

pro facto

Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren
2012

Groningen, september 2019

www.pro-facto.nl

Ossenmarkt 5
9712 NZ Groningen

profacto@pro-facto.nl
050 313 98 53

Colofon

Dit onderzoek is – in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie en Veiligheid – uitgevoerd door Pro Facto, in samenwerking met het Groningen Centre for Insolvency Law.

Projectleider: prof. dr. J. de Ridder
Onderzoekers: mr. drs. M. Beukers, mr. J. Koning, prof. mr. M.L. Lennarts, prof. mr. dr. F.M.J. Verstijlen, mr. R.E. de Vries

Met medewerking van: mr. N. Struiksma, prof. mr. R.D. Vriesendorp

Begeleidingscommissie:

prof. mr. dr. G. van Dijck (voorzitter), Universiteit Maastricht
mr. M.C. Bosch, rechtbank Overijssel
A. van Dieren Msc, Van Diepen Van der Kroef Advocaten
mr. E.C. van Ginkel, ministerie van Justitie en Veiligheid (WODC)
mr. M.K.M. Pluim, ministerie van Justitie en Veiligheid
dr. A.M.I.B. Vandenberghe, Erasmus Universiteit

© 2019 WODC, Ministerie van Justitie en Veiligheid. Auteursrechten voorbehouden.

Inhoud

SAMENVATTING	1
1. INLEIDING	7
1.1 AANLEIDING	7
1.2 VRAAGSTELLING	8
1.2.1. <i>Centrale onderzoeksvragen</i>	8
1.2.2. <i>Deelonderzoek I: evaluatie GSR</i>	8
1.2.3. <i>Deelonderzoek II: de GSR en (toekomstige) ontwikkelingen</i>	9
1.3 ONDERZOEKSMETHODEN	10
1.4 LEESWIJZER	12
DEEL I: EVALUATIE VAN DE GSR	13
2. BELEIDSRECONSTRUCTIE	14
2.1 INLEIDING	14
2.2 DE GARANTSTELLINGSREGELING CURATOREN 2012	14
2.3 TOTSTANDKOMING GARANTSTELLINGSREGELING CURATOREN	17
2.4 DE BELEIDSTHEORIE VAN DE GARANTSTELLINGSREGELING	19
3. TOEPASSING EN WERKING VAN DE GSR	24
3.1 INLEIDING	24
3.2 GEBRUIK VAN DE REGELING	25
3.2.1. <i>Aantal garantstellingen</i>	25
3.2.2. <i>Toegewezen, afgewezen en ingetrokken aanvragen</i>	28
3.2.3. <i>Afgewikkelde en lopende garantstellingen</i>	30
3.2.4. <i>Verrichte acties garantstelling</i>	31
3.3 BENADELING BIJ FAILLISSEMENT	32
3.4 KOSTEN EN OPBRENGSTEN.....	35
3.4.1. <i>Aangevraagd en toegewezen bedrag</i>	35
3.4.2. <i>Boedelopbrengsten</i>	36
3.4.3. <i>Dekking krediet uit de boedelopbrengsten</i>	38
3.4.4. <i>Dekking krediet door Justis</i>	40
3.4.5. <i>Uitvoeringskosten Justis</i>	41
3.5 RESUMÉ	43

4. DE HOOFDROLSPELERS.....	45
4.1 INLEIDING	45
4.2 DE CURATOR	45
4.2.1. <i>Inleiding</i>	45
4.2.2. <i>De toewijzing van faillissementen aan curatoren</i>	45
4.2.3. <i>De bedrijfsvoering van de curator en de GSR</i>	46
4.2.4. <i>De werkwijze van de curator en de GSR</i>	47
4.2.5. <i>De GSR in bijzondere gevallen</i>	49
4.2.6. <i>Gebruik van de GSR</i>	50
4.2.7. <i>De curator en de instanties</i>	54
4.2.8. <i>De curator en faillissementsfraude</i>	56
4.3 DE RECHTER-COMMISSARIS	58
4.3.1. <i>Inleiding</i>	58
4.3.2. <i>De toewijzing van faillissementen</i>	59
4.3.3. <i>De werkwijze van de rechter-commissaris als toezichthouder in faillissement</i>	59
4.3.4. <i>Betrokkenheid bij de aanvraag van een garantstelling</i>	61
4.3.5. <i>Betrokkenheid bij lopende garantstelling</i>	62
4.3.6. <i>De GSR en de bestrijding van faillissementsfraude</i>	62
4.4 DE DIENST JUSTIS	63
4.4.1. <i>TRACK</i>	63
4.4.2. <i>Aanvraag van een garantstelling</i>	63
4.4.3. <i>Toewijzing van een verzoek</i>	66
4.4.4. <i>Voortgang van een dossier</i>	67
4.4.5. <i>Verhogingsverzoek</i>	67
4.4.6. <i>Afwikkeling van een garantstelling</i>	67
4.5 CONCLUSIE.....	68
DEEL II: MOGELIJKE AANPASSINGEN VAN DE GSR.....	70
5. PREMIEFINANCIERING EN DE GSR	71
5.1 INLEIDING	71
5.2 DE OMVANG VAN HET RISICO	73
5.3 DE TOEPASBAARHEID VAN EEN PREMIESTELSEL	75
5.4 ALTERNATIEVEN	77
6. HERIJKING FAILLISEMENTSRECHT	79
6.1 INLEIDING	79
6.2 DE WET CIVIELRECHTELIJK BESTUURSVERBOD EN DE GSR	79
6.2.1. <i>Inleiding</i>	79
6.2.2. <i>De Wet civielrechtelijk bestuursverbod in verhouding tot de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement</i>	81
6.2.3. <i>Gevolgen opnemng vordering civielrechtelijk bestuursverbod in de GSR</i>	82
6.2.4. <i>Uitbreiding van de GSR tot vorderingen van een bestuursverbod?</i>	84
6.2.5. <i>Invloed op de criteria in de GSR</i>	85
6.3 DE WET VERSTERKING POSITIE CURATOR EN DE GSR	86
6.3.1. <i>Inleiding</i>	86
6.3.2. <i>Invloed op het aantal aanvragen en de kosten en opbrengsten</i>	87
6.3.3. <i>De invloed op de criteria in de GSR</i>	88

7. UITBREIDING GSR CONFORM MOTIE-GESTHUIZEN	89
7.1 INLEIDING	89
7.2 UITBREIDING VAN DE GSR NAAR PEETERS/GATZEN-VORDERINGEN	89
7.2.1. <i>De Peeters/Gatzen-vordering bezien vanuit de doelen van de GSR.....</i>	89
7.2.2. <i>Gevolgen opnemen Peeters/Gatzen-vordering in de GSR.....</i>	92
7.2.3. <i>Invloed op de criteria in de GSR</i>	93
7.3 UITBREIDING VAN DE GSR NAAR FAILLISEMENTEN VAN NATUURLIJKE PERSONEN EN PERSONENVENNOOTSCHAPPEN	93
7.3.1. <i>Uitbreiding van natuurlijke personen en personenvennootschappen bezien vanuit de doelen van de GSR</i>	93
7.3.2. <i>De gevolgen van uitbreiding van de GSR naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen</i>	95
7.3.3. <i>Invloed op de criteria in de GSR</i>	95
7.4 KOSTENDEKKENDE PREMIE BIJ UITBREIDING VAN DE GSR.....	96
8. SAMENVATTENDE ANALYSE	97
8.1 INLEIDING	97
8.2 DE WERKING VAN DE GSR.....	98
8.2.1. <i>Beleidstheorie</i>	98
8.2.2. <i>De bereidheid om de GSR toe te passen</i>	99
8.2.3. <i>Het gebruik van de GSR onder curatoren.....</i>	100
8.2.4. <i>Succesvol aansprakelijk stellen met de GSR.....</i>	102
8.2.5. <i>De werking van de GSR: generale preventie?</i>	103
8.3 AANPASSINGEN VAN DE GSR.....	104
BIJLAGE 1: LIJST MET AFKORTINGEN	I
BIJLAGE 2: DEELVRAGEN	II
BIJLAGE 3: GESPREKSPARTNERS.....	IV
BIJLAGE 4: GERAADPLEEGDE BRONNEN	V
BIJLAGE 5: CASUSPOSITIES INTERVIEWS	VII
BIJLAGE 6: VRAGENLIJST ENQUÊTE CURATOREN.....	IX
BIJLAGE 7: VRAGENLIJST ENQUÊTE RECHTERS-COMMISSARISSSEN	XV
BIJLAGE 8: TOETSINGSKADER RISICOREGELINGEN	XXI

Samenvatting

Aanleiding, vraagstelling en reikwijdte

De aanstelling van de curator in een faillissement maakt deel uit van het vonnis van faillietverklaring, zoals door de rechtbank uitgesproken (artikel 14 Fw). De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De curator doet onder meer onderzoek naar de oorzaken van het faillissement. De conclusie van zo'n onderzoek kan zijn dat het faillissement (mede) veroorzaakt is door kennelijk onbehoorlijk bestuur of dat er sprake is van faillissementspauliana. De curator heeft dan de optie de bestuurder of een paulianeus handelende derde aan te spreken en langs die weg middelen aan de boedel toe te voegen. De boedel van de failliet is echter niet altijd toereikend om de kosten van het onderzoek van de curator en eventuele daaruit voortvloeiende vorderingen te dragen. De Garantstellingsregeling curatoren verschaft in de gevallen dat de boedel ontoereikend is de curator financiële ondersteuning voor het instellen van een rechtsvordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of faillissementspauliana als ook voor het instellen van een vooronderzoek dan wel een verhaalsonderzoek naar de mogelijkheden voor zo'n vordering.

De Garantstellingsregeling is in 2012 aangepast naar aanleiding van een evaluatieonderzoek uit 2006. Het aantal administratieve handelingen is verminderd en de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris is verkleind. De verhouding tussen de maximale hoogte van de gevraagde garantstelling en de hoogte van de schulden is versoepeld naar 1:2. Inmiddels is het denken over de mogelijke verdere ontwikkeling van de GSR door gegaan. Het onderhavige evaluatieonderzoek is daar een uitvloeisel van.

In dit onderzoek staan drie vragen centraal, te weten :

1. In hoeverre is de GSR 2012 doeltreffend en doelmatig gebleken?
2. Kan het Rijksgarantiekader in de GSR worden ingepast met behoud van het optimaliseren van de doelstellingen van de regeling, zo ja, op welke manier zou dit kunnen?
3. Hoe verhoudt de GSR zich tot de Wet versterking positie curatoren en de Wet civielrechtelijke bestuursverbod en tot de uitbreiding naar aansprakelijkheidsprocedures door een curator van derden dan wel de uitbreiding naar natuurlijke personen en personenvennootschappen (zoals bedoeld in de motie-Gesthuizen)?

Het evaluatieonderzoek is opgedeeld in twee deelonderzoeken. Deelonderzoek I dient ter beantwoording van de eerste centrale vraag en moet inzicht verschaffen in de wijze waarop de GSR is uitgevoerd en heeft gefunctioneerd sinds de wijziging van de regeling in 2012. Deelonderzoek II is onderverdeeld in drie onderzoeksthema's. Het eerste thema is de inpassing van de GSR in het Rijksgarantiekader. Het Rijksgarantiekader stelt eisen aan 'risicoregelingen' en de vraag is of die eisen zich verdragen met de aard en het doel van de GSR. Het tweede thema betreft de vraag of het wenselijk is om een vordering tot een civielrechtelijk bestuursverbod onder de werking van de GSR te brengen en zo ja, wat dit voor gevolgen heeft voor het gebruik en de toekomstbestendigheid van de GSR.. Het derde onderzoeksthema is de motie-Gesthuizen. Nagegaan wordt wat de gevolgen zijn van de in de motie genoemde uitbreiding van de werking van de GSR.

De gegevens voor de onderhavige evaluatie zijn verzameld door middel van documentenanalyse, analyse van de registraties van de uitvoerende dienst Justis, dossieronderzoek, enquêtes onder curatoren en rechters-commissarissen en diepte-interviews met sleutelinformanten.

I De effectiviteit van de Garantstellingsregeling 2012

Beleidstheorie

Het onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de GSR valt in tweeën uiteen. In de eerste fase is nagegaan wat de doelstellingen van de GSR zijn en welke veronderstellingen aan de beoogde werking ten grondslag lagen. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de regeling zijn twee einddoelen af te leiden:

1. 'het bestrijden van misbruik van rechtspersonen'
2. 'het beschermen van de belangen van concurrente schuldeisers'.

Overigens, in de periode sinds 2012 is het eerste doel allengs steeds vaker geformuleerd als "het bestrijden van faillissementsfraude". Dat suggereert ten minste in terminologie een verschuiving van een louter civielrechtelijke invalshoek naar ook een strafrechtelijke benadering.

In de gedachtegang van de wetgever liggen de beide doelstellingen min of meer in elkaars verlengde. Het behoort tot de kerntaak van de curator om zoveel mogelijk geld voor de schuldeisers te genereren, ook door de bestuurders van de failliete rechtspersoon aan te spreken indien daarvoor termen aanwezig zijn. Door dat te doen levert de curator ipso facto een bijdrage aan de bestrijding van misbruik van rechtspersonen. De GSR dient slechts om de mogelijkheid daartoe te verruimen: de regeling moet 'de mogelijkheid vergemakkelijken om malafide bestuurders van rechtspersonen in hun privévermogen aan te spreken in geval van misbruik van de door hen bestuurde rechtspersoon'.

Echter, het ontbreekt in de beleidstheorie aan een sluitende argumentatie ter onderbouwing van het verband tussen de beoogde preventie van misbruik van rechtspersonen en het daarvoor gekozen middel van (civielrechtelijke) aansprakelijkstelling van bestuurders in geval van faillissement. Dit verband is minder plausibel dan het op het eerste gezicht lijkt. Juridisch gezien is de armslag van de curator beperkt als het gaat om het bestrijden van faillissementsfraude. De jurisprudentie erkent dat deze bestrijding een maatschappelijk belang is dat de curator kan mee wegen, maar dit zou er niet toe mogen leiden dat de curator in meer dan ondergeschikte mate afbreuk doet aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers. In de vormgeving van de GSR staat bescherming van de belangen van concurrente schuldeisers centraal. De curator kan slechts een beroep doen op de regeling als het aanspreken van een bestuurder of een paulianeus handelende derde dienstig is voor de boedel.

Gebruik en werking

Als centraal onderdeel van de evaluatie is het gebruik van de GSR in kaart gebracht, met inbegrip van kosten en opbrengsten. Dat levert het volgende beeld op.

Gedurende de onderzoeksperiode 2012-2017 zijn in totaal 1.315 aanvragen ingediend. Het aantal aanvragen, gewogen voor het aantal faillissementen, nam gedurende die periode van jaar tot jaar toe. Van de ingediende aanvragen werden er 29 weer ingetrokken, hetgeen het aantal beoordeelde aanvragen op 1286 brengt. Het aandeel toegekende garantstellingen was 1235, 96% van het aantal aanvragen. De bestudeerde steekproef van honderd dossiers bevatte acht afwijzingen. Twee van deze aanvragen werden afgewezen omdat het bedrag

van de gevraagde garantie meer dan $\frac{1}{4}$ van de te verwachten boedelopbrengst was. De meeste aanvragen voor een garantstelling betroffen een voor- en/of verhaalsonderzoek. In globaal een kwart van de gevallen deed de aanvrager een verhogingsverzoek. Verhogingsverzoeken betroffen vaker dan initiële aanvragen financiering voor het instellen van een vordering, met name op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Vier van de honderd initiële aanvragen en één verhogingsverzoek golden een garantstelling voor een in 2012 onder de werking van de GSR gebrachte vordering op grond van artikel 47 Fw (faillissementspauliana). Overigens is in geen van die gevallen uiteindelijk een vordering ex artikel 47 Fw ingesteld.

Onder curatoren is een grote mate van variatie in het gebruik van de GSR. Sommige curatoren maken veel gebruik van de GSR, veel curatoren maken er weinig of geen gebruik van. Nederland telt in totaal 707 geregistreeerde curatoren. Gedurende de onderzoeksperiode hebben 516 verschillende curatoren (73% van het totaal) eenmaal of vaker een aanvraag voor een garantstelling ingediend. Van de curatoren die een beroep deden op de GSR waren er 46 (6,5%) die dat zes keer of vaker deden. Anderzijds deden 229 curatoren (44%) gedurende de zes onderzoeksjaren slechts één maal een aanvraag. Uit de enquête en uit gesprekken met curatoren blijkt dat een aantal barrières aan een meer omvangrijk gebruik van de GSR in de weg staat. Genoemd werd allereerst de administratieve lasten – dit niettegenstaande de in 2012 doorgevoerde vereenvoudigingen. Een andere barrière zijn de vereisten aangaande de te verwachten opbrengst: de verhouding tussen garantstelling en verwachte opbrengst van ten hoogste 1:4 en – in minder mate – de verhouding van tussen garantstelling en schulden van ten hoogste 1:2. Ook de rechters-commissarissen achten met name het 1:4 vereiste niet goed werkbaar.

Justis toetst aanvragen systematisch aan de criteria die in de regeling staan, waaronder de vereisten van 1:4 betreffende verwacht verhaal en 1:2 betreffende de omvang van de schulden. Justis is niet goed in staat de juridische merites van een eventuele vordering bestuurdersaansprakelijkheid of pauliana te beoordelen. De rechter-commissaris kan dat beter. Voor 2012 moest een aanvraag voor de GSR vergezeld gaan van een gemotiveerd advies van de rechter-commissaris. Met de aanpassing van de GSR in 2012 is deze eis komen te vervallen. Echter, daarmee onttrekt de vordering zich niet aan het oordeel van de rechter-commissaris. De bemoeienissen van de rechter-commissaris met de toepassing van de GSR zijn nog steeds ingebed in diens algehele toezichtsfunctie. In de regel heeft de rechter-commissaris dan ook al naar de haalbaarheid van een vordering gekeken voordat hij goedkeuring geeft voor een beroep op de GSR. Het toezicht van de rechter-commissaris op een juiste besteding van publieke middelen door de curator vindt plaats als onderdeel van het toezicht op de afhandeling van het faillissement in het algemeen.

De gesommeerde waarde van alle initiële aanvragen voor een garantstelling gedurende de onderzoeksperiode bedroeg volgens de registratie van Justis € 24.351.617; dat is gemiddeld € 18.532 per aanvraag. Toegewezen (met inbegrip van toegewezen verhogingsverzoeken) werd in diezelfde periode een bedrag van € 23.957.739, ofwel een gemiddelde garantstelling van € 19.399 per geval. Uit de enquête onder curatoren valt op te maken dat de aanvragende curator in deze gevallen vrijwel nooit activiteiten in verband met bestuurdersaansprakelijkheid zou hebben ondernomen zonder de steun van de garantstelling.

De verleende garantie wordt alleen dan geïnd als de activiteiten van de curator geen of onvoldoende middelen aan de boedel hebben toegevoegd. Volgens de registratie van Justis bleef de boedel in de helft van de gevallen leeg en moest Justis het tekort afdekken. Daarmee was in de onderzoeksperiode een bedrag van € 5.411.892 gemoeid. Dit is gemiddeld €

5679 per verleende garantstelling. In veel van deze gevallen bleef de garantstelling beperkt tot een vooronderzoek of verhaalsonderzoek. Het algemene beeld is dat van de ruim € 23,5 miljoen aan in de onderzoeksperiode verleende garantstellingen ruim € 5 miljoen tot uitbetaling kwam.

Het totaal aan boedelopbrengsten (geld dat met behulp van de garantstelling aan de boedel is toegevoegd) van in de onderzoeksperiode verleende en afgewikkelde garantstellingen bedroeg €23.559.137, dat is gemiddeld € 24.773 per afgewikkelde garantstelling. De spreiding rond dit gemiddelde is zeer aanzienlijk: de standaarddeviatie is € 88.618. De hoogste geregistreerde boedelopbrengst bedroeg € 1,4 miljoen en tien casus eindigden met een opbrengst van meer dan € 300.000. Daar staat een groot aantal gevallen zonder opbrengst tegenover.

De uitvoeringskosten van van Justis bedroegen over de gehele onderzoeksperiode € 4.196.773, ofwel gemiddeld € 699.462 per jaar. De totale kosten die voor Justis – oftewel de Staat – aan de GSR zijn verbonden, zijn de uitvoeringskosten alsmede het totaal van € 5.411.892 aan uitbetaalde bedragen ter dekking van tekorten. Dit is bij elkaar opgeteld € 9.608.665. Daar staat een boedelopbrengst tegenover. De totale kosten bedroegen 41% van de totale boedelopbrengsten. Ofwel, voor elke euro die de Staat in de GSR stak werd de boedel met bijna tweeënhalve euro vermeerderd. Echter, de boedelopbrengst van ruim € 23,5 miljoen is niet volledig ten goede gekomen van de schuldeisers. Een deel ervan ging op aan de kosten die de curator maakte om de boedelopbrengst tot stand te brengen. Deze kosten kunnen in totaal op een bedrag in de orde van grootte van € 5 miljoen geschat worden. Daarmee restte voor de schuldeisers een bedrag van €18,5 miljoen. Ofwel, voor elke euro die de Staat in de GSR stak werd de opbrengst voor de schuldeisers met € 1,90 vermeerderd.

Wat de bestrijding van faillissementsfraude betreft: de beschikbare gegevens en statistieken zijn onvoldoende om een verband te kunnen leggen tussen aantallen garantstellingen en aantallen meldingen en aangiften van faillissementsfraude. Wel is bekend dat curatoren in de periode 2012-2017 in totaal 1.924 meldingen en 108 aangiftes van faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude hebben gedaan.

II Mogelijke toekomstige ontwikkelingen

Tegen de achtergrond van de evaluatie van de GSR 2012 zijn drie opties voor aanpassing dan wel verdere ontwikkeling van de Garantstellingsregeling geanalyseerd. Het zijn: een eventuele aanpassing van de GSR aan het Rijksgarantiekader; uitbreiding van de werking van de GSR met de vordering civielrechtelijk bestuursverbod; en tenslotte de uitbreiding van het werkingsbereik van de GSR als geopperd in de motie Gesthuizen. Hoewel het om zeer uiteenlopende aanpassingen van de GSR gaat is in de ex ante analyse van al deze maatregelen één element te vinden dat voor de beoordeling van alle voorgestelde aanpassingen relevant is. Die centrale teneur is, dat de GSR naar zijn aard een hybride beleidsinstrument is, hinkend op twee gedachten. Enerzijds is het een middel dat de curator ondersteunt bij de behartiging van de belangen van de concurrente schuldeisers. Benadrukt men dit doel, dan staat een privaatrechtelijke en markgerichte benadering van de GSR centraal. Anderzijds is het een middel dat dient tot het bestrijden van faillissementsfraude (in het bijzonder door misbruik van rechtspersonen) en tot het weren van malafide en roekeloze bestuurders. Stelt men dit doel centraal, dan is het dienen van de verhaalsbelangen van schuldeisers secundair en gaat het veeleer om het behartigen van een publiek belang.

Aanpassing van de GSR aan het Rijksgarantiekader

In de begroting 2016 van het ministerie van veiligheid en justitie wordt melding gemaakt van het voornemen de GSR in overeenstemming te brengen met het Rijksgarantiekader. Dit zou in het bijzonder impliceren dat de GSR bekostigd zou moeten worden uit een kostendekkende premie. De invoering van een kostendekkende premie past bij de privaatrechtelijke marktgerichte kant van de GSR. De GSR wordt dan een soort verzekering voor wenselijk maar relatief riskant ondernemend handelen. De reden dat de overheid een dergelijke verzekering verstrekt of borgt als achterborg is, dat de markt niet in staat is een dergelijke verzekering tot stand te brengen. Er zijn goede redenen om de GSR niet om te vormen tot een op een verzekering lijkende voorziening met een kostendekkende premie, zo is de conclusie van de in dit onderzoek vervatte analyse. Ten eerste is het risico dat de GSR vormt voor de rijksfinanciën heel gering, zowel absoluut als in vergelijking met andere risicoregelingen. Ten tweede is er geen uitvoerbare premieregeling te ontwerpen. Er valt geen te belasten eindgebruiker aan te wijzen die die in redelijkheid gezien kan worden als de risicodrager. De premie zou in de meeste varianten van een premieregeling zo hoog uitvallen dat het de doeleinden van de GSR zo goed als te niet doet. Ten derde zijn er principiële bezwaren tegen het belasten van de ene boedel voor kosten gemaakt ten behoeve van een andere boedel.

Uitbreiding van het werkingsbereik met de vordering civielrechtelijk bestuursverbod

De opneming van de vordering tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod in de GSR daarentegen benadrukt het publieke belang dat de GSR beoogt te dienen: bescherming van toekomstige deelnemers aan het maatschappelijk (handels)verkeer. De vordering tot oplegging van een bestuursverbod levert - op zichzelf - niets op voor de boedel. Een bestuursverbod strekt er immers niet toe een benadeling in de verhaalsmogelijkheden of andersoortige schade goed te maken, maar op het beschermen van deelnemers aan het maatschappelijk (handels)verkeer in de toekomst. In geval van verstrekking van middelen voor het instellen van deze vordering kan daarom niet van een garantstelling worden gesproken; er is dan sprake van subsidiëring. Bestuursverboden worden thans niet of nauwelijks gevorderd. Onduidelijk is of de uitbreiding van de GSR tot meer vorderingen zou leiden.

Uitbreiding werkingsbereik volgens motie-Gesthuizen

Uitbreiding van de reikwijdte van de GSR zoals geopperd in de motie-Gesthuizen zou betekenen dat de curator ook een garantstelling kan vragen voor (onderzoek naar) een vordering op grond van onrechtmatige daad wegens benadeling van de gezamenlijke schuldeisers tegen bij deze benadeling betrokken derden (de zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering). De GSR kan dan in voorkomende gevallen faciliteren dat verhaal wordt genomen op anderen dan de bij de benadeling van schuldeisers betrokken bestuurders en wederpartijen bij een paulianeuze rechtshandelingen. Te denken valt aan (groot)aandeelhouders of adviseurs die hebben bijgedragen aan de benadeling van de schuldeisers door de failliet. Met het opnemen van de Peeters/Gatzen-vordering in de GSR zijn de verhaalsbelangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend. Er zijn geen redenen om de Peeters/Gatzen-vordering niet onder de reikwijdte van de GSR te brengen. Het leerstuk is inmiddels voldoende uitgekristalliseerd in de rechtspraak zodat voor lukrake vorderingen van curatoren op grond van onrechtmatige daad hoeft niet hoeft te worden gevreesd.

Met een uitbreiding van de reikwijdte van de GSR naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen wordt het oorspronkelijke doel van bestrijding van misbruik van de beperkte aansprakelijkheid van rechtspersonen losgelaten. Natuurlijke personen zijn immers onbeperkt aansprakelijk voor hun schulden en schuldeisers van perso-

nenvennootschappen kunnen verhaal nemen op de vennoten in privé. Wel kunnen natuurlijke personen en personenvennootschappen zelf misbruik van rechtspersonen maken. Dit is echter een andere vorm van misbruik dan het misbruik ter bestrijding waarvan de WBF en de GSR voor in het leven zijn geroepen. Omdat in de praktijk ook bij natuurlijke personen en personenvennootschappen schuldeisersbenadeling voorkomt is het begrijpelijk dat curatoren voorstander zijn van uitbreiding van de GSR naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen. Zij zouden dan ook in dit soort faillissementen bij een lege boedel financiering voor (onderzoek naar) een vordering wegens verhaalsbenadeling kunnen verkrijgen. Onduidelijk is hoe vaak schuldeisersbenadeling bij natuurlijke personen en personenvennootschappen voorkomt en wat de budgettaire consequenties van een uitbreiding van de reikwijdte van de GSR zouden zijn. Daardoor is ook moeilijk te beargumenteren of uitbreiding al dan niet gewenst is.

Inleiding

1.1 Aanleiding

Wanneer een bedrijf in staat van faillissement wordt verklaard, benoemt de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken een curator. De curator is belast met het 'beheer en de vereffening' van de failliete boedel.¹ Onder toezicht van de rechter-commissaris onderzoekt de curator, binnen de (wettelijke) mogelijkheden die hij heeft, of aan de schuldeisers kan worden uitgekeerd. Het belang van de boedel staat voorop bij het handelen van de curator, dus de curator streeft naar een zo hoog mogelijke opbrengst van boedelactiva. De curator onderzoekt de oorzaken van het faillissement. Indien het faillissement van het bedrijf in belangrijke mate is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur of indien sprake is van faillissementspauliana, kan de curator de bestuurder persoonlijk aansprakelijk stellen.

De Garantstellingsregeling curatoren 2012 (GSR) verschaft de curator bij een ontoereikende boedel financiële ondersteuning voor het instellen van een rechtsvordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid² of faillissementspauliana³ dan wel het instellen van een vooronderzoek of verhaalsonderzoek naar de mogelijkheden daartoe. Door een beroep te doen op de GSR kan de curator een krediet krijgen op basis van een garantstelling. De curator kan dit krediet gebruiken voor de reeds gemaakte kosten en als voorschot op de door hem te maken kosten. Wanneer de curator uiteindelijk geen of onvoldoende gelden ten behoeve van de boedel heeft ontvangen, hoeft hij het uitstaande krediet niet terug te betalen. Dit zou curatoren stimuleren om vaker malverserende en ernstig nalatige bestuurders in hun privé vermogen aan te spreken. Daarmee zou zowel het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend al misbruik van rechtspersonen worden aangepakt. De dienst Justis is belast met de uitvoering van de regeling en beoordeelt of er voldoende grond is om een garantstelling te verstrekken.

In 1993 is de GSR vastgesteld en in 2005 is de regeling op enkele punten aangepast. De GSR is in 2006 in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) geëvalueerd.⁴ Naar aanleiding van aanbevelingen uit deze evaluatie is de GSR in 2012 gewijzigd. In de regeling van 2012 is het aantal administratieve handelingen terugge-

¹ Artikel 68 eerste lid van de Faillissementswet.

² Vorderingen op grond van de artikelen 9, 138, 149, 248 en 259 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

³ Vorderingen op grond van de artikelen 42, 43 en 47 van de Faillissementswet.

⁴ R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen, G. van Dijk en D.F. Kopalit, *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1995-2006*, Schoordijk Instituut voor: WODC, 2006.

drongen, in het bijzonder met betrekking tot de aanvraag en de rapportageverplichtingen. Daarnaast is de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris verkleind. Het uitgangspunt dat er een redelijke verhouding dient te zijn tussen de gevraagde garantstelling en de hoogte van de te verwachten boedelopbrengst, te weten 1:4, is gehandhaafd. Wel is de vereiste verhouding tussen de hoogte van de gevraagde garantstelling en de hoogte van de schulden versoepeld naar 1:2.

Naar aanleiding van een rapport in 2013 van de ambtelijke Commissie Risicoregelingen (CRR)⁵ die de financiële risicoregelingen van de rijksoverheid heeft geïnventariseerd, heeft het toenmalige kabinet het Rijksgarantiekader geïntroduceerd om uitstaande financiële risico's te reduceren en beter beheersbaar te maken. In de begroting van 2016 van het ministerie van Justitie en Veiligheid is het voornemen opgenomen om de GSR aan te passen aan het Rijksgarantiekader. Dit voornemen vormde mede de aanleiding om de GSR opnieuw te evalueren. In dit onderzoek is daaraan gevolg gegeven. In de volgende paragraaf worden de onderzoeksvragen beschreven.

1.2 Vraagstelling

1.2.1. Centrale onderzoeksvragen

In dit onderzoek staan de volgende drie onderzoeksvragen centraal:

1. In hoeverre is de Garantstellingsregeling curatoren 2012 doeltreffend en doelmatig gebleken?
2. Kan het Rijksgarantiekader in de Garantstellingsregeling worden ingepast met behoud van het optimaliseren van de doelstellingen van de regeling? Zo ja, op welke manier zou dat kunnen?
3. Hoe verhoudt de Garantstellingsregeling zich tot de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en tot de uitbreiding naar aansprakelijkheidsprocedures door een curator van derden dan wel de uitbreiding naar natuurlijke personen en persoonsvennootschappen (zoals bedoeld in de motie-Gesthuizen)?

Het evaluatieonderzoek is opgedeeld in twee deelonderzoeken. In het eerste deelonderzoek staat de evaluatie van de GSR centraal (ex-post). Het doel is te onderzoeken hoe de GSR in de periode van 2012 tot en met 2017 is uitgevoerd en heeft gefunctioneerd. In het tweede deelonderzoek wordt aandacht besteed aan de invloed van verschillende (toekomstige) ontwikkelingen op de GSR (ex-ante). Het doel is om vooraf inzicht te krijgen in de te verwachten effecten als de GSR in overeenstemming wordt gebracht met de vereisten van het Rijksgarantiekader en inzicht te krijgen in de risico's die (wets)wijzigingen met zich meebrengen voor het behalen van de doelstellingen van de GSR. Daarnaast wordt nagegaan welke effecten te verwachten zijn voor de GSR als de reikwijdte van de regeling zou worden uitgebreid. De deelvragen van het onderzoek zijn opgenomen in bijlage 2.

1.2.2. Deelonderzoek I: evaluatie GSR

De eerste centrale onderzoeksvraag wordt beantwoord in dit deelonderzoek. Doel van het deelonderzoek is om inzicht te krijgen in de wijze waarop de GSR is uitgevoerd en heeft gefunctioneerd sinds de wijziging van de regeling in 2012. Daarnaast beoogt het eerste deelonderzoek te gelden als nulmeting voor een toekomstige evaluatie van een eventueel herziene regeling. Ingegaan wordt op de doelstellingen van de GSR, de instrumenten die

⁵ Commissie Risicoregelingen, *Risicoregelingen in beeld*, 2013.

voorhanden zijn om deze doelstellingen te bereiken en de mate waarin de GSR doeltreffend en doelmatig is gebleken.

1.2.3. Deelonderzoek II: de GSR en (toekomstige) ontwikkelingen

Onderzoeksthema 1: De GSR en het Rijksgarantiekader

De GSR is een garantieregeling die valt onder het Rijksgarantiekader. Voor het aanpassen, evalueren of het in leven roepen van nieuwe garantieregelingen wordt het zogenoemde *Toetsingskader risicoregelingen* gehanteerd. Eén van de regels van het toetsingskader is, dat 'het betreffende vakdepartement in principe een kostendeckende premie [dient] te vragen'.⁶ Als van premiefinanciering wordt afgezien moet worden bepaald hoeveel budgettaire ruimte door het departement – onder wie de garantstelling valt – moet worden ingezet. Het Rijksgarantiekader en de toepassing van het *Toetsingskader risicoregelingen* impliceren dat het wenselijk zou kunnen zijn om voor de GSR premiefinanciering in te voeren. In dit deelonderzoek wordt de vraag beantwoordt of en de GSR aangepast zou moeten worden aan de vereisten van het Rijksgarantiekader zonder dat dit ten koste gaat van de doelstellingen van de GSR.

Onderzoeksthema 2: Verhouding GSR tot het Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht

Het Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht is eind 2012 aangekondigd door de minister van Justitie en Veiligheid en dient enkele knelpunten binnen het faillissementsrecht op te lossen. Het herijkingsprogramma omvat drie pijlers, waaronder de fraudepijler. Binnen de fraudepijler zijn verschillende wijzigingen van het faillissementsrecht tot stand gebracht, waaronder de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet versterking positie curator.

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod is op 1 juli 2016 in werking getreden. Deze wet maakt het mogelijk om bestuurders die zich bezighouden met faillissementsfraude of die zich schuldig maken aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod van ten hoogste vijf jaar op te leggen. Het doel van de wet is om faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement effectiever te kunnen bestrijden.⁷ De huidige GSR dateert van voor de inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, waardoor het voor de curator niet mogelijk is om, bij een ontoereikende boedel, een garantstelling te krijgen voor de kosten van het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod. De Wet versterking positie curator is met ingang van 1 juli 2017 in werking getreden en heeft, net als de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, tot doel een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude. De wet beoogt de informatiepositie van de curator te versterken door de inlichtingen-, medewerkingsplicht en de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissement te verduidelijken en te versterken.⁸

Dit deelonderzoek dient ter beantwoording van de vraag of het wenselijk is om een vordering tot een civielrechtelijk bestuursverbod in de GSR op te nemen en zo ja, wat dit voor gevolgen heeft voor het gebruik en de toekomstbestendigheid van de GSR. Daarnaast wordt bezien wat de gevolgen zijn van de invoering van de Wet versterking positie curator voor de toepassing en de gebruikmaking van de GSR.

⁶ Kamerstukken II 2013-2014, 33 750, nr. 13, p. 3.

⁷ Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 3, p. 1-2.

⁸ Kamerstukken II 2014-2015, 34 253, nr. 3, p. 1.

Onderzoeksthema 3: De GSR en de motie-Gesthuizen

De motie-Gesthuizen is in 2016 aangenomen en strekt ertoe te laten onderzoeken of de werking van de GSR uitgebreid zou moeten worden tot met name vorderingen vanwege onrechtmatige daad. De motie stelt dat het volgens deskundigen ‘goed zou zijn als de GSR voortaan niet alleen toegankelijk is voor declaraties die vallen onder de noemer actio Pauliana, maar ook voor declaraties in zaken rondom andere acties waaruit activa voor de boedel kunnen worden verkregen, met name acties uit onrechtmatige daad jegens derden die die bij de onrechtmatige benadeling van faillissementsschuldeisers zijn betrokken’.⁹ In dit deelonderzoek staat centraal de vraag wat de gevolgen van een uitbreiding als gesuggereerd in de motie zijn voor (het gebruik van) de GSR. Tevens is nagegaan wat de te verwachten effecten zijn van uitbreiding van de reikwijdte naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen.¹⁰

1.3 Onderzoeksmethoden

Document- en literatuurstudie

Het onderzoek is gestart met het bestuderen van documenten die inzicht bieden in de totstandkoming van de regeling, de oorzaken van faillissementen en het gebruik van de GSR. Om een helder beeld te krijgen van de totstandkoming van de regeling, de wijzigingen die de afgelopen jaren tot stand zijn gebracht en de doelen en uitgangspunten van de wetgever zijn de wettelijke regeling en relevante parlementaire stukken bestudeerd, zoals de memorie van toelichting, verslagen en handelingen van de Tweede en Eerste Kamer. Daarnaast zijn verschillende (onderzoeks)rapporten bekeken, waaronder de voorgaande twee evaluaties van de GSR. Ook zijn diverse (wetenschappelijke) publicaties bestudeerd over de fraudesignalerende rol van de curator en de gevolgen van de (totstandkoming van de) Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet versterking positie curator voor de toepassing van de GSR. Voor een volledige lijst van geraadpleegde bronnen verwijzen we naar bijlage 4.

Oriënterende interviews

Ter oriëntatie op het onderwerp zijn bij de aanvang van het onderzoek enkele gesprekken gevoerd met betrokken ambtenaren van Justis, de Directie Rechtshandhaving en Criminaliteitsbestrijding (DRC) en de Directie Financieel-Economische Zaken (DFEZ) van het ministerie van Justitie en Veiligheid.

Inventarisatie en analyse kwantitatieve gegevens

De dienst Justis registreert een aantal gegevens van elke GSR casus in een digitaal databestand. Om deze gegevens voor het onderzoek te ontsluiten heeft Justis een digitaal bestand aangeleverd met informatie over alle garantstellingen die in de periode tussen 2012 tot en met 2017 zijn aangevraagd.¹¹ Deze administratieve informatie is onder meer gebruikt om inzicht te krijgen in het aantal (toegewezen, afgewezen en ingetrokken) aanvragen, het aantal aangezuiverde en niet (of gedeeltelijk niet) aangezuiverde garantstellingen, de boedelopbrengst per garantstelling en het bedrag dat door de Staat is betaald ter dekking van het uitstaande krediet dat niet uit de boedelopbrengsten kon worden terugbetaald. Verder is ook gebruik gemaakt van gegevens van het CBS (over aantallen faillissementen) en gegevens van de FIOD (over aantallen meldingen en aangiftes van faillissementsfraude).

⁹ Kamerstukken II 2016-2017, 34 253, nr. 12.

¹⁰ Deze vraag is in aanvulling op de motie-Gesthuizen aan de onderzoekers voorgelegd.

¹¹ Garantstellingen die voor 1 mei 2012 zijn aangevraagd en in de periode 2012-2017 zijn afgewikkeld zijn niet meegenomen in het databestand. Hetzelfde geldt voor garantstellingen die na 2017 zijn aangevraagd. Het aangeleverde databestand biedt inzicht in de garantstellingen die in de periode 2012-2017 zijn aangevraagd en nog lopen na 2017 en de garantstellingen die zijn aangevraagd in de periode 2012-2017 en per 1 juli 2019 zijn afgewikkeld.

Dossieronderzoek

In het digitale databestand van Justis worden niet alle gegevens geregistreerd die nodig waren voor de beantwoording van de onderzoeksvragen. Daarom is in aanvulling op de database een aantal gegevens verzameld door middel van een dossieronderzoek. Uit het totaal van alle aanvragen voor een garantstelling die in de periode 2012-2017 zijn gedaan is een steekproef van honderd gevallen getrokken.¹² Van de honderd dossiers zijn tachtig dossiers aselekt geselecteerd. Daarnaast zijn tien dossiers bestudeerd die door direct betrokken medewerkers van Justis als lastig zijn gekwalificeerd en zijn vijf dossiers met de hoogste en vijf dossiers met de laagste toegekende bedragen bestudeerd. De dossiers zijn bestudeerd ten kantore van de dienst Justis. Voor de analyse van de dossiers is een checklist gebruikt. Bij de bestudering is per dossier aandacht besteed aan de verschillende fasen die bij het verkrijgen van een garantstelling kunnen worden onderscheiden (de aanvraagprocedure, de beslissingsfase, de voortgang en controle en de afwikkeling). Geregistreerd is hoe verzoeken tot een garantstelling worden afgewikkeld, wat de duur van de afwikkeling is, wat de criteria zijn voor het beoordelen van een verzoek en hoe (strikt) deze worden toegepast en waar de controle uit bestaat.

Digitale enquêtes

Met een digitale enquête onder curatoren en rechters-commissarissen is inzicht verkregen in de ervaringen en meningen van betrokkenen ten aanzien van de GSR. Curatoren en rechters-commissarissen zijn direct betrokken bij (de aanvraag van) de garantstelling. De enquête voor curatoren is uitgezet onder 768 leden van de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD), waaronder 100 zogenoemde fellows.¹³ Daarnaast is de enquête onder 195 leden van de Vereniging voor Jonge Insolventierecht Advocaten (Jira) verspreid. Na één ronderonde hebben 97 curatoren de enquête ingevuld. Daarbij zijn 91 enquêtes volledig ingevuld en zes enquêtes grotendeels ingevuld.¹⁴ De respons komt daarmee uit op 11,2%. De enquête voor rechters-commissarissen is, met medewerking van de Raad voor de Rechtspraak, uitgezet onder 46 insolventierechters. Na één ronderonde hebben uiteindelijk negentien insolventierechters de enquête ingevuld. Dertien enquêtes zijn volledig ingevuld en zes enquêtes zijn grotendeels ingevuld. De respons is daarmee 41,3%. In bijlagen 6 en 7 zijn de vragenlijsten voor curatoren en rechters-commissarissen opgenomen.

Verdiepende interviews

Er zijn met vijftien curatoren verdiepende interviews gehouden, waarbij onder meer is ingegaan op de werkwijze van de curator bij een faillissement, de ervaringen met de GSR en eventuele (ervaren) knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen. Bij de verdiepende interviews is aan de curator ook een aantal casus voorgelegd, waarbij steeds de vraag was welke stappen de curator zou ondernemen, of hij een beroep zou doen op de GSR en of hij eventueel een procedure zou instellen. In bijlage 5 is een lijst opgenomen van de verschillende casussen die aan de curator zijn voorgelegd.

Daarnaast is gesproken met zes rechters-commissarissen over hun ervaringen met betrekking tot (het toezicht op) de GSR. De curatoren en rechters-commissarissen zijn geselecteerd op basis van de antwoorden op de enquête. In de enquête is respondenten gevraagd of ze bereid waren om deel te nemen aan een interview. Verder zijn gesprekken gevoerd

¹² De steekproef is getrokken uit die garantstellingen die tussen 1 mei 2012 en 31 december 2017 zijn aangevraagd en binnen dezelfde periode zijn afgewikkeld.

¹³ Fellows zijn advocaten die werkzaam zijn (of zijn geweest) in het insolventierecht of andere personen die bijzondere belangstelling hebben voor het rechtsgebied en die met hun betrokkenheid een bijdrage leveren aan de vereniging. De 100 fellows zijn niet meegenomen bij het vaststellen van de respons.

¹⁴ Bij een volledige enquête heeft de respondent op alle vragen een antwoord gegeven. Bij een grotendeels ingevulde enquête is op een beperkt aantal vragen geen antwoord gegeven.

met vertegenwoordigers van INSOLAD, Jira, Recofa en de FIOD. Een volledige lijst van de gesprekspartners is weergegeven in bijlage 3.

1.4 Leeswijzer

Het rapport is opgedeeld in twee delen. Deel I doet verslag van de ex-post evaluatie van de GSR en omvat de hoofdstukken 2, 3 en 4. Deel II bevat een ex-ante evaluatie van mogelijke toekomstige aanpassingen aan de GSR en omvat de hoofdstukken 5, 6 en 7. In hoofdstuk 2 komt de beleidsreconstructie van de GSR aan bod, waarbij de doelen en ingezette middelen van de regeling en de daaraan ten grondslag liggende veronderstellingen in kaart worden gebracht. Hoofdstuk 3 behandelt de toepassing en werking van de GSR. Hierbij wordt nader ingegaan op het gebruik van de GSR, de omvang van strafrechtelijke en onrechtmatige benadeling bij faillissementen en de kosten en opbrengsten van de GSR. De resultaten van de kwantitatieve analyse van de registraties van Justis en het dossieronderzoek worden in dit hoofdstuk gepresenteerd. In hoofdstuk 4 staan de hoofdrolspelers met betrekking tot de GSR centraal: de curator, de rechter-commissaris en Justis. In dit hoofdstuk wordt verslag gedaan van de werkwijze van de curator bij een faillissement en de ervaringen met de GSR. Daarnaast wordt ingegaan op de wijze waarop de rechter-commissaris en Justis toezicht uitoefent op de GSR.

Deel II vangt aan met hoofdstuk 5, waarin het Rijksgarantiekader aan de orde komt en wordt ingegaan op de vraag hoe dit kader kan worden ingepast met behoud van het optimaliseren van de doelstellingen van de GSR. In hoofdstuk 6 wordt de verhouding tussen het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht en de GSR besproken voor wat betreft de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet versterking positie curator. Hoofdstuk 7 beschrijft vervolgens de implicaties van een uitbreiding van de GSR conform de motie-Gesthuizen. Het rapport wordt afgesloten met hoofdstuk 8, waar de centrale onderzoeksvragen worden beantwoord.

Deel I: Evaluatie van de GSR

Beleidsreconstructie

2.1 Inleiding

Uitgangspunt voor een beleidsreconstructie is de veronderstelling dat aan wetgeving een beleid ten grondslag ligt. Dat wil zeggen dat de wetgever doelstellingen voor ogen heeft gehad die met behulp van de wetgeving gerealiseerd dienen te worden, en dat de wettelijke regeling in kwestie middelen bevat om die doelstellingen te verwezenlijken. Een verder gaande veronderstelling is, dat de wetgever redenen heeft gehad om die doelstellingen te kiezen en om aan te nemen dat de gekozen middelen aan de verwezenlijking van die doelstellingen zullen bijdragen. Met een beleidsreconstructie wordt beoogd het geheel aan gekozen doelstellingen en middelen en daaraan ten grondslag liggende veronderstellingen zichtbaar te maken.

Voor de reconstructie van het beleid dat ten grondslag ligt aan de GSR beginnen we in paragraaf 2.2 met een beschrijving van de GSR. Vervolgens bespreken we in paragraaf 2.3 de totstandkoming van de regeling: de geschiedenis van een wettelijke regeling levert doorgaans veel informatie over het achterliggende beleid en de veronderstellingen daarbij. In paragraaf 2.4 wordt ingegaan op de beleidstheorie van de GSR.

2.2 De Garantstellingsregeling curatoren 2012

Verzoek garantstelling

Op grond van artikel 2 lid 1 GSR kan een curator, in het kader van de afwikkeling van een faillissement van een rechtspersoon, een verzoek doen tot het verstrekken van een voorschot ten behoeve van het instellen van een rechtsvordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana of het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.¹⁵ Een curator kan hierbij ook verzoeken om vergoeding van de al gemaakte kosten voor het opstellen van het verzoek en de kosten die direct zijn gerelateerd aan het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek.¹⁶ Het voorschot wordt verleend in de vorm van een garantstelling. Deze garantstelling is geldig voor de duur van het faillissement, tenzij de garantstelling voortijdig wordt beëindigd.

¹⁵ Het betreft hierbij vorderingen op grond van de artikelen 9, 138, 149, 248 en 259 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de artikelen 42, 43 en 47 van de Faillissementswet.

¹⁶ Artikel 2 lid 2 GSR.

Het verzoek om een garantstelling doet de curator aan de hand van het (volledig) invullen van een door de minister vastgestelde vragenlijst. De in het faillissement benoemde rechter-commissaris beoordeelt vervolgens het verzoek aan de hand van de ingevulde vragenlijst en ondertekent deze ter goedkeuring. Daarna wordt het verzoek bij de minister ingediend. Als het verzoek wordt toegekend laat de minister een rekening-courant openen door de kredietinstelling (de KAS Bank) waarop het bedrag van de garantstelling als krediet aan de curator ter beschikking wordt gesteld ten behoeve van de activiteiten die onder de garantstelling vallen. De curator kan dit krediet gebruiken als voorschot op de door hem te maken kosten. Over de rekening-courant mogen overigens geen ander geldstromen lopen.¹⁷

Een curator kan de minister verzoeken om verhoging van het bedrag waarvoor een garantstelling is gegeven. Een dergelijk verzoek bevat een beschrijving van de stand van zaken op dat moment en een inschatting van de te verwachten kosten.¹⁸

Voorwaarden garantstelling

Ingevolge artikel 6 lid 1 GSR wordt geen garantstelling vertrekt indien:

- a. het verzoek een faillissement betreft waarbij de boedel toereikend is voor het instellen van een rechtsvordering dan wel voor het doen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe;
- b. het verzoek betrekking heeft op het instellen van een rechtsvordering op een andere grond dan genoemd in artikel 2 lid 1 GSR;
- c. het verzoek niet voldoet aan de gestelde eisen omtrent de indiening van het verzoek als bedoeld in artikel 3 GSR;
- d. het verzoek geen beredeneerde schatting bevat van de kosten van de in te stellen rechtsvordering dan wel voor het doen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe;
- e. uit het verzoek blijkt dat het bedrag van de gevraagde garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot het redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de curator kan worden verhaald.

Verder wordt geen garantstelling verstrekt wanneer de hoogte van de gevraagde garantstelling en de hoogte van de te verwachten boedelopbrengst niet voldoen aan de verhouding 1:4. Ook wordt geen garantstelling verstrekt wanneer de hoogte van de gevraagde garantstelling en de hoogte van de schulden niet voldoen aan de verhouding 1:2. Deze vereisten volgen niet uit de wettekst van de GSR maar uit de toelichting daarop.¹⁹

Overeenkomst

De garantstelling wordt verstrekt op basis van een daartoe strekkende overeenkomst tussen de Staat (vertegenwoordigd door de minister) en de curator, aldus artikel 4 lid 1 GSR. Hierbij wordt gebruik gemaakt van een modelovereenkomst. Deze overeenkomst bevat het bedrag waarvoor en de voorwaarden waaronder de garantstelling worden verstrekt en tevens de overige rechten en verplichtingen die tussen beide partijen worden overeengekomen. Een verhoging van de garantstelling wordt verstrekt op basis van een door de minister en curator

¹⁷ Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973, p. 7.

¹⁸ Artikel 5 GSR.

¹⁹ In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam (3 januari 2005, WET 03/3635) is door de rechter geoordeeld dat de betreffende verhoudingen niet kennelijk onredelijk of om andere redenen rechtens onaanvaardbaar zijn.

ondertekend addendum bij de overeenkomst.²⁰ Eventuele geschillen over de toepassing van de regeling dienen aan de civiele rechter te worden voorgelegd.²¹

Kosten garantstelling

Het bedrag van de garantstelling wordt vastgesteld aan de hand van de zogenoemde Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling. De Recofa-richtlijnen behelzen een systematiek voor de vaststelling van het salaris van de curator (onder andere (uur)tarieven) en voor de berekening van voorschotten. Het vast te stellen bedrag van de garantstelling betreft de kosten die de curator maakt in het kader van de in artikel 2 lid 1 GSR genoemde vorderingen. Hierbij gaat het onder andere om de volgende kosten:²²

- Kosten die gemaakt worden met het indienen van het verzoek om een garantstelling;
- De reeds gemaakte kosten ten behoeve van het instellen van een verhaalsonderzoek of een vooronderzoek. De aanvragende curator dient deze kostenraming - ingevolge artikel 7 lid 3 GSR - toereikend te onderbouwen. Dit houdt in dat de curator inzicht geeft in de noodzakelijkheid van deze kosten, in relatie tot het tijdstip waarop deze zijn gemaakt en de hoogte daarvan;
- Kosten in verband met het verrichten van het verhaalsonderzoek, bijvoorbeeld ten aanzien van de uren die de curator aan het onderzoek besteed, kosten voor het raadplegen van de Kamer van Koophandel en het Kadaster of het laten opmaken van een taxatierapport onroerend goed. Wanneer de curator de kosten in dit kader niet voldoende onderbouwt, hanteert de minister bij het vaststellen van het bedrag een richtlijn van € 1.300 per te onderzoeken (rechts)persoon;
- Kosten voor het verrichten van een vooronderzoek. Deze kosten bestaan uit het salaris van de curator en verschotten, maar kunnen ook bestaan uit kosten voor de inschakeling van een expert (vaak een accountant);
- Kosten voor het voeren van een procedure, bestaande uit: salaris en verschotten curator, betaling van griffierechten, deurwaarderskosten en kosten voor het leggen van beslag;
- Eventuele bijkomende kosten zoals een proceskostenvergoeding of kosten in verband met de rekening-courant waarop het bedrag van de garantstelling beschikbaar wordt gesteld.

Rapportageverplichtingen

De curator heeft een aantal rapportageverplichtingen die de minister in staat stelt controle uit te oefenen. De minister moet onverwijld op de hoogte worden gesteld van de uitkomsten van een uitgevoerd verhaalsonderzoek. Op basis hiervan kan de minister een inschatting maken van de verhaalsmogelijkheden.²³ Ook dient de curator aan de minister te rapporteren door het toezenden van de faillissementsverslagen. Hiermee wordt aangesloten op de systematiek van de Faillissementswet, op grond waarvan eens in de drie maanden een verslag aan de rechtbank moet worden toegezonden. Onder de GSR is het voldoende om

²⁰ Artikel 5 lid 2 GSR.

²¹ Onder de GSR 2005 werd uitvoering gegeven aan verzoeken van curatoren door middel van beschikkingen van de minister. Daarbij werden eventuele geschillen via bestuursrechtelijke procedures beslecht. In een uitspraak van 16 juli 2008 (nr. 200704350/1) van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State werd geoordeeld dat dergelijke beschikkingen geen besluiten zijn als bedoeld in artikel 1:3 lid 1 Awb, omdat deze beslissingen zozeer zijn verweven met het faillissementsrecht dat deze moeten worden aangemerkt als privaatrechtelijke handelingen. Naar aanleiding en ter uitvoering van deze uitspraak is in de GSR 2012 bepaald dat een garantstelling wordt verstrekt op basis van een overeenkomst tussen de Staat en de curator. Zie Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973, p. 7.

²² Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973, p. 8.

²³ Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973, p. 9.

een kopie van het periodieke faillissementsverslag de minister toe te zenden.²⁴ Alleen wanneer het faillissementsverslag aanleiding geeft tot nadere vragen of bij andere bijzondere situaties, kan de curator worden verzocht om nadere informatie te verstrekken over de besteding van opgenomen gelden en over de eventuele gegenereerde opbrengsten. De minister kan overgaan tot het beëindigen van de garantstelling indien de curator niet voldoet aan bovengenoemde rapportageverplichtingen.²⁵ Voordat tot beëindiging van de garantstelling wordt overgegaan, wordt de rechter-commissaris geraadpleegd. Zijn advies is niet bindend, maar wanneer de minister hiervan afwijkt moet zijn beslissing nader worden gemotiveerd.

Beëindiging en afwikkeling garantstelling

Binnen vier weken na de beëindiging van de werkzaamheden van de curator moet hij rekening en verantwoording afleggen aan de minister. Dit gebeurt aan de hand van het invullen van het zogenoemde *Specificatieformulier Rekening en Verantwoording*. Blijkens de toelichting op de GSR is deze verplichting van groot belang voor de toetsing door de minister van de besteding door de curator van de toegekende gelden en de financiële afwikkeling van de garantstelling.²⁶

De afwikkeling van de garantstelling vindt plaats op basis van de door de curator afgelegde rekening en verantwoording. Ingevolge artikel 11 van de GSR is de curator gehouden een debetsaldo op de rekening-courant aan te zuiveren. Hierbij is het uitgangspunt dat de curator voldoende gelden in de boedel heeft ontvangen na beëindiging van zijn werkzaamheden. Dit is bijvoorbeeld het geval als het de curator, met behulp van de garantstelling, is gelukt om uit een schikking of een gewonnen procedure gelden in de boedel te laten vloeien. Indien blijkt dat de curator op goede gronden geen of onvoldoende gelden ten behoeve van de boedel heeft ontvangen, maar zich wel heeft gehouden aan alle voorwaarden en verplichtingen in het kader van de regeling, dan zal de minister niet overgaan tot terugvordering van dat bedrag. In feite wordt dit bedrag dan aan de curator kwijtgescholden. Als echter blijkt dat de curator de hem gestelde verplichtingen niet is nagekomen, dan zal de minister overgaan tot terugvordering van de verleende gelden. Hiertoe is bijvoorbeeld aanleiding wanneer het bedrag van de gegeven garantstelling (of een deel van het bedrag) onjuist is besteed, zoals aan andere faillissementsactiviteiten dan de activiteiten die onder de garantstelling vallen.²⁷

2.3 Totstandkoming Garantstellingsregeling curatoren

De totstandkoming van de Garantstellingsregeling curatoren is terug te voeren tot de invoering van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF) in 1987.²⁸ De WBF is een van de drie wetten die eind jaren zeventig werden aangekondigd om het misbruik van rechtspersonen tegen te gaan.²⁹ De WBF voorzag onder andere in een aanscherping van artikel 2:138 BW over de aansprakelijkheid van bestuurders van een naamloze vennootschap. Dit gebeurde door zowel een materieelrechtelijke als een procesrechtelijke wijziging van het betreffende artikel. De materieelrechtelijke wijziging voorzag in de aansprakelijkheid voor het tekort van de boedel wanneer het faillissement in belangrijke mate is veroor-

²⁴ Indien de curator in het kader van artikel 73a Fw met de rechter-commissaris heeft afgesproken eens in de zes maanden te rapporteren in plaats van na verloop van drie maanden, stelt hij de minister van deze afspraak op de hoogte.

²⁵ Artikel 10 lid 1 GSR.

²⁶ Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973, p. 9.

²⁷ Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973, p. 10.

²⁸ Wet van 16 mei 1986, Stb. 275, in werking getreden 1-1-1987.

²⁹ De andere twee wetten zijn de Wet Keten Aansprakelijkheid (WKA) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA).

zaakt door onbehoorlijk bestuur, terwijl voorheen sprake moest zijn van grove schuld of grove nalatigheid. De procesrechtelijke wijziging betrof een verlichting in de bewijslast voor de curator.³⁰ Behalve het tegengaan van het misbruik van rechtspersonen had de WBF ook tot doel om onverhaalbare schulden te beperken.³¹

De invoering van artikel 2:138 lid 10 BW was een onderdeel van de WBF. Dit artikel luidt als volgt:

‘Indien de boedel ontoereikend is voor het instellen van een rechtsvordering op grond van dit artikel of artikel 9 of voor het instellen van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheid daartoe, kan de curator Onze Minister van Justitie verzoeken hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen.’

Het lid 10 is bij een amendement-De Grave in de WBF opgenomen. Uit de (korte) toelichting bij het amendement blijkt dat het lid ertoe strekt ‘de effectiviteit van het derde misbruik-ontwerp³² te vergroten door het de curator mogelijk te maken ook bij een ontoereikende boedel de rechtsvorderingen ex artikel 2:138 of 2:248 BW c.q. artikel 2:8 BW³³ in te stellen’.³⁴ Krachtens artikel 2:138 lid 10 BW kan de Minister van Justitie regels stellen omtrent de beoordeling van de gegrondheid van een verzoek en omtrent de grenzen waarbinnen een dergelijk verzoek kan worden toegewezen. Pas in 1993 is hieraan gevolg gegeven met de vaststelling van de Garantstellingsregeling curatoren.³⁵ In deze oorspronkelijke regeling werd de faillissementspauliana (artikel 42/43 Fw) ook onder de werking van de GSR geschaard.³⁶ De daaraan voorafgaande zes jaar werkte men met een zogenoemde voorschot-regeling. Deze regeling was tijdelijk en is nooit gepubliceerd.³⁷

In 2004 is de uitvoering van de Garantstellingsregeling curatoren tweemaal onderworpen aan een audit; een van de Departementale Auditdienst van het Ministerie van Justitie en een van de Algemene Rekenkamer. Een van de bevindingen was, dat de Garantstellingsregeling in zijn toenmalige vorm ‘onvoldoende controlesystemen’ had. Op basis hiervan is besloten om de Garantstellingsregeling op bepaalde punten aan te passen. Het doel van deze aanpassingen was aan de ene kant om het proces beter te kunnen beheren en te bewaken en aan de andere kant meer duidelijkheid te verschaffen over de toepassing van de regeling, waardoor het ook voor de curator inzichtelijker wordt wat van hem wordt verwacht.³⁸ In 2005 is de aangepaste Garantstellingsregeling in werking getreden.

In 2006 is het rapport ‘Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005’³⁹ gepubliceerd, waarin een aantal knelpunten in de GSR 2005 werden geconstateerd en aanbevelingen werden gedaan om deze weg te nemen. Uit deze evaluatie is de huidige Garantstellingsregeling curatoren voortgekomen. In 2012 is de Garantstellingsregeling curatoren 2012 (GSR) in de plaats getreden van de regeling uit 2005. Blijkens de toelichting op de GSR 2012 is de regeling vooral beter gestroomlijnd en verduidelijkt. Daarnaast is geprobeerd om het

³⁰ Cozijn 1991, p. 12.

³¹ Kamerstukken II 1991-1992, 17 050, nr. 147, p. 4.

³² Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement.

³³ Dit artikel is later vernummerd tot artikel 2:9 BW.

³⁴ Kamerstukken II 1984-1985, 16 631, nr. 24.

³⁵ Staatscourant 21 april 1993, nr. 76.

³⁶ Op grond van artikel 43 lid 6 Fw.

³⁷ Vriesendorp, Verstijlen en Slegers 1999, p. 10.

³⁸ Staatscourant 3 januari 2005, nr. 1, p. 2.

³⁹ R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen, G. van Dijk en D.F. Kopalit, *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1995-2006*, Schoordijk Instituut voor: WODC, 2006.

aantal administratieve handelingen terug te dringen. De GSR is op de volgende punten aangepast:⁴⁰

- De verhouding tussen het door de curator gevraagde bedrag en de hoogte van de schulden werd versoepeld van 1:4 naar 1:2. Deze versoepeling was bedoeld om de mogelijkheid om beroep te doen op de GSR te verruimen en zo tegemoet te komen aan de wensen van INSOLAD en tegelijkertijd de uitgaven krachtens de GSR 'beheersbaar' te houden. De verhouding tussen de gevraagde garantstelling en de verwachte opbrengst van de actie van de curator bleef, evenals in de GSR 2005, op 1:4.
- De garantstellingen zouden voortaan voor onbepaalde tijd worden afgegeven. Het doel daarvan was, de administratieve handelingen met betrekking tot de aanvraag en de rapportageverplichtingen te verminderen.
- Voor de tussentijdse rapportage was het voortaan voldoende dat de curator standaard een kopie van het faillissementsverslag naar het ministerie stuurde. Vervolgens zou de minister de juistheid en volledigheid van die rapportage beoordelen. Alleen indien het faillissementsverslag aanleiding gaf tot nadere vragen, diende de curator nadere informatie verstrekken.
- De rol van de rechter-commissaris werd, vergeleken met de GSR 2005, meer beperkt. Hoewel de indiening van een verzoek voor een garantstelling nog steeds de uitdrukkelijke instemming van de rechter-commissaris behoeft (door zijn ondertekening van het verzoek), was het niet meer nodig dat de rechter-commissaris zijn advies aangaande het verzoek motiveerde. Volgens de toelichting bij de regeling paste een eenvoudige akkoordbevinding beter bij het globale karakter van de toetsing door de rechter-commissaris. Daarnaast was het niet meer nodig dat de rechter-commissaris opnieuw zijn goedkeuring gaf bij een verhoging van de garantstelling. Ook werd de beoordeling van de rekening en verantwoording door de rechter-commissaris afgeschaft.
- Bepaalde kosten die de curator maakt vóórdat hij een verzoek indient (of vóórdat op het verzoek is beslist) zouden voortaan ook onder de regeling vallen. Doel daarvan was een vergroting van de bereidwilligheid van curatoren om een verzoek in te dienen.
- De mogelijkheid werd geschapen om de vordering ex artikel 47 Fw onder de GSR te laten vallen.⁴¹ Het uitsluiten van de faillissementspauliana tegen verplichte rechtshandelingen onder de GSR 2005 zou volgens de minister de curator onnodig beperken in zijn mogelijkheden om frauduleus of anderszins ongeoorloofd gedrag aan te pakken.
- Curatoren werden verplicht om, desgevraagd, de minister op de hoogte te houden van eventuele binnengekomen baten uit hoofde van de acties op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of faillissementspauliana. Deze verplichting werd ingesteld omdat onder de GSR 2005 curatoren niet altijd inzicht gaven in de opbrengsten als zij de debetstand bij de bank aanzuiverden. Daardoor was de betreffende dienst van het ministerie niet goed in staat de opbrengsten te registreren.

2.4

De beleidstheorie van de Garantstellingsregeling

De doeleinden van de regeling

Hiervoor is aangegeven dat de WBF tot doel had om het misbruik van rechtspersonen in te dammen en ook het aantal onverhaalbare schulden in te perken. Met de inwerkingtreding

⁴⁰ Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973, p. 5-6.

⁴¹ Om wetstechnische redenen is ook de vordering ex artikel 42 Fw aan de GSR toegevoegd.

van de WBF werd ook artikel 2:138 lid 10 BW – de wettelijke grondslag van de GSR – ingevoerd. Deze bepaling had volgens de wetsgeschiedenis tot doel ‘de effectiviteit van het derde misbruikontwerp (lees: de WBF) te vergroten door het de curator mogelijk te maken ook bij een ontoereikende boedel de rechtsvorderingen ex 2:138 of 2:248 BW c.q. artikel 2:8 BW in te stellen’. De GSR in zijn huidige vorm stelt de curator in staat een rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:138/2:248 BW) of faillissementspauliana (artikel 42 e.v. Fw) of een onderzoek naar de mogelijkheden daartoe ingeval hij een (potentiële) lege boedel aantreft.

Blijkens de toelichting op de GSR vormt de regeling een onderdeel van een breder pakket van maatregelen die zijn getroffen om fraude en misbruik van rechtspersonen aan te kunnen pakken. De regeling moet ‘de mogelijkheid vergemakkelijken om malafide bestuurders van rechtspersonen in hun privévermogen aan te spreken in geval van misbruik van de door hen bestuurde rechtspersoon’.⁴² Daarmee moet de GSR een bijdrage leveren aan de bestrijding van fraude door misbruik van rechtspersonen. De bestuurdersaansprakelijkheid betreft echter niet alleen frauduleuze gedragingen (in strafrechtelijke zin). Ook een bestuurder die niet frauduleus handelt kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld, namelijk wanneer zijn gedrag als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan worden gekwalificeerd en kwalificeert als belangrijke oorzaak van het faillissement.⁴³ Een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling wordt al (onweerlegbaar) vermoed indien niet voldaan is aan de boekhoudverplichting en de verplichting tot publicatie van de jaarrekening. Ook wordt dan (weerlegbaar) vermoed dat het faillissement in belangrijke mate door kennelijk onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt.

Samengevat, uit de totstandkomingsgeschiedenis zijn twee einddoelen van de regeling af te leiden:

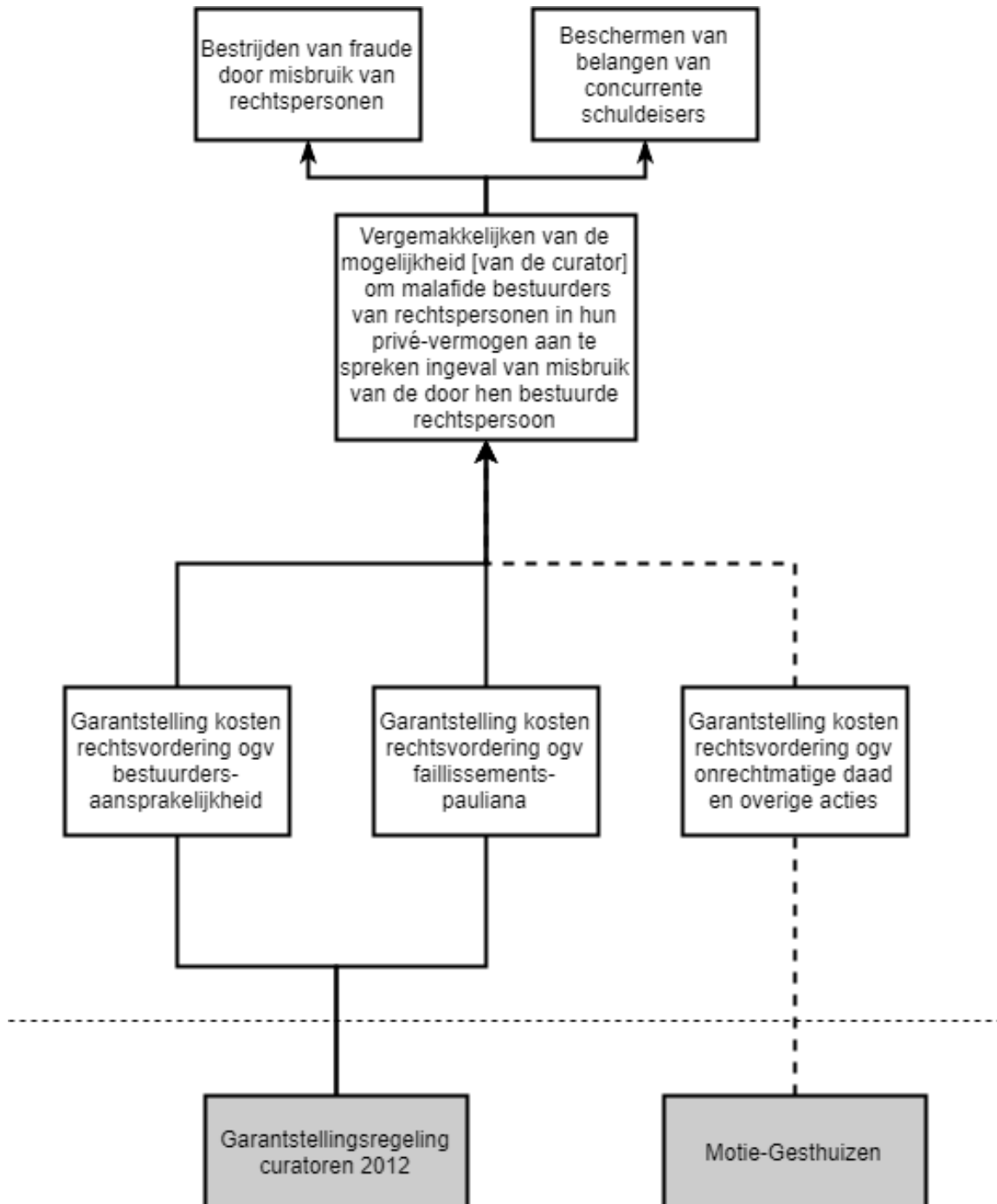
1. ‘het bestrijden van misbruik van rechtspersonen’
2. ‘het beschermen van de belangen van concurrente schuldeisers’

Het middel ter verwezenlijking van deze beide doeleinden dat met de regeling in het leven is geroepen is het ‘vergemakkelijken van de mogelijkheid [van de curator] om malafide bestuurders van rechtspersonen in hun privévermogen aan te spreken in geval van misbruik van de door hen bestuurde rechtspersoon’. Zie figuur 2.1 voor een grafische voorstelling.

⁴² Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973, p. 5.

⁴³ Vriesendorp e.a. 2006, p. 7.

FIGUUR 2.1: DOELBOOM GSR 2012



Voorlopige ex ante evaluatie

Het *eerste* doel van de regeling betreft algemene preventie. Over de preventieve werking van aansprakelijkstelling werd al gerapporteerd in de (eerste) evaluatie van de WBF.⁴⁴ Het kabinetsstandpunt naar aanleiding van deze evaluatie bevat een uiteenzetting over de beoogde preventieve werking.⁴⁵ Het kabinetsstandpunt bevat de stellingname dat de beide wetten zich richten op het weren van twee categorieën bestuurders: ‘bestuurder die opzettelijk rechtspersonen misbruiken en de onverantwoorde, roekeloze bestuurders’. Anders gezegd, de wettelijke regeling zou effectief zijn voor wat betreft de preventieve werking, indien de toepassing ervan tot gevolg zou hebben dat er minder misbruik van rechtspersonen wordt gemaakt en indien er minder onverantwoord en roekeloos bestuurd zou worden.

Effectiviteitsonderzoek om een dergelijke werking van een regeling vast te stellen is notoir lastig, zo niet onmogelijk. De onderzoekers van het evaluatieonderzoek 1991 kozen voor een indirecte benadering. Volgens deze onderzoekers diende aan twee *voorwaarden* te zijn voldaan wilde er sprake zijn van preventieve werking:

- ‘- bekendheid van de regelingen bij bestuurders van bedrijven
- het succesvol aansprakelijk stellen van bestuurders’.

De onderzoekers hadden vastgesteld dat (twee jaar na de inwerkingtreding van de wetten) aan geen van beide voorwaarden was voldaan. Daaruit werd geconcludeerd dat er van preventieve werking (nog) geen sprake kon zijn. Kennelijk werden beide voorwaarden (logisch) *noodzakelijk* geacht. Het kabinet concludeerde daaruit dat onder de doelgroep een folder met relevante informatie moest worden verspreid.

Overigens wordt niet duidelijk of het vervullen van deze beide voorwaarden tezamen *volgende* werd geacht om de beoogde preventieve werking te bewerkstelligen. Ook is geen afzonderlijk onderzoek naar preventieve effecten gedaan. De beide eerdere evaluaties van de Garantstellingsregeling leidden tot de conclusie dat van een preventieve werking nauwelijks sprake kon zijn.⁴⁶

Kortom, het ontbreekt in de beleidstheorie aan een sluitende argumentatie ter onderbouwing van het verband tussen de beoogde preventie van misbruik van rechtspersonen en het daarvoor gekozen middel van (civielrechtelijke) aansprakelijkstelling van bestuurders in geval van faillissement.

Daar komt bij, dat er een alternatieve argumentatie is volgens welke vraagtekens kunnen worden gezet bij (civielrechtelijke) aansprakelijkstelling als middel ter voorkoming van misbruik van rechtspersonen. Uit het systeem van het faillissementsrecht volgt dat het faillissement een collectief verhaal is op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van diens gezamenlijke schuldeisers. Bij de afwikkeling van het faillissement dient de curator het belang van de schuldeisers te behartigen. Dit geldt ook wanneer de curator de beslissing moet nemen om al dan niet een vordering in te stellen op grond van artikel 2:138 BW. Hoewel bij het instellen van deze vordering ook het belang van fraudebestrijding dient te worden betrokken (een maatschappelijk belang)⁴⁷, zou dit er niet toe mogen leiden dat de curator in meer dan ondergeschikte mate afbreuk doet aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁴⁸ Dit betekent dat de curator af zou moeten zien van het instellen van een

⁴⁴ Cozijn 1991.

⁴⁵ Kabinetsstandpunt inzake de evaluatie van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF); Kamerstukken 1991-1992, 17050, nr. 147.

⁴⁶ Vriesendorp, Verstijlen en Segers 1999, p. 37 en Vriesendorp e.a., 2006, p. 43.

⁴⁷ Dit volgt uit rechtspraak van de Hoge Raad. Zie HR 4 december 1963, NJ 1964/144 en HR 24 februari 1995, NJ 1996/472.

⁴⁸ Vriesendorp, Verstijlen en Segers 1999, p. 12. Zie ook Verstijlen 1998, p. 151-160.

vordering indien mogelijkheden tot verhaal van het tekort op de bestuurder(s) ontbreken. Dit komt bij fraudegevallen nogal eens voor.

Ook uit de toelichting op de GSR valt op te maken dat de regeling nadrukkelijk de belangen van concurrente schuldeisers beoogt te beschermen. De curator kan slechts een beroep doen op de regeling als de curator van oordeel is dat het aanspreken van een bestuurder of een pauliaeneus handelende derde dienstig is voor de boedel. Als de actie van de curator geen waarde toevoegt aan de boedel die de curator gaat verdelen, is er in principe ingevolge de Faillissementswet geen grond om een rechtsvordering in te stellen.⁴⁹ Dit volgt ook uit het uitgangspunt van de GSR dat er een redelijke verhouding dient te bestaan tussen de gevraagde garantstelling en de hoogte van de redelijkerwijs te verwachten opbrengst van de inspanningen van de curator. In de regeling is deze beperking vormgegeven in de verhouding 1:4 tussen de kosten en de te verwachten opbrengst. Onder de GSR is de verhouding tussen het door de curator gevraagde bedrag en de hoogte van de schulden verruimd naar 1:2.

Kortom, zowel in theorie als in praktijk lijkt het tweede doel van wet en garantstellingsregeling het eerste doel te verdringen.

Afgezien van het voorgaande is het de vraag op welke argumenten de aanname van de wetgever is gebaseerd, dat de GSR er toe zal bijdragen om malafide en roekeloze bestuurders 'aan te pakken'. In de geschiedenis van de totstandkoming van de regeling zijn daarvoor geen uitdrukkelijke argumenten onder woorden gebracht. Kennelijk werd aangenomen dat een extra financiële prikkel (dan wel het beperken van het financiële risico voor de curator) een noodzakelijke en wellicht ook voldoende conditie was om de curator er toe aan te zetten malverserende bestuurders aansprakelijk te stellen. De beide eerdere evaluatieonderzoeken concludeerden dat de GSR in dit opzicht slechts 'een kleine rol' speelt.⁵⁰

⁴⁹ Vriesendorp e.a. 2006, p. 8.

⁵⁰ Vriesendorp, Verstijlen en Segers 1999, p. 36 e.v. en Vriesendorp e.a. 2006, p. 43.

Toepassing en werking van de GSR

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de verschillende aspecten van de toepassing en werking van de GSR behandeld. Paragraaf 3.2 bevat een analyse van het gebruik van de GSR in de praktijk. Er wordt een overzicht gegeven van de aantallen (aangevraagde, toegewezen, ingetrokken en afgewezen) garantstellingen (ook in verhouding tot het aantal uitgesproken faillissementen), de afgewikkelde en lopende garantstellingen en de acties die zijn verricht met behulp van de garantstelling. In paragraaf 3.3 komt de strafrechtelijke en onrechtmatige benadeling bij faillissementen aan bod en wordt ingegaan op meldingen en aangiftes van faillissementsfraude bij de FIOD. Paragraaf 3.4 beschrijft de kosten en opbrengsten van de GSR. Het gaat hierbij in het bijzonder om de bedragen die zijn aangevraagd en toegewezen, de boedelopbrengsten die de curator heeft weten binnen te halen en de (uitvoerings)kosten die Justis maakt in verband met de uitvoering van de GSR.

De bevindingen in dit hoofdstuk zijn gebaseerd op data uit verschillende bronnen. De eerste bron is een door Justis aangeleverd databestand met informatie over alle garantstellingen die in de onderzoeksperiode van 1 mei 2012 tot en met 31 december 2017 zijn aangevraagd. Omdat de gewijzigde GSR op 1 mei 2012 in werking trad zijn garantstellingen die voor mei 2012 zijn aangevraagd en in de periode 2012-2017 zijn afgewikkeld niet meegenomen in de analyse. De peildatum van het databestand is 1 juli 2019. Het databestand biedt daarmee inzicht in de garantstellingen die in de periode 2012-2017 zijn aangevraagd en nog lopen per 1 juli 2019 en de garantstellingen die zijn aangevraagd in de periode 2012-2017 en zijn afgewikkeld voor 1 juli 2019. Afgewikkelde dossiers zijn alle dossiers die door Justis, om uiteenlopende redenen, zijn afgesloten.

Een deel van de tabellen die in dit hoofdstuk zijn opgenomen en zijn gebaseerd op de Justis registratie bevat alleen informatie met betrekking tot de afgewikkelde dossiers.⁵¹ Dit betekent dat de betreffende tabellen geen compleet beeld geven van alle garantstellingen in de

⁵¹ Dit heeft te maken met de wijze waarop Justis zijn registraties bijhoudt. Een (verhogings)verzoek wordt geregistreerd op het moment dat het is verstrekt. Het tot dat moment toegewezen bedrag is dan ook bekend. De boedelopbrengsten en de door Justis uitbetaalde bedragen aan de KAS Bank worden geregistreerd op het moment dat die zijn gerealiseerd respectievelijk verricht. Doorgaans is dit wanneer een dossier wordt afgewikkeld. Het totale toegewezen bedrag, de totale boedelopbrengsten en het totaalbedrag dat door Justis is uitbetaald zijn pas definitief bekend op het moment dat een dossier is afgewikkeld. Deze informatie ontbreekt dus bij de garantstellingen die tussen 2012-2017 zijn aangevraagd en niet zijn afgewikkeld voor 1 juli 2019.

periode 2012-2017. De garantstellingen die tussen 1 mei 2012 tot en met 31 december 2017 zijn aangevraagd en nog niet zijn afgewikkeld na 1 juli 2019 worden immers niet meegenomen in deze tabellen. De informatie per jaar die in de tabellen is opgenomen gaat over de aanvragen die in het betreffende jaar zijn *ingediend*.⁵²

De tweede bron van gegevens is het dossieronderzoek, een analyse van een steekproef van honderd dossiers uit het archief van Justis. De omvang van de steekproef is niet groot genoeg voor heel betrouwbare generalisaties.⁵³ De resultaten van het dossieronderzoek dienen als aanvulling op de analyses van het door Justis aangeleverde databestand. Bij de tabellen in dit hoofdstuk is steeds aangegeven of de gepresenteerde informatie is gebaseerd op het databestand van Justis of op het dossieronderzoek. Verder is gebruik gemaakt van cijfers afkomstig van het CBS en van de FIOD.

3.2 Gebruik van de regeling

3.2.1. Aantal garantstellingen

Ratio tussen aanvragen en faillissementen

Uit de registraties van Justis blijkt dat curatoren in de periode tussen mei 2012 tot en met 2017 1.315 aanvragen voor een garantstelling hebben gedaan. Tabel 3.1 bevat een overzicht.

TABEL 3.1: AANTALLEN AANVRAGEN IN VERHOUDING TOT AANTALLEN UITGESPROKEN FAILLISSEMENTEN OVER DE ONDERZOEKSPERIODE 2012-2017

	AANTAL UITGESPROKEN FAILLISSEMENTEN BEDRIJVEN EN INSTELLINGEN ⁵⁴	AANTAL AANVRAGEN GARANTSTELLING	VERHOUDING AANTAL FAILLISSEMENTEN T.O.V. AANTAL AANVRAGEN IN HETZELFDE JAAR	VERHOUDING AANTAL FAILLISSEMENTEN T.O.V. AANTAL AANVRAGEN IN HET DAAROPVOLGENDE JAAR
2012 ⁵⁵	4.907	132	2,7%	3,2%
2013	8.376	234	2,8%	3,5%
2014	6.645	289	4,3%	3,9%
2015	5.271	258	4,9%	4,0%
2016	4.399	211	4,8%	4,3%
2017	3.291	191	5,8%	5,4%
Totaal	32.889	1.315	4,0%	4,1%

Bron: CBS Statline en Justis registratie

⁵² Dit levert een ander getalsmatig beeld op dan de cijfers die Justis periodiek bekend maakt. Justis publiceert de cijfers over de dossiers die in een bepaald jaar zijn *afgewikkeld*.

⁵³ Indien men, gegeven deze omvang van de steekproef, generaliseert naar de gehele populatie moet rekening worden gehouden met een foutenmarge van 10%. Over het algemeen blijken de bevindingen uit het dossieronderzoek niettemin goed aan te sluiten bij de cijfers van Justis. Alleen ten aanzien van de mate waarin de curator een garantstelling heeft kunnen aanzuiveren blijken de uitkomsten uit het dossieronderzoek te verschillen van de Justis registratie. Beduidend ondervertegenwoordigd in de steekproef waren de gevallen waarin het opgenomen krediet volledig werd aangezuiverd uit de boedelopbrengsten. Registreerde Justis 43% van de populatie als zodanig, in de steekproef was dat slechts 25%. Zie ook tabel 3.21.

⁵⁴ Bron: CBS Statline. Het gaat hierbij om alle faillissementen van bedrijven en instellingen en niet enkel om faillissementen waar vermoedens van onrechtmatige benadeling bestaan. Bovendien vallen onder 'bedrijven en instellingen' niet alleen de commerciële rechtspersonen waarop de WBF van toepassing is, maar ook de vennootschap onder firma, de commanditaire vennootschap en niet Vpb-plichtige stichtingen en verenigingen.

⁵⁵ Mei 2012 tot en met december 2012. Dit geldt, met uitzondering van tabel 3.2, 3.12 en 3.24, voor elke tabel die in dit hoofdstuk is opgenomen.

Er zijn in de periode 2012-2017 gemiddeld 230 aanvragen per jaar ingediend. De aanvragen per jaar fluctueerden rond het gemiddelde, met het hoogste aantal in 2014 (289 aanvragen) en het kleinste aantal in 2017 (191 aanvragen). Men zou kunnen verwachten dat de fluctuatie in het aantal aanvragen min of meer gelijk op gaat met de veranderingen in het aantal faillissementen. Wanneer gekeken wordt naar de verhouding tussen het aantal uitgesproken faillissementen en het aantal aanvragen in hetzelfde jaar blijkt dat deze veronderstelling niet overeenkomt met de feiten. Verhoudingsgewijs neemt het aantal garantstellingen ten opzichte van het aantal faillissementen elk jaar toe: van 2,7% in 2012 tot 5,8% in 2017. Dit duidt erop dat het gebruik van de GSR elk jaar toeneemt.

TABEL 3.2: OVERZICHT AANTAL AANVRAGEN EN UITGESPROKEN FAILLISSEMENTEN 2006-2018

	AANTAL UITGESPROKEN FAILLISSEMENTEN BEDRIJVEN EN INSTELLINGEN ⁵⁶	AANTAL AANVRAGEN GARANTSTELLING	VERHOUDING AANTAL FAILLISSEMENTEN T.O.V. AANTAL AANVRAGEN IN HETZELFDE JAAR	VERHOUDING AANTAL FAILLISSEMENTEN T.O.V. AANTAL AANVRAGEN IN HET DAAROPVOLGENDE JAAR
2006	4.228	100	2,4%	2,4%
2007	3.589	102	2,8%	3,3%
2008	3.824	120	3,1%	2,9%
2009	6.942	112	1,6%	2,3%
2010	6.162	159	2,6%	3,0%
2011	6.117	186	3,0%	3,2%
2012	7.349	196	2,7%	3,2%
2013	8.376	234	2,8%	3,5%
2014	6.645	289	4,3%	3,9%
2015	5.271	258	4,9%	4,0%
2016	4.399	211	4,8%	4,3%
2017	3.291	191	5,8%	5,4%
2018	3.145	179	5,7%	- ⁵⁷
Totaal	69.338	2.337	3,4%	3,4% ⁵⁸

Berek GSR in relatie tot het aantal faillissementen

Er is altijd sprake van een zeker tijdsverloop tussen het moment waarop het faillissement wordt uitgesproken en het moment waarop een aanvraag voor een garantstelling wordt ingediend. Het is onwaarschijnlijk dat op de dag waarop het faillissement wordt uitgesproken meteen een garantstelling wordt aangevraagd. In de laatste kolom van tabel 3.1 is om deze reden het aantal faillissementen in een bepaald jaar afgezet tegen het aantal aangevraagde garantstellingen in het daaropvolgende jaar. Dit laat zien dat de ratio tussen het aantal faillissementen en het aantal aanvragen in de periode 2012-2017 minder sterk toeneemt vergeleken met de ratio tussen aantal faillissementen en aantal uitspraken in hetzelfde jaar. Desalniettemin neemt het aantal garantstellingen ten opzichte van het aantal faillissementen verhoudingsgewijs elk jaar toe: van 3,2% in 2012 tot 5,4% in 2017.

⁵⁶ Bron: CBS Statline. Het gaat hierbij om alle faillissementen van bedrijven en instellingen en niet enkel om faillissementen waar vermoedens van onrechtmatige benadeling bestaan. Bovendien vallen onder 'bedrijven en instellingen' niet alleen de commerciële rechtspersonen waarop de WBF van toepassing is, maar ook de vennootschap onder firma, de commanditaire vennootschap en niet Vpb-plichtige stichtingen en verenigingen.

⁵⁷ De verhouding tussen het aantal faillissementen ten opzichte van het aantal aanvragen in het jaar 2019 kan nog niet worden bepaald, omdat het totaal aantal ingediende aanvragen in 2019 nog onbekend is.

⁵⁸ Bij de berekening van het gemiddelde percentage is het jaar 2018 niet meegenomen.

In tabel 3.2 is een overzicht opgenomen van het aantal aanvragen, het aantal uitgesproken faillissementen en de verhouding tussen het aantal aanvragen en uitgesproken faillissementen. Uit het overzicht blijkt dat de verhouding tussen het aantal faillissementen en het aantal aanvragen in hetzelfde jaar tussen 2006 en 2013 schommelt tussen rond de 2-3% en dat de ratio vanaf 2014 elk jaar toeneemt. De verhouding tussen het aantal faillissementen en het aantal aanvragen in het daaropvolgende jaar laat (grotendeels) hetzelfde beeld zien, maar met een minder grote stijging.

Het aantal faillissementen waarop de GSR van toepassing is, is in werkelijkheid lager dan het aantal faillissementen dat in tabel 3.1 wordt genoemd. Dit heeft vier redenen. Ten eerste is de GSR alleen van toepassing op faillissementen met een lege boedel, terwijl het bij het aantal uitgesproken faillissementen gaat om faillissementen met zowel een lege als een 'volle' boedel. Ten tweede hebben de CBS-cijfers over het aantal faillissementen betrekking op 'bedrijven en instellingen'. In de definitie van het CBS vallen onder 'bedrijven en instellingen' ook de vennootschap onder firma (VOF) en commanditaire vennootschap (CV). De GSR is echter alleen van toepassing op commerciële rechtspersonen.⁵⁹ De VOF en CV zijn geen rechtspersonen. Ten derde is de GSR alleen van toepassing op faillissementen waar vermoedens bestaan van kennelijk onbehoorlijk bestuur of van paulianeus handelen, terwijl de cijfers in tabel 3.1 betrekking hebben op *alle* faillissementen bij bedrijven en instellingen. Ten vierde wordt een garantstelling alleen toegewezen wanneer voldaan wordt aan de eis dat de gevraagde garantstelling in een redelijke verhouding staat tot het bedrag dat naar verwachting met de vordering in de boedel kan worden gebracht en de hoogte van de schulden in het faillissement. De GSR is dus alleen van toepassing op die faillissementen die voldoen aan deze twee vereisten.

Bovenstaande betekent dat het daadwerkelijke aantal faillissementen waarop de GSR van toepassing is lager is dan de aantallen die in tabel 3.1 en 3.2 worden genoemd. De verhouding tussen het aantal aanvragen en het aantal *relevante* faillissementen ligt daarom een stuk hoger dan de getallen in beide tabellen. Voor het doel van de analyse in de tabellen (varieert het aantal aanvragen met het aantal relevante faillissementen?) is het totaal aantal faillissementen een redelijke proxy.

We beschikken over onvoldoende gegevens om bij het aantal faillissementen een nadere uitsplitsing te maken naar bedrijven die worden gedreven in een rechtsvorm die onder de GSR valt en bedrijven die een niet onder de GSR vallende rechtsvorm hebben. Ook zijn er te weinig gegevens beschikbaar over het aantal faillissementen waar sprake is van een lege boedel.⁶⁰ In paragraaf 3.3 wordt nader ingegaan op het aantal faillissementen waar vermoedens bestaan van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

⁵⁹ De besloten vennootschap, naamloze vennootschap en de Vpb-plichtige vereniging en stichting.

⁶⁰ Wel blijkt uit een rapport dat het CBS in 2016 opstelde in opdracht van het WODC over faillissementen (zie ook paragraaf 3.3) dat in 2015 73% van het totale aantal faillissementen is opgeheven wegens een gebrek aan baten. Dit percentage geeft een indicatie voor het aantal faillissementen waar sprake is van een lege boedel. Het percentage heeft zowel betrekking op faillissementen bij natuurlijke personen als op faillissementen bij bedrijven en instellingen. Bovendien gaat het om het totale aantal beëindigingen van faillissementen. Hiermee wordt bedoeld op het einde van het faillissementsproces. Bovendien gaat het alleen om het aantal faillissementen die zijn beëindigd om een andere reden dan vernietiging of omzetting in schuldsanering, te weten 6.543 faillissementen. Verder merken we op dat faillissementen worden opgeheven wegens gebrek aan baten, als de baten die er zijn maar op zijn verdeeld. Er hoeft dus niet direct bij aanvang van het faillissement sprake te zijn van een lege boedel. Wanneer we het percentage van 73% toepassen op het aantal faillissementen bij bedrijven en instellingen in 2015 (5.271) is het aandeel aanvragen ten opzichte van het aantal faillissementen in hetzelfde jaar 6,7%. Het aantal faillissementen afgezet tegen het aantal aanvragen in het daaropvolgende jaar leidt tot een percentage van 5,4%.

Verdeling aanvragen over arrondissementen

Een andere manier om de aantallen aanvragen te bezien is de verdeling ervan over de arrondissementen (zie tabel 3.3). De verdeling van het aantal aanvragen over de arrondissementen loopt niet parallel met het aantal uitgesproken faillissementen. Het arrondissement dat eruit springt is Den Haag: curatoren in dit arrondissement hebben 16% van alle aanvragen ingediend, terwijl in dit arrondissement 8% van alle faillissementen is uitgesproken. Enkele van de kantoren die twintig of meer aanvragen indienden zijn in het arrondissement Den Haag gesitueerd. Verder blijkt dat de arrondissementen Limburg en Midden-Nederland enigszins oververtegenwoordigd zijn voor wat betreft het aantal ingediende aanvragen. De arrondissementen Noord-Holland, Noord-Nederland en in mindere mate Gelderland zijn daarentegen ondervertegenwoordigd.

TABEL 3.3: VERDELING AANVRAGEN OVER DE ARRONDISSEMENTEN

ARRONDISSEMENT	AANTAL AANVRAGEN 2012-2017 PER ARRONDISSEMENT	AANDEEL AANVRAGEN PER ARRONDISSEMENT	AANDEEL UITGESPROKEN FAILLISSEMENTEN PER ARRONDISSEMENT ⁶¹
Amsterdam	86	7%	8%
Den Haag	214	16%	8%
Gelderland	118	9%	12%
Limburg	152	12%	8%
Midden-Nederland	152	12%	10%
Noord-Holland	58	4%	8%
Noord-Nederland	92	7%	13%
Oost-Brabant	131	10%	6%
Overijssel	89	7%	8%
Rotterdam	149	11%	11%
Zeeland-West-Brabant	74	6%	8%
Totaal	1.315	100%	100%

Samengesteld op basis van registraties van Justis

Verhogingsverzoeken

Uit de registraties van Justis blijkt niet hoeveel verhogingsverzoeken zijn gedaan. In het dossieronderzoek (N=100) kon dit wel worden nagegaan. In tabel 3.4 is het aantal verhogingsverzoeken weergegeven en het aantal verhogingsverzoeken dat is toegewezen. Uit de tabel blijkt dat bij 75 dossiers geen verhogingsverzoek is ingediend. Bij 25 dossiers zijn in totaal 41 verhogingsverzoeken ingediend. Dit zijn gemiddeld 1,64 verhogingsverzoeken per dossier. Van de 41 verhogingsverzoeken zijn er 32 toegewezen, oftewel 78%.

TABEL 3.4: OVERZICHT AANTAL (TOEGEWZEN) VERHOOGINGSVERZOEKEN

GEEN VERHOOGINGSVERZOEKEN	VERHOOGINGSVERZOEKEN	AANTAL VERHOOGINGSVERZOEKEN	AANTAL TOEGEWZEN VERHOOGINGSVERZOEKEN
75 dossiers	25 dossiers	41	32

Bron: dossieronderzoek

3.2.2. Toegewezen, afgewezen en ingetrokken aanvragen

Het jaarlijks aantal toegewezen, afgewezen en ingetrokken aanvragen is opgenomen in tabel 3.5. Onder ingetrokken aanvragen worden niet alleen aanvragen meegerekend die expli-

⁶¹ Het betreft het aandeel van uitgesproken faillissementen per arrondissement over de periode 2015-2019. Hierbij zijn alle uitgesproken faillissementen meegenomen, dus zowel rechtspersonen als niet-rechtspersonen. Deze gegevens zijn op 28 juni 2019 aangeleverd door Recofa.

ciet door de curator zijn ingetrokken, maar ook aanvragen waarbij de overeenkomst uiteindelijk niet is ondertekend door de curator en aanvragen waarbij de curator niets meer van zich heeft laten horen na het indienen van de aanvraag.

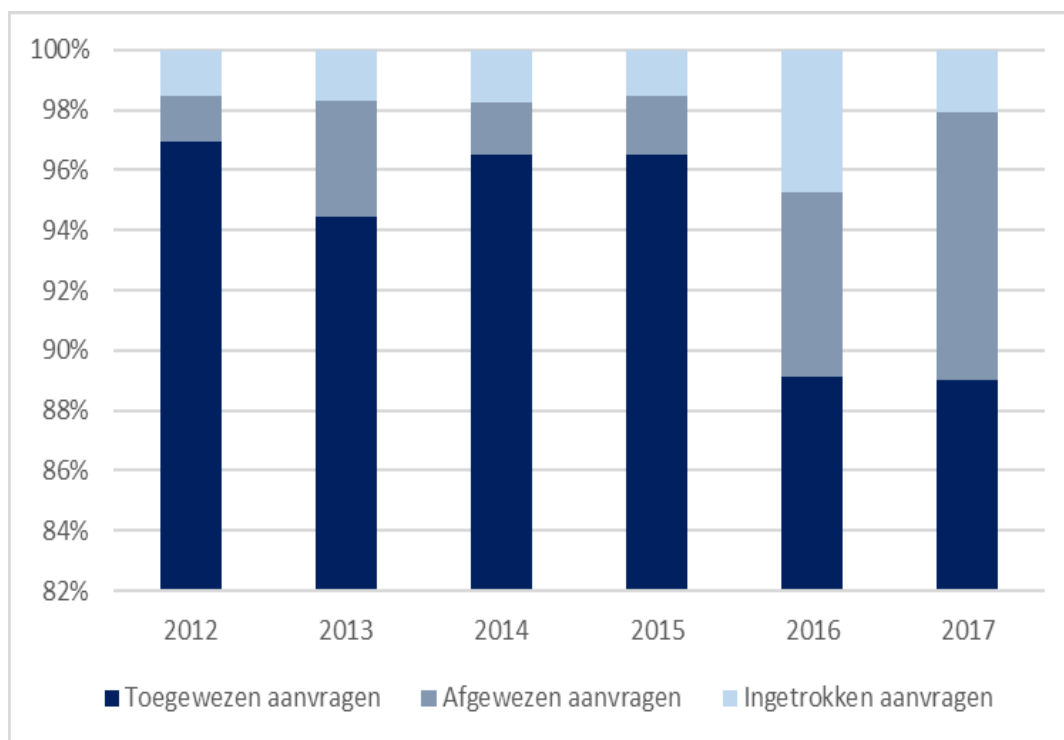
TABEL 3.5: AANTAL TOEGEWEEZEN, AFGEWEZEN EN INGETROKKEN AANVRAGEN

	TOTAAL AANTAL AANVRAGEN	TOEGEWEEZEN AANVRAGEN	AFGEWEZEN AANVRAGEN	INGETROKKEN AANVRAGEN
2012	132	128	2	2
2013	234	221	9	4
2014	289	279	5	5
2015	258	249	5	4
2016	211	188	13	10
2017	191	170	17	4
Totaal	1.315	1.235	51	29

Samengesteld op basis van registraties van Justis

De verhouding tussen de toegewezen, afgewezen en ingetrokken aanvragen is weergegeven in figuur 3.1.

FIGUUR 3.1: VERHOUDING TOEGEWEEZEN, AFGEWEZEN EN INGETROKKEN AANVRAGEN



In de periode van 2012 tot en met 2015 ligt het percentage toegewezen aanvragen rond de 96% (2013 ligt echter net boven de 94%). Opvallend is dat vervolgens in 2016 en 2017 het percentage toegewezen aanvragen beduidend lager ligt, namelijk ongeveer 87% in zowel 2016 als in 2017. Dit is een daling van bijna 10%. Voor deze daling is geen duidelijke verklaring te geven. De verhouding tussen afgewezen en ingetrokken aanvragen fluctueert over de jaren. Wel worden over het algemeen meer aanvragen afgewezen dan ingetrokken. In

2017 is deze verhouding het scherpst met 17 afgewezen aanvragen ten opzichte van 4 ingetrokken aanvragen.

Uit de registraties van Justis blijkt niet wat de afwijzingsgrond is. Justis registreert namelijk niet systematisch om welke reden(en) een aanvraag wordt afgewezen. Bij het dossieronderzoek kon wel worden nagegaan wat de afwijzingsgrond was bij een aanvraag. In acht van de honderd bestudeerde dossiers, , bleek de aanvraag te zijn afgewezen.⁶² De helft (4) van de werd afgewezen omdat de verhaalsmogelijkheden onvoldoende konden worden aangetoond. Verder werd bij twee dossiers niet voldaan aan de vereiste verhouding van 1:4 tussen de gevraagde garantstelling en de hoogte van de te verwachten boedelopbrengst en bij twee dossiers werd niet voldaan aan de vormvereisten.

3.2.3. Afgewikkelde en lopende garantstellingen

In de inleiding van dit hoofdstuk is aangegeven dat het van Justis ontvangen databestand gegevens bevat over alle garantstellingen die in de periode van 2012 tot en met 2017 zijn aangevraagd. Het aangeleverde databestand biedt inzicht in de garantstellingen die in de periode 2012-2017 zijn aangevraagd en nog lopen en de garantstellingen die zijn aangevraagd in de periode 2012-2017 en zijn afgewikkeld voor 1 juli 2019. Meestal wordt een dossier gesloten wanneer de curator zijn werkzaamheden heeft beëindigd. In tabel 3.6 is een overzicht opgenomen van het aantal afgewikkelde en lopende garantstellingen per 1 juli 2019.

TABEL 3.6: OVERZICHT AFGEWIKKELDE EN LOPENDE GARANTSTELLINGEN

	TOTAAL TOEGEWENZEN AANVRAGEN	AFGEWIKKELD PER 01-07-19	LOPEND PER 01-07-19	PERCENTAGE AFGEWIKKELD ⁶³	PERCENTAGE LOPEND ⁶⁴
2012	128	116	12	91%	9%
2013	221	203	18	92%	8%
2014	279	238	41	85%	15%
2015	249	198	51	80%	20%
2016	188	115	73	61%	39%
2017	170	83	87	49%	51%
Totaal	1.235	953	282	77%	23%

Samengesteld op basis van registraties van Justis

We merken op dat het aangeleverde databestand een momentopname bevat van de situatie tot en met 1 juli 2019. Een deel van de garantstellingen die tussen 2012-2017 zijn aangevraagd loopt nog door na 1 juli 2019. Uit tabel 3.6 blijkt dat het aantal afgewikkelde garantstellingen na 2012 elk jaar verhoudingsgewijs afneemt. In 2017 is bijvoorbeeld 'maar' 49% van de in dat jaar toegewezen garantstellingen afgewikkeld. In 2016 loopt dit percentage al op naar 61%. Enzovoorts. Over het algemeen kent een garantstelling een looptijd van meerdere jaren (zie tabel 3.7). Dit verklaart dat de meeste garantstellingen die bijvoorbeeld in 2012 en 2013 zijn aangevraagd inmiddels zijn afgewikkeld en dat een minder groot deel van de garantstellingen die in 2016 en 2017 zijn aangevraagd zijn afgewikkeld. Het grootste deel van de garantstellingen die tussen 2012 en 2017 zijn aangevraagd, namelijk 77%, zijn per 1 juli 2019 inmiddels afgewikkeld.

⁶² Het percentage afgewezen aanvragen uit de steekproef is beduidend hoger dan het percentage afgewezen aanvragen over alle 1.315 aanvragen, namelijk 3,9%.

⁶³ Percentage afgewikkeld ten opzichte van het totaal aantal toegewezen aanvragen.

⁶⁴ Percentage lopend ten opzichte van het totaal aantal toegewezen aanvragen.

In tabel 3.7 is de gemiddelde doorlooptijd opgenomen van de garantstellingen die in het betreffende jaar zijn toegewezen en per 1 juli 2019 zijn afgewikkeld. De doorlooptijd is de periode vanaf het moment van het indienen van de aanvraag tot het moment dat Justis het dossier heeft afgesloten. Uit de tabel zou men kunnen opmaken dat over de jaren heen de gemiddelde doorlooptijd van een garantstelling afneemt. Er is echter sprake van een vertekend beeld: er zijn na 2012 elk jaar steeds meer lopende garantstellingen in verhouding tot het aantal afgewikkelde garantstellingen. De gemiddelde doorlooptijd van de afgewikkelde garantstellingen in 2017 ziet bijvoorbeeld alleen op de garantstellingen die in 2017 zijn toegewezen en per 1 juli 2019 zijn afgewikkeld. Alleen die garantstellingen met een relatief korte doorlooptijd zijn in deze (korte) periode beëindigd. Meer dan de helft van de toegewezen garantstellingen in 2017 loopt echter nog.

TABEL 3.7: GEMIDDELDE DOORLOOPTIJD TOEGEWEEZEN EN AFGEWIKKELDE GARANTSTELLINGEN

	GEMIDDELDE DOORLOOPTIJD IN DAGEN
2012	975
2013	961
2014	891
2015	746
2016	594
2017	450
Totaal	811

Samengesteld op basis van registraties van Justis

In het dossieronderzoek is bij alle dossiers nagegaan op welk moment de aanvraag voor een garantstelling is ingediend en op welk moment (eventueel) de overeenkomst is ondertekend die het verlenen van de garantstelling bekrachtigt. De gemiddelde tijdspanne hiertussen is 33 dagen. Dit betekent dat de periode waarin een aanvraag van een garantstelling door Justis wordt beoordeeld gemiddeld 33 dagen duurt.

3.2.4. Verrichte acties garantstelling

De registratie van Justis bevat geen informatie over de acties waarvoor financiering is aangevraagd. In het dossieronderzoek (N=100) is nagegaan welke acties de curator blijkens de aanvraag voornemens was te ondernemen met behulp van een garantstelling. Tabel 3.8 bevat een overzicht van de acties waarvoor financiering is aangevraagd bij de eerste aanvraag voor een garantstelling. Tabel 3.9 bevat een overzicht van de acties waarvoor in een verhogingsverzoek financiering is aangevraagd.

TABEL 3.8: ACTIES WAARVOOR FINANCIERING IS AANGEVRAAGD BIJ DE INITIËLE AANVRAAG

ACTIES	AANTAL
Verhaalsonderzoek	69
Vooronderzoek	61
Vordering o.g.v. bestuurdersaansprakelijkheid (2:248 BW)	37
Vordering o.g.v. faillissementspauliana (42 Fw)	35
Vordering o.g.v. bestuurdersaansprakelijkheid (2:9 BW)	23
Vordering o.g.v. faillissementspauliana (43 Fw)	5
Vordering o.g.v. faillissementspauliana (47 Fw)	4

Bron: dossieronderzoek

Uit tabel 3.8 blijkt dat bij de meeste aanvragen voor een garantstelling financiering werd gevraagd voor vooronderzoek en/of verhaalsonderzoek. De rechtsvordering op grond van

bestuurdersaansprakelijkheid (2:248 BW) en de rechtsvordering op grond van faillissementspauliana (42 Fw) kwamen ook relatief vaak voor. In een aantal gevallen werd financiering gevraagd voor zowel een voor- en/of verhaalsonderzoek als voor een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of faillissementspauliana.

TABEL 3.9: ACTIES WAARVOOR FINANCIERING IS AANGEVRAAGD IN EEN VERHOGINGSVERZOEK

ACTIES	AANTAL
Vordering o.g.v. bestuurdersaansprakelijkheid (2:248 BW)	13
Verhaalsonderzoek	10
Vooronderzoek	8
Vordering o.g.v. bestuurdersaansprakelijkheid (2:9 BW)	8
Vordering o.g.v. faillissementspauliana (42 Fw)	7
Vordering o.g.v. faillissementspauliana (47 Fw)	1
Vordering o.g.v. faillissementspauliana (43 Fw)	0

Bron: dossieronderzoek

In een verhogingsverzoek wordt verhoudingsgewijs minder vaak financiering wordt aangevraagd voor voor- en/of verhaalsonderzoek en juist vaker voor een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en (in mindere mate voor) een vordering op grond van faillissementspauliana. Uit het dossieronderzoek kwam het beeld naar voren dat een relatief groot deel van de eerste aanvragen alleen een voor- en/of verhaalsonderzoek betrof; in een eventueel verhogingsverzoek werd dan financiering gevraagd voor het instellen van een rechtsvordering. Uit de tabellen blijkt verder dat de vordering op grond van faillissementspauliana (47 Fw) zelden op de aanvraag voorkwam. Slechts in vier gevallen werd de vordering genoemd bij de eerste aanvraag en een keer in een verhogingsverzoek. Overigens is in geen van die gevallen uiteindelijk een vordering ex artikel 47 Fw ingesteld. Tabel 3.10 laat zien welke activiteiten uiteindelijk zijn verricht met behulp van de garantstelling. Hieruit blijkt dat bij twintig van de honderd dossiers uiteindelijk een schikking is getroffen.

TABEL 3.10: ACTIVITEITEN VERRICHT MET BEHULP VAN DE GARANTSTELLING

ACTIES	AANTAL
Verhaalsonderzoek	45
Vooronderzoek	33
Schikking	20
Vordering o.g.v. faillissementspauliana (42 Fw)	17
Vordering o.g.v. bestuurdersaansprakelijkheid (2:248 BW)	12
Vordering o.g.v. bestuurdersaansprakelijkheid (2:9 BW)	10
Vordering o.g.v. faillissementspauliana (43 Fw)	2
Vordering o.g.v. faillissementspauliana (47 Fw)	0

Bron: dossieronderzoek

3.3 Benadeling bij faillissement

Strafrechtelijke en onrechtmatige benadeling in faillissementen

Er is vrijwel geen faillissement zonder een zekere benadeling van schuldeisers. Immers, een faillissement heeft doorgaans als oorzaak dat de failliet niet meer in staat was zijn uitstaande schulden te betalen. Als zodanig wordt het faillissement, met inbegrip van de negatieve gevolgen voor schuldeisers, doorgaans beschouwd als een onvermijdelijk en zelfs noodzake-

lijk element van de kapitalistische marktgewijze productie. De concurrentie in de markt brengt met zich mee dat de sterke ondernemingen overleven, terwijl de zwaksten omvallen. Echter, het faillissementsrecht trekt een grens tussen wat wordt gezien als een aanvaardbare (negatieve) uitkomst van marktwerking en dat wat gezien wordt als onaanvaardbare (bewuste) dupering van schuldeisers. In dat laatste geval is rechtens sprake van onrechtmatige benadeling. Onrechtmatige benadeling kan al dan niet frauduleus zijn. Onrechtmatig maar niet frauduleus bijvoorbeeld is benadeling als gevolg van een bestuurder van de gefailleerde onderneming die onredelijk grote risico's nam. Frauduleus (en strafrechtelijk vervolgbaar) is bijvoorbeeld een faillissement waarbij de boedel vlak voor het faillissement is leeggehaald. Bij een groot deel van de faillissementen is niet direct duidelijk of sprake is van frauduleus handelen.

De statistieken van het CBS weerspiegelen deze onzekerheid. Het rapport over faillissementen dat het CBS in 2016 opstelde in opdracht van het WODC bevat (anders dan voorgaande rapporten) geen categorie 'strafbare benadeling' meer. De reden die de auteurs daarvoor opgaven is, dat het binnen de doorlooptijd van een faillissement veelal nog niet duidelijk is of een handeling strafbaar was of niet. Verder werd en wordt als benadeling van schuldeisers ook begrepen paulianeus handelen in de zin van artikel 42 en 47 Fw. Echter, paulianeus handelen is in voorkomende gevallen wel, maar niet per definitie strafbaar handelen.⁶⁵ De onderzoekers van het CBS kozen daarom voor de categorie 'strafbare (strafrechtelijke) en of onrechtmatige benadeling'. Ze maakten een onderscheid tussen i) *geen*, ii) *zekere* en iii) *waarschijnlijke* strafbare en of onrechtmatige benadeling.

Van *zekere* strafbare en of onrechtmatige benadeling is in de definitie van het CBS sprake indien de curator aangifte heeft gedaan bij het meldpunt faillissementsfraude of als er een procedure of schikking is geweest in verband met paulianeus handelen (in de zin van artikel 42 en 47 Fw), bestuurdersaansprakelijkheid of onrechtmatig handelen. Tot de categorie *waarschijnlijk* strafbare dan wel onrechtmatige benadeling rekenden de onderzoekers die gevallen waarin het sterke vermoeden van de curator bestaat van paulianeus handelen, bestuurdersaansprakelijkheid of onrechtmatig handelen, maar geen schikking, succesvolle procedure of aangifte heeft plaatsgevonden. Voorts wees men er op dat het bedrag, gemeoid met onrechtmatige handelingen in faillissement, vaak maar een (klein) deel van de onbetaalde schuld omvat.⁶⁶

Gegeven al deze onzekerheden komt het CBS onder meer tot de bevindingen die zijn samengevat in tabel 3.11.⁶⁷ Uit de tabel blijkt het volgende. Van de in 2015 beëindigde faillissementen bij bedrijven en instellingen was in 70% van de gevallen *geen* sprake van strafbare en of onrechtmatige benadeling van schuldeisers. Bij 17% van het aantal faillissementen was *zeker* sprake van strafbare en of onrechtmatige benadeling. Bij 13% was *waarschijnlijk* sprake van strafbare dan wel onrechtmatige benadeling. Ter vergelijking: in 2010 waren deze getallen respectievelijk 76%, 12% en 12%. Het aandeel gevallen waarin sprake was van zekere of waarschijnlijke strafbare en of onrechtmatige benadeling nam dus toe, van 24% naar 30%.⁶⁸

Bij vermoedens van faillissementsfraude bij een faillissement kan de curator melding doen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. Het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude is ondergebracht bij de Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst (FIOD). Meldingen van fail-

⁶⁵ CBS 2016, p. 11.

⁶⁶ CBS 2016, p. 51.

⁶⁷ CBS 2016, p. 65. Het CBS baseerde de in de hoofdtekst en de tabel verwerkte gegevens op een steekproef.

⁶⁸ CBS 2016, p. 52.

lissementen waarbij minder dan € 100.000 aan de boedel is onttrokken of meldingen van eenvoudige fraude worden afgehandeld door de politie. Meldingen van faillissementen waarbij meer dan € 100.000 aan de boedel is onttrokken of van gekwalificeerde fraude worden door de FIOD behandeld.⁶⁹

TABEL 3.11: STRAFBARE EN ONRECHTMATIGE BENADELING IN FAILLISSEMENTEN

STRAFBAAR/ONRECHTMATIG	METING 2010	METING 2015
Niet	76%	70%
Zeker	12%	17%
Waarschijnlijk	12%	13%
Totaal	100%	100%

Bron: CBS, 2016

Meldingen en aangiftes FIOD

De curator kan ook aangifte van faillissementsfraude doen bij de FIOD. Deze instantie beslist vervolgens, vaak in samenwerking met andere opsporingsinstanties, om al dan niet over te gaan tot het opstarten van een opsporingsonderzoek. Bij het indienen van de aangifte kan de curator een verzoek doen om vergoeding voor het doen van aangifte. De FIOD hanteert als voorwaarde voor het uitbetalen van een vergoeding dat: 1) een melding is gedaan en 2) dat die melding heeft geleid tot het opnemen van een aangifte.⁷⁰ De curator krijgt voor maximaal 5 uur een vergoeding. In tabel 3.12 is het aantal meldingen en aangiftes weergegeven over de periode 2012-2017.

TABEL 3.12: OVERZICHT MELDINGEN EN AANGIFTES BIJ FIOD⁷¹

	AANTAL MELDINGEN FIOD	AANTAL AANGIFTES FIOD
2012	205	33
2013	312	29
2014	343	15
2015	402	13
2016	355	9
2017	307	9
Totaal	1.924	108

Bron: FIOD

Volgens een geïnterviewde medewerker van de FIOD is het aantal meldingen na 2015 gedaald, omdat het aantal faillissementen ook is gedaald en het aantal zogenoemde turboliquidaties is toegenomen.⁷² Volgens de geïnterviewde medewerker doet een selecte groep

⁶⁹ De FIOD behandelt dus zaken die over het algemeen als complex kunnen worden aangemerkt, waar bijvoorbeeld sprake is van misbruik van rechtspersonen, georganiseerd verband, ondoorzichtige eigendomsverhoudingen of bestuurdersrelaties en het gebruik van katvangers.

⁷⁰ In het verleden werd al een vergoeding uitbetaald bij het doen van een melding. Dit heeft het ministerie van Financiën op een gegeven moment echter teruggedraaid door enkel een vergoeding uit te betalen onder voorwaarde dat de aangifte resulteert in een opsporingsonderzoek. Enkele jaren geleden is deze voorwaarde weer losgelaten.

⁷¹ Dit overzicht is op 17 december 2018 aangeleverd door de FIOD.

⁷² De term turboliquidatie wordt gebruikt voor de wijze van ontbinding van rechtspersonen die is geregeld in artikel 2:19 lid 4 BW. Deze bepaling houdt in dat een rechtspersoon die op het moment van ontbinding geen baten heeft ophoudt te bestaan zonder dat vereffening plaatsvindt. De ratio van deze bepaling is dat er bij gebrek aan baten niets te vereffenen valt. De bepaling kan bij de bv/nv echter door de aandeelhouders worden misbruikt, door de activa van de nv/bv weg te sluisen en vervolgens een ontbindingsbesluit te nemen. De vennootschap houdt dan op te bestaan, ook als zij schulden heeft. Op deze wijze kan faillietverklaring worden ontgaan.

van naar schatting 200 curatoren regelmatig een melding van faillissementsfraude. Het grootste deel van de curatoren doet dus nooit of nauwelijks een melding. Er is een speciaal formulier voor het doen van een melding op de website van INSOLAD. Volgens de medewerker wordt dit formulier relatief vaak onzorgvuldig ingevuld door de curator. Daardoor zijn medewerkers van de FIOD vaak genooddaakt om contact op te nemen met de curator voor meer informatie. Ongeveer 30% van de meldingen wordt afgehandeld door de FIOD. Deze meldingen resulteren elk jaar in ongeveer 60 à 80 zaken waarin opgespoord en/of vervolgd wordt. Hiervoor heeft de FIOD jaarlijks 100.000 uur beschikbaar.

Onderzoeksvraag 2 van het onderhavige onderzoek luidt, voor zover hier relevant: ‘Wat is het aantal garantstellingen in relatie tot het aantal meldingen faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Fraude van de FIOD in de periode 2012-2017?’ Over de *verhouding* tussen het aantal aanvragen GSR en het aantal meldingen kan, op grond van het voorstaande, geconstateerd worden dat het aantal meldingen bijna anderhalf maal zoveel was als het aantal aanvragen. Het ontbreekt aan gegevens om een uitspraak te kunnen doen over de *samenloop* tussen aanvragen en meldingen.⁷³ Overigens is de kans op overlap niet groot. De melding wordt juist vaak gedaan als er geen verhaal is en er dus ook geen grond is voor een GSR aanvraag.

3.4 Kosten en opbrengsten

3.4.1. Aangevraagd en toegewezen bedrag

Tabel 3.13 laat het totale bedrag zien dat per jaar is aangevraagd bij de initiële aanvraag en het gemiddelde bedrag per aanvraag. De gesommeerde waarde van alle aanvragen voor een garantstelling gedurende de onderzoeksperiode bedroeg volgens opgave van Justis € 24.351.617. Tabel 3.14 geeft weer wat per jaar is toegewezen, voor zowel de lopende als de afgewikkelde garantstellingen. Het toegewezen bedrag omvat zowel het initiële toegewezen bedrag als eventuele toegekende verhogingsverzoeken. Het bedrag geeft de stand van zaken weer tot 1 juli 2019. Dit houdt in dat bij de garantstellingen die per 1 juli 2019 nog lopen de mogelijkheid bestaat dat het toegewezen bedrag nog zal oplopen wanneer na 1 juli 2019 (eventueel) nog verhogingsverzoeken worden toegewezen.

In totaal is in de periode 2012-2017 € 23.957.739 toegewezen, verhogingsverzoeken inbegrepen. Dit bedrag lijkt vrijwel overeen te komen met het totaalbedrag dat is aangevraagd bij de initiële aanvraag. Kanttekening hierbij is dat bij het totale aangevraagde bedrag de verhogingsverzoeken niet zijn meegenomen.⁷⁴ Dit duidt erop dat Justis in veel gevallen niet het volledige gevraagde bedrag toewijst bij de initiële aanvraag. Als dit namelijk wel het geval was geweest zou de som van het toegewezen bedrag beduidend hoger moeten liggen dan € 24 miljoen. Het valt te verwachten dat het totale toegewezen bedrag nog zal oplopen, aangezien het aannemelijk is dat bij (een deel van) de nog lopende garantstellingen nog verhogingsverzoeken zullen worden toegewezen.

Gemiddeld over de gehele onderzoeksperiode werd een bedrag toegewezen van € 19.399. De spreiding rond dit gemiddelde is zeer aanzienlijk (St.dev. 27.538). De hoogste (en op de peildatum nog niet afgewikkelde) garantstelling bedraagt ruim een half miljoen euro; 23

⁷³ De FIOD heeft de KvK-nummers nodig van de faillissementsdossiers waarin een garantstelling is aangevraagd om de faillissementszaken te kunnen identificeren waar melding is gedaan van faillissementsfraude. Justis registreert echter niet systematisch de KvK-nummers bij alle aangevraagde garantstellingen. Het zou voor Justis te bewerkelijk zijn om van alle 1.315 aanvragen te achterhalen wat het bijbehorende KvK-nummer is.

⁷⁴ De registratie van Justis bevat geen informatie over de bedragen die in verhogingsverzoeken worden gevraagd.

toewijzingen liggen boven de € 100 000 en 19 toewijzingen bedroegen minder dan € 1000. Het mediaan bedrag is € 10.954.

TABEL 3.13: AANGEVRAAGDE BEDRAGEN BIJ DE INITIËLE AANVRAAG⁷⁵

	GEMIDDELD AANGEVRAAGD BEDRAG BIJ INITIËLE AANVRAAG	TOTAAL AANGEVRAAGD BEDRAG BIJ INITIËLE AANVRAAG
2012	€ 17.559	€ 2.300.210
2013	€ 18.637	€ 4.361.002
2014	€ 18.014	€ 5.206.007
2015	€ 16.853	€ 4.348.012
2016	€ 19.241	€ 4.059.859
2017	€ 21.343	€ 4.076.527
Totaal	€ 18.532	€ 24.351.617

Samengesteld op basis van registraties van Justis

TABEL 3.14: TOEGEWEEZEN BEDRAGEN BIJ GARANTSTELLINGEN⁷⁶

	GEMIDDELD PER AANVRAAG TOEGEWEEZEN BEDRAG (STAND VAN ZAKEN PER 01-07- 2019)	SOM VAN TOEGEWEEZEN BEDRAG (STAND VAN ZAKEN PER 01-07-2019)
2012	€ 19.819	€ 2.536.818
2013	€ 18.963	€ 4.190.876
2014	€ 22.066	€ 6.156.300
2015	€ 17.806	€ 4.433.661
2016	€ 18.249	€ 3.430.747
2017	€ 18.878	€ 3.209.337
Totaal	€ 19.399	€ 23.957.739

Samengesteld op basis van registraties van Justis

Ook in het dossieronderzoek is nagegaan wat het gemiddelde gevraagde bedrag is bij de eerste aanvraag. Het gemiddelde aangevraagde bedrag is € 26.062. Het gemiddelde toegewezen bedrag bij de initiële aanvraag ligt ongeveer de helft lager, te weten € 14.922. Het beeld dat uit de analyse van de registraties van Justis naar voren komt, namelijk dat Justis in veel gevallen niet het volledige gevraagde bedrag toewijst, wordt dus bevestigd in het dossieronderzoek.

3.4.2. Boedelopbrengsten

Justis registreert per dossier het bedrag aan boedelopbrengsten. Dit bedrag dient de curator bij de afwikkeling van het dossier op te geven. Tabel 3.15 biedt een weergave. Bij deze cijfers moeten twee kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat de opgegeven boedelopbrengsten steeds volledig met behulp van de garantstelling zijn binnengehaald. De curator kan ook op eigen kosten onderzoek hebben gedaan of laten doen of procedures hebben doorlopen die bijdragen aan de boedel hebben

⁷⁵ Het betreft het bedrag dat bij de initiële aanvraag is gevraagd, dus zonder het bedrag dat bij eventuele verhogingsverzoeken is gevraagd.

⁷⁶ Betreft het toegewezen bedrag van de initiële aanvraag plus de (eventuele) toegewezen bedragen bij verhogingsverzoeken, zowel van de afgewikkelde als lopende dossiers. Voor wat betreft de lopende dossiers omvat het toegewezen bedrag het initiële toegewezen bedrag inclusief (eventuele) toegewezen bedragen bij verhogingsverzoeken tot 1 juli 2019. Het toegewezen bedrag bij de lopende dossiers kan dus nog oplopen wanneer in de toekomst (eventueel) verdere verhogingsverzoeken worden toegewezen. Bij elk jaar is het toegewezen bedrag opgenomen van de aanvragen die in het betreffende jaar zijn ingediend.

opgeleverd. De curator kan deze opbrengsten buiten de opgave hebben gelaten. Dit kan echter niet worden achterhaald op basis van de aangeleverde data.

TABEL 3.15: OVERZICHT BOEDELOPBRENGST VAN DE AFGEWIKKELDE GARANTSTELLINGEN

	GEMIDDELDE BOEDELOPBRENGST PER GARANTSTELLING ⁷⁷	TOTALE BOEDELOPBRENGST
2012	€ 22.108	€ 2.564.561
2013	€ 22.533	€ 4.574.248
2014	€ 34.622	€ 8.205.396
2015	€ 21.207	€ 4.198.919
2016	€ 18.358	€ 2.092.827
2017	€ 23.171	€ 1.923.186
Totaal	€ 24.773	€ 23.559.137

Samengesteld op basis van registraties van Justis

In de tweede plaats is ook voor wat betreft de boedelopbrengsten de spreiding rond het gemiddelde zeer aanzienlijk. De standaarddeviatie rond het totale gemiddelde van € 24.773 is € 88.618. De hoogste geregistreerde boedelopbrengst bedraagt € 1,4 miljoen. Tien casus eindigden met een opbrengst van meer dan € 300.000. Daar staat een groot aantal gevallen zonder opbrengst tegenover: modus en mediaan zijn beide € 0.

Voorts blijkt uit het dossieronderzoek en uit interviews met curatoren dat regelmatig een garantstelling wordt toegekend, maar dat het krediet bij de KAS Bank niet wordt aangesproken (zie tabel 3.16). In hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op de redenen hiervoor. Daarnaast bleek uit het dossieronderzoek dat bij meerdere dossiers niet het volledig toegekende bedrag door curatoren werd aangesproken, maar slechts een (zeer) beperkt deel van het beschikbaar gestelde bedrag.

TABEL 3.16: GELDOPNAME VAN DE REKENING BIJ DE KAS BANK

GEEN GELD OPGENOMEN VAN KAS BANK	GELD OPGENOMEN VAN KAS BANK	GEMIDDELD OPGENOMEN BEDRAG	TOTAAL OPGENOMEN BEDRAG
41 dossiers	59 dossiers	€ 15.265	€ 900.642

Bron: dossieronderzoek

Uit de registraties van Justis valt niet op te maken op welke wijze het bedrag is besteed, dat in de periode 2012-2017 aan de boedel is toegevoegd. Welk deel is bijvoorbeeld opgegaan aan door de curator gemaakte kosten en welk deel is ten goede gekomen aan preferente of concurrente schuldeisers? Op grond van de gegevens uit het dossieronderzoek kan daar, met de nodige voorzichtigheid, wel iets over worden gezegd. In de steekproef van honderd gevallen werd in totaal een opbrengst van € 1.395.627 gevonden (zie tabel 3.17) op een totaal boedeltekort in de steekproef van € 68.224.945. Dit betekent dat per saldo 2% van het geaggregeerde boedeltekort is teruggehaald (mede) met behulp van de verleende garantstelling.

Uit de dossiers is niet op te maken of daarvan geld is uitgekeerd aan preferente dan wel concurrente schuldeisers. Wel blijkt uit de dossiers dat een groot deel van het teruggevloeiende bedrag opgaat aan de betaling van het salaris van de curator en bijkomende kosten zoals

⁷⁷ Het bedrag dat de curator heeft teruggebracht in de boedel. De boedelopbrengsten hoeven niet altijd met behulp van de garantstelling zijn binnengehaald, de curator kan ook op eigen kosten procedures hebben doorlopen (dit kan niet worden uitgesloten op basis van aangeleverde data).

kosten van deskundigen en proceskosten. Tabel 3.18 biedt een weergave. Een kanttekening bij deze cijfers is dat alleen in de gevallen dat er geen of onvoldoende boedelopbrengsten waren om de garantstelling aan te zuiveren, de curator bij de rekening en verantwoording de gemaakte kosten heeft moeten opgeven. Wanneer de verleende garantstelling volledig kon worden aangezuiverd met de boedelopbrengsten bevatte het betreffende dossier geen opgave van de gemaakte kosten.⁷⁸ Het overzicht in tabel 3.18 bevat daarmee geen informatie over de gemaakte kosten in de gevallen dat de garantstelling volledig kon worden aangezuiverd door de curator.

TABEL 3.17: OVERZICHT BOEDELOPBRENGSTEN

CURATOR HEEFT GEEN BEDRAG BINNENGEHAALD	CURATOR HEEFT WEL EEN BEDRAG BINNENGEHAALD	GEMIDDELD BINNENGEHAALD BEDRAG ⁷⁹	TOTAAL BINNENGEHAALD BEDRAG
58 dossiers	42 dossiers	€ 33.229	€ 1.395.627

Bron: dossieronderzoek

TABEL 3.18: OVERZICHT OPGEGEVEN KOSTEN

	AANTAL DOSSIERS	GEMIDDELD BEDRAG PER DOSSIER	TOTAAL BEDRAG
Salaris van curator	35 dossiers	€ 15.646	€ 547.604
Verschotten bureaunkosten	7 dossiers	€ 1.178	€ 8.244
Kosten deskundigen	12 dossiers	€ 1.967	€ 23.602
Kosten hulpkrachten	3 dossiers	€ 2.365	€ 7.095
Raadplegen registers	4 dossiers	€ 30	€ 121
Griffierechten/proceskosten	7 dossiers	€ 7.691	€ 53.834
Taxatiekosten	1 dossier	€ 14	€ 14
Veilingkosten	-	-	-
Deurwaarderskosten	5 dossiers	€ 857	€ 4.283
Andere kosten	3 dossiers	€ 395	€ 1.578
Totaal			€ 625.135

Bron: dossieronderzoek

Verder blijkt uit het dossieronderzoek dat bij 41 van de 100 dossiers de garantstelling is gebruikt voor reeds gemaakte kosten, oftewel kosten die de curator al heeft gemaakt vóór de aanvraag van een garantstelling. De mogelijkheid om een garantstelling te vragen voor de kosten die de curator maakt voordat hij een verzoek indient (of voordat daarop is beslist), is in 2012 geïntroduceerd. Voor zover uit de bestudeerde dossiers is gebleken, werd in totaal € 270.232 opgenomen van de rekening van de KAS Bank, op een totaalbedrag van € 900.642, ter dekking van de reeds gemaakte kosten.

3.4.3. Dekking krediet uit de boedelopbrengsten

Het databestand van Justis geeft inzicht in hoeverre de toegewezen garantstellingen zijn aangezuiverd uit de boedelopbrengsten. In tabel 3.19 is een overzicht opgenomen.

⁷⁸ Zie ook artikel 9 lid 3 GSR.

⁷⁹ Het gemiddelde bedrag is alleen berekend over de dossiers waar de curator een bedrag heeft binnengehaald.

TABEL 3.19: AANZUIVERING TOEGEKENDE EN AFGEWIKKELDE GARANTSTELLINGEN

	VOLLEDIG AANGEZUIVERD DOOR CURATOR	PERCENTAGE VOLLEDIG AANGEZUIVERD	GEDEELTELIJK AANGEZUIVERD DOOR CURATOR	PERCENTAGE GEDEELTELIJK AANGEZUIVERD	NIET AANGEZUIVERD DOOR CURATOR	PERCENTAGE NIET AANGEZUIVERD
2012	50	43%	13	11%	53	46%
2013	74	36%	20	10%	109	54%
2014	104	44%	12	5%	122	51%
2015	88	44%	15	8%	95	48%
2016	47	41%	7	6%	61	53%
2017	43	52%	5	6%	35	42%
Totaal⁸⁰	406	43%	72	8%	475	50%

Samengesteld op basis van registraties van Justis

De tabel laat zien dat in de onderzoeksperiode de verleende garantstelling in 475 gevallen (50% van de toegekende garantstellingen) niet is aangezuiverd. Niet aangezuiverd houdt in dit geval in dat er geen boedelopbrengsten waren en Justis het bedrag dat de curator heeft opgenomen van de rekening van de KAS Bank heeft uitbetaald aan de KAS Bank. Een belangrijke nuancering is dat de curator in veel gevallen geen gebruik heeft gemaakt van het volledige bedrag dat met de garantstelling is toegewezen. Het gaat om (in ieder geval) 253 van de 475 gevallen. Dit betekent dat uiteindelijk in (maar) 222 gevallen, oftewel 23% van alle toegewezen en afgewikkelde aanvragen, het volledige toegewezen bedrag is gebruikt en er geen boedelopbrengsten waren om dit bedrag aan te zuiveren.

Verder heeft de curator in 72 gevallen (8% van de toegekende garantstellingen) de verleende garantstelling gedeeltelijk aangezuiverd. Wanneer de verleende garantstelling gedeeltelijk is aangezuiverd, waren er onvoldoende boedelopbrengsten om het gehele bedrag (dat van de rekening van de KAS Bank is opgenomen) terug te betalen aan de KAS Bank en heeft Justis het resterende bedrag betaald aan de KAS Bank. In 406 gevallen, oftewel 43% van alle toegewezen garantstellingen, is de verleende garantstelling volledig aangezuiverd. Dit betekent dat er voldoende boedelopbrengsten waren om de toegewezen garantstelling terug te betalen. Ook in de gevallen dat de toegewezen garantstelling gedeeltelijk of volledig is aangezuiverd moet de kanttekening worden geplaatst dat hierin ook gevallen zijn meegenomen waarin de curator niet het volledig toegewezen bedrag heeft gebruikt. Op basis van de registraties van Justis kan niet worden achterhaald in hoeveel gevallen hier sprake van is.

Ook in het dossieronderzoek is geregistreerd in hoeverre de verleende garantstelling uit de boedelopbrengst is terugbetaald. De betreffende gegevens staan in tabel 3.20. De in het dossieronderzoek verzamelde gegevens komen deels overeen met de registraties van Justis (zie tabel 3.21). In de steekproef van honderd dossiers bleek het krediet in 55 gevallen niet te zijn terugbetaald uit de boedelopbrengsten, oftewel 63%. In de Justis-registratie was dat 50%. Verder bleek uit de steekproef dat in 25% van de gevallen het opgenomen krediet volledig werd aangezuiverd uit de boedelopbrengsten. Justis registreerde 43% van de populatie als zodanig. In 12% van de steekproef heeft de curator het opgenomen krediet gedeeltelijk terugbetaald, bij de Justis registratie is dat 8%.

In het dossieronderzoek bleek er een behoorlijk aantal gevallen te zijn waar het ter beschikking gestelde krediet niet werd aangesproken. In 41 dossiers is er geen geld opgenomen bij

⁸⁰ Vanwege de afronding van de percentages komt het totaal niet uit op 100%.

de KAS Bank. Het dossieronderzoek laat zien dat de curator er in bepaalde gevallen voor kiest, om voor hem moverende redenen, toch eerst zelf voor te financieren.

TABEL 3.20: MATE VAN RESTITUTIE VAN OPGENOMEN KREDIET

	AANTAL DOSSIERS
100%	22
75-99%	2
50-74%	3
25-49%	3
1-24%	2
0%	55

Bron: dossieronderzoek

TABEL 3.21: VERGELIJKING TUSSEN JUSTIS REGISTRATIE EN DOSSIERONDERZOEK

	PERCENTAGE VOLLEDIG AANGEZUIVERD	PERCENTAGE GEDEELTELIJK AANGEZUIVERD	PERCENTAGE NIET AANGEZUIVERD
Justis databestand (2012-2017)	42,6%	7,6%	49,8%
Dossieronderzoek ⁸¹	25,3%	11,5%	63,2%

Bron: Justis registratie en dossieronderzoek

3.4.4. Dekking krediet door Justis

In de vorige paragraaf is geconstateerd dat 57% van alle toegewezen garantstellingen in de periode 2012-2017 niet of gedeeltelijk niet zijn aangezuiverd. Dit betekent dat Justis bij de deze garantstellingen het opgenomen krediet, dat niet uit de boedelopbrengsten kon worden voldaan, heeft terugbetaald aan de KAS Bank. Dit is inclusief een onkostenvergoeding van € 137,50⁸² per garantstelling en de rentekosten. De registratie van Justis biedt informatie over de bedragen die Justis heeft uitbetaald aan de KAS Bank. In tabel 3.22 is hiervan een overzicht opgenomen.

TABEL 3.22: OVERZICHT BETAALDE BEDRAGEN JUSTIS⁸³

	GEMIDDELD BETAALD BEDRAG DOOR JUSTIS PER AFGEWIKKELDE GARANTSTELLING	TOTAAL BETAALD BEDRAG DOOR JUSTIS
2012	€ 6.568	€ 761.917
2013	€ 7.499	€ 1.522.363
2014	€ 5.841	€ 1.390.243
2015	€ 4.285	€ 848.460
2016	€ 5.153	€ 592.634
2017	€ 3.570	€ 296.275
Totaal	€ 5.679	€ 5.411.892

Samengesteld op basis van registraties van Justis

⁸¹ Gepercentreerd zonder de 12 missing values.

⁸² Met ingang van het jaar 2019 bedraagt de onkostenvergoeding € 139,50.

⁸³ Het gaat om het bedrag dat Justis betaald aan de KAS Bank, inclusief onkostenvergoeding en rente, enkel van de toegewezen dossiers die per 1 juli 2019 zijn afgewikkeld. Het gemiddelde betaald bedrag door Justis is berekend over de toegewezen en afgewikkelde garantstellingen. Per jaar is in de tabel het bedrag opgenomen dat Justis heeft betaald over de garantstellingen die in het betreffende jaar zijn aangevraagd.

Uit de tabel blijkt dat Justis in totaal, gedurende de onderzoeksperiode, € 5.411.892 heeft uitbetaald aan de KAS Bank als het gaat om de afgewikkelde dossiers. Dit is gemiddeld € 901.982 per jaar. Voorts blijkt dat gemiddeld per afgewikkelde garantstelling over de gehele onderzoeksperiode € 5679 is uitgekeerd. Opnieuw is de spreiding rond dit gemiddelde groot (st.dv. € 13.460). Het hoogste aangezuiverde bedrag is € 139.249 en het laagste € 137,50.

Ook in het dossieronderzoek is nagegaan welk bedrag Justis heeft moeten uitbetalen aan de KAS Bank wegens te weinig boedelopbrengsten (zie tabel 3.23). Het gaat om in totaal € 597.971. In tabel 3.23 is ook weergegeven voor welk bedrag de curator de garantstelling heeft weten aan te zuiveren, voor zover is gebleken uit de dossiers, namelijk € 265.478. Daarmee is het totaalbedrag dat Justis aan de KAS Bank heeft moeten betalen aanzienlijk hoger dan het bedrag dat de curator heeft terugbetaald. In de bestudeerde dossiers is de garantstelling vaker terugbetaald door Justis dan door de curator. Bovendien is het gemiddelde bedrag dat per dossier is uitbetaald aan de KAS Bank hoger in de gevallen dat Justis de garantstelling aanzuiverde dan wanneer de curator de garantstelling aanzuiverde.

TABEL 3.23: OVERZICHT AANGEZUIVERDE BEDRAGEN DOOR CURATOR EN JUSTIS

REKENING NIET AANGEZUIVERD DOOR CURATOR	REKENING (DEELS) AANGEZUIVERD DOOR CURATOR	GEMIDDELD BEDRAG AANGEZUIVERD DOOR CURATOR	TOTAAL BEDRAG AANGEZUIVERD DOOR CURATOR
70 dossiers	30 dossiers	€ 8.849	€ 265.478

REKENING NIET AANGEZUIVERD DOOR JUSTIS	REKENING (DEELS) AANGEZUIVERD DOOR JUSTIS	GEMIDDELD BEDRAG AANGEZUIVERD DOOR JUSTIS	TOTAAL BEDRAG AANGEZUIVERD DOOR JUSTIS
52 dossiers	48 dossiers	€ 12.458	€ 597.971

Bron: dossieronderzoek

3.4.5. Uitvoeringskosten Justis

In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord wat de uitvoeringskosten van de GSR zijn. Tot de uitvoering behoren de beoordeling van de aanvraag en die van eventuele verhogingsverzoeken, het monitoren van de voortgang middels periodieke rapportages van de curator en uiteindelijk de afhandeling na beëindiging van het faillissement.

TABEL 3.24: UITVOERINGSKOSTEN EN FORMATIE JUSTIS T.A.V. DE UITVOERING VAN DE GSR IN DE PERIODE 2012-2017

	UITVOERINGSKOSTEN JUSTIS	FTE	AANTAL AANVRAGEN GARANTSTELLING
2012 ⁸⁴	€ 550.108	3,69	196
2013	€ 587.252	4,5	234
2014	€ 770.781	4,41	289
2015	€ 869.115	4,74	258
2016	€ 715.246	4,84	211
2017	€ 704.271	4,84	191
Totaal	€ 4.196.773	4,5⁸⁵	1.379

Bron: gegevens verstrekt door Justis

⁸⁴ Uitvoeringskosten hebben betrekking op heel 2012. Op basis van beschikbare gegevens kunnen we niet de maanden januari tot en met april eruit filteren. Om deze reden hebben we ook het aantal aanvragen voor heel 2012 opgenomen in de tabel.

⁸⁵ Gemiddeld aantal fte over de periode 2012-2017.

In tabel 3.24 zijn per jaar de uitvoeringskosten, het aantal fte en het aantal ingediende aanvragen voor een garantstelling weergegeven. De uitvoeringskosten van Justis hebben betrekking op de huisvestingskosten, kosten van direct en indirect personeel, kosten van direct materieel en overhead. Deze kosten zijn zoveel mogelijk gespecificeerd op de uitvoering van de GSR. De totale uitvoeringskosten van Justis over de periode 2012-2017 bedragen € 4.196.773. In 2014 en 2015 waren de uitvoeringskosten het hoogst. Dit komt overeen met de piek in het aantal ingediende aanvragen. Gedurende de periode van zes jaar werden in totaal 1.379 aanvragen ingediend (van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2017).

Behalve de uitvoeringskosten maakt de Staat ook kosten in verband met de dekking van het opgenomen krediet dat niet kon worden aangezuiverd uit de boedelopbrengsten. Deze kosten zijn in paragraaf 3.4.4 aan de orde gekomen. In tabel 3.25 is een overzicht opgenomen van de som van de toegewezen totaalbedragen, de totale boedelopbrengsten, de totaalbedragen die Justis heeft moeten betalen aan de KAS Bank en de uitvoeringskosten van Justis.

TABEL 3.25: OVERZICHT TOEGEWEEZEN TOTAALBEDRAGEN, BOEDELOPBRENGSTEN, BETAALD BEDRAG DOOR JUSTIS EN UITVOERINGSKOSTEN JUSTIS⁸⁶

	SOM VAN TOEGEWEEZEN TOTAALBEDRAGEN GARANTSTELLING ⁸⁷	TOTALE BOEDELOPBRENGST	TOTAAL BETAALD BEDRAG DOOR JUSTIS	UITVOERINGSKOSTEN JUSTIS
2012⁸⁸	€ 1.987.045	€ 2.564.561	€ 761.917	€ 550.108
2013	€ 3.150.529	€ 4.574.248	€ 1.522.363	€ 587.252
2014	€ 3.939.330	€ 8.205.396	€ 1.390.243	€ 770.781
2015	€ 2.637.725	€ 4.198.919	€ 848.460	€ 869.115
2016	€ 1.457.000	€ 2.092.827	€ 592.634	€ 715.246
2017	€ 1.107.941	€ 1.923.186	€ 296.275	€ 704.271
Totaal	€ 14.279.570	€ 23.559.137	€ 5.411.892	€ 4.196.773

De totale kosten die voor Justis – oftewel de Staat – aan de GSR zijn verbonden, zijn de uitvoeringskosten alsmede de aan de KAS Bank uitbetaalde bedragen ter dekking van tekorten. Dit bedrag is bij elkaar opgeteld € 9.608.665. Deze kosten hebben een totale boedelopbrengst van € 23.559.137 opgeleverd.

De totale kosten van Justis kunnen echter niet een-op-een worden gerelateerd aan de boedelopbrengsten. De uitvoeringskosten van Justis hebben namelijk betrekking op *alle* aanvragen voor een garantstelling in een jaar, terwijl de boedelopbrengsten alleen betrekking hebben op de *afgewikkelde* garantstellingen. Niettemin geven de cijfers wel een indicatie van het rendement. Een beknopte analyse laat zien dat de totale kosten 41% van de boedelopbrengsten bedragen. Ofwel, voor elke euro die de Staat in de GSR steekt wordt de boedel met bijna tweeënhalve euro vermeerderd.

Echter, deze vermeerdering is niet ten volle ten goede gekomen van de schuldeisers. Immers, de opbrengst van €23,5 miljoen omvat de kosten die de curator heeft gemaakt om de

⁸⁶ Deze bedragen hebben betrekking op de afgewikkelde dossiers. De uitvoeringskosten van Justis zien daarentegen op alle aanvragen die zijn ingediend.

⁸⁷ Alleen de toegewezen totaalbedragen van de tot 1 juli 2019 afgewikkelde garantstellingen zijn opgenomen in deze tabel. De totale boedelopbrengst en het totaal betaald bedrag door Justis hebben namelijk ook alleen betrekking op de afgewikkelde garantstellingen. De toegewezen bedragen in deze tabel wijken dus af van de toegewezen bedragen die in tabel 3.14 zijn weergegeven, omdat in tabel 3.14 ook de toegewezen bedragen zijn meegenomen van de dossiers die per 1 juli 2019 nog lopen.

⁸⁸ Het toegewezen totaalbedrag, de totale boedelopbrengsten en het totaal betaald bedrag door Justis hebben betrekking op de periode van 1 mei 2012 tot en met 31 december 2012. De uitvoeringskosten zien echter op heel 2012.

boedelopbrengst tot stand te brengen. Gegevens over deze kosten zijn niet beschikbaar. Wel is bekend dat de curator in zaken die *geen* boedelopbrengst opleverden gemiddeld €12.458 aan kosten maakte (zie tabel 3.23). Aangenomen mag worden dat de gemiddelde kosten van de succesvolle zaken tenminste daaraan gelijk zullen zijn. Voor de 406 in de registratie van Justis gevonden zaken waarvoor de boedelopbrengst tenminste voldoende was om de kosten te dekken zou het totaal bedrag aan kosten $406 \times € 12.458 = € 5.057.948$ zijn. Daarmee komt de netto opbrengst voor de schuldeisers op ten hoogste € 18.501.189. Ofwel, voor elke euro die de Staat in de GSR steekt wordt de opbrengst voor de schuldeisers met € 1,90 vermeerderd.

3.5

Resumé

Uit de registraties van Justis is gebleken dat over de onderzoeksperiode 2012-2017 in totaal 1.315 aanvragen zijn ingediend. We kunnen constateren dat gedurende de onderzoeksperiode het aantal aanvragen elk jaar verhoudingsgewijs is toegenomen ten opzichte van het aantal uitgesproken faillissementen. Dit geldt zowel voor de ratio tussen het aantal faillissementen en het aantal aanvragen in hetzelfde jaar als voor de verhouding tussen het aantal faillissementen en het aantal aanvragen in het daaropvolgende jaar. Dit duidt op een toenemend gebruik van de GSR door curatoren.

Het aantal aanvragen dat wordt toegevoerd is relatief hoog. Voor de periode 2012 tot en met 2015 ligt het percentage rond de 96%. Opvallend is dat het percentage toegewezen aanvragen in 2016 en 2017 beduidend lager is, namelijk 87%. Voor deze daling is geen duidelijke verklaring te geven. De verhouding tussen het aantal afgewezen en ingetrokken aanvragen fluctueert over de jaren. Uit de registraties van Justis blijkt niet wat de afwijzingsgrond van een aanvraag is. Dit kon wel worden nagegaan in het dossieronderzoek. Daaruit bleek dat acht van de honderd dossiers werd afgewezen. Twee van deze dossiers (ofwel 25%) werd afgewezen omdat niet werd voldaan aan de vereiste verhouding van 1:4. Uit het dossieronderzoek volgt dat de meeste aanvragen voor een garantstelling betrekking hebben op een voor- en/of verhaalsonderzoek. In verhogingsverzoeken wordt verhoudingsgewijs vaker financiering gevraagd voor het instellen van een vordering, met name op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Slechts in vier van de bestudeerde dossiers heeft de curator een garantstelling gevraagd voor een vordering op grond van het in 2012 toegevoegde artikel 47 Fw.

De statistieken van het CBS weerspiegelen enige onzekerheid omtrent de strafbare en/of onrechtmatige benadeling in faillissementen. Volgens het CBS is het gedurende een faillissement vaak niet duidelijk of een handeling strafbaar was of niet. Daarnaast is paulianeus handelen, meestal wel, maar niet per definitie strafbaar handelen. Uit hun meting van 2015 blijkt dat bij 70% van de faillissementen (bij bedrijven en instellingen) *geen* sprake is van strafbare en of onrechtmatige benadeling. In 13% van de faillissementen is *waarschijnlijk* sprake van strafbare en of onrechtmatige benadeling en in 17% van de faillissementen is hier *zeker* sprake van. In de periode 2012-2017 zijn in totaal 1.924 meldingen en 108 aangiftes van faillissementsfraude gedaan bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. We beschikken over te weinig gegevens om het aantal meldingen en aangiftes te relateren aan het aantal aanvragen van een garantstelling.

In de onderzoeksperiode betrof het aangevraagd bedrag bij de initiële aanvraag in totaal € 24.351.617 (gemiddeld € 18.532 per aanvraag) en is per 1 juli 2019 in totaal € 23.957.739

toegewezen (gemiddeld € 19.399 per aanvraag), inclusief verhogingsverzoeken.⁸⁹ Wat betreft de afgewikkelde dossiers bedraagt de totale boedelopbrengst € 23.559.137 (gemiddeld € 24.773 per garantstelling) en heeft Justis in totaal € 5.411.892 moeten uitbetalen aan de KAS Bank wegens onvoldoende boedelopbrengsten (gemiddeld € 5.679 per garantstelling). De uitvoeringskosten van Justis tussen 2012 tot en met 2017 bedroegen € 4.196.773, ofwel gemiddeld € 699.462 per jaar.

De registraties van Justis laten zien dat de helft van de toegewezen aanvragen niet zijn aangezuiverd door de curator. Kanttekening hierbij is dat de curator in veel gevallen geen gebruik heeft gemaakt van het volledige bedrag dat is toegewezen. Verder blijkt dat 8% van de toegewezen aanvragen gedeeltelijk is aangezuiverd en 43% volledig is aangezuiverd. Een tweede kanttekening is, dat een groot deel van de toegewezen aanvragen een garantstelling voor een vooronderzoek en verhaalsonderzoek betreft (zie onder meer tabel 3.10). Heeft zo'n onderzoek een negatieve uitkomst dan wordt geen verdere actie ondernomen.

⁸⁹ Omdat niet alle dossiers per 1 juli 2019 zijn afgewikkeld kan het totale toegewezen bedrag dus nog oplopen wanneer in de toekomst (eventueel) verdere verhogingsverzoeken worden toegewezen.

De hoofdrolspelers

4.1 Inleiding

De GSR is opgezet als een steuntje in de rug van de curator. Door de financiële armslag van de curator te vergroten, verruimt de GSR de mogelijkheden van de curator om malafide en roekeloze bestuurders in hun privévermogen aan te spreken en zo tekorten in de boedel aan te zuiveren. Dit zou niet alleen ten goede komen aan de schuldeisers in faillissement, maar zou ook, zo veronderstelde de wetgever, een preventieve werking hebben (zie ook paragraaf 2.4). De werking van de regeling staat of valt met het gebruik dat de curator er van maakt. In paragraaf 4.2 wordt daarom het optreden van de curator in een faillissement in het algemeen en zijn keuzen voor wat betreft de toepassing van de GSR in het bijzonder aan een nader onderzoek onderworpen. Het gebruik van de regeling wordt daarnaast beïnvloed door de manier waarop de rechter-commissaris en Justis de randvoorwaarden bewaken waarbinnen de GSR toegepast kan worden. In de paragrafen 4.3 en 4.4 komt het gebruik van de regeling aan de orde vanuit respectievelijk het perspectief van de rechter-commissaris en van Justis.

4.2 De curator

4.2.1. Inleiding

De aanstelling van de curator in een faillissement maakt deel uit van het vonnis van faillietverklaring, zoals door de rechtbank uitgesproken (artikel 14 Fw). De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Daarmee samenhangend heeft de curator een veelheid van taken en bevoegdheden. Voor het doel van dit onderzoek is het voldoende om die werkwijzen en keuzen van de curator te reconstrueren die consequenties hebben voor het gebruik van de GSR. Achtereenvolgens worden besproken: de aanstelling, de bedrijfsvoering en de werkwijze van de curator, het gebruik dat de curator van de GSR maakt, de ervaringen van de curator met andere betrokken instanties, de werking van de GSR en de ervaring van de curator met fraudebestrijding.

4.2.2. De toewijzing van faillissementen aan curatoren

Over de toewijzing van faillissementen aan afzonderlijke curatoren bestaat onder curatoren nogal wat onduidelijkheid, zo blijkt uit de gesprekken die we met curatoren voerden.⁹⁰ De

⁹⁰ Zie over de toewijzing ook paragraaf 4.3.2.

meesten van hen hebben het (overigens juiste) beeld dat de rechtbank over een lijst met ingeschreven curatoren beschikt. In feite beschikt elke rechtbank over een lijst met advocaten die zich als curator in faillissement hebben aangemeld.⁹¹ Volgens Recofa staan er, op het moment van het onderzoek, als men de aantallen in de afzonderlijke arrondissementen bij elkaar optelt, 707 curatoren op de curatorenlijsten in Nederland.⁹²

Veel curatoren weten niet precies welke advocaten op de lijst van het eigen arrondissement staan. 'De lijst is geheim', zo stelde een van de respondenten. Wel geven velen van hen aan dat de rechtbank een rangorde op de lijst heeft aangebracht, in drie of vier categorieën. Zoals één van hen opmerkte: 'er is een lijst met A-, B- en C-curatoren. C-curatoren krijgen de lege boedels, A-curatoren krijgen de 'mooie dingen', ondernemingen met een kans op een doorstart en de B-categorie is de moot er tussenin.' De meeste curatoren wisten in welke categorie zij zelf zijn geplaatst, maar ook dan is de toewijzing van afzonderlijke faillissementen raadselachtig: 'een doos van Pandora'. Volgens de één is 'de klik met de rechter-commissaris' doorslaggevend, volgens anderen is de ervaring van de curator en de omvang van het kantoor bepalend, met name voor de toewijzing van grote lucratieve faillissementen. Een enkeling klaagde dat het eigen kantoor systematisch onderbedeeld werd. Een ander merkte op dat een telefoontje met de rechtbank meestal voldoende was om een scheve toedeling te corrigeren. Sommigen meenden dat nog steeds de oude afzonderlijke lijsten van vóór de herindeling van de gerechtelijke kaart (in 2013) worden gehanteerd.

De curator wordt betaald uit de boedel. Bij een lege boedel is de betaling van het salaris een probleem. Dat treft met name de curatoren die onderaan op de lijst staan. De geïnterviewde curatoren gaan hier op uiteenlopende wijze mee om. Sommigen meldden dat hun kantoor een zodanige mix van faillissementen toegewezen krijgt dat er voldoende winstgevendende zaken zijn om verliesgevendende zaken te compenseren. Eén van hen voegde daar aan toe dat het resulterende uurtarief over alle zaken daardoor slechts 40% is van het gebruikelijke uurtarief van een advocaat. Een ander stelde dat zijn kantoor jaarlijks 2.000 onverhaalbare onderzoeksuren maakt die met 'goede' faillissementen gecompenseerd worden. Een respondent vertelde dat zijn kantoor de strategie hanteert om aan een faillissement met een lege boedel niet meer dan twintig uur te besteden. Bij kleine faillissementen met werkelijk lege boedels wordt dan al gauw geopteerd voor opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten (artikel 16 Fw).

4.2.3. De bedrijfsvoering van de curator en de GSR

Zoals eerder aangeven is een curator een ondernemer. Steeds is bij de afhandeling van een faillissement niet alleen het belang van de schuldeisers in het geding, maar ook de eigen bedrijfsvoering. Steeds zal de curator een afweging maken tussen te verwachten kosten en te realiseren opbrengsten. Wanneer de boedel leeg is (het soort gevallen dat onder de GSR valt), overstijgen de kosten al snel de baten. 'Beslissingen om al dan niet werk te maken van een zaak zijn soms erg lastig', aldus een van de geïnterviewde curatoren. Het gaat dan met name om de vraag hoeveel een curator bereid is in een zaak te investeren met het oogmerk gelden aan het actief toe te voegen. Beperkt de curator zich tot een vooronderzoek en een onderzoek naar eventuele onregelmatigheden? Hoeveel tijd en geld wil men besteden aan verhaalsonderzoek? Zullen vorderingen worden ingesteld? Als er een boedelactief is komt de curator daarbij voor keuzes te staan die het belang van de schuldeisers raken: 'Altijd doorprocederen kan goed zijn voor de curator, maar ten koste gaan van de boedel', aldus een respondent; 'Schikken is vaak de optimale keuze, vanuit het belang van de schuldeisers.'

⁹¹ Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseance van betaling, De Rechtspraak, Den Haag, 2013.

⁹² Deze gegevens zijn op 20 juni 2019 door Recofa aangeleverd aan het onderzoek.

Overigens zijn de meeste curatoren van mening dat de rechter-commissaris er wel voor zorgt dat een curator niet aan een eventuele verleiding om overmatig te procederen zal toegeven. In de woorden van een van de respondenten: 'Ik moet mijn strategie kunnen uitleggen aan de rechter-commissaris, ik moet al mijn stapjes kunnen verantwoorden. Het besluit om onderzoek te doen/een procedure te starten is een economische beslissing, die verstoken moet zijn van enige emotie (zoals 'ik ben belazerd door de bestuurder').'

Als er geen boedelactief is, doemt de vraag op of de curator 'eigen geld' in de zaak wil steken. Het lastigst, uit een oogpunt van strategische keuzen, zijn faillissementen met een lege boedel waarin een kans bestaat om nog enig actief te realiseren, aldus respondenten. Als er in dit type zaken een mogelijkheid bestaat om een vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid of wegens faillissementspauliana in te stellen komt de GSR in beeld. Een van de respondenten merkte op dat de GSR juist voor curatoren onderaan in de rangorde erg belangrijk is. 'Juist voor de lagere lijsten is het van belang dat ze financiering kunnen krijgen voor het (verhaals- en voor)onderzoek. Want als er sprake is van opzet zie je vaak dat de boedel helemaal leeg is.' Een enkele (ervaren) curator hanteerde een activistische benadering: 'Onderhanden werk financieren we altijd zelf. We hebben weleens een claim van € 250.000 geheel voorgefinancierd.' De meesten tonen zich echter terughoudend: 'Als er geen sprake is van enige verhaalbaarheid houdt het snel op.' Men zal meestal wel een aantal uren ten laste van het kantoor aan een zaak spenderen, maar zodra er ook externe kosten in het geding komen (griffiekosten, financiële expertise) is er over het algemeen weinig bereidheid om die lasten zelf te dragen.

4.2.4. De werkwijze van de curator en de GSR

Wat doet een curator, eenmaal aangesteld? Welke stappen worden doorlopen? Is er een vast patroon of hangt het sterk af van de aard van het geval? En wanneer komt een beroep op de GSR in beeld? De aanpak door de curator van een faillissement bevat doorgaans een aantal basiselementen. Men begint met het verwerven van informatie over de failliet, in publiek toegankelijke bronnen als het handelsregister en internet, een netwerktekening opgevraagd bij Justis (zie ook paragraaf 4.4), en in de administratie van het bedrijf (jaarrekening, bankafschriften e.d.). Indien daar aanleiding toe is volgen een rechtmatigheidsonderzoek, al dan niet met behulp van externe experts, en een verhaalsonderzoek. Vervolgens wordt, indien zinvol, contact opgenomen met de bestuurders, hetzij schriftelijk (met een vragenlijst) hetzij mondeling, voor nadere inlichtingen en het bespreken van de stand van zaken in het bedrijf. In tweede instantie, bijvoorbeeld na geconstateerde onregelmatigheden, heeft een gesprek met de bestuurder ook de functie van hoor en wederhoor. Mocht de bestuurder geen bekende woon -en/of verblijfplaats hebben dan kan de curator de rechter- commissaris vragen de bestuurder te laten signaleren.

Als er sterke aanwijzingen zijn van onregelmatigheden dan doet de vraag zich voor: schikken of procederen? De geïnterviewde curatoren geven aan dat schikken, gelet op het belang van de schuldeisers, in veel gevallen de voorkeur verdient, zij het niet ten koste van alles. 'Het is moeilijk om te schikken voor € 15.000 als er een miljoenenclaim op tafel ligt', zo stelde een van de respondenten. Een ander benadrukte: 'Een schikkingsvoorstel van pakweg 60% van de claim is moeilijk van de hand te wijzen. Overigens is het in een aantal arrondissementen ook rechterlijk beleid om zo mogelijk aan te sturen op een schikking.'

De GSR komt vaak al in beeld als er een vermoeden is van onbehoorlijk bestuur of van pauliana terwijl de boedel (vrijwel) leeg is. In veel gevallen kan het laatste al vrij snel worden vastgesteld (bijvoorbeeld met behulp van een *quick scan* door de accountant), terwijl ook aanwijzingen voor onbehoorlijk bestuur vaak al in een vroeg stadium zijn waar te nemen.

Met name in faillissementen van de C-categorie willen curatoren dan een beroep doen op de regeling ten behoeve van een verhaalsonderzoek en een rechtmatigheidsonderzoek. Een curator vertelde dat het aanvragen van een garantie ooit onderdeel was van zijn verdienmodel:

'In de tijd dat ik nog C-faillissementen behandelde vroeg ik wel eens een garantie voor onderzoek. Je kon dan 2000 à 3000 euro aanvragen voor onderzoek en als dan de helft van je boedels leeg was dan was het wel prettig dat je daar nog 2000 à 3000 euro uit kreeg.'

Kantoren die geregeld grotere faillissementen doen, gebruiken de GSR niet zozeer in de fase van het (voor)onderzoek ('het aantal uren dat men in een aanvraag moet steken is vaak net zo groot als het aantal uren dat een vooronderzoek kost'), maar vooral om een zekerstelling te hebben als het op procederen aan komt. De GSR wordt dan gebruikt als zekerheid om de eigen voorfinanciering te beschermen. Een van de respondenten formuleerde het als volgt:

'De GSR komt pas in beeld als er hoor en wederhoor zijn geweest en we al zelf onderzoek hebben gedaan. De garantie voor verhaalsonderzoek is niet zo belangrijk. We vragen al informatie van Justis. Misschien zouden we de GSR inroepen als er iets in het buitenland is gebeurd. Maar dat kan ook via de Belastingdienst. Vaak is er al een aansprakelijkstelling gestuurd; als de vraag is of we doorbijten, komt de GSR in beeld en overwegen we de aanvraag te doen.'

De laatste zin in bovenstaand citaat verwijst naar nog een andere functie van de GSR die regelmatig toegepast lijkt te worden. De curator gebruikt de beschikbaarheid van de regeling als drukmiddel in de onderhandelingen met de bestuurder van de failliet, bijvoorbeeld over een schikking. De bestuurder weet natuurlijk dat de armslag van de curator in geval van een lege boedel beperkt is en meent zich daarom verzet te kunnen permitteren. Het kan dan al voldoende zijn om op de *mogelijkheid* van een garantstelling te wijzen om een bestuurder tot andere gedachten te bewegen. In de woorden van een respondent: 'De wederpartij is uitgekiend. Ze zijn op de hoogte van de lege boedel en minder geneigd te schikken. De GSR helpt dan.' Volgens een andere respondent kan de GSR 'in geval van een lege boedel laten zien dat curatoren geen tandeloze tijgers zijn. Het enkele feit dat mensen weten dat curatoren achter hen aan kunnen gaan, indien ze zaken doen die niet mogen, helpt al. Het maakt het ook gemakkelijker om tot een schikking te komen.' Een derde curator gaf aan de GSR te zien 'als een extra pressiemiddel ten opzichte van de bestuurder'. Voor deze functie is het zelfs niet nodig dat de curator daadwerkelijk een aanvraag doet.

Samengevat: curatoren doen een beroep op de GSR voor de volgende doeleinden.

1. om onderzoek te financieren naar onregelmatigheden en naar verhaal;
Uit het dossieronderzoek bleek dat 69% van de aanvragen tenminste een verhaalsonderzoek betreft, terwijl 61% van de aanvragen tenminste ook een garantie voor de financiering van een vooronderzoek beoogt (zie tabel 3.8).
2. om risico's af te dekken die zijn gemoeid met gerechtelijke procedures;
Van de aanvragen betrof 37% mede de kosten van een vordering wegens bestuursaansprakelijkheid en 35% mede de kosten van een vordering wegens pauliana (zie tabel 3.8).

3. om de positie van de curator te versterken bij onderhandelingen over een schikking. In 20% van de in het dossieronderzoek bestudeerde gevallen werd er geschikt (zie tabel 3.10).
In het tweede geval kan het voorkomen dat het krediet nooit wordt aangesproken. In het derde geval kan het zelfs gebeuren dat nooit een garantie is aangevraagd.

4.2.5. De GSR in bijzondere gevallen

Om nog meer inzicht te krijgen in de vraag wanneer de curator wel of niet geneigd is een garantstelling aan te vragen, is de curatoren in de diepte-interviews een aantal casussen voorgelegd (zie bijlage 5). Hierna worden de reacties van de curatoren op die zes casussen beknopt weergegeven.

De boekhouding ontbreekt, er is geen actief, de bestuurder heeft geen bekende woon- of verblijfplaats en de curator kan geen contact met de bestuurder krijgen.

De curator doet bij de rechter-commissaris een verzoek tot paspoortsignalering van de bestuurder en er zal veelal een fraudemelding worden gedaan, zo melden alle respondenten. De meeste curatoren zouden daarnaast een verzoek tot in bewaringstelling doen.⁹³ De respondenten zijn het over eens dat in dit stadium geen beroep op de GSR gedaan zal worden, omdat de bestuurder nog niet aansprakelijk gesteld kan worden.

De boekhouding vertoont wezenlijke materiële gebreken. De bestuurder werkt mee, maar in minimale mate. Er zijn geen directe aanwijzingen dat er onregelmatigheden zijn, maar het is ook niet uit te sluiten dat die er zijn. De boedel is – los van de opbrengst van eventuele aansprakelijkheidsvorderingen – leeg.

Vrijwel alle respondenten zijn van mening dat een bestuurder die minimaal mee werkt iets te verbergen heeft. De curator zou zich, volgens de meeste respondenten, eerst richten op een verhaalsonderzoek. Sommigen zouden daarvoor een beroep doen op de GSR. Als er geen verhaal is stopt men met de zaak. Indien er wel verhaal blijkt te zijn is de volgende stap verder onderzoek naar eventuele onregelmatigheden. Ook daarvoor zullen sommigen een garantstelling aanvragen. Echter: 'Is het alleen een kwestie van gebreken in de administratie, zonder dat er iets meer achter zit, dan begin ik geen procedure en doe ik geen aangifte', aldus een van de respondenten.

De boekhouding is in orde, maar de jaarstukken zijn de afgelopen twee jaren twee maanden te laat gedeponeed. Er zijn geen aanwijzingen dat er 'materieel' kennelijk onbehoorlijk is bestuurd. De boedel is leeg.

De meeste respondenten laten weten in een dergelijke situatie geen actie te zullen ondernemen. 'Uit de richtlijnen volgt inmiddels dat men niet procedeert als er slechts bewijsvermoedens zijn', zo verklaart een van hen. De rechter-commissaris zou er geen toestemming voor geven. Enkelen voegen daar aan toe dat zij de bestuurder wel formeel aansprakelijk zouden stellen en er melding van maken bij het fraudemeldpunt - want 'de bestuurder moet wel een tik op de vingers krijgen'. Eén van de respondenten zou de bestuurder uitdrukkelijk aansprakelijk stellen voor het boedeltekort en trachten een schikking te bewerkstelligen. Biedt de bestuurder duidelijk verhaal dan zou hij zelfs een procedure starten, met behulp van GSR-krediet.

De boekhouding en de deponering van de jaarstukken zijn in orde, maar in het jaar voor de faillietverklaring zijn grote investeringsrisico's genomen die uiteindelijk niet konden worden gedragen. De boedel is leeg.

De respondenten zijn het er over eens dat een bestuurder onder deze omstandigheden niet

⁹³ Artikel 87 lid 1 Fw.

direct aansprakelijk hoeft te zijn. ‘Iedereen maakt fouten’, zegt een curator, ‘maar in zo’n situatie is het wel fijn om te weten of er verhaal is en om eventueel een deskundige onderzoek te laten doen.’ Curatoren streven er dan naar de vraag te beantwoorden in hoeverre een redelijk denkend bestuurder dezelfde risico’s genomen zou mogen hebben. Een ondernemer moet om te kunnen besturen ook risico’s mogen nemen en zelfs een kennelijk te groot risico leidt niet per definitie tot aansprakelijkheid. Het antwoord op die vraag kan de curator doorgaans niet zelf geven en komt tot stand door de zaak voor te leggen aan deskundigen, al dan niet met steun van de GSR. Ook voor een verhaalsonderzoek zullen sommigen een garantstelling aanvragen.

De boekhouding en de deponering van de jaarstukken zijn in orde, maar in de maanden voor de faillietverklaring is selectief betaald, zij het steeds op opeisbare schulden. Een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of pauliana heeft een goede kans van slagen. De boedel is leeg.

Blijkens de reacties van de respondenten bevat deze casus allerlei subvarianten waar een curator verschillend mee zou omgaan. Nader onderzoek naar onregelmatigheden en naar verhaal zouden redenen kunnen zijn om een garantstelling aan te vragen. Eén van de respondenten tekent daarbij aan dat niet te snel te doen. Zijn motivering daarvoor is als volgt:

‘In het geval dat ik de wederpartij aanspreek en niet weet of er verhaal is, vraag ik soms wel en soms niet een garantie aan. De reden daarvoor is dat je er soms na twee maanden wel uit bent omdat je zaken kunt doen met de advocaat van de wederpartij. Als ik direct een garantie aanvraag moet ik boedelkosten maken voor de aanvraag en de afwikkeling van de garantie. Dat kost misschien wel twintig uur, en dan kan je veel beter pas na drie maanden kiezen voor het aanvragen van een garantie. Dan kan ik immers ook de reeds gemaakte kosten nog vergoed krijgen. Een dergelijke aanpak is beter voor de boedel. Bovendien kun je na drie maanden gericht de garantie aanvragen omdat je meer informatie hebt’.

De bestuurder heeft een klassieke ‘greep in de kas’ gedaan en zich persoonlijk verrijkt. De boedel is leeg.

Ook in deze situatie zouden de meeste curatoren nader onderzoek doen naar onregelmatigheden en verhaal, doorgaans met steun van de GSR. De meeste respondenten zijn het er over eens dat er in dit geval een melding van fraude gemaakt moet worden.

4.2.6. Gebruik van de GSR

Sommige curatoren maken veel gebruik van de GSR, veel curatoren maken er weinig of geen gebruik van. Dat blijkt uit een analyse van registraties van Justis. Gedurende de onderzoeksperiode hebben 516 verschillende curatoren eenmaal of vaker een aanvraag voor een garantstelling ingediend. Uitgaande van 707 (actieve) curatoren in Nederland, betekent dit dat 73% van deze curatoren in die periode weleens een beroep heeft gedaan op de GSR. Van de curatoren die een beroep deden op de GSR waren er 46 die dat zes keer of vaker deden. In tabel 4.1 is het aantal aanvragen weergegeven van de tien curatoren die dit het vaakst deden.⁹⁴ De advocaat die het meest gebruik maakte van de GSR deed achttien keer een aanvraag voor een garantstelling. Ongeveer een derde (17) van die 46 advocaten was werkzaam bij een van de kantoren die meer dan twintig aanvragen hebben ingediend (zie tabel 4.2). Driekwart (36) van de 46 advocaten werkten voor kantoren met meer dan tien aanvragen.

⁹⁴ De letters A, B enz. in deze en de volgende tabel verwijzen (geanonimiseerd) naar individuele advocaten respectievelijk advocatenkantoren.

Gedurende de onderzoeksperiode heeft 44% van de curatoren (229) slechts éénmaal een aanvraag ingediend.

TABEL 4.1: ADVOCATEN MET MEER DAN TIEN AANVRAGEN

ADVOCaat	AANTAL AANVRAGEN 2012-2017
A.	18
B. en C.	13
D. t/m F.	12
G. en H.	11
I. t/m M.	10

Samengesteld op basis van registraties van Justis

In totaal hebben 277 verschillende advocatenkantoren minstens één keer een garantstelling aangevraagd. Het gemiddeld aantal aanvragen per kantoor was 4,7, oftewel minder dan één per jaar.⁹⁵ Negen kantoren deden gedurende de onderzoeksperiode 20 of meer aanvragen (zie tabel 4.2), terwijl 34 kantoren tien keer of meer een aanvraag op zijn naam zette. De helft van de 277 kantoren (50,2%) beperkte zich tot één of twee aanvragen.

TABEL 4.2: KANTOREN MET MEER DAN TWINTIG AANVRAGEN

KANTOOR	AANTAL AANVRAGEN 2012-2017
A.	70
B.	59
C.	24
D.	23
E.	22
F. t/m H.	21
I.	20

Samengesteld op basis van registraties van Justis

Het beeld uit de registraties wordt ten dele bevestigd door gegevens verzameld in de enquête die in het kader van het onderzoek is afgenomen onder curatoren. Op de vraag, of en hoe vaak men in de onderzoeksperiode een beroep had gedaan op de garantstelling antwoordde bijna 90% dat men dat in die zes jaar één of meer keren had gedaan (zie tabel 4.3). Het percentage dat maar eenmaal een beroep op de regeling had gedaan, is in de enquête aanzienlijk kleiner dan in de door Justis geregistreerde gegevens. Hieruit zou men kunnen opmaken dat de curatoren met veel ervaring met de GSR in de enquête oververtegenwoordigd waren.

De geconstateerde variatie in gebruik laat zich ten dele verklaren uit het verschil in positie van curatoren. Het vereiste dat de boedel (nagenoeg) leeg moet zijn wil men met succes een beroep op de GSR kunnen doen, betekent dat het vaak om de minder lucratieve faillissementen zal gaan. Veelal zijn dat gevallen uit de 'C-categorie'. Kantoren met veel lucratieve faillissementen⁹⁶ zijn eerder bereid en in staat om de risico's die voortvloeien uit een lege boedel tot op zekere hoogte voor eigen rekening te nemen.

⁹⁵ Het gemiddelde is berekend over die kantoren die minstens één keer een garantstelling hebben aangevraagd in de periode 2012-2017.

⁹⁶ Of kantoren die naast de insolventiepraktijk een lucratieve ondernemingsrechtelijke adviespraktijk hebben.

TABEL 4.3: BEROEP OP DE GSR

HEEFT U IN DE PERIODE TUSSEN 2012 EN NU WELEENS EEN BEROEP GEDAAN OP DE GARANTSTELLINGSREGELING CURATOREN?	
<i>Antwoord</i>	<i>Percentage</i>
Ja, een keer	12%
Ja, tussen 2-5 keer	45%
Ja, tussen 6-10 keer	24%
Ja, meer dan 10 keer	6%
Nee	11%
Niet van toepassing	1%

Gebaseerd op de enquête onder curatoren

Verhelderend voor de redenen om al dan niet een beroep op de GSR te doen is de vraag die in tabel 4.4 aan de orde is: 'Zou u in de gevallen dat u een beroep deed op de Garantstellingsregeling curatoren, ook tot de betreffende actie zijn overgegaan zonder een garantstelling?' Uit de tabel blijkt dat slechts zes procent met 'ja' antwoordde terwijl ruim de helft van de respondenten voor 'nee' koos.

TABEL 4.4: OOK ACTIE ZONDER GSR?

ZOU U IN DE GEVALLEN DAT U EEN BEROEP DEED OP DE GARANTSTELLINGSREGELING CURATOREN, OOK TOT DE BETREFFENDE ACTIE ZIJN OVERGEGAAN ZONDER EEN GARANTSTELLING?	
<i>Antwoord</i>	<i>Percentage</i>
Ja	6%
In sommige gevallen wel, in sommige gevallen niet	34%
Nee	57%
Weet ik niet/geen mening	3%

Gebaseerd op de enquête onder curatoren

Veel toelichtingen van respondenten bij hun antwoorden op deze vraag waren variaties op deze korte uitspraak: 'Ik financier geen procedures voor zonder garantie.' Alleen al het gegeven van een lege boedel is voor veel curatoren een grote barrière. In de woorden van één van de geïnterviewde curatoren: 'Zonder GSR of andere vorm van financiering en in een verder lege boedel zou ik hooguit melding doen van mogelijke faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude.' Een andere curator gaf het volgende aan: 'Er was in vrijwel iedere situatie sprake van een lege boedel of een boedel die ontoereikend was om de kosten te dragen. In schrijvende gevallen wordt een procedure mogelijk door mijn kantoor voorgefinancierd.'

De minderheid die zonder garantie 'in sommige gevallen wel en in andere gevallen niet' tot actie zou zijn overgegaan, geven verklaringen zoals deze: 'Dit hangt af van de mate waarin het rechtsgevoel door de acties [van de bestuurder van de failliet] geschonden is.' Ook viel een aantal malen de kanttekening te noteren dat men ook wel voor eigen rekening verder zou zijn gegaan op voorwaarde dat er 'enig actief' in de boedel was – dit terwijl een voorwaarde voor toepassing van de GSR is dat er *geen* boedelactief is. Omgekeerd zal een curator vrijwel nooit procederen als er geen verhaal is. In dat geval is de GSR ook geen uitkomst: zonder kans op verhaal wordt geen garantie toegekend.

Om nog meer inzicht te krijgen in de afwegingen van de curator was in de enquête de vraag opgenomen of men wel eens bewust had gekozen af te zien van een beroep op de GSR. Het resultaat is weergegeven in tabel 4.5. Daaruit blijkt dat van de respondenten die de vraag

hebben beantwoord 59% aangeeft wel eens bewust te hebben gekozen af te zien van de GSR.

TABEL 4.5: KEUZE OM GEEN BEROEP TE DOEN OP DE GSR

HEEFT U IN DE PERIODE TUSSEN 2012 EN NU WELEENS BEWUST GEKOZEN AF TE ZIEN VAN EEN BEROEP OP DE GARANTSTELLINGSREGELING CURATOREN?	
<i>Antwoord</i>	<i>Percentage</i>
Ja	59%
Nee	40%
Niet van toepassing	1%

Gebaseerd op de enquête onder curatoren

Vervolgens is aan de respondenten gevraagd waarom zij bewust hebben afgezien van een beroep op de GSR. De redenen en de frequentie waarmee zij werden genoemd is weergegeven in tabel 4.6. Onvoldoende verhaalsmogelijkheden blijkt een belangrijk motief te zijn geweest om af te zien van een beroep op de GSR. Daarnaast valt te constateren dat ‘administratieve lasten’ en ‘te grote tijdsinvestering’ tezamen 45 maal genoemd worden, bijna net zoveel als het gebrek aan verhaal.

TABEL 4.6: REDENEN OM GEEN BEROEP OP DE GSR TE DOEN

WAT WAS OF WAREN VOOR U DE MEEST ZWAARWEGENDE REDEN(EN) OM TOEN GEEN BEROEP TE DOEN OP DE GARANTSTELLINGSREGELING CURATOREN? (VERVOLGVRAAG OP DE VRAAG IN TABEL 4.5)	
<i>Antwoord</i>	<i>Aantal keer genoemd</i>
Er waren onvoldoende verhaalsmogelijkheden	46
Er was geen sprake van een lege boedel	4
Schuldeisers bleken bereid tot voorfinanciering van de proceskosten	4
De rechter-commissaris zou geen goedkeuring geven	1
Er moesten te veel administratieve handelingen worden verricht	24
De tijdsinvestering voor de aanvraag woog niet op tegen de omvang van de gevraagde garantstelling	21
Anders	5

Gebaseerd op de enquête onder curatoren

Daarnaast kan de (perceptie van de) administratieve belasting een rol spelen bij de keuze om al dan niet een garantstelling aan te vragen. Dat onderwerp wordt verder uitgediept in paragraaf 4.2.7. Hieronder zal nader worden ingegaan op de problematiek van het verhaal.

Een van de vereisten waaraan voldaan moet zijn om in aanmerking te komen voor een GSR-krediet is de aannemelijkheid van *voldoende verhaal* (artikel 6 lid 1 onder e GSR). Dat is vertaald in de regel dat het te verwachten verhaal tenminste vier maal het gevraagde garantiebedrag moet omvatten. In hoeverre vormt deze regel een barrière? Van de geënquêteerde curatoren onderschreef 56% de stelling dat het in het algemeen goed mogelijk is om bij de aanvraag van een garantstelling in te schatten wat de verhaalsmogelijkheden zullen zijn, terwijl 40% het daar (zeer) mee oneens was. In het dossieronderzoek bleek dat in 41 van de bestudeerde 100 aanvragen een verwachte boedelopbrengst werd genoemd. In 55 gevallen was het verhaal onbekend – doorgaans een reden om een garantstelling voor een verhaalsonderzoek aan te vragen. Uit het dossieronderzoek en de interviews viel ook op te maken dat de curator voor het verhaalsonderzoek vaak zelf eerst de openbare registers raadpleegt; die van het Kadaster en van de RDW (zie ook paragraaf 4.4). Daarnaast vraagt men gegevens op bij de Belastingdienst. Tot de bronnen die incidenteel geraadpleegd worden, behoren

Jaap.nl, Funda.nl, het Handelsregister, de Basisregistratie Personen (BRP) en krantenarchieven.

Veel curatoren zijn kritisch over het vereiste dat het verwachte verhaal tenminste vier maal de aangevraagde garantiesom dient te zijn. Een kleine 60% van de curatoren die de enquête hebben ingevuld vindt deze verhouding niet werkbaar, tegenover 25% die deze wèl werkbaar achtte. Een in vele toonaarden geuit punt van kritiek is dat onrechtmatig handelende bestuurders net zo goed aangepakt zouden moeten worden als het verwachte verhaal maar twee keer zo groot is als de te maken kosten, of zelfs als kosten en te verwachten verhaal aan elkaar gelijk zijn. In de woorden van een curator: 'Door het ontbreken van verhaal blijft een aantal bestuurders bij opeenvolgende faillissementen buiten schot, omdat geen curator er tegen kan ageren.' Een ander merkte op: 'De huidige verhouding is niet voordelig voor de schuldeiser, maar eerder voor de betrokken bestuurder die ermee wegkomt.' Ofwel, voor zover het doel van de GSR is, faillissementsfraude te bestrijden doet de vereiste verhouding van 1:4 daaraan (ernstig) afbreuk.

Een tweede veel genoemd bezwaar is dat verhaal vaak onzeker is en moeilijk vast te stellen, juist in die gevallen waarvoor de GSR is bedoeld. In de woorden van een curator:

'Het gaat uiteindelijk om het sturen van gedrag. Dus de advocaat van zo'n bestuurder, die precies weet hoe de GSR werkt, kan de bestuurder vertellen wat er gaat gebeuren. Dat betekent dat er absoluut op wordt gestuurd dat de curator de drempels om de GSR binnen te komen niet kan halen. Dat een boedel leeg is, is het gevolg van sturing. Die lege boedels zijn dus nu juist de gevallen waarin je als curator zou moeten optreden.'

Overigens gaf ongeveer de helft van de geënquêteerde curatoren te kennen dat onvoldoende verhaalsmogelijkheden de belangrijkste reden is om überhaupt van een aanvraag af te zien. Dit onderstreept de anticiperende werking van dit vereiste.

Veel minder negatief zijn curatoren over de vereiste verhouding van 1:2 tussen de hoogte van de gevraagde garantie en de omvang van de schulden. Ruim 60% van de geënquêteerden vindt dit vereiste werkbaar tegenover slechts 15% die er niet mee uit de voeten kan. 'In de praktijk levert dit geen problemen op', zo luidt een toelichtende opmerking. Echter, ook curatoren die de vereiste verhouding werkbaar vinden wijzen er op dat dit criterium ten koste gaat van de fraude-bestrijdende werking van de GSR. In de woorden van een respondent: 'Kleine criminaliteit wordt niet vervolgbaar. De regeling dient een maatschappelijk doel: het aanpakken van onoorbare handelingen. Dan zou een dergelijke verhouding niet als voorwaarde moeten gelden.'

4.2.7. De curator en de instanties

De curatoren ervaren de betrokkenheid van de rechter-commissaris niet als een hinderpaal voor de toepassing van de GSR. Ruim 36% van de geënquêteerden kwalificeert het toezicht van de rechter-commissaris als 'marginaal' tot 'zeer marginaal'. Dat geldt zeker voor het gebruik van de regeling. Slechts 6% van de geënquêteerden heeft gedurende de afgelopen zes jaar vaker dan één maal contact met de rechter-commissaris gehad vanwege een verleende garantstelling, terwijl 12% zich één zo'n contact kon herinneren. Dit is ook niet zo verbazingwekkend, meent een curator:

'De rechter-commissaris is niet zozeer een poortwachter bij de GSR als wel bij een

procedure als zodanig. Op de procedure is de rechter-commissaris kritisch. Alles wat je doet, moet je goed onderbouwen. Als je de rechter-commissaris goed meeneemt vanaf het begin, krijg je geen negatieve reactie bij een GSR-aanvraag. Een beroep op de GSR gaat meestal hand in hand met de procedure zelf. Je verwoordt dat je een garantstelling nodig hebt en in een volgend verzoek vraag je toestemming om die aan te vragen. Dan wordt in een volgende brief een beroep op de GSR aan de orde gesteld.'

Het optreden van Justis wordt over het algemeen als kritisch maar constructief ervaren. Enkele opmerkingen van curatoren waaruit dit blijkt: 'De mensen bij Justis zijn kundig en goed in staat om de risico's vooraf goed in te schatten'; 'Het optreden van Justis is correct, duidelijk, strak, zowel bij de aanvragen als bij de afwikkeling'; 'Justis doet soms ook suggesties, dan wordt een garantie voor een procedure geweigerd, maar wordt de suggestie gedaan eerst een garantie te vragen voor vooronderzoek. Ze werken wel bij Justis. De communicatie gaat snel; de garantie wordt beslist binnen anderhalf à twee weken.' Weer een andere respondent vond die beslistermijn van twee weken juist weer 'rijkelijk lang'. Eén curator plaatste de volgende kritische noot:

*'Justis kijkt naar alle waarschijnlijkheid zeer formalistisch naar de aanvraag. Justis is eerder op zoek naar een reden om het af te wijzen, dan naar een kans voor een boedelbelang. Justis belt zelden naar de curator in voorkomende gevallen. Onderling overleg zou wenselijk zijn, maar Justis verzoekt om het schriftelijk te doen. Zelfs wanneer de curator zelf telefonisch contact opneemt houdt Justis vast aan de schriftelijke wijze.'*⁹⁷

Het meest negatieve commentaar dat kon worden opgetekend: 'Die mensen [Justis] zetten vinkjes. Ze kijken inhoudelijk nergens naar.'

De *administratieve lasten* die een aanvraag met zich mee brengt worden soms als hinderlijk ervaren. Bijna de helft (46%) van de geënquêteerde curatoren liet weten te hebben afgezien van het indienen van een aanvraag, omdat er teveel administratieve handelingen moesten worden verricht of omdat de tijdsinvestering voor de aanvraag niet opwoog tegen de omvang van de gevraagde garantstelling. Ruim 20% beoordeelde de aanvraagprocedure in zijn algemeenheid als '(zeer) negatief', terwijl 14% de duur van de procedure met '(zeer) negatief' kwalificeerde. Een ruime meerderheid van 70% beschouwde de beide aspecten als '(zeer) positief'.

Artikel 8 lid 2 GSR bepaalt dat 'gedurende het faillissement de curator op de door artikel 73a van de Faillissementswet voorgeschreven momenten rapporteert aan de minister door middel van het onverwijld toezenden van een kopie van het faillissementsverslag'. Concreet betekent dit dat de curator verplicht is ten minste een maal per zes maanden verslag aan Justis uit te brengen. Lid 3 van hetzelfde artikel voegt daar aan toe dat de curator desgevraagd nadere gegevens of bewijsstukken aan de minister dient te over leggen. Deze in 2012 ingevoerde bepaling was een vereenvoudiging van de voorheen geldende rapportageverplichting. Uit het evaluatieonderzoek van 2006 was gebleken dat die regels te omslachtig

⁹⁷ Deze curator leverde ook een zeer gedetailleerde kritische bespreking van het aanvraagformulier GSR. Hij signaleerde allerlei 'tegenstrijdigheden'.

waren.⁹⁸ Uit het dossieronderzoek is gebleken dat de vereiste rapportage in de praktijk doorgaans plaatsvindt, zij het in sommige gevallen pas nadat Justis de curator op de betreffende verplichting gewezen heeft. Wat het derde lid betreft: in zes van de honderd bestudeerde gevallen heeft Justis tijdens de afwikkeling om nadere informatie gevraagd. Onbekend is of de curatoren deze vereenvoudiging als een verbetering ervaren.

TABEL 4.7: CURATOREN OVER DE RAPPORTAGEVERPLICHTINGEN

HOE BEOORDEELT U DE RAPPORTAGEVERPLICHTINGEN IN HET KADER VAN DE VERLENDE GARANTSTELLING?	
Antwoord	Percentage
Zeer positief	7%
Positief	62%
Negatief	16%
Zeer negatief	1%
Weet ik niet/geen mening	13%
Niet van toepassing	1%

Gebaseerd op de enquête onder curatoren

Van de curatoren die deze enquêtevraag hebben beantwoord, ervaart 69% de rapportageverplichtingen als 'positief' dan wel 'zeer positief'.⁹⁹ Slechts 17% van de curatoren ervaart de rapportageverplichtingen als 'negatief' dan wel 'zeer negatief', terwijl 13% van de curatoren heeft aangegeven daarover geen mening te hebben (zie tabel 4.7). Hieruit kan worden opgemaakt dat curatoren tevreden zijn met de sinds 2012 vereenvoudigde rapportageverplichtingen.

Over het functioneren van de KAS Bank bij de uitvoering van de GSR zijn de curatoren kritischer. Een kleine 28% beoordeelt de prestaties van de KAS Bank als negatief of zeer negatief, terwijl 50% een positieve beoordeling geeft. Een curator over de KAS Bank:

'Een logge, trage, onduidelijke organisatie. Dat geldt in zijn algemeenheid bij de faillissementsrekeningen als zodanig, maar ook bij de GSR-rekeningen. Het is onduidelijk waar je informatie aanvraagt en het duurt te lang voordat je die krijgt. Je wilt rekenen wat er op de rekening staat. Je geeft bij Justis aan dat je de zaak wilt afsluiten, die verwijst naar de KAS Bank en dan ligt het drie weken stil.'

Anderen daarentegen meldden 'de Kas Bank werkt prima', of 'de ervaring met de administratieve afhandeling bij Kas Bank is goed'.

4.2.8. De curator en faillissementsfraude

Zoals in hoofdstuk 2 is besproken is de GSR bedoeld om een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude. Die bijdrage zou tot stand moeten komen doordat de GSR de curatoren stimuleert om in het kader van de faillissementsafwikkeling vaker en actiever achter malverserende en grof nalatige bestuurders aan te gaan. Hoe staan curatoren daar zelf tegenover?

In de eerste plaats: de meeste curatoren die aan het onderzoek hebben deelgenomen nemen faillissementsfraude zeer ernstig. 'Faillissementsfraude loont in Nederland', zo stelt

⁹⁸ Vriesendorp, Verstijlen en Segers 1999, p. 62.

⁹⁹ De gevallen waarin de enquête niet is afgerond of niet is getoond, zijn buiten de tellingen gelaten.

een van de geïnterviewde curatoren. Meer dan één respondent getuigt van de frustraties die het met zich mee brengt 'als een fraudeerende bestuurder er weer eens mee weg komt'. Voorts vindt een grote meerderheid dat de curator een bijdrage aan fraudebestrijding heeft te leveren. Een curator formuleerde het in het met hem gevoerde vraaggesprek aldus: 'De fraudebestrijdende taak past bij curatoren, omdat ze in de positie zitten waarin ze gemakkelijk onregelmatigheden en fraude kunnen constateren.'

Ruim tachtig procent van de curatoren die de desbetreffende vraag in de enquête beantwoord hebben voelt zich verplicht om onderzoek in te stellen naar onregelmatigheden in een faillissement, ook indien op voorhand duidelijk is dat de boedel niet volstaat om de daarmee gemoeide kosten te voldoen. Ruim veertig procent van deze curatoren verklaart (bijna) altijd of in elk geval in meer dan de driekwart van de in aanmerking komende gevallen een melding of aangifte te doen bij de bevoegde instanties en slechts drie procent meldt nooit een aangifte te doen.

Toch moet de aangiftebereidheid niet overschat worden. Nogal wat curatoren zien weinig heil in het doen van aangifte. Een vraag in de enquête naar redenen om geen melding of aangifte te doen leverde een top drie op van antwoorden die door meer dan de helft van de respondenten werd onderschreven. Het hoogst scoorde 'politie/justitie gaat zelden over tot vervolgactie', beaamt door 65% van de respondenten. Op de tweede plaats komt 'strafrechtelijke actie levert niets op ten gunste van de boedel', onderschreven door 57%. Het derde argument – 'het kost te veel tijd/geld' – kreeg 50% van de respondenten achter zich.

Deze redenen komen terug in de gesprekken die met curatoren zijn gevoerd. De frustratie over het gebrek aan vervolgacties nadat men aangifte heeft gedaan wordt op uiteenlopende manieren verwoord. Met name in complexe zaken die qua financieel belang te klein zijn voor de FIOD is de ervaring dat er vaak niets gebeurt. 'Veel zaken zijn toch nog te complex voor de politie en dat geeft bestuurders vrij spel.' Daarbij komt dat er een groot grijs gebied is; lang niet alle onregelmatigheden in een faillissement leiden tot de kwalificatie fraude. Zoals een van de respondenten het formuleert: 'Het is de taak van de curator om bij evidente fraude aangifte te doen. Echte fraude omvat bewuste onttrekking, stelselmatig belastingen niet afdragen, terwijl die bij bijvoorbeeld een payrollbedrijf wel bij opdrachtgevers in rekening gebracht worden. Een actio Pauliana is in de praktijk te dun om van echte fraude te spreken.'

Enkele respondenten benadrukken dat de curator geen officier van justitie of opsporingsambtenaar is. De taak van de curator is geld te genereren voor de schuldeisers. Fraudebestrijdende werkzaamheden gaan eerder ten koste van de schuldeisers. Het strafrechtelijk deel is, zo menen zij, een overheidstaak die ten onrechte te veel op het bordje van de curator is gekomen. Anderen stellen dat het niet onredelijk is om van de curator een bijdrage te verwachten: de curator is meer dan wie dan ook in een positie om onregelmatigheden te signaleren en te onderzoeken. Echter, zo menen zij, nu de wet eist dat de curator fraudeonderzoek doet ten behoeve van een strafrechtelijk vervolg zou daar een reële vergoeding tegenover moeten staan.

Gebrek aan geld en capaciteit is vooral een reden om van aangifte af te zien als er geen geld in de boedel is. In de woorden van een van de geïnterviewde curatoren: 'Ik onderneem in alle gevallen actie, maar bij een lege boedel zal dat de minst tijdrovende actie zijn in de vorm van een melding. In het geval er wel een boedel is, zal er meer tijd zijn om de melding en eventuele procedure voor te bereiden.' Ruim 75% van de curatoren die de desbetreffende

de vraag in de enquête heeft beantwoord geeft te kennen vaker een melding of aangifte te zullen doen als de daarmee gemoeide kosten volledig vergoed zouden worden.

De GSR is van weinig belang voor het doen van een melding of aangifte of voor andere rechtstreeks op fraudebestrijding gerichte acties van de curator. Een garantstelling voor een vooronderzoek schept meer mogelijkheden om onregelmatigheden boven tafel te krijgen, juist ook in geval de boedel leeg is. De informatie die met behulp van een door de GSR gefinancierd vooronderzoek is verkregen kan vervolgens verwerkt worden in een melding of aangifte. Uitbreiding van het werkingsbereik van de GSR met werkzaamheden ter voorbereiding van een aangifte wordt door verschillende respondenten bepleit. De minister moet dan accepteren dat er geen verhaal is.

4.3 De rechter-commissaris

4.3.1. Inleiding

De benoeming van een of meer leden van de rechtbank tot rechter-commissaris in faillissement maakt deel uit van het vonnis van faillietverklaring, zoals door de rechtbank uitgesproken (artikel 14 Fw). Elke rechtbank telt een groep in insolventierecht gespecialiseerde rechters die geheel of voor het grootste gedeelte van hun tijd als rechter-commissaris in faillissement werken. Een geïnterviewde rechter-commissaris beklemtoonde het belang van specialisatie gedurende langere tijd: een drie- of vierjaarlijkse wisseling van de wacht acht hij belemmerend voor specialisatie en fnuikend voor de kwaliteit van het werk van de rechter-commissaris.

De curator is weliswaar belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel, maar veel van zijn keuzen en beslissingen behoeven, krachtens de Faillissementswet, de instemming van de rechter-commissaris. Al die taken en bevoegdheden tezamen plaatsen de rechter-commissaris in de positie van houder van toezicht op het faillissementsproces en – meer in het bijzonder – op het handelen van de curator. In die laatste hoedanigheid is de rechter-commissaris ook betrokken bij de toepassing van de GSR.

Voorheen diende een aanvraag van de curator voor een garantstelling vergezeld te gaan van een gemotiveerd advies van de rechter-commissaris. In de per 2012 gewijzigde GSR is deze eis komen te vervallen. Daarvoor in de plaats is gekomen een ‘goedkeuring’ van de rechter-commissaris ten aanzien van het voornemen van de curator om een aanvraag voor een garantstelling te doen. Hiermee is gehoor gegeven aan een aanbeveling van de onderzoekers die de GSR in 2006 hebben geëvalueerd.¹⁰⁰ De toelichting bij de wijziging meldt hierover het volgende: ‘Een akkoordbevinding past beter bij het globale karakter van de toetsing door de rechter-commissaris. Daarnaast hoeft de rechter-commissaris bij een verhoging niet opnieuw zijn goedkeuring te geven. Verder, en anders dan onder de oude regeling, wordt niet meer vereist dat de rechter-commissaris de rekening en verantwoording beoordeelt.’¹⁰¹

Hoewel de formele betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de toepassing van de GSR thans betrekkelijk gering is, betekent dit niet dat het gebruik dat de curator van de regeling maakt zich aan de waarneming van de rechter-commissaris onttrekt. Zoals ook curatoren meldden (zie paragraaf 4.2.2) zijn de bemoeienissen van de rechter-commissaris met de toepassing van de GSR ingebed in diens algehele toezichtsfunctie. Het is dan ook van belang

¹⁰⁰ Vriesendorp e.a. 2006, p. 71.

¹⁰¹ Toelichting op de GSR, p. 6.

om een beeld te verkrijgen van de wijze waarop de rechter-commissaris de toezichthoudende taak vormgeeft. Daartoe bespreken we achtereenvolgens de toewijzing van faillissementen, de werkwijze van de rechter-commissaris als toezichthouder in faillissement, de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de aanvraag van een garantstelling en bij een lopende garantstelling, en tenslotte de visie van de rechter-commissaris op de betekenis van de GSR voor de bestrijding van faillissementsfraude.

4.3.2. De toewijzing van faillissementen

De elf arrondissementsrechtbanken hebben tezamen ruim 700 curatoren op hun lijsten staan (zie ook par. 4.2.2); dat is gemiddeld 64 curatoren per arrondissement. Van de arrondissementen die in de diepte-interviews vertegenwoordigd waren bevatte de kortste curatorenlijst 40 namen terwijl de langste er 75 telde. De meeste (maar niet alle) arrondissementen hanteren een vorm van classificatie (drie of vier categorieën) waarin curatoren worden ingedeeld op basis van ervaring en bewezen kwaliteiten. De lijsten zijn geheim, maar doorgaans kan de curator wel weten hoe zij of hij is ingedeeld. De lijst en de classificatie worden in de meeste arrondissementen periodiek geëvalueerd. Curatoren kunnen als gevolg daarvan stijgen en dalen in hun classificatie of zelfs van de lijst verwijderd worden. In enkele arrondissementen wordt elke curator jaarlijks uitgenodigd voor een gesprek. Eén arrondissement maakt melding van een beleid voor de vorming van jonge curatoren; komt men nieuw op de lijst dan wordt men gedurende twee jaar begeleid door twee rechters-commissarissen en een kantoorgenoot.

Hoe complexer en veeleisender het faillissement, hoe hoger in beginsel de classificatie moet zijn wil de curator de zaak toegewezen krijgen. Voor de toedeling van faillissementen streven de rechtbanken voorts naar een evenredige verdeling van zaken over de curatoren op de lijst of over de curatoren in een categorie. Daarnaast worden allerlei meer specifieke criteria gebruikt om faillissementen toe te wijzen. Bijzondere kenmerken van het faillissement en van het bedrijf kunnen aanleiding zijn om voor een curator met specifieke deskundigheden of zelfs karaktereigenschappen te kiezen. De omvang en de expertises van het kantoor kunnen een rol spelen. In arrondissementen van een grote geografische omvang wordt de plaats van vestiging van de failliet in aanmerking genomen: de reistijd van de curator wordt zo kort mogelijk gehouden.

4.3.3. De werkwijze van de rechter-commissaris als toezichthouder in faillissement

Voor zover relevant vanuit het perspectief van de GSR kunnen curatoren in grote lijnen op twee manieren verkeerde keuzen maken. Zij kunnen *teveel* doen: overbodige onderzoeken of weinig zinvolle procedures ten laste van de boedel bijvoorbeeld. Zij kunnen ook *te weinig* doen: een rechtmatigheidsonderzoek achterwege laten terwijl er sterke aanwijzingen zijn van onrechtmatig handelen door de bestuurder, of een zaak op zijn beloop laten. Het toezicht van de rechter-commissaris richt zich mede op deze beide zaken.

Hoe verkrijgt een toezichthouder de benodigde informatie over het object van toezicht? In casu, hoe komt de rechter-commissaris aan gegevens over het handelen van de curator in faillissement? In de eerste plaats verplicht de wet de curator om periodiek verslag aan de rechter-commissaris uit te brengen. Dat verslag is openbaar en vaak summier en bevat niet meer dan de wettelijk vereiste gegevens. De geënquêteerde rechters-commissarissen benadrukken dat dit formele verslag weinig informatief is. ‘Terecht’, zo voegt een van hen er uitdrukkelijk aan toe, ‘want de strategie van de curator kan maar beter niet algemeen bekend zijn.’ De vertrouwelijke correspondentie tussen de curator en de rechter-commissaris bevat adequate informatie.

Ten tweede: KEI, het managementinformatiesysteem van de rechterlijke macht, bevat een toezichtsmodule waarvan in de meeste arrondissementen inmiddels gebruik wordt gemaakt. De toezichtsmodule biedt de curator de mogelijkheid om alle voor het faillissement relevante documentatie ter inzage van de rechter-commissaris te deponeren; documenten zoals de openbare verslagen, niet-openbare toelichtingen, brieven, verzoeken om machtiging of goedkeuring en aanvragen. In aanvulling daarop maken de rechters-commissarissen gebruik van externe berichten en krantenverslagen en verzoeken zo nodig om aanvullende inlichtingen over zaken als het faillissementsactief en te verwachten boedelkosten, of over het plan van aanpak en de voortgang van de afwikkeling. Ook wordt de curator in voorkomende gevallen uitgenodigd voor mondeling overleg. In het ene arrondissement is men hierin actiever dan in het andere. Ook de thema's waarover men informatie wenst lopen wel wat uiteen, maar daarbij gaat het meer om accentverschillen dan om een totaal andere praktijk. Rechters-commissarissen zijn grosso modo van mening dat zij een goed inzicht hebben in de aard en het verloop van de faillissementen die zij onder hun hoede hebben.

Hoe komt een toezichthouder tot zijn oordeel? Hoe wordt de handel en wandel van de curator beoordeeld? Centraal criterium, volgens alle geïnterviewde rechters-commissarissen, is de juiste verhouding tussen de te verwachten kosten en baten. Het uitgangspunt is dat een procedure meer oplevert dan dat deze kost. Bij elke actie die de curator – met toestemming van de rechter-commissaris – in een faillissement wenst te ondernemen, toetst de rechter-commissaris aan nut en noodzaak van de voorgenomen actie in verhouding tot de daarbij te maken kosten (proportionaliteit). Het belang van de crediteuren en de omvang van de boedel zijn daarbij leidend. Een voorbeeld uit een van de interviewverslagen:

'Een machtiging voor een dagvaarding wordt alleen toegekend als datgene wat gesteld wordt de vordering kan dragen. Een dagvaarding opstellen belooft al gauw acht uur. De kosten moeten in verhouding staan tot de verwachte opbrengsten. Dagvaarding als alleen maar een drukmiddel? Wordt niet gauw gehonoreerd. 'Als je niet wil bijten dan mag je ook niet blaffen.'

Een rechter-commissaris uit een ander arrondissement verwoordt het zo:

'Bij het instellen van procedures en de keuze 'procederen of schikken' kijkt de rechter-commissaris naar de haalbaarheid van de in te stellen vordering ('heeft de curator een pleitbaar juridisch standpunt?'), naar de eventuele procesrisico's ('welke verweren zijn te voorzien?') en naar de vraag welk voordeel een procedure voor de boedel kan opleveren (waaronder de mogelijkheden van verhaal, indien een voor de boedel gunstig vonnis wordt verkregen).'

In weer een ander arrondissement gebruiken de rechters-commissarissen een 'lijstje met aanknopingspunten' bij de beoordeling van voorgenomen acties. Men let op de aard van het geschil, de juridische analyse, een eventuele second opinion, het standpunt van de wederpartij, het standpunt van de grootste schuldeisers, verhaalsmogelijkheden, kosten en baten en mogelijkheden voor alternatieve geschilbeslechting.

Over het nut van kritische prestatie-indicatoren (KPI's) wordt uiteenlopend gedacht. De toezichtmodule van KEI bevat een set KPI's, met behulp waarvan de 'prestaties' van curatoren op onderling vergelijkbare wijze geregistreerd kunnen worden. De ene respondent oor-

deelt daarover heel negatief ('measuring the obvious'), terwijl anderen positief zijn. In de woorden van een van deze geïnterviewden:

'KPI's kunnen helpen om aan curatoren terug te koppelen dat ze gemiddeld meer procederen dan anderen, dat ze meer tijd schrijven of meer kosten maken dan anderen. Het kan aldus bijdragen curatoren aan te zetten om nieuwe of aangepaste werkwijzen te ontwikkelen. Zonder KPI's beoordeelt de rechter-commissaris de curatoren vooral op basis van intuïtie. De KPI's stellen de toezichthouder in staat vermoedens te toetsen aan data.'

Voor wat betreft de afweging tussen schikken en procederen zijn de meeste van de geïnterviewde rechters-commissarissen het er over eens dat schikken over het algemeen de voorkeur verdient, omdat schikken doorgaans meer oplevert voor de boedel. Sommige respondenten zijn daarover zeer uitdrukkelijk: de curator zal de rechter-commissaris er echt van moeten overtuigen dat schikken minder gunstig zal uitpakken dan procederen wil het voorname om te procederen gehonoreerd worden. Daarnaast bevorderen deze rechters-commissarissen het gebruik van mediation in geschillen tussen de curator en de bestuurder van de failliet.

Al met al beoordelen de geïnterviewde rechters-commissarissen het door henzelf en hun collega's uitgeoefende toezicht als matig intensief tot zeer intensief. Mede dankzij hoogwaardige ondersteuning van juridisch medewerkers is de daarmee gemoeide werklust goed te dragen.

4.3.4. Betrokkenheid bij de aanvraag van een garantstelling

Een vereiste voor de toekenning van een aangevraagde garantstelling is dat de aanvraag is voorzien van een goedkeuring van de rechter-commissaris. Tot 2012 diende de aanvraag voorzien te zijn van een gemotiveerd advies van de rechter-commissaris. Uit de dossierstudie blijkt dat rechters-commissarissen inderdaad zelden nog een schriftelijke motivering geven en dat zij meestal volstaan met een simpele standaardzin als: 'Ik ondersteun het verzoek van de curator.' In de bij de rechters-commissarissen afgenomen enquête geeft de helft van de respondenten te kennen dat zij weleens een negatief advies over een aanvraag gegeven hebben, hetzij omdat het verhaal niet voldoende was aangetoond, hetzij omdat de te maken kosten niet zouden opwegen tegen de te verwachte baten. Een derde van de respondenten laat weten weleens nadere informatie opgevraagd te hebben.

Die akkoordverklaring heeft volgens de meeste geïnterviewde rechters-commissarissen betrekkelijk weinig toegevoegde waarde. De rechter-commissaris is al geruime tijd met het faillissement bezig eer hij of zij een aanvraag voor een garantstelling onder ogen krijgt. De aanvraag komt zelden als een verrassing, integendeel. De rechter-commissaris moedigt de curator soms aan, er op wijzend dat het een goede casus voor een garantstelling is.

De vraag of er sprake is van een *haalbare vordering* is doorgaans al beantwoord als de aanvraag voor een garantstelling op het bureau van de rechter-commissaris beland. Zo niet, dan zal de rechter-commissaris alsnog beoordelen of de curator een verdedigbare stellingname heeft.¹⁰² Meestal echter is de GSR-aanvraag het sluitstuk, niet het begin van de betrokkenheid van de rechter-commissaris.

¹⁰² Vrijwel alle rechters-commissarissen die de betreffende vraag in de enquête beantwoord hebben, geven aan bij de beoordeling van een aanvraag altijd op de onderbouwing van een gestelde aansprakelijkheid te letten.

De rechter-commissaris zal niet vaak de *geschatte kosten* in de aanvraag voor een garantstelling beoordelen. De rechter-commissaris controleert wel de declaratie die de curator aan de rechter-commissaris overlegt bij de rekening en verantwoording na de beëindiging van het faillissement.¹⁰³ In dit verband checkt de rechter-commissaris de ureninzet van de curator in het voor- en/of verhaalsonderzoek en of deze ureninzet redelijkerwijs te verantwoorden valt. In een interview vertelt een rechter-commissaris dat er na de herindeling van de gerechtelijke kaart grote verschillen bleken te bestaan tussen de oorspronkelijke arrondissementen voor wat betreft de kosten die curatoren declareerden. Dat was aanleiding om nauwkeurig naar de afzonderlijke kostenposten te gaan kijken. Respondenten menen dat de controle aan het einde van de rit voldoende waarborgen biedt om overvragen bij een aanvraag voor een garantstelling te voorkomen.

Een van de vereisten waaraan voldaan moet zijn om in aanmerking te komen voor een GSR-krediet is de aannemelijkheid van voldoende verhaal. Dat is vertaald in de regel dat het te verwachten verhaal tenminste vier maal het gevraagde garantiebedrag moet omvatten. Het komt wel eens voor dat een curator met een beroep op de GSR wil procederen, terwijl nog niet duidelijk is of de aan te spreken partij uiteindelijk ook verhaal zal bieden. De rechter-commissaris kan de curator dan vragen de verhaalsmogelijkheden te onderbouwen. Eventueel adviseert de rechter-commissaris om eerst ten behoeve van het verhaalsonderzoek een beroep op de GSR te doen. Overigens wijst een van de geïnterviewde rechters-commissarissen er op dat verhaal juist onzeker is als de GSR in beeld is. Is er onweerlegbaar zeker verhaal dan zal de curator eerder voor eigen rekening procederen, zonder een beroep op de regeling. Gezien alle onzekerheden achten de meeste rechters-commissarissen de 1:4 regeling niet werkbaar. ‘Daar doe ik niets mee’, aldus een rechter-commissaris, ‘het moet een serieuze casus zijn, dat is voldoende.’ Hetzelfde geldt voor het vereiste dat de schulden ten minste tweemaal het gevraagde garantiebedrag moeten bedragen.¹⁰⁴

4.3.5. Betrokkenheid bij lopende garantstelling

Artikel 5 van de GSR schept de mogelijkheid om een verhoging te vragen van de oorspronkelijk toegewezen garantstelling. Daarvan wordt regelmatig gebruik gemaakt. In 21 van de honderd in het dossieronderzoek bestudeerde gevallen werden verhogingsverzoeken gedaan, soms meer dan één maal. Van de 32 verhogingsverzoeken werden er 25 gehonoreerd. De rechter-commissaris is sinds de wijzigingen van 2012 niet meer betrokken bij de beoordeling van nut, noodzaak en opportuniteit van zo’n verhoging.

4.3.6. De GSR en de bestrijding van faillissementsfraude

De geïnterviewde rechters-commissarissen zijn over het algemeen van oordeel dat het aanpakken van onrechtmatig bestuur en faillissementsfraude in principe tot de taken van de curator behoort. Daar voegen de meesten aan toe dat het niet vanzelfsprekend is dat de curator de daarmee gemoeide extra werkzaamheden op eigen kosten of ten laste van de schuldeisers uitvoert. Een curator zou tenminste een melding of aangifte kunnen doen in geval van geconstateerde onregelmatigheden.¹⁰⁵ Echter, de rechters-commissarissen zien ook dat curatoren vaak heel terughoudend zijn om meer te doen dan wat in het belang van

¹⁰³ Artikel 193 lid 2 Fw verplicht de curator om na verloop van een maand na beëindiging van het faillissement aan de rechter-commissaris rekening en verantwoording over het gevoerde beheer af te leggen. Ingevolge artikel 71 Fw stelt de rechtbank het salaris van de curator in het faillissement vast.

¹⁰⁴ Van de rechters-commissarissen die de betreffende vraag in de enquête beantwoord hebben acht een derde de beide verhoudingsregels werkbaar. Overigens hebben veel van de geïnterviewde rechters-commissarissen geen weet van de beide regels.

¹⁰⁵ Van de rechters-commissarissen die de betreffende vraag in de enquête hebben beantwoord, meldt twee derde dat zij er ‘altijd’ bij de curator op aandringen van geconstateerde onregelmatigheden een melding of aangifte te doen.

de schuldeisers is. Een rechter-commissaris voert daarvoor twee redenen aan: aangiftes blijven bij de FIOD, de politie en het OM meestal op de plank liggen; en strafzaken eindigen vaak in heel lichte straffen of zelfs vrijspraak

Het zou, volgens sommige rechters-commissarissen, een verbetering zijn wanneer fraudeonderzoek van de curator ten behoeve van een aangifte of melding onder de werkingsfeer van de GSR zou worden gebracht. Maar, zo voegt een respondent daar aan toe, dan niet in de vorm van een garantstelling maar als vergoeding voor reëel gewerkte uren.

4.4 De dienst Justis

4.4.1. TRACK

Binnen de dienst Justis is de afdeling TRACK (Toezicht Rechtspersonen, Analyse, Controle en Kennisgeving) belast met de uitvoering van de GSR. Dit houdt in dat de medewerkers van deze afdeling de aanvraag van een garantstelling (en eventuele verhogingsverzoeken) beoordelen, de voortgang van een dossier monitoren en de afwikkeling van een garantstelling verzorgen. De afdeling TRACK houdt zich niet alleen bezig met de GSR, maar ook met de uitvoering van de Wet controle op rechtspersonen. In dit kader wordt de integriteit van bedrijven, de bestuurders en andere bij het bedrijf betrokken personen en bedrijven gescreend. Dat gebeurt aan de hand van twee instrumenten: de netwerktekening¹⁰⁶ en de risicomelding¹⁰⁷. Binnen TRACK zijn er op het moment van onderzoek 3 medewerkers fulltime betrokken bij de GSR. Daarnaast zijn er nog acht medewerkers van TRACK die zich zowel met de GSR als met de netwerktekening en risicomelding bezighouden. Gedurende de periode 2012-2017 beschikte TRACK met betrekking tot de uitvoering van de GSR in totaal over gemiddeld 4,5 fte (zie ook paragraaf 3.4.5).

4.4.2. Aanvraag van een garantstelling

Justis dient een verzoek om een garantstelling te toetsen aan de criteria van artikel 6 van de GSR. Volgens dit artikel wordt het verzoek afgewezen indien:

- a. daaruit niet blijkt dat de boedel ontoereikend is voor het instellen van een rechtsvordering dan wel voor het doen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek;
- b. het betrekking heeft op het instellen van een rechtsvordering die niet de grond(en) bevat waarop de GSR berust;
- c. het niet voldoet aan de gestelde eisen voor het indienen van een verzoek;
- d. het geen beredeneerde inschatting bevat van de kosten van de in te stellen rechtsvordering dan wel voor het doen van een verhaals- of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe;
- e. blijkt dat het bedrag van de gevraagde garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot de hoogte van het bedrag dat kan worden verhaald.

Justis toetst de aanvraag op basis van een door de curator ingevulde vragenlijst. Zonder deze vragenlijst wordt het verzoek niet in behandeling genomen. Wanneer de vragenlijst

¹⁰⁶ In een netwerktekening worden de onderlinge relevante relaties tussen de bevroegde natuurlijke en/of rechtspersonen en de daarbij betrokken personen en bedrijven weergegeven. Ook worden relevante faillissementen en ontbindingen opgenomen. Hierbij wordt gebruikt gemaakt van gegevens uit het handelsregister, het Centraal Insolventieregister en openbare bestanden.

¹⁰⁷ Op vooraf vastgestelde momenten analyseert Justis de gegevens van bedrijven, hun bestuurders en aandeelhouders en hun directe omgeving, waarbij wordt gekeken naar eventuele relevante financiële of criminele antecedenten. Als uit de automatische analyse blijkt dat er sprake is van een verhoogd risico, bijvoorbeeld op witwassen of fraude, volgt een systeemmelding waarop Justis een handmatige analyse verricht om te beoordelen of daadwerkelijk sprake is van een verhoogd risico. Een risicomelding op verzoek is ook mogelijk. Wanneer een verhoogd risico wordt geconstateerd, dan wordt een risicomelding gedaan bij een handhavende of toezichhoudende instantie die verantwoordelijk is voor het tegengaan van dit risico, zoals de het OM, de Belastingdienst en de Autoriteit Financiële Markten.

niet volledig is ingevuld, ontvangt de curator opnieuw de vragenlijst met het verzoek alle vragen volledig te beantwoorden. Ook indien het advies van de rechter-commissaris ontbreekt, wordt het verzoek niet in behandeling genomen. De eerste stap behelst dus een controle of de aanvraag van een garantstelling compleet is. Aanvragen worden doorgaans behandeld op volgorde van binnenkomst, tenzij er een aanvraag 'met spoed' binnenkomt. Hoewel voor een dergelijke 'spoedaanvraag' geen formele regeling is opgenomen, kan een aanvraag na overleg tussen de curator en Justis eventueel het predicaat spoed krijgen. Dit geldt ook voor een verhogingsverzoek. Een verzoek kan bijvoorbeeld spoedeisend zijn indien de curator voornemens is beslag te leggen.

De controle van Justis is gebaseerd op de gegevens die de curator aanlevert bij het verzoek. Bij een aanvraag moet de curator alle bescheiden mee zenden die zijn standpunt (kunnen) ondersteunen. Het gaat bijvoorbeeld om faillissementsverslagen, vonnissen en documentatie van de Belastingdienst (in het kader van verhaalsonderzoek). Daarnaast bleek uit het dossieronderzoek dat soms ook gegevens van onder meer het Kadaster, de RDW, het handelsregister en de BRP werden mee gezonden, onder andere om de (potentiële) verhaalsopbrengsten te onderbouwen. Geïnterviewden bij Justis geven aan dat zij in principe niet uit eigen beweging bronnen raadplegen, bijvoorbeeld in het geval dat de curator niet kan aantonen dat er verhaal is. Justis mag ook geen gebruik maken van 'eigen' informatie, zoals een netwerktekening. Wat dit betreft heeft Justis twee petten op: het verlenen van een garantstelling en het afgeven van een netwerktekening zijn gescheiden processen. Een curator kan wel zelf een netwerktekening aanvragen en wordt zo nodig ook door Justis op deze mogelijkheid gewezen.

Per dossier maakt Justis gebruik van een zogenoemde 'minuut'. De minuut bevat een samenvatting van hetgeen de curator aanvraagt, alsmede de relevante gegevens met betrekking tot de verschillende vereisten die voor het verstrekken van een garantstelling gelden. Uit het dossieronderzoek is gebleken dat Justis bij de behandeling van een verzoek in principe alle vereisten naloop. Zo wordt (meestal) gekeken naar de rechtspersoonlijkheid van de failliet, het boedelactief, de schulden, de verhaalsmogelijkheden en verhaalsobjecten, de gronden van aansprakelijkheid, de te maken kosten en de reeds gemaakte kosten, de verhouding tussen de gevraagde garantie en de hoogte van de schulden en de te verwachten opbrengst en het advies van de rechter-commissaris.

Justis blijkt in de praktijk twee controlelijsten te hanteren in het kader van de beoordeling van een aanvraag. In de 'Checklist beoordeling juridische toets' worden de volgende aspecten beoordeeld:

1. Is sprake van een faillissement?
2. Onderzoek naar mogelijkheid voor het instellen van een rechtsvordering.
3. Is sprake van onbehoorlijk bestuur?
4. Is sprake van een faillissementspauliana?
5. Is sprake van een ontoereikende boedel?
6. Is de vragenlijst bijgevoegd en volledig ingevuld?
7. Is sprake van een vooronderzoek, verhaalsonderzoek of het voeren van een procedure?
8. Is een akkoord (advies) van de rechter-commissaris bijgevoegd?
9. Zijn de gronden waarop het verzoek is ingediend gemeld?

Aan de hand van de 'Checklist beoordeling financiële toets' worden de volgende punten één voor één getoetst:

1. Uren en kostenoverzicht van de curator met betrekking tot reeds gemaakte kosten voor GSR-aanvraag.
2. Is er informatie omtrent de verhaalbaarheid?
3. Hoe verhouden het verzochte bedrag, hoogte van de schulden en hoogte van het verhaalbare bedrag zich tot elkaar en hoe dit te beoordelen?
4. Wie zijn de schuldeisers en heeft dat consequenties?
5. Waaruit bestaat het verhaal?
6. Wordt inzicht geboden in de aanwending van het gevraagde budget?
7. Is er bewijs dat beslag is gelegd?

Vast staat dat Justis bij de beoordeling van een aanvraag alle criteria met betrekking tot het verlenen van een garantstelling naloopt. Dit betekent echter niet automatisch dat Justis de verschillende criteria ook diepgaand toetst (of kan toetsen). Geïnterviewden bij Justis geven aan dat met name het toetsen van de haalbaarheid van een pretense vordering lastig is. Ze zijn bij de beoordeling van een verzoek veelal afhankelijk van de informatie die de curator aanlevert. Justis probeert de haalbaarheid van een vordering zoveel mogelijk af te leiden uit de feiten waarover men beschikt. Vaak is bijvoorbeeld al een concept dagvaarding opgesteld. Ook het inschatten van de verhaalsmogelijkheden kan moeilijk zijn. Wanneer een curator bijvoorbeeld aangeeft dat er sprake is van vermogen in het buitenland, is het voor Justis lastig om te controleren of dat daadwerkelijk zo is. Geïnterviewden bij Justis merken op dat ze weleens een garantstelling verlenen zodat de curator een advocaat kan inschakelen in het land waar de betreffende activa zich bevinden. Op deze wijze kan beter worden gecontroleerd of er daadwerkelijk vermogensbestanddelen in het buitenland aanwezig zijn. In de praktijk blijkt het centrale toetsingscriterium van Justis te zijn of het aannemelijk is dat er reële verhaalsmogelijkheden zijn en of de verhaalsmogelijkheden in een redelijke verhouding staan tot de hoogte van de gevraagde garantstelling.¹⁰⁸

Justis kijkt doorgaans ook naar de hoeveel tijd die een curator van plan is te besteden (of heeft besteed in geval van reeds gemaakte kosten) aan voor- en/of verhaalsonderzoek of het instellen van een procedure. De curator moet zijn uren onderbouwen aan de hand van specificaties. Daarin is ook de ervaringsfactor van de curator opgenomen. De urenonderbouwing moet worden goedgekeurd door de rechter-commissaris. Geïnterviewden bij Justis geven aan dat ze niet altijd goed kunnen inschatten in hoeverre het aantal uren dat wordt opgegeven legitiem is, bijvoorbeeld als het gaat om de opgegeven uren bij het opstellen van een dagvaarding. De rechter-commissaris is volgens hen hiertoe beter in staat. In het verleden hebben medewerkers van Justis weleens meegemaakt dat een dagvaarding werd geschreven door een stagiaire, terwijl gedaan werd alsof de curator deze had opgesteld. Justis kijkt naar de posten die worden opgegeven en of daarbij bepaalde zaken opvallen. Als een curator bijvoorbeeld twee uur 'schrijft' voor bellen en dan alleen 'overleg' in de beschrijving zet, is dat voor Justis onvoldoende. Voor wat betreft het verhaalsonderzoek is Justis volgens betrokkenen beter in staat om de duur daarvan te beoordelen en hoeveel daarvoor maximaal uitgekeerd zou moeten worden.

Op grond van de GSR kan geen garantstelling worden verleend voor een 'kale' onrechtmatige daadsvordering. Volgens geïnterviewden bij Justis komt de combinatie van een paulianavordering en/of een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en een onrechtmatige daadsvordering wel regelmatig voor. Een garantstelling wordt in een dergelijke situatie alleen verstrekt wanneer de primaire vordering is gebaseerd op bestuurdersaan-

¹⁰⁸ Zie artikel 6 sub e GSR.

sprakelijkheid dan wel faillissementspauliana. De secundaire vordering kan dan worden ingesteld op grond van onrechtmatige daad.

De GSR is ook van toepassing op de kosten die de curator voor de aanvraag heeft gemaakt. In verband met het verhaalsonderzoek worden vaak al kosten voorafgaand aan de aanvraag gemaakt. Justis brengt deze reeds gemaakte kosten veelal onder de garantstelling, zij het in veel gevallen pas na het verstrekken van nadere informatie of voor een lager bedrag dan door curatoren in eerste instantie is begroot.

Justis neemt alleen een aanvraag in behandeling wanneer die is voorzien van de goedkeuring van de rechter-commissaris. Als men twijfel heeft over de haalbaarheid van een vordering neemt Justis een enkele keer contact op met de rechter-commissaris. De geïnterviewde rechters-commissarissen geven overigens aan dat ze (nog) niet hebben meegemaakt ooit rechtstreeks contact met Justis gehad te hebben.

4.4.3. Toewijzing van een verzoek

In de meeste gevallen dat een verzoek bij Justis wordt ingediend is sprake van een (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur (2:138/248 of 2:9 BW) of van paulianeus handelen door een derde. Curatoren doen vaak alleen een verzoek als zij aanwijzingen hebben voor een (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling of paulianeus handelen. In de onderzochte steekproef werd het merendeel van de verzoeken gehonoreerd, slechts 8% van de aanvragen werd afgewezen.¹⁰⁹ Redenen voor het afwijzen van een verzoek hadden te maken met de vormvereisten ten aanzien van de aanvraag, het aantonen van de verhaalsmogelijkheden en de vereiste verhouding van 1:4 tussen de gevraagde garantstelling en te verwachte boedelopbrengst. Justis doet een afwijzing van een verzoek vergezeld gaan van een korte maar concrete motivering, die is toegesneden op de specifieke zaak. Dat het overgrote deel van de aanvragen wordt gehonoreerd hoeft niet te betekenen dat Justis de vereisten voor het verlenen van een garantstelling niet streng toetst. Zowel geïnterviewden bij Justis als geïnterviewde curatoren wijzen erop dat meestal alleen een aanvraag wordt ingediend wanneer de curator verwacht dat de aanvraag voldoet aan de toepasselijke vereisten.

Uit het dossieronderzoek bleek dat Justis regelmatig pas een verzoek honoreerde na het verstrekken van nadere informatie (24%) of nadat het verzoek gewijzigd was naar aanleiding van opmerkingen van medewerkers van Justis. Die vragen betroffen vooral een nadere onderbouwing/verduidelijking van de te maken kosten of reeds gemaakte kosten (vooral ten aanzien van een vooronderzoek en/of verhaalsonderzoek), een nadere onderbouwing van de verhaalsmogelijkheden c.q. verhaalsobjecten en aanvullende verhaalsinformatie van de Belastingdienst. Soms hadden de opmerkingen van Justis tot gevolg dat de curator het verzoek niet doorzette.

In de gevallen waarin curatoren verzoeken om een garantstelling voor een 'totaalpakket' (vooronderzoek, verhaalonderzoek en een vordering op grond van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en/of de faillissementspauliana) met bijbehorend hoog bedrag, stuurt Justis in gevallen waarin onvoldoende blijkt van verhaalsmogelijkheden aan op een voorafgaand (verhaals)onderzoek. De kosten hiervan zijn beperkt. Uit het dossieronderzoek volgt dat Justis eerder tot toewijzing van de aanvraag overgaat wanneer het verzoek alleen een verhaalsonderzoek betreft en het om een relatief gering bedrag gaat. Voor de kosten van het verhaalsonderzoek hanteert Justis een soort normbedrag. In de praktijk is dit bedrag € 1.300.

¹⁰⁹ Uit de registraties van Justis blijkt dat over de periode 2012-2017 94% van de aanvragen werd toegewezen.

4.4.4. Voortgang van een dossier

Geïnterviewden bij Justis geven aan dat de tussentijdse rapportages van de curator, ofwel de openbare faillissementsverslagen, een goed beeld geven van de 'stand van zaken' en wat er tot op dat moment met de verleende garantstelling is gebeurd.

4.4.5. Verhogingsverzoek

In principe zijn er vier 'posten' waarvoor een garantie kan worden verstrekt: reeds gemaakte kosten, vooronderzoek, verhaalsonderzoek en de daadwerkelijke procedures. Wanneer een verhogingsverzoek wordt ingediend, bekijkt Justis eerst in hoeverre de eerder verstrekte garantie voor de betreffende posten al door de curator is opgemaakt. Dit is namelijk van invloed op de hoogte van het bedrag dat met het verhogingsverzoek wordt toegewezen. Het (eventuele) nog openstaande 'oude' bedrag wordt verdisconteerd met het bedrag dat bij het verhogingsverzoek wordt gevraagd. Het 'nieuwe' totale bedrag moet vervolgens voldoen aan de vereiste verhouding van 1:4. Dit houdt in dat de curator bij een verhogingsverzoek zal moeten aantonen dat hij extra (potentiële) activa heeft gevonden. Verder zijn de overige vereisten voor de eerste aanvraag van een garantstelling ook van toepassing op het verhogingsverzoek.¹¹⁰

Volgens geïnterviewden bij Justis honoreert de dienst minder snel een verhogingsverzoek wanneer de curator nog in de fase van het voor- dan wel verhaalsonderzoek zit. In deze fase is het immers nog vaak onzeker of een procedure kans van slagen heeft. Als de curator verder gevorderd is in het proces, is Justis eerder geneigd een verhogingsverzoek toe te kennen. Ook wanneer bijvoorbeeld sprake is van hoger beroep of cassatie. De reden hiervoor is dat door een (bescheiden) extra bedrag ter beschikking te stellen mogelijk veel boedelopbrengsten kunnen worden binnengehaald, met behulp waarvan de curator de garantstelling kan aanzuiveren. Meestal stopt de curator met zijn acties als geen verhogingsverzoek wordt toegewezen. Maar het komt voor dat een curator op eigen rekening een procedure doorzet wanneer Justis een verhogingsverzoek afwijst. In de meeste gevallen hoort Justis vervolgens weinig tot niets meer van de curator, ook niet als de curator daadwerkelijk nog activa voor de boedel genereert.

4.4.6. Afwikkeling van een garantstelling

Artikel 10 lid 2 van de GSR bepaalt dat de curator na de beëindiging van de werkzaamheden waarvoor de garantstelling is verleend, zo snel mogelijk (financiële) rekening en verantwoording aflegt aan Justis. Bij de rekening en verantwoording moet de curator onder andere zijn uren verantwoorden. Als de rechtbank¹¹¹ deze uren goedkeurt, gaat Justis er in principe van uit dat alles klopt. Het maximale uurtarief en de maximale ervaringsfactor staan vast. Van alle externe kosten moet Justis een afschrift ontvangen. In de praktijk blijkt de afwikkeling van de garantstelling goed te verlopen. In slechts 7% van de in de dossierstudie onderzochte gevallen zag Justis zich genoodzaakt om aanvullende informatie te vragen. Door Justis wordt in dit verband meestal op de becijfering getoetst.

Na de goedkeuring van de (financiële) verantwoording door Justis, kan de verdere afwikkeling van de garantstelling plaatsvinden. De KAS Bank speelt hierbij een belangrijke rol. Als de curator geld in de boedel heeft ontvangen, neemt hij contact op met de KAS Bank om over te gaan tot de financiële afwikkeling. Dit houdt in dat de curator de van de rekening-courant opgenomen gelden terugbetaalt aan de KAS Bank, inclusief de daarover berekende debetrente en de door de KAS BANK berekende onkosten. De onkostenvergoeding heeft betrek-

¹¹⁰ Met uitzondering van artikel 6 lid 1 sub c GSR.

¹¹¹ Art. 71 lid 1 Fw bepaalt dat het salaris van de curator in elk faillissement door de rechtbank wordt vastgesteld.

king op het openen van de rekening-courant en bedraagt in de regel € 137,50. De KAS Bank heft de rekening-courant op en stuurt een bevestiging daarvan aan Justis. Vervolgens kan Justis het dossier sluiten, waarover de curator ook bericht ontvangt. In het geval dat de curator geen geld in de boedel heeft ontvangen, wordt door Justis de van de rekening-courant opgenomen gelden rechtstreeks uitbetaald aan de KAS Bank (inclusief rente en onkosten) en wordt vervolgens het dossier gesloten.

De procedure zoals die door Justis wordt bewaakt, lijkt te voldoen. Zo blijkt uit de enquêtes onder de curatoren dat het gros van de respondenten (71%) tevreden of zeer tevreden is over de duur van de aanvraagprocedure. Dit strookt met de bevindingen uit het dossieronderzoek. Uit de dossiers blijkt dat de aanvraag over het algemeen snel door Justis in behandeling wordt genomen en dat bij een (gedeeltelijke) honorering van de aanvraag vaak binnen een week na de aanvraag al een overeenkomst wordt gezonden naar de betreffende curator. De doorlooptijd kan wel lang zijn, maar dat heeft vooral te maken met de duur van de afwikkeling van het faillissement. Justis heeft hier geen invloed op. Ook op de vraag wat de curatoren in zijn algemeenheid van de aanvraagprocedure vinden, antwoorden de meeste respondenten (68%) positief tot zeer positief.

4.5 Conclusie

In de paragrafen 4.2 tot en met 4.4 is stilgestaan bij de drie centrale actoren die betrokken zijn bij de uitvoering van de GSR. Allereerst is daar de curator als aanvrager van de GSR, vervolgens de rechter-commissaris als toezichthouder in een faillissement en tot slot Justis als uitvoerder van de GSR en instantie die de aanvragen voor een garantstelling beoordeeld. Verspreid in deze paragrafen zijn de antwoorden te vinden op een aantal deelvragen die in dit onderzoek centraal staan. In deze paragraaf worden de antwoorden op de deelvragen uit de vorige paragrafen van hoofdstuk 4 samengebracht.

Bereidheid curatoren om de regeling in te schakelen

De curatoren zijn bereid de GSR toe te passen wanneer een aanvraag voor een garantie ook daadwerkelijk kans van slagen heeft en de GSR de curator in staat stelt acties te ondernemen die anders achterwege waren gebleven. Er moeten in het faillissement aanknopingspunten aanwezig zijn die een beroep op de GSR rechtvaardigen. Daarnaast is gesignaleerd dat er barrières zijn die er aan in de weg staan om de regeling toe te passen. Een veel genoemde barrière wordt gevormd door de administratieve lasten die met een aanvraag op de GSR gepaard gaan – dit niettegenstaande de in 2012 doorgevoerde vereenvoudigingen. Een andere barrière zijn de vereisten aangaande de te verwachten opbrengst: de verhouding 1:4 en – in minder mate – de verhouding 1:2.

Verhouding 1:4 en 1:2

Justis toetst alle aanvragen systematisch aan het vereiste dat de gevraagde garantie niet meer dan een kwart van het te verwachten verhaal mag zijn. In het dossieronderzoek zijn twee dossiers gevonden waarin een aanvraag op deze grond werd afgewezen. Een curator zal niet gauw een aanvraag indienen indien niet aan dit vereiste is voldaan. Wat betreft de waardering van het vereiste zijn de curatoren en de rechters-commissarissen het grotendeels met elkaar eens. DE meeste respondenten vinden dit vereiste niet goed werkbaar. Juist in gevallen die met behulp van de GSR aangepakt zouden moeten worden is niet alleen de boedel leeg, maar is verhaal niet makkelijk aan te tonen. De malverserende bestuurder heeft het meeste bezit vaak vakkundig weggesluisd. Onderzoek daarnaar kost dan aanzienlijk meer dan er aanvankelijk aan verhaal aangetoond kan worden.

Justis toetst ook uitdrukkelijk aan het vereiste dat de gevraagde garantie niet meer dan tweemaal de schulden mag omvatten. Ook deze toets heeft – voor zover de waarnemingen in het onderzoek strekken – niet tot een afwijzing geleid. Het vereiste is volgens de meeste curatoren en rechters-commissarissen goed te hanteren. Juist bij onregelmatige faillissementen zijn de aanspraken van schuldeisers vaak omvangrijk. Toch zijn er ook curatoren die ook deze verhouding om principiële redenen niet acceptabel vinden. Onregelmatige faillissementen met een kleine schuldenlast kunnen ook het gevolg zijn van onoorbaar gedrag en ook kleine criminaliteit dient bestreden te worden, zo menen zij.

Vereenvoudigde administratieve handelingen

Voor de aanpassingen van de GSR in 2012 moest een aanvraag voor de GSR vergezeld gaan van een gemotiveerd advies van de rechter-commissaris. Met de aanpassingen van de GSR in 2012 is dit gemotiveerd advies komen te vervallen. Nu behoeft de rechter-commissaris enkel nog een akkoordbevinding te geven en gelden er eenvoudige rapportageverplichtingen. Daarnaast hoeft de rechter-commissaris bij een verhoging niet opnieuw zijn goedkeuring te geven. Hoewel geen uitdrukkelijke waardering voor deze reductie van administratieve lasten is gemeten kan wel worden gesteld dat zij een positieve uitwerking heeft gehad. Uit het onderzoek blijkt dat de met een aanvraag gemoeide administratieve lasten ook nu nog vaak een reden is af te zien van de aanvraag van een (kleine) garantstelling. De afgeschaftte eis dat een aanvraag vergezeld ging van een gemotiveerd advies van de rechter-commissaris was vooral een redundante administratieve handeling die voor veel vertraging zorgde. In de regel heeft de rechter-commissaris al naar de haalbaarheid van een vordering gekeken voordat hij goedkeuring geeft voor een beroep op de GSR. Het toezicht van de rechter-commissaris op een juiste besteding van publieke middelen vindt toch wel plaats, en wel als onderdeel van het toezicht op de afhandeling van het faillissement in het algemeen.

Deel II: mogelijke aanpassingen van de GSR

Premiefinanciering en de GSR

5.1 Inleiding

Sinds 1 januari 1987 geldt voor leningen onder garantie van het Rijk het zogenoemde Rijks-garantiekader. In de loop van de jaren is dat garantiekader een aantal malen geëvalueerd en aangescherpt. Behalve leningen kwamen ook garantstellingen en achterborgstellingen er onder te vallen. De crisis van 2008 leidde tot een sterke toename van deze zogenoemde risicoregelingen en van de daarmee uitstaande risicobedragen. Dat gaf het ministerie van Financiën aanleiding om de teugels aan te trekken. Een van de uitvloeisels daarvan was de instelling, in 2010, van de ambtelijke Commissie Risicoregelingen (CRR) die de opdracht had alle risicoregelingen door te lichten. Deze opdracht resulteerde in 2013 in het rapport *Risicoregelingen in beeld*.

Naar aanleiding van het CRR-rapport heeft het kabinet in 2013 het garantiebeleid opnieuw aangescherpt. Dit maakte het door de CRR opgestelde garantiekader tot kabinetsbeleid. Het beleid is erop gericht het aantal risicoregelingen sterk te verminderen en de financiële risico's voor de overblijvende regelingen zoveel mogelijk te reduceren. 'Het garantiekader dient te worden toegepast op alle nieuw te introduceren regelingen of de beleidsmatige aanpassingen van bestaande regelingen en voor alle bestaande regelingen', zo vermeldt de tekst. Daar wordt aan toegevoegd: 'Een aantal elementen van het garantiekader is echter niet toepasbaar op alle risicoregelingen. Dit betreft met name de tijdelijkheid, de versobering van regelingen en de afbouw van niet-gebruikte plafonds'.¹¹²

Bij het aanpassen, evalueren of nieuw in het leven roepen van garantieregelingen dient het formulier 'Toetsingskader Risicoregelingen' te worden gehanteerd.¹¹³ Nieuwe garantieregelingen (of aanpassingen in bestaande regelingen) dienen volgens dat kader gepaard te gaan met een kostendekkende premie waarbij bepaald moet worden hoeveel wordt doorberekend aan de eindgebruiker en of de premie kostendekkend en marktconform is. Ook de thans vigerende begrotingsregels bevatten het algemene voorschrift dat een risicoregeling gedekt dient te worden uit premies.

¹¹² *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 750, nr. 13, p. 4.

¹¹³ In bijlage 8 is het Toetsingskader Risicoregelingen opgenomen.

‘In het geval wordt besloten tot een risicoregeling dan wordt een premie gevraagd die een reële weergave vormt van het risico. De premie wordt in een risicovoorziening gestort en is in principe de optelsom van de verwachte schade, de uitvoeringskosten en een risico-opslag. Deze risico-opslag dient overeen te komen met gangbare risicopremies die worden gehanteerd bij vergelijkbare marktactiviteiten.’¹¹⁴

Echter, het Rijksgarantiekader laat de mogelijkheid open dat een kostendekkende premie in sommige gevallen niet zinvol of niet mogelijk is. Het kader vereist dat een garantstellingsregeling of risicoregeling gefinancierd wordt uit een risicofonds dat als afzonderlijke budgettaire eenheid op de begroting wordt opgevoerd. Zo’n risicofonds wordt indien mogelijk gevoed met een kostendekkende premie. Als *niet* voor een kostendekkende premie wordt gekozen zal de minister het risicofonds ten laste van de eigen begroting dienen vol te storten. Daarvoor dient een zogenoemde *begrotingsreserve* te worden aangehouden die afzonderlijk in de begroting wordt geadministreerd.¹¹⁵

De vraag is wat de relatie is tussen de GSR en het Rijksgarantiekader. De Rijksbegroting 2016, hoofdstuk ministerie van Justitie en Veiligheid, vermeldt het voornemen om voor de GSR een kostendekkende premie in te voeren. De betreffende passage in de Beleidsagenda bij de begroting luidt in zijn geheel als volgt:¹¹⁶

‘De garantstellingsregeling faillissementscuratoren (GSR) is voor faillissementen waarin sprake lijkt te zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar in de boedel onvoldoende middelen aanwezig zijn om onderzoek te doen of een procedure te starten en zo onrechtmatig aan de boedel onttrokken gelden en goederen terug te halen. Als gevolg van de economische crisis en het daarmee samenhangend hoger aantal faillissementen is het beroep op de Garantstellingsregeling fors toegenomen. Bovendien is in de regeling in 2012 verruimd onder andere in de vorm van het toevoegen van de vordering ex artikel 47 Fw. De verruiming van de regeling is doorgevoerd om fraude – waaronder faillissementsfraude – beter aan te kunnen pakken en de curatoren meer handvatten te geven om hun fraudebestrijdende taak beter te kunnen uitvoeren in lijn met het beleid van de Minister. De GSR wordt herzien en zal hiermee aan het garantiekader voldoen. Dit betekent onder andere dat er een premiegefinancierde begrotingsreserve komt met het doel om de budgettaire risico’s voor de begroting te dekken. Daarnaast zal de GSR cyclisch worden geëvalueerd (horizonbepaling) en worden de uitvoeringskosten van de regeling geoptimaliseerd.’

Noch in voorgaande begrotingen noch in de begrotingen van de jaren daarna wordt over dit onderwerp gerept. Het voornemen is niet ten uitvoer gebracht. Wel bevat de begroting van Justitie en Veiligheid vanaf het jaar 2018 een afzonderlijk benoemde risicovoorziening voor de GSR. Anders gezegd, de vereiste begrotingsreserve die de risico’s gemeoid met de regeling moet afdekken, wordt uit rijksmiddelen gevuld. Omdat ook een budgetgefinancierde

¹¹⁴ *Begrotingsregels 2018-2022*, Bijlage 1 bij startnota kabinet-Rutte III (3-11-2017).

¹¹⁵ Begrotingsreserve is een voorziening die door een ministerie op een afzonderlijke rekening-courant bij het ministerie van Financiën wordt aangehouden (Rijksbegrotingsvoorschriften 2019). De begrotingsreserve is geregeld in artikel 2.21 Comptabiliteitswet 2016.

¹¹⁶ *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 300 VI, nr. 2, p. 32.

begrotingsreserve voldoet aan de vereisten van het Rijksgarantiekader, is de GSR al enige jaren in overeenstemming met het Rijksgarantiekader. De vraag is nu of, en zo ja hoe premiefinanciering van de GSR ingevoerd zou dienen te worden.

Voor de volgende analyse van nut en noodzaak van premiefinanciering wordt uitgegaan van het Toetsingskader Risicoregelingen uit het rapport *Risicoregelingen in beeld*.¹¹⁷ De meeste onderwerpen uit het Toetsingskader worden elders in dit rapport behandeld; vragen betreffende het beleid dat aan een risicoregeling ten grondslag ligt komen aan bod in hoofdstuk 2 en in hoofdstuk 3 en 8 wordt ingegaan op de effectiviteit van de garantstelling, gegeven de daarvoor geldende doelstellingen.

Dit hoofdstuk beperkt zich tot de thematiek van de kostendekkende premie. Paragraaf 5.2 behandelt de omvang van het risico dat de GSR biedt. Paragraaf 5.3 gaat vervolgens nader in op de heffingsgrondslag en de premie. In paragraaf 5.4 worden tot slot enkele alternatieven beschreven voor de financiering van acties tegen malafide bestuurders.

5.2 De omvang van het risico

Een belangrijk argument voor de aanscherping van het Rijksgarantiekader was, dat het Rijk ten tijde van de crisis voor vele miljarden aan risicoregelingen afdekte en daarmee zelf een groot budgettair risico liep. In 2012 besloeg het totaal aan garantieregelingen € 258 miljard, ofwel 42% van het BBP.¹¹⁸ In 2005 was dat nog 12% van het BBP. In 2019 is het bedrag gemoeid met uitstaande garanties weer gedaald, tot 24% van het BBP. De grootste garantstellingen omvatten vele miljarden euro's. Het totaal aan uitstaande garanties wordt voor 2019 geraamd op ruim € 180 miljard. De drie grootste regelingen omvatten € 163 miljard, ofwel 90% van de uitstaande garanties en de 33 grootste regelingen (waarbij uitstaande garanties tenminste € 50 miljoen bedragen) namen daarvan 98,8% voor hun rekening.¹¹⁹

De financiële omvang van de uitstaande garanties krachtens de GSR fluctueert eveneens met de conjunctuur. Het aantal faillissementen steeg tijdens de crisis explosief, en daarmee steeg ook het aantal aanvragen voor een garantstelling.¹²⁰ Daarbij is sprake van een nalieffect voor wat betreft de fluctuaties in uitstaande garanties: de afhandeling van faillissementen neemt vaak meerdere en soms vele jaren in beslag. Tabel 5.1 geeft een overzicht van de uitstaande garanties krachtens de GSR in de periode 2013-2019.¹²¹

Uit de tabel blijkt dat het bedrag aan uitstaande garanties gemiddeld per jaar rond de € 18 miljoen ligt. Dat is 0,01% van het totaal aan garanties in 2019 en 0,15% van de Justitiebegroting 2019.¹²² Zo bezien is het risico voor het Rijk voortvloeiend uit de GSR, verwaarloosbaar klein.

¹¹⁷ Commissie Risicoregelingen 2013, p. 20. Daarnaast inventariseerde de commissie ook nog € 250 miljard aan achterborgstellingen.

¹¹⁸ Commissie Risicoregelingen 2013, p. 12-15.

¹¹⁹ Nota over de toestand van 's Rijks financiën, 18 september 2018, *Kamerstukken II* 2018-2019, 35 000, nr. 2; bijlage 12.

¹²⁰ Vgl. tabel 3.1. Het aantal faillissementen waarvoor geldt dat de GSR van toepassing is (onder andere lege boedel, onregelmatigheden) is slechts een fractie van het totaal aantal faillissementen. Niettemin is het aannemelijk dat die fractie fluctueert evenredig met de veranderingen in de omvang van het totaal aantal faillissementen.

¹²¹ Elke begroting bevat ramingen voor drie jaar, de twee voorgaande en het lopende begrotingsjaar. Steeds is de laatste raming opgevoerd. Tot en met de begroting voor 2014 zijn er geen afzonderlijke ramingen van uitstaande garanties in de begroting opgenomen. Indirect is uit de begroting voor 2012 af te leiden dat het bedrag aan uitstaande garanties voor dat jaar op € 15 miljoen werd geschat.

¹²² De voor 2019 geraamde uitgaven bedragen volgens de begroting van Justitie en Veiligheid € 12.738 miljoen.

TABEL 5.1: BEDRAG AAN UITSTAANDE GARANTIES GSR PER JAAR, IN 1.000 EURO¹²³

JAAR	UITSTAANDE GARANTIES
2013	€ 16.299
2014	€ 18.515
2015	€ 20.161
2016	€ 19.708
2017	€ 18.040
2018	€ 16.646
2019	€ 17.646
Gemiddeld	€ 18.145

Een tweede meer directe manier om het risico in te schatten betreft het bedrag dat jaarlijks is gemoeid met uitbetalingen omdat de curator geen gelden heeft weten te genereren. De gegevens daarover kunnen worden betrokken uit twee verschillende bronnen. De eerste bron, het dossieronderzoek, levert het gegeven dat in de steekproef van honderd gevallen in totaal € 597.971 aan tekorten is afgedekt (zie tabel 3.23). Extrapoleert men dit bedrag naar de gehele populatie van 1.315 gevallen dan zou er over de gehele periode van zes jaar € 7,8 miljoen aan tekorten zijn afgedekt, ofwel gemiddeld € 1,3 miljoen per jaar.¹²⁴

De tweede bron is de Rijksbegroting. Tabel 5.2 bevat een overzicht van de geraamde tekorten, zoals die in de afzonderlijke begrotingen te vinden zijn.¹²⁵ Uit de tabel valt op te maken dat er gemiddeld per jaar een tekort van ongeveer € 1,6 miljoen was en dat dit bedrag langzaam opliep, van € 852.000 in 2012 tot € 2,626 miljoen in 2017. De fluctuaties zijn niet zo maar te verklaren, maar aannemelijk is dat de conjunctuur er op van invloed is. Wegens de gemiddeld relatief lange duur van de afhandeling van faillissementen is er een na-ijleffect van drie à vier jaar (zie paragraaf 3.2).

TABEL 5.2: BEDRAG AAN AFGEDEKTE TEKORTEN GSR PER JAAR, IN 1.000 EURO¹²⁶

JAAR	UITSTAANDE GARANTIES
2012	€ 852
2013	€ 1.068
2014	€ 1.333
2015	€ 1.760
2016	€ 1.845
2017	€ 2.626
Gemiddeld	€ 1.581

De beide bronnen tezamen geven het beeld van een tekort van rond de € 1,5 miljoen per jaar. Het totaal aan uitstaande garanties bedroeg in diezelfde periode € 20 miljoen per jaar. Ofwel, het af te dekken tekort is 7,5% van het totaal aan uitstaande garanties. Anders bezien, het jaarlijks af te dekken tekort is slechts 0,01% van de jaarlijkse uitgaven van Justitie

¹²³ Bron: Rijksbegroting, hoofdstuk Veiligheid en Justitie/Justitie en Veiligheid. Steeds is de laats genoteerde raming gebruikt.

¹²⁴ De steekproef is niet dusdanig representatief dat dit als een nauwkeurig cijfer kan worden opgevat. Gegeven de omvang van de steekproef ligt het gemiddelde tekort per jaar ergens tussen de 1,1 miljoen en 1,5 miljoen.

¹²⁵ De omschrijving in de Rijksbegroting is '(negatief) saldo'. Volgens de systematiek van de Rijksbegroting geschiedt de financiering van de GSR uit een fonds dat in theorie zowel inkomsten als uitgaven heeft en zowel een tekort als een overschot zou kunnen hebben. In de praktijk wordt het fonds gevuld uit de algemene middelen van de begroting van Justitie en Veiligheid en is er jaarlijks een tekort ofwel een negatief saldo.

¹²⁶ Bron: Rijksbegroting, hoofdstuk Veiligheid en Justitie/Justitie en Veiligheid. Steeds is de laats genoteerde raming gebruikt.

en Veiligheid. Ook bekeken vanuit de af te dekken tekorten zijn de met de GSR gemoeide financiële risico's minimaal.

Een risico is de kans op een (negatieve) gebeurtenis vermenigvuldigd met het effect van die negatieve gebeurtenis. Een negatieve gebeurtenis is in dit verband het mislukken van de acties van de curator om (voldoende) financiële middelen aan de lege boedel toe te voegen. Het bedrag waarmee het garantiefonds voor zo'n negatieve gebeurtenis garant staat belooft gemiddeld € 19.399 (zie tabel 3.14). Het effect van een negatieve gebeurtenis die tot activering van de garantstelling leidt is dus relatief gering: nog geen € 20.000 per gebeurtenis. Daar staat tegenover dat de kans op een negatieve gebeurtenis (de curator slaagt er niet in gelden aan de boedel toe te voegen) relatief groot is. Uit het dossieronderzoek blijkt dat dit het geval was in 58 van de 100 bestudeerde gevallen (zie tabel 3.17). Volgens de registraties van Justis is de kans 50% dat een curator die een garantstelling heeft gekregen er niet in slaagt geld in de boedel te krijgen (zie tabel 3.19). Een zodanig risico is niet verzekeraar in een markt. Een commerciële partij zou aan risico-selectie gaan doen, waarschijnlijk op zodanige wijze dat de overblijvende risico's niet verzekerd hoeven te worden. De overblijvende kleine kans dat een investering in meer onderzoek of een actie niet rendeert kan de curator ook wel zelf dragen.

Uit de praktijk van de toekenning van garantstellingen valt op te maken dat het risico (dat wil zeggen de kans op een negatieve gebeurtenis) beïnvloedbaar is door de voorwaarden meer of minder stringent te maken: de bepalingen in de regeling impliceren al een zekere mate van risicoselectie. Een verdere vermindering van het risico voor 's Rijks kas, hetzij door een premieheffing, hetzij door de kans op een negatieve gebeurtenis te verkleinen, zal de werking van de GSR sterk verminderen. De beoogde werking is immers de curator er toe te bewegen om in geval van bestuurdersaansprakelijkheid of paulianeus handelen méér te doen (en dus een groter risico te nemen) dan de curator zou doen uit oogpunt van een rationele bedrijfsvoering.

Gegeven het geconstateerde minimale risico kan de thans geldende constructie – volgens welke het geraamde te dekken tekort in de vorm van een begrotingsreserve uit de begroting van het ministerie wordt gefinancierd – passend worden geacht.

5.3 De toepasbaarheid van een premiestelsel

Hoewel het geringe risico van de GSR een indicatie is om van een premiestelsel af te zien, dient ook te worden nagegaan in hoeverre financiering van de GSR door middel van een kostendekkende premie überhaupt uitvoerbaar is. De variabelen in een premiestelsel zijn:

- de te belasten eindgebruiker;
- het af te dekken risico; en
- het tarief.

Het af te dekken risico kan gesteld worden op gemiddeld € 1,5 miljoen per jaar (zie tabel 5.2). Een mogelijke kandidaat voor de rol van eindgebruiker is de curator in faillissement die een garantstelling aanvraagt. Immers, de GSR heeft tot doel risico's af te dekken die bepaalde activiteiten van de curator met zich mee zouden brengen en die de curator zonder garantstelling zou mijden. De premie zou dan betaald moeten worden bij het toekennen van een aanvraag voor een garantstelling. Het aantal toegewezen aanvragen kan gesteld worden op 200 per jaar (zie tabel 3.6). Een kostendekkende premie die gekoppeld wordt aan de

toegekende aanvraag zou zo bezien tenminste € 7.500 moeten bedragen.¹²⁷ Het gemiddeld per aanvraag toegewezen garantiebedrag ligt rond de € 19.000 (tabel 3.14). De premie belooft dan ruim 39% van de te verzekeren schade. De curator die de lege boedel niet weet aan te vullen is dat bedrag kwijt. De curator die succes heeft zal de premie als één van de kostenposten uit de boedel willen betalen, maar schiet er in het slechtste geval ook € 7.500 bij in. Zou men de hoogste vastgestelde jaarlijkse schade¹²⁸ als uitgangspunt voor de vaststelling van de premie nemen, dan kan dit bedrag nog aanzienlijk hoger uitvallen. Volgens de begroting 2019 wordt het totaal bedrag aan door Justis in 2018 aangezuiverde garantstellingen geraamd op € 4,477 miljoen. Van dit bedrag is circa € 2 miljoen gemoeid met één zeer uitzonderlijke zaak. Hoewel uitzonderlijk laat dit geval zien dat er een hele kleine kans is op een heel groot risico. Ook dat risico zou in een premie verdisconteerd moeten worden. Een premie zou aldus een stuk boven de € 20.000 uitkomen.¹²⁹ Deze rekenvoorbeelden maken duidelijk dat de curator-aanvrager niet als premie-verschuldigde eindgebruiker kan gelden.¹³⁰

In een vergelijkbare benadering is de *boedel* de (fictieve) eindgebruiker. Anders dan bij de vorige optie wordt in de gevallen waarin de curator er niet in slaagt de lege boedel aan te vullen, geen premie betaald. Immers, uit een lege boedel valt niets te halen. De premieplicht rust dan op de gevallen waarin de curator de boedel heeft kunnen aanvullen. Volgens het registratieonderzoek zou de curator in 43% van de gevallen voldoende binnen halen om het opgenomen garantiebedrag geheel aan te zuiveren. In nog eens 7% van de gevallen kon de curator gedeeltelijk aanzuiveren (zie tabel 3.19). Dat betekent dat er in de helft van de gevallen waarvoor een garantstelling wordt afgegeven geen middelen aan de boedel worden toegevoegd. Dat zijn per jaar gemiddeld 100 gevallen. De € 1,5 miljoen schade moet zo bezien bekostigd worden uit de jaarlijks 100 casussen die uiteindelijk wel geld in de boedel hebben. De premie belooft dan tenminste € 15.000 per ‘gevulde’ boedel.¹³¹ Zet men dit af tegen de *gemiddelde* boedelopbrengst per casus (€ 24.773 – zie tabel 3.15), dan blijkt dat bijna 60% van de opbrengst weer uit de boedel wegvloeit in de vorm van premie. Overigens is dit een vereenvoudigde voorstelling van zaken; geen rekening is gehouden met de variatie in boedelopbrengsten. Als die opbrengst bijvoorbeeld net voldoende was om de kosten van de curator te dekken en de garantstelling terug te betalen kan uit de boedel geen premie worden betaald. Dan komt de premielast terecht bij nog minder boedels, en stijgt dus de premie. Nog een extra complicatie: òf premie betaald dient te worden kan pas vastgesteld worden bij de afwikkeling van de garantstelling.

Gezien de geschetste problemen lijkt noch de curator noch de ‘gevulde boedel’ geschikt om te worden aangewezen als met een premie te belasten eindgebruiker. De meeste, zo niet alle curatoren, zullen de premie zodanig hoog vinden dat ze waarschijnlijk afzien van gebruik van de GSR. Voor hen is de garantstelling alleen aantrekkelijk zolang die gratis is. De enquête onder curatoren biedt enig inzicht in de afwegingen van de curator op dit punt. Met de stelling dat de invoering van een kostendekkende premie een verstandig idee is, is 53% van

¹²⁷ € 1,5 miljoen gedeeld door 200 is € 7.500. Strikt genomen is het bedrag hoger: het rapport *Risicoregelingen in beeld* stelt, dat de te dekken kosten behalve de te verwachten schade ook de uitvoeringskosten (€ 3.000 per dossier) en een risico-opslag omvatten. Dat zou een kostendekkende premie zomaar op € 12.000 kunnen brengen.

¹²⁸ In de vocabulaire van een verzekeringsbenadering van de GSR heet het uitbetaalde bedrag per jaar de ‘schade’ van dat jaar.

¹²⁹ € 4,477 miljoen gedeeld door 200.

¹³⁰ Er zijn alternatieve opties. Zo zouden alle ruim 700 ingeschreven curatoren als eindgebruiker kunnen worden aangemerkt. De jaarlijkse premie zou dan bij alle curatoren op de lijsten geheven worden, onafhankelijk van de vraag of, en zo ja hoeveel keer de curator een beroep doet op de GSR. Een dergelijke premie zou dan tussen de € 2.250 en € 3.500 bedragen. Afgezien van de praktische uitvoeringsproblemen – welke instantie gaat de premie heffen? – zou het de animo onder advocaten om op de curatorenlijst te staan bepaald niet vergroten.

¹³¹ Opnieuw: een minimaal bedrag. Als alle kosten doorberekend worden zou een kostendekkende premie op tenminste € 24.000 uitkomen.

de respondenten het oneens, terwijl 35% de stelling ondersteunt. Deze respondenten beschikken niet over calculaties van de hoogte van een eventuele premie. Toch benoemen sommigen in hun commentaar bij de stelling aspecten van de bovenstaande analyse. ‘Een kostendekkende premie zou niet ten laste mogen gaan van het curatorsalaris als de boedel niet toereikend is’, zo schrijft een respondent die de stelling onderschrijft. Een andere voorstander laat weten: ‘Wellicht dat vooraf overleg met de crediteurencommissie of vijf grootste crediteuren verstandig is. De premie moet namelijk niet dermate hoog uitvallen dat crediteuren hierdoor de facto een lagere uitkering zouden krijgen dan wanneer er geen garantstelling zou worden aangevraagd.’

De weerstand onder curatoren tegen een kostendekkende premie was over het algemeen vooral principieel van aard. De curator werkt, zo stelt men, voor de schuldeisers en het is niet in het belang van schuldeisers als zij moeten meebetalen aan andere faillissementen. In de woorden van een respondent: ‘Ik acht het onjuist dat crediteuren bijdragen aan kosten van een faillissement waarin zij niet betrokken zijn.’ Deze stellingname is in vele varianten terug te vinden bij andere respondenten. Eén daarvan luidt als volgt: ‘Premie gaat ten koste van de uitkering aan de gezamenlijke schuldeisers dus daarom slecht idee, tenzij bijvoorbeeld ten laste zou gaan van uitkering aan preferente vorderingen van de fiscus.’ Het tweede gedeelte van dit commentaar is ook in verschillende varianten bij anderen aangetroffen. Bijvoorbeeld: ‘De invoering van de kostendekkende premie is de wereld op zijn kop! De staat (namelijk de Belastingdienst) heeft als een van de eersten baat bij de opbrengsten die de curator in de boedel weet te brengen.’ Een geïnterviewde curator herinnert zich dat de Belastingdienst in het verleden inderdaad wilde bijdragen aan de bekostiging van het werk van de curator, maar dan meer in de vorm van een honorarium dan als garantstelling. Vanwege het belang dat de Belastingdienst erbij had stelde zij zelf een pot met geld beschikbaar om bestuurders aan te pakken. De curator kon eenvoudig zijn kosten bij de Belastingdienst declareren die dan uit de pot betaald werden. In later jaren verwees de Belastingdienst de betreffende curator naar de GSR als financieringswijze.

Samengevat: de groep van te belasten eindgebruikers laat zich niet goed definiëren; de resulterende premie valt te hoog uit om levensvatbaar te zijn; er zijn principiële bezwaren tegen het belasten van de ene boedel voor kosten gemaakt ten behoeve van een andere boedel. De conclusie moet zijn dat er niet goed een uitvoerbaar premiëstelsel te bedenken valt.

5.4 Alternatieven

In de enquêtes en in de diepte-interviews met curatoren en rechters-commissarissen zijn verschillende alternatieven genoemd voor de financiering van acties tegen malafide bestuurders. Deze zullen in deze paragraaf kort de revue passeren, zonder uitvoerige analyses.

Inschrijvingsheffing

Veel curatoren opperden een alternatief voor een heffing op de boedel: een heffing bij de inschrijving als rechtspersoon of bij de inschrijving in het Handelsregister. Men noemde zo’n heffing ook wel ‘misbruikfee’ of ‘verwijderingsbijdrage’). Het argument is dat faillissementsfraude vaak de vorm heeft van misbruik van de rechtspersoon. Met een inschrijvingsheffing bereikt men zodoende de gehele populatie van risicodragers. Navraag bij het ministerie van Financiën leerde echter, dat een zodanige heffing niet gezien kon worden als een kostendekkende premie in de zin van het Rijksgarantiekader. Het zou eerder een extra belasting zijn en bijdragen aan de lastendruk op het bedrijfsleven. Zo bezien is de bestrijding van fail-

lissementsfraude een publiek belang dat uit de algemene middelen dient te worden gefinancierd.

Overheidsfinanciering

In het verlengde daarvan: de GSR is al een vorm van overheidsfinanciering die in sommige opzichten meer weg heeft van een subsidie dan van een garantstelling. Een kleine 50% van de respondenten in de enquête onder curatoren verklaart dat in de gevallen waarin men een beroep deed op de GSR, niet tot enige actie zou zijn over gegaan zonder de garantstelling. Slechts 5% van de respondenten zegt dat ze de betreffende kosten ook zouden hebben gemaakt zonder dekking van de GSR. In een toelichting op zijn (meerderheids)standpunt schrijft een curator: 'Onderzoek naar faillissementsfraude kost tijd en daar staat dikwijls geen boedelactief tegenover. Frauderende bestuurders bieden dikwijls geen verhaal.' Dat komt in de buurt van door de overheid gesubsidieerde activiteiten. Nogal wat curatoren zijn van mening dat hetgeen men extra doet onder dekking van de GSR iets is dat men doet voor de overheid. Dat stapje extra is vooral bedoeld om faillissementsfraude tegen te gaan en dat is, zoals een respondent schrijft, een rijksoverheidstaak die gefinancierd dient te worden uit de algemene middelen.

Meer nog dan subsidiering van een activiteit ligt dan een gerichte honorering op uurbasis in de rede. Een voorbeeld is de onkostenvergoeding van de FIOD. De FIOD doet opsporingsonderzoek naar faillissementsfraudes boven de € 100.000 en heeft een beloningsstelsel voor curatoren die aangifte doen wegens fraude. De FIOD vergoedt ten hoogste vijf uur. Volgens curatoren is vijf uur veel te weinig om een gedegen aangifte op te stellen. Het is niettemin voorstelbaar dat een catalogus van curator-acties met reële bijbehorende prijzen opgesteld wordt. Specifieke financiering van acties zou hetzij als aanvulling op hetzij als vervanging van de GSR kunnen worden gehanteerd.

Een bezwaar tegen subsidies is dat deze kunnen prikkelen tot overbesteding. Echter, deze prikkel bestaat ook in het bestaande stelsel van garantstellingen. Overmatig gebruik wordt nu bestreden met administratieve maatregelen in de vorm van de controle door Justis van de aanvraag en van de bestedingen. 'De mensen bij Justis zijn kundig en goed in staat om de risico's vooraf goed in te schatten', schrijft een curator in een kort pleidooi tegen een premiestelsel. Administratieve maatregelen als een strenge toetsing door een uitvoerende dienst kunnen ook de perverse prikkels in een subsidiestelsel tegen gaan.

Financiering door de markt

Commerciële procesfinanciering kwam aan de orde in diepte-interviews met curatoren. De meesten van die curatoren hadden wel eens pogingen gedaan om marktpartijen te interesseren ('Ik heb weleens een offerte aangevraagd, maar het was te duur en ze wilden er niet aan'). Een geïnterviewde weet te melden dat een procesfinancier 45% van de baten als 'succesfee' vroeg. Een derde verklaart dat de grote bedrijven in deze markt niet geïnteresseerd zijn in de kleinere vorderingen en in bestuurdersaansprakelijkheidsclaims. Liesker Procesfinanciering bijvoorbeeld meldt op zijn website 'kansrijke' claims te accepteren met een claimwaarde vanaf € 250.000. Conclusie: de soort vorderingen waarvoor de GSR een garantstelling biedt zijn niet verhandelbaar in de markt: het rendement is te klein en het risico te groot.

Herijking Faillissementsrecht

6.1 Inleiding

De GSR is in de jaren tachtig – in het verlengde van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement – ingevoerd ter bestrijding van misbruik van rechtspersonen. In het huidige decennium kreeg de bestrijding van faillissementsfraude hernieuwde aandacht van de wetgever in de vorm van het wetgevingsprogramma ‘Herijking Faillissementsrecht’.¹³² Dit programma is eind 2012 aangekondigd door de minister van Justitie en Veiligheid en kent de zogenoemde fraudepijler,¹³³ waarbinnen de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet versterking positie curator tot stand zijn gebracht.

In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen deze beide wetten en de GSR centraal.¹³⁴ In paragraaf 6.2 komt de Wet civielrechtelijk bestuursverbod aan bod en wordt ingegaan op de vraag wat een opnemings van een vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod in de GSR betekent voor het verwachte aantal (zelfstandige) aanvragen onder de GSR en de te verwachten kosten en boedelopbrengsten. In paragraaf 6.3 komt de Wet versterking positie curator aan de orde en wordt beschreven wat de invoering van deze wet betekent voor het verwachte aantal aanspraken en de te verwachten kosten en boedelopbrengsten. In beide paragrafen wordt ook ingegaan op wat de twee wetten betekenen voor de toepassing van de huidige toetsingscriteria voor het aantonen van mogelijke boedelopbrengsten (1:4 en 1:2) en voor de mogelijkheid om verhaalsmogelijkheden aan te tonen door het vooronderzoek.

6.2 De Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de GSR

6.2.1 Inleiding

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod is op 1 juli 2016 in werking getreden.¹³⁵ Deze wet voegt de artikelen 106a tot en met 106e in de Faillissementswet en maakt het mogelijk om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een

¹³² *Kamerstukken II* 2012-2013, 29 911, nr. 74.

¹³³ Naast de fraudepijler, kent het programma de moderniseringspijler en de reorganisatiepijler.

¹³⁴ De derde wet uit de fraudepijler, de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, komt verder niet aan de orde.

¹³⁵ Besluit van 27 mei 2016, Stb. 2016, 205.

bestuursverbod op te leggen. Blijkens de memorie van toelichting heeft de wet een breder bereik dan alleen de bestrijding van faillissementsfraude. De wet ziet ook op de bestrijding van aperte onregelmatigheden in of rondom een faillissement, zoals ernstige tegenwerking van de curator, faillissementsrecidive en de benadeling van crediteuren voorafgaand aan een faillissement.¹³⁶

Het doel van de wet is om faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement effectiever te kunnen bestrijden en om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten.¹³⁷ Volgens de wetgever voorziet het bestuursverbod in een belangrijk instrument om tot een effectieve fraudebestrijding te komen. Hierbij zou een ‘toekomstgerichte, preventie aanpak’ centraal moeten staan. Doordat malafide gebleken bestuurders met behulp van een bestuursverbod tijdelijk geen rechtspersoon kunnen besturen, en daardoor geen gebruik kunnen maken van de beperkte aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt, wil de wetgever voorkomen dat zij verdere schade aan het handelsverkeer kunnen berokkenen. Behalve dat het bestuursverbod een bijdrage moet leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude, moet het ook een eerlijk handelsklimaat bevorderen. In de memorie van toelichting bij de wet wordt aangegeven dat deze aanpak goed aansluit bij de visie van de Europese Commissie op een nieuwe aanpak van insolventie, waarin een scherper onderscheid tussen bonafide en malafide ondernemers moet worden bewerkstelligd en lidstaten moeten worden gestimuleerd om het civielrechtelijk instrumentarium voor fraudebestrijding te versterken.¹³⁸

De bevoegdheid een bestuursverbod te vorderen ligt primair bij de curator. Ook het Openbaar Ministerie heeft die bevoegdheid, maar volgens de parlementaire geschiedenis is de curator de ‘eerst aangewezen’, zijnde ‘als verantwoordelijke voor de goede afwikkeling van het faillissement het beste in staat om, mede met inachtneming van het gezamenlijke belang van de crediteuren, te beoordelen of er redenen zijn om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen’.¹³⁹

Het civielrechtelijk bestuursverbod kent verschillende rechtsgevolgen:¹⁴⁰

- De betrokken bestuurder kan niet langer zijn taak als bestuurder uitoefenen bij de failliete rechtspersoon. Hierdoor kan de betrokken bestuurder ook niet langer de rechtspersoon (als bestuurder) vertegenwoordigen.¹⁴¹ Het verbod heeft ook tot gevolg dat eventuele functies als bestuurder of commissaris bij andere rechtspersonen niet langer kunnen worden uitgeoefend. Andere rechtspersonen waarvan de bestuurder van de failliete rechtspersoon bestuurder of commissaris is, mogen hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren brengen. De rechter heeft hierbij de bevoegdheid om (indien nodig) een passende voorziening te treffen, bijvoorbeeld door nieuwe (tijdelijke) bestuurders te benoemen wanneer een onderneming zonder bestuurders komt te zitten.
- De betrokken bestuurder kan niet opnieuw tot bestuurder van een rechtspersoon worden benoemd. Wanneer dit toch gebeurt zal een dergelijke benoeming nietig

¹³⁶ Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 3, p. 1.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 3, p. 2.

¹³⁹ Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 3, p. 3.

¹⁴⁰ Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 3, p. 4-5.

¹⁴¹ Omdat dit ook gevolgen kan hebben voor andere rechtspersonen dan de failliete rechtspersoon, worden deze rechtspersonen ingevolge artikel 106c lid 2 Fw in de gelegenheid gesteld om in de procedure hun zienswijze in te dienen over het gevorderde bestuursverbod.

zijn. Het bestuursverbod zal worden geregistreerd, waardoor is vast te stellen of een persoon een bestuursverbod heeft.

- De betrokken bestuurder mag ook niet tot commissaris worden benoemd. Dit moet voorkomen dat iemand die geen bestuurder mag zijn, wel toezicht mag houden op het bestuur en vanuit de functie van commissaris alsnog aanzienlijke invloed heeft op het door het bestuur te voeren beleid.

Het bestuursverbod behelst een tijdelijk verbod tot het besturen van rechtspersonen (NV's, BV's, vereniging, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen). Het bestuursverbod maakt het niet onmogelijk om te ondernemen en vormt geen verbod op aandeelhouderschap. Een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd kan bijvoorbeeld nog wel een eenmanszaak drijven.¹⁴²

De GSR bestond al toen het voorstel voor de Wet civielrechtelijk bestuursverbod bij de Tweede Kamer werd ingediend. Zij bevat dan ook geen artikel dat het voor de curator mogelijk maakt om, bij een ontoereikende boedel, een garantstelling te krijgen voor het dekken van de kosten die zijn gemoeid met het voorbereiden en voeren van een zelfstandige civiele procedure om een bestuursverbod te vorderen. Is het wenselijk een vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod in de GSR op te nemen en zo ja, welke gevolgen heeft dit dan voor het gebruik en de toekomstbestendigheid van de GSR? Teneinde deze vraag te beantwoorden wordt in de volgende subparagraaf eerst onder de loep genomen hoe het bestuursverbod zich verhoudt tot de thans door de GSR bestreken vorderingen.

6.2.2. De Wet civielrechtelijk bestuursverbod in verhouding tot de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

Tussen de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, in welk kader de GSR is ingevoerd, bestaan overeenkomsten. Beide strekken ertoe faillissementsfraude – in het bijzonder misbruik van rechtspersonen – te bestrijden. Beide geven de curator het voortouw.¹⁴³ In beide gevallen beperkt een lege boedel de curator in zijn mogelijkheden. De GSR beoogt die belemmering ten minste ten dele weg te nemen in het kader van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. Het zou stroken met het doel dat beide wetten gemeenschappelijk hebben als ook een vordering op grond van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod onder de GSR zou worden gebracht.

Er zijn ook verschillen. De Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement bestrijdt niet slechts misbruik van rechtspersonen maar dient tegelijkertijd het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De opbrengsten van de desbetreffende vorderingen vloeien immers in de boedel. Het aanpakken van misbruik van rechtspersonen gaat hand in hand met het dienen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers, de kerntaak van de curator. Dit element zit ook 'ingebakken' in de GSR, in het 1:4-criterium (maar ook het 1:2-criterium met betrekking tot de hoogte van de schulden). Een garantstelling wordt slechts verstrekt indien het 'iets oplevert' (voor de gezamenlijke schuldeisers).¹⁴⁴

¹⁴² Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 3, p. 5.

¹⁴³ Weliswaar kan het Openbaar Ministerie geen bestuurdersaansprakelijkheidsvordering of faillissementspauliana instellen, terwijl het wel een bestuursverbod kan vorderen, maar het staat daarbij op het tweede plan.

¹⁴⁴ Vgl. toegespitst op het 1:2-criterium de toelichting op de GSR: 'Op deze wijze wordt voorkomen dat er procedures gevoerd worden waarvan het op voorhand vaststaat dat die niet tot een resultaat ten gunste van de boedel zullen leiden.' Gezien deze invulling van de GSR kan worden gesteld dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers op de voorgrond staat. Zelfs in duidelijke misbruikgevallen wordt geen garantie verstrekt indien niet de verwachting bestaat dat een in te stellen vordering tot baten voor de gezamenlijke schuldeisers zal leiden.

Een vordering op grond van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod levert – op zichzelf – niets op voor de gezamenlijke schuldeisers.¹⁴⁵ Integendeel. Het zijn andere partijen, die betrokken zijn of zouden kunnen raken bij andere door de desbetreffende bestuurder bestuurdde rechtspersonen, die ervan profiteren, terwijl de kosten worden gedragen door de gezamenlijke schuldeisers in het bestaande faillissement. In de parlementaire geschiedenis wordt luchthartig gedaan over die kosten, met name wanneer een bestuursverbod wordt gevorderd naast een veroordeling op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁴⁶ Maar ook dan zal separaat aandacht aan de vordering tot het opleggen van het bestuursverbod moeten worden gegeven en ingegaan op specifiek daartegen gevoerde verweren. Bovendien ontstaan gemakkelijk processuele complicaties. Zo worden ingevolge artikel 106c Fw andere rechtspersonen waarvan de bestuurder van de failliete rechtspersoon bestuurder of commissaris is, in de gelegenheid gesteld ‘om hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren te brengen’.¹⁴⁷ Het valt kortom niet op voorhand aan te nemen dat de met een bestuursverbod gemoeide kosten gering zullen zijn.

Voor de gezamenlijke schuldeisers is er slechts één route naar een positief resultaat en dat is die van een met de bestuurder getroffen schikking. In voorkomende gevallen kan een schikking ertoe leiden dat de curator tegen betaling van een geldbedrag zijn vordering tot het opleggen van een bestuursverbod laat vallen, al dan niet naast bijvoorbeeld een vordering ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid. Het plaatst de curator evenwel in een belangenconflict.¹⁴⁸ Het vorderen van een bestuursverbod betekent dat de curator van mening is dat het maatschappelijk (handels)verkeer moet worden beschermd tegen deze bestuurder. Het sluiten van een schikking betekent in wezen dat hij de belangen van toekomstige deelnemers aan het maatschappelijk verkeer c.q. schuldeisers opoffert aan dat van de gezamenlijke schuldeisers in het eigen faillissement (al heeft het betalen van een schikkingsbedrag door de bestuurder denkkelijk wel enig preventief effect, omdat het hem een rekening presenteert voor diens frauduleuze of in ieder geval ondermaatse optreden in het verleden). Het achterwege laten van een schikking betekent het omgekeerde.

Dit spanningsveld springt met name in het oog indien het een op zichzelf staande vordering tot oplegging van een bestuursverbod betreft. In zo’n geval loopt de curator die aanstuurt op een schikking het risico ervan te worden beticht zijn bevoegdheid tot het instellen van de vordering te gebruiken met een ander doel dan waarvoor zij is gegeven: niet de bescherming van toekomstige deelnemers aan het maatschappelijk (handels)verkeer, maar het genereren van boedelopbrengsten.

Wat daar van zij, de Wet civielrechtelijk bestuursverbod is niet gericht op het treffen van schikkingen in het belang van de boedel, maar op het voorkomen van maatschappelijke schade door het opleggen van een bestuursverbod. Dat is een wezenlijk verschil met de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement.

6.2.3. Gevolgen opneming vordering civielrechtelijk bestuursverbod in de GSR

De vraag wat opneming van de vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod in de GSR betekent voor de ermee gemoeide kosten, is moeilijk te beantwoorden. Allereerst zij opge-

¹⁴⁵ Het andersluidende standpunt van de minister van Veiligheid en Justitie in het nader rapport, *Kamerstukken II 2013-2014*, 34 011, nr. 4, p. 5 kunnen wij niet volgen. Zie ook Keijzer en Lennarts 2014, p. 133. Vgl. ook de belangenafweging die J.W. Boddaert schetst bij de beslissing tot instellen van een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod. Zie Boddaert 2019, p. 70-71.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 2013-2014*, 34 011, nr. 3, p. 13. Die kosten zouden ‘naar verwachting zeer gering, zo niet verwaarloosbaar’ zijn.

¹⁴⁷ Zie bijv. Rb. Rotterdam, 9 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3747, JOR 2018/177.

¹⁴⁸ Zie over mogelijke belangenconflicten voorts Advies afdeling advisering Raad van State, *Kamerstukken II 2013-2014*, 34 011, nr. 4, p. 3-4 en Keijzer en Lennarts 2014, p. 132.

merkt dat de Wet civielrechtelijk bestuursverbod nauwelijks wordt toegepast. Slechts drie procent van de responderende curatoren (drie curatoren) verklaart weleens te hebben geprocedeerd om een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd te krijgen. De gepubliceerde jurisprudentie laat slechts vijf beschikkingen zien in procedures waarin een bestuursverbod werd gevorderd (en in alle gevallen opgelegd);¹⁴⁹ slechts in twee van deze procedures was het een curator die de vordering instelde, in de andere gevallen was het het Openbaar Ministerie.¹⁵⁰ De ene door een curator ingestelde vordering leidde tot een verstekvonnis en zal dus relatief weinig (proces)kosten hebben meegebracht,¹⁵¹ de andere betrof een procedure op tegenspraak met een tussenvonnis waarin andere rechtspersonen in de gelegenheid werden gesteld hun zienswijze te geven en waarin de vordering werd gecombineerd met een vordering op grond van artikel 2:248 BW.¹⁵² Daarnaast werd in de interviews en in de literatuur melding gemaakt van één ongepubliceerde procedure waarin als gevolg van een schikking geen verweer werd gevoerd.¹⁵³

Het is onbekend of en in welke mate het aantal vorderingen tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod zou stijgen wanneer deze onder het regime van de GSR zouden worden gebracht. Twee van de drie curatoren die eerder een vordering instelden, antwoorden dat zij vaker een beroep op de GSR zouden doen. De curator die het ongepubliceerde bestuursverbod vorderde zegt dat hij de procedure achterwege had gelaten wanneer deze ingevolge de schikking niet tegen minimale kosten gevoerd had kunnen worden.¹⁵⁴ In een recente publicatie wordt een curator geciteerd die een bestuursverbod vorderde hoewel hij niet beschikte over een kostendekkende financiering, want 'als curator is het geven en nemen'; hij vraagt zich evenwel af of alle curatoren er zo in zullen staan en stelt dat voor een effectief gebruik van de regeling nodig is dat een structurele oplossing voor de kosten wordt geboden.¹⁵⁵

In de huidige situatie valt het vorderen van een bestuursverbod niet onder de GSR, maar wanneer een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid wordt ingesteld, zou die met een vordering van een bestuursverbod kunnen worden gecombineerd. In de parlementaire geschiedenis wordt de verwachting uitgesproken dat dit in de praktijk vaak zal gebeuren.¹⁵⁶ In een dergelijk geval is het niet goed mogelijk de kosten van de procedure aan het een of het ander toe te rekenen. In feite zou de vordering van een bestuursverbod ook nu al onder de garantie kunnen geschieden.

In hoofdstuk 3 is geconstateerd dat er sinds 2014 een stijging waarneembaar is van het aantal beroepen op de GSR,¹⁵⁷ maar gezien het zeer geringe aantal vorderingen van een bestuursverbod, valt niet de conclusie te trekken dat dit zijn verklaring vindt in het bestuursverbod. Hierbij moet worden bedacht dat in de periode waarover cijfers beschikbaar zijn, de Wet civielrechtelijk bestuursverbod nog relatief kort in werking was, te weten vanaf 1 juli 2016. Op grond van het overgangsrecht kan de regeling slechts toepassing vinden in na die

¹⁴⁹ Rb. Rotterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3747 (tussenvonnis) en Rb. Rotterdam 14 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9777 (eindvonnis), Rb. Den Haag 13 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8801, Rb. Midden-Nederland 19 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6261 en Rb. Amsterdam 24 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:466.

¹⁵⁰ Rb. Midden-Nederland 19 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6261 en Rb. Amsterdam 24 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:466 en Rb. Overijssel 20 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2019:2836.

¹⁵¹ Rb. Den Haag 13 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8801.

¹⁵² Rb. Rotterdam 14 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9777 (eindvonnis).

¹⁵³ Boddaert 2019, p. 72.

¹⁵⁴ Boddaert 2019, p. 72.

¹⁵⁵ M. Neekilappillai en N.T. Pham 2019, 'Tweede kansen, stigma's en de praktijk van het civielrechtelijk bestuursverbod', *MvO* 2019, p. 194 en p. 198. De geciteerde curator is L.J. van Apeldoorn.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 2013-2014, 34011, nr. 3, p. 13.

¹⁵⁷ Zie tabel 3.1.

datum uitgesproken faillissementen, maar ook slechts op feiten en omstandigheden die van na die datum dateren.¹⁵⁸

Over de gevolgen van het openstellen van de GSR voor het vorderen van een bestuursverbod op de boedelopbrengsten kunnen we kort zijn: een invloed op de boedelopbrengsten is er in beginsel niet. Een bestuursverbod strekt er immers niet toe een benadeling in de verhaalsmogelijkheden of andersoortige schade goed te maken, maar op het beschermen van deelnemers aan het maatschappelijk (handels)verkeer in de toekomst.

Boedelopbrengsten kunnen worden gerealiseerd door een schikking te treffen. Zoals in de vorige subparagraaf aan de orde kwam, is een dergelijke schikking niet zonder problemen. Of de regeling van het bestuursverbod langs deze route tot significante boedelopbrengsten leidt – of bij openstelling van de GSR voor de desbetreffende vorderingen zou kunnen leiden – is onbekend. Bestuursverboden worden thans niet of nauwelijks gevorderd, van schikkingen, althans die leiden tot een betaling aan de boedel, is ons niet gebleken.

6.2.4. Uitbreiding van de GSR tot vorderingen van een bestuursverbod?

Er zijn argumenten vóór en tegen uitbreiding van de GSR tot vorderingen gericht op het opleggen van een bestuursverbod. Indien de curator wordt geconfronteerd met een lege boedel, kan niet van hem worden verwacht dat hij op eigen kosten een bestuursverbod vordert. De wetgever ziet het bestuursverbod als een belangrijk instrument om faillissementsfraude tegen te gaan en de curator als de aangewezen persoon om het in te zetten. Daarmee zou stroken dat hij de curator in de gelegenheid stelt daadwerkelijk een vordering in te stellen als de boedel niet volstaat om de daarmee gemoeide kosten te dragen.¹⁵⁹

Hier staat tegenover dat een bestuursverbod – anders dan de thans door de GSR 2012 bestreken vorderingen – in beginsel niet leidt tot opbrengsten. Die opbrengsten kunnen hooguit worden gegenereerd door het treffen van een schikking, maar die staat dan op gespannen voet met het karakter van de vordering, gericht als zij is op het voorkomen van misbruik van andere rechtspersonen en het voorkomen of beperken van de schade in toekomstige (fraude)faillissementen.

Hoewel de kosten en de opbrengsten van het openstellen van de GSR voor vorderingen van bestuursverboden op dit moment niet kunnen worden gekwantificeerd, is het aannemelijk dat het saldo negatief zal zijn. Tegen de zekere kosten staan hooguit onzekere inkomsten. In ieder geval is de Wet civielrechtelijk bestuursverbod niet op het genereren van inkomsten voor de boedel gericht. Het valt kortom te verwachten dat uitbreiding van de GSR per saldo geld zal kosten.

Wij merken op dat een uitbreiding tot de Wet civielrechtelijk bestuursverbod niet goed past bij het huidige karakter van de GSR als een garantstellingsregeling. Het betreft dan immers een garantie die vrijwel zeker zal worden ingeroepen, in beginsel zonder zicht op baten die de kosten van de garantie kunnen dekken. In wezen is dan niet langer sprake van een garantie – of in de woorden van artikel 2:138 lid 10 BW: een voorschot –, maar van een subsidie. Ook zal een dergelijke uitbreiding op een andere rechtsgrond zijn gebaseerd dan de huidige regeling, nu artikel 2:138 lid 10 BW (jo. artikel 42 lid 6 Fw) zich beperkt tot de thans in de GSR geregelde vorderingen.

¹⁵⁸ Art. II Wet civielrechtelijk bestuursverbod.

¹⁵⁹ Men kan zich afvragen of een financiering vanuit de algemene middelen niet ook op zijn plaats is indien de boedel de kosten van een procedure wel kan dragen, nu het bestuursverbod niet of nauwelijks de belangen van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers dient.

Of de argumenten vóór of tegen uitbreiding prevaleren, is een politieke keuze, waarin wij niet treden.¹⁶⁰ Men kan accepteren dat een bestuursverbod een beperkt inzetbaar instrument is, althans waar het de door de curator in te stellen vordering betreft; in ieder geval kan – waar dit opportuun wordt geacht – worden teruggevallen op de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie een bestuursverbod te vorderen. Men kan er ook voor kiezen de curator als best geëquipeerde partij te subsidiëren voor het vorderen van een bestuursverbod, teneinde gebruik te maken van zijn expertise en maatschappelijke schade te voorkomen.

6.2.5. Invloed op de criteria in de GSR

Op zichzelf noopt de Wet civielrechtelijk bestuursverbod niet tot aanpassingen van de GSR. Een bestuursverbod is van andere aard dan de door de GSR bestreken vorderingen. De mogelijkheid een bestuursverbod te vorderen heeft als zodanig geen invloed op de beslissing een wel door de GSR bestreken vordering in te stellen of een verzoek om garantie voor zo'n laatstbedoelde vordering al dan niet te honoreren.

Wanneer de keuze wordt gemaakt de vordering van een bestuursverbod onder de GSR te brengen, heeft dat wel consequenties voor de in de GSR neergelegde criteria. De 1:4- en 1:2-criteria zien op de met de gefinancierde vordering te realiseren opbrengsten, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en ter dekking van de garantie. Een vordering van een bestuursverbod is niet op dergelijke opbrengsten gericht. Zij strekt er evenmin toe het belang van de gezamenlijke schuldeisers te dienen, maar beoogt de bescherming van toekomstige partijen in andere toekomstige faillissementen – in feite een publiek belang. De ermee gemoeide kosten – hetzelfde geldt voor een in dit verband afgegeven garantie – worden niet door de opbrengsten gedekt, of hooguit (gedeeltelijk) uit een eventuele proceskostenveroordeling.

Tegen deze achtergrond past het niet voor vorderingen van een bestuursverbod het 1:4- of het 1:2-criterium te hanteren. Beide criteria geven invulling aan de eis dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen het bedrag van de garantstelling en het redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de curator kan worden verhaald.¹⁶¹ Het 1:4-criterium betreft de verhouding tussen het bedrag van de garantie en de te verwachten opbrengst. Het 1:2-criterium betreft de verhouding tussen het bedrag van de garantie en de hoogte van de schulden. Dit laatste criterium is in de huidige GSR versoepeld ten opzichte van de voorheen geldende regeling. Die versoepeling had ten doel om de mogelijkheden van een beroep op de GSR te vergroten, maar de gehanteerde verhouding was er mede op gericht de GSR beheersbaar te houden.¹⁶² Voorkomen moest worden dat procedures werden gevoerd die niet tot een resultaat ten gunste van de boedel zouden leiden.

Omdat een bestuursverbod niet tot een opbrengst leidt, zou dit betekenen dat nooit een garantie zou kunnen worden verstrekt omdat aan geen van beide criteria zou kunnen worden voldaan. Ook een verhaalsonderzoek of een daarvoor te verstrekken garantie, is weinig zinvol waar er met een bestuursverbod niets te verhalen valt.

De enige manier om een opbrengst te genereren is via een schikking, maar het ligt niet voor de hand de huidige criteria te betrekken op de opbrengst van een schikking over de vordering tot het opleggen van een bestuursverbod, voor zover een dergelijke schikking al moge-

¹⁶⁰ Uit de interviews komt in ieder geval het beeld naar voren dat de curatoren in overwegende mate zouden kiezen vóór uitbreiding.

¹⁶¹ Artikel 6 lid 1, aanhef en onder d GSR.

¹⁶² Zie de toelichting op de GSR.

lijk is.¹⁶³ Immers, wanneer de keuze wordt gemaakt dergelijke vorderingen op grond van de GSR te financieren, zal dat niet zijn om de boedel te spekken – daarvoor dienen de thans door de GSR bestreken vorderingen – maar om te voorkomen dat de bestuurder in de toekomst als zodanig aan het maatschappelijk verkeer deelneemt met alle gevaren die daaraan zijn verbonden. Het is oneigenlijk de financiering te beperken tot die gevallen dat dit doel juist niet wordt bereikt, omdat op een schikking wordt geanticieerd.

Het is verder de vraag of het criterium hanteerbaar is in de onderwerpelijke gevallen. De thans door de GSR bestreken vorderingen zijn op geld waardeerbaar en samen met gegevens over de verhaalsmogelijkheden en de hoogte van de schulden, zijn de criteria relatief gemakkelijk toe te passen. Een bestuursverbod is niet op geld waardeerbaar en er valt nauwelijks een slag naar te slaan of een schikking zal worden gesloten en op welke grondslag een door de bestuurder te betalen bedrag zal worden berekend. Toepassing van de criteria zou kortom nogal speculatief zijn.

Op grond van het bovenstaande is het aangewezen dat ingeval een vordering van een bestuursverbod onder de GSR zou worden gebracht, daarvoor de huidige 1:4- en 1:2-criteria buiten toepassing zouden moeten blijven. De consequentie is verder dat, zoals hiervoor opgemerkt, een wezensvreemd element in de GSR wordt geïntroduceerd omdat in zoverre geen sprake meer is van een garantie in eigenlijke zin. De gedachte wordt namelijk losgelaten dat het uitgekeerde bedrag moet worden terugbetaald. De vordering is immers niet gericht op het realiseren van een opbrengst.

6.3 De Wet versterking positie curator en de GSR

6.3.1 Inleiding

Op 1 juli 2017 is de Wet versterking positie curator in werking getreden.¹⁶⁴ Evenals de Wet civielrechtelijk bestuursverbod heeft deze wet tot doel een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude. De Wet versterking positie curator moet in dit kader de informatiepositie van de curator versterken door de inlichtingen-, medewerkingsplichten en de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissement te verduidelijken en te versterken. Daarnaast moet de wet blijkens de memorie van toelichting voorzien in de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator en in een versterking hiervan door te voorzien in vervolgstappen voor de curator als hij in het faillissement onregelmatigheden signaleert. Volgens de wetgever moet de versterking van de informatiepositie en van de fraudesignalerende rol van de curator bijdragen aan het vergroten van het boedelactief, waarmee ook moet worden bijgedragen aan de beperking van de maatschappelijke schade van faillissementen.¹⁶⁵

Uit de memorie van toelichting volgt dat de wet (samengevat) voorziet in de volgende maatregelen:¹⁶⁶

- a. De curator wordt wettelijk verplicht om in faillissementen te bezien of er sprake is van eventuele onregelmatigheden (artikel 68 Fw);
- b. In voorkomend geval informeert de curator vertrouwelijk de rechtercommissaris en doet, als hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van de onregelmatigheden bij de bevoegde instanties (artikel 68 Fw);

¹⁶³ Zie paragraaf 6.2.2.

¹⁶⁴ Besluit van 19 april 2017, Stb. 2017, 176.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2014-2015, 34 253, nr. 3, p. 1.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2014-2015, 34 253, nr. 3, p. 1-2.

- c. In het faillissementsverslag vermeldt de curator hoe hij zich van zijn fraudesignalende rol heeft gekweten (artikel 73a Fw);
- d. In de wet wordt verankerd dat de gefailleerde de curator niet alleen desgevraagd, maar ook eigener beweging inlicht over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de curator van belang zijn (artikel 105 Fw);
- e. De curator moet worden geïnformeerd over het bestaan van eventuele buitenlandse activa, zoals vastgoed en banktegoeden, en alle medewerking moet worden verleend om de curator daarover de beschikking te geven (artikel 105 Fw);
- f. De gefailleerde verleent de curator alle medewerking bij het beheer en de vereffening van de boedel (artikel 105a Fw);
- g. De gefailleerde draagt terstond de administratie over aan de curator met daarbij noodzakelijke middelen, zoals encryptiesleutels, om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te kunnen maken (artikel 105a Fw);
- h. Derden, die de administratie van de failliet in de uitoefening van hun beroep of bedrijf geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, zijn verplicht om de administratie desgevraagd aan de curator ter beschikking te stellen (artikel 105b Fw);
- i. Bij faillissement van een rechtspersoon, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap gaan de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen (ook) gelden voor:
 - i. bestuurders, commissarissen, vennoten en voor feitelijk bestuurders;
 - ii. de bestuurder(s) van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn van de failliet;
 - iii. de vennoten van een of meer vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen die bestuurder is of zijn van de failliet; en iedereen die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder, commissaris of vennoot bij de failliet was (artikel 106 Fw).

6.3.2. Invloed op het aantal aanvragen en de kosten en opbrengsten

De Wet versterking positie curator is, net als de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement en de GSR, gericht op het bestrijden van faillissementsfraude, maar op een andere manier. Zoals in de voorgaande subparagraaf is beschreven, draagt het nieuwe artikel 68 lid 2 Fw de curator op te 'bezien' of sprake is van onregelmatigheden. Daarom dient hij de rechter-commissaris vertrouwelijk in te lichten en in voorkomende gevallen dient hij melding te maken of aangifte te doen bij de bevoegde instanties. Deze regeling is aldus meer gericht op het strafrechtelijke traject.

Op zichzelf heeft dat geen invloed op de mate waarin naar verwachting een beroep op de GSR wordt gedaan. Indirect kan die invloed wel bestaan. Naarmate de curator in het kader van zijn 'fraudesignalende' taak meer onderzoek doet, kan het zijn dat hij vaker stuit op 'onregelmatigheden' die aanleiding kunnen geven tot een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering, een pauliana-actie of een andere door de GSR bestreken vordering. Dit geldt temeer omdat met de Wet versterking positie curator tevens de informatiepositie van de curator is versterkt. De mogelijkheid bestaat dat sinds 1 juli 2017 de curator (i) vaker onregelmatigheden zal ontdekken; en (ii) vanwege zijn betere informatiepositie een sterkere zaak zal hebben. Beide omstandigheden kunnen leiden tot het vaker instellen van vorderingen waarvoor een beroep op de GSR kan worden gedaan.

Het verschil tussen de periode voor en na 1 juli 2017 moet evenwel niet worden overschat. Het is onduidelijk wat de reikwijdte is van de 'bezienplicht' die artikel 68 lid 2 Fw op de curator legt. Het ziet er niet naar uit dat zware eisen aan de curator worden gesteld. Veeleer duidt het gebruik van de term 'bezien' erop dat de curator moet vaststellen of de feiten en

omstandigheden waarvan hij bij zijn beheer en vereffening toch al kennisneemt, gelden als 'onregelmatigheden'. In de memorie van toelichting wordt ook opgemerkt 'dat met de voorgestelde regeling niet wordt getornd aan het oorzakenonderzoek van de curator', hetwelk 'met de voorgestelde regeling beperkt [kan] blijven tot een «prima facie» onderzoek bij het ontbreken van verhaalsmogelijkheden'.¹⁶⁷ Met andere woorden, de Wet versterking positie curator verlangt – althans op dit punt – niet meer dan wat de curator toch al deed. Dat strookt met het gegeven dat wordt benadrukt dat de Wet versterking positie curator de kerntaak van de curator niet aantast, het beheren en vereffenen van de boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren.¹⁶⁸

Ook wat de informatiepositie van de curator betreft, is de breuk met het vóór 1 juli 2017 geldende recht minder groot dan op het eerste gezicht zou kunnen lijken. Het betreft allereerst verduidelijkingen van de voorheen bestaande regeling, al wordt die positie wel dege-lijk ook versterkt.¹⁶⁹

Dat de Wet versterking positie curator weinig verandering lijkt te brengen in de voorheen bestaande situatie, zou doen vermoeden dat zij geen wezenlijke invloed heeft op het be-rop op de GSR. Niettemin bestaat hierover onzekerheid en is het mogelijk dat die onzeker-heid invloed heeft op de handelwijze van curatoren. In ieder geval antwoordt circa 24 pro-cent van de respondenten onder de curatoren dat ze sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator extra onderzoek zijn gaan doen, toegespitst op het voorbereiden van een aangifte of melding. Wat betreft het aantal beroepen op de GSR gerelateerd aan het aantal faillissementen, laten 2017 en 2018 een stijging zien van ongeveer één procent-punt ten opzichte van het daaraan voorgaande jaar.¹⁷⁰ Daarbij moet worden bedacht dat de Wet versterking positie curator na de eerste helft van 2017 in werking trad en slechts van toepassing is op faillissementen die vanaf die datum zijn uitgesproken. Het is onduidelijk of en zo ja, in welke mate dit verband houdt met de Wet versterking positie curator.

6.3.3. De invloed op de criteria in de GSR

Over de invloed van de Wet versterking positie curator op de GSR en de daarin opgenomen criteria kunnen we kort zijn: die is er niet. Voor zover die wet invloed heeft op de wijze waarop de curator zijn beslissingen neemt over het instellen van een door de GSR bestreken vordering, resulteert hij uiteindelijk in een 'gewone' aanvraag, waarover aan de hand van de reguliere criteria kan worden beslist. Wel kan de Wet versterking positie curator budgettaire consequenties hebben. In 2018 is – het kwam zojuist aan de orde – het aantal beroepen op de GSR aanzienlijk toegenomen, maar het is onduidelijk of dit aan de Wet versterking positie curator ligt.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 253, nr. 3, p. 13.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 253, nr. 3, p. 2-3.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 253, 3, p. 1.

¹⁷⁰ Zie tabel 3.2.

Uitbreiding GSR conform motie-Gesthuizen

7.1 Inleiding

Tijdens het wetgevingsoverleg van 12 december 2016 over de Wet versterking positie curator is de motie-Gesthuizen aangenomen.¹⁷¹ De motie strekt ertoe te laten onderzoeken of de GSR voortaan niet alleen toegankelijk zou moeten zijn voor declaraties die vallen onder de noemer onbehoorlijk bestuur en faillissementspauliana, maar ook voor declaraties in zaken rondom andere acties waaruit activa voor de boedel kunnen worden verkregen, met name acties uit onrechtmatige daad jegens derden die bij de onrechtmatige benadeling van faillissementsschuldeisers zijn betrokken. Verschillende betrokkenen en deskundigen uit het veld van fraudebestrijding en de afwikkeling van faillissementen zouden voorstander zijn van een dergelijke verbreding van de GSR.¹⁷² In aanvulling op deze motie is ook de vraag aan onderzoekers voorgelegd om te onderzoeken of de GSR in de toekomst ook toepassing zou moeten vinden in faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen.

In paragraaf 7.2 wordt ingegaan op de implicaties van een uitbreiding van de GSR naar onrechtmatigedaadsacties jegens derden die betrokken zijn bij de onrechtmatige benadeling van schuldeisers (Peeters/Gatzen-vordering). Paragraaf 7.3 beschrijft de implicaties van een uitbreiding van de GSR naar natuurlijke personen en personenvennootschappen. In paragraaf 7.4 wordt tot slot ingegaan op de vraag onder welke condities een kostendekkende premie interessant zou kunnen zijn bij een uitbreiding van de GSR.

7.2 Uitbreiding van de GSR naar Peeters/Gatzen-vorderingen

7.2.1 De Peeters/Gatzen-vordering bezien vanuit de doelen van de GSR

Op basis van de GSR kan de curator de minister van Justitie en Veiligheid verzoeken om een voorschot voor het instellen van 1) een vordering op grond van artikel 2:138/248 BW, artikel 2:149/259 BW, artikel 2:9 BW of de artikelen 42, 43 en 47 Fw (de faillissementspauliana) en 2) voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe. Uit de beleidsreconstructie in hoofdstuk 2 van dit rapport blijkt dat het doel van de

¹⁷¹ *Kamerstukken II 2016-2017*, 34 253, nr. 13, p. 19-20.

¹⁷² *Kamerstukken II 2016-2017*, 34 253, nr. 12.

GSR tweeledig is: het bestrijden van misbruik van rechtspersonen en het beschermen van de belangen van concurrente schuldeisers. Geconstateerd is dat het tweede doel het eerste lijkt te verdringen.¹⁷³

Bij gelegenheid van de eerste evaluatie van de GSR in 1999 hebben de onderzoekers aanbevolen om de werking van de regeling uit te breiden tot de zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering.¹⁷⁴ Hiermee wordt bedoeld op de vordering op grond van onrechtmatige daad die de curator kan instellen in geval van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. De minister heeft de aanbeveling van de onderzoekers destijds overgenomen¹⁷⁵, maar zij is niet in wetgeving vertaald. Bij gelegenheid van de tweede evaluatie van de GSR hebben de onderzoekers opnieuw de aanbeveling gedaan om de Peeters/Gatzen-vordering in de GSR op te nemen, onder verwijzing naar de verwantschap die deze vordering vertoont met de faillissementspauliana.¹⁷⁶ Deze aanbeveling is niet overgenomen.¹⁷⁷

De naam 'Peeters/Gatzen' verwijst naar een arrest van de Hoge Raad uit 1983.¹⁷⁸ In de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt heeft de latere failliet, Van Rooij, kort voor het faillissement de echtelijke woning voor een te lage prijs verkocht aan een BV, die de woning vervolgens heeft verkocht en geleverd aan Gatzen, de echtgenote van Van Rooij. Van Rooij en Gatzen waren buiten gemeenschap van goederen gehuwd. Peeters, de curator van Van Rooij stelde dat Gatzen onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers had gehandeld door aan de voor de boedel nadelige transactie mee te werken. De Hoge Raad besliste dat aan de curator de bevoegdheid toekomt om een vordering op grond van artikel 6:162 BW in te stellen tegen een derde die betrokken is bij de benadeling van de schuldeisers door de failliet, ook al komt een dergelijke vordering niet aan de failliet zelf toe.

In een later arrest, gewezen in de zaak De Bont/Bannenbergh, overwoog de Hoge Raad dat de curator zijn bevoegdheid tot het geldend maken van een Peeters/Gatzen-vordering ontleent aan de hem in artikel 68 lid 1 Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel.¹⁷⁹ Uit dit arrest volgt voorts dat de curator niet bevoegd is tot het instellen (een bundel van) van onrechtmatige daadsvorderingen die toekomen aan een of meer specifieke schuldeisers. Zo kan de curator geen (bundel van) zogenoemde Beklamel-vorderingen¹⁸⁰ instellen.

De Beklamel-vordering is een onrechtmatige daadsvordering van een individuele schuldeiser, die de bestuurder van een vennootschap verwijt namens de vennootschap met hen te hebben gecontracteerd terwijl de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap geen verhaal zou bieden. In het arrest Butterman q.q./Rabobank borduurde de Hoge Raad hierop voort.¹⁸¹ In deze zaak had de curator, Butterman, een vordering op grond van artikel 6:162 BW ingesteld tegen de Rabobank. Deze zou onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers, doordat zij had toegestaan dat de latere failliet na de opzegging door de Rabobank van de kredietovereenkomst nog schulden bleef maken. De Hoge Raad oordeelde dat de vordering van de curator buiten de grenzen van artikel 68 lid 1

¹⁷³ Zie paragraaf 2.4.

¹⁷⁴ Zie Vriesendorp, Verstijlen en Segers 1999, p. 50-51 en p. 68.

¹⁷⁵ Brief van de Minister van Justitie inzake evaluatie garantstellingsregeling curatoren van 30 oktober 2000 (just 000743), p. 2.

¹⁷⁶ Vriesendorp e.a. 2006, p. 75.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 36, p. 3. Volgens de minister verdient de vergroting van de reikwijdte nadere studie. Hij wil het betrekken in de discussie over de toekomst van de GSR.

¹⁷⁸ HR 13 januari 1984, ECLI:NL:HR:1983:AG4521 (Peeters q.q./Gatzen).

¹⁷⁹ HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, r.o. 3.5 (De Bont/Bannenbergh).

¹⁸⁰ Genoemd naar HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel).

¹⁸¹ HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN7887.

Fw viel omdat hij slechts optrad voor die schuldeisers van wie de vorderingen op de failliet na de opzegging van de kredietovereenkomst waren ontstaan.

De curator is slechts bevoegd tot het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering in gevallen waarin de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld, zoals bijvoorbeeld in het geval van een ongeoorloofde vermogensonttrekking. De curator is - anders dan bij de vorderingen op grond van 2:138/248 BW en 42/43 en 47 Fw - niet *exclusief* bevoegd tot het instellen van de onrechtmatige daadsvordering tegen de bij benadeling van de schuldeisers betrokken derde.¹⁸² De schuldeisers kunnen ook zelf een vordering instellen. Een behoorlijke afwikkeling van de boedel kan echter meebrengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist.¹⁸³

Het Peeters/Gatzen-arrest heeft tot gevolg gehad dat curatoren met enige regelmaat vorderingen op grond van artikel 6:162 BW instellen tegen derden die hebben meegewerkt aan benadeling van de gezamenlijke schuldeisers door de failliet. Bij 'derden' kan in dit verband bijvoorbeeld worden gedacht aan:

- een notaris, die zijn medewerking heeft verleend aan een benadelende transactie;¹⁸⁴
- een (groot)aandeelhouder die heeft gestemd voor een besluit tot uitkering van dividend in de (objectieve) wetenschap dat de schuldeisers niet meer betaald zouden kunnen worden;¹⁸⁵ en
- aan een (indirect) bestuurder die heeft bevorderd dat schuldeisers van de (indirect) door hem bestuurder dochtervennootschap zijn benadeeld door substantiële betalingen aan de moedervernootschap.¹⁸⁶

Uit het eerste en het derde voorbeeld volgt dat de derde die door de curator kan worden aangesproken niet noodzakelijkerwijs de wederpartij van de benadelende transactie met de (latere) failliet is. Hierin verschilt de Peeters/Gatzen-vordering van de faillissementspauliana, die zich richt tot de wederpartij bij een benadelende transactie. Bovendien is de faillissementspauliana alleen in te zetten in geval van benadelende *rechtshandelingen* (bijvoorbeeld een voor de boedel nadelige koopovereenkomst), terwijl de Peeters/Gatzen-vordering ook kan worden ingezet in geval van schuldeisersbenadeling door *feitelijk* handelen, bijvoorbeeld het van een bedrijfsterrein afvoeren van vermogensbestanddelen waardoor deze feitelijk buiten het bereik van de curator geraken. Een van de geïnterviewde curatoren geeft het voorbeeld van de leeggeroofde showroom die hij in een faillissement aantroef. Hij zegt daarover:

'Dat is niet paulianeus, want het is geen rechtshandeling. Het levert wel een PG-vordering op, maar die wordt niet gedekt door de GSR. De slotsom is dat ik de kwestie heb moeten laten rusten omdat ik verder ook geen boedel had ter dekking van de proceskosten.'

Ook qua rechtsgevolg verschilt de Peeters/Gatzen-vordering van de actio Pauliana: zij is niet gericht op ongedaanmaking van de benadelende transactie, maar op vergoeding (door de laedens) van de schade die de boedel heeft geleden. Beide acties hebben echter gemeen dat zij gericht zijn op reconstructie van de boedel. De Hoge Raad heeft in het eerderge-

¹⁸² HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (Sobi/Hurks).

¹⁸³ HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (Lunderstädt/De Kok c.s.).

¹⁸⁴ HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR1994:ZC1590 (Notaris M./Curatoren THB).

¹⁸⁵ HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0401 (Nimox/Van den End q.q.)

¹⁸⁶ HR 23 mei 2014, NJ 2014/325 (Kok/Maas q.q.).

noemde arrest De Bont/Bannenbergh beslist dat de opbrengst van een Peeters/Gatzen-vordering - net als de opbrengst van een vordering tot vernietiging op grond van de faillissementspauliana - in de boedel valt.¹⁸⁷ Daarmee is het doel van de Peeters/Gatzen-vordering gelijk aan dat van de actio Pauliana: het redresseren van een benadeling van de boedel. De Peeters/Gatzen-vordering sluit hiermee goed aan bij de tweede doelstelling van de GSR: het beschermen van de belangen van de (concurrente) schuldeisers.

Hierbij verdient opmerking dat met de Peeters/Gatzen-vordering ook verhaal kan worden genomen op andere personen dan bestuurders: bijvoorbeeld de bij benadeling van de schuldeisers van een rechtspersoon betrokken notaris/advocaat of fiscalist. Hierop wijst één van de geïnterviewde curatoren:

'De actie uit onrechtmatige daad moet ook onder de reikwijdte van de GSR worden gebracht. Denk aan een notaris/advocaat/fiscalist die heeft geholpen bij fraude. Deze partijen hebben vaak diepe zakken (zijn verzekerd) en bieden dus goed verhaal, maar zijn tegelijkertijd goed in staat om verweer te voeren, zij hebben een lange adem. Als de curator de GSR achter zich heeft staan kunnen dergelijke partijen aangesproken worden. Nu zal dat veelal niet gebeuren omdat er jarenlang moet worden geprocedeerd in zulke gevallen en dat kan gewoon niet op een lege boedel.'

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat van onrechtmatige 'betrokkenheid' sprake kan zijn indien de derde in positie verkeerde dat hij de gestelde benadeling had kunnen voorkomen, maar in plaats daarvan zijn noodzakelijke medewerking heeft verleend. Voor aansprakelijkheid van de betrokken derde is niet nodig dat deze de benadeling heeft bevorderd of daarvan heeft geprofiteerd.¹⁸⁸

7.2.2. Gevolgen opnemen Peeters/Gatzen-vordering in de GSR

Op de vraag of curatoren vaker een onrechtmatige-daadsvordering in zouden stellen wanneer die vordering onder de werking van de GSR zou vallen, reageert 86% van de curatoren positief. Van de responderende rechters-commissarissen verwacht 68% dat curatoren vaker een Peeters/Gatzen-vordering zullen instellen als deze onder de reikwijdte van de GSR wordt gebracht. Op het eerste gezicht zou hieruit afgeleid kunnen worden dat opname van de Peeters/Gatzen-vordering in de GSR tot een hoger aantal aanspraken op de regeling zou leiden. Deze conclusie behoeft echter nuancering.

Een Peeters/Gatzen-vordering wordt in de praktijk vaak subsidiair aangevoerd naast een vordering op grond van artikel 2:248 BW, 2:9 BW en/of artikel 42/43 dan wel 47 Fw, waarvoor een garantstelling kan worden verkregen.¹⁸⁹ Hierop wijzen ook enkele geïnterviewde curatoren. Echter, in sommige gevallen is een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana niet, maar een Peeters/Gatzen-vordering tegen de bij benadeling betrokken derde wél mogelijk, zoals in de vorige paragraaf besproken. Deze categorie gevallen kan tot een uitbreiding van het aantal beroepen op de GSR leiden als

¹⁸⁷ HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797.

¹⁸⁸ HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR1994:ZC1590 (Notaris M./Curatoren THB).

¹⁸⁹ Zo legde de curator in de zaak Kok/Maas q.q. (HR 23 mei 2014, NJ 2014/325) behalve artikel 6:162 BW ook artikel 2:9 BW en artikel 42 en 47 Fw aan zijn vordering tegen de (indirecte) bestuurder ten grondslag. In geval van een onrechtmatige dividenduitkering (zoals aan de orde in HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC040 (Nimox/Van den Endt q.q.)) of een andere onrechtmatige vermogensonttrekking door aandeelhouders kan de curator ook de faillissementspauliana in stelling brengen.

garantstellingen in de toekomst ook voor de Peeters/Gatzen-vordering worden verstrekt. Opmerking verdient dat de rechter-commissaris dient te toetsen of de curator de vordering instelt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers voordat hij toestemming geeft voor het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering. Nu de contouren van de Peeters/Gatzen-vordering in de rechtspraak van de Hoge Raad vaste vormen hebben aangenomen kan de rechter-commissaris dit toezicht goed uitoefenen. Het ligt daarom niet in de rede dat opname van de Peeters/Gatzen-vordering in de GSR tot gevolg zal hebben dat curatoren lukraak onrechtmatige daadsvorderingen zullen instellen.

Het openstellen van de GSR voor Peeters/Gatzen-vorderingen kan een positieve invloed hebben op de boedelopbrengsten voor zover het gaat om gevallen van schuldeisersbenadeling die buiten het toepassingsgebied van de bestuurdersaansprakelijkheden en de actio Pauliana vallen, maar zich wel lenen voor een succesvolle Peeters/Gatzen-vordering tegen de bij de benadeling van de schuldeisers betrokken derde. Er is geen reden waarom de curator niet ook in deze gevallen een beroep op de GSR zou kunnen doen. Weliswaar kunnen individuele schuldeisers in geval van benadeling in hun verhaalsmogelijkheden zelf een onrechtmatige daadactie tegen de bij de benadeling betrokkene instellen, maar zij verkeren vaak in een slechtere informatiepositie dan de curator.¹⁹⁰ Ook zullen zij niet altijd bereid zijn om procesrisico te lopen.

Uitbreiding van de GSR met de Peeters/Gatzen-vordering betekent dat daarvoor een rechtsgrond in de wet zal moeten worden opgenomen. Het ligt niet voor de hand om hiertoe artikel 43 lid 6 Fw aan te passen. Het verdient bij opname van de Peeters/Gatzen-vordering in de GSR overweging, de reikwijdte van de GSR afzonderlijk in een specifieke bepaling in de Faillissementswet te regelen.¹⁹¹

7.2.3. Invloed op de criteria in de GSR

De 1:4 en 1:2-criteria zien op de met de verhouding tussen de gevraagde garantstelling en de redelijkerwijs te realiseren opbrengsten. Deze verhouding moet redelijk zijn. Wanneer de Peeters/Gatzen-vordering onder de reikwijdte van de GSR wordt gebracht vormt dit geen aanleiding om een wijziging aan te brengen in de voornoemde criteria. De Peeters/Gatzen-vordering strekt – evenals een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering en een vorderingen gebaseerd op de faillissementspauliana – in de eerste plaats tot verruiming van de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers. Daarom kan ook voor de Peeters/Gatzen-vordering de eis worden gesteld dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de gevraagde garantstelling en de redelijkerwijs te verwachten opbrengst.

7.3 Uitbreiding van de GSR naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen

7.3.1. Uitbreiding van natuurlijke personen en personenvennootschappen gezien vanuit de doelen van de GSR

Op het eerste gezicht sluit een eventuele uitbreiding van de reikwijdte van de GSR naar natuurlijke personen niet goed aan bij het eerste doel van deze regeling: bestrijding van misbruik van rechtspersonen. Er is immers bij natuurlijke personen geen sprake van rechtspersoonlijkheid en daaraan verbonden beperkte aansprakelijkheid die kan worden misbruikt. Natuurlijke personen staan met hun gehele vermogen in voor hun schulden. Niettemin kan

¹⁹⁰ Met uitzondering wellicht van de financiers van de failliet.

¹⁹¹ Dit geldt ook indien de vordering tot oplegging van een bestuursverbod in de GSR wordt opgenomen. Zie hierover paragraaf 6.2.

een eventuele uitbreiding van de reikwijdte van de GSR tot faillissementen van natuurlijke personen onder omstandigheden bijdragen aan bestrijding van misbruik van rechtspersonen. Het komt voor dat de curator in het faillissement van een natuurlijke persoon moet constateren dat deze een deel van zijn vermogen vóór het faillissement heeft weggesluisd naar een (door deze natuurlijke persoon beheerste) rechtspersoon.¹⁹² De faillissementspauliana of een Peeters/Gatzen-vordering kan dan worden ingezet om het gevolg van dit misbruik ongedaan te maken.

Ook voor personenvennootschappen geldt dat zij niet kunnen worden misbruikt om schuldeisers te benadelen. De vennootschap onder firma (VOF) en de commanditaire vennootschap (CV) hebben een afgescheiden vermogen, waarop alleen de schuldeisers van de VOF/CV zich kunnen verhalen (en niet de privé-schuldeisers van de vennoten). Deze schuldeisers kunnen bovendien - anders dan bij rechtspersonen - met hun vorderingen aankloppen bij de (beherende) vennoten, die hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de VOF/CV.¹⁹³ Dit neemt niet weg dat ook de curator van een failliete personenvennootschap kan worden geconfronteerd met misbruik van rechtspersonen. In de praktijk komt het namelijk nogal eens voor dat rechtspersonen optreden als vennoot van een VOF of CV.¹⁹⁴ De curator in het faillissement van een dergelijke VOF of CV met rechtspersoon-vennoten kan aanlopen tegen het probleem dat de boedel niet toelaat dat hij een vooronderzoek en/of verhaalsonderzoek instelt, terwijl hij vermoedt dat sprake is van verhaalsbenadeling door de rechtspersoon-vennoot. Eén van de geïnterviewde rechters-commissarissen merkt op dat hij niet veel ziet in uitbreiding van de GSR naar faillissementen van niet-rechtspersonen in het algemeen. Hij ziet wel één specifiek probleem:

‘Het zorgenkindje is de VOF, vaak gebruikt door ondernemingen om een project te runnen. De VOF gaat failliet, terwijl de participerende vennootschappen zich verstoppen. Het vergt nogal wat onderzoek en doorzetten om de participerende vennootschappen voor de schulden aansprakelijk te stellen. Daarvoor zou de Garantstellingsregeling een bruikbare grondslag kunnen zijn’.

Als de curator voor dergelijk onderzoek financiering zou krijgen, lukt het wellicht om tot de rechtspersoon/vennoot door te dringen (en zicht te krijgen op de natuurlijke perso(n)en) die daarachter schuilgaat/schuilgaan. Uitbreiding van de GSR tot faillissementen van personenvennootschappen zou aldus kunnen bijdragen aan bestrijding van misbruik van rechtspersoon-vennoten.¹⁹⁵

Bij het voorgaande verdient aantekening dat de rechtspersoon-beherend vennoot, als deze vindbaar is, op verzoek van de schuldeisers van de failliete VOF/CV failliet kan worden verklaard als hij niet in staat is om de schulden van de VOF/CV te betalen. De in het faillissement van de rechtspersoon-vennoot aangestelde curator kan gebruik maken van de GSR voor een onderzoek naar benadeling van schuldeisers van de rechtspersoon-vennoot.

Bezien vanuit het tweede doel van de GSR - bescherming van de schuldeisers (door verhaalsacties) - is zowel uitbreiding tot faillissementen van natuurlijke personen als uitbreiding

¹⁹² Zie voor een voorbeeld: HR 27 februari 2009, NJ 2009/318 (Stichting Waaldijk/Aerts q.q.).

¹⁹³ Zie artikel 18 Wetboek van Koophandel.

¹⁹⁴ Bij de CV komt het in de praktijk vaak voor dat de enige hoofdelijk aansprakelijke beherende vennoot een BV is. De overige, commanditaire vennoten zijn niet voor meer aansprakelijk dan het bedrag van hun inbreng (artikel 20 lid 3 Wetboek van Koophandel) tenzij zij het beheerverbod overtreden (artikel 21 Wetboek van Koophandel).

¹⁹⁵ Voor de voorzichtige formulering is gekozen vanwege het ontbreken van betrouwbare cijfers over de mate waarin rechtspersoon-vennoten betrokken zijn bij benadeling van schuldeisers van personenvennootschappen.

tot faillissementen van personenvennootschappen verdedigbaar. Ook in deze faillissementen komt verhaalsbenadeling voor.¹⁹⁶ Opmerking verdient dat de verruiming bij natuurlijke personen slechts effect heeft voor zover de curator overweegt een vordering tegen een bij de verhaalsbenadeling door de failliet betrokken derde in te stellen. Bij de failliet is immers niets te halen. Bij de VOF en de CV kunnen de schuldeisers die bij de VF/CV geen verhaal vinden - zoals hiervoor is opgemerkt - aankloppen bij de (beherende) vennoten, die hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de VOF/CV. Dit neemt echter niet weg dat bij de curator behoefte kan bestaan aan (onderzoek naar de haalbaarheid en verhaalbaarheid van) een vordering tegen een bij benadeling van de vennootschapsschuldeisers betrokken persoon.

Omdat zowel bij natuurlijke personen als bij personenvennootschappen de bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen van Boek 2 BW niet aan de orde zijn, is het belang van de curator bij de hier besproken uitbreiding van de GSR - uitgaande van de huidige reikwijdte van de GSR qua vorderingen - gelegen in het verkrijgen van financiering voor (onderzoek naar) een vordering op grond van de faillissementspauliana. Om de slagkracht van de curator te vergroten zou hieraan de Peeters/Gatzen-vordering kunnen worden toegevoegd.

7.3.2. De gevolgen van uitbreiding van de GSR naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen

Op de vraag of curatoren vaker een beroep zouden doen op de GSR wanneer natuurlijke personen en personenvennootschappen onder de werking van de regeling zou vallen, reageert 78% van de curatoren positief. Van de responderende rechters-commissarissen verwacht bijna 58% dat curatoren vaker een beroep zouden doen op de GSR wanneer natuurlijke personen en personenvennootschappen onder de werking van de regeling zou vallen. Hieruit kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat de hier besproken uitbreiding tot gevolg zal hebben dat een (veel) groter beroep op de GSR zal worden gedaan dan nu het geval is. Om een gefundeerde uitspraak te kunnen doen over de gevolgen van de hier besproken uitbreiding voor de kosten en opbrengsten van de GSR zijn betrouwbare cijfers nodig over de aantallen faillissementen van natuurlijke personen c.q. personenvennootschappen, waarin de curator beschikt over aanwijzingen voor benadeling van schuldeisers die (een onderzoek naar de mogelijkheden van) een vordering tegen de bij de benadeling betrokkenen rechtvaardigen. Dergelijke cijfers zijn niet voorhanden.

Uitbreiding van de GSR naar natuurlijke personen en personenvennootschappen betekent dat daarvoor een rechtsgrond in de wet zal moeten worden opgenomen. In geval de uitbreiding beperkt blijft tot de faillissementspauliana kan met aanpassing van artikel 43 lid 6 Fw (en aanpassing van de GSR en de toelichting daarop) worden volstaan. Komt ook de Peeters/Gatzen-vordering onder de reikwijdte te vallen, dan kan niet met deze beperkte aanpassing worden volstaan. In dit geval verdient het overweging de GSR afzonderlijk in de Faillissementswet te regelen.¹⁹⁷

7.3.3. Invloed op de criteria in de GSR

De 1:4 en 1:2-criteria zien op de met de verhouding tussen de gevraagde garantstelling en de redelijkerwijs te realiseren opbrengsten. Die verhouding moet redelijk zijn. Indien de reikwijdte van de GSR wordt uitgebreid tot faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen vormt dit op zichzelf geen aanleiding om een wijziging aan te brengen in deze criteria. Het gaat immers nog steeds om financiering van (onderzoek naar de

¹⁹⁶ Bij gebrek aan cijfers hierover weten we niet hoe vaak dit voorkomt. Verschillende responderende curatoren merken echter op dat zij de GSR graag uitgebreid zouden zien naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen.

¹⁹⁷ Zie ook het slot van paragraaf 7.2.2.

mogelijkheden van) een vordering ter zake van verhaalsbenadeling. Op grond van de geldende GSR gaat het om de faillissementspauliana, waarvoor de 1:4- en 1:2-criteria gelden. Bij verruiming van de reikwijdte van de GSR als gesuggereerd in de motie-Gesthuizen komt hier de Peeters/Gatzen-vordering bij. Hiervoor is al opgemerkt dat ook daaraan de eis worden gesteld dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de gevraagde garantstelling en de redelijkerwijs te verwachten opbrengst.

7.4 Kostendekkende premie bij uitbreiding van de GSR

In hoofdstuk 5 is geconcludeerd dat de GSR in verhouding tot onder andere het Rijksgarantiekader vallende risicoregeling een gering risico scheidt. De vraag in hoeverre uitbreiding van de GSR met de vordering tot oplegging van een bestuursverbod tot risicoverhoging leidt is moeilijk te beantwoorden, zo volgt uit hoofdstuk 6. Aannemelijk is dat het openstellen van de GSR voor vorderingen van bestuursverboden per saldo geld zal kosten. De reden hiervoor is dat een dergelijke vordering niet is gericht op het genereren van inkomsten voor de boedel. Verondersteld kan dus worden dat het risico door uitbreiding met het bestuursverbod toeneemt. Een gefundeerde inschatting van de mate van risicoverzwaren is niet mogelijk, omdat niet bekend is in welke mate het aantal vorderingen tot oplegging van een bestuursverbod zal stijgen wanneer deze onder het regime van de GSR wordt gebracht.

Hetzelfde geldt m.m. voor uitbreiding van het werkingsbereik van de GSR met de Peeters/Gatzen-vordering. Er komt dan een categorie van gevallen bij waarvoor een garantstelling kan worden gevraagd. Voor een deel van de casusposities die aanleiding kunnen geven tot het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering geldt dat zij naar huidig recht al binnen de reikwijdte van de GSR vallen omdat het feitencomplex tevens aanleiding geeft tot het instellen van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering op grond van art. 2:9 BW en/of 2:138/248 BW en/of een vordering op grond van art. 42/43 Fw dan wel 47 Fw. Een potentiële verhoging van het risico is met name gelegen in het feit dat de Peeters/Gatzen-vordering ook kan worden ingesteld tegen anderen dan bestuurders en wederpartijen bij een paulianeuze rechtshandeling.

Een gefundeerde inschatting van de mate waarin het risico voor de overheid zal toenemen in geval van uitbreiding van de GSR tot faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen is evenmin mogelijk. Daarvoor zijn betrouwbare cijfers nodig over de mate waarin schuldeisersbenadeling bij natuurlijke personen en personenvennootschappen voorkomt. Dergelijke cijfers zijn niet beschikbaar. Als er veronderstellenderwijs van uit wordt gegaan dat uitbreiding van de GSR naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen het risico voor de overheid noemenswaardig vergroot, zou een kostendekkende premie in theorie interessant kunnen zijn. In de praktijk staan echter verschillende bezwaren aan invoering van een uitvoerbaar premiestelsel in de weg. Deze zijn in hoofdstuk 5 als volgt samengevat: de groep van te belasten eindgebruikers laat zich niet goed definiëren; de resulterende premie valt te hoog uit om levensvatbaar te zijn; er zijn principiële bezwaren tegen het belasten van de ene boedel voor kosten gemaakt ten behoeve van een andere boedel.

Samenvattende analyse

8.1 Inleiding

Het onderhavige onderzoek had ten doel drie centrale onderzoeksvragen te beantwoorden:

1. In hoeverre is de Garantstellingsregeling curatoren 2012 doeltreffend en doelmatig gebleken?
2. Kan het Rijksgarantiekader in de Garantstellingsregeling worden ingepast met behoud van het optimaliseren van de doelstellingen van de regeling? Zo ja, op welke manier zou dat kunnen?
3. Hoe verhoudt de Garantstellingsregeling zich tot de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en tot de uitbreiding naar aansprakelijkheidsprocedures door een curator van derden dan wel de uitbreiding naar natuurlijke personen en persoonsvennootschappen (zoals bedoeld in de motie-Gesthuizen)?

Deel I van dit rapport bevat het onderzoeksmateriaal voor de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag. Deel II bestaat uit drie beschouwingen ter beantwoording van de tweede en derde onderzoeksvraag. In dit slothoofdstuk zal op basis van de gepresenteerde bevindingen een samenvattend antwoord op de drie vragen worden geformuleerd.

Daarbij moet een enkel voorbehoud worden gemaakt betreffende de beschikbare data. In de eerste plaats: de beschikbare statistieken over faillissementen zijn gebrekkig, zoals in paragraaf 3.2.1 bleek. Het ontbreekt onder meer aan inzicht in de omvang van de verschillende categorieën faillissementen (natuurlijke personen, rechtspersonen en personenvennootschappen) en in het aantal faillissementen waarin sprake is van onrechtmatige benadeling. Daardoor ontbreekt een gedegen kwantitatieve achtergrond waartegen de ervaringen met de GSR zijn af te zetten.¹⁹⁸ In de tweede plaats zijn ook de data die in het onderhavige onderzoek zijn verzameld verre van volledig. Anders dan tijdens de evaluatie van 2005 is thans een door Justis onderhouden registratie van gegevens over het gebruik van de GSR beschikbaar. Echter, in deze registratie wordt slechts een beperkt aantal gegevens per dossier vastgelegd. Voor een vollediger beeld is de analyse van de Justis registratie aangevuld met een onderzoek van 100 dossiers, een aselechte steekproef getrokken uit een totaal van

¹⁹⁸ Het laatste rapport van het CBS over deze materie is gebaseerd op een steekproef van faillissementen ('Faillissementen: oorzaken en schulden 2015', WODC Den Haag 2016). Dit rapport is minder diepgaand en volledig dan voorgaande edities van deze driejaarlijkse rapportage.

1.315 dossiers aangemaakt in de periode 2012-2017. Echter, ook de dossiers bevatten niet altijd alle te verzamelen gegevens. Bovendien is de omvang van de steekproef te klein om de resultaten zonder meer te kunnen generaliseren.¹⁹⁹

Om betrouwbare uitspraken te kunnen doen over werking van de GSR zijn betrouwbare en gedetailleerde registraties onontbeerlijk. Nu die niet in voldoende mate beschikbaar zijn dienen de navolgende analyses met de nodige voorzichtigheid te worden gezien.

8.2 De werking van de GSR

8.2.1. Beleidstheorie

In hoofdstuk 2 is een reconstructie gemaakt van de theoretische aannames die ten grondslag liggen aan het beleidsinstrument ‘Garantstellingsregeling’. Uit die reconstructie blijkt allereerst dat de regeling van oorsprong twee verschillende doelstellingen heeft: ‘het bestrijden van misbruik van rechtspersonen’ en ‘het beschermen van de belangen van concurrente schuldeisers’. In de gedachtegang van de wetgever lijken deze beide doelstellingen in elkaars verlengde te liggen. De regeling moet ‘de mogelijkheid vergemakkelijken om malafide bestuurders van rechtspersonen in hun privévermogen aan te spreken in geval van misbruik van de door hen bestuurde rechtspersoon’, aldus de toelichting op de GSR 2012.²⁰⁰ Het behoort tot de kerntaak van de curator om zoveel mogelijk geld voor de schuldeisers te genereren, ook door de bestuurders van de failliete rechtspersoon aan te spreken indien daarvoor termen aanwezig zijn. Door dat te doen levert de curator ipso facto een bijdrage aan de bestrijding van misbruik van rechtspersonen. De GSR dient slechts om de mogelijkheid daartoe te vergemakkelijken. Aldus de kern van de beleidstheorie.

Overigens is, in de decennia sinds de GSR in het leven werd geroepen, een zekere mate van doelverschuiving waar te nemen. Aanvankelijk stond de bestrijding van misbruik van rechtspersonen centraal. Allengs kreeg het beschermen van de belangen van (concurrente) schuldeisers meer gewicht, onder meer door de eis dat het verwachte verhaal tenminste vier maal de gevraagde garantstelling moet bedragen. Recentelijk is bestrijding van ‘faillissementsfraude’, een term met een strafrechtelijke connotatie, steeds belangrijker geworden. In een brochure uit 2018 van Justis, de dienst die de GSR uitvoert, is het volgende terug te vinden:

‘Als in het faillissement sprake was van onbehoorlijk bestuur, kan de curator verhaal halen op het persoonlijke vermogen van de verantwoordelijke (ex-) bestuurder(s). Wanneer na een faillissement geen of onvoldoende geld aanwezig is voor een dergelijk onderzoek, kan de curator een beroep doen op de GSR. Deze regeling dekt de kosten voor een verhaalsonderzoek, vooronderzoek en een rechtsvordering op grond van onbehoorlijk bestuur en/of faillissementspauliana. Daarmee stelt de GSR curatoren in staat om ook bij een lege boedel de (ex-)bestuurders aansprakelijk te stellen voor hun aandeel in het faillissement. Op deze wijze draagt de GSR bij

¹⁹⁹ Idealiter zou de steekproef, gegeven de populatie van 1.315 dossiers, rond de 300 dossiers hebben moeten omvatten. Die omvang was te bewerkelijk in het kader van dit onderzoek. Met de gekozen steekproefomvang van 100 dossiers dient bij de analyses rekening gehouden te worden met een foutenmarge van 10%.

²⁰⁰ Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973, p. 5.

*aan de aanpak en bestrijding van faillissementsfraude.*²⁰¹

De causale keten tussen ‘curatoren in staat stellen om ook bij een lege boedel bestuurders aansprakelijk te stellen’ en ‘bijdragen aan de aanpak en bestrijding van faillissementsfraude’ blijft in dit citaat onbesproken. Overigens, zo concludeerden we in hoofdstuk 2, heeft ook de wetgever daarvoor geen sluitende argumentatie geleverd. En dat, terwijl dit verband zowel juridisch als theoretisch minder plausibel is dan het op het eerste gezicht lijkt (zie de ex-ante evaluatie aan het slot van paragraaf 2.4). Uit het onderzoek blijkt dat het zelfbeeld van de curator daarmee in overeenstemming is. Curatoren beschouwen zich eerst en vooral, overeenkomstig hun wettelijke taak, als de behartiger van de belangen van de schuldeisers in faillissement. Malafide bestuurders moeten het liefst wel worden aangepakt, maar niet ten koste van de schuldeisers of van de bedrijfshuishouding van curator.

De reconstructie van de beleidstheorie die aan de GSR ten grondslag ligt kan worden samengevat in de volgende sequentie van stellingen:

1. Het aansprakelijk stellen van malafide en roekeloze bestuurders leidt tot *generale preventie*, dat wil zeggen het weren van deze typen bestuurders.
2. Om de beoogde preventie te bewerkstelligen is het nodig dat bestuurders *succesvol* aansprakelijk worden gesteld.
3. Faillissementsfraude gaat vaak gepaard met een lege boedel, en een lege boedel *weerhoudt* de curator ervan om de nodige stappen te zetten die leiden tot aansprakelijkstelling van bestuurders.
4. Om de barrière van een lege boedel te boven te komen kan de minister de curator een *garantie* verstrekken voor de kosten die de curator ten behoeve van een aansprakelijkstelling moet maken. Die garantie dekt het risico dat de inspanningen van de curator niet tot een succesvolle aansprakelijkstelling leiden.
5. Wil de GSR bijdragen aan het succesvol aansprakelijk stellen van malafide of roekeloze bestuurders, dan zullen curatoren daadwerkelijk *gebruik* van de regeling moeten *maken*, zo vaak als dat is geïndiceerd.
6. Een noodzakelijke voorwaarde voor een adequaat gebruik van de GSR is de *bereidheid* onder curatoren om de regeling toe te passen.

In het navolgende zullen deze theoretische stappen in omgekeerde volgorde worden getoetst aan de gegevens over de werking van de GSR die in deel I van dit rapport bijeen zijn gebracht.

8.2.2. De bereidheid om de GSR toe te passen

‘Bereidheid’ is op te splitsen in drie dimensies: weten, kunnen en willen. In de eerste evaluatie van de GSR bleek vooral de onbekendheid met de procedurele en inhoudelijke vereisten van de regeling een oorzaak van de geringe bereidheid van curatoren om een garantstelling aan te vragen.²⁰² In de tweede evaluatie was die bekendheid al 80%.²⁰³ De enquête gehouden in het kader van het onderhavige onderzoek mat een bekendheid van 95%. Niet op de

²⁰¹ Brochure van de afdeling TRACK Toezicht op rechtspersonen & Garantstellingsregeling curator januari 2018.

²⁰² Vriesendorp, Verstijlen en Segers 1999, pag. 35.

²⁰³ Vriesendorp e.a. 2006, p. 12.

hoogte zijn met de GSR is dus inmiddels geen verklaring meer voor een gebrek aan bereidheid om een garantstelling aan te vragen. ‘Niet weten’ omvat echter ook foutieve percepties. Volgens sommige respondenten wordt onder een deel van de curatoren enigszins schamper gedaan over de GSR. In het onderzoek zijn daar verder geen aanwijzingen voor gevonden. Niettemin zou het een rem kunnen zijn op de bereidheid om een garantstelling aan te vragen.

‘Niet kunnen’ verklaart voor een deel het buiten toepassing laten van de GSR. Meer dan de helft van de curatoren die de betreffende vraag in de enquête hebben beantwoord lieten weten er wel eens bewust van te hebben afgezien een beroep op de GSR te doen. Gevraagd naar de redenen om ervan af te zien sprongen er twee uit: ‘gebrek aan verhaal’ en ‘administratieve belasting’ (zie tabel 4.4). Wat de eerste reden betreft, gebrek aan verhaal is dan kennelijk zo evident dat men het zelfs niet zinvol acht om een garantie te vragen voor een verhaalsonderzoek. De andere reden betreft vooral de tijdsinvestering die het met zich mee brengt om een aanvraag in te dienen. Curatoren schatten die op twee tot vijf (niet vergoede) uren. Als dat niet opweegt tegen de omvang van de aan te vragen garantstelling is dat een duidelijke barrière. In eerdere evaluatieonderzoeken bleek de (gepercipieerde) administratieve rompslomp een hoge drempel. De vereenvoudigingen die met de GSR in 2012 zijn doorgevoerd hebben deze belemmering kennelijk nog niet geheel weggenomen.

‘Niet willen’, in de vorm van er geen behoefte aan hebben, verklaart voor een ander deel de geringe animo om een garantstelling te vragen. Die animo is zeer ongelijk verdeeld onder curatoren. In paragraaf 4.2.6 is geconstateerd dat de meeste aanvragen zich concentreren bij een beperkt aantal kantoren en curatoren. Het bleek dat 27% van de 707 ingeschreven curatoren gedurende de onderzoeksperiode van zes jaar geen enkele aanvraag heeft gedaan en dat 44% van de curatoren in diezelfde periode slechts één aanvraag deed. Terwijl 502 van de curatoren geen of één aanvraag hebben ingediend, deden de 205 overige curatoren elk gemiddeld 5,2 verzoeken om een garantstelling. De helft van de 277 kantoren waar aanvragen vandaan kwamen, beperkte zich tot één of twee verzoeken om een garantstelling. Dit laat zich verklaren uit het verschil in positie van curatoren. Het vereiste dat de boedel (nagenoeg) leeg moet zijn, wil men met succes een beroep op de GSR kunnen doen, betekent dat het vaak om de minder lucratieve faillissementen zal gaan. Veelal zijn dat gevallen uit de ‘C-categorie’ (zie hoofdstuk 4). Kantoren met veel lucratieve faillissementen en met een winstgevende ondernemingsrechtelijke adviespraktijk zijn eerder bereid en in staat om de risico’s die voortvloeien uit een lege boedel tot op zekere hoogte voor eigen rekening te nemen.

8.2.3. Het gebruik van de GSR onder curatoren

In totaal zijn gedurende de onderzoeksperiode 1.315 aanvragen voor een garantstelling ingediend. Een klein aantal daarvan (29) werd ingetrokken, waardoor het gebruik op 1.286 uitkomt, ofwel 214 per jaar (zie tabel 3.5). Het is niet eenvoudig om dit getal naast een maatstaf te leggen om uit te maken of het gebruik groot of klein is, bevredigend of teleurstellend.

Eén manier om het gebruik te waarderen is een vergelijking met eerdere perioden. Er zijn cijfers beschikbaar uit voorgaande evaluaties. Gedurende de periode van zes jaar van het eerste evaluatieonderzoek (1993 t/m 1998) werden 318 aanvragen ingediend; een gemiddelde van 53 per jaar.²⁰⁴ In de periode waarover in het tweede evaluatieonderzoek werd gerapporteerd (1999-2005) werden 534 aanvragen ingediend, ofwel gemiddeld 76 per

²⁰⁴ Vriesendorp, Verstijlen en Segers 1999, p. 29.

jaar.²⁰⁵ Het gebruik in 2012-2017 is zo bezien vier maal zo hoog als in de periode 1993-1998 en bijna drie maal zo hoog als in de periode 1999-2005. Over de jaren is een aanmerkelijke toename in gebruik te constateren. Deze vergelijking kan nog nauwkeuriger gemaakt worden door de gebruiksaantallen te wegen voor het aantal faillissementen. Cijfers daarover zijn beschikbaar voor de laatste twee onderzoeksperiodes. In de periode 1999-2005 was het aantal aanvragen 1,1% van het aantal faillissementen²⁰⁶; in de onderhavige onderzoeksperiode is dat 4% (zie tabel 3.1). Het gebruik is vanuit dit perspectief zelfs verviervoudigd. Bovendien blijkt dat het aantal aanvragen gewogen voor het aantal faillissementen in de onderhavige onderzoeksperiode van jaar tot jaar nog toeneemt, van 3,2% in 2012 tot 5,4% in 2017 (zie tabel 3.1).

Om het geconstateerde gebruik te waarderen wordt in de analyse van financiële instrumenten als de GSR wel gebruik gemaakt van het onderscheid 'bedoeld gebruik', 'non-gebruik' 'overmatig gebruik' en 'cadeau-effect'. Om met het laatste te beginnen, een *cadeau-effect* treedt op wanneer de financiële ondersteuning overeenkomstig het doel van de regeling is verstrekt terwijl de gebruiker van de regeling dezelfde activiteiten ook had ondernomen indien de regeling niet beschikbaar was geweest.²⁰⁷ Het cadeau-effect van de GSR is klein, zo kan opgemaakt worden uit de in de enquête onder curatoren verzamelde gegevens. Op de vraag 'Zou u in de gevallen dat u een beroep deed op de Garantstellingsregeling curatoren, ook tot de betreffende actie zijn overgegaan zonder een garantstelling?' antwoordde slechts zes procent met 'ja' (zie tabel 4.4). Met behulp van de GSR kan de curator de risico's afdekken van werkzaamheden die de curator zonder garantstelling niet zou doen.

Van *overmatig gebruik* is sprake indien de verleende ondersteuning verder gaat dan de beoogde werking van de regeling. De begrenzings van het gebruik van de GSR zijn vastgelegd in artikel 6 lid 1 van de regeling en in de toelichting. Tot die grenzen behoren het vereiste van een lege boedel en het vereiste dat de te verstrekken garantstelling in een redelijke verhouding dient te staan tot het te verwachten verhaal. Het is aan Justis en aan de rechter-commissaris om overmatig gebruik tegen te gaan. Uit de beschikbare gegevens, met name die vervat in hoofdstuk 4, blijkt hoe de beide instanties, elk vanuit de eigen rol en positie, de gestelde grenzen bewaken. Daaruit valt op te maken dat de curator weinig ruimte wordt gelaten voor het verwerven van een garantstelling buiten de kaders van de regeling. De meeste complicaties gaan gepaard met de toepassing van de regel dat de te verlenen garantstelling niet meer dan een kwart van het te verwachten verhaal mag bedragen. Rechters-commissarissen vinden de regel niet toepasbaar. De omvang van het verhaal is vaak lastig van te voren in te schatten. Leidt dit toe overmatig gebruik? Men zou het kunnen opmaken uit het gegeven dat de helft van de verleende garantstellingen niet tot een aanvulling van de boedel leidt (tabel 3.19). Daarbij dient echter bedacht te worden dat een garantstelling doorgaans eerst verstrekt wordt voor een vooronderzoek naar onder meer verhaalsmogelijkheden. Vaak is de uitkomst dat er geen verhaal is; de curator zal dan geen verdere stappen ondernemen om de bestuurder aansprakelijk te stellen. Een garantstelling voor een dergelijk onderzoek valt geheel binnen de kaders van de GSR, ook al leidt het niet tot een vermeerdering van de boedel.

Non-gebruik is de verhouding tussen het aantal feitelijk ingediende aanvragen en het aantal potentiële aanvragen. Om die berekening te kunnen maken dient men te beschikken over het aantal faillissementen per jaar dat voldoet aan alle maatstaven om voor een garantstel-

²⁰⁵ Vriesendorp e.a. 2006, p. 17.

²⁰⁶ Vriesendorp e.a. 2006, p. 17.

²⁰⁷ Algemene Rekenkamer, *Leren van subsidie-evaluaties*, Den Haag 2011.

ling in aanmerking te komen. Het gaat om faillissementen van *commerciële rechtspersonen* waarbij sprake is van *onrechtmatige* benadeling van schuldeisers en van een *lege* boedel. De gegevens over faillissementen die via het CBS ter beschikking komen zijn ontoereikend om met enige mate van nauwkeurigheid het aantal faillissementen te bepalen dat aan deze kenmerken voldoet. Een voorzichtige indicatie kan ontleend worden aan door het CBS geanalyseerde gegevens over 2015.²⁰⁸ In 2015 werden 5.271 faillissementen voor rechtspersonen uitgesproken. Volgens het CBS was 17% van die faillissementen (896) ‘zeker onrechtmatig’. Er zijn geen cijfers over het aantal gevallen met of zonder lege boedel. Wel is bekend dat onrechtmatige benadeling niet zelden samenvalt met een lege boedel. Een zeer voorzichtige schatting heeft als uitgangspunt dat de helft van de 896 onrechtmatige faillissementen de boedel leeg was. Dat zou betekenen dat in dat jaar 448 faillissementen binnen de termen van de GSR vielen. In datzelfde jaar was het aantal aanvragen voor een garantstelling 213. Het non-gebruik komt daarmee op $448 - 213 = 235$; een non-gebruik van 52%. Nogmaals, dit getal is niet meer dan een zeer voorzichtige en grove indicatie. Gegeven de marges in de gebruikte aannames zou het non-gebruik ergens tussen de 200 en de 1000 faillissementen per jaar kunnen liggen.

Bedoeld gebruik is het aantal gevallen waarin de regeling overeenkomstig zijn doelstelling wordt toegepast. In het jaar 2015 was het bedoeld gebruik 213 aanvragen. Het geconstateerde gebruik is gebruik binnen de beperkingen van de regeling. Onder curatoren en rechters-commissarissen is veel twijfel of de regel dat het verhaal tenminste vier maal de aangevraagde garantie moet bedragen wel recht doet aan het maatschappelijke doel van de GSR (zie hoofdstuk 4). Aan het begin van dit hoofdstuk is er al op gewezen dat de GSR twee doelstellingen heeft: ‘het bestrijden van misbruik van rechtspersonen’ en ‘het beschermen van de belangen van concurrente schuldeisers’. Ook is opgemerkt dat de wetgever leek te veronderstellen dat beide doelstellingen in elkaars verlengde liggen: door het ene te bewerkstelligen wordt ook het andere gediend. Velen echter zien in het 1:4-vereiste een voorrang voor de tweede van de beide doelstellingen, het beschermen van de belangen van de schuldeisers. Vanuit het perspectief van de schuldeiser zou de curator slechts die stappen moeten zetten die waarde toevoegen aan de boedel. Zou de verhouding 1:1 zijn toegestaan, dan kan de uitkomst zijn dat eventuele opbrengsten geheel opgaan aan de werkzaamheden van de curator. Echter, vanuit het eerste doel geredeneerd is dat nog steeds goed besteed geld. Zelfs als de opbrengst van een actie gelijk is aan de kosten, dan nog wordt de malafide bestuurder in zijn privévermogen aangesproken, zoals de wetgever het wilde. Anders gezegd, het doel van de bestrijding van misbruik van rechtspersonen zou beter zijn gediend wanneer de eis dat het te verwachten verhaal ten minste vier maal het bedrag van de garantstelling bedraagt, zou worden versoepeld.²⁰⁹

8.2.4. Succesvol aansprakelijk stellen met de GSR

De GSR is pas werkelijk effectief als het gebruik ervan succes heeft in die zin dat de malafide of roekeloze bestuurder er toe wordt bewogen om het boedeltekort uit privé-middelen aan te vullen. Met opzet wordt hier het woord ‘bewogen’ gebruikt. Een formele aansprakelijkstelling via een procedure voor de rechter komt betrekkelijk weinig voor. Onderhandelen en schikken is de meest gebezigde methode om nog iets van de boedelschuld terug te winnen. In sommige arrondissementen dringt de rechter-commissaris actief aan op schikken, zo nodig via mediation, als de beste manier om de belangen van de schuldeisers te behartigen. Voor succesvol onderhandelen is het niet per se nodig een garantstelling aan te vragen; het enkele feit dat de curator zo nodig via de GSR over de middelen kan beschikken om een

²⁰⁸ CBS 2016, p. 11.

²⁰⁹ Deze conclusie werd ook al getrokken in het evaluatieonderzoek van 2006. Zie Vriesendorp e.a. 2006, p. 78-79.

formele procedure te starten kan de stok achter de deur zijn die de bestuurder tot enige inschikkelijkheid beweegt.

Een indicator van de effectiviteit van de GSR is het percentage gevallen waarin de curator de boedel zodanig weet aan te vullen uit het privévermogen van de bestuurder dat in elk geval de kosten van het aansprakelijk stellen kunnen worden gedekt. Tabel 3.19 laat zien hoe succesvol de in de onderzoeksperiode verleende garantstellingen in dit opzicht waren. In 42% van de gevallen leverde de aansprakelijkstelling in elk geval genoeg op om de gemaakte kosten af te dekken. In de helft van de gevallen slaagde de curator er niet in enig geld bij de bestuurder los te krijgen. Is een score van minder dan 1 op 2 succesvol te noemen? De beleidsvoerder heeft nooit *targets* geformuleerd. Ook overigens zijn er geen maatstaven om aan af te meten of de regeling hiermee effectief genoemd kan worden.

Een tweede indicator van de effectiviteit van de GSR is de boedelopbrengst. De in het onderzoek verzamelde gegevens zijn terug te vinden in tabel 3.15. In totaal hebben de curatoren over de gehele onderzoeksperiode een boedelopbrengst van €23.559.137 gemeld.²¹⁰ De gemiddelde boedelopbrengst was € 24.773 per garantstelling. Beperkt men zich tot de gevallen met enige boedelopbrengst dan is de gemiddelde boedelopbrengst per succesvolle aansprakelijkheidsstelling € 58.027.

Een derde indicator is de verhouding tussen de boedelopbrengsten en de kosten die de overheid maakt om die opbrengsten te realiseren. Deze cijfers zijn te vinden in tabel 3.25. De kostencomponent bestaat uit twee delen: het bedrag dat is uitbetaald ter dekking van de garantstellingen en de administratieve kosten gemoeid met de uitvoering van de GSR. Het totale bedrag aan afgedekte garantstellingen voor garanties die gedurende de onderzoeksperiode werden afgegeven bedraagt € 5.411.892. De uitvoeringskosten over de zes jaar van de onderzoeksperiode bedragen € 4.196.773. Bij elkaar opgeteld zijn de kosten € 9.608.665.²¹¹ Dat betekent dat de totale kosten gefinancierd uit 's Rijks kas 41% van de boedelopbrengsten bedragen. Ofwel, voor elke euro die de Staat in de GSR steekt worden failliete boedels met bijna tweeënhalve euro vermeerderd. De uit de aangevulde boedels gedekte kosten van de curator kunnen worden geschat op tenminste € 5.057.948. De totale kosten komen daarmee op € 14.666.613. Ofwel, voor elke euro die aan de boedel wordt toegevoegd is € 0,62 aan kosten gemaakt.

8.2.5. De werking van de GSR: generale preventie?

Het uiteindelijke doel van de regelgeving waarvan ook de GSR deel uitmaakt, is algemene preventie. Malafide en roekeloze bestuurders dienen geweerd te worden uit de BV Nederland. Misbruik van rechtspersonen moet voorkomen worden. Deze preventieve werking zou het gevolg moeten zijn van het gebruik van de GSR en van het 'aanpakken', met behulp van de GSR, van bestuurders, zoals in de voorgaande paragrafen besproken. Het valt op grond van de in dit onderzoek verzamelde gegevens niet te zeggen of het gebruik van de GSR en het aanpakken van bestuurders met behulp van de GSR inderdaad het beoogde preventieve effect hebben. Uit de gegevens is wel één indicator te destilleren die iets zegt over de *mogelijkheid* van preventieve werking.

Wil er sprake zijn van preventie, dan moeten de (in dit geval privaatrechtelijke) sancties die de bestuurder treffen zodanig zijn dat zij een afschrikwekkende werking hebben, niet alleen

²¹⁰ Het betreft hier de totale boedelopbrengst van de aanvragen die zijn toegewezen en per 1 juli 2019 zijn afgewikkeld.

²¹¹ Zoals in paragraaf 3.4 werd uitgelegd is deze optelling strikt genomen onjuist: de uitvoeringskosten zijn *kosten per jaar* en de afdekingskosten zijn kosten per het totaal van in enig jaar toegekende en inmiddels afgehandelde garanties. De opbrengst per geïnvesteerde euro zou daarom nog wel lager kunnen uitvallen.

op de aangesproken bestuurder en anderen die betrokken zijn bij een rechtshandeling die de vennootschap heeft benadeeld, maar op alle potentieel malverserende bestuurders. In het dossieronderzoek zijn voor elke in de steekproef opgenomen aanvraag onder meer geregistreerd de omvang van de boedelschulden (bij een lege boedel gelijk aan het *boedeltekort*), het *verwachte verhaal* en de *gerealiseerde toevoeging* aan de boedel. De verhouding tussen deze drie grootheden kan gebruikt worden als een indicator van de zwaarte van de sanctie die de bestuurder treft. Tabel 8.1 bevat de uitkomsten van een dergelijke berekening.

TABEL 8.1: VERHOUDING TUSSEN OMVANG SCHULDEN, VERWACHT EN GEREALISEERD VERHAAL

	BEDRAG	PERCENTAGE
Gemiddeld boedeltekort per dossier	€ 733.602	
Gemiddeld verwachte verhaal	€ 222.757	30% [+7 %] van boedeltekort
Gemiddeld gerealiseerde toevoeging aan de boedel	€ 33.229	4,5% [+1 %] van boedeltekort 14% [+3 %] van het verwachte verhaal

Gebaseerd op dossieronderzoek bij Justis²¹²

Uit de tabel valt te lezen dat het verwachte verhaal gemiddeld ongeveer een derde was van het vastgestelde boedeltekort. Uit het dossieronderzoek blijkt verder dat het gerealiseerde verhaal aanzienlijk minder is: slechts tien tot twintig procent van het verwachte verhaal. Dat is ongeveer 5% van het boedeltekort. Het valt te betwijfelen of een dergelijke geringe afdracht enige afschrikwekkende werking heeft. Daar komt bij dat de echte malafide bestuurder zijn privévermogen doorgaans uitstekend weet af te schermen. Voor die misbruikcategorie heeft het risico van een privaatrechtelijke sanctie waarschijnlijk helemaal geen preventieve werking.

8.3 Aanpassingen van de GSR

In deel II van dit rapport worden drie mogelijke aanpassingen van de GSR besproken: de invoering van een kostendekkende premie voor de voeding van het GSR garantiefonds; de uitbreiding van de werking van de GSR in de lijn van de herijking van het faillissementsrecht en de uitbreiding van de reikwijdte van de GSR in overeenstemming met de motie-Gesthuizen.

Hoewel het om zeer uiteenlopende aanpassingen van de GSR gaat is in de ex ante analyse van al deze maatregelen één element te vinden dat voor de beoordeling van alle voorgestelde aanpassingen relevant is. Die centrale teneur is, dat de GSR naar zijn aard een hybride beleidsinstrument is, hinkend op twee gedachten.²¹³ Enerzijds is het een middel dat de curator ondersteunt bij de behartiging van de belangen van de concurrente schuldeisers. Benaadrukt men dit doel, dan staat een privaatrechtelijke en markgerichte benadering van de GSR centraal. Anderzijds is het een middel dat een publiek belang dient: het bestrijden van faillissementsfraude, in het bijzonder door misbruik van rechtspersonen en het weren van malafide en roekeloze bestuurders. Stelt men dit doel centraal, dan is het dienen van de ver-

²¹² Het dossieronderzoek is verricht op basis van een steekproef van 100 gevallen. Indien men generaliseert naar de gehele populatie moet rekening worden gehouden met een foutenmarge van 10%. Die foutenmarge is verdisconteerd in de berekende verhoudingscijfers in de tabel.

²¹³ Ook in de conclusies van de evaluatie van de GSR over de periode 1999-2005 was dit een centraal thema. De onderzoekers suggereerden toen dat de wetgever duidelijker moest kiezen voor hetzij het ene, hetzij het andere doel.

haalsbelangen van schuldeisers secundair en gaat het veeleer om het behartigen van een publiek belang.

De invoering van een kostendekkende premie past bij de privaatrechtelijke marktgerichte kant van de GSR. De GSR wordt dan een soort verzekering voor wenselijk maar relatief risikant ondernemend handelen. De reden dat de overheid een dergelijke verzekering verstrekt of borgt als achterborg is, dat de markt niet in staat is een dergelijke verzekering tot stand te brengen. Er zijn goede redenen om de GSR *niet* om te vormen tot een op een verzekering lijkende voorziening met een kostendekkende premie. Ten eerste is het risico dat de GSR vormt voor de rijksfinanciën heel gering, zowel absoluut als in vergelijking met andere risicoregelingen. Ten tweede is er geen uitvoerbare premiereregeling te ontwerpen. Er valt geen te belasten eindgebruiker aan te wijzen die die in redelijkheid gezien kan worden als de risicodrager. De premie zou in de meeste varianten van een premiereregeling zo hoog uitvalen dat het de doeleinden van de GSR zo goed als te niet doet. Ten derde zijn er principiële bezwaren tegen het belasten van de ene boedel voor kosten gemaakt ten behoeve van een andere boedel.

De opneming van de vordering tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod in de GSR daarentegen benadrukt het publieke belang dat de GSR beoogt te dienen: bescherming van toekomstige deelnemers aan het maatschappelijk (handels)verkeer. De vordering tot oplegging van een bestuursverbod levert - op zichzelf - niets op voor de boedel. In geval van verstrekking van middelen voor het instellen van deze vordering kan dan ook niet langer van een garantstelling worden gesproken; er is dan sprake van subsidiëring.

Uitbreiding van de reikwijdte van de GSR zoals geopperd in de motie-Gesthuizen zou betekenen dat de curator ook een garantstelling kan vragen voor (onderzoek naar) een vordering op grond van onrechtmatige daad wegens benadeling van de gezamenlijke schuldeisers tegen bij deze benadeling betrokken derden (de zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering). De GSR kan dan in voorkomende gevallen faciliteren dat verhaal wordt genomen op anderen dan de bij de benadeling van schuldeisers betrokken bestuurders en wederpartijen bij een paulianeuze rechtshandelingen. Te denken valt aan (groot)aandeelhouders of adviseurs die hebben bijgedragen aan de benadeling van de schuldeisers door de failliet. Met het opnemen van de Peeters/Gatzen-vordering in de GSR zijn de verhaalsbelangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend. Er zijn geen redenen om de Peeters/Gatzen-vordering niet onder de reikwijdte van de GSR te brengen. Het leerstuk is inmiddels voldoende uitgekristalliseerd in de rechtspraak zodat voor lukrake vorderingen van curatoren op grond van onrechtmatige daad hoeft niet hoeft te worden gevreesd.

Met een uitbreiding van de reikwijdte van de GSR naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen wordt het oorspronkelijke doel van bestrijding van misbruik van de beperkte aansprakelijkheid van rechtspersonen losgelaten. Natuurlijke personen zijn immers onbeperkt aansprakelijk voor hun schulden en schuldeisers van personenvennootschappen kunnen verhaal nemen op de vennoten in privé. Wel kunnen natuurlijke personen en personenvennootschappen zelf misbruik van rechtspersonen maken. Dit is echter een andere vorm van misbruik dan het misbruik ter bestrijding waarvan de WBF en de GSR voor in het leven zijn geroepen. Omdat in de praktijk ook bij natuurlijke personen en personenvennootschappen schuldeisersbenadeling voorkomt is het begrijpelijk dat curatoren voorstander zijn van uitbreiding van de GSR naar faillissementen van natuurlijke personen en personenvennootschappen. Zij zouden dan ook in dit soort faillissementen bij een lege boedel financiering voor (onderzoek naar) een vordering wegens verhaalsbenadeling

kunnen verkrijgen. Onduidelijk is hoe vaak schuldeisersbenadeling bij natuurlijke personen en personenvennootschappen voorkomt.

Bijlage 1: lijst met afkortingen

BRP	Basisregistratie Personen
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CRR	Commissie Risicoregelingen
CV	Commanditaire vennootschap
DFEZ	Directie Financieel-Economische Zaken
DRC	Directie Rechtshandhaving en Criminaliteitsbestrijding
FIOD	Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst
Fw	Faillissementswet
GSR	Garantstellingsregeling curatoren
HR	Hoge Raad
INSOLAD	Vereniging Insolventierecht Advocaten
Jira	Vereniging voor Jonge Insolventierecht Advocaten
KPI	Kritische prestatie-indicator
KvK	Kamer van Koophandel
NV	Naamloze vennootschap
OM	Openbaar Ministerie
TRACK	Toezicht Rechtspersonen, Analyse, Controle en Kennisgeving
VOF	Vennootschap onder firma
WBA	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid
WBF	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement
WKA	Wet Keten Aansprakelijkheid
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

Bijlage 2: deelvragen

DEELONDERZOEK I: EVALUATIE GSR	
1.	Wat zijn de (wettelijke) doelen van de GSR 2012 en wat zijn de instrumenten (i.c. regels) van de regeling en de wijze waarop deze dienen te werken (mechanismen), om deze doelen te bereiken?
2.	Wat is het aantal garantstellingen en het aantal curatoren in relatie tot het aantal faillissementen, het aandeel faillissementen van rechtspersonen waarin sprake is van zekere benadeling van schuldeisers (gebaseerd op het CBS) en het aantal meldingen faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Fraude van de FIOD in de periode 2012-2017?
3.	Hoe vaak is in de praktijk door curatoren een beroep gedaan op de nieuwe rechtsgrond (artikel 47 Fw)?
4.	Hoeveel aanvragen van curatoren zijn in verband met de vereiste verhoudingen van 1:4 en 1:2 niet gehonoreerd?
5.	Wat is het (aan Justis opgegeven) totaalbedrag dat met behulp van de garantstelling door de curatoren is teruggehaald in de periode 2012-2017? Hoe is dit bedrag onder te verdelen in onderzoekskosten, het salaris van de curator en uitkering aan preferente c.q. concurrente schuldeisers?
6.	In vervolg op de vorige vraag, in hoeveel gevallen en voor welk totaalbedrag kon in de periode 2012-2017 de verleende garantstelling niet of gedeeltelijk niet uit de boedelopbrengst worden terugbetaald ter dekking van het uitstaande krediet? Is aan te geven wat hiervoor de belangrijkste oorzaken waren?
7.	Wat heeft de uitvoering van de regeling gekost per jaar in relatie tot het aantal zaken gedurende 2012-2017?
8.	In hoeverre zijn curatoren bereid om de regeling in te schakelen? Wat zijn daarvoor de overwegingen of wat houdt hen daar van af?
9.	In hoeverre is het mogelijk gebleken voor de curator om vooraf verhaalsmogelijkheden aan te kunnen tonen en in hoeverre zijn curatoren tevreden over de bestaande mogelijkheid om bepaalde kosten die door de curator zijn gemaakt voordat hij het GSR-verzoek doet of daarop is beslist, alsnog onder de verleende garantstelling voor vergoeding in aanmerking te laten komen?
10.	Is de vereiste verhouding van 1:4 tussen de hoogte van de gevraagde garantie en hoogte van de verwachte opbrengst redelijk en werkbaar voor zowel de curatoren als Justis? Hoe en op welk moment in het proces van de aanvraag van de regeling kan de curator dit aantonen?
11.	Is de vereiste verhouding van 1:2 tussen de hoogte van de gevraagde garantie en hoogte van de schulden redelijk en werkbaar voor zowel de curatoren als Justis? Hoe en op welk moment kan de curator deze verhouding aantonen?
12.	Zijn betrokkenen (curator, RC en Justis) tevreden met de vereenvoudigde rapportageverplichtingen en hoe wordt dit door curatoren beoordeeld in het licht van het toezicht op de uitvoering?
13.	Hoe wordt toezicht gehouden door Justis en de RC op (onterechte) declaraties van curatoren en tot welke interventies van Justis of de RC heeft dat geleid of kan dat leiden en zo ja, met welk resultaat?
14.	Wat zijn de succes- en faalfactoren en (onverwachte) neveneffecten van de GSR 2012?

DEELONDERZOEK II: DE GSR 2012 EN (TOEKOMSTIGE) ONTWIKKELINGEN	
15.	Hoe zou een garantiëplafond voor de regeling gekoppeld kunnen worden aan de instelling van een kostendekkende premie?
16.	Hoe zou een kostendekkende premie en/of een garantiëplafond zich verhouden tot de bereidheid van curatoren om de regeling in te schakelen, alsmede tot de uitvoeringskosten van de dienst Justis?
17.	Kan het invoeren van een kostendekkende premie, conform het Rijksgarantiekader, bijdragen aan het vergroten van de doelmatigheid van de GSR alsmede het verlagen van het financiële risico van de Staat?
18.	Welke invulling kan worden gegeven aan de invoering van een kostendekkende premie in het kader van de GSR?
19.	Hoe zou de invoering van een kostendekkende premie zich verhouden tot de huidige toetsingscriteria voor het verkrijgen van een garantië als beperking van het financiële risico van de Staat?
20.	Wat betekent een opnemng van een vordering tot een civielrechtelijk bestuursverbod in de GSR voor het verwachte aantal (zelfstandige) aanspraken op de GSR de te verwachten kosten en boedelopbrengsten?
21.	Wat betekent de invoering van de Wet versterking positie curator voor de toepassing van de GSR voor het verwachte aantal aanspraken en de te verwachten kosten en boedelopbrengsten?
22.	Wat betekenen deze wetten ten aanzien van de huidige toetsingscriteria voor het aantonen van mogelijke boedelopbrengsten (1:4 en 1:2) en van de mogelijkheid om verhaalsmogelijkheid aan te kunnen tonen door middel van het vooronderzoek?
23.	Wat betekent een uitbreiding van de GSR zoals bedoeld in de motie-Gesthuizen naar onrechtmatige daadsacties jegens derden die betrokken zijn bij de onrechtmatige benadeling van schuldeisers en naar faillissementen van natuurlijke personen en persoonsvennootschappen voor: <ul style="list-style-type: none"> a. het mogelijk bereiken van doelen van de regeling? b. het verwachte aantal aanspraken op de regeling? c. de te verwachte kosten en boedelopbrengsten? d. de toetsingscriteria voor het aantonen van mogelijke boedelopbrengsten (verhouding 1:4 en 1:2)?
24.	Onder welke condities zou een kostendekkende premie interessant kunnen zijn als de GSR wordt uitgebreid naar: <ul style="list-style-type: none"> a. onrechtmatige daadsacties jegens derden die betrokken zijn bij de benadeling van schuldeisers; b. faillissementen van natuurlijke personen en persoonsvennootschappen; c. het kunnen vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod.
25.	Zou het toezichtstelsel op (onterechte) declaraties van curatoren, zoals dat uit de ex-post evaluatie is gebleken (zie vraag 7), bij verruiming van de GSR nader aangepast dienen te worden?

Bijlage 3: gesprekspartners

Tjaza Appelman	Senior adviseur, Justis
Joris Boddaert	Curator, Davids Advocaten
Anne Karen Boiten	Faillissementsmedewerker, Davids Advocaten
Johan Bosland	Beleidsmedewerker DFEZ, Justitie en Veiligheid
Jelmer Brouwer	Curator, JPR Advocaten
Arie-Jan Van der Duijn Schouten	Curator, De Koning Advocaten
Willy Don	Rechter-commissaris, rechtbank Den Haag
Carry Dullaart	Curator, Labré Advocaten
Jacqueline Frima	Rechter-commissaris, rechtbank Rotterdam
Derk van Geel	Curator, FORT Advocaten
Han Groen	Rechter-commissaris, rechtbank Limburg
Carl Hamm	Curator, Borsboom & Hamm
Ferry de Jong	Beleidsmedewerker, Justis
Miranda Leppens	Rechter-commissaris, rechtbank Zeeland-West- Brabant
Mark Loef	Curator, Daniels Huisman Advocaten
Jan Hein Mastenbroek	Curator, Bout Advocaten
Reinier Pijls	Curator, Poelmann van den Broek en oud-voorzitter Jira
Margaretha Pluim	Beleidsmedewerker DRC, Justitie en Veiligheid
Robert Roeffen	Curator, Van Iersel Luchtman Advocaten
Flip Schreurs	Curator, Boels Zanders en voorzitter INSOLAD
Simon Setz	Curator, Boonk Van Leeuwen
David Smulders	Beleidsmedewerker DFEZ, Justitie en Veiligheid
Matthieu Souren	Curator, Hoens & Souren Advocaten
Rick van der Spek	Curator, TRIP Advocaten
Jaap Timmer	Projectleider faillissementsfraude, FIOD
Hannah Traudes	Operationeel manager, Justis
Matthieu Vermeulen	Rechter-commissaris, rechtbank Overijssel
John Wassenaar	Beleidsmedewerker, Justis
Marjette Wouters	Rechter-commissaris, rechtbank Noord-Holland

Bijlage 4: geraadpleegde bronnen

Literatuur

Boddaert 2019

J.W. Boddaert, 'Het bestuursverbod: de tandeloze tijger', *TvCu* 2019, afl. 3, p. 69-74.,

CBS 2016

CBS, *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015*, CBS voor: WODC, 2016.

Commissie Risicoregelingen 2013

P. van den Berg, J.D. Brilman en W. Heeringa, *Risicoregelingen in beeld*, Ministerie van Financiën, 2013.

Cozijn 1991

C. Cozijn, *Aansprakelijkheid op grond van de Wet Bestuursaansprakelijkheid bij Faillissement*, WODC, 1991.

Keijzer en Lennarts 2014

F.E. Keijzer en M.L. Lennarts, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: geen medicijn maar een placebo', in: D. Busch e.a., *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod, preadvies van de Vereniging Handelsrecht*, Zutphen: Paris, 2014.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en de persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator*, diss. Katholieke Universiteit Brabant, 1998.

Vriesendorp e.a. 2006

R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen, G. van Dijck en D.F. Kopalit, *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1995-2006*, Schoordijk Instituut voor: WODC, 2006.

Vriesendorp, Verstijlen en Slegers 1999

R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen en C.W.M. Slegers, *De Garantstellingsregeling curatoren: rapport van de evaluatie van de werking van de Garantstellingsregeling in de praktijk*, Katholieke Universiteit Brabant en Schoordijk Instituut voor: WODC, 1999.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1984-1985, 16 631, nr. 24

Kamerstukken II 1991-1992, 17 050, nr. 147

Kamerstukken II 2006-2007, 30 800 VI, nr. 36

Kamerstukken II 2012-2013, 29 911, nr. 74

Kamerstukken II 2013-2014, 33 750, nr. 13

Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 3

Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 4

Kamerstukken II 2014-2015, 34 253, nr. 3

Kamerstukken II 2015-2016, 34 300 VI, nr. 2

Kamerstukken II 2016-2017, 34 253, nr. 12
Kamerstukken II 2016-2017, 34 253, nr. 13
Kamerstukken II 2018-2019, 35 000, nr. 2

Staatscourant, 21 april 1993, nr. 76
Staatscourant, 1 maart 2012, nr. 3973

Staatsblad, 1986, nr. 275
Staatsblad, 2016, nr. 205
Staatsblad, 2017, nr. 176

Jurisprudentie

ABRvS 16 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD7394

HR 4 december 1963, NJ 1964/144
HR 13 januari 1984, ECLI:NL:HR:1983:AG4521
HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286
HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0401
HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR1994:ZC1590
HR 24 februari 1995, NJ 1996/472
HR 21 december 2001, NJ 2005/95
HR 21 december 2001, NJ 2005/96
HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797
HR 27 februari 2009, NJ 2009/318
HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN7887
HR 23 mei 2014, NJ 2014/325

Rb. Rotterdam 3 juni 2005, WET 03/3635
Rb. Rotterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3747
Rb. Den Haag 13 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8801
Rb. Rotterdam 14 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9777
Rb. Midden-Nederland 19 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6261
Rb. Amsterdam 24 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:466

Bijlage 5: casusposities interviews

Telkens is de vraag:

1. Wat doet u?
2. Welke onderzoeken naar 'onregelmatigheden' (art. 68 lid 2 Fw.) doet u?
3. Doet u een beroep op de GSR?
4. Stelt u een procedure in?

Casus 1

U wordt aangesteld als curator. U constateert dat de boekhouding ontbreekt, dat er geen actief is en dat de bestuurder geen bekende woon- of verblijfplaats heeft. U kunt geen contact met hem krijgen.

Casus 2

U wordt aangesteld als curator. U treft een boekhouding aan maar die vertoont wezenlijke materiële gebreken. De bestuurder werkt mee, maar in minimale mate. U heeft geen directe aanwijzingen dat er onregelmatigheden zijn, maar kunt ook niet uitsluiten dat die er zijn. De boedel is – los van de opbrengst van eventuele aansprakelijkheidsvorderingen – leeg.

Variant 1: u weet niet of de bestuurder verhaal biedt.

Variant 2: de bestuurder biedt duidelijk verhaal.

Variant 3: de bestuurder biedt geen verhaal.

Casus 3

U wordt aangesteld als curator. U treft een boekhouding aan die in orde is maar de jaarstukken zijn de afgelopen twee jaren twee maanden te laat gedeponeed. U heeft geen aanwijzingen dat er 'materieel' kennelijk onbehoorlijk is bestuurd. De boedel is leeg.

Variant 1: u weet niet of de bestuurder verhaal biedt.

Variant 2: de bestuurder biedt duidelijk verhaal.

Variant 3: de bestuurder biedt geen verhaal.

Casus 4

U wordt aangesteld als curator. De boekhouding en de deponering van de jaarstukken zijn in orde, maar u constateert dat in het jaar voor de faillietverklaring grote investeringsrisico's zijn genomen die uiteindelijk niet konden worden gedragen. De boedel is leeg.

Variant 1: u weet niet of de bestuurder verhaal biedt.

Variant 2: de bestuurder biedt duidelijk verhaal.

Variant 3: de bestuurder biedt geen verhaal.

Casus 5

U wordt aangesteld als curator. De boekhouding en de deponering van de jaarstukken zijn in orde, maar u constateert dat in de maanden voor de faillietverklaring selectief is betaald maar wel alle op opeisbare schulden. U mag aannemen dat een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de pauliana in de gegeven omstandigheden een goede kans van slagen heeft, maar voor het overige is de boedel leeg.

Variant 1: u weet niet of de bestuurder/wederpartij verhaal biedt.

Variant 2: de bestuurder/wederpartij biedt duidelijk verhaal.

Variant 3: de bestuurder/wederpartij biedt geen verhaal.

Casus 6

U wordt aangesteld als curator. U constateert dat de bestuurder een klassieke 'greep in de kas' heeft gedaan en zich persoonlijk heeft verrijkt. De boedel is leeg.

Variant 1: u weet niet of de bestuurder/wederpartij verhaal biedt.

Variant 2: de bestuurder/wederpartij biedt duidelijk verhaal.

Variant 3: de bestuurder/wederpartij biedt geen verhaal.

Bijlage 6: vragenlijst enquête curatoren

1. Bent u bekend met de Garantstellingsregeling curatoren?
 - Ja
 - Nee

NB: als de respondent nee invult wordt de enquête beëindigd

2. Heeft u in de periode tussen 2012 en nu weleens een beroep gedaan op de Garantstellingsregeling curatoren?
 - Ja, een keer
 - Ja, tussen 2-5 keer
 - Ja, tussen 6-10 keer
 - Ja, meer dan 10 keer
 - Nee

NB: als de respondent nee invult, krijgen respondenten vraag 6 t/m 9 niet te zien

3. Heeft u in de periode tussen 2012 en nu weleens bewust gekozen af te zien van een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren?
 - Ja
 - Nee

NB: als de respondent ja invult, krijgt hij een vervolgvraag

- Vervolg vraag: Wat was of waren voor u de meest zwaarwegende reden(en) om toen geen beroep te doen op de Garantstellingsregeling curatoren? (meerdere antwoorden zijn mogelijk)*
 - Er waren onvoldoende verhaalsmogelijkheden
 - Er was geen sprake van een lege boedel
 - Schuldeisers bleken bereid tot voorfinanciering van de proceskosten
 - De rechter-commissaris zou geen goedkeuring geven
 - Er moesten te veel administratieve handelingen worden verricht
 - De tijdsinvestering voor de aanvraag woog niet op tegen de omvang van de gevraagde garantstelling
 - Anders, namelijk:
4. Is de vereiste verhouding van 1:4 tussen de hoogte van de gevraagde garantie en hoogte van de verwachte opbrengst voor u werkbaar?²¹⁴
 - Ja, omdat (*open antwoord*)
 - Nee, omdat (*open antwoord*)
 - Weet ik niet/geen mening

²¹⁴ Om in aanmerking te komen voor een garantstelling dient de curator bij de aanvraag aan te geven wat de te verwachten opbrengst zal zijn uit de boedel. De verhouding tussen de hoogte van de gevraagde garantstelling en de hoogte van de verwachte opbrengst moet in ieder geval 1:4 zijn. Dit kan onder omstandigheden betekenen dat de kosten niet geheel gedekt worden door de verleende garantstelling.

5. Is de vereiste verhouding van 1:2 tussen de hoogte van de gevraagde garantie en de hoogte van de schulden voor u werkbaar?²¹⁵
- Ja, omdat (*open antwoord*)
 - Nee, omdat (*open antwoord*)
 - Weet ik niet/geen mening
6. In hoeverre dekde de garantstelling doorgaans de kosten waarvoor u de garantstelling heeft aangevraagd?
- Volledig (100%)
 - Grotendeels (75%-99%)
 - Gedeeltelijk (50%-74%)
 - Beperkt (<50%)
 - Dat varieert te veel van geval tot geval om er een algemeen antwoord op te geven
 - Weet ik niet/geen mening
7. Hoe ervaart u het toezicht door de rechter-commissaris op de verleende garantstelling?
- Zeer intensief
 - Intensief
 - Redelijk intensief
 - Marginaal
 - Zeer marginaal
8. Heeft de rechter-commissaris u in de periode tussen 2012 en nu weleens verzocht om nadere informatie aan te leveren in het kader van de verleende garantstelling?
- Ja, meerdere keren
 - Ja, eenmaal
 - Nee
 - Weet ik niet

NB: als de respondent ja invult, krijgt hij een vervolgvraag

- *Volgvraag: Kunt u aangeven om welke nadere informatie de rechter-commissaris verzocht?*
 - *Open antwoord*
9. Zou u in de gevallen dat u een beroep deed op de Garantstellingsregeling curatoren, ook tot de betreffende actie zijn overgegaan zonder een garantstelling?
- Ja, omdat (*open antwoord*)
 - In sommige gevallen wel, in sommige gevallen niet, omdat (*open antwoord*)
 - Nee, omdat (*open antwoord*)
 - Weet ik niet/geen mening

²¹⁵ Om in aanmerking te komen voor een garantstelling moet de verhouding tussen de hoogte van de gevraagde garantstelling en de hoogte van de schulden in ieder geval 1:2 zijn.

10. Heeft u weleens geprocedeerd om een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd te krijgen?²¹⁶
- Ja
 - Nee
11. Zou u vaker een beroep doen op de Garantstellingsregeling curatoren wanneer het civielrechtelijk bestuursverbod onder de werking van de regeling zou vallen?
- Ja
 - Nee
 - Weet ik niet/geen mening
12. Voelt u zich moreel verplicht onderzoek in te stellen naar onregelmatigheden indien op voorhand duidelijk is dat de boedel niet volstaat om de daarmee gemoeide kosten te voldoen?
- Ja
 - In sommige gevallen wel, in sommige gevallen niet
 - Nee
 - Geen mening

NB: als de respondent 'in sommige gevallen wel, in sommige gevallen niet' invult, krijgt hij een vervolgvraag

- *Vervolgvrage:* Kunt u aangeven waarom u zich in sommige gevallen wel en in sommige gevallen niet moreel verplicht voelt onderzoek in te stellen naar onregelmatigheden indien op voorhand duidelijk is dat de boedel niet volstaat om de daarmee gemoeide kosten te voldoen ?
 - *Open antwoord*

13. Heeft u bij het constateren van onregelmatigheden in een faillissement weleens melding gemaakt of aangifte gedaan bij de bevoegde instantie(s) ?
- Ja, dat doe ik altijd (in 100% van de gevallen)
 - Ja, dat doe ik vaak (in 75% tot 99% van de gevallen)
 - Ja, dat doe ik meestal (in 50% tot 74% van de gevallen)
 - Ja, dat doe ik soms (in minder dan 50% van de gevallen)
 - Nee, dat doe ik nooit

NB: als de respondent vaak, meestal, soms of nooit invult, krijgt hij twee vervolgvragen

- *Vervolgvrage:* Wat was of waren voor u de meest zwaarwegende reden(en) om geen melding of aangifte te doen bij de bevoegde instantie(s)? (*meerderre antwoorden zijn mogelijk*)
 - Politie/justitie gaat zelden over tot vervolgactie
 - Civielrechtelijke actie is toereikend
 - Civielrechtelijke actie is effectiever
 - Strafrechtelijke actie levert niets op ten gunste van de boedel
 - Aangifte kan tot tegenclaim voor schadevergoeding leiden

²¹⁶ De Wet civielrechtelijk bestuursverbod is op 1 juli 2016 in werking getreden. Het civielrechtelijk bestuursverbod maakt het mogelijk om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen.

- Het kost te veel tijd/geld
 - Anders, namelijk
 - *Vervolg vraag:* Zou u vaker melding of aangifte doen als de daarmee gemoede kosten volledig vergoed zouden worden?
 - Ja
 - Nee
 - Weet ik niet/geen mening
14. Bent u sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator op 1 juli 2017 extra onderzoek gaan doen ter voorbereiding van een melding of aangifte?
- Ja
 - Nee, maar ik ben wel bekend met de Wet versterking positie curator
 - Ik ben niet bekend met de Wet versterking positie curator

Stellingen

Zou u willen aangeven in welke mate u het eens bent met de volgende stellingen? (Zeer mee eens/mee eens/mee oneens/zeer mee oneens/weet ik niet/geen mening)

15. Het bestrijden van faillissementsfraude²¹⁷ is voor mij een belangrijke reden om een beroep te doen op de Garantstellingsregeling curatoren.
16. De fraudesignalerende rol van de curator kan bijdragen aan het vergroten van het boedelactief.
17. Het is voor mij over het algemeen goed mogelijk om bij de aanvraag van een garantstelling in te schatten wat de verhaalsmogelijkheden zullen zijn.
18. Wanneer onrechtmatigedaadsacties jegens derden²¹⁸ (inclusief Peeters/Gatzenvorderingen)²¹⁹ onder de werking van de Garantstellingsregeling curatoren zouden vallen, zou ik vaker een dergelijke vordering instellen
19. Wanneer natuurlijke personen en personenvennootschappen onder de werking van de Garantstellingsregeling curatoren zouden vallen (met betrekking tot de aansprakelijkheid van derden), zou ik vaker een beroep doen op de regeling dan nu het geval is.

²¹⁷ Opzettelijk of ongeoorloofd gedrag voor of tijdens een faillissement, waardoor faillissementsschuldeisers (kunnen) worden benadeeld. Hieronder kan ook misbruik van faillissementsrecht en onbehoorlijk bestuur vallen.

²¹⁸ Die betrokken zijn bij de onrechtmatige benadeling van schuldeisers.

²¹⁹ In het kader van de taak van de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen, kan de curator onder omstandigheden een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad instellen jegens een derde die bij de benadeling van schuldeisers is betrokken, ook al komt een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe. Dit is ruim dertig jaar geleden beslist door de Hoge Raad in het Peeters/Gatzen-arrest.

20. De invoering van een kostendekkende premie voor de boedel om de Garantstellingsregeling curatoren risicodragend te maken²²⁰ is een verstandig idee.
21. Indien u wilt kunt u een toelichting geven op uw antwoord(en) bij een of meer van de bovenstaande stellingen.
- *Open antwoord*

Waardering Garantstellingsregeling curatoren

22. Hoe beoordeelt u de volgende aspecten van de Garantstellingsregeling curatoren? (*Zeer positief/positief/negatief/zeer negatief/weet ik niet/geen mening*)
- De duur van de aanvraagprocedure
 - De aanvraagprocedure in zijn algemeenheid
 - De rapportageverplichtingen in het kader van de verleende garantstelling
 - De activiteiten van de financiële instelling (KAS Bank)
 - De afrekening van de garantstelling
23. Wat is de toegevoegde waarde van de Garantstellingsregeling curatoren bij uw behandeling van een faillissement?
- Zeer groot
 - Groot
 - Redelijk
 - Beperkt
 - Zeer beperkt
 - Weet ik niet/geen mening
24. Zou de Garantstellingsregeling curatoren naar uw mening aangepast moeten worden?
- Ja
 - Nee
 - Weet ik niet/geen mening

NB: als de respondent ja invult, krijgt hij een vervolgvraag

- *Vervolgvraag: Op welke manier zou de Garantstellingsregeling curatoren moeten worden aangepast?*
 - *Open antwoord*

Deelname interview

25. Deze enquête geeft een algemeen beeld van de ervaringen en meningen van curatoren ten aanzien van (het gebruik van) de Garantstellingsregeling curatoren. Om een verdiepend inzicht te krijgen in deze ervaringen en meningen willen we curatoren ook interviewen.

²²⁰ De Garantstellingsregeling curatoren valt onder het Rijksgarantiekader. Het Rijksgarantiekader is geïntroduceerd om uitstaande financiële risico's te beperken en beter te beheersen. Om de Garantstellingsregeling curatoren risicodragend te maken, zal de regeling worden gekoppeld aan een kostendekkende premie. Dit zou betekenen dat curatoren, in gevallen dat met behulp van de regeling baten van de boedel zijn gerealiseerd, een deel van de opbrengst aan het ministerie moet worden afdragen ter dekking van de gevallen waarin geen boedelactief is verkregen.

Staat u open voor een dergelijk interview in het kader van de evaluatie van de Garantstellingsregeling curatoren? Dit kost u ongeveer een uur de tijd.

- Ja
- Nee

NB: als de respondent ja invult, krijgt hij een vervolgvraag

- Volgvraag: Kunt u hieronder uw contactgegevens invullen, zodat wij u kunnen benaderen voor een interview?*
 - *Open antwoord*

26. In welk arrondissement bent u als curator werkzaam?

- Amsterdam
- Den Haag
- Gelderland
- Limburg
- Midden-Nederland
- Noord-Holland
- Noord-Nederland
- Oost-Brabant
- Overijssel
- Rotterdam
- Zeeland-West-Brabant

Bijlage 7: vragenlijst enquête rechters-commissarissen

1. Bent u bekend met de Garantstellingsregeling curatoren?
 - Ja
 - Nee

NB: als de respondent nee invult wordt de enquête beëindigd

2. Bent u in de periode tussen 2012 en nu betrokken geweest bij een aanvraag krachtens de Garantstellingsregeling curatoren?
 - Ja, tussen 1-10 keer
 - Ja, meer dan 10 keer
 - Nee

NB: als de respondent nee invult, gaan respondenten verder naar vraag 8

3. Is de vereiste verhouding van 1:4 tussen de hoogte van de gevraagde garantie en hoogte van de verwachte opbrengst volgens u werkbaar? ²²¹
 - Ja, omdat (*open antwoord*)
 - Nee, omdat (*open antwoord*)
 - Weet ik niet/geen mening
4. Is de vereiste verhouding van 1:2 tussen de hoogte van de gevraagde garantie en de hoogte van de schulden volgens u werkbaar? ²²²
 - Ja, omdat (*open antwoord*)
 - Nee, omdat (*open antwoord*)
 - Weet ik niet/geen mening
5. In hoeverre let u bij de goedkeuring van een aanvraag op de onderbouwing van de mogelijke aansprakelijkheden?
 - Altijd (in 100% van de gevallen)
 - Meestal (in 75% tot 99% van de gevallen)
 - Soms (in 50% tot 74% van de gevallen)
 - Nauwelijks (in minder dan 50% van de gevallen)
 - Dat varieert te veel in de gevallen die ik heb behandeld om er een algemeen antwoord op te geven
 - Niet
 - Weet ik niet/geen mening

²²¹ Om in aanmerking te komen voor een garantstelling dient de curator bij de aanvraag aan te geven wat de te verwachten opbrengst zal zijn uit de boedel. De verhouding tussen de hoogte van de gevraagde garantstelling en de hoogte van de verwachte opbrengst moet in ieder geval 1:4 zijn.

²²² Om in aanmerking te komen voor een garantstelling moet de verhouding tussen de hoogte van de gevraagde garantstelling en de hoogte van de schulden in ieder geval 1:2 zijn.

NB: de respondent krijgt een vervolgvraag, behalve wanneer 'weet ik niet/geen mening' wordt ingevuld

- *Vervolgvrage:* In hoeverre bent u in staat om, op basis van de aangeleverde informatie ten behoeve van de aanvraag van een garantstelling, de onderbouwing van de mogelijke aansprakelijkheden te beoordelen?
 - Zeer goed
 - Goed
 - Niet goed
 - Helemaal niet goed
 - Weet ik niet/geen mening

- 6. Controleert u hoeveel tijd een curator besteedt aan het voor- en/of verhaalsonderzoek?
 - Altijd (in 100% van de gevallen)
 - Vaak (in 75% tot 99% van de gevallen)
 - Meestal (in 50% tot 74% van de gevallen)
 - Soms (in minder dan 50% van de gevallen)
 - Nooit

- 7. Controleert u of de ureninzet van de curator aan het voor- en/of verhaalsonderzoek te verantwoorden is?
 - Altijd (in 100% van de gevallen)
 - Vaak (in 75% tot 99% van de gevallen)
 - Meestal (in 50% tot 74% van de gevallen)
 - Soms (in minder dan 50% van de gevallen)
 - Nooit

NB: als de respondent nee invult, krijgt hij een vervolgvraag

- *Vervolgvrage:* Om welke reden controleert u niet of de ureninzet van de curator te verantwoorden is?
 - *Open antwoord*

- 8. Heeft u in de periode tussen 2012 en nu weleens een negatief advies gegeven over een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren?
 - Ja
 - Nee

NB: als de respondent ja invult, krijgt hij een vervolgvraag

- *Vervolgvrage:* Wat was voor u de reden om een negatief advies te geven over een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren? (*meerdere antwoorden zijn mogelijk*)
 - Er werd niet voldaan aan de voorwaarden om een garantstelling te verkrijgen
 - Er waren geen aangetoonde verhaalsmogelijkheden
 - De te maken kosten zouden niet opwegen tegen de verwachte opbrengst
 - Bestuurder werd al aangepakt door de bevoegde instanties
 - Anders, namelijk:

9. Is een verleende garantstelling waar u toezicht op hield weleens beëindigd omdat niet werd voldaan aan de rapportageverplichtingen?
- Ja
 - Nee

NB: als de respondent ja invult, krijgt hij een vervolgvraag

- Vervolgvrage:* Om welke reden(en) werd niet voldaan aan de rapportageverplichtingen?
 - *Open antwoord*

10. Bevatten de periodieke faillissementsverslagen van de curator voldoende informatie om adequaat toezicht te kunnen houden op de verleende garantstelling?
- Ja
 - Nee

NB: als de respondent nee invult, krijgt hij een vervolgvraag

- Vervolgvrage:* Kunt u aangeven welke informatie ontbreekt in de faillissementsverslagen om adequaat toezicht te kunnen houden?
 - *Open antwoord*

11. Heeft u in de periode tussen 2012 en nu weleens aan een curator verzocht om nadere informatie aan te leveren in het kader van de verleende garantstelling?
- Ja, eenmaal
 - Ja, meerdere keren
 - Nee
 - Weet ik niet

NB: als de respondent ja invult, krijgt hij een vervolgvraag

- Vervolgvrage:* Kunt u aangeven om welke reden(en) u nadere informatie heeft verzocht?
 - *Open antwoord*

12. Hoe kwalificeert u het toezicht door u als rechter-commissaris uitgeoefend op de verleende garantstelling?
- Zeer intensief
 - Intensief
 - Matig intensief
 - Marginaal
 - Zeer marginaal
 - Weet ik niet/geen mening

13. Heeft u er bij een curator weleens op aangedrongen om in geval van geconstateerde onregelmatigheden in een faillissement melding te maken of aangifte te doen bij de bevoegde instanties ?
- Ja, dat doe ik altijd (in 100% van de gevallen)
 - Ja, dat doe ik vaak (in 75% tot 99% van de gevallen)
 - Ja, dat doe ik meestal (in 50% tot 74% van de gevallen)
 - Ja, doet doe ik soms (in minder dan 50% van de gevallen)
 - Nee, dat doe ik nooit
 - Weet ik niet
 - Niet van toepassing

Stellingen

Zou u willen aangeven in welke mate u het eens bent met de volgende stellingen? (Zeer mee eens/mee eens/mee oneens/zeer mee oneens/weet ik niet/geen mening)

14. De fraudesignalerende rol van de curator draagt bij aan het vergroten van het boedelactief.
15. Het is voor mij, op basis van de aangeleverde informatie, goed mogelijk om bij de aanvraag van een garantstelling in te schatten wat de verhaalsmogelijkheden zullen zijn.
16. Ik verwacht dat er vaker een civielrechtelijk bestuursverbod zou worden gevorderd indien deze vordering onder de werking van de Garantstellingsregeling curatoren zou vallen.
17. Ik verwacht dat er vaker een onrechtmatigedaadsactie jegens derden²²³ (inclusief Peeters/Gatzen-vorderingen)²²⁴ zou worden gevorderd indien deze vordering onder de werking van de Garantstellingsregeling curatoren zou vallen.
18. Wanneer natuurlijke personen en personenvennootschappen onder de werking van de Garantstellingsregeling curatoren zouden vallen (met betrekking tot de aansprakelijkheid van derden), zouden curatoren vaker een beroep doen op de regeling dan nu het geval is.
19. De invoering van de kostendekkende premie voor de boedel om de Garantstellingsregeling curatoren risicodragend²²⁵ te maken is een verstandig idee.
20. Indien u wilt kunt u een toelichting geven op uw antwoord(en) bij een of meer van de bovenstaande stellingen.

²²³ Die betrokken zijn bij de onrechtmatige benadeling van schuldeisers.

²²⁴ In het kader van de taak van de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen, kan de curator onder omstandigheden een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad instellen jegens een derde die bij de benadeling van schuldeisers is betrokken, ook al komt een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe. Dit is ruim dertig jaar geleden beslist door de Hoge Raad in het Peeters/Gatzen-arrest.

²²⁵ De Garantstellingsregeling curatoren valt onder het Rijksgarantiekader. Het Rijksgarantiekader is geïntroduceerd om uitstaande financiële risico's te beperken en beter te beheersen. Om de Garantstellingsregeling curatoren risicodragend te maken, zal de regeling worden gekoppeld aan een kostendekkende premie. Dit zou betekenen dat curatoren, in gevallen dat met behulp van de regeling baten van de boedel zijn gerealiseerd, een deel van de opbrengst aan het ministerie moet worden afdragen ter dekking van de gevallen waarin geen boedelactief is verkregen.

Waardering Garantstellingsregeling curatoren

21. Hoe beoordeelt u de volgende aspecten van de Garantstellingsregeling curatoren?
(*Zeer positief/positief/negatief/zeer negatief/weet ik niet/geen mening*)
- De duur van de aanvraagprocedure
 - De aanvraagprocedure in zijn algemeenheid
 - De rapportageverplichtingen in het kader van de verleende garantstelling
22. Wat is de toegevoegde waarde van de Garantstellingsregeling curatoren voor de curator bij de behandeling van een faillissement?
- Zeer groot
 - Groot
 - Redelijk
 - Beperkt
 - Zeer beperkt
 - Weet ik niet/geen mening
23. Zou de Garantstellingsregeling curatoren naar uw mening aangepast moeten worden?
- Ja
 - Nee
 - Weet ik niet/geen mening

NB: als de respondent ja invult, krijgt hij een vervolgvraag

- Vervolgvraag: Op welke manier zou de Garantstellingsregeling curatoren moeten worden aangepast?*
 - *Open antwoord*

Deelname interview

24. Deze enquête geeft een algemeen beeld van de ervaringen en meningen van rechters-commissarissen ten aanzien van (het toezicht op) de Garantstellingsregeling curatoren. Om een verdiepend inzicht te krijgen in deze ervaringen en meningen willen we rechters-commissarissen ook interviewen.

Staat u open voor een dergelijk interview in het kader van de evaluatie van de Garantstellingsregeling curatoren? Dit kost u ongeveer een uur de tijd.

- Ja
- Nee

NB: als de respondent ja invult, krijgt hij een vervolgvraag

- Vervolgvraag: Kunt u hieronder uw contactgegevens invullen, zodat wij u kunnen benaderen voor een interview?*
 - *Open antwoord*

25. In welk arrondissement bent u als rechter-commissaris werkzaam?

- Amsterdam
- Den Haag
- Gelderland
- Limburg
- Midden-Nederland
- Noord-Holland
- Noord-Nederland
- Oost-Brabant
- Overijssel
- Rotterdam
- Zeeland-West-Brabant

Bijlage 8: Toetsingskader Risicoregelingen

Conform het beleidskader risicoregeling (dat onderdeel uitmaakt van de begrotingsregels 2018-2021) vindt besluitvorming over een nieuwe risicoregeling (garantie, lening en achterborgstelling) en/of aanpassing van een bestaande risicoregeling plaats aan de hand van het 'Toetsingskader Risicoregelingen'. Na besluitvorming in de ministerraad wordt het toetsingskader verstuurd aan het parlement.

Probleem en rol van de overheid

1. Wat is het probleem dat aanleiding is voor het beleidsvoorstel?
2. Waarom rekent de centrale overheid het tot haar verantwoordelijkheid om het probleem op te lossen?
3. Is het voorstel voor de risicoregeling:
 - a) ter compensatie van risico's die niet in de markt kunnen worden gedekt, en/of;
 - b) het beste instrument waarmee een optimale doelmatigheidswinst kan worden bewerkstelligd ten opzicht van andere beleidsinstrumenten? Maak een vergelijking met alternatieve beleidsinstrumenten.
4. Op welke wijze wordt het nieuw aan te gane risico gecompenseerd door risico's vanuit andere risicoregelingen binnen de begroting te verminderen?

Risico's en risicobeheersing

5. Wat zijn de risico's van de regeling voor het Rijk:
 - a) Wat is het totaalrisico van de regeling op jaarbasis? Kent de regeling een totaalplafond?
 - b) Hoe staan risico en rendement van de regeling tot elkaar in verhouding?
 - c) Wat is de inschatting van het risico voor het Rijk in termen van waarschijnlijkheid, impact blootstellingduur en beheersingsmate?
6. Welke risicobeheersende en risicomitigerende maatregelen worden getroffen om het risico voor het Rijk te minimaliseren? Heeft de budgettaire verantwoordelijke minister voldoende mogelijkheden tot beheersing van de risico's, ook als de regeling op afstand van het Rijk wordt uitgevoerd?
7. Bij complexe risico's: hoe beoordeelt een onafhankelijk expert het risico van het voorstel en de risicobeheersende en risicomitigerende maatregelen van het Rijk?

Vormgeving

8. Welke premie wordt voorgesteld en hoeveel wordt doorberekend aan de eindgebruiker? Is deze premie kostendekkend en marktconform. Zo nee, hoeveel budgettaire ruimte wordt het door het vakdepartement specifiek ingezet?
9. Hoe wordt de risicovoorziening vormgegeven?
10. Welke horizonbepaling wordt gehanteerd (standaardtermijn is maximaal 5 jaar)?
11. Wie voert de risicoregeling uit en wat de uitvoeringskosten van de regeling?
12. Hoe wordt de regeling geëvalueerd, welke informatie is daarvoor relevant evaluatie en hoe wordt een deugdelijke evaluatie geborgd?

pro facto