

Vergaderjaar 2014–2015

34 253

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

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 4 juni 2015 en het nader rapport d.d. 7 juli 2015, aangeboden aan de Koning door de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 1 april 2015, no. 2015000588, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), met memorie van toelichting.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 1 april 2015, nr. 2015000588, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 4 juni 2015, nr. W03.15.0091/II, bied ik U hierbij aan. Het ontwerp geeft de Afdeling advisering aanleiding tot het maken van een inhoudelijke opmerking.

De voorgestelde wijzigingen in de Faillissementswet (Fw) hebben tot doel faillissementsfraude te bestrijden. Daartoe wordt onder meer voorgesteld de fraudesignalerende rol van de curator wettelijk vast te leggen en te versterken door te voorzien in vervolgstappen voor de curator als hij in een faillissement onregelmatigheden² signaleert.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

² Het betreft onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt (paulianeuze onttrekkingen, kennelijk onbehoorlijk bestuur), die de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken (afwezigheid van adequate administratie) of die het tekort in het faillissement hebben vergroot (paulianeuze onttrekkingen).

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel naar de Tweede Kamer te zenden, maar adviseert in de toelichting nader in te gaan op de noodzaak van de bevoegdheid voor de rechter-commissaris om de curator te bevelen melding of aangifte van onregelmatigheden te doen bij de bevoegde instanties en het voorstel zo nodig aan te passen.

De curator wordt volgens het voorstel verplicht bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel te bezien of zich onregelmatigheden voordoen. Hij dient vervolgens de rechter-commissaris vertrouwelijk te informeren over de onregelmatigheden en doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte ervan bij de bevoegde instanties.³

In de toelichting wordt vermeld dat indien de rechter-commissaris meent dat de door de curator gerapporteerde onregelmatigheden qua aard of omvang dermate ernstig zijn, dat melding of aangifte geboden is, hij de curator daartoe kan gelasten.⁴ Voorts wordt vermeld dat «voorgesteld moet worden dat het primaat om melding te maken of aangifte te doen van onregelmatigheden bij de curator ligt. Mochten de rechter-commissaris en de curator van mening verschillen over de noodzaak om melding te maken of aangifte te doen van onregelmatigheden, dan is het in het kader van de fraudebestrijding van belang dat de beslissing om wél melding te maken of aangifte te doen prevaleert. Hierin wordt voorzien door te bepalen dat de curator van geconstateerde of vermoede onregelmatigheden melding of aangifte doet als hij dat nodig acht. In het geval de curator nalaat om te voldoen aan het bevel van de rechter-commissaris om melding te maken of aangifte te doen, dan kan de rechter-commissaris de rechtbank verzoeken om de curator te ontslaan (art. 73 Fw⁵).»⁶

De Afdeling merkt op dat onvoldoende duidelijk is wat de toegevoegde waarde is van de voorgestelde bevoegdheid voor de rechter-commissaris. De rechter-commissaris is immers te allen tijde bevoegd de rechtbank te verzoeken de curator te ontslaan dan wel te vervangen (artikel 73 Fw). Dat geldt ook in het geval de curator een verzoek van de rechter-commissaris niet wenst op te volgen. In dat licht is de introductie van een mogelijk bevel aan de curator tot melding van faillissementsfraude niet noodzakelijk. Uit de toelichting blijkt voorts niet dat zich in de samenwerking tussen de curator en de rechter-commissaris problemen voordoen, ook niet in de gevallen waarin de rechter-commissaris en de curator van mening verschillen over de noodzaak om melding te maken of aangifte te doen.⁷

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de noodzaak van de bevoegdheid voor de rechter-commissaris om de curator te bevelen melding of aangifte van onregelmatigheden te doen bij de bevoegde instanties en het voorstel zo nodig aan te passen.

³ Voorgesteld artikel 68, tweede lid, Fw.

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1. Versterking van de fraudesignalerende rol van de curator.

⁵ Artikel 73 Fw: 1. De rechtbank heeft de bevoegdheid de curator te allen tijde, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, te ontslaan en door een ander te vervangen, of hem een of meer medecurators toe te voegen, een en ander hetzij op voordracht van de rechter-commissaris, hetzij op een met redenen omkleed verzoek van een of meer schuldeisers, de commissie uit hun midden, of de gefailleerde. 2. De ontslagen curator legt rekening en verantwoording van zijn beheer af aan de in zijn plaats benoemde curator.

⁶ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel B, onder «Het maken van een melding of het doen van aangifte bij onregelmatigheden».

⁷ De Raad voor de rechtspraak merkt in zijn advies op dat het staande praktijk is dat de curator de rechter-commissaris van zijn bevindingen op de hoogte stelt en in dat kader de wenselijkheid van aangifte met de rechter-commissaris bespreekt. Advies Raad voor de rechtspraak d.d. 16 juni 2014, blz. 2.

De Afdeling adviseert om nader in te gaan op de noodzaak van de bevoegdheid voor de rechter-commissaris om de curator te kunnen bevelen melding of aangifte van onregelmatigheden te doen bij de bevoegde instanties, nu hij op grond van artikel 73 Fw de rechtbank ten algemene kan verzoeken om de curator te ontslaan als een bevel van de rechter-commissaris niet wordt nageleefd. Naar aanleiding hiervan zij het volgende opgemerkt.

De voorgestelde bevoegdheid voor de rechter-commissaris maakt onderdeel uit van de procedure in artikel 68 lid 2 Fw, ingevolge welke de curator voortaan bij het beheer en de vereffening van de boedel ook 1) moet bezien of er sprake is van onregelmatigheden, 2) deze moet melden bij de rechter-commissaris en 3) zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, hiervan melding of aangifte moet doen. Met deze procedure wordt de fraudesignalerende taak van de curator ten aanzien van onregelmatigheden rondom een faillissement geïnstitutionaliseerd en versterkt door deze taak van een vervolprocedure te voorzien.

In deze nieuwe vervolprocedure wordt om twee redenen expliciet bepaald dat de rechter-commissaris moet beoordelen of aangifte of melding doen van onregelmatigheden nodig is.

Ten eerste, omdat de huidige faillissementswet de rechter-commissaris geen generieke aanwijzingsbevoegdheid geeft om de curator in algemene zin te kunnen instrueren. De hoofdtaak van de rechter-commissaris is het toezicht houden op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator. De bevoegdheden en instrumenten die hem hiertoe ter beschikking staan, staan grotendeels expliciet in de Faillissementswet.

Ten tweede acht de regering het van groot belang dat helder is hoe deze nieuwe procedure wordt ingericht met het oog op rechtszekerheid en transparantie voor belanghebbenden. Hiertoe behoren naast de curator bijvoorbeeld ook de schuldeisers en de gefailleerde. De regering acht rechtszekerheid en transparantie in casu dermate zwaarwegend dat ervoor is gekozen om dit expliciet in artikel 68 lid 2 Fw (nieuw) te regelen.

Met de Afdeling heeft ook de regering de indruk dat de samenwerking tussen de curatoren en de rechters-commissarissen in de praktijk goed verloopt. Het is uiteraard van belang dat dit zo blijft, ook in de nieuwe wettelijke context waarin de curator een uitdrukkelijke fraudesignalerende taak in faillissementskwesaties krijgt. Een heldere procedure heeft dan een eigen meerwaarde.

Het voorgaande is in de toelichting bij artikel I, onderdeel B, over het voorgestelde artikel 68, lid 2, Fw nader verduidelijkt.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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