

Commissie Insolventierecht
van de Nederlandse Orde van Advocaten

Advies inzake het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking
van de positie van de curator
hierna: het Voorstel

1. Inleiding

De Commissie Insolventierecht (de "Commissie") heeft kennis genomen van het voorstel dat op 24 februari 2014 door de Minister van Justitie is gepubliceerd. Zij maakt graag gebruik van de mogelijkheid om in het kader van de consultatieronde te reageren op het Voorstel.

De Commissie is het op zich van harte eens met de Minister dat de medewerkings- en informatieverplichtingen van de gefailleerde en de (oud-)bestuurders jegens de curator moet worden versterkt en vindt het derhalve een goede zaak dat de informatieverplichtingen thans in expliciete wetsbepalingen worden gecodificeerd.

In het hierna volgende zal een aantal algemene opmerkingen over het wetsvoorstel worden gemaakt en voorts zullen enige kanttekeningen bij een paar wetsartikelen worden geplaatst.

2. Algemene kanttekeningen bij het voorstel

Het "*nemo tenetur*-beginsel"

Zoals ook al door de Commissie is opgemerkt in haar advies inzake het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de mogelijke invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod d.d. 30 mei 2013 onder punt vier, vreest de Commissie dat de thans aangescherpte informatieplicht (art. 105) op gespannen voet kan komen te staan met het *nemo tenetur*-beginsel. Kortheidshalve wordt in dit kader naar het hiervoor genoemde deel van het advies van 30 mei 2013 verwezen.

De vicieuze cirkel, geschetst in voornoemd advies, wordt (uiteraard) middels dit voorstel niet doorbroken. De Minister verwijst in de toelichting weliswaar naar een in dit kader relevante uitspraak van de Hoge Raad d.d. 24 januari 2014 (zaaknr. 13/02780) doch onderkent het gevaar van deze vicieuze cirkelproblematiek naar de mening van de Commissie onvoldoende.

De Commissie vreest dat de praktijk waarschijnlijk zal leren dat de gefailleerde of een (ex-)bestuurder zich snel op dit beginsel zal beroepen en dat dus de effectiviteit van de thans voorgestelde wetswijziging evenals de wetswijziging besproken in het hiervoor genoemde advies van 30 mei 2013 alleen al daardoor onder druk komt te staan.

De Commissie verzoekt de Minister zich in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel meer expliciet uit te laten over de gevolgen van het *nemo tenetur*-beginsel voor de thans in te voeren verscherpte informatieverplichtingen.

De taken van de curator en de daaraan verbonden tijds- en kostenaspecten

Invoering van de onderhavige wetsvoorstel heeft tot gevolg dat de curator een extra verplichting krijgt, te weten het doen van melding en/of aangifte tegen de gefailleerde of de (oud-)bestuurder (art. 71). Ook thans staat dit middel –echter dan als recht– de curator ter beschikking. Normaal gesproken zal de curator van dit middel echter alleen dan gebruikmaken –als hoofdregel– indien redelijkerwijs te verwachten is dat daardoor de belangen van de schuldeisers worden behartigd, lees: er een reële kans bestaat dat het boedelactief kan worden vergroot. De verplichting voor de curator tot het doen

van nader fraudeonderzoek en het eventueel melden van faillissementsfraude bij de bevoegde instanties zou naar het oordeel van de Commissie alleen dan meer effectiviteit gaan opleveren dan thans het geval is indien tegelijkertijd politie en justitie meer werk weten te maken van onderzoek en vervolging van faillissementsfraude. De ervaringen van curatoren met (de gevolgen van) het doen van aangifte van faillissementsfraude zijn gemiddeld genomen bepaald teleurstellend te noemen. De Commissie vreest dat wanneer de aanpak van faillissementsfraude vanuit politie en justitie niet (veel) effectiever zal plaatsvinden dan thans het geval is, de invoering van (onder meer) de onderhavige wetswijziging veelal in 'fraude'-faillissementen niet meer zal zijn dan symboolpolitiek.

In dit kader valt ook op dat blijkens de toelichting de minister zeer terughoudend is en blijft met het toekennen van geldelijke vergoedingen voor de –extra– werkzaamheden die thans in het kader van het invoeren van dit wetsvoorstel in de toekomst van de curator zullen worden verlangd.

Zoals ook al door de Commissie is opgemerkt in het advies van 30 mei 2013 onder punt 5, acht de Commissie het voor de effectiviteit van de bestrijding van faillissementsfraude van groot belang dat de Minister, bijvoorbeeld door het uitbreiden van de Garantstellingsregeling Curatoren, de extra werkzaamheden die in dit kader op de curator afkomen op de een of andere wijze worden vergoed.

3. Artikelsgewijs commentaar

De belangrijkste kanttekeningen op het voorstel zijn hiervoor reeds vermeld (de artikelen 71 en 105). In het hierna volgende volgt nog een tweetal opmerkingen over artikelen 105b en 106 lid 1.

Artikel 105 lid b: In de wettekst is niet geregeld of de derde aanspraak kan maken op enigerlei kostenvergoeding, terwijl in de toelichting (pagina 11, eerste alinea) wordt opgemerkt dat zij daarvoor van de curator een redelijke vergoeding mogen vragen. Een tweetal vragen rijst hier: Wat komt er van de praktische werking van dit artikel terecht indien de boedel geen baten bevat? Kan deze informatieverplichting door de curator ook worden afgedwongen indien geen vergoeding kan worden betaald?

Indien de boedel wel baten bevat, dient te worden verduidelijkt welke rangorde de onderhavige vergoedingsplicht heeft. Is er sprake van een concurrente boedelschuld of dient deze verplichting als superpreferente boedelschuld te worden aangemerkt?

Artikel 106 lid 1: Blijkens de tekst worden de artikelen 87 tot en met 92 van de Faillissementswet thans ook van toepassing op commissarissen. Dat zou naar de mening van de Commissie een ingrijpende verandering van het huidige systeem zijn. Blijkens de toelichting echter is het niet de bedoeling en gaat het slechts om de verplichtingen ex art. 105 (pagina 19, bovenaan, van de toelichting). Aannemende dat de commissie op dit punt de wettekst goed interpreteert, zou dat ook in de tekst dienen te worden verduidelijkt.