

Ministerie van Justitie en Veiligheid
T.a.v. Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De heer F.M. (Franc) Weerwind

Datum: 28 februari 2022
Ons kenmerk: 90006 /V2

Onderwerp: Zienswijze n.a.v. Discussienota "Consultatiedocument betreffende het insolventierecht"

Hooggeachte heer Weerwind,

Op 1 november 2021 heeft u een open consultatie inzake het insolventierecht gepubliceerd.

De bedoeling daarvan is om de insolventiepraktijk te betrekken bij de verdere ontwikkeling van het insolventierecht. Namens Recoup Advocaten te Utrecht (www.recoup.nl) en het Kennisplatform Faillissementsfraude (www.faillissementsfraude.nl) wordt hierbij gereageerd op de discussienota, in het bijzonder voor wat betreft "Het takenpakket van de curator".

De advocaten van Recoup worden door de rechtbank regelmatig als fraudecurator benoemd in complexe fraudefaillissementen. Het kennisplatform Faillissementsfraude heeft tot doel informatieverstrekking en -uitwisseling en kennisuitbreiding ten aanzien van faillissementsfraude te faciliteren bij zowel publieke als private instanties, onder andere door het aanbieden van een specialisatieopleiding Faillissementsfraudebestrijding. Beide partijen brengen derhalve relevante ervaring uit de praktijk mee.

Bij de consultatie is een discussienota gevoegd. De discussienota is in consultatie gegeven om zienswijzen te verzamelen over een aantal thema's die in de afgelopen jaren in het kader van verschillende beleids- en wetgevingstrajecten zijn opgekomen. Eén van die thema's is "Het takenpakket van de curator". De discussienota omschrijft de hoofdtaak van de curator, het beheren en vereffenen van het vermogen van de schuldenaar en in het verlengde daarvan oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek.

Ten aanzien van dat takenpakket, wordt in deze zienswijze voorgesteld een nieuw lid 2 toe te voegen aan art. 93a Fw. Alvorens dat voorstel inhoudelijk wordt behandeld, wordt eerst een inleiding gegeven op het takenpakket van de curator in het algemeen.

Zienswijze

Voor een goed begrip van het takenpakket van de curator, is het van belang eerst goed te begrijpen waarvoor een faillissement dient.

Het faillissement is een algeheel beslag op het vermogen van de schuldenaar (art. 20 Fw). Het faillissementsbeslag treedt in de plaats van de door schuldeisers individueel gelegde beslagen (art. 33 Fw). Schuldeisers kunnen zelf geen verhaal meer nemen op het vermogen van de schuldenaar en dienen hun vordering ter verificatie in te dienen bij de curator (art. 110 Fw). De curator wordt aangesteld om het algemene faillissementsbeslag te effectueren.¹

¹ Vgl. Hof Arnhem 16 september 1985, KG 1985, 304: "De curator, die voor de belangen van de crediteuren dient op te komen, draagt zorg voor de bewaring van de boedel en is ook belast met de effectivering van het algemene faillissementsbeslag."



De primaire taak van de curator is het beheer en de vereffening van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers (art. 68 Fw). De wetgever heeft met de invoering van de Wet versterking positie curator in dit uitgangspunt geen verandering willen brengen.²

De vereffeningstaak heeft een executoriaal karakter, dit is onder andere terug te zien in het uitgangspunt dat goederen in het openbaar dienen te worden verkocht (art. 176 lid 1 Fw). Voordat tot vereffening kan worden overgegaan, dient de curator de boedel eerst *“met alle nodige en gepaste middelen”* te conserveren (art. 92 Fw) en te verzegelen (art. 93 Fw). De beheerstaak van de curator heeft derhalve een conservatoir karakter, zoals ook uit de wetsgeschiedenis volgt:³

“Het is van het grootste belang dat de schuldenaar terstond te gelegenheid ontnomen worde om de boeken alsnog te wijzigen of bij te werken. Vandaar het imperatieve voorschrift dat de curator deze onder zich moet nemen onmiddellijk bij zijn eerste bezoek aan des gefailleerden woning of kantoor. Gelijke verplichting wordt hem opgelegd ten aanzien van geld, effecten en andere papieren van waarde, daar op deze voor den boedel zoo gewichtige zaken moeilijk het oog is te houden, en verzegeling of beschrijving van den boedel niet altijd op staanden voet kan plaats hebben.”

In het kader van de conservatoire taakopdracht, heeft de wetgever een aantal (dwang)middelen c.q. bevoegdheden in de Faillissementswet opgenomen, zoals het faillissementsverhoor (art. 66 Fw), de faillissementsgijzeling (art. 87 Fw), de paspoortsignalering (art. 91 Fw jo. 52 Paspoortwet) en het recht om iedere plaats te betreden (art. 93a Fw). Daartegenover staan ook verplichtingen van de schuldenaar en derden om de curator - kort gezegd - van alle nodige informatie en medewerking te voorzien (art. 105 e.v. Fw).

Sinds de invoering van de Faillissementswet eind 19^e eeuw is veel jurisprudentie verschenen over de conservatoire taak van de curator, hoe ver zijn bevoegdheden c.q. middelen reiken en hoe ver de verplichtingen van de schuldenaar en derden jegens de curator gaan.⁴ Met de Wet versterking positie curator is een groot deel van die jurisprudentie gecodificeerd.⁵ Daarbij is echter een belangrijke bevoegdheid over het hoofd gezien, de bevoegdheid tot doorzoeking ex art. 93a Fw.

De Faillissementswet bepaalt in art. 93a Fw:

“De curator heeft toegang tot elke plaats, voorzover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. (...)”

De tekst van art. 93a Fw is nagenoeg gelijk aan art. 444 lid 1 Rv, waarin de deurwaarder eenzelfde bevoegdheid wordt toegekend met het oog op het in beslag nemen van zaken:

“De deurwaarder heeft ter inbeslagneming toegang tot elke plaats, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.”

Voor de deurwaarder is in art. 444 lid 2 Rv echter ook bepaald dat deze afgesloten deuren en huisraad mag openen:

“Indien de deuren gesloten zijn, of de opening daarvan geweigerd wordt, gelijk mede indien geweigerd wordt enige kamer of stuk huisraad te openen, alsmede wanneer bij niet-tegenwoordigheid van de geëxecuteerde er niemand gevonden wordt om hem te vertegenwoordigen, zal de deurwaarder zich vervoegen bij de burgemeester der gemeente in wiens tegenwoordigheid de opening van de deuren en van het huisraad zal worden gedaan voor

² Kamerstuk II, 2014-2015, Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), 34253 nr. 3, p. 12-13: *“De traditionele kerntaak van de curator is (...) het beheer en de vereffening van de failliete boedel ten bate van de crediteuren. Deze taak is neergelegd in artikel 68, eerste lid, Fw, en blijft ongewijzigd.”* En *“...de traditionele kerntaak van de curator uit artikel 68, eerste lid, Fw onverlet laat.”*

³ Van der Feltz, Geschiedenis van de Faillissementswet, deel II, p. 52.

⁴ Zie hierover W.J.B. van Nielen, ‘Middelen van de curator bij faillissementsfraude’, Tvl 2013/13.

⁵ Zie hierover F. Ortiz Aldana & H.J. de Kloet, ‘Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt?’, MvO 2018. Afl. 1-2.



zover dat redelijkerwijs nodig is. De burgemeester kan zich doen vertegenwoordigen door een ambtenaar van politie die tevens hulpofficier van justitie is. Van de tegenwoordigheid van deze ambtenaar en van hetgeen in zijn bijzijn, uit kracht van dit en de volgende drie artikelen, is verricht, zal melding gemaakt worden in het proces-verbaal van beslag.”

Deze bevoegdheid was al in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838 terug te vinden. In het toenmalige art. 444 staat dat de deurwaarder:⁶

“bijaldien de deuren gesloten zijn, of de opening daarvan geweigerd wordt, gelijkmede, bijaldien geweigerd wordt eenige kamer of stuk huisraad te openen, mitsgaders wanneer bij niet-tegenwoordigheid van den persoon, tegen wien het beslag geschiedt, er niemand gevonden wordt om hem te vertegenwoordigen, zich vervoegen bij het hoofd, of een lid van het gemeentebestuur (...) in wiens tegenwoordigheid de opening der deuren en van het huisraad zal gedaan worden (...).”

Daartoe werd overwogen dat wanneer eenmaal een vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, het niet in de macht van de schuldenaar moet liggen om de tenuitvoerlegging van het vonnis te beletten. Als waarborg is toegevoegd dat de deurwaarder zich niet in zijn eentje toegang kan verschaffen tot de woning, maar zich moet laten bijstaan door het openbaar gezag (bijvoorbeeld de burgemeester of de commissaris van de politie).⁷

Een vergelijkbare bepaling voor de curator in art. 93a Fw ontbreekt, terwijl in de praktijk wel wordt aangenomen dat de curator bevoegd is een woning te doorzoeken:

“De curator is bevoegd, wederom met inachtneming van voormelde grenzen van proportionaliteit en subsidiariteit, alles te openen (deuren, kasten, lades, etc.) waarvan hij redelijkerwijze kan denken dat daarvan resultaat te verwachten is.”⁸

De curator kan zijn *imperatieve* taakopdracht om terstond alles van waarde onder zich te nemen, immers niet uitvoeren als de schuldenaar de gelegenheid wordt gegeven zijn activa en administratie te verstoppen en zo de effectuering van het algehele faillissementsbeslag te beletten. Een soortgelijke afweging ligt ten grondslag aan de bevoegdheid van de deurwaarder tot doorzoeking van een woning ex art. 444 lid 2 Rv (het moet niet in de macht van de schuldenaar liggen om de tenuitvoerlegging van het vonnis te beletten), zodat het geboden is deze ook expliciet vast te leggen voor de conservatoire taakopdracht van de curator en zijn bevoegdheid tot binnentreden en doorzoeken ex art. 93a Fw. De curator voert immers dezelfde taak uit als een deurwaarder (het effectueren van beslag), maar dan voor de gezamenlijke schuldeisers in plaats van slechts een schuldeiser.

Uit de wetsgeschiedenis is niet af te leiden waarom in art. 93a Fw een met art. 444 lid 2 Rv vergelijkbare bepaling ontbreekt. Daarin is slechts terug te vinden dat met art. 93a Fw is aangesloten bij de in de praktijk gehuldigde opvatting dat de bevoegdheid van de curator om zo nodig binnen te treden voortvloeit uit zijn wettelijk omschreven taken.⁹ Reeds vóór de inwerkingtreding van art. 93a Fw op 1 oktober 1994 werd aangenomen dat de curator de bevoegdheid had om uit hoofde van zijn wettelijke taken (art. 68 en art. 92 Fw) de woning van de gefailleerde, ook zonder diens toestemming, te betreden.¹⁰ In de Memorie van Toelichting is slechts terug te vinden dat art. 93a Fw is toegevoegd, omdat art. 12 van de Grondwet noopte tot een wettelijke grondslag.¹¹

⁶ Van den Honert, *Handboek voor de Burgerlijke rechtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam: L. van der Vinne 1839, p. 471.

⁷ De Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van Burgerlijke regtsvordering*, 's Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1845, p. 537.

⁸ T. Hilverda, *Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2017, p. 59.

⁹ S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & B.A. Schuijling, 'Geschiedenis Fw - Wetswijzigingen (O&R nr. 2-III)', art. 93a Fw, aant. 1 inzake NvW 2 (22 539)/Eindtekst (Stb. 1994, 573)

¹⁰ Zie Hof Arnhem 16 september 1985, NJ 1986/166; KG 1985/304 (hoger beroep van Rb. Zutphen (pres.) 16 juli 1985, KG 1985/227.

¹¹ Kortmann, Faber & Schuijling, *Geschiedenis Fw - Wetswijzigingen (O&R nr. 2-III)*, art. 93a Fw, aant. 1.



De wetgever lijkt echter over het hoofd te hebben gezien dat het ook uit de wettelijke taakomschrijving van de curator voortvloeit dat hij tijdens een binnentreding zo nodig ook een woning kan doorzoeken op waardevolle activa en administratie, gelijk een deurwaarder buiten faillissement ex art. 444 lid 2 Rv.¹² Omdat in de huidige tekst van art. 93a Fw slechts de bevoegdheid tot binnentreding is gecodificeerd en de grens tussen binnentreden en doorzoeken is niet altijd duidelijk is,¹³ zorgt de huidige situatie voor rechtsonzekerheid. In het Insolad Jaarboek 2019 is daarom reeds de aanbeveling gedaan om de bevoegdheid van de curator tot het doorzoeken van een woning expliciet in art. 93a Fw op te nemen, omdat het hoort bij de conservatoire taak van de curator:

“Overigens ligt het voor de hand om de bevoegdheid van artikel 444 lid 2 Rv tot openen van huisraad ook toe te kennen aan de curator in artikel 93a Fw. De curator is immers net als de deurwaarder op zoek naar goederen waarop schuldeisers zich (in faillissement door het indienen van de vordering ter verificatie) kunnen verhalen. De bevoegdheid om huisraad te openen, is onder omstandigheden dienstig aan de taak van de curator tot vergaring van de boedel. De rechter-commissaris zou de rol van de burgemeester kunnen vervangen in het waarborgen van de belangen van degene van wie deuren en huisraad geopend worden. De rechter-commissaris is als toezichthouder betrokken bij de afwikkeling van de boedel. Hierdoor kan hij goed beoordelen of het belang van de boedel vereist dat de curator een dergelijke vergaande bevoegdheid inzet.”¹⁴

Ten overvloede wordt opgemerkt dat strafrechtelijke jurisprudentie over dit onderwerp niet zonder meer analoog kan worden toegepast. Art. 93a Fw is immers aan de curator toegekend met een wezenlijk ander doel (zoals hiervoor omschreven) dan waarmee in het strafrecht wordt binnentreden. Vergelijk hierover ook mr. drs. B.M. Katan:

“De strafrechtelijke jurisprudentie over dit onderwerp kan nuttige inzichten opleveren, maar kan niet zonder meer analoog worden toegepast, gezien de verschillende doelen en gevolgen van het strafrecht en het faillissementsrecht.” (...)

“Hoewel de doorzoeking van een woonhuis mijns inziens met minder waarborgen hoeft te worden omkleed wanneer deze niet gericht is op latere strafrechtelijke vervolging en leedtoevoeging, zal de curator toch terughoudendheid moeten betrachten, zeker wanneer geen onafhankelijk waarnemer bij de doorzoeking aanwezig is.”¹⁵

Dat het strafrecht niet zomaar (analoog) op het faillissementsrecht kan worden toegepast, blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat in het faillissementsrecht de inlichtingenplicht prevaleert boven het recht om zich niet te incrimineren (het nemo tenetur beginsel).¹⁶ Het ligt derhalve veel meer voor de hand om aan te sluiten bij de bevoegdheid van de deurwaarder ex art. 444 lid 2 Rv en soortgelijke waarborgen in art. 93a lid 2 Fw op te nemen.

Aanbeveling

Zoals hiervoor uiteengezet, zou aan art. 93a Fw een tweede lid moeten worden toegevoegd waarmee de bevoegdheid van de curator tot doorzoeking van een woning, welke bevoegdheid voortvloeit uit zijn wettelijk vastgelegde taak om het faillissementsbeslag te effectueren, wordt gecodificeerd. De rechter-commissaris is dan de aangewezen persoon om de rol die de burgemeester in art. 444 lid 2 Rv heeft, in faillissement te vervullen.¹⁷ Daarbij zou de rechter-commissaris zich om praktische redenen moeten kunnen laten vertegenwoordigen door een onafhankelijke deurwaarder die alsdan de opdracht krijgt een proces-verbaal van constateringen op te maken. Daarmee wordt de thans reeds bestaande praktijk

¹² Kamerstukken II 1991/92, 22539, nr. 3 (MvT); Kamerstukken II 1993/94, 22539, nr. 12 (Nader gewijzigd voorstel van wet).

¹³ Zie hierover M.J. Borgers, ‘Binnentreden, zoekend rondkijken en doorzoeken. Waar liggen de grenzen onder het nieuwe recht?’, DD 2004/5, p. 540-559 en ook P. Mevis, Commentaar op artikel 9 Awbi, in: C.P.M. Cleiren, M.J.M. Verpalen en J.H. Crijns (red.), Tekst & Commentaar Strafvordering, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt t/m 15 december 2017).

¹⁴ Zie hierover H.J. de Kloe, Met de deur in huis vallen? Over de bevoegdheid tot binnentreden van de curator. In De curator en de failliet (INSOLAD Jaarboek 2019) (pp. 287–312)

¹⁵ B.M. Katan, ‘Overzichtsartikel: insolventierecht en het EVRM’, Tvl 2006/20.

¹⁶ W.J.B. van Nielen & A. Karapetian, ‘De contouren van het nemo tenetur beginsel in faillissement en de verhouding tot de wet versterking positie curator’, Tvl 2019/17.

¹⁷ Zie ook H.J. de Kloe, Met de deur in huis vallen? Over de bevoegdheid tot binnentreden van de curator. In De curator en de failliet (INSOLAD Jaarboek 2019) (pp. 287–312)



waarbij curatoren vaak een deurwaarder als onafhankelijke derde meenemen om een proces-verbaal van constateringen op te laten maken, vastgelegd. Op die manier is de bevoegdheid tot doorzoeking ook met een gepaste wettelijke waarborg omkleed.

Het tweede lid van art. 93a Fw zou met inachtneming van het voorgaande – en in aansluiting op de terminologie van art. 444 lid 2 Rv - kunnen luiden:

“Indien de deuren gesloten zijn, of de opening daarvan geweigerd wordt, en indien geweigerd wordt enige kamer of stuk huisraad te openen, en wanneer bij niet-tegenwoordigheid van de schuldenaar er niemand gevonden wordt om hem te vertegenwoordigen, zal de curator zich vervoegen bij de rechter-commissaris in wiens tegenwoordigheid de opening van de deuren en van het huisraad zal worden gedaan voor zover dat redelijkerwijs nodig is. De rechter-commissaris kan zich doen vertegenwoordigen door een deurwaarder. Van de tegenwoordigheid van deze deurwaarder en van hetgeen in zijn bijzijn, uit kracht van dit artikel is verricht, zal melding gemaakt worden in een proces-verbaal van constateringen.”

Met een dergelijke bepaling wordt niet alleen de rechtszekerheid bevorderd, de curator wordt ook beter in staat gesteld zijn *imperatieve* taakopdracht tot effectuering van het faillissementsbeslag uit te voeren. Ook de positie van de rechter-commissaris en zijn toezichtrol in het faillissement wordt hiermee verder versterkt, nu deze als onafhankelijk waarnemer bij de doorzoeking aanwezig zal zijn of zich ter zake door een deurwaarder als onafhankelijke derde kan laten vertegenwoordigen.¹⁸ De deurwaarder krijgt in dat geval de opdracht om een op ambtseed opgemaakt proces-verbaal van constateringen te maken, hetgeen ook in het belang is van de bewoner bij wie wordt binnengetreden.

Vertrouwende u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,

W.J.B. van Nielen & F. Ortiz Aldana

¹⁸ Dat de deurwaarder namens de rechter-commissaris optreedt, is de Faillissementswet niet vreemd. Zie o.a. art. 66 lid 2 Fw waarin ook is bepaald dat getuigen namens de rechter-commissaris worden gedagvaard door een deurwaarder.