

34 253 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator)

Memorie van antwoord

De leden van de fractie van de VVD hebben enkele vragen gesteld ter verduidelijking van de reikwijdte van het onderhavige wetsvoorstel. Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om de gestelde vragen als volgt te beantwoorden, in de volgorde waarin zij in het op 21 februari jl. vastgestelde voorlopig verslag zijn gesteld.

De leden van de fractie van de VVD vragen wat moet worden verstaan onder de notie “onregelmatigheden”, waarover de curator de rechter-commissaris vertrouwelijk moet informeren als hij daarop is gestuit bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel. In het bijzonder vragen zij of altijd sprake moet zijn van handelingen die strafbare feiten opleveren.

In het voorgestelde artikel 68, tweede lid, onderdeel a, Faillissementswet (Fw) is sprake van “onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot”. Er is bewust gekozen voor een neutrale omschrijving van de notie “onregelmatigheden”, omdat de uiteindelijke juridische kwalificatie niet aan de curator is (Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 13). De notie “onregelmatigheden” is niet bij voorbaat beperkt tot in potentie strafbare gedragingen, zoals fraude en valsheid in geschrifte, maar kan ook feiten en omstandigheden omvatten die doen vermoeden dat er sprake is van, bijvoorbeeld, bewuste tegenwerking van de curator, paulianeuze handelingen, een repeterend faillissement of (kennelijk) onbehoorlijk bestuur. Het gaat, bijgevolg, ook om onregelmatigheden die geen strafbaar feit opleveren, maar wel een verzoek tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod op grond van artikel 106a Fw kunnen rechtvaardigen, een actio pauliana of een vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid (artikelen 2:138 en 2:248 Burgerlijk Wetboek; BW).

De leden van de VVD-fractie vragen verder of ook sprake kan zijn van “onregelmatigheden” als het bijvoorbeeld gaat om bestuurders, commissarissen, vennoten of feitelijk opdrachtgevers die overeenkomsten met betalingsverplichtingen zijn aangegaan, daarvan op de hoogte waren of daaraan goedkeuring hebben verleend, terwijl zij wisten of hadden kunnen weten dat deze wellicht niet meer voldaan zouden worden. Zij lopen, aldus deze leden, eerder een aansprakelijkheidsrisico op grond van Boek 2 BW, dan een risico om strafrechtelijk veroordeeld te worden.

In het antwoord op de voorgaande vraag ligt besloten dat ook in dergelijke omstandigheden sprake kan zijn van “onregelmatigheden” die binnen het bereik van het voorgestelde artikel 68, tweede lid, Fw vallen. De vaststelling van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 of 2:248 BW bij onherroepelijke uitspraak of doelbewust paulianeus handelen kan immers aanleiding zijn voor de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod (art. 106a, eerste lid, Fw). Dat geldt niet alleen voor bestuurders en vennoten, maar ook voor gewezen bestuurders en feitelijk beleidsbepalers. Overigens is het niet zo dat er, in de door de leden van

de VVD-fractie genoemde omstandigheden, nauwelijks risico op een strafrechtelijke veroordeling bestaat. Als er sprake is van (medewerking aan of toestemming voor) verbruik, uitgaven of vervreemding van buitensporige middelen van een rechtspersoon, als gevolg waarvan crediteuren in hun verhaal worden beperkt, riskeert een (feitelijk) bestuurder of commissaris bijvoorbeeld een veroordeling op basis van artikel 342 Wetboek van Strafrecht (Sr).¹ Ook overtreding van, onder meer, de sinds 1 juli 2016 eveneens aangescherpte artikelen 343 en 347 Sr kan aan de orde zijn.

Onder verwijzing naar het wetgevingsoverleg van 12 december 2016 in de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2016/17, 34 253, nr. 13) vragen de leden van de VVD-fractie verder of een gefailleerde de vragen van de curator altijd moet beantwoorden, en hoever zijn verplichting reikt om de curator eigener beweging te informeren.

De gefailleerde moet, in het belang van een goede afwikkeling ten bate van schuldeisers, meewerken aan de afwikkeling van het faillissement. De inlichtingenplicht vormt daarvan een hoeksteen, en omvat “alle inlichtingen” waarom wordt verzocht door, onder meer, de curator en de rechter-commissaris. Het voorgestelde artikel 105 Fw is sterk geënt op artikel 4.1.6, eerste lid, van het Voorontwerp Insolventiewet van de Commissie insolventierecht onder voorzitterschap van prof. S.C.J.J. Kortman (2007)². Dat geldt ook voor de verplichting om eigener beweging inlichtingen aan de curator te verschaffen, die in wezen een codificatie vormt van rechtspraak van de Hoge Raad (HR 15 februari 2002, NJ 2002/259). Het gaat daarbij om feiten en omstandigheden waarvan iemand weet of hoort te weten dat die voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn (voorgesteld art. 105, eerste lid, Fw). Art. 105, tweede lid, Fw geeft hiervan een treffend voorbeeld, namelijk de aanwezigheid van buitenlandse vermogensbestanddelen, zoals banktegoeden en onroerend goed. Evenals nu, kan degene die deze verplichtingen niet nakomt straks in verzekerde bewaring worden gesteld (art. 87 Fw). In bijzondere gevallen kan bovendien een civielrechtelijk bestuursverbod worden opgelegd wegens ernstige tegenwerking van de curator (art. 106a, eerste lid, onderdeel c, Fw). Verder kan er strafrechtelijke vervolging worden ingesteld wegens het niet nakomen van deze inlichtingenplichten (art. 194 Sr).

De leden van de fractie van de VVD vragen de regering, ten slotte, om nader in te gaan op de toepassing van het nemo-teneturbeginsel en de afbakening daarvan.

Op het nemo-tenetur-beginsel, zijnde het door artikel 6 EVRM geborgde verbod op gedwongen zelfincriminatie, is in de schriftelijke stukken bij de behandeling in de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2014/15, 34 253, nr. 3, par. 6.2 alsmede Kamerstukken II 2015/16, 34 263, nr. 6, par. 3 en 6) evenals tijdens het wetgevingsoverleg van 12 december 2016 uitvoerig ingegaan. In aanvulling daarop zij het volgende opgemerkt.

De inlichtingen- en medewerkingsplichten van de failliet en anderen jegens de curator hebben een functioneel karakter, in die zin dat zij volledig en uitsluitend ten dienste van de afwikkeling van het faillissement staan. Zoals bij een andere gelegenheid al is opgemerkt, is er in dat stadium nog geen sprake van een strafrechtelijk onderzoek, laat staan van een ‘criminal

¹ Zoals gewijzigd per 1 juli 2016 op grond van de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (Stb. 2016, 154).

² <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet>.

charge' tegen iemand.³ Artikel 6 EVRM verzet zich dan ook niet tegen het bestaan van deze (in dit wetsvoorstel nader gespecificeerde) inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen, noch tegen hiervoor genoemde mogelijkheden om naleving ervan af te dwingen of schending ervan te sanctioneren (HR 24 januari 2014, JOR 2014/251, ov. 3.5).

Het is echter niet uitgesloten dat inlichtingen die aan de curator zijn verstrekt uiteindelijk leiden tot de indruk dat mogelijk fraude is gepleegd, en er melding of aangifte wordt gedaan. Dan komt het nemo-tenetur-beginsel in beeld. In zijn algemeenheid zullen de in de uitoefening van de inlichtingenplicht afgelegde verklaringen van de failliet, voor zover zij zijn verkregen onder dwang of dreiging van een sanctie, niet mogen worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolging (HR 12 juli 2013, NJ 2013/435; HR 24 januari 2014, JOR 2014/251). Dit geldt overigens alleen voor zover het gaat om wilsafhankelijk materiaal, zoals een persoonlijke verklaring. Met betrekking tot het afgeven van de administratie aan de curator laat art. 6 EVRM wel voldoende ruimte voor eventueel later gebruik als strafrechtelijk bewijs. Het betreft hier zogenaamde wilsonafhankelijke gegevens, niet betreffende verklaringen van de betrokkene (EHRM 17 december 1996, Saunders/VK, NJ 1997/699, HR 19 september 2006, NJ 2007/39 en HR 12 juli 2013, NJ 2013/435). Hetzelfde geldt voor het gebruik van bankafschriften. In algemene zin geldt volgens de Hoge Raad "dat de kwalificatie van materiaal als 'wilsonafhankelijk' dan wel 'wilsafhankelijk' [...] is verbonden aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin 'bestaat' onafhankelijk van de wil van betrokkene)." (HR 24 april 2015, ov. 4.4.2, ECLI:NL:HR:2015:1117). Overigens stelt het nemo-tenetur-beginsel alleen grenzen aan het gebruik van iemands eigen inlichtingen. Het laat onverlet, en is niet in strijd met artikel 6 EVRM, dat iemand wordt vervolgd en berecht voor dezelfde (strafbare) feiten als waarover hij de curator inlichtingen heeft verstrekt, maar op grond van een bekentenis of bewijs dat op andere wijze is verkregen, zoals getuigenverklaringen of dossieronderzoek. Evenmin kan iemand voor zichzelf strafrechtelijke immuniteit bewerkstelligen door de curator maar alles te vertellen wat hij weet.

Kortom, het verbod van gedwongen zelfincriminatie staat niet in de weg aan een algemene inlichtingenplicht van de failliet jegens de curator. Het nemo tenetur-beginsel komt pas in beeld als het tot een strafvervolging komt. Het stelt daarbij grenzen aan de wijze waarop bepaalde bewijsstukken al dan niet mogen worden gebruikt. De uit artikel 6 EVRM voortvloeiende fundamentele rechten van betrokkene, met inbegrip van het nemo tenetur-beginsel, worden dan ten volle verzekerd door de (straf)rechter (o.a. HR 24 januari 2014, JOR 2014/251, ov. 3.7 en HR 24 april 2015, m.n. ov. 4.3.6, ECLI:NL:HR:2015; 1117). Dit wetsvoorstel laat die rechtsstatelijke waarborg onverlet.

De Minister van Veiligheid en Justitie,

S.A. Blok

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