

Wat niet is, kan nog komen!

Praktijkgericht juridisch onderzoek voor MR Advocaten en Adviseurs B.V. naar de afdwingbaarheid van administratie op basis van artikel 105b van de Faillissementswet



Naam: M.A.E. (Romy) van Ginneken
Klas: 4YD
Studentnummer: 2095497

Afstudeerorganisatie: MR Advocaten en Adviseurs B.V.

Rijen, 28 mei 2018

Wat niet is, kan nog komen!

Praktijkgericht juridisch onderzoek voor MR Advocaten en Adviseurs B.V. naar de afdwingbaarheid van administratie op basis van artikel 105b van de Faillissementswet

Naam: M.A.E. (Romy) van Ginneken
Klas: 4YD
Studentnummer: 2095497

Afstudeerorganisatie: MR Advocaten en Adviseurs B.V.
Afstudeermentor: Mr. L.Y. Pawlikowski

Eerste docent: B.C.M. Hooijdonk
Tweede docent: T. Vermeulen

Illustratie voorpagina: 'Snel grip op mijn administratie', *Drukke moeders* 18 mei 2018, drukkemoeders.nl.

Rijen, 28 mei 2018

Voorwoord

Dit onderzoeksrapport is opgesteld in opdracht van MR Advocaten en Adviseurs B.V. Op 1 juli 2017 is de Wet versterking positie curator in werking getreden, waarmee artikel 105b Faillissementswet aan de Faillissementswet is toegevoegd. Op basis van art. 105b Fw kan de curator administratie opvragen bij derden met inbegrip van accountantsorganisaties en een externe accountant. Het is echter onduidelijk hoever het begrip 'derden' reikt. Is dit artikel bijvoorbeeld ook bestemd voor een persoon die een eenmanszaak heeft waarbinnen hij administratie voor derden verzorgd (ZZP'er)? Dit was de aanleiding van dit onderzoek. Het onderzoek richt zich op de betekenis en de toepasbaarheid van art. 105b Fw.

Van mijn docent, de heer Bart Hooijdonk, heb ik goede adviezen en feedback ontvangen, waarvoor ik hem zeer dankbaar ben. Daarnaast ben ik ook mevrouw Pawlikowski zeer dankbaar, voor de begeleiding tijdens mijn afstuderen en de feedback.

Tot slot wil ik mijn steun en toeverlaat bedanken, Stijn. Ik stond op met mijn onderzoek en ging ermee naar bed. Stijn zorgde voor de leuke uitjes ter afleiding, deed veel in het huishouden zodat ik aan mijn onderzoek kon werken, luisterde eindeloos naar mijn theorieën over het onderzoek, had eindeloos veel geduld en gaf altijd weer goede tips en feedback.

Dankzij jullie heb ik het onderzoek tot een goed einde weten te brengen.

Romy van Ginneken

Rijen, mei 2018

Inhoudsopgave

Samenvatting	5
Lijst met afkortingen	6
Hoofdstuk 1 – Inleiding	7
1.1 – Afstudeerorganisatie	7
1.2 – Probleembeschrijving	7
1.3 – Doelstelling	8
1.4 – Centrale vraag	8
1.5 – Deelvragen	8
1.6 – Verantwoording van methoden en technieken	9
1.7 – Leeswijzer	9
Hoofdstuk 2 – Wet versterking positie curator en art. 105b Fw	10
2.1.1 – Wetgevingsprogramma herijking van het faillissementsrecht	10
2.1.2 – Versterking positie/taak curator	10
2.2.1 – Derden	11
2.2.2 – Administratie	12
2.2.3 – Retentierecht	12
2.3 – Tussentijdse conclusie	13
Hoofdstuk 3 – De praktijk	15
3.1 – Opvragen van administratie bij een derde	15
3.2 – Opvragen van administratie wegens vermoedens van faillissementsfraude	15
3.3 – Wet versterking positie curator en art. 105b Fw	16
3.4 – Tussentijdse conclusie	17
Hoofdstuk 4 – Afdwingmogelijkheden	18
4.1.1 – Vordering tot afgifte van de administratie (hoofdvordering)	18
4.2.1 – Opleggen dwangsom	18
4.2.2 – Kosten	19
4.2.3 – Deelconclusie	20
4.3.1 – Het in beslag nemen van de administratie	20
4.3.2 – Kosten	21
4.3.3 – Deelconclusie	22
4.4.1 – Bewijsbeslag	22
4.4.2 – Rechtmatig belang	22
4.4.3 – Bepaalde bescheiden	23
4.4.4 – Rechtsbetrekking	23
4.4.5 – Uitzonderingen	23
4.4.6 – Kosten	24
4.4.7 – Deelconclusie	25
4.5.1 – Strafbaarheid	25
4.5.2 – Kosten	27
4.5.3 – Deelconclusie	27
4.6 – Tussentijdse conclusie	28
Hoofdstuk 5 – Conclusies en aanbevelingen	30
5.1 – Conclusies	30
5.2 – Aanbevelingen	33
Literatuurlijst	35

Samenvatting

Op 1 juli 2017 is de Wet versterking positie curator in werking getreden, wat een onderdeel is van het onderdeel fraudebestrijding van de herijking van het faillissementsrecht. Het doel van de Wet versterking positie curator is effectieve bestrijding van faillissementsfraude. Om dit te bereiken wordt de positie van de curator versterkt. Ook wordt de fraudesignalerende taak van de curator vastgelegd. De curator dient de administratie van de failliet te controleren op onregelmatigheden die kunnen duiden op faillissementsfraude. De failliet kan aangeven dat de administratie zich bij een derde bevindt. De curator dient de administratie dan op te vragen bij die derde, maar ontving de administratie regelmatig niet. De derde deed dan bijvoorbeeld een beroep op zijn retentierecht.

Art. 105b Fw is aan de Faillissementswet toegevoegd, op basis waarvan de curator de administratie kan opvragen bij een derde. De derde is verplicht de administratie over te dragen aan de curator en een beroep op het retentierecht wordt uitgesloten. De curator kan bij iedere derde die beroepsmatig de administratie van de failliet onder zich heeft de administratie opvragen. Onder administratie worden alle stukken waaruit de rechten en verplichtingen ten aanzien van de vermogenstoestand van de failliet blijken verstaan.

Uit onderzoek is gebleken dat als de curator de administratie bij een derde opvraagt, deze meestal (eventueel na aandringen) wordt ontvangen. De curatoren ondernemen vaak geen actie als zij de gevraagde stukken niet ontvangen, omdat de boedels vaak leeg zijn.

Het is mogelijk dat de derde alsnog afgifte van de administratie weigert. De meest geschikte afdwingmogelijkheid is dan het navolgende. Op basis van art. 105b Fw heeft de curator de mogelijkheid tot het instellen van een vordering direct gericht tegen de derde tot afgifte van de administratie. De curator kan hiertoe een kort geding procedure starten wegens de spoedeisendheid. De curator kan de rechter daarbij verzoeken een dwangsom op te leggen, welk verzoek de rechter toetst op redelijkheid. Als de curator bang is dat de derde de administratie zal verduisteren, kan de curator de rechter verlot vragen voor het leggen van conservatoir beslag. Na het verlenen van het verlot, legt de deurwaarder dan conservatoir beslag op de administratie. Als de derde de administratie dan alsnog verduistert, is de derde strafbaar. Voor deze procedure dient de curator tweemaal griffierecht te voldoen ad € 626,- (conservatoir beslag en kort gedingprocedure). De curator dient de dagvaarding te laten betekenen aan de derde ad € 98,01 en het vonnis dient te worden betekend ad € 94,32. De rechter kan de derde veroordelen in deze kosten. Dit betreft echter slechts een tegemoetkoming in de kosten.

Het bewijsbeslag (conform art. 843a Rv) kan slechts een geschikte afdwingmogelijkheid zijn als de curator al vermoedens heeft van faillissementsfraude en stukken nodig heeft ter onderbouwing van zijn vordering. Dan heeft de curator namelijk pas een rechtmatig belang. Ook de strafrechtelijke veroordeling is geen geschikte afdwingmogelijkheid. Het OM kan de administratie in beslag nemen voor het onderzoek. Zodra de administratie niet meer van belang is voor het onderzoek, kan het OM de administratie overdragen aan de curator. Het is echter onduidelijk op welke termijn dat zal zijn en of het OM overgaat tot vervolging.

In het kader van het beginsel "hij die stelt, bewijst" wordt aanbevolen een schriftelijke verklaring op te stellen waarin de failliet bevestigt dat de administratie zich bij die derde bevindt. De curator dient telefonisch contact op te nemen met de derde voor het opvragen van de administratie. Daarnaast wordt aanbevolen de derde te wijzen op de strafbaarheid bij weigering tot afgifte. Dit kan voldoende druk zijn om alsnog over te gaan tot afgifte. Ook dient de derde gewezen te worden op de vervolgstappen bij weigering. Gelet op de substantiëringsplicht wordt aanbevolen de derde te vragen zijn verweren kenbaar te maken. Geadviseerd wordt de brieven aangetekend te verzenden. Tot slot wordt geadviseerd een standaard dagvaarding/verzoekschrift op te stellen.

Lijst met afkortingen

Fw	Faillissementswet
BW	Burgerlijk Wetboek
WTA	Wet Toezicht Accountantsorganisaties
WSNP	Wettelijke Schuldsanering Natuurlijke Personen
Jo.	Juncto
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Sr	Wetboek van Strafrecht
OM	Openbaar Ministerie
Art.	Artikel

Hoofdstuk 1 – Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een korte inleiding gegeven op het praktijkgericht juridisch onderzoek. De afstudeerorganisatie, probleembeschrijving, doelstelling, centrale vraag, deelvragen en de verantwoording van de methode en technieken worden in dit hoofdstuk beschreven. Tot slot volgt een leeswijzer.

1.1 – Afstudeerorganisatie

Het praktijkgericht juridisch onderzoek wordt uitgevoerd in opdracht van MR Advocaten en Adviseurs B.V. (hierna te noemen: MR Advocaten). Het kantoor bestaat uit vier advocaten, een curator, drie WSNP bewindvoerders en ondersteunende medewerkers. Het kantoor verricht werkzaamheden op verschillende rechtsgebieden zodat cliënten te allen tijde door deskundigen te woord worden gestaan. Daarnaast krijgen de bewindvoerders en de curator ook regelmatig benoemingen/aanstellingen van de rechtbank.

1.2 – Probleembeschrijving

Dit onderzoek is opgesteld in opdracht van MR Advocaten. Het onderzoek richt zich op de betekenis en de toepasbaarheid van art. 105b Fw.

De curator van MR Advocaten, mevrouw mr. L.Y. Pawlikowski, wordt regelmatig aangesteld als curator in faillissementen. Als de curator een vermoeden heeft van faillissementsfraude, dient de curator dat vermoeden te kunnen onderbouwen. Een voorbeeld van faillissementsfraude is als een failliet net voor de faillietverklaring een aantal auto's heeft laten overschrijven op een andere naam zodat dit niet in de faillissementsboedel valt. Immers, het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring.¹ De failliet probeert hiermee zijn schuldeisers te benadelen. Deze auto's staan namelijk niet meer op zijn naam, dus kan de curator de auto's niet meer verkopen. Er valt dan minder vermogen in de faillissementsboedel, wat later uitgedeeld wordt aan de schuldeisers. Zij krijgen dus minder geld.

Als de curator een vermoeden heeft van faillissementsfraude, moet dit worden bewezen. De curator beschikt echter vaak niet over de benodigde stukken. De stukken worden dan opgevraagd, maar worden niet altijd aangeleverd. Hierdoor kan de curator de faillissementsfraude niet bewijzen en komt de failliet hier dus mee weg.

Met ingang van 1 juli 2017 is de Wet versterking positie curator in werking getreden. Deze wet is gericht op het bestrijden van faillissementsfraude en tracht de 'onmacht' bij de curator weg te nemen. Door de komst van de nieuwe wet, is art. 105b Fw toegevoegd aan de Faillissementswet. Dit artikel is onder andere gericht op de accountant. Als de curator administratie opvraagt bij de accountant, dienen de stukken volledig, ongeschonden en binnen een redelijke termijn aan de curator beschikbaar te worden gesteld.

De vraag die speelt is hoe ver art. 105b Fw rijkt. Immers, in het artikel wordt gesproken over derden met inbegrip van accountantsorganisaties en een externe accountant. Belangrijk is na te gaan wat het begrip 'derden' inhoudt. Kunnen ook stukken afgedwongen worden bij bijvoorbeeld een ZZP'er, op basis van art. 105b Fw? Het is namelijk gebleken dat niet alleen accountantskantoren belangrijke informatie kunnen hebben om faillissementsfraude aan te kunnen tonen.

Het is niet ondenkbaar dat als de curator gegevens opvraagt bij een derde, dat deze stukken niet worden toegezonden. Onderzocht zal worden welke stappen de curator dient te nemen

¹ Art. 20 Fw

om de administratie af te kunnen dwingen, waarbij het onderzoek zich zal richten op het instellen van een vordering tot afgifte van de administratie (middels een kort geding procedure), het vragen van een dwangsom, het bewijsbeslag en de strafbaarheid.

Er zal een onderbouwde conclusie worden opgeleverd met betrekking tot hoe ver het begrip 'derden' reikt en wat onder 'administratie' wordt verstaan. Daarnaast zal worden beschreven hoe de curator stukken kan afdwingen op basis van art. 105b Fw als de derde weigert stukken aan te leveren. Er worden standaardbrieven opgesteld die gebruikt kunnen worden door MR Advocaten voor het opvragen en afdwingen van stukken bij derden.

1.3 – Doelstelling

In mei 2018 wordt een onderzoeksrapport opgeleverd aan MR Advocaten en de Juridische Hogeschool waarin wordt aangegeven hoe ver het begrip 'derden' uit art. 105b Fw reikt en wat onder 'administratie' wordt verstaan. Daarnaast worden adviezen gegeven hoe de stukken afgedwongen kunnen worden als de derde afgifte van de stukken weigert. Bij het onderzoeksrapport worden standaardbrieven gevoegd die gebruikt kunnen worden voor het opvragen en afdwingen van de gegevens. Door het onderzoek zal MR Advocaten het bepaalde in art. 105b Fw in de praktijk kunnen toepassen.

1.4 – Centrale vraag

Op basis van de probleembeschrijving is de centrale vraag als volgt:

'Welke juridische mogelijkheden heeft de curator van MR Advocaten en Adviseurs B.V. om informatie af te dwingen in verband met een vermoeden van faillissementsfraude in combinatie met art. 105b Fw?'

1.5 – Deelvragen

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden, wordt allereerst antwoord gegeven op de navolgende deelvragen:

1. Wat voor soort faillissementsfraudes is de curator in het verleden tegen gekomen en hoe zijn de faillissementen geëindigd?

Met deze deelvraag wordt beoogd een beeld te kunnen scheppen waar de curator voor inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator, meer specifiek art. 105b Fw problemen ondervond om faillissementsfraude aan te kunnen tonen.

2. Hoe werden faillissementen voor inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator beëindigd als er vermoedens waren van faillissementsfraude, maar de curator dit niet kon bewijzen wegens gebrek aan informatie?

Met deze deelvraag wordt beoogd aan te kunnen geven hoe een en ander verliep voor inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator, meer specifiek art. 105b Fw.

3. Welke juridische basis heeft de curator om op te kunnen treden tegen faillissementsfraude?

Deelvraag drie is opgedeeld in de volgende deelvragen om het juridisch kader te onderzoeken:

3.1. Wat is de bedoeling geweest van de Wet versterking positie curator, specifiek art. 105b Fw, ten opzichte van tegen welke organisaties dit artikel kan worden ingeroepen?

3.2. Op basis waarvan kan de curator stukken afdwingen als deze niet worden aangeleverd wanneer de curator hierom verzoekt op basis van art. 105b Fw?

3.3. Zijn er op basis van art. 105b Fw reeds uitspraken gedaan en wat was daar de uitkomst van?

1.6 – Verantwoording van methoden en technieken

Bij het onderzoek wordt gebruik gemaakt van de navolgende rechtsbronnen, documenten en literatuur:

- de relevante rechtsbronnen, zoals de Faillissementswet, Wet versterking positie curator, Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafrecht en jurisprudentie;
- de relevante documenten, zoals de memorie van toelichting van de Wet versterking positie curator en van de andere artikelen die onderzocht worden in het kader van het afdwingen van gegevens;
- de relevante literatuur, zoals Insolventierecht van N.J. Polak, Het inzagerecht van J.R. Sijmonsma, Goederenrecht van H.J. Snijders en E.B. Rank – Berenschot en Tekst en Commentaar.

Het kwalitatieve praktijkonderzoek zal gedaan worden door het uitzetten van een enquête onder vijf curatoren, waarvan onder andere mevrouw mr. L.Y. Pawlikowski van MR Advocaten, om een betrouwbaar onderzoek uit te kunnen voeren. Daarnaast zijn de curatoren verzocht de antwoorden in beginsel uit te drukken in percentages, zodat de antwoorden correct met elkaar vergeleken kunnen worden.

1.7 – Leeswijzer

In deze paragraaf zal kort beschreven worden wat per hoofdstuk wordt behandeld.

In hoofdstuk 2 wordt de Wet versterking positie curator besproken en art. 105b Fw. Aan de orde komt onder andere de taak van de curator, hoe ver het begrip ‘derden’ uit art. 105b Fw reikt en wat onder ‘administratie’ kan worden verstaan.

In hoofdstuk 3 worden de uitkomsten van de gehouden enquêtes onder vijf curatoren besproken. Uit de resultaten blijkt hoe de curatoren in de praktijk omgaan met het opvragen van stukken bij een derde en hoe zij handelen bij vermoeden van faillissementsfraude. Tot slot wordt in hoofdstuk 3 aangegeven of naar mening van de ondervraagde curatoren het doel van de Wet versterking positie curator wordt behaald en of art. 105b Fw nuttig zou zijn geweest voor eerdere faillissementen.

In hoofdstuk 4 worden de afdwingmogelijkheden uiteengezet als de curator de administratie op zijn verzoek niet ontvangt. Hierbij worden verschillende afdwingmogelijkheden besproken namelijk het instellen van een vordering tot afgifte van de administratie (middels een kort geding procedure), het vragen van een dwangsom, het bewijsbeslag en de strafbaarheid.

Ieder hoofdstuk wordt afgesloten met een tussentijdse conclusie. Hierna zal de centrale vraag worden beantwoord door middel van het trekken van conclusies en het geven van aanbevelingen in hoofdstuk 5.

Hoofdstuk 2 – Wet versterking positie curator en art. 105b

Fw

In dit hoofdstuk wordt beschreven wat het doel van de Wet versterking positie curator is en meer in het bijzonder wordt daarbij aandacht besteed aan art. 105b Fw, welk artikel met de komst van voornoemde wet is toegevoegd aan de Faillissementswet.

Aan de orde komt de taak van de curator, nu deze wordt versterkt met de komst van de Wet versterking positie curator. Verder wordt aan de hand van Kamerstukken, literatuur en jurisprudentie onder andere bekeken wat in art. 105b Fw verstaan wordt onder 'derden' en hoe de term 'administratie' moet worden geïnterpreteerd.

2.1.1 – Wetgevingsprogramma herijking van het faillissementsrecht

In november 2012 is het wetgevingsprogramma herijking van het faillissementsrecht aangekondigd. De herijking bestaat uit drie onderdelen namelijk modernisering, fraudebestrijding en versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven.²

Het onderdeel fraudebestrijding bestaat wederom uit drie onderdelen, namelijk het civielrechtelijke bestuursverbod, de herziening strafbaarstelling van faillissementsfraude en de Wet versterking positie curator.³ Het is noodzakelijk om faillissementsfraude effectief aan te pakken. Faillissementsfraude komt namelijk steeds vaker voor. Het Centraal Bureau voor de Statistiek heeft vastgesteld dat in 2010 3,9 miljard euro schuld bij beëindigde faillissementen onbetaald bleef.⁴ 18% daarvan, ongeveer 700 miljoen euro, komt uit beëindigde faillissementen waarbij sprake is van onrechtmatige of strafbare benadeling.⁵ In 2015 is de onbetaald gelaten schuld waarbij sprake is van onrechtmatige of strafbare benadeling opgelopen naar 1,15 miljard euro.⁶

Om het doel van de Wet versterking positie curator, effectieve bestrijding van faillissementsfraude, te kunnen bereiken, wordt de positie van de curator versterkt. Dit wordt getracht door de medewerkingsplicht, de inlichtingenplicht en de plicht tot het overleggen van de administratie te verduidelijken en te versterken. Daarnaast wordt de fraudesignalerende taak van de curator vastgelegd in de wet en wordt bepaald wat de vervolgstappen van de curator zullen zijn als er onregelmatigheden worden geconstateerd. Door de plichten te verduidelijken, de taak van de curator vast te leggen en de vervolgstappen vast te stellen, wordt getracht het boedelactief te vergroten, wat bij zal dragen aan het verminderen van de maatschappelijke schade van faillissementen.⁷

2.1.2 – Versterking positie/taak curator

Voor inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator had de curator de kerntaak de boedel te vereffenen en te beheren. Dit komt er, kort gezegd, op neer dat de curator de activa vaststelt, verkoopt en de opbrengst vervolgens uitdeelt aan de schuldeisers. Daarnaast beoordeelde de curator de boekhouding op onregelmatigheden. Als de curator onregelmatigheden constateerde, ondernam de curator hierop vervolgacties.⁸

² Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 1.

³ Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 1.

⁴ F. Huls, '3,9 miljard euro onbetaalde schuld bij faillissementen', *Centraal Bureau voor de Statistiek* 23 maart 2018, cbs.nl.

⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 3.

⁶ Centraal Bureau voor de Statistiek, *Faillissementen oorzaken en schulden 2015*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2016, p. 55.

⁷ Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 1.

⁸ N.J. Polak en M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer business 2014, p. 250-251.

De curator diende de administratie dus te controleren op onregelmatigheden, maar liep er regelmatig tegenaan dat er geen administratie werd overgelegd op verzoek van de curator. Dat gebeurde ook in de situatie dat de administratie zich volgens failliet bij een derde bevond (bijvoorbeeld een accountant). De curator vroeg de administratie op bij de betreffende derde, maar ontving deze niet altijd van de derde. De derde kon een beroep doen op het retentierecht en afgifte van de administratie weigeren.

Met de komst van de Wet versterking positie curator is vastgesteld dat de failliet direct de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers dient over te dragen aan de curator met alle noodzakelijke middelen om de inhoud leesbaar te maken.⁹ De failliet kan zich op het standpunt stellen dat hij de administratie niet kan overdragen, omdat de administratie in het bezit is van een derde. De curator kan dan de administratie opvragen bij de betreffende derde, zoals voorheen. De derde is met de komst van de Wet versterking positie curator nu echter verplicht de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers over te dragen aan de curator. Hoewel de derde in het verleden weigerde de administratie te overleggen en een beroep deed op het retentierecht, is dat nu niet meer mogelijk. De derde wordt verplicht de administratie te overleggen als de curator hierom verzoekt en de derde kan geen beroep doen op het retentierecht.¹⁰¹¹

Met de komst van de Wet versterking positie curator kunnen de belangen van de schuldeisers beter worden gediend. De inlichtingen- en medewerkingsplichten kunnen nu afgedwongen worden door de curator en de positie van de curator wordt hiermee versterkt. De curator kan hierdoor over meer informatie en middelen beschikken voor het beheer en de vereffening van de boedel. Daarnaast kan de curator de administratie beoordelen en onregelmatigheden signaleren waarmee schadelijke gevolgen kunnen worden beperkt.¹²

Uit art. 105b Fw blijkt echter niet hoe ver het begrip 'derden' reikt en wat onder 'administratie' kan worden verstaan.

2.2.1 – Derden

Zoals aangegeven, is de curator op basis van art. 105b Fw bevoegd administratie op te vragen bij een derde. Uit het voorstel van wet blijkt dat art. 105b Fw als volgt was opgesteld:

'Artikel 105b

1. Derden die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, op welke wijze dan ook, de administratie van de gefailleerde geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, stellen die administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers desgevraagd volledig en ongeschonden aan de curator ter beschikking, zo nodig met inbegrip van de middelen om de inhoud binnen redelijke tijd leesbaar te maken.

2. In afwijking van artikel 60 kunnen derden geen beroep op een retentierecht doen ten aanzien van de administratie van de gefailleerde die zij in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, op welke wijze dan ook, onder zich hebben als de curator die administratie op grond van het eerste lid heeft opgevraagd.¹³

⁹ Art. 105a lid 2 Fw

¹⁰ *Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 2.*

¹¹ Art. 105b lid 2 Fw

¹² *Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 5.*

¹³ *Kamerstukken II 2014/15, 34253, 2, p. 3.*

Uit het voorstel van wet is echter onduidelijk wat onder derden verstaan kan worden. Uit de Kamerstukken blijkt dat er vooral gedacht kan worden aan externe administratiekantoren, maar een en ander zal per geval moeten worden beoordeeld.¹⁴

Een accountantsorganisatie en externe accountant hebben geheimhoudingsplicht.¹⁵ Wanneer een curator administratie zou opvragen bij een accountant, kunnen zij dan ook afgifte weigeren. Middels een amendement wordt dan ook verzocht ter verduidelijking aan art. 105b Fw het navolgende toe te voegen:

*‘met inbegrip van accountantsorganisaties en een externe accountant’.*¹⁶

Hierdoor wordt nogmaals duidelijk gemaakt dat het niet mogelijk is administratie te onttrekken aan de curator door administratie bij een accountant met geheimhoudingsplicht onder te brengen. Op basis van art. 105b Fw wordt de geheimhoudingsplicht namelijk doorbroken.

Iedere derde die beroepsmatig de administratie van de failliet onder zich heeft, is verplicht de administratie te overleggen op verzoek van de curator. Een voorbeeld van een dergelijke derde is een ZZP’er die een eenmanszaak heeft waarbinnen hij de administratie voor derden verzorgd. Het is overigens mogelijk dat de ZZP’er zijn werkzaamheden uitvoert onder een geheimhoudingsplicht. Door middel van art. 105b Fw wordt de geheimhoudingsplicht echter doorbroken. De ZZP’er dient dan ook op verzoek van de curator de administratie te overleggen.

2.2.2 – Administratie

De curator kan administratie opvragen bij een derde. Wat onder de term ‘administratie’ valt is echter niet concreet te benoemen. Dit hangt namelijk samen met de aard van de onderneming van de failliet. Uit de memorie van toelichting blijken enkele voorbeelden, namelijk boekhouding, goederenadministratie, zakelijke (e-mail)correspondentie en betaalde en gefactureerde nota’s.¹⁷

Uit de wet vloeit daarnaast voort dat alle stukken waaruit de rechten en verplichtingen ten aanzien van de vermogenstoestand van de rechtspersoon blijken, onder de noemer administratie vallen.¹⁸ Dit is het minimale vereiste die vanuit de wet aan de administratie wordt gesteld.¹⁹ Hieraan wordt eveneens getoetst in jurisprudentie.²⁰

2.2.3 - Retentierecht

Een derde heeft bij in de wet aangegeven gevallen de bevoegdheid afgifte van een zaak op te schorten totdat de opeisbare vordering is voldaan. Indien er sprake is van een verbintenis, kan de derde de nakoming van een verbintenis opschorten totdat de vordering van de derde is voldaan. Hiervoor dient er sprake te zijn van voldoende samenhang tussen de verplichtingen tussen partijen. Samenhang kan worden aangenomen als de verbintenissen over en weer voortkomen uit een verbintenis of als de derde regelmatig dergelijke opdrachten voor de ander heeft verricht.^{21,22}

¹⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34253, 6, p. 24.

¹⁵ Art. 20 lid 1 WTA en art. 26 lid 1 WTA

¹⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34253, 7.

¹⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34253, 6, p. 16.

¹⁸ Art. 2:10 BW

¹⁹ J. Roest, in: *Tekst en Commentaar Boek 2 Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2017, art. 2:10 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt 1 juli 2017).

²⁰ Rb. Amsterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3331.

²¹ H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer business 2007, p. 600-601.

²² Art. 6:52 lid 1 jo. 6:52 lid 2 BW

Een retentierecht is bestemd voor alle zaken, zowel roerend als onroerend. Onder zaken vallen alle voor mensen beheersbare vatbare stoffelijke objecten.²³ Hieronder vallen dus eveneens aan cliënten behorende stukken, zoals dossiers bij een accountant.²⁴

Een faillietverklaring verbreekt het retentierecht niet. Een derde kan dan ook het retentierecht inroepen tegen de curator. De derde kan de vordering ter verificatie indienen in het faillissement.²⁵ De curator kan dan de keuze maken of de zaak terug gebracht wordt in de boedel. Hiervoor dient de curator de vordering van de schuldeiser te voldoen. De curator kan er ook voor kiezen de zaak te verkopen. De schuldeiser heeft dan voorrang op de opbrengst van de zaak.²⁶²⁷²⁸

De curator loopt er regelmatig tegenaan dat een derde de gevraagde administratie niet overdraagt aan de curator. De derde beroept zich dan op het retentierecht en wil, alvorens tot afgifte van de administratie over te gaan, allereerst dat de openstaande vorderingen worden voldaan.²⁹ De derde kan aanspraak maken op het retentierecht. Er is immers sprake van een verbintenis. De derde verricht werkzaamheden voor de inmiddels failliete onderneming. Hiertegenover staat dat de failliete onderneming de facturen van de derde voldoet. Er is dan ook sprake van voldoende samenhang.³⁰

Om te voorkomen dat de derde afgifte van de administratie weigert, is bepaald in art. 105b lid 2 Fw dat een derde geen beroep kan doen op het retentierecht als de curator afgifte van de administratie verzoekt op basis van art. 105b lid 1 Fw. Het is van groot belang voor het beheer en de vereffening van de boedel dat de curator beschikt over de administratie. Daarom is het retentierecht in dit geval niet van toepassing verklaard.³¹³²

2.3 – Tussentijdse conclusie

De Wet versterking positie curator is een onderdeel van de herijking van het faillissementsrecht dat in november 2012 is aangekondigd. De herijking van het faillissementsrecht bestaat uit drie onderdelen, namelijk fraudebestrijding, modernisering en versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven. De Wet versterking positie curator is een onderdeel van de fraudebestrijding en heeft tot doel het effectief bestrijden van faillissementsfraude omdat dit steeds vaker voorkomt. Om dit doel te bereiken is de positie van de curator versterkt. De medewerkingsplicht, de inlichtingenplicht en de plicht tot het overleggen van de administratie zijn verduidelijkt en versterkt. Daarnaast is de fraudesignalerende taak van de curator nu vastgelegd in de wet.

De curator dient de administratie te controleren op onregelmatigheden. De curator liep er echter regelmatig tegenaan dat de failliet de administratie niet overlegde of niet kon overleggen omdat deze in het bezit was van een derde. De curator kan de administratie dan opvragen bij de derde, maar de derde weigert regelmatig afgifte en doet een beroep op zijn retentierecht. Met de komst van de Wet versterking positie curator is art. 105b Fw aan de faillissementswet toegevoegd. De derde is op grond van art. 105b Fw wettelijk verplicht de

²³ Art. 3:2 BW

²⁴ H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer business 2007, p. 602.

²⁵ Art. 110 Fw

²⁶ Art. 60 lid 1 Fw

²⁷ Art. 60 lid 2 jo. 101 jo. 176 Fw

²⁸ H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer business 2007, p. 611.

²⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 21.

³⁰ Art. 6:52 BW

³¹ Art. 105b Fw

³² *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 21-22.

administratie aan de curator over te dragen, indien de curator hierom verzoekt. Het retentierecht is hierbij niet van toepassing verklaard.

Uit het voorstel van wet blijkt dat in art. 105b Fw in eerste instantie enkel 'derden' werd genoemd. Een accountant heeft echter geheimhoudingsplicht. Een accountant zou zich op zijn geheimhoudingsplicht kunnen beroepen om zodoende de administratie niet over te hoeven dragen. Ook een failliet zou kunnen stellen dat de administratie niet overgelegd kan worden, omdat deze is ondergebracht bij een accountant met geheimhoudingsplicht. Om dit te voorkomen is middels een amendement aan het artikel toegevoegd dat onder derden eveneens accountantsorganisaties en een externe accountant worden verstaan. De geheimhoudingsplicht wordt op basis van art. 105b Fw dan ook doorbroken. Een curator is bevoegd bij iedere derde die beroepsmatig de administratie in zijn bezit heeft de administratie op te vragen, bijvoorbeeld een ZZP'er.

Wat met 'administratie' wordt bedoeld, is niet volledig aan te geven. Dit hangt nauw samen met de aard van de onderneming van de failliet. Voorbeelden hiervan zijn zakelijke (e-mail)correspondentie, goederenadministratie en betaalde en gefactureerde nota's. Daarnaast blijkt uit de wet en jurisprudentie dat ook alle stukken waaruit de rechten en verplichtingen ten aanzien van de vermogenstoestand van de failliet onder administratie vallen. Een curator is dan ook bevoegd om stukken waaruit de vermogenstoestand van de rechtspersoon blijkt op te vragen bij iedere derde die deze stukken beroepsmatig in zijn bezit heeft.

Bij in de wet aangegeven gevallen heeft een derde de bevoegdheid afgifte van een zaak op te schorten totdat de opeisbare vordering is voldaan. Hiervoor dient er voldoende samenhang te zijn tussen verplichtingen van partijen. Samenhang wordt aangenomen als de verbintenissen over en weer voortvloeien uit een verbintenis. Een faillietverklaring verbreekt het retentierecht niet. Een derde kan afgifte van zaken dan ook weigeren door het retentierecht in te roepen tegen de curator. Door het retentierecht ontvangt de curator regelmatig niet de stukken waar om wordt verzocht. In casu kan de derde aanspraak maken op het retentierecht. Er is sprake van een verbintenis en de derde verricht werkzaamheden voor de failliete onderneming. De failliete onderneming voldoet hiertegenover de facturen van de derde. Er is dan ook sprake van voldoende samenhang.

Het is zeer belangrijk voor het beheer en de vereffening van de boedel dat de curator beschikt over de administratie. Om te voorkomen dat de derde afgifte van de administratie weigert en een beroep doet op het retentierecht, is in art. 105b lid 2 Fw het retentierecht niet van toepassing verklaard. Indien de curator administratie opvraagt op grond van art. 105b lid 1 Fw is de derde dan ook verplicht de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers over te dragen aan de curator.

Hoofdstuk 3 – De praktijk

In het kader van dit onderzoeksrapport is een enquête uitgezet onder vijf curatoren. De resultaten van de enquêtes worden in dit hoofdstuk uiteengezet. Iedere ontvangen enquête is bijgevoegd als bijlage.³³

In de enquête is verzocht antwoorden in beginsel uit te drukken in percentages en een toelichting daaromtrent te geven om zodoende de resultaten correct te kunnen vergelijken. Het is niet voor iedere curator mogelijk gebleken om het antwoord in een percentage uit te drukken.

3.1 – Opvragen van administratie bij een derde

Uit het onderzoek is gebleken dat de administratie vaak wordt uitbesteed aan een derde. Wanneer de curator om de administratie verzoekt, geeft de failliet aan dat de administratie in het bezit is van de boekhouder/accountant. Twee van de vijf curatoren verzoeken de failliet dan de administratie bij de betreffende derde op te vragen. De reden hiervan is dat de failliet zelf verantwoordelijk blijft voor de administratie. Dit is ook het geval als de failliet de administratie heeft uitbesteed aan een derde. Als de derde de administratie niet aan de failliet overlegt, vraagt de curator deze zelf op bij de derde. Ook dan wordt de administratie niet altijd gelijk aangeleverd, maar met enig aandringen overlegt de derde de administratie wel. De administratie is dan echter niet altijd volledig. Vaak is het laatste jaar bijvoorbeeld niet meer bijgewerkt in de administratie door de derde, omdat er dan al sprake was van een betalingsachterstand.

Daarnaast is gebleken dat de curator ook direct zelf de administratie opvraagt bij de derde. Bij drie van de vijf curatoren is dit standaard. De overige curatoren vragen slechts zelf direct de administratie op indien er sprake is van bijvoorbeeld ruzie tussen de derde en de failliet.

Gemiddeld hebben de curatoren in 6% van de behandelde faillissementen administratie opgevraagd bij een derde.

3.2 – Opvragen van administratie wegens vermoedens van faillissementsfraude

In gemiddeld 15% van de behandelde faillissementen hebben de curatoren een vermoeden gehad van faillissementsfraude. De curatoren geven daarnaast eensluidend aan dat het percentage in de loop der jaren gelijk is gebleven.

Een van de curatoren geeft aan dat zij in 20% van de faillissementen een vermoeden heeft gehad van faillissementsfraude. De curator heeft vervolgens de administratie opgevraagd en in 20% van de gevallen niet ontvangen. Dat betekent dat zij nimmer de opgevraagde gegevens heeft ontvangen om het vermoeden van faillissementsfraude te kunnen onderbouwen. De curator heeft ongeveer acht keer melding gemaakt bij het fraudemeldpunt. Vier keer heeft de curator het verzoek gehad om aangifte te doen. In geen van de gevallen is het OM tot vervolging over gegaan. Dit is ongeveer in 5% van de behandelde faillissementen het geval geweest. Dit percentage is in de loop der jaren gelijk gebleven. In de faillissementen waarin de curator wel melding heeft gemaakt bij fraudemeldpunt, maar geen verzoek heeft ontvangen om daadwerkelijk aangifte te doen, zijn de faillissementen opgeheven. De boedel was vrijwel altijd leeg, zodat er geen gelden ter beschikking waren om procedures te starten om alsnog de administratie te verkrijgen en faillissementsfraude aan te kunnen tonen.

Twee van de vijf curatoren geven aan dat zij in gemiddeld 12,5% van de behandelde faillissementen een vermoeden hebben gehad van faillissementsfraude. Zij hebben vervolgens de administratie opgevraagd bij een derde, waaronder een boekhouder, en deze

³³ Zie bijlage 1.

ook verkregen. Een van de curatoren geeft aan aangifte te hebben gedaan van faillissementsfraude, maar dat het OM niet is overgegaan tot vervolging. Daarnaast wordt door een van de curatoren aangegeven dat gebrek aan verhaalsmogelijkheden een reden kan zijn om geen verdere actie te ondernemen als de derde de gevraagde administratie niet overlegt.

Een van de ondervraagde curatoren geeft aan nimmer het vermoeden te hebben gehad van faillissementsfraude.

Een curator geeft daarnaast aan dat faillissementsfraude niet altijd gelijk duidelijk is. Vaak is er een vermoeden en na bestudering van de aangeleverde administratie wordt vaak meer duidelijk. Er worden dan nadere stukken opgevraagd bij een derde om het vermoeden alsnog te onderbouwen. Dit zijn vaak stukken die in eerste instantie niet van belang leken en niet zijn overgedragen. Als voorbeeld wordt een grootboekkaart genoemd. De derde beroept zich echter vaak op zijn retentierecht in verband met onbetaald gelaten facturen. De curator probeert de derde dan onder druk te zetten. Dit heeft tot op heden altijd gewerkt.

3.3 – Wet versterking positie curator en art. 105b Fw

De Wet versterking positie curator heeft als doel de informatiepositie van de curator te versterken.

Een van de curatoren geeft aan dat zij nog zal moeten ervaren of het doel van de Wet versterking positie curator wordt bereikt. Vaak is namelijk gebleken dat als er geen administratie is, deze er ook echt niet is. De curator geeft daarnaast aan dat art. 105b Fw niet per se nuttig zou zijn geweest in eerdere faillissementen.

Een andere curator geeft aan dat volgens hem het doel wel wordt bereikt, maar dat alles valt en staat met het bestaan van verhaalsmogelijkheden. Als de boedel leeg is, zijn er geen financiële middelen om eventueel een procedure te starten om alsnog de administratie in handen te krijgen als de derde weigert. De curator geeft aan dat art. 105b Fw nuttig zou zijn geweest in eerdere faillissementen.

Een van de curatoren geeft aan de Wet versterking positie curator een goede aanvulling is, maar dat het niet veel effect zal hebben op het probleem van de faillissementsfraude. Deze mening wordt niet nader gemotiveerd. De curator heeft nog geen beroep gedaan op art. 105b Fw, maar het zou wel zinvol zijn geweest in enkele eerdere gevallen.

Daarnaast wordt door een andere curator aangegeven dat naar zijn mening het doel van de Wet versterking positie curator niet wordt gehaald. Deze mening wordt niet gemotiveerd. Art. 105b Fw zou daarnaast niet nuttig zijn geweest voor eerdere faillissementen, omdat de curator telkens de administratie ontving als hij hierom verzocht. Mocht de derde in de toekomst weigeren de administratie te overleggen, zal de curator zeker gebruik maken van art. 105b Fw.

Tot slot wordt door een andere curator aangegeven dat naar zijn mening het doel van de Wet versterking positie curator wordt behaald. Naar mening van de curator is de Wet versterking positie curator duidelijk, evenals de gebruikerstoepassingen. De curator heeft nog geen beroep gedaan op art. 105b Fw, maar hij verwacht dit in de toekomst wel te gaan doen. Art. 105b Fw zou nuttig zijn geweest voor eerdere faillissementen, maar tot nu toe heeft de curator telkens de opgevraagde stukken mogen ontvangen van de derde, zodat art. 105b Fw nog niet nodig was geweest.

Er zijn nog geen uitspraken gepubliceerd waarin een beroep is gedaan op art. 105b Fw.

3.4 – Tussentijdse conclusie

In gemiddeld 6% van de behandelde faillissementen is de failliet niet zelf in het bezit van de administratie. De curator verzoekt de failliet zelf de administratie op te vragen bij een derde. De reden hiervan is dat de failliet zelf verantwoordelijk is voor de administratie. Wanneer de administratie op verzoek van de failliet niet wordt aangeleverd, verzoekt de curator wel zelf aan de derde om de administratie te overleggen. De derde overlegt de administratie niet altijd gelijk, maar met enig aandringen wordt de administratie wel overgelegd. Drie van de vijf ondervraagde curatoren vragen direct zelf de administratie op en ontvangen de administratie dan ook, soms na aandringen.

In gemiddeld 15% van de behandelde faillissementen hebben de ondervraagde curatoren een vermoeden gehad van faillissementsfraude. Slechts een van de vijf ondervraagde curatoren stelt nimmer stukken te ontvangen in reactie op het verzoek voor onderbouwing van het vermoeden van faillissementsfraude. Drie van de ondervraagde curatoren geven aan dat zij de opgevraagde stukken ter onderbouwing van het vermoeden van faillissementsfraude altijd hebben ontvangen. Slechts een van de curatoren stelt nimmer een vermoeden te hebben gehad van faillissementsfraude. Een curator heeft in acht faillissementen melding gemaakt bij het fraudemeldpunt. In vier van die faillissementen is de curator verzocht aangifte te doen. Het OM is niet tot vervolging overgegaan. De overige faillissementen zijn opgeheven. Een andere curator geeft aan eenmalig aangifte te hebben gedaan, maar ook hier is het OM niet tot vervolging overgegaan.

De curatoren geven aan dat het gebrek aan verhaalsmogelijkheden de reden is dat vaak geen actie ondernomen kan worden richting de derde.

Het merendeel van de ondervraagde curatoren geven aan dat naar hun mening het doel van de Wet versterking positie curator, de informatiepositie van de curator versterken, wordt gehaald. Een reden hiervoor is dat de wet en de gebruikerstoepassingen duidelijk zijn. Een curator geeft aan dat alles valt en staat met het bestaan van verhaalsmogelijkheden. Als de derde weigert, moeten er immers wel financiële middelen in de boedel aanwezig zijn om een procedure te starten. De boedel is echter vaak leeg. De curatoren zullen wel gebruik maken van art. 105b Fw indien een dergelijke situatie zich voordoet.

Hoofdstuk 4 – Afdwingmogelijkheden

In dit hoofdstuk worden de afdwingmogelijkheden uiteengezet. De curator kan op basis van art. 105b Fw administratie opvragen bij derden. Het ligt voor de hand dat de curator als eerste contact opneemt met de betreffende derde. Als dat niet tot een resultaat leidt, hoe kan de curator dan afgifte van de administratie afdwingen?

4.1.1 – Vordering tot afgifte van de administratie (hoofdvordering)

Met een vordering tot afgifte kan een nakoming van een verbintenis in rechte worden gevorderd.³⁴ De afgifte van een goed wordt beoogd. Administratie kan tevens onder een goed worden verstaan. Immers, goederen zijn alle zaken en zaken zijn voor mensen vatbare stoffelijke objecten.³⁵

Uit de wet volgt dat nakoming van een verbintenis kan worden gevorderd. Er bestaat echter geen verbintenis tussen de curator en de derde, maar er bestaat wel een verbintenis tussen de failliet en de derde. De derde verricht werkzaamheden voor de failliet. Deze werkzaamheden zullen op basis van een overeenkomst worden verricht. Nu de rechtspersoon failliet is verklaard, verliest de failliet de beheers- en beschikkingsbevoegdheid.³⁶ De curator zal dan gaan handelen uit naam van de failliet. Hierdoor kan de curator aanspraak maken op de rechten uit de overeenkomst en bestaat er dan ook indirect een verbintenis tussen de curator en de derde.

Met het bepaalde in art. 105b Fw verkrijgt de curator de mogelijkheid tot het instellen van een vordering direct gericht tegen de derde tot afgifte van de administratie.

Bij de vordering tot afgifte kan de curator de verbeurte van een dwangsom vragen. Ook kan de curator voorafgaand aan de vordering tot afgifte verlof vragen tot het leggen van conservatoir beslag op de administratie. Deze punten zullen hierna worden behandeld onder paragrafen 4.2 en 4.3.

4.2.1 – Opleggen dwangsom

Als een derde de administratie niet aanlevert op verzoek van de curator, kan de curator afgifte middels de rechter afdwingen onder verbeurte van een dwangsom ex art. 25 Fw jo. 611a Rv.³⁷ In deze paragraaf wordt de mogelijkheid tot het vorderen van een dwangsom behandeld.

Uit een uitspraak van de rechtbank Leeuwarden blijkt het navolgende. De besloten vennootschappen A, B, C, D en E maken onderdeel uit van de overkoepelende besloten vennootschap F. De besloten vennootschappen A, B, C, D en E hadden, onder andere, een financieringsovereenkomst met de Friesland Bank. Om meer duidelijkheid te krijgen over de vermogenspositie van besloten vennootschappen A, B, C, D en E heeft de Friesland Bank een accountant de opdracht gegeven onderzoek te doen naar de vermogenspositie van voornoemde besloten vennootschappen. De accountant is met de Friesland Bank een geheimhouding overeengekomen. De uitkomst van het onderzoek is door de Friesland Bank met de besloten vennootschappen A, B, C, D en E besproken en de financieringsovereenkomst is naar aanleiding van de uitkomst daarvan opgezegd. Hierna zijn de besloten vennootschappen A, B, C, D en E failliet verklaard met benoeming van een curator. De overkoepelende besloten vennootschap F is niet failliet verklaard. De accountant wenst enkel het rapport van het onderzoek over te dragen aan de curator als de curator een

³⁴ Art. 3:296 BW

³⁵ Art. 3:1 jo. 3:2 BW

³⁶ Art. 23 Fw

³⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 22.

'Hold Harmless letter' ondertekent.³⁸ De curator heeft dit geweigerd, waardoor ook de accountant weigert het rapport aan te leveren.

De curator wenst het rapport te ontvangen zodat hij zich een beeld kan vormen van de achtergrond en de oorzaken van het faillissement. Uit het rapport zou ook moeten blijken op basis van welke gronden de Friesland Bank de financieringsovereenkomst heeft opgezegd en of er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechter beoordeelt dat het onderzoek voortvloeit uit de kredietrelatie tussen de Friesland Bank en de failliete besloten vennootschappen. De bestuurders en de medewerkers hebben volledig meegewerkt aan het onderzoek en de kosten van het onderzoek zijn door de bank doorberekend aan de failliete vennootschappen. Hierdoor is het in redelijkheid niet verenigbaar en strijdig met de zorgvuldigheid om het rapport niet te verstrekken aan de failliete besloten vennootschappen en de curator. Naar aanleiding hiervan veroordeelt de rechter de accountant tot afgifte van het rapport onder verbeurte van een dwangsom.³⁹

Uit een uitspraak van de rechtbank Alkmaar blijkt daarnaast het navolgende. Intergroep verzorgt en verwerkt de administratie van Huureeneend op basis van een overeenkomst. Huureeneend werd door de Belastingdienst aangeschreven dat aangiftes niet of niet tijdig zijn gedaan. Intergroep wilde geen inzage geven aan Huureeneend in de administratie, zodat Huureeneend niet na kon gaan of de aangiftes wel waren gedaan en of deze ook tijdig zijn gedaan. Hierop heeft Huureeneend de overeenkomst met Intergroep ontbonden. Intergroep heeft een eindnota opgesteld. Deze eindnota is door Huureeneend niet voldaan. Intergroep heeft een beroep gedaan op haar retentierecht en houdt de administratie onder zich. Huureeneend vordert nu afgifte van de administratie onder straffe van een dwangsom.

De rechtbank stelt vast dat de originele administratie eigendom blijft van de onderneming, Huureeneend in dit geval. De administratie is nog in de macht van Intergroep. Huureeneend heeft de administratie nodig om aan haar verplichtingen te kunnen voldoen. Huureeneend stelt daarnaast dat de opgestelde eindnota niet is opgesteld conform de geldende afspraken. Het verweer van Intergroep slaagt niet, waarna de rechter vaststelt dat de eindnota inderdaad niet conform de geldende afspraken is vastgesteld. Intergroep doet een beroep op het retentierecht in verband met de onbetaald gelaten eindnota. Nu de eindnota niet correct blijkt te zijn, is het beroep op het retentierecht niet gerechtvaardigd en dient Intergroep de administratie aan Huureeneend over te dragen. De rechter veroordeelt Intergroep tot afgifte van de administratie onder verbeurte van een dwangsom.⁴⁰

4.2.2 – Kosten

De curator dient een procedure aanhangig te maken bij de rechtbank middels een dagvaarding. De curator dient de dagvaarding allereerst te laten betekenen aan de derde. Dit wordt gedaan door een deurwaarder. De kosten hiervoor bedragen € 98,01.⁴¹ Voor de procedure bij de rechtbank is de curator griffierecht verschuldigd ad € 626,-.⁴² Tot slot dient de curator het vonnis te laten betekenen aan de derde. De rechter bepaalt binnen welke termijn de derde de stukken aan de curator dient over te dragen. De termijn gaat pas in op het moment van betekening van het vonnis. De kosten voor betekening bedragen € 94,32.⁴³

³⁸ Een 'Hold Harmless letter' is een overeenkomst tussen twee partijen waarbij een of beide partijen vrijgesteld worden van juridische aansprakelijkheid.

³⁹ Rb. Leeuwarden 6 juli 2005, ECLI:NL:RBL EE:2005:AT9151.

⁴⁰ Rb. Alkmaar 21 januari 2010, ECLI:NL:RB ALK:2010:BL8970.

⁴¹ 'Tarieven ambtshandeling met ingang van 1 januari 2018', Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders 28 april 2018, kbvg.nl.

⁴² 'Griffierecht civiel', De Rechtspraak 28 april 2018, rechtspraak.nl.

⁴³ 'Tarieven ambtshandeling met ingang van 1 januari 2018', Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders 28 april 2018, kbvg.nl.

Uit de wet blijkt dat de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld kan worden in de kosten van de procedure.⁴⁴ Onder deze kosten vallen onder andere reis- en verblijfskosten, kosten van uittreksels en kosten van de ambtshandeling door de deurwaarder.⁴⁵ De curator kan de rechter dan ook verzoeken de derde te veroordelen in de proceskosten. Er geldt dan een liquidatietarief.⁴⁶ De kosten van de curator zullen nooit volledig worden vergoed. De proceskostenveroordeling betreft immers alleen een tegemoetkoming in de kosten. Wat de hoogte van de veroordeling is en hoe hoog de kosten van de curator dan nog zijn, is niet aan te geven.

De curator dient er rekening mee te houden dat de proceskosten niet altijd te innen zijn bij de derde. Door een kleine eenmanszaak kunnen wellicht de proceskosten niet voldaan worden, terwijl een grote besloten vennootschap dat waarschijnlijk wel kan.⁴⁷

4.2.3 – Deelconclusie

De curator heeft een spoedeisend belang bij afgifte van de administratie. Immers, de curator dient de administratie te controleren op onregelmatigheden die kunnen wijzen op faillissementsfraude. De curator dient dan ook een kort gedingprocedure te starten.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter een dergelijk verzoek tot oplegging van een dwangsom toetst op redelijkheid. Dit is dan ook het geldende criterium op basis van art. 25 Fw jo. 611a Rv.

De curator dient kosten te maken voor de procedure, zijnde kosten voor betekening van de dagvaarding, griffierecht en kosten voor het betekenen van het vonnis. De derde kan veroordeeld worden als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten. Onder deze proceskostenveroordeling vallen alle gemaakte kosten door de curator in de procedure. De veroordeling betreft echter een tegemoetkoming conform het liquidatietarief, dus er zal altijd een deel blijven die de curator vanuit de boedel dient te voldoen. Hoe hoog dat deel is, is niet aan te geven.

4.3.1 – Het in beslag nemen van de administratie

Voorafgaand aan de vordering tot afgifte van de administratie kan de curator verlof vragen tot het leggen van conservatoir beslag op de administratie. De curator kan een dergelijk verzoek doen zodat de curator er zeker van is dat de derde de administratie niet verduistert waardoor de administratie niet meer in beslag kan worden genomen.⁴⁸ Een verzoek betreffende conservatoir beslag wordt door de curator gedaan door middel van een verzoekschrift en wordt beoordeeld door de voorzieningenrechter.⁴⁹ Voor het leggen van conservatoir beslag tot afgifte van een roerende zaak hoeft geen vrees voor verduistering te worden aangetoond.⁵⁰ Administratie is een roerende zaak, nu dit geen onroerende zaak betreft.⁵² Een dergelijk verzoek wordt onmiddellijk behandeld door de voorzieningenrechter. Het verzoek zal summier worden beoordeeld door de voorzieningenrechter en er zal geen zitting plaatsvinden.⁵³ De rechter zal ten spoedigste aan kunnen geven of er conservatoir

⁴⁴ Art. 237 Rv

⁴⁵ 'Kostenveroordeling', *De Rechtspraak* 1 mei 2018, rechtspraak.nl.

⁴⁶ 'Liquidatietarief per 1 mei 2018', *De Rechtspraak* 1 mei 2018, rechtspraak.nl.

⁴⁷ 'Kostenveroordeling', *De Rechtspraak* 1 mei 2018, rechtspraak.nl.

⁴⁸ J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 359.

⁴⁹ Art. 700 lid 2 Rv

⁵⁰ 'De beslagsyllabus', *De Rechtspraak* 20 maart 2018, rechtspraak.nl.

⁵¹ Art. 734 lid 4 Rv

⁵² Art. 3:3 lid 2 BW

⁵³ Art. 700 lid 2 Rv

beslag gelegd mag worden. Indien verlof wordt verleend, kan de curator een deurwaarder verzoeken conservatoir beslag te leggen op de administratie bij de derde.⁵⁴

Bij het verzoek tot het verkrijgen van verlof tot het leggen van het beslag kan de curator ook overwegen de aanstelling van een gerechtelijk bewaarder te vragen.⁵⁵ Met een dergelijk verzoek wordt bereikt dat de administratie in elk geval uit de macht van de derde raakt. Wegens de afbakening van het onderzoek zal niet inhoudelijk ingegaan worden op de gerechtelijke bewaring.

De voorzieningenrechter beslist in de verlofverlening betreffende het conservatoir beslag binnen welke termijn (tenminste acht dagen na het beslag) de bodemprocedure ingesteld moet zijn (de procedure genoemd in 4.1.1).⁵⁶ In de bodemprocedure zal de rechter beoordelen of de vordering van de curator rechtmatig is en mag de derde zich verweren.⁵⁷ Zodra de bodemprocedure is geëindigd en een executoriale titel is afgegeven, zal het conservatoir beslag overgaan in het beslag tot afgifte.⁵⁸

De vordering tot afgifte kan in rechte worden gedaan middels een bodemprocedure. Omdat een dergelijke procedure echter veel tijd vergt, is het verstandiger een kort geding procedure te starten. Voor een kort geding is het vereist dat een spoedeisend belang aanwezig is.⁵⁹ Tevens kan in een kort geding slechts een bevel of een verbod worden gevraagd. Het belang van de curator om de administratie in zijn bezit te krijgen en het feit dat de curator zijn taak onmiddellijk dient uit te kunnen oefenen wijzen voldoende op een spoedeisend belang. De afgifte van de administratie wordt verder gevorderd door het vragen van een bevel op de derde om de administratie af te geven. Een kort geding is dan ook de meest voor de hand liggende manier.

4.3.2 – Kosten

Voor een procedure bij de rechtbank is de curator griffierecht verschuldigd. Het griffierecht bedraagt € 626,-.⁶⁰ De curator is twee keer het griffierecht verschuldigd, namelijk voor de bodemprocedure en voor het verzoek tot het leggen van conservatoir beslag.

Daarnaast wordt het beslag gelegd door een deurwaarder. De kosten van het leggen van conservatoir beslag bedragen € 128,91. Wanneer de bodemprocedure heeft gediend en er wordt verlof verleend voor de beslaglegging op de administratie, dan dient de deurwaarder deze executoriale titel eveneens te betekenen aan de derde. De kosten hiervan bedragen € 94,32.⁶¹

Als de curator in het gelijk wordt gesteld en er wordt door de rechter verlof verleend voor het leggen van conservatoir beslag en executoriaal beslag, kan de rechter de derde veroordelen in de proceskosten als de in het ongelijk gestelde partij.⁶² Hieronder vallen alle kosten die gemaakt zijn door de curator.⁶³ Er geldt een liquidatietarief die de rechter zal hanteren bij de berekening van de proceskostenveroordeling. De kosten van de curator zullen nooit volledig vergoed worden. Het betreft immers een tegemoetkoming in de kosten. Wat de hoogte van

⁵⁴ 'Aanvraag conservatoir beslag', *De Rechtspraak* 28 april 2018, rechtspraak.nl.

⁵⁵ Art. 709 lid 1 Rv

⁵⁶ Art. 700 lid 3 Rv

⁵⁷ 'Aanvraag conservatoir beslag', *De Rechtspraak* 28 april 2018, rechtspraak.nl.

⁵⁸ Art. 735 lid 2 jo. 492 Rv

⁵⁹ Art. 254 lid 1 Rv

⁶⁰ Griffierecht civiel', *De Rechtspraak* 28 april 2018, rechtspraak.nl.

⁶¹ 'Tarieven ambtshandeling met ingang van 1 januari 2018', *Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders* 28 april 2018, kbvg.nl.

⁶² Art. 237 lid 1 Rv

⁶³ 'Kostenveroordeling', *De Rechtspraak* 1 mei 2018, rechtspraak.nl.

de veroordeling is en hoe hoog de kosten van de curator uiteindelijk zullen zijn, is niet aan te geven.

4.3.3 - Deelconclusie

Voorafgaand aan de procedure zoals genoemd in 4.1.1 kan de curator, na hiertoe verlof te hebben gekregen van de voorzieningenrechter, conservatoir beslag leggen op de administratie om te voorkomen dat de derde de administratie verduistert. Een dergelijk verzoek wordt zo spoedig mogelijk door de voorzieningenrechter beoordeeld. In de verlofverlening beslist de voorzieningenrechter binnen welke termijn de procedure zoals genoemd in 4.1.1 ingesteld moet worden. Dit kan middels een kort geding procedure gelet op de spoedeisendheid van het verzoek.

De curator dient twee keer griffierecht te voldoen, nu de curator een procedure start met betrekking tot het conservatoir beslag en een bodemprocedure middels kort geding. Daarnaast dient de curator kosten te maken voor het leggen van conservatoir beslag en het betekenen van de executoriale titel van de bodemprocedure. De rechter kan de derde echter veroordelen in de proceskosten als de in het ongelijk gestelde partij. Dit betreft echter een tegemoetkoming, zodat de curator niet 100% kosteloos wordt gesteld.

4.4.1 – Bewijsbeslag

Op basis van art. 843a Rv is het mogelijk om bewijsbeslag te leggen. Hiermee kan de curator inzage krijgen in bepaalde bescheiden.⁶⁴ De eiser dient de kosten voor het maken van de afschriften van de verzochte bescheiden te voldoen, waarna de derde de afschriften aan de eiser zal overleggen.⁶⁵

Om het verzoek te laten slagen dient voldaan te zijn aan drie vereisten die volgen uit art. 843a Rv, namelijk:

- er moet sprake zijn van een rechtmatig belang;
- er moeten bepaalde bescheiden gevorderd worden;
- er dient sprake te zijn van een rechtsbetrekking.⁶⁶

De curator dient een dergelijk verzoek te doen middels een dagvaarding bij de rechtbank. De curator is hiervoor griffierecht verschuldigd ad € 626,-.⁶⁷

4.4.2 – Rechtmatig belang

Uit jurisprudentie blijkt dat een rechtmatig belang aangenomen kan worden als de eiser bekend is met een stuk die niet in het bezit is van de eiser, maar het betreffende stuk zou willen overleggen in een procedure. Het is voldoende als het stuk relevant is voor een vordering of verweer waarbij het belangrijk is dat de vordering of het verweer niet op voorhand kansloos is.⁶⁸

Het rechtmatig belang kan ook volgen uit de wet. Een voorbeeld hiervan is art. 7:619 BW. Hierin wordt bepaald dat een werknemer in bepaalde omstandigheden de werkgever om overlegging van bewijsstukken kan verzoeken.

⁶⁴ J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht. Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer business 2010, p. 3.

⁶⁵ J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht. Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer business 2010, p. 173.

⁶⁶ Art. 843a lid 1 Rv

⁶⁷ Griffierecht civiel', *De Rechtspraak* 28 april 2018, rechtspraak.nl.

⁶⁸ Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5593.

Als onvoldoende duidelijk wordt gemaakt wat de eiser met de stukken kan bewijzen, feiten reeds duidelijk zijn of gestelde feiten niet worden betwist, is er ook geen rechtmatig belang aanwezig.⁶⁹

4.4.3 – Bepaalde bescheiden

De eiser dient in de dagvaarding aan te geven welke stukken worden verlangd, zodat niet kan worden gevist naar nieuwe informatie, wat fishing expedition wordt genoemd. Het bewijsbeslag is enkel bedoeld om bescheiden op te vragen waarvan de eiser weet dat die gebruikt kunnen worden in de vordering of het verweer. Er kunnen dan ook geen stukken opgevraagd worden die slechts mogelijk van pas kunnen komen.⁷⁰

Als de eiser niet precies bekend is met de stukken, is het ook mogelijk deze stukken op te vragen. Het onderwerp dient dan nauwkeurig te worden afgebakend door omschrijving van bijvoorbeeld het dossier en de betrokken partijen. De bescheiden zijn dan voldoende concreet benoemd.⁷¹

Uit jurisprudentie is gebleken dat bijvoorbeeld vragen naar bijna de gehele crediteurenadministratie behorende tot een faillissementsadministratie niet voldoende concreet is. De rechtbank heeft hier geoordeeld dat het verzoek trekken heeft van fishing expedition, waar art. 843a Rv niet voor bestemd is.⁷²

4.4.4 – Rechtsbetrekking

Zowel uit art. 843a Rv als uit literatuur blijkt dat de eiser partij moet zijn van de rechtsbetrekking waarop de gevraagde bescheiden zien. Met een rechtsbetrekking bestaat er een rechtens relevante verhouding tussen twee of meer personen. Uit de wet blijkt echter niet dat de eiser het verzoek enkel kan richten tot de derde met wie de eiser die betreffende rechtsbetrekking heeft. Dat zou betekenen dat de eiser, die wel onderdeel is van een rechtsbetrekking met betrekking tot die bescheiden, bij iedere derde die bescheiden kan opvragen, indien in het bezit van de betreffende derde.^{73 74}

Uit jurisprudentie blijkt hetzelfde. De eiser (of diens rechtsvoorganger) dient partij te zijn van de rechtsbetrekking waar de bescheiden op zien. De derde die de betreffende bescheiden in bezit heeft, hoeft geen partij te zijn van de rechtsbetrekking. Daarnaast kan ook een onrechtmatige daad waarbij de eiser partij is, leiden tot een rechtsbetrekking. Daarnaast blijkt eveneens uit jurisprudentie dat het niet hoeft te gaan om een rechtsbetrekking waarover een procedure wordt gevoerd en zal worden gevoerd.⁷⁵

4.4.5 – Uitzonderingen

Op bovengenoemde mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag zijn ook uitzonderingen van toepassing. Uit art. 843a lid 3 Rv blijkt dat er sprake kan zijn van een geheimhoudingsplicht op basis waarvan de derde zich kan verschonen.

Derden die in uitoefening van hun ambt of beroep gevoelige bescheiden in bezit hebben, hoeven niet mee te werken aan het verstrekken van de gevraagde bescheiden, indien zij die bescheiden in bezit hebben voor de uitvoering van hun ambt of beroep.⁷⁶ Dit wordt bevestigd

⁶⁹ J.E. Bosch-Boesjes en L.A. Bosch, in *Tekst en Commentaar Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2018, art. 843a Rv, aant. 3A (online, bijgewerkt 1 januari 2018).

⁷⁰ Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5593.

⁷¹ Rb Gelderland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5664.

⁷² Rb Gelderland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5664.

⁷³ J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht. Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer business 2010, p. 169.

⁷⁴ HR 6 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:156.

⁷⁵ HR 6 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:156.

⁷⁶ Art. 843a lid 3 Rv

in art. 165 lid 2 sub b Rv. Deze derden kunnen een beroep doen op het verschoningsrecht. Onder deze derden vallen onder andere advocaten en notarissen, maar niet registeraccountants en belastingadviseurs.⁷⁷⁷⁸⁷⁹

Wanneer een beroep wordt gedaan op het verschoningsrecht, zal de rechter toetsen of er een gewichtige reden bestaat om afgifte te weigeren en of daarmee een behoorlijke rechtsbedeling is gewaarborgd. Dit blijkt uit art. 843a lid 4 Rv. Overigens kan een derde ook zonder een beroep te doen op het verschoningsrecht, een beroep doen op art. 843a lid 4 Rv indien de derde van mening is dat ook zonder de gevraagde bescheiden van een behoorlijke rechtsbedeling kan worden gesproken. Dit beroep dient de derde te onderbouwen.⁸⁰

De wettelijke verplichting tot geheimhouding is geen voldoende grond om op basis van gewichtige redenen niet tot afgifte van de bescheiden gehouden te zijn. Er is namelijk pas sprake van een gewichtige reden als in de omstandigheden van het geval de belangen van geheimhouding zwaarder wegen dan de belangen om de waarheid aan het licht te brengen in een vordering of verweer.⁸¹⁸² Ieder verzoek zal dan ook per geval worden beoordeeld.

Daarnaast kan de derde ook afgifte weigeren als de bescheiden niet nodig zijn voor een behoorlijke rechtsbedeling. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als het bewijs niet noodzakelijk is om een standpunt te onderbouwen of de informatie ook via een andere weg verkregen kan worden. De rechter zal het verzoek moeten beoordelen. Hij zal hierbij de belangen van de verschillende partijen onderzoeken. De rechter zal beoordelen of er sprake zal zijn van een onredelijk voordeel of nadeel als de derde de bescheiden niet overlegt. Daarbij wordt opgemerkt dat uit art. 843a lid 4 Rv niet blijkt dat andere mogelijkheden om de betreffende bescheiden die van de derde worden verzocht te verkrijgen, uitgeput moeten zijn.⁸³

4.4.6 – Kosten

De curator dient een procedure aanhangig te maken bij de rechtbank. De curator is hiervoor griffierecht verschuldigd. Het griffierecht bedraagt € 626,-.⁸⁴ Het is mogelijk dat de rechter de derde veroordeelt in de proceskosten, als de in het ongelijk gestelde partij. Dat betekent dat de derde de proceskosten aan de zijde van de curator dient te voldoen. De veroordeling wordt berekend aan de hand van een liquidatietarief. De veroordeling betreft een tegemoetkoming en de curator zal nooit 100% kosteloos worden gesteld. Hoe hoog de veroordeling is en hoe hoog de kosten van de curator dan nog zullen zijn, is niet aan te geven.

De derde zal in de meeste gevallen afschriften maken van de benodigde bescheiden om die vervolgens over te dragen aan de curator. De curator dient de kosten voor het maken van de afschriften wel te voldoen. Hoe hoog die kosten zijn, is vooraf moeilijk aan te geven. Dit zal verschillen per derde en per hoeveelheid afschriften. Deze kosten dient de curator te voldoen, blijkt uit art. 843a Rv.

⁷⁷ J.E. Bosch-Boesjes en L.A. Bosch, in *Tekst en Commentaar Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2018, art. 843a Rv, aant. 13A (online, bijgewerkt 1 januari 2018).

⁷⁸ HR 14 juni 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC9068.

⁷⁹ HR 6 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AB9405.

⁸⁰ J.E. Bosch-Boesjes en L.A. Bosch, in *Tekst en Commentaar Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2018, art. 843a Rv, aant. 6A (online, bijgewerkt 1 januari 2018).

⁸¹ J.E. Bosch-Boesjes en L.A. Bosch, in *Tekst en Commentaar Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2018, art. 843a Rv, aant. 6D (online, bijgewerkt 1 januari 2018).

⁸² HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421.

⁸³ J.E. Bosch-Boesjes en L.A. Bosch, in *Tekst en Commentaar Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2018, art. 843a Rv, aant. 6E en 6F (online, bijgewerkt 1 januari 2018).

⁸⁴ Griffierecht civiel', *De Rechtspraak* 28 april 2018, rechtspraak.nl.

4.4.7 – Deelconclusie

Art. 843a Rv is geen geschikte afdwingmogelijkheid van de administratie op grond van art. 105b Fw.

Art. 843 Rv ziet evenals art. 105b Fw op de afgifte van bescheiden, waarbij art. 843a Rv beperkt wordt tot 'bepaalde' bescheiden. Art. 843a Rv zou benut kunnen worden in het geval de curator voldoende aanwijzingen heeft om vast te kunnen stellen dat er sprake is van faillissementsfraude. De curator zal dan aan moeten geven welke bepaalde bescheiden zich bij de derde zouden bevinden, terwijl dit bij art. 105b Fw niet nodig is en de curator de gehele administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers met inbegrip van alle middelen om de inhoud leesbaar te maken kan opvragen zonder de stukken verder te moeten specificeren. Voor art. 105b Fw is het wel noodzakelijk dat de derde de bescheiden beroepsmatig in zijn bezit heeft.

Als de derde de bescheiden wel in zijn bezit heeft, maar niet in het kader van zijn ambt of beroep, kan de curator de bescheiden niet opvragen/afdwingen op basis van art. 105b Fw. De curator valt dan terug op de mogelijkheden voor inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator waardoor de derde ook weer een beroep kan doen op zijn retentierecht. Bij een vermoeden van faillissementsfraude kan de curator een beroep doen op art. 843a Rv. Immers, de curator heeft dan de bescheiden nodig ter onderbouwing van zijn vordering en heeft dan ook een rechtmatig belang.

Indien voornoemde situatie zich voordoet, dient de curator nauwkeurig aan te geven welke bescheiden hij wenst te ontvangen om fishing expedition te voorkomen. Daarnaast dienen de bescheiden betrekking te hebben op een rechtsbetrekking waarbij de failliet partij is geweest. Nu de curator namelijk handelt uit naam van de failliet, kan de curator aanspraak maken op dergelijke rechtsbetrekkingen.⁸⁵

De derde kan zich beroepen op zijn geheimhoudingsplicht op basis waarvan de derde zich kan verschonen. Het hebben van een geheimhoudingsplicht die volgt uit de wet, is niet voldoende om vooraf al te stellen dat een dergelijk verzoek zal slagen. Het verzoek zal per geval moeten worden beoordeeld.

Daarnaast kan de derde van mening zijn dat er een gewichtige reden is om niet over te gaan tot afgifte van de bescheiden of dat ook zonder de bescheiden van een behoorlijke rechtsbedeling gesproken kan worden. Op basis waarvan de derde die mening is toegedaan, kan nu nog niet worden vastgesteld en dan ook nog niet worden weerlegd.

Zoals aangegeven zal de derde in de meeste gevallen afschriften maken van de gevraagde bescheiden. De curator dient dan de kosten voor het maken van de afschriften te voldoen. Daarnaast is de curator griffierecht verschuldigd voor de procedure bij de rechtbank. De rechter kan de derde veroordelen in de proceskosten, zijnde het griffierecht. Dit betreft echter een tegemoetkoming in de kosten, dus de curator zal nooit 100% kosteloos worden gesteld. Hoe hoog de kosten voor de curator nog zullen zijn, is niet aan te geven.

4.5.1 – Strafbaarheid

Uit art. 194 lid 2 Sr blijkt dat degene die wettelijk verplicht is tot het verstrekken van informatie in het faillissement van een ander strafbaar is als de informatie niet wordt verstrekt. Hieronder valt dat de derde niet reageert op het verzoek van de curator of daadwerkelijk weigert de informatie te verstrekken. Daarnaast is het ook strafbaar wanneer de derde opzettelijk onjuiste of onvolledige informatie verstrekt.⁸⁶ Een derde is wettelijk

⁸⁵ Art. 23 Fw

⁸⁶ Art. 194 lid 2 Sr

verplicht administratie te verstrekken op verzoek van de curator.⁸⁷ Art. 194 lid 2 Sr is dan ook van toepassing op een derde, zoals bedoeld in art. 105b Fw. Uit de memorie van toelichting van art. 194 Sr blijkt namelijk dat onder “wettelijk verplicht” onder andere art. 105 e.v. Fw wordt verstaan.⁸⁸

De curator dient van onregelmatigheden in de administratie melding te maken bij de rechter-commissaris. Onder onregelmatigheden vallen onder andere het ontbreken van administratie wat de vereffening van de boedel bemoeilijkt en paulianeuze handelingen die het boedeltekort hebben vergroot.⁸⁹ Het niet overleggen van de administratie door een derde wordt eveneens gezien als een onregelmatigheid nu dit de vereffening van de boedel bemoeilijkt.

Als de derde de administratie niet aanlevert bij de curator, dient de curator hiervan melding te maken bij de rechter-commissaris. De rechter-commissaris en de curator dienen dan te beoordelen of er een melding of aangifte gedaan moet worden bij de betreffende instantie. Als de rechter-commissaris en de curator verschillen van mening over het doen van aangifte, dan prevaleert het doen van aangifte. Als de derde de administratie niet aanlevert, zal de curator aangifte kunnen doen. Een melding bij een betreffende instantie wordt pas gedaan indien de curator signalen krijgt van vermoedelijke faillissementsfraude. De curator kan dan bijvoorbeeld een melding maken bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude.^{90 91 92}

Het OM kan de administratie in beslag nemen in het kader van de vervolging voor waarheidsvinding, het aantonen van wederrechtelijk verkregen voordeel, onttrekking aan het verkeer of verbeurdverklaring. Het OM kan in het kader van de aangifte van de curator de administratie in beslag nemen voor het aan de dag brengen van de waarheid. Immers, hiermee kan het OM aantonen dat de derde wel degelijk in het bezit is van de administratie en deze niet heeft overgedragen aan de curator op diens verzoek.⁹³

De officier van justitie beslist vervolgens over het voortduren van het beslag. Zodra de in beslag genomen administratie niet meer van belang is voor het onderzoek, dient het terug gegeven te worden aan de derde.⁹⁴ Als de derde vervolgens schriftelijk verklaart afstand te doen van de administratie, kan de administratie teruggegeven worden aan degene die redelijkerwijs als rechthebbende kan worden aangemerkt.⁹⁵ Een rechthebbende heeft het meest volle recht op een goed. Het eigendom is het meest omvattende recht.⁹⁶ De administratie is het eigendom van de failliet en dus wordt de failliet aangemerkt als de rechthebbende. Nu de failliet beheers- en beschikkingsonbevoegd is, handelt de curator uit naam van de failliet en kan het OM dan ook de administratie aan de curator overhandigen.^{97 98} Daarnaast blijkt uit de wet dat voldaan wordt aan het criterium ‘redelijkerwijs rechthebbende’ als de teruggave redelijk en maatschappelijk niet onverantwoord is.⁹⁹ Teruggave aan de curator is redelijk. De curator heeft de administratie

⁸⁷ Art. 105b Fw

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, 3, p. 9.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 13.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34253, 6, p. 8-9.

⁹¹ Art. 68 lid 2 jo. lid 3 Fw

⁹² *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 5.

⁹³ Art. 94 lid 1 jo. lid 2 Sv

⁹⁴ Art. 116 lid 1 Sv

⁹⁵ Art. 116 lid 2 sub a Sv

⁹⁶ Art. 5:1 lid 1 Bw

⁹⁷ C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Tekst en Commentaar Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer business 2015, art. 116 Sv, aant. 3, 4 en 5.

⁹⁸ Art. 23 Fw

⁹⁹ C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Tekst en Commentaar Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer business 2015, art. 116 Sv, aant. 6.

immers nodig voor het beheer en de vereffening van de boedel en dient deze te controleren op onregelmatigheden die kunnen duiden op faillissementsfraude. Teruggave is daarnaast niet maatschappelijk onverantwoord.

Ook als de derde niet schriftelijk heeft verklaard afstand te doen van de administratie, kan het OM de administratie alsnog overdragen aan de curator. Een dergelijk voornemen van het OM wordt aan de derde medegedeeld. De derde kan binnen veertien dagen een beklag tegen teruggave aan de rechthebbende indienen.¹⁰⁰ Als de derde binnen veertien dagen een beklag indient, zal de beoordeling hiervan afgewacht moeten worden. Pas nadat het beklag onherroepelijk ongegrond is verklaard, kan het OM de administratie overdragen aan de curator. Als het beklag gegrond is verklaard, moet het OM de administratie overdragen aan de derde, tenzij een derde als rechthebbende kan worden aangemerkt en de administratie beter aan deze rechthebbende kan worden overgedragen. Het OM kan dus de beslissing nemen dat de administratie beter aan de curator kan worden overgedragen in het kader van het faillissement.¹⁰¹

De administratie kan pas overgedragen worden op het moment dat de administratie niet meer in het belang is voor het onderzoek. Hoeveel tijd hiermee gemoeid gaat, is onbekend. Daarnaast is het onduidelijk op welke termijn een dergelijke aangifte van de curator wordt opgepakt, zodat het onduidelijk is of en zo ja, wanneer de curator de administratie zou kunnen ontvangen.

In verband met de afbakening van dit onderzoek, zal niet nader ingegaan worden op de inhoudelijke strafrechtelijke procedure.

4.5.2 – Kosten

Aan deze procedure zitten voor de curator geen kosten verbonden. De curator dient aangifte te doen en de procedure wordt vervolgens door het OM nader opgepakt.

4.5.3 – Deelconclusie

Een strafrechtelijke veroordeling kan een afdwingmogelijkheid zijn.

Een strafrechtelijke veroordeling kan allereerst een voldoende druk zijn om alsnog de administratie aan te leveren bij de curator. Een strafrechtelijke veroordeling raakt namelijk de integriteit van de derde. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan de derde die een Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG) binnen het kader van zijn beroepsuitoefening dient te overleggen (zoals onder meer een registeraccountant).

Daarnaast is de strafrechtelijke veroordeling een afdwingmogelijkheid, omdat het OM de administratie in beslag kan nemen om de waarheid aan de dag te brengen. Dit doet het OM om te kunnen bewijzen dat de derde de administratie inderdaad in zijn bezit heeft en niet heeft overgedragen aan de curator. Als de administratie niet meer van belang is voor het onderzoek en de derde afstand doet van de administratie, kan het OM de administratie overdragen aan de curator, zijnde rechthebbende. Als de derde geen afstand doet van de administratie, kan het OM de derde meedelen voornemens te zijn de administratie over te dragen aan de curator. De derde kan hiertegen zijn beklag indienen. Als deze onherroepelijk ongegrond is verklaard, kan het OM de administratie overdragen aan de curator. Als het beklag gegrond wordt verklaard, maar vast is komen te staan dat een derde beter als rechthebbende kan worden aangemerkt dan de strafbare derde, wordt de administratie alsnog aan de rechthebbende derde overgedragen, de curator in dit geval.

¹⁰⁰ Art. 116 lid 3 Sv

¹⁰¹ C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Tekst en Commentaar Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer business 2015, art. 116 Sv, aant. 11.

De kosten van een dergelijke procedure voor de curator zijn nihil. Het is echter onduidelijk op welke termijn de curator de administratie kan ontvangen en op welke termijn een dergelijke aangifte wordt opgepakt. De curator is afhankelijk van het OM. Het is daarom wel een afdwingmogelijkheid, maar of deze werkelijk geschikt is, is afhankelijk van de situatie.

4.6 – Tussentijdse conclusie

Er zijn verschillende afdwingmogelijkheden onderzocht, namelijk het allereerst instellen van een vordering tot afgifte (middels een kort geding procedure), het vragen van een dwangsom, het bewijsbeslag en de strafbaarheid.

Gebleken is dat de boedels vaak leeg zijn en dat de curator dus weinig tot geen middelen ter beschikking heeft om de administratie af te dwingen middels een procedure.

De vordering tot afgifte van de administratie is een geschikte mogelijkheid voor het afdwingen van de administratie. Art. 105b Fw biedt deze directe mogelijkheid, zijnde een kort geding tot een bevel tot afgifte van de administratie. Daarbij kan de curator tevens vragen een dwangsom op te leggen. De rechter toetst het verzoek tot oplegging van een dwangsom op redelijkheid. Nu de curator de administratie dient te controleren op onregelmatigheden, is het onredelijk de administratie niet over te dragen aan de curator.

De curator dient een procedure aanhangig te maken bij de rechtbank middels een betekende dagvaarding. De kosten van het betekenen van een dagvaarding bedragen € 98,01. De curator is griffierecht verschuldigd ad € 626,-. Het vonnis dient daarnaast nog te worden betekend aan de derde. De kosten hiervan bedragen € 94,32. De rechter kan de derde veroordelen in de proceskosten. De veroordeling betreft echter slechts een tegemoetkoming, zodat de curator nooit 100% kosteloos kan worden gesteld.

Voorafgaand aan voornoemde procedure kan ook conservatoir beslag worden gelegd op de administratie. Dit om te voorkomen dat de derde de administratie verduistert. Hiertoe dient de curator een verzoekschrift in te dienen bij de voorzieningenrechter die hiervoor verlof kan verlenen. De deurwaarder dient vervolgens conservatoir beslag te leggen op de administratie. Bij de verlofverlening bepaalt de rechter tevens de termijn waarbinnen de kort geding procedure moet worden gestart.

In het geval de curator ook conservatoir beslag legt op de administratie, is de curator naast het griffierecht voor het kort geding ook nog griffierecht voor het vragen van het verlof tot het leggen van conservatoir beslag verschuldigd. Deze bedraagt eveneens € 626,-. De kosten voor het leggen van conservatoir beslag bedragen € 128,91. Ook in deze kosten kan de derde veroordeeld worden door de rechter als de in het ongelijk gestelde partij. De veroordeling volgt op basis van een liquidatietarief en betreft dan ook slechts een tegemoetkoming in de kosten van de curator. De curator is dan ook niet 100% kosteloos.

Het bewijsbeslag van art. 843a Rv is in beginsel geen geschikte afdwingmogelijkheid van de administratie op grond van art. 105b Fw. Zowel art. 843a Rv als art. 105b Fw is gericht op het afdwingen van bescheiden. Art. 105b Fw heeft hierin echter een ruimere mogelijkheid, omdat art. 843a Rv beperkt wordt tot 'bepaalde' bescheiden. Als de curator een vermoeden heeft van faillissementsfraude, zal de curator in art. 843a Rv moeten kunnen aangeven welke bepaalde bescheiden in het bezit zijn van de derde, terwijl dit niet noodzakelijk is in art. 105b Fw. Voor art. 105b Fw is het wel noodzakelijk dat de derde de stukken in het bezit heeft in het kader van de uitoefening van zijn ambt of beroep. Als dat niet zo is en de curator heeft een vermoeden van faillissementsfraude, kan art. 843a Rv wel nuttig zijn. De curator heeft dan een rechtmatig belang op basis waarvan de curator een dergelijk verzoek kan doen. Voor het afdwingen van de administratie voor het beheer en de vereffening van de boedel, kan art. 843a Rv niet gebruikt worden, omdat de curator dan geen rechtmatig belang

heeft. Hij heeft immers de bescheiden niet nodig ter onderbouwing van een vordering of verweer.

In het geval van vermoedens van faillissementsfraude heeft de curator een rechtmatig belang. De curator dient nauwkeurig te beschrijven welke bepaalde bescheiden hij wenst te ontvangen van de derde. Daarnaast is er sprake van een rechtsbetrekking nu de curator handelt uit naam van de failliet, zodat aan alle voorwaarden van het bewijsbeslag is voldaan. Een derde kan zich beroepen op zijn geheimhoudingsplicht. Het hebben van een geheimhoudingsplicht is onvoldoende om direct aan te nemen dat geen bescheiden overgelegd kunnen worden. Dit dient per geval te worden beoordeeld.

De curator dient een procedure te starten bij de rechtbank. De curator is griffierecht ad € 626,- verschuldigd. De derde kan in deze kosten worden veroordeeld. De curator dient wel de kosten van de derde te voldoen voor het maken van afschriften van de gevorderde bescheiden.

Het is strafbaar als een derde de administratie niet overlegt aan de curator conform art. 194 lid 2 Sr. Hoewel een strafrechtelijke veroordeling voldoende druk kan zijn tot afgifte van de administratie, volgt niet direct afgifte van de administratie uit de strafrechtelijke veroordeling. Het is wel mogelijk dat het OM de administratie in het kader van de waarheidsvinding in beslag neemt. Zodra de administratie niet meer nodig is voor het onderzoek, kan het terug gegeven worden aan de derde. Het OM kan echter ook beslissen de administratie terug te geven aan de curator, zijnde rechthebbende. Het OM kan dat doen nadat de derde schriftelijk afstand heeft gedaan van de administratie. Als de derde niet schriftelijk afstand doet van de administratie, kan het OM zijn voornemen tot teruggave aan de curator aan de derde meedelen. De derde kan hierop een beklag indienen. Als het beklag onherroepelijk ongegrond is verklaard, kan het OM de administratie alsnog overdragen aan de curator. Als het beklag gegrond wordt verklaard, maar het OM vindt dat een derde beter als rechthebbende kan worden aanmerkt (de curator in dit geval), kan het OM alsnog de administratie overdragen aan de curator.

Strafbaarheid zou dan ook in beginsel een geschikte afdwingmogelijkheid zijn, nu ook de kosten van een dergelijke procedure nihil zijn. Het is echter onbekend wanneer de curator in het bezit zal zijn van de administratie, omdat het onduidelijk is wanneer de administratie niet meer van belang is voor het onderzoek. Daarnaast is het onduidelijk wanneer een dergelijke aangifte van de curator wordt opgepakt, zodat het onzeker is of en zo ja op welke termijn de curator in het bezit zal zijn van de administratie.

Hoofdstuk 5 – Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden conclusies getrokken en aanbevelingen gegeven. Hieruit zal tevens het antwoord blijken op de vraag welke juridische mogelijkheden de curator van MR Advocaten heeft om informatie af te dwingen in verband met een vermoeden van faillissementsfraude in combinatie met art. 105b Fw.

5.1 – Conclusies

De Wet versterking positie curator is een onderdeel van de herijking van het faillissementsrecht en is gericht op het effectief aanpakken van faillissementsfraude. De medewerkingsplicht, de inlichtingenplicht en de plicht tot het overleggen van de administratie zijn verduidelijkt en versterkt. De fraudesignalerende rol van de curator is daarnaast nu ook vastgelegd in de wet.

De curator dient de administratie te controleren op onregelmatigheden die kunnen duiden op faillissementsfraude. Regelmatig werd echter de administratie niet overgelegd door de failliet of de failliet stelde zich op het standpunt de administratie niet te kunnen overleggen, omdat deze in het bezit is van een derde. De curator vroeg de administratie dan op bij de derde, maar de derde deed dan een beroep op zijn retentierecht, waardoor de administratie alsnog niet werd overgedragen aan de curator. Om dit te voorkomen, is art. 105b Fw aan de Faillissementswet toegevoegd. De derde is op basis van art. 105b Fw verplicht administratie te overleggen indien de curator hierom verzoekt. Het retentierecht wordt daarnaast niet van toepassing verklaard.

Art. 105b Fw sprak in eerste instantie slechts over 'derden'. Om te verduidelijken dat ook een accountant met geheimhoudingsplicht de administratie dient over te dragen, is aan 'derden', 'met inbegrip van accountantsorganisaties en een externe accountant' toegevoegd. Hiermee wordt de geheimhoudingsplicht voor iedere derde doorbroken. Art. 105b Fw kan tegen iedere derde die beroepsmatig de administratie in zijn bezit heeft worden ingeroepen, zoals onder andere een ZZP'er die een eenmanszaak heeft waarbinnen hij administratie voor derden verzorgd. Wat onder 'administratie' kan worden verstaan, hangt nauw samen met de aard van de onderneming van de failliet. Dit kan gaan over goederenadministratie, betaalde nota's of zakelijke (e-mail) correspondentie. Daarnaast blijkt dat onder administratie alle stukken vallen waaruit de rechten en verplichtingen ten aanzien van de vermogenstoestand van de rechtspersoon blijken. De curator is dan ook bevoegd bij iedere derde stukken op te vragen waaruit de vermogenstoestand blijkt van de failliet als de derde deze stukken beroepsmatig in zijn bezit heeft. Een beroep op het retentierecht is in het artikel uitgesloten.

Uit onderzoek is gebleken dat als de curator administratie opvraagt bij een derde, de derde de administratie niet altijd direct overlegt. Met enig aandringen overlegt de derde de administratie alsnog. Het merendeel van de ondervraagde curatoren stelt daarnaast altijd de gevraagde stukken te hebben ontvangen indien nadere stukken opgevraagd werden in het kader van een vermoeden van faillissementsfraude. Desgevraagd geven de ondervraagde curatoren aan dat het gebrek aan verhaalsmogelijkheden vaak de reden is dat er geen actie ondernomen kan worden richting de derde. De boedel is immers vaak leeg. De curatoren stellen in de toekomst wel gebruik te zullen gaan maken van art. 105b Fw, mocht een dergelijke situatie zich voordoen.

Voor het geval de derde niet overgaat tot afgifte van de administratie, zijn de afdwingmogelijkheden onderzocht waarbij rekening wordt gehouden met veelal lege boedels, zoals uit de enquête is gebleken.

Art. 105b Fw biedt een directe mogelijkheid de administratie af te dwingen van een derde. Op basis van dit artikel kan de curator een kort geding tot een bevel tot afgifte van de administratie opstarten. In deze procedure kan de curator verzoeken de derde een

dwangsom op te leggen per dag dat de derde niet voldoet aan de veroordeling. Een dergelijk verzoek tot het opleggen van een dwangsom wordt door de rechter getoetst op redelijkheid. De curator dient voor het starten van een kort geding de dagvaarding te laten betekenen aan de derde. De kosten hiervoor bedragen € 98,01. De curator is daarnaast griffierecht verschuldigd ad € 626,-. Het vonnis dient vervolgens te worden betekend aan de derde, waarvoor de kosten € 94,32 bedragen. De rechter kan de derde veroordelen in de proceskosten, maar dit betreft slechts een tegemoetkoming conform het liquidatietarief. De curator zal dan ook niet 100% kosteloos worden gesteld.

Om te voorkomen dat de derde de administratie verduistert, kan de curator conservatoir beslag leggen op de administratie. Hiertoe dient de curator verlof te vragen aan de voorzieningenrechter. Dit doet de curator door middel van een verzoekschrift. De voorzieningenrechter behandelt het verzoek zo spoedig mogelijk. Zodra verlof is verleend, kan de deurwaarder conservatoir beslag leggen. De administratie blijft bij de derde, maar de derde wordt verplicht ervoor te zorgen dat de administratie bij hem blijft. Mocht de derde de administratie dan alsnog verduisteren, dan is de derde strafbaar. Bij de verlofverlening beslist de voorzieningenrechter binnen welke termijn voornoemde kort geding procedure (kort geding tot bevel tot afgifte van de administratie) ingesteld moet zijn. In deze procedure zal de rechter de rechtmatigheid van de vordering van de curator beoordelen en kan de derde zich verweren.

Voor voornoemde procedure is de curator griffierecht ad € 626,- verschuldigd. Daarnaast dient de curator de kosten van de deurwaarder voor het leggen van het conservatoir beslag te voldoen ad € 128,91. De rechter kan de derde veroordelen in de proceskosten als de in het ongelijk gestelde partij. Dit betreft dan echter een tegemoetkoming in de kosten van de curator conform het liquidatietarief. De curator zal dan ook niet 100% kosteloos worden gesteld.

Het bewijsbeslag conform art. 843a Rv is in beginsel geen geschikte afdwingmogelijkheid. Zowel art. 843a Rv als art. 105b Fw is gericht op het afdwingen van bescheiden. Echter, wordt art. 843a Rv beperkt tot 'bepaalde' bescheiden. Als de curator een vermoeden heeft van faillissementsfraude en de curator bescheiden wil afdwingen, moet de curator kunnen aangeven welke bepaalde bescheiden in het bezit zijn van de derde. Dit terwijl de curator dit niet aan hoeft te geven als de curator een verzoek doet op basis van art. 105b Fw. Immers, de curator kan op basis van art. 105b Fw de gehele administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers met inbegrip van de middelen om de inhoud leesbaar te maken opvragen zonder nadere onderbouwing. Hiervoor is het wel noodzakelijk dat de derde de administratie in zijn bezit heeft in het kader van de uitoefening van zijn ambt of beroep. Indien dat niet zo is, kan art. 843a Rv wel nuttig zijn, maar dan moet de curator wel een vermoeden hebben van faillissementsfraude. Immers, de curator heeft anders geen rechtmatig belang, wat een van de vereisten is van art. 843a Rv. Voor het afdwingen van de administratie om deze te controleren op onregelmatigheden die mogelijk duiden op faillissementsfraude is art. 843a Rv niet geschikt.

Als de curator een vermoeden heeft van faillissementsfraude heeft de curator, zoals reeds aangegeven, een rechtmatig belang. De curator dient in zijn verzoek nauwkeurig aan te geven welke bepaalde bescheiden de curator wenst te ontvangen. Er is sprake van een rechtsbetrekking, omdat de curator handelt uit naam van de failliet. De failliet (of diens rechtsvoorganger) dient dan partij te zijn geweest van de rechtsbetrekking waar de bepaalde bescheiden op zien. Aan alle voorwaarden uit art. 843a Rv is dan voldaan.

De derde kan zich nog beroepen op zijn geheimhoudingsplicht. Het hebben van een geheimhoudingsplicht is echter niet voldoende om direct te kunnen aangeven geen stukken te kunnen overleggen. Uit jurisprudentie blijkt bijvoorbeeld dat een registeraccountant in dit

geval geen aanspraak kan maken op zijn verschoningsrecht wegens zijn geheimhoudingsplicht. Een dergelijk verzoek zal per geval worden beoordeeld.

De curator is voor deze procedure wederom griffierecht ad € 626,- verschuldigd. De derde kan in het kader van de proceskostenveroordeling in deze kosten veroordeeld worden. Dit betreft echter een tegemoetkoming in de kosten van de curator conform het liquidatietarief. Een deel van het griffierecht zal de curator dan ook zelf dienen te voldoen. De curator dient daarnaast de kosten van de derde te voldoen voor het maken van afschriften van de opgevraagde bescheiden. Vooraf is niet aan te geven hoe hoog deze kosten zullen zijn, nu dit naar alle waarschijnlijkheid ook samenhangt met de hoeveelheid bescheiden die gevraagd worden. Het bewijsbeslag is een geschikte afdwingmogelijkheid als de curator slechts om stukken vraagt ter onderbouwing van zijn vordering of verweer in het kader van een vermoeden van faillissementsfraude.

De derde is strafbaar als hij weigert over te gaan tot afgifte van de administratie als de curator hierom verzoekt. Dit kan een voldoende druk zijn om alsnog de administratie over te dragen aan de curator. Het OM kan daarnaast de administratie in beslag nemen in het kader van het aan de dag brengen van de waarheid. Door de administratie in beslag te nemen, kan aangetoond worden dat de derde de administratie in bezit heeft en niet heeft overgedragen aan de curator. Het OM kan vervolgens de administratie overdragen aan de curator als de derde schriftelijk afstand heeft verklaard van de administratie. Als de derde niet schriftelijk afstand doet, kan het OM alsnog beslissen de administratie over te dragen aan de curator. Een dergelijk voornemen dient het OM kenbaar te maken aan de derde. De derde kan een beklag indienen. Als het beklag onherroepelijk ongegrond is verklaard, kan het OM alsnog de administratie overdragen aan de curator. Als het beklag gegrond wordt verklaard, kan het OM dat alsnog. Immers, als er een derde rechthebbende is die een beter recht heeft op de administratie, mag het OM alsnog de administratie overdragen aan de derde rechthebbende, de curator.

Een strafrechtelijke veroordeling lijkt in beginsel een geschikte afdwingmogelijkheid te zijn. Immers, er zijn geen kosten aan verbonden. Echter, het is onduidelijk wanneer de curator in het bezit zal zijn van de administratie, omdat ook onduidelijk is op welke termijn een aangifte wordt opgepakt en wanneer de administratie niet meer van belang is voor het onderzoek.

Geconcludeerd wordt dan ook dat de meest geschikte mogelijkheid een kort geding tot een bevel tot afgifte van de administratie is onder verbeurte van een dwangsom. Deze procedure is het meest geschikt vanwege de snelheid. In een kort gedingprocedure kan vaak al binnen drie weken een uitspraak worden gedaan, zodat de curator op zeer korte termijn de administratie kan ontvangen. Voor deze procedure dient de curator griffierecht ad € 626,- te voldoen. Daarnaast dient de curator de dagvaarding te laten betekenen aan de derde ad € 98,01 en dient het vonnis te worden betekend aan de derde ad € 94,32. De rechter kan de derde in de proceskosten veroordelen. Dit is echter slechts een tegemoetkoming en de curator dient dan ook een deel van de kosten zelf te voldoen.

De enige afdwingmogelijkheid waar geen kosten aan verbonden zijn voor de curator, is de strafrechtelijke veroordeling. Immers, de curator dient slechts aangifte te doen. De administratie zal dan door het OM in beslag worden genomen. Zodra de administratie niet meer van belang is voor het onderzoek, kan het OM de administratie overdragen aan de curator. Het is echter onduidelijk op welke termijn dat zal zijn. Daarnaast is het onduidelijk of het OM wel overgaat tot vervolging naar aanleiding van de aangifte. Deze mogelijkheid is dan ook te onzeker.

De curator kan voorafgaand aan de kort gedingprocedure tot een bevel tot afgifte van de administratie verlot vragen aan de voorzieningenrechter voor het leggen van conservatoir beslag als de curator bang is dat de derde de administratie zal verduisteren. Door het leggen

van conservatoir beslag blijft de administratie wel onder de derde, maar als de derde de administratie dan verduistert, is de derde strafbaar. Voor deze procedure is de curator ook griffierecht ad € 626,- verschuldigd. De kosten voor het leggen van het conservatoir beslag bedragen € 128,91. De rechter kan de derde veroordelen in de proceskosten, maar dit betreft een tegemoetkoming op basis van het liquidatietarief zodat de curator niet volledig kosteloos zal zijn in deze procedure.

5.2 – Aanbevelingen

Naar aanleiding van het onderzoek en bovenstaande conclusie worden de navolgende aanbevelingen gedaan aan MR Advocaten.

- failliet laten bevestigen voor akkoord dat administratie zich bij derde bevindt

De curator vraagt de failliet de administratie mee te nemen bij het eerste gesprek tussen de failliet en de curator. Als de failliet vervolgens aangeeft tijdens het eerste gesprek de administratie niet te hebben omdat deze in het bezit is van een derde, wordt aanbevolen een verklaring op te stellen waarin de failliet bevestigt dat de administratie zich bij de betreffende derde bevindt. In deze verklaring kan opgenomen worden wanneer de administratie is afgegeven, wat afgegeven is, door wie de administratie is afgegeven aan de derde enzovoort. Dit met het oog op het feit van het bepaalde in art. 150 Rv (hij die stelt, moet bewijzen). Mocht de derde zich op het standpunt stellen de administratie nooit te hebben gehad en de curator heeft voldoende aanwijzingen dat de derde wel de administratie heeft, kan de curator een procedure starten. Daarom wordt ook aanbevolen de failliet te vragen of er meerdere personen zijn die kunnen bevestigen dat de administratie aan de derde is afgegeven. Ook deze personen kunnen dan een dergelijke verklaring afgeven.

- contact opnemen met de derde

Als de failliet aangeeft dat de administratie zich bij een derde bevindt, wordt aanbevolen contact op te nemen met de derde voor het opvragen van de administratie. Mocht de derde niet bereikbaar zijn, dan zal de administratie schriftelijk opgevraagd moeten worden. Aanbevolen wordt de beschikking van de faillietverklaring mee te zenden, zodat de derde kan zien dat de failliet daadwerkelijk failliet is verklaard met aanstelling van de curator tot curator.

- derde wijzen op strafbaarheid

Een strafrechtelijke veroordeling raakt de integriteit van de derde. Enkele derden dienen in het kader van hun beroepsuitoefening daarnaast een Verklaring Omtrent het Gedrag te overleggen. Niet iedere derde zal bekend zijn met het feit dat de derde strafbaar handelt als de derde de administratie niet overlegt. Het wordt dan ook aanbevolen om de derde te wijzen op zijn strafbaarheid bij niet overleggen van de administratie.

- derde wijzen op vervolgstappen

Aanbevolen wordt de derde te wijzen op de vervolgstappen die de curator zal ondernemen als de derde de administratie niet overlegt. Het aankondigen van het starten van een procedure kan voor een derde een voldoende druk zijn om alsnog de administratie te overleggen.

- derde vragen naar verweren tegen overlegging van de administratie

In de dagvaarding dient de curator aan te geven wat de verweren van de derde zijn tegen het verzoek van de curator de administratie te overleggen, de zogenaamde 'substantiëringsplicht'. Aanbevolen wordt de derde schriftelijk te vragen zijn verweren kenbaar te maken als de derde niet overgaat tot afgifte van de administratie, zodat dit opgenomen kan worden in de dagvaarding. Mocht de derde geen verweren kenbaar maken, kan de curator in de dagvaarding vermelden dat de verweren zijn opgevraagd, maar onbekend zijn gebleven.

In het kader van bovengenoemde aanbevelingen zullen standaardbrieven worden opgesteld voor MR Advocaten. Als er eerder contact is geweest met de derde, dient dit nog te worden vermeld in de brieven.

- brieven aangetekend verzenden

In de brieven wordt verzocht de administratie over te dragen aan de curator. Mocht de derde de administratie niet overdragen, kan de curator een procedure starten. Om ervoor te zorgen dat de derde nimmer kan stellen dat hij de betreffende brieven nooit heeft ontvangen en niet wist dat de failliet in staat van faillissement is verklaard, wordt aanbevolen de betreffende brieven aangetekend te versturen.

- standaard dagvaarding/verzoekschrift

Aanbevolen wordt een standaard dagvaarding op te stellen in het kader van het kort geding tot een bevel tot afgifte van de administratie en een standaard verzoekschrift inzake het conservatoir beslag zodat in de toekomst deze processtukken niet opnieuw opgesteld hoeven worden, wat tijd scheelt voor de curator.

Literatuurlijst

- **Centraal Bureau voor de Statistiek 2016**
Centraal Bureau voor de Statistiek, *Faillissementen oorzaken en schulden 2015*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2016.
- **Cleiren, Crijns en Verpalen 2015**
C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Tekst en Commentaar Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer business 2015.
- **Hingh e.a. 2016**
A. de Hingh e.a., *Leidraad voor juridische auteurs*, Deventer: Wolters Kluwer business 2016.
- **Polak en Pannevis 2014**
N.J. Polak en M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer business 2014.
- **Schaaijk 2011**
G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridische onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
- **Sijmonsma 2010**
J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht. Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer business 2010.
- **Snijders en Rank-Berenschot 2007**
H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer business 2007.
- **Verheugt 2013**
J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.