

**JOR 2020/95, Rechtbank Den Haag, 19-09-2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9931,
insolventienr. C/09/17/219 F (annotatie)**

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 19-09-2019
Publicatie: JOR 2020/95 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 4, 2020
Annotator: Ingen, M.J.W. van
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:9931
Zaaknummer: insolventienr. C/09/17/219 F
Rechtsgebied: Insolventierecht, Ondernemingsrecht
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:RBDHA:2019:9931 • INS-Updates.nl 2019-0128
Rechter(s): <ul style="list-style-type: none"> • mr. Hensen • mr. Schotte • mr. Neervoort
Partijen: <p>In het faillissement van X, gefaillieerde, advocaat: mr. dr. drs. Körver, op het verzoek van de curator tot verlenging van de inbewaringstelling van X.</p>
Regelgeving: Fw art. 105

Inhoudsindicatie

Toewijzing verzoek tot verlenging van inbewaringstelling, Belangenafweging, Schending informatieplicht ex art. 105 Fw en weigering onherroepelijke volmacht aan curator te geven, Verwijzing naar HR 2 december 1983, NJ 1984/306

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

In het kader van het verzoek van de curator om verlenging van de inbewaringstelling moet de vraag beantwoord worden of op basis van de huidige stand van zaken gronden aanwezig zijn die de voortduring van de inbewaringstelling en daarmee de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van gefaillieerde rechtvaardigen. Daarbij moet blijkens HR 2 december 1983, NJ 1984/306 het recht op persoonlijke vrijheid van gefaillieerde – waaraan naarmate de inbewaringstelling langer duurt een zwaarder gewicht toekomt – worden afgewogen tegen de bij de voortduring van de inbewaringstelling betrokken belangen.

Voorop staat dat de curator in staat moet zijn een goed beeld van dit faillissement te krijgen. Gefaillieerde heeft in

Frankrijk gewoond en daar zakelijke activiteiten ontplooid. De curator heeft informatie nodig over de vermogenspositie van gefailleerde in Frankrijk. Het onderzoek naar die activa is nog (lang) niet afgerond en dit wordt belemmerd door de opstelling van gefailleerde. Het is voor de curator in de praktijk erg lastig en tijdrovend onderzoek in Frankrijk te doen als zij daarvoor afhankelijk is van (de medewerking van) Franse instanties en het laten benoemen van een Franse curator zal haar onderzoek naar de vermogenspositie van gefailleerde en de afwikkeling van het faillissement nog meer onnodig vertragen. Daar komt nog bij dat juist de curator gefailleerde hier tegemoetkomt door met een volmacht zelf achter informatie in het buitenland aan te gaan, terwijl het op de weg van gefailleerde ligt om deze informatie spontaan of desgevraagd aan de curator te verstrekken. Gefailleerde bemoeilijkt door zijn opstelling de wettelijke taak van de curator en weigert mee te werken aan de afwikkeling van het faillissement. Informatievergaring door de curator zelf is dan het redelijke alternatief dat zich opdringt. Dat de curator dit wenst te doen met behulp van een door gefailleerde te geven volmacht is een keuze die de curator in redelijkheid kon nemen nu hierdoor het geldelijk belang van de boedel het meest is gediend. Het middel van (verlenging van) inbewaringstelling, dat gezien moet worden als een “ultimum remedium”, kan in beginsel worden toegepast bij de weigering van een gefailleerde om mee te werken aan de afwikkeling van het faillissement, waaronder begrepen het voldoen aan het bepaalde in **art. 105 Fw**. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het pressiemiddel dat **art. 87 Fw** beoogt te bieden, nog altijd effectief en noodzakelijk is om gefailleerde te laten voldoen aan zijn plicht als bedoeld in art. 105 Fw. De inbewaringstelling is een dwangmiddel tegen plichtsverzuim van de gefailleerde. De periode van 74 dagen inbewaringstelling in/tot 2018 heeft er kennelijk toe geleid dat gefailleerde toen bereid was mee te werken aan de ondertekening van een volmacht, zij het een minder verstreckende dan de curator wenst(e). Nu gefailleerde echter terugkomt op zijn eerdere toezeggingen, en gefailleerde aldus nog steeds onvoldoende informatie verschaft voor een correcte afwikkeling van het faillissement, dient het verzoek tot verlenging van de inbewaringstelling te worden toegewezen. Mede gelet op het feit dat gefailleerde pas sinds 22 augustus 2019 weer in bewaring is gesteld, maakt dat voortzetting ervan ook niet disproportioneel is. Gelet op het vooroverwogene wegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen vooralsnog zwaarder dan het recht op persoonlijke vrijheid van gefailleerde. Een voortgezette inbreuk op de persoonlijke vrijheid van gefailleerde is daarom gerechtvaardigd. Om die reden wordt het bevel tot inbewaringstelling verlengd. Zodra gefailleerde de door de curator opgestelde volmacht heeft getekend, en de rechter-commissaris de ondertekening heeft bevestigd, kan gefailleerde, de curator of de rechter-commissaris een verzoek tot opheffing van het bewaringsbevel aan de rechtbank doen.

Uitspraak

(...; red.)

2. Standpunten van partijen

2.1. De curator heeft aan haar verzoek tot verlenging van de inbewaringstelling van [gefaillieerde] het volgende ten grondslag gelegd.

[gefaillieerde] weigert al twee jaar stelselmatig informatie aan de curator te verstrekken over activa in Frankrijk. De curator heeft in die periode daarom zelf onderzoek gedaan. Zij heeft informatie nodig van buitenlandse partijen om de omvang van de boedel te kunnen vaststellen. Zonder die informatie (bankafschriften, verzekeringsinformatie en/of fiscale informatie) kan zij dat niet. De curator heeft tevergeefs geprobeerd middels een Franse advocaat die informatie alsnog te verkrijgen. Gebleken is dat de curator daarvoor een volmacht van [gefaillieerde] nodig heeft.

[gefaillieerde] heeft gedurende dit faillissement meerdere keren in verzekerde bewaring gezeten. Bij beschikking van 24 augustus 2018 van het Gerechtshof Den Haag is de laatste inbewaringstelling van [gefaillieerde] per diezelfde dag opgeheven. Het Gerechtshof heeft in de belangenafweging meegewogen dat [gefaillieerde] al 74 dagen in verzekerde bewaring heeft gezeten, en dat bovendien is gebleken dat hij bereid was een minder verstreckende volmacht aan de curator te geven. Zoals echter uit het verzoek van 11 juli 2019 is gebleken, is een minder verstreckende volmacht opgesteld die [gefaillieerde] nooit heeft getekend.

Ter zitting van 3 september 2019 heeft [gefaillieerde] verklaard dat hij bereid is een volmacht te tekenen, mits deze herroepelijk is. Ondanks bezwaren van de curator heeft de rechtbank beslist dat [gefaillieerde] in vrijheid gesteld kan worden zodra hij deze – inmiddels door hem goedgekeurde en herroepbare volmacht – heeft getekend, de curator deze getekende notariële volmacht heeft ontvangen, en de curator de ontvangst heeft bevestigd aan de rechter-

commissaris.

Per e-mail van 9 september 2019 heeft [gefaillieerde] middels zijn advocaat laten weten dat hij geen gehoor zal geven aan de beschikking van 5 september 2019 en ook geen herroepbare volmacht zal tekenen.

Het stelselmatig weigeren van afgifte van de gevraagde informatie doet steeds meer vermoeden dat [gefaillieerde] het bezit van activa verzwijgt. Gedurende eerdere langdurige inbewaringstellingen is gebleken dat gevraagde informatie gedurende deze inbewaringstelling wordt verkregen. Kennelijk is dit drukmiddel noodzakelijk om ook deze informatie te verkrijgen.

2.2. De rechter-commissaris schaart zich achter het verzoek van de curator. [gefaillieerde] heeft nog altijd niet voldaan aan de informatieplicht die op hem rust. Gebleken is dat periodes van vrijheidsbeneming voldoende waren om toezeggingen van medewerking te krijgen. Helaas werden die toezeggingen acuut ingetrokken met de invrijheidstelling. Zo is van "bereidheid mee te werken aan een minder verstrekkende volmacht" na (effectuering van) de beschikking van het Gerechtshof niet meer gebleken. [gefaillieerde] heeft voorts verklaard ook de volmacht die is bedoeld in de beschikking van de rechtbank van 5 september 2019 niet te zullen tekenen. Dat hij zelfs de herroepbare volmacht niet wil tekenen, sterkt de rechter-commissaris in zijn indruk dat [gefaillieerde] informatie bij de curator wil weghouden en onderstreept zijn gebrek aan medewerking.

De rechter-commissaris stelt zich op het standpunt dat de curator een onherroepelijke volmacht nodig heeft om alsnog de benodigde informatie boven water te krijgen. [gefaillieerde] heeft ruimschoots de gelegenheid gekregen om de gevraagde informatie te verstrekken.

2.3. Ter zitting heeft [gefaillieerde] bij monde van zijn advocaat verklaard dat het onjuist is dat (de advocaat van) [gefaillieerde] ter terechtzitting van de rechtbank op 3 september 2019 heeft verklaard dat hij bereid is de volmacht in notariële vorm te tekenen. [gefaillieerde] wil en zal geen volmacht meer tekenen. Daarnaast heeft de curator haar stelling dat ze in Frankrijk niet verder is gekomen, niet (deugdelijk) onderbouwd. De curator heeft verklaard dat een volmacht de eenvoudigste, de snelste en de goedkoopste manier is om haar bevoegdheden uit te oefenen. De bewijslast ter zake rust op de curator, maar zij heeft niet onderbouwd dat een volmacht noodzakelijk is, en waarom een volmacht onherroepelijk en in notariële vorm moet zijn. Voorts maakt de stelling van de curator niet dat de inbewaringstelling noodzakelijk en proportioneel is. De aangewezen weg voor de curator is het starten van een secundaire procedure in Frankrijk en het laten benoemen van een Franse curator. Zij weigert dat echter. Aangezien [gefaillieerde] onder geen beding een volmacht zal tekenen, zal gijzeling niet leiden tot het gewenste resultaat. Wanneer niet de verwachting is dat de gegijzelde zijn houding binnen afzienbare tijd zal veranderen, wordt het verblijf in het huis van bewaring onrechtmatig. Verzocht wordt om vernietiging van het gijzelingsbevel en opheffing dan wel schorsing van de gijzeling.

2.4. De curator en de advocaat van [gefaillieerde] hebben hun verzoeken ter zitting nader toegelicht en hebben op elkaars standpunten gereageerd. De rechtbank zal daarop, voor zover van belang, in het navolgende ingaan.

3. De beoordeling

3.1. **Artikel 105 lid 1 Faillissementswet** (hierna "Fw") verplicht de gefaillieerde om de curator alle inlichtingen te verschaffen, zowel mondeling als schriftelijk, die laatstgenoemde behoeft voor een goede afwikkeling van het faillissement.

3.2. De rechtbank heeft bij beschikking van 7 augustus 2019 geoordeeld dat [gefaillieerde] de hem in artikel 105 lid 1 Fw opgelegde verplichtingen niet nakomt. Op die grond heeft de rechtbank besloten tot afgifte van het bevel tot inbewaringstelling. Dit bevel is op 22 augustus 2019 tenuitvoergelegd. Sindsdien verblijft [gefaillieerde] in de Penitentiaire Inrichting te Alphen aan den Rijn. [gefaillieerde] is hierop op 23 augustus 2019 door de rechtbank gehoord. Tijdens die zitting heeft [gefaillieerde] de behandelend rechter gewraakt. Na de toewijzing van het wrakingsverzoek op 30 augustus 2019 is de procedure op 3 september 2019 door de rechtbank voortgezet. In de verklaringen van [gefaillieerde] ten overstaan van de rechtbank op die zitting heeft de rechtbank geen aanleiding gezien voor (schorsing of) opheffing van het bevel tot bewaring. Gelet op de "dertigdagentermijn" van **artikel 87 lid 3 Fw**

eindigt het op 22 augustus 2019 ten uitvoer gelegde bevel op 20 september 2019.

3.3. De rechtbank moet in het kader van het verzoek van de curator om verlenging van de inbewaringstelling en het verzoek van [gefaillieerde] om opheffing dan wel schorsing daarvan, de vraag beantwoorden of op basis van de huidige stand van zaken gronden aanwezig zijn die de voortduring van de inbewaringstelling en daarmee de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van [gefaillieerde] rechtvaardigen. Daarbij moet de rechtbank blijkens het arrest van de Hoge Raad van 2 december 1983, NJ 1984/306 het recht op persoonlijke vrijheid van [gefaillieerde] – waaraan naarmate de inbewaringstelling langer duurt een zwaarder gewicht toekomt – afwegen tegen de bij de voortduring van de inbewaringstelling betrokken belangen.

3.4. Voorop staat dat de curator in staat moet zijn een goed beeld van dit faillissement te krijgen. [gefaillieerde] heeft niet betwist dat hij in Frankrijk heeft gewoond en daar zakelijke activiteiten heeft ontplooid. De curator heeft informatie nodig over de vermogenspositie van [gefaillieerde] in Frankrijk. Uit de verklaringen van de rechter-commissaris en de curator is genoegzaam gebleken dat het onderzoek naar die activa nog (lang) niet is afgerond en dat dit wordt belemmerd door de opstelling van [gefaillieerde]. Ter zitting heeft de raadsman van [gefaillieerde] gewezen op de mogelijkheden die de Europese Insolventieverordening biedt aan de curator, alsmede op diverse andere juridische mogelijkheden die de curator tot haar beschikking staan. De raadsman gaat er daarbij echter aan voorbij dat deze mogelijkheden tijd kosten en duur zijn en dus ten koste gaan van de boedel. Gebleken is dat het voor de curator in de praktijk erg lastig en tijdrovend is onderzoek in Frankrijk te doen als zij daarvoor afhankelijk is van (de medewerking van) Franse instanties en dat het laten benoemen van een Franse curator haar onderzoek naar de vermogenspositie van [gefaillieerde] en de afwikkeling van het faillissement nog meer onnodig zal vertragen. Daar komt nog bij dat juist de curator [gefaillieerde] hier tegemoet komt door op deze wijze – dus met een volmacht – zelf achter informatie in het buitenland aan te gaan, terwijl het op de weg van [gefaillieerde] ligt om deze informatie spontaan of desgevraagd aan de curator te verstrekken. De rechtbank komt tot de conclusie dat [gefaillieerde] door zijn opstelling de wettelijke taak van de curator bemoeilijkt en weigert mee te werken aan de afwikkeling van het faillissement. Informatievergaring door de curator zelf is dan het redelijke alternatief dat zich opdringt. Dat de curator dit wenst te doen met behulp van een door [gefaillieerde] te geven volmacht is een keuze die de curator in redelijkheid kon nemen nu hierdoor het geldelijk belang van de boedel het meest is gediend.

3.5. Gelet op het vorenoverwogene is de rechtbank van oordeel dat het verzoek om opheffing of schorsing van de inbewaringstelling moet worden afgewezen. Voor schorsing zou pas aanleiding kunnen zijn als aan gestelde voorwaarden is of zal worden voldaan. [gefaillieerde] heeft echter geen voorstel gedaan om de curator op weg te helpen – integendeel, hij heeft nadrukkelijk verklaard geen volmacht te zullen tekenen.

3.6. Zoals deze rechtbank in haar beschikking van 8 augustus 2018 heeft overwogen, kan het middel van (verlenging van) inbewaringstelling, dat gezien moet worden als een “ultimum remedium”, in beginsel worden toegepast bij de weigering van een gefaillieerde om mee te werken aan de afwikkeling van het faillissement, waaronder begrepen het voldoen aan het bepaalde in artikel 105 Fw. Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit hetgeen in hiervoor is overwogen, dat het pressiemiddel dat artikel 87 Fw beoogt te bieden nog altijd effectief en noodzakelijk is om [gefaillieerde] te laten voldoen aan zijn plicht als bedoeld in artikel 105 Fw. De inbewaringstelling is een dwangmiddel tegen plichtsverzuim van de gefaillieerde. De periode van 74 dagen inbewaringstelling in/tot 2018 heeft er kennelijk toe geleid dat [gefaillieerde] toen bereid was mee te werken aan de ondertekening van een volmacht – zij het een minder verstrekende dan de curator wenst(e). Nu [gefaillieerde] echter terugkomt op zijn eerdere toezeggingen, en [gefaillieerde] aldus nog steeds onvoldoende informatie verschaft voor een correcte afwikkeling van het faillissement, dient het verzoek tot verlenging van de inbewaringstelling te worden toegewezen. Dat [gefaillieerde] nu bij voorbaat stelt geen enkele volmacht te zullen ondertekenen, maakt niet dat het niet noodzakelijk is dat hij ofwel zelf alle benodigde informatie aanlevert, ofwel door middel van een volmacht de curator in staat stelt haar onderzoek voort te zetten. Dat hij daartoe vanuit detentie niet in staat zou zijn, al dan niet via zijn advocaat of ten overstaan van de curator, is gesteld noch gebleken. Mede gelet op het feit dat [gefaillieerde] pas sinds 22 augustus 2019 weer in bewaring is gesteld, maakt dat voortzetting ervan ook niet disproportioneel is als bedoeld bij de onder rechtsoverweging 3.3 genoemde belangenafweging.

3.7. Gelet op het vooroverwogene is de rechtbank van oordeel dat de bij de inbewaringstelling betrokken belangen vooralsnog zwaarder wegen dan het recht op persoonlijke vrijheid van [gefaillieerde] en dat een voortgezette inbreuk op

de persoonlijke vrijheid van [gefaillieerde] daarom gerechtvaardigd is. De rechtbank acht om die reden termen aanwezig het bevel tot inbewaringstelling te verlengen.

3.8. Ervan uitgaande dat [gefaillieerde] persisteert bij zijn weigering informatie te geven, kan de curator vooralsnog slechts verder met de afwikkeling van het faillissement zodra zij over een toereikende volmacht beschikt. Zoals de curator en de rechter-commissaris terecht hebben gesteld, zal dat een onherroepelijke volmacht moeten zijn. Uit eerdere verhoren is immers gebleken dat [gefaillieerde] zelf wil kunnen bepalen wanneer hij de volmacht intrekt, zonder dat hij kan zeggen welk (rechtens te respecteren) belang hij daarmee beoogt te beschermen. Hij zou aldus op ieder moment de werking van een herroepelijke volmacht kunnen frustreren door instanties aan te schrijven met de mededeling dat hij zijn volmacht intrekt. Van een effectieve volmacht waarmee de curator verder kan met de afwikkeling van het faillissement, is dan geen sprake. De curator heeft voorts de stelling ingenomen dat de volmacht moet voldoen aan in Frankrijk geldende vormvereisten. Zolang daaraan niet is voldaan, kan zij niet verder met haar onderzoek. Dat betekent dat de volmacht in notariële vorm moet zijn, dat een vertaling in het Frans moet zijn afgegeven door een beëdigd vertaler, en dat de volmacht moet zijn voorzien van een “goedschrift” van de volmachtgever. [gefaillieerde] heeft deze vormvereisten ongemotiveerd betwist, zodat de rechtbank uitgaat van de noodzakelijkheid van de door de curator gestelde vormvereisten.

Zodra [gefaillieerde] de door de curator opgestelde volmacht in die vorm heeft getekend, en de rechter-commissaris de ondertekening heeft bevestigd, kan (de advocaat van) [gefaillieerde], de curator of de rechter-commissaris een verzoek tot opheffing van het bewaringsbevel aan de rechtbank doen.

4. Beslissing:

De rechtbank:

– bepaalt dat de termijn, waarvoor het bevel van 7 augustus 2019 om [gefaillieerde], geboren op [geboortedatum] 1945 te [geboorteplaats], in bewaring te stellen geldig is, wordt verlengd met een termijn van ten hoogste dertig dagen, welke verlengde termijn aanvangt op 21 september 2019.

Noot

1. De rechtbank ziet zich in de hiervoor afgedrukte uitspraak geconfronteerd met een gefaillieerde natuurlijke persoon die enige tijd in Frankrijk heeft gewoond en daar een onderneming dreef. Al twee jaar weigert de gefaillieerde informatie te verstrekken over zijn vermogensbestanddelen in Frankrijk. De curator heeft geprobeerd daar informatie in te winnen, maar wordt geconfronteerd met partijen die haar geen informatie willen verschaffen zonder de medewerking van gefaillieerde.

2. Een eerdere inbewaringstelling leverde de toezegging van gefaillieerde op om een volmacht te verschaffen zodat de curator deze informatie kon opvragen, maar aanstonds na de invrijheidstelling werd die toezegging weer ingetrokken, waarna een nieuwe inbewaringstelling volgt en de rechtbank heeft te beslissen over een verzoek tot verlenging van die inbewaringstelling. Zowel de curator als de rechter-commissaris bepleiten die verlenging zolang gefaillieerde geen onherroepelijke volmacht verstrekt aan de curator.

Gefaillieerde verzet zich daartegen en voert drie argumenten aan ter opheffing van de bewaring. Allereerst is hij van mening dat de curator dient te stellen en waar nodig te bewijzen dat zij in Frankrijk geen nadere inlichtingen kan verkrijgen. Verder stelt hij dat het voortdueren van de verzekerde bewaring een disproportionele maatregel is, omdat de curator ook een secundaire procedure kan openen in Frankrijk. Ten slotte beroept hij zich erop dat hij zal blijven weigeren een volmacht te tekenen, dat de inbewaringstelling dus niet het gewenste effect heeft en daarom als dwangmiddel achterwege dient te worden gelaten.

3. De rechtbank kan, op voordracht van de rechter-commissaris, de verzekerde bewaring van de gefaillieerde bevelen wegens het niet-nakomen van “verplichtingen welke de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt”, **art. 87 Fw. Van der Feltz** vermeldt daarbij dat “de inbewaringstelling het aangewezen dwangmiddel is om de gefaillieerde tot zijn plicht te brengen” indien de gefaillieerde opzettelijk weigert de verplichtingen, hem in het belang van de schuldeisers

opgelegd, na te komen (*Van der Feltz II*, p. 47). Het was de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever de inbewaringstelling te beperken tot het niet-nakomen van een wettelijke plicht (zie Regeeringsantwoord bij *Van der Feltz II*, p. 48).

4. De rechtbank neemt blijkens r.o. 3.3 als maatstaf of er gronden aanwezig zijn die de inbewaringstelling, en daarmee de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de gefailleerde, rechtvaardigen. Daarbij moet, volgens de rechtbank, het recht op de persoonlijke vrijheid van de gefailleerde worden afgewogen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen, verwijzende naar HR 2 december 1983, *NJ* 1984/306, en HR 22 juli 1991, *NJ* 1991/766. Ten tijde van die arresten gold echter nog **art. 89 Fw**, dat voorschreef dat de inbewaringstelling moest plaatsvinden als sprake was van schending van de inlichtingenverplichting.

5. Bij de herziening van het procesrecht in 2002 is die bepaling echter komen te vervallen en is art. 87 Fw geherformuleerd, waarmee werd beoogd aan te sluiten bij de nieuwe algemene regeling van lijfswang in art. 585 e.v. Rv (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 824, nr. 3, p. 10-11). Daarmee had de rechtbank dienen te toetsen aan de in **art. 587 Rv** voor de toepassing van lijfswang voorgeschreven maatstaf, met de daarin besloten liggende eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (vgl. HR 10 januari 2014, «**JOR**» **2014/248**(*Curatoren Delta Digi/X*)). Concreet betekent dit dat slechts ruimte is voor verzekerde bewaring indien aannemelijk is dat toepassing van een ander dwangmiddel onvoldoende uitkomst zal bieden en het belang van de schuldeiser toepassing daarvan rechtvaardigt (art. 587 Rv). Lijfswang dient, met andere woorden, een ultimatum remedium te zijn, zoals **art. 585 Rv** ook vereist.

6. De vraag die dan rijst, is of toepassing van lijfswang gerechtvaardigd is om de gefailleerde tot zijn inlichtingenplicht te brengen, of dat eerst aan lijfswang kan worden toegekomen als de curator die inlichtingen ook niet op andere wijze kan verkrijgen.

7. De vraag of hier sprake is van een ultimatum remedium, beantwoordt de rechtbank in r.o. 3.4 door te overwegen dat het tijdrovend en kostbaar is om de juridische mogelijkheden te benutten die de curator ten dienste staan op grond van de Insolventieverordening, terwijl dit de afwikkeling van het faillissement onnodig vertraagt. Daarmee hanteert de rechtbank een onjuist en te soepel toetsingskader. Dit impliceert immers ook dat er wel degelijk andere middelen ten dienste staan, maar dat toepassing daarvan niet wordt afgezet tegen het belang van de vrijheidsbeneming van de gefailleerde, maar tegen de voortvarende afwikkeling van het faillissement.

8. Ook de overweging dat de keuze van de curator om informatie te vergaren door een volmacht van gefailleerde te verlangen een te legitimeren keuze is, nu daarmee het geldelijk belang van de boedel het meeste is gediend, is een merkwaardige overweging. Immers, vertraging van de faillissementsprocedure, noch het geldelijk belang van de boedel, is een belang dat dient te worden meegewogen bij de vraag of verzekerde bewaring gewenst is, laat staan bij de afweging of dit een voor de gefailleerde minder belastend middel is.

9. In het onderhavige geval lijkt duidelijk dat de gefailleerde niet voldoet aan de op hem rustende inlichtingenverplichting. Die inlichtingenverplichting moet immers ruim worden opgevat, zolang de inlichtingen maar het faillissement zelf betreffen (HR 23 december 2016, «**JOR**» **2017/115**, r.o. 3.3.2 en 3.3.3).

10. Het ligt niet op de weg van de gefailleerde om te bepalen op welke wijze hij de inlichtingen verschaft, of wanneer hij dit doet. De verplichting om voor de curator te verschijnen en inlichtingen te verschaffen “zo dikwijls als hij daartoe wordt opgeroepen” zag de wetgever als de eerste plicht van de gefailleerde (Regeeringsantwoord bij *Van der Feltz II*, p. 69). Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2014, «**JOR**» **2014/250**, m.nt. Van Nielen, voegt daar nog aan toe dat de verschijningsplicht nog steeds actueel is “gezien de zeggingskracht van non-verbale communicatie alsmede de mogelijkheid tot het zinvol kunnen stellen van diepgaandere en elkaar opvolgende vragen, zoals in een faillissementsverhoor gebruikelijk is.”

11. De vraag die echter opdoemt bij het lezen van deze uitspraak, is of het op de weg van de curator ligt om te bepalen op welke wijze hij de inlichtingen dient te ontvangen, of liever: dient te verkrijgen. De vrijheid van de gefailleerde kan hem immers enkel worden ontnomen als ultimatum remedium om hem te laten voldoen aan een verplichting die de wet hem oplegt in verband met het faillissement. Het verschaffen van inlichtingen omtrent mogelijke buitenlandse activa is op zichzelf een op de failliet rustende verplichting. Dit werd al aangenomen in de rechtspraak, maar is buiten twijfel

gesteld met het bij de Wet versterking positie curator ingevoerde nieuwe **art. 105 lid 2 Fw** Het verschaffen van een volmacht in een door de curator gewenste vorm is daarentegen niet een op grond van de faillissementswet op de gefailleerde rustende verplichting. Alle door de rechtbank voor die volmacht pleitende argumenten zijn ontegenzeggelijk juist, maar gaan er mijns inziens aan voorbij dat gefailleerde niet gehouden is tot het verschaffen van die volmacht. Daarmee is de beslissing van de rechtbank, die als voorwaarde aan de opheffing van de inbewaringstelling ook het verschaffen van die volmacht verbindt, naar mijn mening in strijd met de wet.

12. Wat blijft is de weigering van de gefailleerde om inlichtingen te verschaffen. Naarmate de tijd voortschrijdt, moet geconstateerd worden dat het dwangmiddel minder effectief lijkt en een belangenafweging tussen het belang van de gefailleerde om in vrijheid gesteld te worden en het belang van de boedel tot het verkrijgen van de inlichtingen steeds meer in het voordeel van de gefailleerde moet uitvallen. In het onderhavige geval heeft gefailleerde reeds 72 dagen in het Huis van Bewaring doorgebracht. Waar de wetgever beoogde om aan te sluiten bij de regeling van lijfswang, terwijl lijfswang eindigt na een jaar, bestaat er nog genoeg ruimte om gefailleerde op andere gedachten te brengen.

mr. M.J.W. van Ingen, advocaat Watson Law te 's-Hertogenbosch
