

Samenvatting van *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005* door R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen, G. van Dijck en D.F. Kopalit (Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006).

1 Inleiding

De Garantstellingsregeling curatoren trad op 26 april 1993 in werking en is één van de instrumenten in de strijd tegen faillissementsfraude. In 1998 werd deze regeling al eens geëvalueerd. De aanbevelingen leidden toen niet tot een bijstelling van de regeling. Aangezien het aantal faillissementen de laatste jaren enorm is gestegen en de aard van de faillissementsfraude complexer lijkt te worden, is de behoefte gevoeld de regeling opnieuw te evalueren voor de inmiddels verstreken periode van 1999-2005.

2 Doelstelling van het onderzoek en onderzoeksvragen

Hoofdstuk 1 gaat in op de doelstelling van dit onderzoek: enerzijds een actualisering van de evaluatie van de (oude) regeling uit 1999 voor de periode 1999-2005 en anderzijds het leveren van bouwstenen voor een eventuele nieuwe regeling. Om die doelstelling te verwezenlijken zijn vijf onderzoeksvragen geformuleerd:

- Wat zijn de doelstellingen achter de Garantstellingsregeling?
- Hoe functioneert de regeling in de praktijk?
- Hoe wordt de regeling door de direct betrokkenen gewaardeerd?
- Wat zijn de bestaande knelpunten?
- Hoe dient een nieuwe regeling te worden ingericht?

3 Doel van de Garantstellingsregeling

In hoofdstuk 2 zijn de doelstellingen van de Garantstellingsregeling besproken. Deze regeling stelt curatoren met een lege boedel in staat een rechtsovereenkomst in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of de faillissements-pauliana. Zij krijgen hiertoe de beschikking over een krediet in rekening-courant bij de KAS BANK N.V. Door tussenkomst van het Ministerie van Justitie stelt de Staat zich garant voor de aanzuivering van een eventueel debetsaldo. Het doel van de Garantstellingsregeling is curatoren in het kader van hun taak als afwikkelaar van faillissementen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te stimuleren misbruik van rechtspersonen (in ruime zin) aan te pakken. Hoewel de Garantstellingsregeling sinds 1 januari 2005 is aangescherpt, vooral om de kosten beheersbaar te houden, is het doel hetzelfde gebleven.

4 Functioneren van de Garantstellingsregeling

Het functioneren van de Garantstellingsregeling is in de hoofdstukken 3-7 behandeld, waarbij achtereenvolgens feitelijke informatie aan de orde is gekomen over de aanvraagprocedure (hfdst. 3), de beslissingsfase (hfdst. 4), de voortgang en controle (hfdst. 5), de afwikkeling (hfdst. 6) en de resultaten (hfdst. 7). Hiertoe zijn interviews gehouden bij het Ministerie van Justitie en heeft daar dossieronderzoek plaatsgevonden; voorts zijn enquêtes uitgezet onder curatoren (Insoladleden en niet-leden) en rechters-commissarissen.

5 Waardering van de Garantstellingsregeling

Uit diezelfde enquête onder curatoren en rechters-commissarissen hebben wij in hoofdstuk 8 de waardering van deze betrokkenen bij de Garantstellingsregeling onderzocht. Ten opzichte van het onderzoek uit 1998-1999 blijkt die waardering op de meeste punten te zijn afgenomen (alleen op het punt van de contacten tussen curatoren en rechters-commissarissen heeft een zekere verbetering plaatsgevonden). Het totaalbeeld toont een onvoldoende:

	<i>GSR 1993-1998</i> (1999)	<i>GSR 1999-2004</i> (2006)	<i>GSR 2005</i> (2006)
tijdsduur aanvraagprocedure	6,3	4,6	5,4
contact met Ministerie van Justitie	6,7	5,3	5,3
contact met rechter-commissaris	7,7	8,2	7,4
contact met financiële instelling	7,1	6,1	6,0
tijdsduur en wijze van afwikkeling	6,4 resp. 6,5	4,9 resp. 5,0	-
totaaloordeel	6,7	4,8	4,5

6 Knelpunten

In het kader van het onderzoek naar het functioneren van de Garantstellings-regeling in de praktijk en de waardering daarvan door de direct betrokkenen zijn in hoofdstuk 9 de volgende knelpunten gesignaleerd.

- 1 Het doel van de regeling is de curator met een lege boedel in staat te stellen een rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana of om daarnaar onderzoek te doen; dit alles met het oog op de bestrijding van fraude en misbruik van rechtspersoonlijkheid. In de praktijk lijkt het accent echter te liggen op de bescherming van de concurrente schuldeisers, in de zin dat een toekenning van een garantstelling ertoe moet leiden dat de concurrente schuldeisers een substantieel grotere uitkering ontvangen. Dit doel wordt slechts in beperkte mate bereikt; de bijdrage aan de bestrijding van misbruik van rechtspersonen is gering.
- 2 De meeste betrokkenen (curatoren en rechters-commissarissen) geven aan dat zij ontevreden zijn over de strikte toepassing van het verhaalscriterium, vooral wanneer van hen snel en adequaat optreden wordt verlangd in de beginfase van het faillissement. Zij moeten aantonen dat bij een eventuele veroordeling er voldoende verhaal bestaat. Zeker als het Ministerie hierbij verlangt dat de verhouding tussen het bedrag van de garantstelling en het te verhalen bedrag niet groter mag zijn dan 1:4 is de kans om in aanmerking te komen voor een garantstelling klein.
- 3 Wanneer het aantal Garantstellingsregelingaanvragen in de afgelopen periode wordt afgezet tegen het aantal uitgesproken faillissementen in dezelfde periode, dan lijkt het belang van de regeling in de periode 1999-2005 te zijn verminderd ten opzichte van de periode 1993-1998. Het aantal aanvragen is de afgelopen periode derhalve relatief gezien behoorlijk afgenomen, hetgeen door Recofa wordt betreurd.
- 4 De medewerkers van het Ministerie van Justitie zijn ontevreden over de communicatie met de rechters-commissarissen: de adviezen van de rechters-commissarissen zijn niet of nauwelijks gemotiveerd en de contacten verlopen vaak moeizaam. Omgekeerd ligt het niet anders. Ook de communicatie tussen curatoren en het Ministerie van Justitie verlopen over en weer niet altijd even gemakkelijk.
- 5 Op grond van art. 4 lid 2 Garantstellingsregeling 2005 wordt een garantie niet voortgezet wanneer de curator niet-tijdig tussentijds rapporteert. Een zelfde sanctie staat op het niet-tijdig laten verlengen van de garantie. Bovendien is onduidelijk in hoeverre de hiermee gepaard gaande kosten uiteindelijk op de curator in privé drukken. Deze onduidelijkheid maakt de regeling niet aantrekkelijker en mogelijk zelfs afschrikwekkend.

- 6 De werkzaamheden die een curator moet verrichten om een (correcte) aanvraag in te dienen, neemt vaak veel tijd in beslag, vooral waar hij moet aangeven dat verhaal mogelijk zal zijn. Aangezien deze werkzaamheden zijn verricht voordat het Ministerie het verzoek heeft toegekend, worden die niet vergoed, zodat de curator die kosten voor rekening van de boedel verricht, hetgeen bij een lege boedel voor eigen rekening betekent.
- 7 Naast de werkzaamheden die verband houden met de garantstelling verricht een curator tal van andere werkzaamheden die ook vergoed moeten worden. Het is dan weinig realistisch om eventueel binnenkomende baten als eerste ten goede te laten komen aan de aanzuivering van het debetsaldo op de bankrekening ten behoeve van de garantstelling. In geval van boedel-faillissement moet de curator de boedelschulden voldoen conform de wettelijke rangregeling, waarbij de garantstelling de Staat slechts een concurrente boedelvordering verschaft.
- 8 Hoewel de Garantstellingsregeling voor het Ministerie uitsluitend een kostenpost is, leidt een succesvolle garantstelling tot vergroting van failliete boedels waaruit gedupeerden een grotere uitkering kunnen ontvangen dan zonder garantstelling mogelijk zou zijn geweest. Voor de samenleving is de garantstelling positief geweest, als hiermee bovendien misbruik van rechts-personen wordt bestreden. Er is echter onvoldoende zicht op de opbrengsten voor de boedel, na aanzuivering van een eventueel tekort, omdat het Ministerie nu enkel registreert wat hem wordt medegedeeld. Hierdoor blijft het onduidelijk in hoeverre de Garantstellingsregeling succesvol dan wel rendabel is.
- 9 Ten behoeve van de Garantstellingsregeling wordt door het Ministerie van Justitie samengewerkt met de KAS BANK N.V. aan wie de garantie wordt verstrekt. Ten opzichte van de situatie, zoals onderzocht in 1998-1999 is dit een verbetering voor het Ministerie en een deel van de curatoren. Toch blijft een substantieel deel van de betrokkenen aandringen op een afschaffing van de tussenkomst van een bank. Meer efficiënt en effectief wordt het gezien als curatoren zelf hun krediet regelen en de garantie rechtstreeks afhandelen met het Ministerie.

7 Aanbevelingen voor een beter functionerende Garantstellings-regeling

In hoofdstuk 10 zijn de volgende concrete aanbevelingen gedaan die de genoemde knelpunten zouden kunnen wegnemen.

- 1 De verhaalstoets moet in de beginfase, waar het doorgaans gaat om een verhaalsonderzoek, soepel worden toegepast. In deze fase moet een curator vaak resoluut handelen om potentieel actief veilig te stellen, terwijl nog niet altijd duidelijk is of aan het verhaalscriterium wordt voldaan.
- 2 De communicatie tussen het Ministerie van Justitie en de direct betrokkenen (curatoren en rechters-commissarissen) heeft verbetering, evenals de beeldvorming van het ministerie in de praktijk. Hiertoe dient het ministerie duidelijk aan te geven wat van de Staat verwacht en verlangd kan/mag worden. Voorts bevelen wij aan om de medewerkers van het Ministerie van Justitie die betrokken zijn bij het beleid rond en de uitvoering van de Garantstellingsregeling, meer in contact te brengen met die praktijk.
- 3 Het aantal administratieve handelingen met betrekking tot de aanvraag, de rapportageplicht en de verlenging moet worden teruggebracht. De garant-stelling kan voor onbepaalde tijd worden verleend, zodat de curator die niet ieder jaar hoeft te verlengen, terwijl voor de rapportage in beginsel toezending van de periodieke openbare verslaglegging ex art. 73a Fw volstaat. Desgewenst kan het Ministerie van Justitie dan altijd nog nadere informatie verlangen.
- 4 De sanctie dat een garantie niet wordt voortgezet indien de curator niet-tijdig rapporteert of verzuimt de garantie te verlengen, zal zich met de vorige aanbeveling nauwelijks meer voordoen. Voor de dan nog resterende spaarzame gevallen waarin daarvan wel gebruik moet

worden gemaakt, zal de sanctie verduidelijkt moeten worden. Allereerst moet vaststaan dat stopzetting van een verleende garantstelling alleen betrekking heeft op toekomstige kosten, zodat een eventuele bestaande debetstand wel gedekt blijft, maar zo spoedig mogelijk moet worden afgewikkeld. Voorts moet de suggestie die door de huidige regeling in art. 4 lid 3 en art. 5 lid 3 Garant-stellingsregeling 2005 wordt gewekt dat een curator persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de aanzuivering van een tekort worden weggenomen. Voorzover het aan de curator verweten gedrag valt binnen de hiervoor door de Hoge Raad geschapen kaders is een regeling overbodig, terwijl daarbuiten onduidelijk is waarop deze aansprakelijkheid zou zijn gebaseerd. Wij stellen daarom voor die bepalingen te schrappen.

- 5 Aangezien de verwachtingen van het Ministerie van Justitie omtrent de huidige rol en bemoeienis van de rechter-commissaris bij de Garant-stellingsregeling te ver van de praktijk van de dag staan, moeten die worden ingeperkt.
- 6 Het verdient aanbeveling om de (proces)kosten van vóór de aanvraag en de kosten die een curator ten behoeve van het verzoek om een garantstelling heeft gemaakt, binnen de dekking te laten vallen, mits deugdelijk aangetoond en verantwoord.
- 7 De eis dat ieder aanwezig actief in de boedel moet worden aangewend om de kosten van de procedure te dekken en in mindering moet worden gebracht op het debetsaldo van de bankrekening waarvoor de garantstelling is verleend, moet beperkt worden tot actief dat afkomstig is van acties van de curator waarvoor de garantstelling is verleend en voorzover er meer actief beschikbaar komt dan nodig is om het salaris en de verschotten van de curator te voldoen. Ook moet het Ministerie van Justitie de mogelijkheid hebben zekerheidstelling te bedingen, aangezien de (regres)vordering slechts een concurrente boedelschuld oplevert.
- 8 De opbrengsten die de (gefinancierde) acties van de curator hebben opgeleverd, moeten beter worden geadmistreerd. Hiertoe dienen curatoren die een beroep doen op de Garantstellingsregeling verplicht te worden in alle gevallen het Ministerie van Justitie te informeren omtrent die eventuele opbrengsten.
- 9 De acties van de curator, fiscus en het Openbaar Ministerie moeten beter op elkaar worden afgestemd. Hiertoe kan het zinvol zijn om van overheids-wege de curator tegemoet te treden met één – zonodig virtueel – loket.
- 10 Tot slot bevelen wij aan om de faillissementspaulianavordering ex art. 47 Fw en de onrechtmatigedeadsvordering wegens benadeling van schuldeisers (de zogenaamde Peeters/Gatzenvordering) onder de regeling te laten vallen.

8 Fundamentele herbezinning?

In hoofdstuk 11 is meer in fundamentele zin de vraag behandeld of de Garant-stellingsregeling wellicht niet volledig anders moet. De regeling lijkt in theorie breed toepasbaar, maar blijkt in de praktijk juist een heel beperkte reikwijdte te hebben (wezenlijk beschermen belangen schuldeisers). Dit kan op tweeërlei wijze worden benaderd.

In de eerste plaats is het zinvol om (fundamenteel) na te denken over het doel van de regeling. Zo is het theoretisch mogelijk om alleen verhaalsbelangen van schuldeisers te beschermen en daarmee aan te sluiten bij de doelstelling zoals de bestaande regeling die in de praktijk heeft gekregen. Dit houdt in dat de regeling primair dient als middel ter vergroting van de uitkering aan concurrente schuldeisers, maar dit wordt in de praktijk nauwelijks verwezenlijkt. Aldus biedt de Garantstellingsregeling echter geen effectief middel in de strijd tegen strafrechtelijk laakbaar gedrag. De regeling kan ook gericht zijn tegen civielrechtelijk ongeoorloofd handelen (kennelijk onbehoorlijk bestuur en de faillissementspauliana). De focus ligt hierbij niet zozeer op de belangen van de schuldeisers in faillissement, maar primair op het algemene belang dat handelingen worden aangepakt die civielrechtelijk gezien laakbaar zijn. De verwachting is dat een Garantstellingsregeling die op deze leest is geschoeid, in een groter aantal gevallen kan worden ingezet en effectief kan zijn. Voorts kan men ervoor kiezen om de Garantstellingsregeling te

gebruiken ter bestrijding van (civielrechtelijk) benadelende behandelingen die ook strafrechtelijk als over-treding/misdrijf zijn te kwalificeren. Hiertoe moeten de capaciteit en expertise van het Openbaar Ministerie worden vergroot, eventueel aangevuld met een aangifteplicht (met passende vergoeding) voor curatoren en een onderzoeksplicht voor het Openbaar Ministerie.

In de tweede plaats kan men de vraag stellen of de uitvoering voor ieder genoemd doel wel in handen van het Ministerie van Justitie dient te liggen. Het accent is wellicht te sterk komen te liggen op het verhaalscriterium en een kosten-batenafweging en te weinig op de bijdrage aan de fraudebestrijding. Mogelijk ligt marktwerking of zelfs privatisering meer voor de hand. In de afgelopen tijd heeft zich een zekere markt ontwikkeld voor vorderingen die verband houden met een faillissement. Wél is voor privatisering raadzaam om de vordering ex art. 2:138/248 BW met een wetswijziging overdraagbaar te maken. Een minder vergaande stap in de richting van marktwerking of privatisering betreft de introductie van een 'succesoplag' of 'bereidstellingsprovisie' in de Garantstellingsregeling, waarmee de regeling zichzelf financieel kan bedruipen.