke gronden wordt opgekomen, en waartegen hij zich zou moeten verweren. Dit laat onverlet dat het de rechter-commissaris is en blijft die de schriftelijke beslissing neemt ten aanzien van de klacht, na de curator te hebben gehoord (art. 69 lid 2 Fw). De rechter-commissaris toetst het beleid van de curator in volle omvang (HR 10 mei 1985, NJ 198/793) en moet zijn beschikking gemotiveerd alsmede binnen drie dagen nemen. Hiertegen staat gedurende vijf dagen hoger beroep open bij de rechtbank (artikel 67 Fw). Het kan daarmee in het stelsel van de wet niet de curator zijn die een beslissing neemt op een klacht die tegen hem is gericht.

De aan het woord zijnde leden vragen of de regering voornemens is om met dit wetsvoorstel de beklagpositie van schuldeisers en failliete ondernemers serieus te nemen, opdat kan worden bevorderd dat fout gedrag van curatoren niet zonder gevolgen blijft. Deze leden vragen verder of hun mening wordt gedeeld dat dit binnen de doelstellingen van dit wetsvoorstel zou passen.

Hiervoor is uitvoerig geschetst dat zowel de rechter-commissaris als de rechtbank toezicht op de curator uitoefent, en dat deze daarnaast ook nog civielrechtelijk en tuchtrechtelijk kan worden aangesproken. Deze mogelijkheden staan zowel de gefailleerde als elk van de schuldeisers ter beschikking. Van een rechtsbeschermingslacune is de regering niet gebleken. Zij ziet daarom geen aanleiding het wetsvoorstel in de geopperde zin bij te stellen.

De leden van de fractie van het CDA vragen naar aanleiding van reacties uit de consultatie of derden, gelet op de kosten die kunnen zijn verbonden aan het voldoen aan de medewerkingsverplichtingen jegens de curator, straks de mogelijkheid hebben om een schadeclaim in te dienen en of het wenselijk is, gelet op het streven om faillissementsfraude effectiever te bestrijden, om dit niet wettelijk uit te sluiten.

Hiervoor is, in reactie op vragen van de leden van de fractie van de VVD, opgemerkt dat derden, die voor iemand boekhoudkundige en aanverwante diensten op commerciële basis verrichten, een vergoeding kunnen vragen als de curator op de voet van het voorgestelde art. 105b Fw informatie bij hen inwint en om overlegging van de administratie vraagt. Het staat deze derden, zoals externe administratiekantoren, vrij om in hun bedrijfsmodel en tariefstelling het risico van lege boedels te verdisconteren. In de hier bedoelde gevallen wendt de curator zich uit hoofde van eigen wettelijke bevoegdheden tot de in art. 105b Fw bedoelde derden. Uit de aard der zaak kan daarin geen onrechtmatige daad zijn gelegen die een schadeclaim rechtvaardigt.

De leden van de fractie van het CDA vragen voorts om een reactie op de opvatting van VNO-NCW dat het voor de hand ligt dat de administratie- en informatieplicht in eerste instantie geldt voor overheidsinstanties, zoals de

Belastingdienst, waar veel informatie aanwezig is. Hoe wordt daarmee, zo vragen zij, rekening gehouden in dit wetsvoorstel?

De ratio van de in art. 105b Fw voorgestelde medewerkingsverplichting voor derden ligt in het feit dat de gefailleerde zich niet aan zijn verplichting om de administratie aan de curator te geven moet kunnen onttrekken door de bedrijfsadministratie bij hen onder te brengen. Zou dat wel het geval zijn, dan zou dit een ernstig obstakel voor een effectieve faillissementsfraudebestrijding vormen. Om die reden ziet art. 105b lid Fw op derden die de administratie voor iemand «in de uitoefening van hun beroep of bedrijf» verzorgen. Daarvan is bij overheidsinstanties geen sprake. Zij verzorgen de (bedrijfs)administratie van ondernemers niet, noch beschikken zij daar over. Daarom vallen zij buiten het bereik van art. 105b Fw.

De leden van de fractie van het CDA vragen hoe het strafrechtelijk bestuursverbod geëffectueerd wordt, hoe vaak dit jaarlijks wordt opgelegd, bij wie de registratie en tenuitvoerlegging ligt en of afstemming plaatsvindt met de mogelijkheden om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen.

Exacte cijfers over de jaarlijkse vordering en oplegging van een strafrechtelijke maatregel tot ontzetting uit het beroep van bestuurder worden niet bijgehouden. In 2015 is in ieder geval een keer een dergelijke maatregel opgelegd. Het Openbaar Ministerie kan iemand strafrechtelijk vervolgen als hij in strijd met de opgelegde maatregel handelt. De rechter kan besluiten tot openbaarmaking van het vonnis en de personalia van de veroordeelde. De Kamer van Koophandel zal de inschrijving van de betrokken bestuurder doorhalen als sprake is van een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod. De regelgeving wordt daarvoor nog aangepast. Daarbij zal ook worden voorzien in de mogelijkheid van opname in een openbaar register bij de Kamer van Koophandel voor de duur waarvoor de maatregel is opgelegd. Het is aan het Openbaar Ministerie om zo nodig af te stemmen met de mogelijkheden om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. Over de mate waarin dat geschiedt kan nog geen uitspraak worden gedaan, omdat het pas sinds 1 juli 2016 mogelijk is om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen.

Onder verwijzing naar de CBS-cijfers inzake mogelijke fraude bij faillissementen en de reacties in de consultatie vragen de leden van de fractie van D66 waarom vervolging vaak achterwege blijft en wat het wetsvoorstel hieraan gaat veranderen.

Over het aantal strafzaken zijn in de veiligheidsagenda 2015–2018 nadere afspraken gemaakt. Het strafrecht wordt ingezet voor zaken met een grote maatschappelijke impact. Hierbij zij opgemerkt dat de aanpak van faillissementsfraude niet beperkt is tot strafvervolging, maar ook civielrechtelijke of bestuursrechtelijke interventies kan meebrengen. Met name de curator zal in de gevallen waarin sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid dan wel paulianeus en/of onrechtmatig handelen door middel van civiele procedures vermogen kunnen terughalen voor de boedel. Dit wetsvoorstel beoogt een versterking van de informatiepositie van de curator alsmede een wettelijke institutionalisering van zijn fraudesignalerende rol, mede met de bedoeling om bij te dragen aan het vergroten van het boedelactief en zo de maatschappelijke schade van faillissementen te beperken.

De leden van de fractie van D66 vragen om nadere toelichting bij het nemo tenetur-beginsel. Zij vragen hoe de regering het gegeven beschouwt dat iemand gedwongen kan worden inlichtingen te verstrekken die er toe kunnen leiden dat aangifte wordt gedaan en het tot een strafvervolging komt. In hoeverre kan, aldus deze leden, hetgeen voorafgaand aan een eventuele aangifte door een gefailleerde gedwongen aan inlichtingen is verschaft vervolgens ook als bewijs dienen bij zijn vervolging? Hoe verhoudt zich dat, zo vragen zij verder, tot het

beginsel dat iemand niet aan zijn eigen veroordeling hoeft mee te werken, en welke ruimte heeft de rechter om aan het nemo tenetur-beginsel te toetsen?

De inlichtingenplicht staat volledig ten dienste van de afwikkeling van het faillissement. Er is dan nog geen sprake van strafrechtelijk onderzoek, laat staan van een criminal charge tegen de betreffende persoon.²¹ Het is, zoals de leden van de fractie van D66 terecht opmerken, niet uitgesloten dat inlichtingen die aan de curator zijn verstrekt ertoe kunnen leiden dat aangifte wordt gedaan van een strafbaar feit. In zijn algemeenheid zullen de verklaringen van de failliet, voor zover zij zijn verkregen onder dreiging van een sanctie, niet mogen worden gebruikt voor een strafvervolging (Hoge Raad 24 januari 2014, NJ 2014/70). Dit geldt echter alleen voor zover het gaat om wilsafhankelijke informatie die betrekking heeft op een strafbaar feit ten aanzien waarvan iemand tot verklaren werd gedwongen. Art. 6 EVRM levert geen beperking op als de afgelegde verklaringen zelf een strafbaar feit opleveren, omdat iemand hiermee in weerwil van de inlichtingenplicht heeft gezwegen of gelogen. Met betrekking tot het afgeven van de administratie aan de curator laat art. 6 EVRM ruimte voor een later gebruik als strafrechtelijk bewijs. Het betreft hier wilsonafhankelijke gegevens, geen verklaringen van de betrokkene noch documenten waarvan het bestaan slechts door toedoen van verklaringen van de betrokkene bekend is geworden (EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699, Hoge Raad 19 september 2006, NJ 2007/39 en Hoge Raad 24 januari 2014, NJ 2014/70). In een strafrechtelijke procedure zelf geniet een verdachte uiteraard de bescherming van art. 6 EVRM. De rechter kan ten volle toetsen aan de daarin verankerde waarborgen. Kortom, het wetsvoorstel doet geen afbreuk aan art. 6 EVRM.

De aan het woord zijnde leden vragen verder op welke wijze art. 64 Fw een waarborg biedt tegen te enthousiaste informatievergaring door de curator en hoe de rechter-commissaris hier een stokje voor kan steken. De informatieverplichtingen jegens de curator strekken ertoe de afwikkeling van het faillissement te bevorderen en fraudesignalering te vergemakkelijken. In die zin hebben zij een functioneel karakter. Meent een gefailleerde of een informatieplichtige schuldeiser dat verzoeken van de curator dit bestek te buiten gaan, dan kan hij zich op de voet van art. 69 Fw tot de rechter-commissaris wenden. Die houdt toezicht op het (niet-)handelen van de curator bij het beheer en de afwikkeling van de boedel (art. 64 Fw), met inbegrip van de wijze waarop de curator zijn informatieverplichtingen uitoefent, en kan zo nodig, evenals iedere schuldeiser, de schuldeiserscommissie of de gefailleerde, de rechtbank verzoeken om een curator te ontslaan.

De leden van de fractie van D66 vragen hoe en in welke mate capaciteit wordt vrijgemaakt bij het OM, de FIOD en de politie en waar de verhoogde prioriteit bij deze instanties voor faillissementsfraudebestrijding uit blijkt. In aanvulling op hetgeen hierover in reactie op vragen van de leden van de fractie van de SP over de capaciteit van het OM en de FIOD al is geantwoord (paragraaf 2.1), zij ten aanzien van de prioriteit bij deze organisaties nog het volgende opgemerkt. Bij de FIOD is sinds 2012 het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude ondergebracht; meldingen en aangiften van curatoren geven de FIOD aanleiding om in contact met curatoren te treden. Daarnaast benadert de FIOD actief kwetsbare branches om aandacht te vragen voor faillissementsfrauderisico's en neemt de FIOD deel aan de fraudespreekuren, die in steeds meer arrondissementen opgezet zijn. Binnen het OM zijn fraudeofficieren aangesteld. Ook zij nemen deel aan deze faillissementsfraudespreekuren. Het OM is in het afgelopen jaar in een aantal complexe faillissementszaken succesvol gebleken, waarbij gevangenisstraffen tegen faillissementsfraudeurs zijn geëist en de strafrechter iemand bij wijze van

²¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 3, p. 8 e.v.

maatregel voor de maximale periode van vijf jaren uit zijn beroep heeft gezet. Voor de politie geldt dat binnen het inrichtingsplan van de Nationale Politie structureel 1156 fte is vrijgemaakt voor het werkveld financieel-economische criminaliteit, waaronder ook faillissementsfraude valt.

7. Gevolgen voor het bedrijfsleven en nalevingskosten

De leden van de fractie van de SP vragen of zij het goed zien dat dit wetsvoorstel een bijdrage moet leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude.

Dat is inderdaad het geval.

Waarom, zo vragen zij, wordt er voor curatoren eventueel pas na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel geld vrijgemaakt? Ook ontvangen zij graag een nadere onderbouwing waarom de regering meent dat er nu niet meer geld voor curatoren hoeft te worden uitgetrokken, en hoe het staat met het overleg met Insolad en Recofa hierover.

Ik verwacht dat het wetsvoorstel leidt tot baten die ten goede zullen komen aan de boedel van waaruit de curator en schuldeisers worden voldaan. Daarnaast zal dit wetsvoorstel, waar het betrekking heeft op de institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator, slechts in zeer beperkte mate extra handelingen vergen. Uit praktisch oogpunt geldt dat voor de handelingen waarbij een curator verslag doet van zijn fraudeonderzoek, modelformulieren kunnen worden ontwikkeld.

Compensatie voor zijn inspanningen verkrijgt de curator uit de boedel. De kosten van een curator zijn afhankelijk van de aard en omvang van het werk dat hij heeft verricht. Daarvoor zijn geen standaardindicaties te geven. Blijkt de boedel ontoereikend, dan kan een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren wellicht uitkomst bieden. Het overleg hierover met onder andere Insolad en Recofa is gericht op het verkrijgen van een eenduidig beeld over welke nieuwe inspanningen leiden tot welke extra kosten die, bij een lege boedel, nu niet binnen de Garantstellingsregeling voor vergoeding in aanmerking kunnen komen.

De leden van de fractie van de SP vragen, naar aanleiding van de kanttekeningen van VNO-NCW bij de voorgestelde informatie- en medewerkingsplichten, of een curator bij verzoeken om informatie ook zal nagaan of dat verzoek proportioneel is, en voor wiens rekening de kosten komen die gepaard gaan met de medewerkingsplicht.

In reactie op vragen van de fractie van D66 is hiervoor opgemerkt dat de informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator een functioneel karakter hebben, en dat betrokkenen hierover zowel bij de rechter-commissaris als de rechtbank in het geweer kunnen komen (paragraaf 6). Ten aanzien van de aan de informatie- en medewerkingsverplichting voor derden mogelijk verbonden kosten zij herhaald dat deze daarvoor op zich een vergoeding kunnen vragen. Het staat derden verder vrij om in hun bedrijfsmodel en tariefstelling het risico van lege boedels te verdisconteren. Overigens introduceert het wetsvoorstel geen informatie- en medewerkingsverplichtingen voor iedere willekeurige derde. Deze zijn bewust beperkt tot (oud) bestuurders en commissarissen (art. 106 Fw nieuw) alsmede derden die de administratie van de gefailleerde onder zich hebben «in de uitoefening van hun beroep of bedrijf», zoals externe administratiekantoren (voorgesteld art. 105b Fw).

De leden van de fracties van CDA, PVV en D66 vragen allen hoe de extra kosten voor de rechtspraak worden opgevangen, die samenhangen met de intensivering van het toezicht door de rechter-commissaris op de curator. De leden van de fractie van het CDA vragen voorts hoe gemonitord gaat worden hoeveel uur aan werkzaamheden jaarlijks extra plaatsvindt als gevolg van dit wetsvoorstel en of de regering bereid is de

Raad voor de rechtspraak financieel tegemoet te komen als blijkt dat de huidige ramingen naar boven moeten worden bijgesteld. De additionele kosten worden geraamd op 320.000 euro (Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 11). Zoals gebruikelijk worden mogelijke wijzigingen van de werklast – in dit specifieke geval: een effect op prijs – betrokken bij de prijsonderhandelingen met de rechtspraak. Dat geldt ook voor de geraamde consequenties van dit wetsvoorstel. De financiële dekking voor het totaal aan prijseffecten komt ten laste van de begroting van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Het is aan de Raad om de werkelijke effecten te monitoren. Mocht blijken dat deze anders uitpakken dan aanvankelijk was ingeschat, dan kan de Raad dit te allen tijden onder de aandacht van het ministerie brengen.

Artikelsgewijs

Artikel I

Onderdeel D

De leden van de fractie van de PVV lezen dat over financieringsmogelijkheden nog overleg plaatsvindt met de stakeholders. Wat is hiervan de stand van zaken?

Dat overleg met onder andere Insolad is nog gaande. Korthedshalve zij verwezen naar hetgeen hierover hiervoor in reactie op vragen van de leden van de fractie van de SP is opgemerkt (paragraaf 7).

Onderdeel F

De leden van de fractie van de SP lezen dat om onder andere privacyredenen kan worden besloten om in het faillissementsverslag nog geen melding te maken van eventuele onregelmatigheden. Is er een andere manier voor betrokkenen, zo vragen zij, om alsnog op de hoogte te worden gehouden van eventuele onregelmatigheden, gezien hun belang bij het faillissement?

In het openbare faillissementsverslag legt de curator verantwoording af over zijn werkzaamheden, waaronder ook de wijze waarop hij invulling geeft aan zijn fraudesignalerende taak (art. 73a lid 3 Fw nieuw). Overigens bestaan ter zake slechts vertrouwelijke informatieverplichtingen jegens de rechter-commissaris, en niet tevens ten aanzien van derden, zoals schuldeisers (voorgesteld art. 68, tweede lid, onderdeel b, Fw).

Onderdeel G

De leden van de fractie van het CDA vragen of complicaties zijn te verwachten bij de vaststelling van het binnen de gemeenschap vallende vermogen van de niet-failliet verklaarde echtgenoot of partner, gelet op de onduidelijkheid die het initiatiefvoorstel van de leden Swinkels (D66), Recourt (PvdA) en Van Oosten (VVD) inzake het huwelijksvermogensrecht in dit opzicht meebrengt en de daarin vervatte administratieplicht van echtgenoten met betrekking tot het vermogen dat niet in de gemeenschap valt.

Dit initiatiefvoorstel is op 19 april 2016 door de Tweede Kamer aanvaard en inmiddels aanhangig bij de Eerste Kamer. Bij die gelegenheid is ook de motie Van Nispen (SP) aanvaard, waarin de regering wordt verzocht «om te onderzoeken of het wenselijk is dat ook de artikelen 63 en 22 van de Faillissementswet aangepast worden.» (Kamerstukken II 2015/16, 33 987, nr. 22). Het onderzoek hiernaar is momenteel gaande. Over de uitkomsten zal Uw Kamer dit najaar worden geïnformeerd.

De leden van de fractie van de PVV merken op dat de huidige inlichtingenplicht voor echtgenoten en geregistreerde partners slechts betrekking heeft op handelingen van de betrokken echtgenoot of partner ten aanzien van de gemeenschap. Voor het bestuur van de boedel kunnen echter ook andere gegevens van belang zijn. Daarom wordt de reikwijdte van de nieuwe inlichtingenplicht uitgebreid tot alle handelingen van de betrokken echtgenoot of geregistreerd partner voor zover het faillissement de gemeenschap betreft. Deze leden vragen wat precies wordt uitgebreid. De huidige inlichtingenplicht van een echtgenoot of geregistreerde partner heeft betrekking op de gemeenschap «voor zover hij gehandeld heeft» (art. 105 lid 2 Fw). De in art. 105 lid 3 Fw nieuw voorgestelde inlichtingenplicht is ruimer en moet worden gezien in samenhang met de verruimde inlichtingenplicht van de gefailleerde zelf (art. 105 lid 1 Fw nieuw). Zo wordt de gefailleerde straks verplicht om de curator ook eigener beweging in te lichten over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn. Als er sprake is van buitenlandse vermogensbestanddelen, zoals banktegoeden of onroerend goed, moet hij de curator ook daarover inlichten (art. 105 lid 2 Fw). Deze verruimde inlichtingenplichten gaan straks ook gelden voor de echtgenoot of geregistreerde partner, voor zover het vermogensbestanddelen betreft die tot een gemeenschap behoren. Hun inlichtingenplicht geldt straks ook eigener beweging, met betrekking tot buitenlandse vermogensbestanddelen en ongeacht of iemand, zoals nu het geval is, zelf gehandeld heeft (art. 105 lid 2 Fw). De voorgestelde wijziging is geënt op artikel 4.1.6. lid 2 van het Voorontwerp Insolventiewet, zoals gepresenteerd door de Commissie Kortman.²²

Onderdeel H

De leden van de fractie van de SP vragen of de voorgestelde medewerkingsverplichtingen betekenen dat de gefailleerde of een derde altijd moet meewerken, ook al betekent dit dat men meewerkt aan de eigen veroordeling.

De voorgestelde informatie- en medewerkingsverplichtingen staan ten dienste van het adequate beheer en de zorgvuldige afwikkeling van de boedel in een faillissement. Opsporing en vervolging zijn in dat stadium nog niet aan de orde. Mocht daartoe later worden overgegaan, dan kan betrokkene zich beroepen op het nemo tenetur-beginsel. Kortheidshalve zij verwezen naar hetgeen hierover in de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 3, par. 6.2) en hierboven, in reactie op daartoe strekkende vragen van de leden van de fracties van CDA en D66, is opgemerkt (paragrafen 3 en 6).

De leden van de fractie van de SP vragen verder wat kan worden ondernomen als derden, die tot informatie jegens de curator zijn gehouden, de bedrijfsadministratie desondanks niet verstrekken. In het geval van een weigerende derde kan de curator de rechter vragen om de plicht tot het overleggen van de administratie te herbevestigen op straffe van een dwangsom (art. 25 Fw j° art. 611a e.v. Rv). Dergelijke dwangsommen vallen in de boedel (art. 20 Fw). Daarnaast wordt de plicht voor bepaalde derden tot overdracht van de administratie sinds 1 juli 2016 gesanctioneerd door de nieuwe Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (Stb. 2016, 154).

De leden van de fractie van het CDA vragen of het voorgestelde art. 105b Fw ook van toepassing is op financiële instellingen waar de gefailleerde

²² <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html>.

bankrekeningen aanhoudt en of over dit punt overleg is gevoerd met de financiële sector.

Art. 105b, eerste lid, Fw verplicht derden die, op welke wijze dan ook, de administratie van de gefailleerde geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, deze administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers 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. Het gaat daarbij om derden die de administratie onder zich hebben «in de uitoefening van hun beroep of bedrijf». Blijkens de toelichting is daarbij vooral gedacht aan externe administratiekantoren, en niet in algemene zin aan financiële instellingen. Dit zal echter per geval moeten worden gezien, aangezien er ook administratiekantoren zijn die (zeer) nauw verweven zijn met een financiële instelling. Overigens zal in het overgrote deel van de gevallen de gefailleerde zelf aan de curator een overzicht van zijn financiële en banktransacties moeten en kunnen verstrekken. Verzaking levert een strafbaar feit op (art. 344a en 344b Sr). De financiële sector is op de gebruikelijke wijze in de consultatie betrokken.

De leden van de fractie van het CDA vragen om een reactie op het pleidooi van de Nederlandse Vereniging van Banken dat derden niet meer informatie behoeven te verstrekken dan zij op grond van artikel 35 van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) mogen. Deelt de regering de mening, zo vragen zij, dat dit afbreuk kan doen aan de beoogde versterking van de fraudesignalerende taak van de curator, en hoe ziet zij de verhouding tussen de Wbp en de voorgestelde artikelen 105a en 105b Fw?

Artikel 35 Wbp heeft betrekking op de rechten van betrokkene jegens degene die zijn gegevens verwerkt, en stelt als zodanig geen grenzen aan de gegevensverstrekking zelf. Art. 8 Wbp bepaalt, voor zover hier van belang, dat gegevens onder meer mogen worden verwerkt ter voldoening aan een wettelijke verplichting waaraan de verantwoordelijke is onderworpen of als de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt. De in de artikelen 105a Fw en 105b Fw voorgestelde informatie- en medewerkingsverplichtingen voldoen hieraan. Mitsdien liggen in de Wbp geen belemmeringen besloten voor de beoogde versterking van de fraudesignalerende taak van de curator.

De aan het woord zijnde leden vragen voorts of de regering de verwachting van de Nederlands Beroepsorganisatie van Accountants deelt dat als bijeffect van artikel 105b Fw intermediairs eerder hun ondersteuning van een ondernemer zullen staken vanwege het verlies van retentierecht, met als risico dat dit leidt tot een vermindering van de kwaliteit van de administratieve verwerking, waardoor sneller faillissementen kunnen plaatsvinden.

Ik heb geen indicaties dat de voorgestelde regeling inzake het retentierecht (art. 105b, tweede lid, Fw) zou leiden tot een daadwerkelijke vermindering van de kwaliteit van administratieve ondersteuning door intermediairs. Externe administratiekantoren kunnen, zoals hiervoor in paragraaf 6 is opgemerkt, de curator om een vergoeding vragen voor de verstrekking van de administratie van de gefailleerde en het risico van lege boedels verdisconteren in hun bedrijfsvoeringsmodel of tariefstelling.

Ten aanzien van het retentierecht vragen de leden van de fractie van het CDA, ten slotte, of het zo kan zijn dat juist een klein deel van de gevorderde administratie van groot belang is voor derden en dat de voorgestelde regeling ook dan moet prevaleren boven het retentierecht. Als dat niet zo is, zo vragen zij, waar ligt dan de grens tussen wat redelijkerwijs gevorderd en behouden mag worden?

Deze leden merken terecht op dat het retentierecht, ingevolge het voorgestelde art. 105b lid 2 Fw, niet kan worden uitgeoefend als de curator een derde om overlegging van de administratie heeft verzocht, zelfs als het gaat om een deel van de administratie. Dat strookt met de geschetste ratio van de informatieverplichting van derden jegens de curator en voorkomt, zoals de leden van de fractie van het CDA terecht impliceren, dat er allerlei discussies gaan ontstaan over de vraag wanneer een verzoek van de curator wel en niet de niet-uitoefening van het retentierecht rechtvaardigt.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
G.A. van der Steur