

# Tijdschrift voor Insolventierecht, Middelen van de curator bij faillissementsfraude

Vindplaats: Tvl 2013/13

Bijgewerkt tot: 20-02-2013

Auteur: Mr. W.J.B. van Nielen

Op welke wijze kan de positie van de curator nog worden versterkt door de aangekondigde maatregelen van de Minister van VenJ?<sup>[1]</sup>

---

## 1. Inleiding

De Minister van VenJ heeft tijdens het Algemeen Overleg van december 2012 aangekondigd om de Tweede Kamer in het voorjaar 2013 nader te informeren over verdere voorgenomen maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude.<sup>[2]</sup> Een van de voorgenomen civielrechtelijke maatregelen betreft het versterken van de informatiepositie van de curator doordat de failliet een algemene informatie- en medewerkingsplicht jegens de curator krijgt, alsmede de plicht om de curator alle relevante gegevensdragers terstond over te dragen met inbegrip van de middelen om de inhoud leesbaar te maken.<sup>[3]</sup> De vraag rijst in hoeverre deze verplichtingen op de failliet en diens bestuurder rusten en aan welke versterking van de informatiepositie de curator verder behoefte heeft. Tevens is te bevorderen dat de curator de hem ten dienste staande middelen voldoende benut. In deze bijdrage zal daarom een overzicht worden gegeven van effectieve informatiemiddelen van de curator, en voorstellen worden besproken voor mogelijke verbetering van deze middelen die in de literatuur en in het Voorontwerp Insolventiewet zijn gedaan.<sup>[4]</sup>

Voorts heeft de minister als maatregel aangekondigd om aan de curator (mede) de taak van fraudebestrijding te geven. Van belang is dat met deze maatregel niet wordt bereikt dat de (bestuurder van) failliet zich jegens de curator en rechter-commissaris op zijn strafrechtelijke zwijgrecht kan gaan beroepen. Hiermee zou anders afbreuk worden gedaan aan de – voor de afwikkeling van het faillissement zo belangrijke – inlichtingenplicht. Bij de bespreking van de inlichtingenplicht in deze bijdrage zal daarom aan deze vraag aandacht worden besteed.

Een andere voorgenomen maatregel van de Minister van VenJ betreft de verbetering van de Garantstellingsregeling.<sup>[5]</sup> Ook op dit punt geldt dat het is te bevorderen dat de regeling door curatoren wordt benut, zodat het een effectieve regeling kan zijn. Daarom wordt in deze bijdrage de recente herziening van de regeling besproken en worden suggesties gedaan tot verdere verbetering van deze regeling.

In het kader van het doorlopend toezicht op rechtspersonen en het daarvoor recent in gebruik zijnde risicomeldingssysteem 'TRACK' heeft de minister in onderzoek op welke wijze deze slimmer is uit te

voeren en meer is toe te spitsen op veranderende vormen van fraude. De curator is niet opgenomen in het wettelijk rijtje van personen/instanties waarmee de risicomeldingen kunnen worden gedeeld. Hier zal kort bij stil worden gestaan.

## 2. Middelen van de curator

De Faillissementswet biedt de curator (al dan niet via de rechter-commissaris) diverse middelen om adequaat en efficiënt informatie te achterhalen en veilig te stellen. Denk aan de inlichtingenplicht (par. 3), artikel 66 FW-verhoor door de rechter-commissaris (par. 5), mogelijkheden om digitale informatie veilig te stellen (par. 6) en om binnen te treden (par. 7), een verzoek te doen tot inbewaringstelling (par. 8) of een paspoort te laten signaleren dan wel in te laten nemen (par. 9), alsmede een beroep te doen op de Garantstellingsregeling Curatoren (par. 13). Met name in geval van een vermoeden van faillissementsfraude is het van belang dat de curator in de eerste weken van het faillissement deze middelen inzet. De ervaring leert dat met het benutten van deze middelen de kans op succes – zijnde een beter resultaat voor de gezamenlijke schuldeisers – aanzienlijk wordt vergroot. Tevens dient de curator zijn mogelijkheden te benutten in het geval er sprake is van een lopende strafzaak tegen de bestuurder(s) en/of feitelijke beleidsbepaler(s) van de gefailleerde rechtspersoon waarin fraude is gepleegd (par. 10). Tot slot dient de curator op de hoogte te zijn van extra mogelijkheden van (het vinden van) verhaal voor zijn aansprakelijkheidsvorderingen op de fraudeur (par. 11 en 12). Het is immers de taak van de curator om optimaal van zijn mogelijkheden gebruik te maken (par. 6).

## 3. Inlichtingenplicht

De Minister van VenJ heeft het voornemen de informatiepositie van de curator te versterken doordat de failliet een algemene informatie- en medewerkingsplicht jegens de curator krijgt, alsmede de plicht om relevante gegevensdragers en middelen om deze leesbaar te maken aan de curator over te dragen. De vraag is welke informatieplicht de failliet momenteel heeft en in hoeverre deze plichten daar niet al onder vallen.

Ingevolge art. 105 Fw rust op de gefailleerde natuurlijk persoon een inlichtingenplicht jegens de rechter-commissaris, de curator of de commissie uit de schuldeisers. Op grond van art. 194 Sr is schending van de inlichtingenplicht strafbaar. Krachtens art. 106 Fw worden de in art. 105 Fw omschreven verplichtingen (alsmede die opgenomen in art. 87-91 Fw) bij faillissement van een rechtspersoon opgelegd aan de bestuurder(s) en commissaris(sen)<sup>[6]</sup> van deze rechtspersoon.<sup>[7]</sup> Uit het onderzoek van Hilverda volgt dat ook de feitelijke beleidsbepaler van een failliete rechtspersoon als bestuurder in de zin van art. 106 Fw wordt aangemerkt.<sup>[8]</sup> Verdedigd wordt dat in een faillissement van een buitenlandse rechtspersoon waarvan het bestuur zetelt in het buitenland de inlichtingenplicht zich tevens uitstrekt tot de lokale manager.<sup>[9]</sup> Voor zover een persoon buiten het toepassingsbereik van de inlichtingenplicht van art. 105 Fw valt, kan art. 66 Fw uitkomst bieden (zie par. 5 hierna).

De inlichtingenplicht geldt ook voor de (in de zin van art. 106 Fw) bestuurders en commissarissen van de failliete rechtspersoon die deze kwaliteit hebben ten tijde van de faillietverklaring en na faillietverklaring hun hoedanigheid zijn verloren.<sup>[10]</sup> Anders zouden zij de inlichtingenplicht te makkelijk kunnen omzeilen. Volgens Hilverda zou gelet op de strekking van de inlichtingenplicht deze zich uit dienen te strekken tot degene die voormelde kwaliteit heeft op enig moment vanaf de dag waarop de schuldenaar in de toestand verkeerde dat hij heeft opgehouden te betalen (faillissementsrijp) tot en met de dag van faillietverklaring.<sup>[11]</sup> In art. 4.1.7 jo. art. 4.1.6 Voorontwerp Insolventiewet wordt

voorgesteld de inlichtingenplicht uit te laten strekken tot de bestuurder en commissaris (alsmede de feitelijke beleidsbepaler en de lokale manager van een buitenlandse rechtspersoon) die in de periode *drie jaar* voorafgaand aan het faillissement op enig moment die kwaliteit bezat.<sup>[12]</sup> Met A-G Huydecoper ben ik van mening dat op basis van de strekking en ratio van art. 105 en 106 Fw voldoende grond bestaat om aan te nemen dat elke persoon die voormelde kwaliteit op eniger tijd op of voor datum faillissement heeft gehad verplicht kan worden informatie aan de curator of rechter-commissaris te verstrekken, indien de curator of rechter-commissaris dat voor de uitoefening van zijn taak behoeft.<sup>[13]</sup> De curator van een failliete rechtspersoon zou anders in bepaalde omstandigheden geen persoon kunnen vinden die hij voor noodzakelijke inlichtingen op grond van de inlichtingenplicht kan aanspreken.<sup>[14]</sup> *In het kader van de door de Minister van VenJ voorgenomen maatregel om de informatiepositie van de curator te verbeteren, is het – zoals het Voorontwerp Insolventiewet ook beoogd – ten behoeve van het bieden van duidelijkheid over de informatiepositie van de curator voor de praktijk wenselijk deze reikwijdte van de inlichtingenplicht expliciet in art. 106 Fw op te nemen.* Van de (bestuurder/feitelijk beleidsbepaler van) gefailleerde wordt verwacht dat hij ongevraagd inlichtingen verschaft, ook indien daar door de curator of rechter-commissaris niet uitdrukkelijk naar is gevraagd, onverschillig uit welke hoofde hij de informatie heeft verkregen.<sup>[15]</sup> De plicht reikt in beginsel<sup>[16]</sup> tot alle inlichtingen en medewerking die de rechter-commissaris, de curator of de commissie uit de schuldeisers voor de uitoefening van zijn/haar taak behoeft.<sup>[17]</sup> Het overleggen van de administratie aan de curator is een essentieel onderdeel van deze inlichtingenplicht. Onder de inlichtingenplicht valt dus ook de plicht om relevante gegevensdragers en middelen om deze leesbaar te maken aan de curator over te dragen, opdat de curator dan de beschikking kan krijgen over de administratie en andere relevante bestanden die hij voor de vervulling van zijn taak nodig heeft.<sup>[18]</sup> Aan welke verdere versterking van zijn informatiepositie heeft de curator in de praktijk nog behoefte? In het Voorontwerp Insolventiewet wordt voorgesteld om in de wet op te nemen dat derden die gehouden zijn informatie aan de schuldenaar te verstrekken, desverzocht deze informatie ook aan de bewindvoerder dienen te geven, tenzij de aard van de informatie of de aard van de rechtsverhouding zich daartegen verzet.<sup>[19]</sup> Hoewel de curator op grond van het geldend recht reeds aanspraak kan maken op deze informatieverstrekking, is volgens de toelichting bij het voorontwerp niet zonder meer duidelijk of de curator dat ook kan indien de betrokken derde zich al jegens de schuldenaar van deze informatieplicht heeft gekweten.<sup>[20]</sup> *Daarom is in het voorontwerp voor gekozen om ten behoeve van een duidelijke normstelling deze informatieplicht expliciet in de wet op te nemen.*

## 4. Curator een extra taak fraudebestrijding?

De Minister van VenJ heeft stellig aangekondigd dat de curator tevens de taak fraudebestrijding zal worden gegeven. Welke taken zouden hieronder kunnen vallen?

Gedacht kan worden aan:

1. het doen van verhaals- en rechtmatigheidsonderzoek en binnen dat kader verkrijgen en verzamelen van informatie omtrent de fraude;
2. de door de Minister van VenJ aangekondigde meldplicht van de curator jegens de rechter-commissaris bij reëel fraudevermoeden.<sup>[21]</sup> Dit is ook opgenomen in het Voorontwerp Insolventiewet, waarin tevens is bepaald dat de rechter-commissaris vervolgens zelf aangifte kan doen of dat deze de curator een aanwijzing kan geven om aangifte te doen. Het doen van aangifte van hetgeen de curator heeft geconstateerd dient mijns inziens niet door de rechter-

commissaris te worden gedaan, maar door de curator zelf.<sup>[22]</sup> Ik kan mij voorts eerder voorstellen dat de rechter-commissaris de curator een aanwijzing kan geven een *melding*<sup>[23]</sup> (in plaats van aangifte) te doen bij de regionale fraudemeldpunten of bijvoorbeeld bij het tijdelijk centraal meldpunt ingericht in Zwolle.<sup>[24]</sup> Na beoordeling zal het OM of de FIOD de curator kunnen verzoeken aangifte te doen. De curator kan dan binnen zijn beleidsvrijheid beslissen wel of geen aangifte te doen;

3. de verzamelde informatie omtrent de fraude voor uitwisseling/verstrekking aan het OM/FIOD beschikbaar maken (zie over de wijze en voorwaarden waaronder, hieronder);
4. een civielrechtelijke procedure voeren, met het oog op een veroordeling tot vergoeden van de geleden schade alsmede tot een (indien de wet daarin zal voorzien) civielrechtelijk bestuursverbod<sup>[25]</sup>, en zo nodig het persoonlijk faillissement aanvragen van de veroordeelde fraudeur.

Deze taken dienen echter niet in strijd te komen met belangrijke faillissementsrechtelijke beginselen en instrumenten.

## Inlichtingenplicht en strafrechtelijk zwijgrecht

Ten eerste dient voorkomen te worden dat de invulling van de maatregel de curator als taak fraudebestrijding te geven ertoe kan leiden dat de failliet/(feitelijke) bestuurder zich ook jegens de curator/rechter-commissaris op zijn zwijgrecht kan beroepen, waardoor de voor de curator zo belangrijke inlichtingenplicht wordt beperkt. Hiervoor dient de verhouding tussen de inlichtingenplicht en het zwijgrecht te worden besproken.

In haar onderzoek behandelt Hilverda de verhouding tussen de inlichtingenplicht en het strafrechtelijke zwijgrecht. De inlichtingenplichtige bevindt zich niet in de positie dat hij als verdachte wordt gehoord in de zin van art. 27 Sv en kan zich niet aan de inlichtingenplicht onttrekken door zich te beroepen op zijn zwijgrecht ex art. 29 Sv.<sup>[26]</sup> Het maakt daarbij niet uit of de curator of de rechter-commissaris al voor het verzoek om inlichtingen een vermoeden hebben dat sprake is van betrokkenheid bij een strafbaar feit en de gevraagde informatie dit vermoeden versterkt, of dat de gevraagde informatie tot een verdenking kan leiden.<sup>[27]</sup>

De verklaring die in het kader van de inlichtingenplicht is verkregen kan echter niet als strafrechtelijk bewijs dienen.<sup>[28]</sup> Het is wel toegestaan dat de verklaringen dienen als startinformatie voor verdere (opsporings)onderzoek. De verklaringen kunnen mogelijk strafrechtelijk bruikbaar zijn (of worden) indien de spreekplicht wordt opgeheven via het geven van een cautie (en de afgegeven verklaring wordt bevestigd).<sup>[29]</sup> De vraag is of ook de door middel van de faillissementsrechtelijke dwangmiddelen verkregen administratie bruikbaar is in het strafproces.<sup>[30]</sup>

*Bovenstaande brengt met zich dat de voorgenomen maatregelen van de minister niet tot doel moeten hebben om – buiten de hier bovengenoemde kaders – de in het faillissement in het kader van de inlichtingenplicht verkregen informatie als strafrechtelijk bewijs te laten dienen in de strafzaak tegen degenen waarvan deze verklaring/informatie is verkregen. Dit zou anders de voor de afwikkeling van het faillissement zo belangrijke inlichtingenplicht op onaanvaardbare wijze aantasten.*

De in het faillissement door de curator verkregen informatie kan overigens op verschillende wijzen worden toegevoegd aan de strafprocedure (waar de boedel overigens ook belang bij kan hebben, zie par. 10). Denk aan de mogelijkheid van de rechter-commissaris strafzaken of de FIOD in het

kader van haar onderzoek om deze informatie in beslag te nemen.<sup>[31]</sup> De curator doet er verstandig aan de informatie langs deze weg te (laten) verstrekken. Onder omstandigheden kan de rechter-commissaris of de curator ook informatie aan derden verstrekken, waarbij het belang van de boedel een belangrijke rol speelt.<sup>[32]</sup>

## Taak fraudebestrijding versus belang boedel en lege boedel

Indien de curator als extra taak fraudebestrijding meekrijgt, zal dit inhouden dat de curator deze taak ook moet uitvoeren in het geval daar geen boedelbelang mee kan worden gediend. Anders heeft het geven van een extra taak geen toegevoegde waarde. Denk aan de situatie dat de curator deze extra taak uitvoert, terwijl van meet af aan duidelijk is dat geen verhaal mogelijk is van de door de fraude veroorzaakte schade aan de boedel (zelfs niet via een strafprocedure, zie par. 10). *De extra taak van de curator zal echter het belang van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers niet mogen schaden, tenzij de crediteuren wier belangen feitelijk door het uitvoeren van deze extra taak (kunnen) worden geschaad (in de zin dat zij een uitkering kunnen verwachten) hier expliciet toestemming voor geven.*<sup>[33]</sup> Daar waar de schuldeisers hun individuele verhaalsrechten door het faillissement wordt ontnomen, dienen zij immers onverkort op de curator te kunnen rekenen.<sup>[34]</sup> De Hoge Raad heeft het weliswaar mede tot de taak van de curator gerekend om belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid in zijn beleidsafweging te betrekken.<sup>[35]</sup> Maar hieruit mag niet worden afgeleid dat belangen van maatschappelijke aard prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>[36]</sup> Alleen de wetgever kan hier verandering in brengen, hetgeen – bijvoorbeeld in het kader van de fraudebestrijding – niet wenselijk is en zeer goed moet worden doordacht. Dit zou immers een fundamentele inbreuk betekenen met het stelsel van de faillissementswet, waarbij velen aspecten opnieuw moeten worden doordacht, zoals de rol en positie van de schuldeisers en de bevoegdheden van de curator en de rechter-commissaris.<sup>[37]</sup>

De extra taak fraudebestrijding van de curator zal niet met zich kunnen brengen dat de curator op eigen kosten/eigen risico extra werkzaamheden moet verrichten. Dat wordt binnen zijn huidige taak ook niet van hem verlangd, buiten de standaardinventarisatie aan het begin van het faillissement en de administratieve afwikkeling/beëindiging van het faillissement. Financiering voor deze extra taak zal derhalve voorhanden moeten zijn, wil de maatregel van de Minister van VenJ effectief willen zijn. De Garantstellingsregeling Curatoren lijkt mij hiervoor een doelmatig middel. Daarvoor dient de Garantstellingsregeling te worden verruimd, zoals in par. 13 wordt behandeld.

## 5.Artikel 66 Fw-verhoor

Op grond van art. 66 Fw is de rechter-commissaris bevoegd ter opheldering van alle omstandigheden, het faillissement betreffende, getuigen (onder ede) te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen.<sup>[38]</sup> Ook wanneer de curator het voornemen heeft een procedure tegen de getuige te starten kan de rechter-commissaris ex art. 66 Fw de getuige horen, tenzij de curator in verband met een dergelijke procedure misbruik van bevoegdheid kan worden verweten.<sup>[39]</sup> Onder omstandigheden kunnen verklaringen van personen die buiten het bereik van art. 105/106 Fw vallen en ex art. 66 Fw zijn gehoord worden gebruikt in een strafzaak. De getuige kan zich immers van het antwoorden verschonen overeenkomstig art. 191 lid 4 Rv, indien hij daardoor zichzelf of een der aldaar genoemde personen aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een

misdrijf zou blootstellen.<sup>[40]</sup> Rechters-commissarissen plegen wel de cautie te geven, voorafgaand aan een artikel 66 Fw-verhoor, met het oog op het – zo mogelijk – bruikbaar maken van deze verklaring in een eventuele strafzaak.<sup>[41]</sup>

## 6. Taak curator veiligstellen administratie

Ingevolge art. 68 Fw is de curator belast met het beheer en de vereffening van de boedel. Krachtens art. 92 Fw is onderdeel van deze taak dat de curator ‘alle nodige en gepaste middelen’ inzet ter bewaring van de boedel. ‘Hij neemt onmiddellijk de bescheiden en andere gegevensdragers’ onder zich.<sup>[42]</sup> De curator dient ‘onmiddellijk en zonder vertraging daarmee gepaard gaande bevoegdheden uit te oefenen’.<sup>[43]</sup> Hieruit vloeit de taak van de curator voort om *onmiddellijk* na zijn benoeming *alles* in het werk te stellen om – onder meer – de administratie en alle aanwezige informatie daarover veilig te stellen voor zijn latere onderzoek in het belang van de boedel.<sup>[44]</sup>

## 7. Veiligstellen digitale bestanden

De curator dient alle digitale gegevens betreffende het faillissement veilig te stellen. Hij moet voorbereid zijn op de mogelijkheid dat door failliet een dubbele boekhouding wordt gevoerd of dat gegevens zijn gewist om bewijsmateriaal te verbergen.<sup>[45]</sup> Welke mogelijkheden heeft de curator om digitale bestanden die het faillissement betreffen te bemachtigen? Op grond van art. 92 Fw neemt de curator onmiddellijk de bescheiden en andere gegevensdragers onder zich. Van de taak en bevoegdheid tot het onmiddellijk veiligstellen gaat een conservatoire werking uit. Onder gegevensdragers moet hier tevens worden verstaan digitale bestanden waarop informatie betreffende het faillissement zich bevindt, dan wel redelijkerwijs vermoed kan worden zich daarop te bevinden. De bevoegdheid van art. 92 Fw strekt zich in beginsel slechts uit over aan de failliet in eigendom toebehorende bescheiden en andere gegevensdragers.<sup>[46]</sup> Zakelijke bestanden van failliet op een computer van een derde vallen onder de bevoegdheid van de curator, de computer of laptop e.d. van deze derde echter niet.<sup>[47]</sup> De aard van de aan de curator opgedragen conservatoire maatregel tot onmiddellijk veiligstellen brengt mee dat de curator bevoegd is de zakelijke bestanden van failliet onmiddellijk te (doen) kopiëren van de laptop van de derde. De curator dient daarbij wel een zekere zorgvuldigheid in acht te nemen met het oog op mogelijke privébestanden van de eigenaar van de laptop. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch deed hierover een uitspraak in haar arrest van 2 november 2010, waarin de curator beschikking wilde hebben over de zakelijke bestanden op een laptop in privé-eigendom van een werknemer van failliet die dagelijks ten behoeve van de werkzaamheden van failliet werden gebruikt. Ten aanzien van de vraag of de curator bevoegd was om de volledige kopieën (inclusief privébestanden) voor onderzoek aan een forensisch accountantsbureau ter beschikking te stellen, overwoog het gerechtshof dat voor beantwoording van die vraag de wederzijdse belangen dienen te worden afgewogen. Het gerechtshof besloot dat de curator in beginsel recht had op toegang tot de zich op de harde schijf bevindende zakelijke informatie, maar alleen indien dit geschiedde onder zulke voorwaarden dat daarmee een zo groot mogelijke bescherming van de privébestanden werden gewaarborgd. Volgens het gerechtshof kon de curator in onderhavige zaak dit niet waarborgen omdat de curator niet zelf (als enige) opdrachtgever was van het forensische accountantsbureau (maar de bank), en hij onvoldoende aannemelijk kon maken onafhankelijk van anderen over de kopieën en onderzoeksresultaten te kunnen beschikken. Dit brengt met zich dat ter waarborging van genoemde privébelangen het is aangewezen dat de curator een forensisch deskundige aanstelt die de bestanden

op de gegevensdragers kopieert (een zogenaamde 'image' maakt). De forensische deskundige kan dan de bestanden onderzoeken op zakelijke bestanden van failliet. De curator dient met de forensisch deskundige overeen te komen dat de forensisch deskundige *exclusief* in opdracht van de curator handelt. Voorts is het aangewezen om de forensisch deskundige een geheimhoudingsverklaring te laten ondertekenen. Als extra privacywaarborg kan de forensisch accountant de eigenaar van de gegevensdragers de gelegenheid bieden om mee te kijken. Uiteindelijk krijgt de curator slechts de bestanden die betrekking hebben op het faillissement onder ogen te zien. *In het kader van het voornemen van de minister de informatiepositie van de curator te versterken, is het voor de praktijk wenselijk om hieraan invulling te geven door bovenstaande jurisprudentie te codificeren. Dit biedt een duidelijke normstelling voor de praktijk.*

Indien failliet zakelijke bestanden extern heeft opgeslagen bij wijze van cloud computing, kan de curator over deze data beschikken door het opvragen van de codes bij de (bestuurder van de) failliet. Deze is op grond van zijn inlichtingenplicht verplicht dergelijke informatie te verstrekken en de curator de nodige medewerking te verlenen. Ook is de curator bevoegd (als beheerder van de boedel) exclusief aanspraak te maken op de contractuele rechten van failliet en uit dien hoofde van de serviceprovider te verlangen de toegang door derden (zoals de bestuurders) te blokkeren en de curator deze toegang te verschaffen.<sup>[48]</sup> Presenteert de serviceprovider zich als dwangcrediteur en werkt hij slechts mee aan het verschaffen van toegang nadat zijn pre-faillissementsschulden zijn voldaan, dan kan de curator toegang afdwingen op grond van art. 92 en 93a Fw.<sup>[49]</sup> De curator kan slechts aanspraak maken op de (leesbare) administratieve gegevens van de gefailleerde.<sup>[50]</sup> De curator dient wel de kosten te betalen voor het ordenen van de data zodat zij daadwerkelijk leesbaar zijn evenals het volledig in de lucht houden van de cloudomgeving. Dit bedrag kan relatief beperkt zijn. Het bedrag is een stuk hoger indien een nieuwe serveromgeving moet worden opgezet en draaiende gehouden moet worden.<sup>[51]</sup> Deze kosten kunnen onder bepaalde voorwaarden onder de Garantstellingsregeling worden gebracht. In het kader van de voorgenomen maatregelen van de Minister van VenJ is het wenselijk om de Garantstellingsregeling nog verder op dit punt te verruimen (waarover in par. 10 meer).

Bestaat een redelijk vermoeden dat de zakelijke bestanden zich bevinden in een cloudomgeving die niet door failliet wordt gehouden maar door de (feitelijke) bestuurder, dan dient mijns inziens deze (feitelijke) bestuurder de curator toegang te verschaffen op grond van zijn inlichtingenplicht en actieve medewerkingsplicht, mits onder zulke voorwaarden dat daarmee een zo groot mogelijke bescherming van de privébestanden worden gewaarborgd.<sup>[52]</sup> Zoals hiervoor uiteengezet kan inschakeling van een forensische accountant deze bescherming voldoende waarborgen. *Ook hiervoor geldt, dat in het kader van het voornemen van de minister de informatiepositie van de curator te versterken, het voor de praktijk wenselijk is bovenstaande bevoegdheden van de curator expliciet in de wet op te nemen. Dit biedt een duidelijke normstelling voor de praktijk.*

Tot slot kan de curator de mogelijkheden toekomen die elke crediteur heeft, ten aanzien van een (onrechtmatige daads)vordering op de derde-fraudeur. Denk aan het bewijsbeslag (art. 843a jo. art. 730 Rv).<sup>[53]</sup>

## 8. Binnentreden woning of andere plaats

De curator dient uiteraard geen genoegen te nemen met de mededeling van een bestuurder van failliet die – om wat voor reden dan ook – aangeeft dat hij niet in de gelegenheid is om de administratie aan te leveren. In een dergelijk geval is het een effectief middel om binnen te treden in

de woning van bestuurder of een andere plaats, zodat alle fysieke maar ook de digitale administratie veilig kan worden gesteld. Hiertoe bepaalt art. 93a Fw dat de curator toegang heeft tot elke plaats, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.<sup>[54]</sup>

## Woning

Indien de curator wenst binnen te treden in een woning, dient de curator te beschikken over een machtiging van de rechter-commissaris.<sup>[55]</sup> Een dergelijke machtiging is nodig wanneer de eigenaar van de woning geen toestemming aan de curator geeft om de woning binnen te treden. De machtiging is ten hoogste geldig tot en met de derde dag na die waarop zij is afgegeven.<sup>[56]</sup> Een machtiging van de rechter-commissaris voor het binnentreden wordt uitsluitend aan de curator gegeven en derhalve niet aan zijn kantoorgenoten. De curator dient dan ook zelf aanwezig te zijn bij het binnentreden van de betreffende woning. De curator kan zich wel – onder de voorwaarden van art. 8 lid 2 Awob – laten vergezellen door anderen. Ook de rechter-commissaris kan de curator vergezellen. De machtiging wordt bij binnentreden zo mogelijk door de curator getoond.<sup>[57]</sup> Bij afwezigheid van de bewoner kan slechts worden binnengetreden voor zover dit dringend noodzakelijk is en de machtiging dit uitdrukkelijk bepaalt.<sup>[58]</sup> Voorts kan slechts tussen middernacht en 6 uur 's morgens zonder toestemming van de bewoner worden binnengetreden, voor zover dit dringend noodzakelijk is en de machtiging dit uitdrukkelijk bepaalt.<sup>[59]</sup> De curator dient een schriftelijk verslag van het binnentreden op te maken, die uiterlijk op de vierde dag na de dag van binnentreden wordt toegezonden aan de rechter-commissaris.<sup>[60]</sup> In beginsel dient ook een afschrift van het schriftelijk verslag aan de bewoner(s) van de woning te worden uitgereikt of toegezonden.<sup>[61]</sup>

De bevoegdheid van de curator om zichzelf toegang te verschaffen tot plaatsen is beperkt voor die gevallen waarbij dat voor de vervulling van zijn taak nodig is. De curator dient niet willekeurig en lichtvaardig om te gaan met de beslissing om binnen te treden in een woning. Een belangenafweging door de curator – waarbij het belang van de curator (het verkrijgen van de administratie) wordt afgewogen tegen het belang van het huisrecht van de bewoners van de woning – is noodzakelijk. De curator dient zich daarbij steeds af te vragen of het noodzakelijk is om het middel van binnentreden in te zetten om de administratie (of verdwenen actief) van failliet te verkrijgen (proportionaliteit). Daarnaast dient de curator in zijn afweging na te gaan of ook op een andere wijze het doel kan worden bereikt (evenredigheid). Daar staat tegenover dat het de taak van de curator is om *onmiddellijk* na zijn benoeming *alles* in het werk te stellen om – onder meer – de administratie en alle aanwezige informatie daarover veilig te stellen voor zijn latere onderzoek in het belang van de boedel.<sup>[62]</sup>

## Binnentreden andere plaatsen

Ook bij het binnentreden op andere plaatsen (dan een woning), dient de curator na te gaan of dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is en dient de curator daarbij na te gaan of zijn beslissing om binnen te treden proportioneel en evenredig is.<sup>[63]</sup> In het geval de curator wenst binnen te treden in een bedrijfspand (of een andere plaats), is geen machtiging van de rechter-commissaris nodig.<sup>[64]</sup> In de praktijk kan het echter nuttig zijn dat curator de rechter-commissaris verzoekt om een brief op te stellen waarin de taak van de curator en de bevoegdheden van de curator worden beschreven met betrekking tot het binnentreden.<sup>[65]</sup> Een dergelijke brief kan



bijdragen aan de medewerking van aanwezige personen en politie.

Ter waarborging van de veiligheid en om op een zo efficiënt mogelijke wijze het doel van het binnentreden te bereiken, heeft het de voorkeur om – zowel bij het binnentreden in een woning als andere plaatsen – met een team van politie<sup>[66]</sup> (vaak desbetreffende wijkagent), een slotenmaker die stand-by staat, en een forensische accountant de plaats te betreden. Ik merk op dat in de regio Den Haag curatoren goede ervaringen hebben met bijstand van de politie bij binnentreden. In een aantal gevallen kan het efficiënt zijn om een deurwaarder een proces-verbaal te laten opmaken van de constatering tijdens het binnentreden, in het geval (vermoeden bestaat dat) waardevolle boedelbestanddelen worden aangetroffen. Het is verstandig om ook een forensische accountant de curator te laten vergezellen met het oog op het veiligstellen van digitale bestanden betreffende het faillissement, zoals hiervoor uiteengezet. Om te voorkomen dat de curator kosten voor de boedel maakt terwijl er (nog) geen middelen in de boedel zijn om de forensisch deskundige te betalen voor zijn werkzaamheden, maakt de curator in de praktijk afspraken met de forensisch deskundige op basis van ‘no boedel no pay’ (onder welke voorwaarden hijzelf ook werkt). Deze externe kosten worden overigens onder een verkregen garantie in het kader van de Garantstellingsregeling Curatoren gedekt (zie verder par. 14).

## Inbewaringstelling/Gijzeling

De inlichtingenplicht is een papieren tijger indien deze niet effectief kan worden afgedwongen met behulp van wettelijke dwangmiddelen. Een van de dwangmiddelen betreft de inbewaringstelling. Indien niet wordt voldaan aan de inlichtingenplicht heeft de curator de mogelijkheid om de persoon op grond van art. 105 (jo. art. 106) Fw ten overstaan van de rechter-commissaris te horen. In de praktijk roept – indien noodzakelijk – de rechter-commissaris de (bestuurder/feitelijk beleidsbepaler van) gefailleerde per aangetekende brief voor verhoor op, met – in voorkomende gevallen in overleg met de curator – de mededeling dat indien niet wordt voldaan aan de inlichtingenplicht dit tot de sanctie inbewaringstelling (gijzeling) kan leiden.<sup>[67]</sup> Tijdens het verhoor wordt ook gewezen op de mogelijkheid van gijzeling indien aanwijzingen bestaan dat er feiten of omstandigheden worden achtergehouden. De inbewaringstelling kan ook worden geschorst onder de door de curator te stellen voorwaarde. De praktijk leert dat dit een effectief drukmiddel is. Over de gronden van inbewaringstelling volgt hierna meer.

Ingevolge art. 87 Fw is de rechtbank bevoegd om bij het vonnis van faillietverklaring of te allen tijde daarna op voordracht van de rechter-commissaris, de curator of schuldeisers van failliet (nadat de rechter-commissaris hierover is gehoord) te bevelen gefailleerde in bewaring te stellen.<sup>[68]</sup> De inbewaringstelling kan slechts dan worden ingezet als dwangmiddel tegen plichtsverzuim van de gefailleerde. Het gaat daarbij om het niet-nakomen dan wel de gegronde vrees dat gefailleerde zijn verplichtingen niet nakomt. In de praktijk kan daarbij worden gedacht aan het niet-nakomen van de inlichtingenplicht, maar ook het onttrekken van activa uit de boedel of op andere wijze de boedel benadelen.<sup>[69]</sup> De bij de inbewaringstelling betrokken belangen dienen steeds te worden afgewogen tegen het recht op persoonlijke vrijheid van gefailleerde. Volgens Gerechtshof Den Haag heeft de rechter bij de belangenafweging de vrijheid om ieder gijzelingsverzoek op zijn eigen merites te beoordelen.<sup>[70]</sup> Indien er alternatieve mogelijkheden bestaan om gefailleerde te

bewegen zich te houden aan de in de wet aan hem opgelegde verplichtingen, zal de inbewaringstelling in beginsel te zwaar worden geacht.<sup>[71]</sup> Dit zware middel van inbewaringstelling zal bijvoorbeeld aan de orde kunnen komen, nadat de curator andere middelen (zoals binnentreden en horen) heeft ingezet ter verkrijging van de nodige inlichtingen. De tenuitvoerlegging van de inbewaringstelling geschiedt door het Openbaar Ministerie. De inbewaringstelling geldt voor maximaal dertig dagen, welke termijn op voordracht van de rechter-commissaris of op verzoek van de curator of schuldeisers door de rechtbank met steeds dertig dagen kan worden verlengd.<sup>[72]</sup> In de praktijk bestaan voorbeelden van een vrijheidsbeneming voor de duur van in beginsel dertig dagen tot een paar maanden.<sup>[73]</sup>

De bepalingen over de inbewaringstelling (art. 87-90 Fw) zijn krachtens art. 106 Fw bij faillissement van een rechtspersoon van toepassing op diens bestuurders en commissarissen.<sup>[74]</sup> Aangenomen wordt dat ook de feitelijke beleidsbepaler van een failliete rechtspersoon als bestuurder in de zin van art. 106 Fw wordt aangemerkt.<sup>[75]</sup>

## 9.Art. 91 Fw en paspoortsignalering

Om te voorkomen dat de gefailleerde (of de bestuurder van een gefailleerde rechtspersoon) zich aan zijn verplichtingen uit het faillissement onttrekt door naar elders te vertrekken, zonder zich verder aan de boedel gelegen te laten liggen, bepaalt art. 91 Fw dat de gefailleerde gedurende het faillissement niet zonder toestemming van de rechter-commissaris zijn woonplaats mag verlaten.<sup>[76]</sup> In de praktijk wordt dit artikel vooral toegepast als voorwaarde van een schorsing van de inbewaringstelling. Ingevolge art. 106 Fw is dit artikel ook van toepassing op de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon, de uiteindelijk natuurlijk persoon-bestuurder van de bestuurder-rechtspersoon en op grond van jurisprudentie ook op de feitelijk leidinggevende.<sup>[77]</sup>

### Inhouden paspoort

De rechter-commissaris is vervolgens bevoegd het paspoort van de gefailleerde natuurlijke persoon of de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon in te nemen, zij het dat dit gepaard moet gaan met een verzoek van de rechter-commissaris tot weigering of vervallenverklaring van het paspoort als bedoeld in art. 25 lid 1 Ppw.<sup>[78]</sup> Het doel van deze bepaling is dat het de gefailleerde aan wie de rechter-commissaris het verbod heeft opgelegd om de woonplaats of het land te verlaten, ook daadwerkelijk onmogelijk wordt gemaakt om het land te verlaten door hem een reisdocument te onthouden. De ratio is te voorkomen dat de gefailleerde zich onttrekt aan de faillissementsprocedure, of zelfs goederen of gelden onttrekt aan het faillissement.<sup>[79]</sup> De bevoegde autoriteit is niet de curator of de rechter-commissaris.<sup>[80]</sup> Indien de curator op verzoek van de rechter-commissaris het paspoort feitelijk inneemt, dient hij het direct door te sturen. Het is de curator niet toegestaan voor onbepaalde tijd het paspoort onder zich te houden. Zoals blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Middelburg, kan de curator dan verplicht zijn om het paspoort terug te geven.<sup>[81]</sup>

### Paspoortsignalering

Indien een gefailleerde of bestuurder onvindbaar is dan wel het land (of Europa) niet mag verlaten,

kan de rechter-commissaris het agentschap Basisadministratie Persoonsgegevens en Reisdocumenten van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BKZ) verzoeken om een paspoortsignalering van gefailleerde dan wel bestuurder van gefailleerde. De rechter-commissaris geeft daarbij aan dat hij van mening is dat (weigering van een nieuw dan wel) een vervallenverklaring van het in het bezit van deze persoon zijnde reisdocument dient plaats te vinden. Met het oog hierop kan de rechter-commissaris een verzoek doen tot opnemings van de personalia van de betrokken persoon in het Register Paspoortsignalering. Wanneer de gronden voor het signaleringsverzoek zijn vervallen, dient de rechter-commissaris hiervan onverwijld mededeling te doen aan het Ministerie van BZK (art. 25 lid 2 Ppw). De signalering wordt na twee jaar automatisch uit het register verwijderd indien niet uitdrukkelijk om handhaving daarvan is verzocht (art. 25 lid 5 Ppw).

Opmerking verdient dat de weigering of vervallenverklaring van een Europese identiteitskaart niet mogelijk is,<sup>[82]</sup> zodat degene die niet beschikken over een paspoort of rijbewijs in staat blijven aan hun verplichtingen te voldoen daar waar de wet officieel een identiteitsbewijs voorschrijft. De paspoortsignalering (van alleen Nederlandse paspoorten) zal dan ook vooral effect sorteren ten aanzien van personen die buiten Europa (willen gaan) verblijven. Bij de parlementaire behandeling van deze bepaling is erop gewezen dat dit bezwaar wordt gecompenseerd doordat binnen Europa personen goed traceerbaar zijn en door middel van verdragen, in het bijzonder de Insolventieverordening, nakoming van de verplichtingen van betrokkene kan worden afgedwongen.<sup>[83]</sup>

## Verzoek weigering dan wel vervallenverklaring paspoort

Bij een verzoek van de rechter-commissaris tot weigering of vervallenverklaring, zal de burgemeester op grond van art. 44 Ppw de aanvrager in de gelegenheid moeten stellen met de rechter-commissaris overeenstemming te bereiken, waarbij het tevens mogelijk is dat tot de verstrekking van een reisdocument met een beperkte geldigheidsduur dan wel een beperkte externe territoriale geldigheid wordt overgegaan. Indien de rechter-commissaris en (bestuurder van) failliet geen overeenstemming bereiken, zal de burgemeester op grond van art. 45 Ppw de aanvraag van het paspoort weigeren of het paspoort vervallen verklaren, tenzij hij van oordeel is dat de aanvrager of houder door deze beslissing onevenredig zou worden benadeeld. Een belangenafweging zal dan derhalve plaatsvinden.<sup>[84]</sup> Tegen een vervallenverklaring staat bezwaar en beroep open ingevolge de Awb.<sup>[85]</sup>

## Reikwijdte

Ingevolge art. 19 Ppw zijn de bepalingen ook van toepassing op degenen op wie het bepaalde van art. 106 Fw van toepassing is.

## 10. Curator en strafproces

Ook in een lopende strafzaak tegen een bestuurder (of een feitelijk beleidsbepaler) van de gefailleerde rechtspersoon (of een andere derde-fraudeur die heeft meegewerkt aan de benadeling) dient de curator zijn mogelijkheden optimaal te benutten. De curator en de officier van justitie verkeren in andere posities en dienen ieder (deels) andere belangen. De praktijk leert dat het bespreekbaar maken van de uiteenlopende belangen ten goede komt aan de samenwerking tussen de curator en de officier van

justitie. De curator dient naar mijn mening – mede in het maatschappelijk belang (en zeker ingeval hij als taak fraudebestrijding heeft gekregen) – zo veel mogelijk te zoeken naar deze afstemming. Dat geldt uiteraard ook voor de officier van justitie. Mede met het oog hierop is in een aantal arrondissementen het zogenaamde fraudespreekuur gestart, waarover aan het eind van deze bijdrage meer.

## Voegen als benadeelde partij<sup>[86]</sup>

De curator is bevoegd een schadevergoedingsvordering tegen de fraudeur in te stellen op grond van een onrechtmatige daad jegens de failliet dan wel jegens de gezamenlijke schuldeisers.<sup>[87]</sup> De curator kan dan – met machtiging van de rechter-commissaris (art. 68 lid 2 Fw) – zich ex art. 51c Sv voor deze vorderingen voegen in de strafzaak.<sup>[88]</sup> Dat kan door middel van het indienen van een eenvoudig voegingsformulier (schriftelijk uiterlijk tot aan de zitting, dan wel in noodgevallen mondeling ter terechtzitting voor het requisitoir van de OvJ<sup>[89]</sup>). Wordt het formulier toegestuurd, dan is het van belang dat deze binnen de daarvoor geldende tweewekentermijn wordt ingestuurd, zodat de verzochte schade kan worden meegewogen bij de wijze waarop de officier van justitie de zaak beslist af te doen (dagvaarden, transactie of sepot). Transactie of sepot kan dan eventueel plaatsvinden onder de voorwaarde dat de door de benadeelde partij verzochte schade ook wordt vergoed!<sup>[90]</sup> De curator kan zo nodig bij sepot een klacht ex art. 12 Sv indienen en aldus pogen alsnog een vervolging te entameren waarna hij zich kan voegen als benadeelde partij.

Het belang van voegen voor de curator/boedel kan zijn:

1. op eenvoudige wijze verkrijgen van een executoriale titel;
2. verkrijgen van een schadevergoedingsmaatregel op grond waarvan de derde-fraudeur de vordering van de curator als benadeelde partij moet voldoen op straffe van een aan deze maatregel verbonden vervangende hechtenis (maximaal 1 jaar);
3. curator kan – indien hij als benadeelde partij wordt aangemerkt – ook aanspraak maken op door het Openbaar Ministerie in beslag genomen vermogensbestanddelen.

### *Ad 1. Executoriale titel/vereisten van voegen*

In geval van een strafrechtelijke veroordeling kan de rechter de civiele vordering van de benadeelde partij toewijzen, hetgeen een executoriale titel oplevert. Art. 361 lid 2 onder a Sv bepaalt dat de benadeelde partij alleen ontvankelijk is in haar vordering indien 1. aan de verdachte enige straf of maatregel wordt opgelegd (dan wel bij toepassing titel 9a Sr); en 2. aan de benadeelde partij *rechtstreeks schade* is toegebracht door het bewezen verklaarde feit of door een Ad Informandum gevoegd feit.<sup>[91]</sup> De rechtbank kan bepalen dat de vordering van de benadeelde partij geheel of ten dele niet-ontvankelijk is,<sup>[92]</sup> indien behandeling van de vordering naar het oordeel van de rechtbank een *onevenredige belasting* van het strafgeding oplevert.

De voorwaarde dat de benadeelde partij rechtstreekse schade is toegebracht houdt in dat door de bewezen verklaarde (waaronder Ad Informandum gevoegde) feiten de gevorderde schade is veroorzaakt. Tevens houdt dit vereiste in dat de benadeelde partij getroffen dient te zijn in een belang dat door de overtreden strafbepaling wordt beschermd. Wordt de vordering van de curator gebaseerd op benadeling van de faillissementsschuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden, dan is de curator (gezamenlijke schuldeisers) als benadeelde partij getroffen in een belang dat door de strafbepalingen in art. 340-344 Sr wordt beschermd.<sup>[93]</sup>

Ten aanzien van de voorwaarde, geen onevenredige belasting, heeft de minister uitdrukkelijk

overwogen dat wel zo veel als mogelijk inhoudelijk over de vordering moet worden beslist. Het aandragen van een enkele getuige of deskundige als bewijs voor de vordering van de curator kunnen dan ook geen reden meer zijn om de curator niet-ontvankelijk te verklaren.

De rechtbank kan bepalen dat de vordering van de benadeelde partij geheel of ten dele niet-ontvankelijk is en kan daarmee deze splitsen. Het gedeelte dat wel ontvankelijk wordt verklaard en wordt toegewezen wordt als voorschot aangeduid, maar is definitief zodra het vonnis onherroepelijk is geworden. Het gedeelte dat niet-ontvankelijk wordt verklaard kan door de benadeelde partij gewoon in eerste aanleg bij de civiele rechter worden gebracht.<sup>[94]</sup>

De curator dient zich ervan bewust te zijn dat een onherroepelijk in rechte toegewezen vordering (dus ook in een civiele zaak) in mindering strekt (en indien geen sprake is van onherroepelijk vonnis, in mindering kan strekken) van het wederrechtelijk verkregen voordeel en daarmee van de vordering waarvoor de curator zich als benadeelde partij zou willen voegen.<sup>[95]</sup> De curator dient de vordering in de civiele procedure dus zo mogelijk te beperken tot de waarde van het te verhalen actief, zodat de curator voor het restant zich in de strafzaak kan voegen. Daarin heeft hij immers nog kans op extra incassomiddelen.

### *Ad 2. Schadevergoedingsmaatregel*

Bij een veroordeling van het strafbaar gesteld feit<sup>[96]</sup> kan een schadevergoeding worden toegewezen in de vorm een strafmaatregel ex art. 36f Sr. De maatregel houdt in dat de veroordeelde verplicht is de schadevergoeding aan de staat te betalen ten behoeve van de benadeelde partij. Het CJIB int de vordering en aan de schadevergoedingsmaatregel is vervangende hechtenis verbonden van maximaal een jaar. De betalingsverplichting blijft staan na tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis.<sup>[97]</sup> Voor de maatregel is geen vordering benadeelde partij nodig en kan derhalve worden toegewezen zonder dat de benadeelde partij zich in eerste aanleg heeft gevoegd, of indien de benadeelde partij niet-ontvankelijk wordt verklaard en zelfs indien diens vordering is verjaard. Voor de curator zou dit dus uitkomst kunnen bieden, indien bijvoorbeeld het faillissement is uitgesproken nadat de strafzaak reeds is aangevangen. De maatregel kan ook worden opgelegd door de officier van justitie die (buiten rechte) een strafbeschikking heeft uitgevaardigd. Ten gevolge van de Wet OM-afdoening (1 februari 2008) kan in de strafbeschikking van het OM de schadevergoedingsmaatregel (buiten rechte) worden opgelegd. De wet wordt echter gefaseerd ingevoerd en wordt nu alleen nog toegepast op strafbare feiten zonder slachtoffer.<sup>[98]</sup> *Het past in het kader van de aangekondigde maatregelen van de Minister van VenJ om te bevorderen dat de officier van justitie snel de bevoegdheid krijgt en deze dan ook toepast om ten behoeve van de benadeelde partij (zoals de curator, bij faillissementsfraude) een schadevergoedingsmaatregel op te leggen, om de door de fraude onttrokken gelden alsnog ten goede te laten komen aan de slachtoffers.*

### *Ad 3. Beslagmogelijkheden*

Indien de fraudeur geen financieel voordeel heeft gehad kan de curator – en niet het Openbaar Ministerie – conservatoir beslag leggen op vermogensbestanddelen van de fraudeur. Indien het strafbaar gestelde delict daarentegen wel voor de fraudeur financieel voordeel heeft opgeleverd, kan ook het Openbaar Ministerie conservatoir beslag leggen op zijn vermogensbestanddelen met het oog op een ontnemingvordering.<sup>[99]</sup> Doel van de ontnemingmaatregel is weliswaar het afnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel, maar de staat wijkt daarbij wel voor het slachtoffer.<sup>[100]</sup> Indien de derde-fraudeur financieel voordeel heeft genoten is een strafrechtelijk financieel onderzoek mogelijk, zodat het wederrechtelijk aan de boedel onttrokken voordeel kan

worden opgespoord en ten goede kan komen aan de benadeelde partijen. Geadviseerd wordt dat de curator bij zijn aangifte het Openbaar Ministerie verzoekt een SFO (Strafrechtelijk Financieel Onderzoek) te entameren of op andere wijze het wederrechtelijk aan de boedel onttrokken voordeel op te sporen.<sup>[101]</sup> Ter voorkoming dat vermogensbestanddelen worden weggesluisd dient het Openbaar Ministerie op grond van art. 94a Sv conservatoir beslag te leggen. Het Openbaar Ministerie heeft voorts mogelijkheden om beslag te leggen op bij anderen (derden) veiliggesteld voordeel op grond van art. 94a lid 3 en 4 Sv ('anderbeslag').<sup>[102]</sup> Dat kunnen vermogensbestanddelen zijn waar de curator niet altijd beslag op kan leggen.<sup>[103]</sup> Tevens kan het OM ex art. 737 Rv paulianabeslag leggen, na het instellen van een buitengerechtelijke vernietiging van een rechtshandeling van de verdachte op grond van de BW-pauliana. Het OM wordt tegemoetgekomen doordat het in art. 3:46 en 3:47 BW bedoelde vermoeden van wetenschap geldt voor rechtshandelingen die door de verdachte/veroordeelde verricht zijn binnen één jaar voor het tijdstip waarop de vervolging tegen hem is aangevangen.<sup>[104]</sup> De curator heeft dus ook wat deze ruimere verhaalsmogelijkheden betreft, belang dat het Openbaar Ministerie (snel) deze beslagen legt met het oog op een ontnemingvordering. Volgens de Aanwijzing Ontneming dient het Openbaar Ministerie in beginsel altijd een ontnemingvordering in te stellen indien sprake is van een benadeelde partij, tenzij deze een actieve en weerbare benadeelde derde betreft die te kennen heeft gegeven via een civiele actie bij de burgerlijke rechter verhaal te willen halen en diens vordering ten minste gelijk is aan het wederrechtelijk verkregen voordeel.<sup>[105]</sup> Het Openbaar Ministerie dient daarom zo vroeg mogelijk in het opsporingsonderzoek af te stemmen met de benadeelde partij. De curator dient derhalve bij zijn overleg met het Openbaar Ministerie het boedelbelang voor ogen te hebben dat alle beslagmiddelen worden benut.<sup>[106]</sup>

In praktijk kan de curator de door het OM in beslag genomen zaken naar de boedel laten vloeien zonder de afloop van de strafzaak af te wachten, door medewerking van het OM en de verdachte c.q. derden op wiens vermogen het OM beslag heeft gelegd. De verdachte kan in het kader van zijn strafzaak belang hebben om te laten zien dat hij alle medewerking heeft verleend om de boedel te herstellen. Het OM kan er belang in zien dat de in beslag genomen zaken snel te gelden worden gemaakt, zodat waardeverlies wordt voorkomen, alsmede dat alle slachtoffers meedelen uit deze opbrengst conform ieders aanspraak. De curator is daartoe beter uitgerust dan het OM.

## Internationale verhaalsacties OM en civielrechtelijke asset tracing en asset recovery

Het Openbaar Ministerie ofwel het BOOM (Bureau Ontnemingwetgeving Openbaar Ministerie) kan op grond van een verdrag met het betreffende land een internationaal rechtshulpverzoek doen tot het nemen van rechtsmaatregelen in het buitenland. Ook het doen van (verhaals)onderzoek valt binnen de mogelijkheden van het Openbaar Ministerie. Bij een goede afstemming met het OM/BOOM blijkt het in de praktijk mogelijk om een dergelijk onderzoek en rechtsmaatregelen te initiëren in het belang van de boedel. Ook kan internationaal gebruikgemaakt worden van civielrechtelijke mogelijkheden om tot *asset tracing* en *asset recovery* te komen van tot de boedel behorende vermogensbestanddelen. De meeste Angelsaksische rechtssystemen voorzien in de mogelijkheid om *ex parte*-informatie op te vragen bij derde partijen zoals trustkantoren en banken. Deze *discovery tools* zijn in de regel ook beschikbaar voor Nederlandse curatoren die grensoverschrijdend vermogensbestanddelen proberen op te sporen in die jurisdicties. Op basis

van op deze wijze verkregen informatie kan tot *asset recovery*, het terugbrengen van vermogensbestanddelen in de boedel, worden gekomen.<sup>[107]</sup>

## 11. Bijzondere informatiebronnen

Bij zijn onderzoek kan de curator – via een eenvoudig Vennoot-98-verzoek – bij het Ministerie van Justitie (Dienst Justis) diverse gegevens opvragen over rechtspersonen die zijn gelieerd aan de bestuurder van failliet.<sup>[108]</sup> Op verzoek kan een netwerkanalyse worden opgevraagd waarin inzicht wordt gegeven in de betrokkenheid van de bestuurder(s) en failliet bij eerdere faillissementen, maar ook of de bestuurder en failliet aandeelhouder of bestuurder van andere vennootschappen is (geweest). In de Haagse praktijk wordt deze informatie in de periode van enkele weken tot enkele maanden na de aanvraag verstrekt. Indien gemotiveerd wordt dat sprake is van een spoedeisend belang kan de gevraagde informatie wel sneller worden ontvangen.

Ook de fiscus is een belangrijke informatiebron voor de curator.<sup>[109]</sup> De curator kan informatie van de fiscus verkrijgen met betrekking tot failliet, alle informatie die zij van failliet heeft ontvangen en desgevraagd in het kader van een onderzoek naar aansprakelijkheid van bestuurders of commissarissen<sup>[110]</sup> van failliet.<sup>[111]</sup> De informatie die verzocht kan worden betreft niet alleen verhaalsinformatie, maar ook informatie over de huidige woon- of verblijfplaats (dit kan relevant zijn voor *binnentreden*) of gegevens van belang voor het vaststellen van de kwaliteit van feitelijke beleidsbepaler of van onbehoorlijk bestuur. Omdat de fiscus niet actief belangrijke informatie omtrent de bestuurder of commissarissen verstrekt, is het verstandig dat de curator standaard deze informatie opvraagt bij de fiscus ingeval hij de mogelijkheid of wenselijkheid van een aansprakelijkheid onderzoekt. Gegevensverstrekking blijft achterwege voor zover met die verstrekking geen fiscaal belang is gediend.<sup>[112]</sup> Strikt genomen heeft de fiscus de bevoegdheid om meer informatie (over andere derden dan de bestuurder of commissaris) aan de curator te verstrekken, indien als gevolg van de in te stellen acties van de curator de fiscus als crediteur van failliet meer mogelijkheden tot invordering van de belastingschuld of een heffingsbelang heeft.<sup>[113]</sup> Denk aan verhaalsinformatie over de derde die de curator voornemens is aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige daad of de pauliana. Ervaring leert dat de fiscus deze ruimere informatie niet steeds verstrekt. *Het is wenselijk in het kader van de versterking van de informatiepositie van de curator, dat de fiscus wel tot verstrekking van deze informatie kan overgaan.*

### TRACK

In het kader van het doorlopend toezicht op rechtspersonen en het daarvoor recent in gebruik zijnde risicomeldingssysteem 'TRACK' heeft de minister in onderzoek op welke wijze deze slimmer is uit te voeren en meer is toe te spitsen op veranderende vormen van fraude. De curator is niet opgenomen in het wettelijk rijtje van personen/instanties waarmee de risicomeldingen kunnen worden gedeeld. Hilverda heeft er terecht voor gepleit dat de curator gebruik zou moeten kunnen maken van deze extra informatiebron.<sup>[114]</sup> Dit past in het voornemen van de minister de informatiepositie van de curator te versterken.

## 12. Financiering curator<sup>[115]</sup>

Voor het doen van aangifte van een vermoeden van fraude kan de curator aanspraak maken op de

vergoedingsregeling curatoren bij een ontoereikende boedel, maar slechts in het geval de aangegeven zaak in opsporing wordt genomen. De uren die gemoeid zijn met de aangifte (tegen een tarief van € 180 met een maximum van 5 uur) komen voor vergoeding in aanmerking, die van het vooronderzoek niet.<sup>[116]</sup>

Daarvoor kan een beroep worden gedaan op de Garantstellingsregeling Curatoren 2012. Ingevolge art. 2:138/248 lid 10 BW heeft de curator – in geval van een ontoereikende boedel – de mogelijkheid om de Minister van Justitie te verzoeken om hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen voor het instellen van een rechtsvordering op grond van art. 2:138/248, 2:149/259, 2:9 BW of art. 42, 43 en 47 Fw dan wel voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.<sup>[117]</sup> De Garantstellingsregeling<sup>[118]</sup> stimuleert een curator met een lege boedel om actie te ondernemen en fungeert als preventief middel tegen misbruik van rechtspersonen. De Garantstellingsregeling draagt bij aan het in stand houden van de economische en financiële ethiek ter waarborging van de reputatie en het vertrouwen in rechtspersonen in Nederland. Derhalve dient te worden opgemerkt dat de Garantstellingsregeling niet alleen in het belang van faillissementscrediteuren is, maar dat deze ook een maatschappelijk belang dient. De Garantstellingsregeling is per 1 mei 2012 vereenvoudigd.<sup>[119]</sup> De curator kan volstaan met het invullen van een korte vragenlijst bij aanvraag van een garantstelling. Voor vergoeding komen nu ook in aanmerking de door de curator reeds gemaakte kosten voor het opstellen van het verzoek en de kosten die direct zijn gerelateerd aan het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek.<sup>[120]</sup> In de praktijk wordt ervaren dat de Garantstellingsregeling beter werkt doordat de aanvraagprocedure een stuk is vereenvoudigd, de voorkosten worden vergoed en eerder wordt verleend. Geen garantstelling wordt echter verstrekt indien (onder andere), het verzoek betrekking heeft op een andere grond dan hiervoor vermeld. *Met het oog op een effectieve fraudebestrijding – en gelet op het feit dat de regeling ook een maatschappelijk belang dient – zal de toepasselijkheid van de regeling kunnen worden verruimd met vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad jegens de boedel dan wel jegens de gezamenlijke schuldeisers op elke derde (dus niet beperkt tot de bestuurder, commissaris of feitelijke beleidsbepaler).* De garantstelling wordt ook niet verleend indien uit het verzoek blijkt dat het gevraagde bedrag in geen redelijke verhouding staat tot het redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de curator verhaald kan worden. *Voor een effectieve fraudebestrijding – en met het oog op de extra taak van de curator van fraudebestrijding – zal het criterium ‘redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de curator verhaald kan worden’ kunnen worden aangepast in ‘mogelijkerwijs te behalen resultaat dat door de inspanningen van de curator behaald kan worden’. ‘Resultaat’ kan dan worden gerelateerd aan de extra taken die de curator van de minister mee zou krijgen. Hieronder kan dan met het oog op het doen van aangifte ook onderzoeksresultaat vallen, maar ook het verkrijgen van een bestuursverbod. Voorts zou de regeling ook van toepassing moeten worden voor het dekken van kosten ter verkrijging van belangrijke (digitale) informatie.* Voor het voeren van een procedure kan de curator – bij een ontoereikende boedel – een gemotiveerd verzoek doen bij de Belastingdienst voor het bedrag aan proceskosten dat niet uit de boedel kan worden voldaan.<sup>[121]</sup> Voorwaarde voor toewijzing is dat de ontvanger een deel van zijn vordering na winst van de procedure zou kunnen innen. Voorts spelen de volgende criteria een rol bij de beoordeling van de aanvraag: 1. behoorlijke winstkans; 2. gegoedheid wederpartij moet in redelijkheid vaststaan; 3. degenen die baat kunnen hebben bij de procedure, dienen of mee te participeren of afstand te doen van hun aandeel dat zij door de procedure zouden kunnen opeisen; 4. indien sprake is van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid is de regeling niet van toepassing. De bezwaren van deze



regeling zijn onder meer dat voor vergoeding niet in aanmerking komen, kosten van onderzoek en van verhaalsonderzoek, de voorkosten en dat de fiscus een fiscaal belang moet hebben. Daarmee kan de regeling niet als een effectieve aanvulling op de garantstelling Curatoren worden aangemerkt.

## 13. Conclusie

Een actieve rol van de curator bij een vermoeden van faillissementsfraude is vereist. Uit de taak van de curator vloeit voort dat hij *onmiddellijk* na zijn benoeming *alle hem ten dienste staande bevoegdheden uit moet oefenen* om – onder meer – de administratie en alle aanwezige informatie daarover veilig te stellen voor zijn latere onderzoek in het belang van de boedel. Omdat in de jurisprudentie en literatuur het onduidelijk is en er discussie bestaat over de inhoud en omvang van deze bevoegdheden is de curator niet altijd in staat om op een adequate wijze de voor de aanpak van faillissementsfraude zo belangrijke informatie veilig te stellen. De curator kan immers niet op adequate wijze informatie veiligstellen indien hij zijn bevoegdheden pas kan uitoefenen nadat hierover een procedure is gevoerd. In het kader van de door de Minister van VenJ voorgenomen maatregelen om de informatiepositie van de curator te versterken kunnen deze onduidelijkheden worden weggenomen, zoals behandeld in deze bijdrage.

Ten aanzien van de door de minister aangekondigde maatregel om de curator fraudebestrijding (mede) als taak te geven, is van belang dat dit niet het doel moet hebben om – buiten de in paragraaf 4 genoemde kaders – de in het faillissement in het kader van de inlichtingenplicht verkregen informatie als strafrechtelijk bewijs te laten dienen in de strafzaak tegen degene waarvan deze verklaring/informatie is verkregen. De extra taak van de curator zal voorts het belang van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers niet mogen schaden, tenzij de crediteuren wier belangen feitelijk door het uitvoeren van deze extra taak (kunnen) worden geschaad (in de zin dat zij een uitkering kunnen verwachten) hier expliciet toestemming voor geven. Voorts zal financiering voor deze extra taak voorhanden moeten zijn, wil de maatregel van de Minister van VenJ effectief zijn. De Garantstellingsregeling Curatoren lijkt hiervoor een doelmatig middel. Daarvoor dient de Garantstellingsregeling te worden verruimd, zoals in paragraaf 13 is behandeld.

Tot slot dient de curator zijn middelen in het strafproces optimaal te benutten. Hiervoor is kennis van de mogelijkheden vereist en een goede afstemming met de officier van justitie en FIOD. Structureel overleg bevordert een efficiënte en doelgerichte samenwerking. In 's-Hertogenbosch (al 3 jaar succesvol) en inmiddels recent ook Den Haag is een dergelijk initiatief ondernomen door middel van een fraudespreekuur tussen deze partijen. Curatoren kunnen zich voor dit spreekuur aanmelden en vragen stellen over het doen van aangifte of over informatie-uitwisseling.

## Voetnoten

- [1] Gelieve dit artikel aan te halen als: Mr. W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tv* 2013/13. Mr. Van Nielen is advocaat bij Van Diepen van der Kroef en curator te Den Haag. Met dank aan mr. C.M. Derijks, teamvoorzitter insolventies Rechtbank Den Haag, voor haar commentaar en mijn kantoorgenoot, mr. N. Bouwmeester, voor haar ondersteuning bij het artikel.
- [2] Zie de brief van minister Opstelten d.d. 27 november 2012 aan de Tweede Kamer. In 2011-2012 heeft de Minister van VenJ de Garantstellingsregeling Curatoren met een zeker succes herzien, een centraal meldpunt faillissementsfraude (ondergebracht bij FIOD) ingesteld en nieuwe richtlijnen opgesteld voor aanpak eenvoudige fraudezaken om de opsporing door politie te faciliteren.

- [3] Met inbegrip van de verplichting om mee te werken de curator toegang te verschaffen tot eventuele buitenlandse banktegoeden. Zie voor aanbevelingen tot een meer integrale aanpak, de in opdracht van het Ministerie van VenJ opgesteld rapport van de Commissie Udink: *Aanbevelingen Aanpak Faillissementsfraude 2007*, M.C. Udink, W.J.B. van Nielen & B. Winkel-Boer.
- [4] Zie voor voorstellen C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is...*, serie *Onderneming en Recht deel 73*, Deventer: Kluwer 2012, p. 3-24. Voorts mr. E. Boerma & mr. W.J.B. van Nielen, 'Burgerlijk recht goed wapen tegen misdaad', *FD 2009*, waarin wordt voorgesteld een fraudecoördinator aan te wijzen, die vooral ook een civiele aanpak bevordert. Zoals bevorderen dat het OM zijn civiele middelen inzet (ontbinden of aanvragen faillissement van rechtspersonen).
- [5] En het in overleg met EZ en Financiën bezien om een beperkte boedelbijdrage te laten afdragen via een degressieve staffel ten behoeve van de financiering van de curator en fraudebestrijding. Brief Minister van VenJ d.d. 27 november 2012, p. 3.
- [6] De bestuurders of commissarissen die als zodanig worden aangemerkt volgens het recht dat van toepassing is op de failliete rechtspersoon.
- [7] Dit leidt Rb. Amsterdam 2 februari 1982, *NJ 1982/525* af uit de strekking van art. 106 Fw om bij een failliete rechtspersoon de natuurlijk persoon bestuurder/commissaris aan te wijzen als degene op wie de inlichtingenplicht rust. Deze strekking volgt uit de MvT bij art. 106 Fw waarin wordt overwogen dat anders niemand daarvoor feitelijk aansprakelijk is. Zie hierover mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 45-46.
- [8] Rb. 's-Hertogenbosch 9 september 1981, *LJN AC0998*; meer uitgebreid: mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 45-46, waarin wordt verwezen naar literatuur en jurisprudentie die deze conclusie ondersteunen.
- [9] Dit wordt gebaseerd op de grondslag van art. 106 Fw omdat de lokale manager naar zijn aard de meest aangewezen persoon is om inlichtingen te geven, alsmede op art. 5 lid 1 WCC (nu te vinden in Boek 10 BW) en art. 7 WFBV. Zie mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 46 en mr. B. Wessels, *Insolventierecht IV: Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, p. 286. Onder de lokale manager wordt verstaan degene die met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden is belast.
- [10] HR 17 november 1972, *NJ 1973/133* en mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 48.
- [11] Mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 49-50. Zij lijkt er eerder vanuit te gaan dat dit wenselijk recht is dan geldend recht, gelet op haar conclusie dat uitbreiding tot dit criterium noodzakelijk is.
- [12] Voor de driejaarsperiode wordt in de toelichting verwezen naar de driejaarsperiode waarin onbehoorlijk bestuur wordt beoordeeld in de zin van art. 2:248 BW. Deze benadering ziet mijns inziens over het hoofd dat beoordeling door de curator van onbehoorlijk bestuur ook kan plaatsvinden in het kader van art. 6:162 BW, waarvoor een vijfjaarverjaringstermijn geldt, maar ook dat de curator buiten beoordeling van (on)behoorlijk bestuur informatie kan verlangen met betrekking tot een periode gelegen voor 3 jaar voor datum faillissement. Zeker bij faillissementsfraude is het mogelijk dat het faillissement wordt uitgesproken jaren nadat de activiteiten zijn gestaakt en de activa aan de boedel zijn onttrokken.
- [13] Zie A-G Huydecoper in zijn conclusie bij HR 17 Januari 2003, *LJN AF0206*, *JOL 2003/31*.
- [14] Immers, de meest recente (feitelijke) bestuurder, die geen bestuurder is geweest over de periode waarover de curator inlichtingen verlangt, kan hierover niet verklaren.
- [15] HR 15 februari 2002, *NJ 2002/259*, *LJN AD9144* en HR 11 november 1994, *NJ 1995/151*. Op grond van art. 90 lid 1 Fw dient de gefailleerde aanwezig te zijn indien dat bij bepaalde werkzaamheden de boedel betreffende wordt vereist.
- [16] De schuldenaar zal zijn medewerking slechts kunnen weigeren op grond van zwaarwegende omstandigheden gedacht kan worden aan een gelet op het belang van de boedel onevenredige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer. Zie toelichting art. 4.1.1a Voorontwerp Insolventiewet, t.a.p., p. 272-273.
- [17] Dit wordt afgeleid uit de tekst, wetgeschiedenis en de jurisprudentie van art. 105 lid 1 Fw, aldus mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 52. Zie ten aanzien van de plicht tot actieve medewerking: HR 23 december 1983, *NJ 1985/170*, waarin de Hoge Raad overwoog 'in de Fw (...), ligt besloten dat de gefailleerde in het belang van de schuldeisers is gehouden, met name wanneer dit door de curator of de R-C nodig wordt geoordeeld, in persoon aan het beheer en de vereffening van de boedel alle vereiste medewerking te verlenen'.
- [18] Zie ook art. 92 Fw op grond waarvan de curator alle relevante bescheiden en gegevensdragers onder zich moet nemen. Zie verder par. 5.
- [19] Art. 4.2.4 Voorontwerp Insolventiewet. Volgens de toelichting kan een informatieverplichting ingevolge art. 7:403 BW op een accountant of andere opdrachtnemer van de schuldenaar rusten. De aard van de informatie verzet zich bijv. tegen een informatieplicht indien het bijv. gaat om medische gegevens. Ook het professionele verschoningsrecht kan zich hier tegen verzetten op grond van EHRM 20 september 2000 (33274/96) *Foxley/England*. Op grond van die uitspraak mag de curator geen gebruikmaken van geprivilegieerde correspondentie tussen de schuldenaar en zijn juridische adviseur. Zie ten aanzien

van de advocaat en notaris: mr. B. Wessels, *Insolventierecht IV: Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 4399.

- [20] Voorontwerp Insolventiewet, t.a.p., p. 282 en 283.
- [21] De curator zal naar huidig recht de rechter-commissaris ten behoeve van diens toezichthoudende taak op de hoogte dienen te stellen van dergelijke belangrijke bevindingen.
- [22] Een dergelijke externe handeling valt ook niet binnen de taak van de rechter-commissaris, die immers slechts een toezichthoudende (en voorts een rechtsprekende, voorlichtende en organisatorische) taak heeft. Zie mr. B. Wessels, *Insolventierecht IV: Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 4009.
- [23] In dit kader verwijst Wessels naar HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-305/05 en M. Stouten, 'Meldplicht witwas-praktijken niet in strijd met artikel 6 EVRM', *NJB* 2007, p. 2432 e.v., waaruit ik afleid dat onzekerheid over de exacte afbakening van de meldplicht zo veel mogelijk is te voorkomen.
- [24] In zijn brief van 30 juni 2011 heeft de Minister van VenJ aangekondigd dat er een centraal landelijk fraudemeldpunt zal worden ingericht. Zie voor contactgegevens de Politie Leidraad eenvoudige faillissementsfraude opgesteld door de Landelijke Werkgroep Leidraad eenvoudige faillissementsfraude.
- [25] Rb. Amsterdam 7 februari 2013, nr. 13/993500-12, heeft in een strafprocedure de veroordeelde ter zake strafrechtelijke schending van de administratieplicht ontzet van de uitoefening van het beroep van statutair directeur voor de duur van 2 jaar. Een dergelijk beroepsverbod wordt zelden geëist en wordt zelden toegekend, aldus S. Eikelenboom in het *Financieel Dagblad* van zaterdag 9 februari 2013, p. 21.
- [26] HR 20 februari 1998, *NJ* 1999/561, *LJN* ZC2596; overigens kan dit anders zijn indien een verhoor onder regie van de politie of OvJ plaatsvindt.
- [27] Mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 74.
- [28] EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (*Saunders-arrest*).
- [29] Mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 77.
- [30] Zie hierover mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 77 en de daarna gewezen uitspraak van het EHRM 21 april 2009, *NJ* 2009/557.
- [31] Art. 104 lid 1 jo. art. 105 lid 1 jo. art. 94 lid 1 en art. 94a Sr. Ook kan de curator in hoedanigheid van benadeelde partij in een strafzaak als getuige worden gehoord. Zie hierover Slachtofferhulp Nederland, *De positie van het slachtoffer in het strafproces*, met verwijzing naar [Kamerstukken II 2001/02, 27 632, nr. 5](#), p. 8 en 12 (MvT). Ook kan de benadeelde partij ad informandum gevoegde feiten ter kennis van de rechter brengen, waarmee dan rekening kan worden gehouden in verband met de strafoplegging, mits de verdachte de feiten (op de zitting desgevraagd) bekend.
- [32] HR 6 oktober 2006, *NJ* 2010/185, *JOR* 2006/282 (*KPNQwest*). De R-C is vrij om informatie te verstrekken indien hij van oordeel is dat het belang van de boedel dit meebrengt, de derde daarbij voldoende belang heeft en de privacybescherming van anderen zich daartegen niet verzet, conform HR 23 mei 1991, nr. 10, *NJ* 1991/692. Zie mr. drs. R. Mulder, 'De curator in een spagaat: balanceren tussen informatieverplichting, conflicterende belangen, geheimhouding en privacy', in: *Insolad jaarboek 2007: De integere curator*.
- [33] Indien het UWW en/of de fiscus de enige feitelijke belanghebbenden zijn, is het goed denkbaar dat zij het belang van fraudebestrijding voor laten gaan, boven het belang van het ontvangen van een uitkering.
- [34] Art. 33 en 26 Fw.
- [35] HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*) en HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou*).
- [36] In uitzonderingsgevallen bestaat ruimte om hier van af te wijken, indien het verhaalsrecht van de schuldeisers meer dan marginaal worden geschaad. Zie hierover F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 153 en mr. B. Wessels, *Insolventierecht IV: Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 4221 e.v.
- [37] Aldus F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 153.
- [38] Aan de getuigenverklaringen komt niet de bewijskracht toe ex art. 192 Rv en het verhoor vindt niet plaats ter openbare terechtzitting, zodat de R-C kan besluiten om derden al of niet tot het verhoor toelaten, zoals de advocaat van de getuige. Zie HR 6 oktober 2006, *NJ* 2010/184.
- [39] HR 30 september 1983, *NJ* 1984/183.
- [40] HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/336.
- [41] Het is de vraag of deze verklaring dan gezien kan worden als een verklaring bedoeld in art. 344 lid 1 onder 2 Sv.
- [42] Het is de vraag of deze verklaring dan gezien kan worden als een verklaring bedoeld in art. 344 lid 1 onder 2 Sv.
- [43] MvT art. 92 Fw.
- [44] Hof 's-Hertogenbosch, *LJN* B03226, r.o. 4.4.1 en MvT bij Van Der Feltz II ('Het is van het grootste belang dat de schuldenaar terstond de gelegenheid ontnome worde om de boeken alsnog te wijzigen of bij te werken', 1897, p. 52). Zie verder mr. B. Wessels, *Insolventierecht IV: Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 4343.

- [45] Zie hierover uitgebreid: T.G. Kloosterman & M. Nooitgedacht, ' Hoofdstuk 18: Forensische accountancy', in: C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer.
- [46] Hof 's-Hertogenbosch, *LJN B03226*, r.o. 4.4.2.
- [47] Hof 's-Hertogenbosch, *LJN B03226*, r.o. 4.4.2.
- [48] Art. 23 en 24 Fw.
- [49] Zie Rb. 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, nr. KG ZA 12-57, *RI 2012/66*, alsmede hetgeen hierboven is beschreven over de bevoegdheid van de curator tot het in beslag nemen van zakelijke bestanden van failliet op een computer van een derde.
- [50] Zie Rb. 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, nr. KG ZA 12-57, *RI 2012/66*.
- [51] Zie Rb. 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, nr. KG ZA 12-57, *RI 2012/66*, waarin failliet haar administratie door middel van cloud computing extern had opgeslagen. De serviceprovider had haar dienstverlening na faillissement gestaakt en was slechts bereid de curator toegang te verschaffen nadat hiervoor opstartkosten ad € 3000 en een maandelijkse vergoeding van € 1000 werden betaald. Volgens de rechter diende de curator wel te betalen voor de diensten van derden om de digitale gegevens leesbaar te maken en dient zijn vordering tot onbelemmerd (nagenoeg kosteloze) toegang te worden afgewezen.
- [52] De inlichtingenplicht strekt tot alle informatie die de curator nodig heeft om zijn taak te kunnen uitoefenen. De schuldenaar zal zijn medewerking slechts kunnen weigeren op grond van zwaarwegende omstandigheden gedacht kan worden aan een gelet op het belang van de boedel onevenredige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer. Zie toelichting art. 4.1.1a Voorontwerp Insolventiewet, t.a.p., p. 272-273. Tevens is de curator bevoegd op grond van art. 92 Fw alle bestanden, ook op computers van derden onder zich te houden. Zie Hof 's-Hertogenbosch, *LJN B03226*, r.o. 4.4.2, en par. 5.
- [53] Zie voor een overzicht, *De Beslagsyllabus versie 2013*, p. 30.
- [54] Aangenomen wordt dat onder 'elke plaats' ook is begrepen digitale plaatsen zoals externe serveromgevingen. Zie Rb. 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, nr. KG ZA 12-57, *RI 2012/6*.
- [55] Op grond van art. 93a Fw is de rechter-commissaris bevoegd tot het geven van een machtiging als bedoeld in art. 2 Awob.
- [56] Art. 6 lid 2 Awob.
- [57] Art. 6 lid 2 Awob.
- [58] Art. 7 lid 2 Awob.
- [59] Art. 7 lid 1 Awob.
- [60] Art. 10 lid 2 en art. 11 lid 1 Awob.
- [61] Art. 11 lid 2 Awob.
- [62] Hof 's-Hertogenbosch, *LJN B03226*, r.o. 4.4.1, en par. 3.
- [63] De Awob is slechts van toepassing bij binnentreden in een woning en niet bij binnentreden op andere plaatsen.
- [64] Curator heeft ook onbelemmerd toegang tot het (voormalig) door failliet gehuurde bedrijfspand dat in het kader van een bodemverhuurconstructie is verhuurd aan de pandhouder: Rb. Utrecht 6 juni 2007, *NJF 2007*, 346, *JOR 2008/19*.
- [65] Bij de Rb. Den Haag heeft de insolventiekamer hiervoor een model brief opgesteld.
- [66] Ingevolge art. 8 lid 2 PoW heeft ook de politie toegang tot elke plaats, voor zover dat voor het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven, redelijkerwijs nodig is.
- [67] Art. 87 e.v. Fw. Ook wordt op art. 194 Sr gewezen (niet-nakoming inlichtingenplicht is strafbaar).
- [68] Indien niet het gevaar bestaat dat de gefailleerde het dwangmiddel zal frustreren, bestaat de plicht de gefailleerde vooraf te horen. Indien de gefailleerde niet vooraf is gehoord, dient de rechtbank hem onmiddellijk (art. 5 lid 3 EVRM) na de tenuitvoerlegging van de inbewaringstelling te horen, aldus HR 25 juni 1976, *NJ 1977/495*.
- [69] Zie bijv. Hof Den Haag, *NJF 2007*, 346, *JOR 2012/162*, waarin een verplichting werd aangenomen tot het machtigen van de curator om in het buitenland aanwezige activa te gelde te maken. Door het schenden van deze plicht werd voldoende grond aanwezig geacht om de failliet in bewaring te stellen.
- [70] Gerechtshof 's-Gravenhage 6 oktober 2011, *RI 2012/19*, *LJN BT6848*.
- [71] Zie bijv. Rb. Rotterdam 27 augustus 2010, *RI 2012/19*, *LJN BN8313* en Gerechtshof 's-Gravenhage 6 oktober 2011, *RI 2012/19*, *LJN BT6848*.
- [72] Bij deze beoordeling dient de rechter (mede in verband met art. 5 EVRM) het recht op persoonlijke vrijheid van de gefailleerde, welk recht naarmate de vrijheidsbeneming langer duurt, zwaarder gewicht in de schaal legt, af te wegen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen. HR 2 december 1983, *NJ 1984/306*.
- [73] Art. 87 Fw. In het faillissement van een gerechtsdeurwaarderskantoor zat de bestuurder 7 maanden in faillissementsgijzeling (Faillissementsverslag F 09/135 van 23 juni 2009 en F10/68 van 2 maart 2010). Zie ook faillissementsnr. 1040376 van 15 juni 2005 inzake het faillissement van R.J. van den Berg.
- [74] Art. 106 Fw.
- [75] Zie par. 4, Mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 49-50. Zij lijkt er

eerder vanuit te gaan dat dit wenselijk recht is dan geldend recht, gelet op haar conclusie dat uitbreiding tot dit criterium noodzakelijk is. Hof Arnhem 4 februari 1992, *NJ* 1992/755, acht het in strijd met de strekking van art. 106 Fw om bij aanwezigheid van een formele bestuurder, degene die als feitelijk leidinggevende moet worden aangemerkt, als bestuurder te horen en in geval van niet verschaffen van inlichtingen in verzekerde bewaring te stellen.

- [76] A-G Keus, HR 6 juni 2008, *RvdW* 2008/602, waarin hij verwijst naar Polak-Wessels, deel IV (2001), par. 4338-4339 (laatste druk november 2010) en F.M.J. Verstijlen, *Losbladige faillissementswet*, art. 91, aant 1.
- [77] Par. 3.
- [78] Art. 91 Fw jo. art. 19, 25 en 52 Ppw. De bevoegdheid van de rechter-commissaris tot inhouding van het paspoort is aldus slechts een voorlopige maatregel in het kader van een verzoek tot weigering of vervallenverklaring.
- [79] *Kamerstukken II* 1987/88, 20 393 (R 1343), nr. 3, p. 40 (MvT).
- [80] De bevoegde autoriteit is in het algemeen de burgemeester van de gemeente waarin de persoon in het GBA is opgenomen. Indien de betrokkene in Nederland verblijft, maar niet als ingezetene in het GBA is ingeschreven, is de burgemeester van Den Haag bevoegd. Woont of verblijft de betrokkene in het buitenland, dan is de Minister van Buitenlandse Zaken bevoegd.
- [81] Rb. Middelburg 27 oktober 2006, LJN AZ1865, *NJF* 2007/II.
- [82] Art. 46a Ppw.
- [83] A-G Keus, HR 6 juni 2008, *RvdW* 2008/602, r.o. 3.10, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. De identiteitskaart is slechts geldig in lidstaten van de Europese Unie, Andorra, Liechtenstein, Monaco, Noorwegen, San Marino, Turkije, IJsland en Zwitserland (art. 10 lid 2 Paspoortuitvoeringsregeling Nederland 2001, 7 september 2001, *Stcrt.* 2001, 186 (laatstelijk gewijzigd op 1 oktober 2012, *Stcrt.* 2012, 18507).
- [84] Rb. Middelburg 27 oktober 2006, LJN AZ1865, *NJF* 2007/II.
- [85] *Kamerstukken II* 1999/00, 26 977 (R1644), nr. 3, p. 17.
- [86] Zie voor een zeer overzichtelijke beschrijving van de voegingsmogelijkheden van de curator, mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, par. 4.7.
- [87] In dat laatste geval is de curator bevoegd een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen tegen de derde-fraudeur, ook indien een dergelijke vordering niet aan gefailleerde zelf toekwam HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 (*Peeters/Gatzen*) en HR 21 december 2001, *NJ* 2005/95 en HR 16 september 2005, *RvdW* 2005/101 (*De Bont/Bannenbergh*).
- [88] HR 15 april 2003, *NJ* 2003/377 en HR 11 april 2006, *NJ* 2006/264.
- [89] Art. 51g lid 3 Sv. Zie hierover Slachtofferhulp Nederland, *De positie van het slachtoffer in het strafproces*, nr. 3.5.3.
- [90] Slachtofferhulp Nederland, *De positie van het slachtoffer in het strafproces*, nr. 3.5.1 is stelliger en stelt dat de voorwaarde dan moet worden gesteld. De praktijk bij het OM is echter anders.
- [91] Een strafbaar feit, waarvan in de dagvaarding is meegedeeld dat het door de verdachte is erkend en ter kennis van de rechtbank wordt gebracht, en waarmee door de rechtbank bij de strafoplegging rekening is gehouden.
- [92] En dat de benadeelde partij haar vordering of het deel dat niet-ontvankelijk is slechts bij de burgerlijke rechter kan aanbrengen.
- [93] Zie hierover mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, par. 4.7.
- [94] Slachtofferhulp Nederland, *De positie van het slachtoffer in het strafproces*, nr. 3.7.2.
- [95] Art. 36e lid 6 Sr. Zie hierover mr. H.G. Punt, *Praktijkboek Ontneming* (3<sup>e</sup> druk), 2009, p. 36, die verwijst naar HR 9 september 1997, *NJ* 1998/90 en *HR 13 1999, JOW* 1999/38.
- [96] Of waarbij door de rechter bij de strafoplegging rekening is gehouden met een strafbaar feit, waarvan in de dagvaarding is meegedeeld dat het door de verdachte is erkend en ter kennis van de rechtbank wordt gebracht dan wel jegens wie een strafbeschikking wordt uitgevaardigd. Zie art. 36f lid 1 Sr.
- [97] Art. 36f lid 7 Sr.
- [98] Slachtofferhulp Nederland, *De positie van het slachtoffer in het strafproces*, nr. 3.5.2., waarin tevens wordt vermeld dat de strafbeschikking uiteindelijk de transactie moet vervangen. Zie over de transactie hierna aan het eind van par. 11. Zie ook Aanwijzing OM-afdoening.
- [99] Art. 94a-c Sv; welke ook wel wordt aangeduid als 'Plukze-wetgeving'. Zie uitgebreid mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 131 e.v. Heeft het OM conservatoir beslag gelegd op de vermogensbestanddelen van failliet, dan gaat dit beslag ingevolge art. 33 Fw op in het faillissementsbeslag.
- [100] HR 9 september 1997, *NJ* 1998/90-91 en art. 36e lid 6 Sr en art. 577b lid 2 Sv.
- [101] Mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 139.
- [102] Bij wet van 31 maart 2011 (*Stb.* 2011, 171, inwerkingtreding op 1 juli 2011) is art. 94a lid 3 gewijzigd. Het nieuwe art. 94a lid 3 Sv bepaalt dat voorwerpen van een ander vatbaar zijn voor beslag 'indien voldoende aanwijzingen bestaan dat deze voorwerpen geheel of ten dele aan die ander zijn gaan toebehoren met het kennelijke doel de uitwinning van voorwerpen te bemoeilijken of te verhinderen, en die ander dit wist of redelijkerwijze kon vermoeden'. Dit zijn twee cumulatieve voorwaarden

voor deze vorm van beslag. Deze wet van 31 maart 2011 maakt ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel via het leggen van anderbeslag dus gemakkelijker, omdat het oude afkomstvereiste is vervallen. Uit de [Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 3](#), p. 1-2 en p. 11-12 blijkt dat de wetgever door deze wetswijziging voor ogen had om het anderbeslag aan effectiviteit te laten winnen.

- [103] In bepaalde omstandigheden kan de curator het beslag van het OM overnemen na het instellen van de actio pauliana. Heeft het OM beslag gelegd op vervangende goederen, dan kan de curator het beslag niet overnemen. Voorts is er een verschil in de vereisten van de pauliana en het ander beslag. In die gevallen heeft de curator dus belang om als benadeelde partij te worden aangemerkt om kans te maken dat de door het OM in beslag genomen goederen in de boedel vloeien.
- [104] Art. 94d lid 1 Sv.
- [105] Aanwijzing Ontneming 2009.
- [106] Ingeval de vordering van de benadeelde partij is toegewezen en executeerbaar is geworden, kan het door het OM beslagen voordeel aan de benadeelde partij toekomen zonder dat het OM de ontneming doorzet op grond van art. 557b lid 2 Sv. Voor het geval de fiscus beslag heeft gelegd op de door het OM in beslag genomen voorwerpen, ziet de fiscus af van verhaal indien het OM zijn ontnemingsvordering doorzet. Zie uitgebreid Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 141.
- [107] De curator kan gebruikmaken van bekende netwerken, zoals het netwerk binnen Insol Europe (waar een speciaal 'Anti-Fraud Forum' is opgezet) en van het door de International Chamber of Commerce opgezette netwerk *ICC's FraudNet*. Zie in dit verband ook Bernd H. Klose, *Asset Tracing & Recovery, The Fraudnet World Compendium*, met een Nederlandse bijdrage van C. van de Meent, J. Frieling & C.G. van der Plas.
- [108] Zie hierover uitgebreid: J. Lely, 'Hoofdstuk 17, paragraaf II: De rol van justitie bij de bestrijding van faillissementsfraude', in: C.M. Hilverda, *serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer. Ingevolge art. 5 lid 2 jo. art. 6 Wet Documentatie Vennootschappen is de curator bevoegd desgevraagd informatie te ontvangen voor zover dat noodzakelijk is voor het beheer en de vereffening van de boedel.
- [109] Zie over dit onderwerp uitgebreid M.J.C. Kop, 'Hoofdstuk 16, paragraaf 11: Informatieverschaffing door de fiscus aan de curator', in: C.M. Hilverda, *serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer.
- [110] Als bedoeld in art. 2:50a, 2:138, 2:248 of 2:300a BW en ten aanzien van aansprakelijkheid van commissarissen, art. 2:149 en 2:259 BW.
- [111] De fiscus is ten aanzien van informatieverstrekking aan derden gebonden aan een geheimhouding. In art. 36.2 Leidraad Invordering 2008 en art. 67 lid 2 onder c Invorderingswet 1990 jo. art. 43 AWR wordt hierop deze uitzondering gemaakt.
- [112] J.C. Kop, 'Hoofdstuk 16, paragraaf 11: Informatieverschaffing door de fiscus aan de curator', in: C.M. Hilverda, *serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 528. Dit betreft een ruim belang, waaronder ook het heffings- en invorderingsbelang.
- [113] J.C. Kop, 'Hoofdstuk 16, paragraaf 11: Informatieverschaffing door de fiscus aan de curator', in: C.M. Hilverda, *serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 529, waarin wordt beschreven dat deze bevoegdheid niet is opgenomen in de Leidraad Invorderingen, maar kan worden gebaseerd op art. 67 lid 1 Invorderingswet 1990.
- [114] Zie hierover C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is...*, *serie Onderneming en Recht deel 73*, Deventer: Kluwer 2012, p. 3-24 die hiervoor pleit.
- [115] De curator heeft altijd de mogelijkheid om gefinancierd te worden door een crediteur. De te maken financieringsafspraken letten nauw en dienen het belang van de overige crediteuren niet te schaden.
- [116] Zie de INSOLAD website waar een formulier kan worden gedownload.
- [117] De Garantstellingsregeling is per 1 mei 2012 gewijzigd en wordt verstrekt op basis van een daartoe strekkende overeenkomst tussen de staat en de curator.
- [118] Regeling van de Minister van VenJ van 27 februari 2012, nr. 5725931/12, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling Curatoren 2012).
- [119] Het verzoek van de curator behoeft goedkeuring van de rechter-commissaris. Deze behoeft zijn goedkeuring niet meer te motiveren. Voor het aanvragen van een verhoging is geen goedkeuring meer vereist.
- [120] De garantstelling wordt verleend voor de duur van het faillissement, tenzij deze voortijdig wordt beëindigd.
- [121] Zie hierover C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, serie Onderneming en Recht deel 53*, Deventer: Kluwer, p. 541 e.v.