

Evaluatie Garantstellingsregeling
curatoren 1999-2005

Schoordijk Instituut
Center for Company Law

**Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren
1999-2005**

R.D. Vriesendorp
F.M.J. Verstijlen
G. van Dijck
m.m.v. D.F. Kopalit

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2006

© 2006 Ministerie van Justitie, WODC, Den Haag / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN-10 90-5454-739-1
ISBN-13 978-90-5454-739-6
NUR 820
www.bju.nl

Inhoudsopgave

Woord vooraf	V
HOOFDSTUK 1	1
Inleiding en verantwoording	1
1 Inleiding	1
2 Doelen, vragen en toetsingskader	1
3 Werkwijze	2
3.1 Algemeen	2
3.2 Dossierstudie	2
3.3 Enquête	3
3.4 Interviews en feedback belangengroepen	4
3.5 Statistieken	5
4 Indeling van het rapport	5
HOOFDSTUK 2	7
De Garantstellingsregeling; doelstelling, eerdere aanbevelingen, ontwikkeling en bekendheid	7
1 Inleiding	7
2 Doel van de Garantstellingsregeling	7
3 Aanbevelingen in evaluatie 1999 en (re)acties Minister van Justitie	8
4 Ontwikkeling van een nieuwe regeling: ‘Garantstellings- regeling curatoren 2005’	9
5 Civielrechtelijk doel van de Garantstellingsregeling naast een strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude	10
6 Bekendheid met de Garantstellingsregeling	12
HOOFDSTUK 3	17
Aanvraagprocedure	17
1 Aantal aanvragen	17
2 Gemiddelde hoogte aangevraagde bedragen	21
3 Behandelingstermijn	22
4 Vragenlijst	23
HOOFDSTUK 4	25
Beslissingsfase	25
1 Toetsingscriteria	25
2 Rol van de rechter-commissaris	26
3 Toekenning en afwijzing	29
4 Gemiddelde hoogte toekenningen	29
5 Bezwaar en beroep	31
6 Na een afwijzing	31

HOOFDSTUK 5	33
Voortgang en controle	33
1 Rol van de bank	33
2 Rol van de rechter-commissaris	33
3 Periodieke rapportage	34
4 Verlenging	35
5 Verhoging	35
HOOFDSTUK 6	37
Afwikkeling	37
1 De (financiële) rekening en verantwoording	37
2 Afwikkeling van de garantstelling tussen Ministerie en bank	37
HOOFDSTUK 7	39
Resultaten	39
1 Uitkeringen	39
2 Opbrengsten	40
3 Kostendekkendheid van de garantstelling	41
3.1 Algemeen	41
3.2 Voor de aanvraag gemaakte kosten	41
3.3 Aanspraak garantstelling alleen bij afwezigheid actief	41
3.4 Uurtarieven	42
4 Bijdrage Garantstellingsregeling aan aanpakken kennelijk onbehoorlijk bestuur en faillissementspauliana	43
HOOFDSTUK 8	45
Waardering door betrokkenen	45
1 Oordeel over Garantstellingsregeling (oud)	45
2 Oordeel over Garantstellingsregeling 2005	51
3 Op welke wijze behoeft de Garantstellingsregeling wijziging?	54
4 Vergelijking met 1998	57
HOOFDSTUK 9	59
Knelpunten in de praktijk	59
1 Inleiding	59
2 Knelpunt 1: beperkte effectiviteit tegen achtergrond doelregeling	59
3 Knelpunt 2: ontevredenheid over criteria	60
4 Knelpunt 3: afname aantal aanvragen	60
5 Knelpunt 4: contacten tussen betrokkenen lopen niet soepel	61
6 Knelpunt 5: sanctie bij beëindiging is onduidelijk en schrikt af	62
7 Knelpunt 6: vooraf gemaakte kosten worden niet vergoed	64
8 Knelpunt 7: aanwending aanwezig actief ter dekking kosten waarvoor garantstelling is verleend	64
9 Knelpunt 8: onvoldoende administratie van opbrengsten Garantstellingsregeling bij Ministerie	64

10	Knelpunt 9: tussenkomst KAS BANK N.V. omslachtig	65
HOOFDSTUK 10		67
Aanbevelingen voor een betere uitvoering van de bestaande Garantstellingsregeling		67
1	Inleiding	67
2	Aanbeveling 1: versoepeling verhaalstoets, aanpassing redelijke verhouding (knelpunten 1, 2 en 3)	67
3	Aanbeveling 2: verbetering communicatie en beeldvorming (knelpunt 4)	68
4	Aanbeveling 3: terugdringing administratieve handelingen (knelpunten 4 en 5)	70
5	Aanbeveling 4: beperking rol rechter-commissaris (knelpunt 4)	70
6	Aanbeveling 5: wijziging sanctie (knelpunt 5)	71
7	Aanbeveling 6: vergoeding vooraf gemaakte kosten (knelpunt 6)	72
8	Aanbeveling 7: aanwending aanwezig actief en dekking kosten Garantstellingsregeling (knelpunt 7)	72
9	Aanbeveling 8: administratie van opbrengsten (knelpunt 8)	74
10	Aanbeveling 9: bundeling tot één loket (knelpunt 1)	74
11	Aanbeveling 10: vergroting reikwijdte garantie (knelpunten 1, 2 en 3)	75
HOOFDSTUK 11		77
Fundamentele herbezinning?		77
1	Inleiding	77
2	Doelstelling Garantstellingsregeling	77
2.1	Inleiding	77
2.2	Het beschermen van verhaalsbelangen van concurrente schuldeisers	78
2.3	Het (civielrechtelijk) bestrijden van ongeoorloofd handelen	78
2.4	Garantstellingsregeling als aanvullend middel ter bestrijding van (strafrechtelijke) onregelmatigheden	79
3	Privatisering c.q. afschaffing van de Garantstellingsregeling	80
SAMENVATTING		83
Samenvatting		83
1	Inleiding	83
2	Doelstelling van het onderzoek en onderzoeksvragen	83
3	Doel van de Garantstellingsregeling	83
4	Functioneren van de Garantstellingsregeling	84
5	Waardering van de Garantstellingsregeling	84
6	Knelpunten	84
7	Aanbevelingen voor een beter functionerende Garantstellingsregeling	86
8	Fundamentele herbezinning?	88

LITERATUUR	91
Lijst van geraadpleegde literatuur	91
BIJLAGEN	93
Bijlagen	93
Bijlage 1 Onderzoeksvragen	93
Bijlage 2 Garantstellingsregeling curatoren	96
Bijlage 3 Garantstellingsregeling curatoren 2005	98
Bijlage 4 Tabellen en grafieken	103
4.1 Uitgesproken faillissementen (van rechtspersonen) 1993-2005 en verzochte/toegekende garantstellingen 1999-2005 (absoluut en relatief)	103
4.2 Verzoeken, toekenningen, beëindigingen, uitkeringen	103
4.3 Grafieken	104

Woord vooraf

In dit rapport wordt verslag gedaan van de resultaten en bevindingen van het onderzoek dat werd uitgevoerd in het kader van een actualisering van de evaluatie van de Garantstellingsregeling curatoren (Stcrt. 1993, d.d. 21 april 1993, laatstelijk gewijzigd Stcrt. 2005, d.d. 3 januari 2005), zoals dat in 1999 door twee onzer is verricht [De Garantstellingsregeling curatoren: Rapport van de evaluatie van de werking van de Garantstellingsregeling curatoren in de praktijk, Tilburg, Schoordijk Instituut (Center for Company Law) 1999], alsmede van het leveren van bouwstenen voor een eventuele nieuwe regeling.

Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Justitie namens het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (“WODC”) te Den Haag door een samenwerkingsverband van de Universiteit van Tilburg (“Insolventure”) en de Rijksuniversiteit Groningen.

Begeleiding van het onderzoek heeft plaatsgevonden door een commissie onder voorzitterschap van prof. mr H.J. de Kluiver, met als leden mw. mr E.C. van Ginkel namens het WODC, mr J.J. Overwater, mr V.J. Matroos en mw. mr. E. de Brouwer van het Ministerie van Justitie, mr A.A.M. Spliet namens de Vereniging Insolventierecht Advocaten “Insolad” en dr. mr E. Rabbie namens de Raad voor de Rechtspraak. De commissie wordt dank gezegd voor haar kritische, maar vooral constructieve en stimulerende rol die zij heeft gespeeld tijdens het onderzoek en bij de totstandkoming van dit rapport.

Dank gaat ten slotte uit naar allen die op enigerlei wijze hun medewerking hebben verleend aan het onderzoek en de totstandkoming van dit rapport, meer in het bijzonder de medewerkers van het Ministerie van Justitie, afdeling Dienst Justis, de curatoren en rechters-commissarissen die de enquête hebben ingevuld. Een woord van dank zijn wij verschuldigd aan Paul Sluijter, student aan de UvT voor zijn medewerking bij de dataverzameling.

Tilburg/Groningen, mei 2006

Prof. mr R.D. Vriesendorp (UvT)

Prof. mr F.M.J. Verstijlen (RUG)

Mr G. van Dijck (UvT)

D.F. Kopalit (RUG)

Inleiding en verantwoording

1 Inleiding

De Garantstellingsregeling is een juridisch instrument dat een curator de mogelijkheid geeft om een rechtsvordering in te stellen als de boedel daartoe geen of onvoldoende middelen biedt. Het gaat daarbij specifiek om vorderingen ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, de faillissementspauliana (art. 42 Fw) en een actie ex art. 2:9 BW.¹

De Garantstellingsregeling curatoren is op 26 april 1993 ingevoerd naar aanleiding en als uitvoerisel van evaluaties in 1989 en 1991 van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in Faillissement (WBF). In 1998 heeft een evaluatie van de regeling plaatsgevonden, waarvan de resultaten in 1999 zijn gepubliceerd.² In dat onderzoek zijn aanbevelingen gedaan, waarvan enkele zijn doorgevoerd in de nieuwe regeling die per 8 januari 2005 in werking is getreden.³ Dit geldt bijvoorbeeld voor het voorstel om een onderscheid te maken tussen de garantstelling voor een procedure en voor (verhaals)onderzoek.

Medio 2005 heeft het Ministerie van Justitie via het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) de wens uitgesproken om de Garantstellingsregeling curatoren opnieuw te evalueren en daarbij zo nodig bouwstenen aan te dragen voor een nieuwe regeling die in 2006 in werking zou moeten treden. Deze wens is de aanleiding voor dit rapport.

2 Doelen, vragen en toetsingskader

Het onderzoek heeft in de kern drie doelen, te weten (i) het in kaart brengen van het functioneren van de Garantstellingsregeling in de praktijk, (ii) het opsporen van eventuele knelpunten en (iii) het doen van aanbevelingen voor een eventuele nieuwe regeling.

Om dit te verwezenlijken dient eerst te worden nagegaan welk(e) doel(en) de regeling nastreeft. Daarna rijst de vraag in hoeverre deze doelen in de praktijk worden verwezenlijkt. Het operationaliseren van deze toets gebeurt aan de hand van het oordeel van direct betrokkenen over aspecten als de toegankelijkheid, snelheid, kosten en opbrengsten. Deze oordelen en criteria vormen samen het beoordelingskader van de bestaande regeling en dienen als basis voor het aanleveren van de bouwstenen voor een nieuwe regeling.

1 Voorts is een beroep op de regeling mogelijk op grond van de artikelen 2:50a, 2:248 lid 10 en 2:300a BW, alsmede op grond van artikel 3 lid 2 Uitvoeringswet EESV-Verordening.

2 Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999.

3 Zie hieromtrent hoofdstuk 2.

Uit de doelen en het beoordelingskader volgt een aantal vragen, die in dit rapport zullen worden beantwoord. Deze zijn:

1. Welk(e) doel(en) streeft de Garantstellingsregeling na (hoofdstuk 2)?
2. Hoe functioneert de regeling in de praktijk (hoofdstuk 3-7)?
3. Hoe wordt de regeling door direct betrokkenen gewaardeerd (hoofdstuk 8)?
4. Wat zijn de bestaande knelpunten (hoofdstuk 9)?
5. Hoe dient een nieuwe regeling te worden ingericht (hoofdstuk 10-11)?

Een meer gedetailleerde vragenlijst treft men aan in Bijlage 1.

3 Werkwijze

3.1 Algemeen

De beantwoording van de vraag welk(e) doel(en) de Garantstellingsregeling nastreeft, vindt plaats aan de hand van bestudering van de wettekst en de bijbehorende memorie van toelichting. In dat kader wordt tevens gezien of dit doel sinds de wijziging van de Garantstellingsregeling per 1 januari 2005 een ander is geworden.

Om te analyseren hoe de regeling in de praktijk functioneert en hoe deze door de direct betrokkenen wordt gewaardeerd, kiezen wij ervoor de Garantstellingsregeling op te splitsen in fasen en deze afzonderlijk te toetsen. Met het oog op de vergelijkbaarheid met het onderzoek uit 1998 hebben wij aansluiting gezocht bij de toen gehanteerde onderscheiding: de aanvraagprocedure, de beslissingsfase, de voortgang en controle, de afwikkeling en de resultaten.

Voor het op deze wijze in kaart brengen en toetsen van de Garantstellingsregeling is empirisch onderzoek vereist. Dit bestaat uit het bestuderen van dossiers (par. 3.2), het houden van enquêtes en interviews (par. 3.3) en het analyseren van statistische data (par. 3.4).

3.2 Dossierstudie

Het dossieronderzoek is gericht op het in kaart brengen van de wijze waarop de Garantstellingsregeling in de praktijk functioneert. Daartoe is geïnventariseerd hoe verzoeken tot een garantstelling in de huidige praktijk 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, waar de controle uit bestaat, en of er afstemming is met andere, vergelijkbare regelingen.

Het dossieronderzoek heeft plaatsgevonden op het Ministerie van Justitie, bij de Dienst Justis, waar 69 dossiers zijn bestudeerd. Dit aantal is op de volgende manier totstandgekomen. Steekproefsgewijs is ieder tiende dossier vanaf dossiernummer 550 geanalyseerd; dit dossier is geopend op 11 maart 1999, de eerdere dossiernummers waren meegenomen in het onderzoek waarvan de resultaten in 1999 zijn gepubliceerd.⁴ Nu er vanaf 1 januari 1999 iets meer

⁴ Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, p. 5.

dan 500 nieuwe dossiers zijn aangemaakt, bestaat de steekproef uit een analyse van 52 dossiers. Hiervan waren er in oktober 2005 28 beëindigd en 24 lopend.

Daarnaast zijn acht dossiers bestudeerd die door de direct betrokken medewerkers zijn gekwalificeerd als ‘bijzonder lastig’. Deze dossiers leken in het bijzonder geschikt om inzicht te krijgen in belangrijke of bijzondere knelpunten. Voorts zijn vijf dossiers bestudeerd met de laagst toegekende bedragen en vijf met de hoogste toegekende bedragen.⁵ Deze selectie was mogelijk omdat het Ministerie van Justitie over een overzicht beschikt waaruit per dossiernummer de hoogte van de toekenning valt af te lezen.

3.3 *Enquête*

Het doel van de enquête is tweeledig geweest: naast het in kaart brengen hoe de Garantstellingsregeling in de praktijk functioneert, vormen de resultaten een belangrijke bron voor het inventariseren van eventuele knelpunten.

De vragenlijsten zijn verstuurd naar curatoren en rechters-commissarissen. Deze twee groepen zijn direct bij (de aanvraag van) een garantstelling betrokken. Er is voor gekozen de vragenlijsten te sturen naar curatoren die lid zijn van de Vereniging voor Insolventierechtadvocaten (Insolad). De statuten en het huishoudelijk reglement van Insolad stellen als vereiste dat haar leden een minimum aantal uren aan insolventierecht besteden en dat zij permanent geschoold worden in het insolventierecht.⁶ Mede door deze lidmaatschapsvereisten vormen de Insoladleden een belangrijke groep waaruit rechtbanken putten voor hun benoemingen van curatoren. Het minimum aantal uren dat het lid aan insolventierecht moet besteden, verhoogt bovendien de kans op ervaring met de Garantstellingsregeling.

In totaal zijn 530 Insoladleden benaderd om een (elektronische) vragenlijst in te vullen.⁷ In de elektronische vragenlijst werden de respondenten steeds, afhankelijk van het gekozen antwoord, doorgeleid naar de voor hen relevante vervolgvraag. Dit maakte het mogelijk om de curatoren die ervaring hadden met de Garantstellingsregeling 2005, hier specifieke vragen (en oordelen) over te stellen (te laten geven). Door een onderscheid te maken tussen de regeling vóór en ná 1 januari 2005, is getracht een beter zicht te krijgen op de effecten van de in 2005 ingevoerde wijziging.

De respons, na één ronderonde, was 33% (n=173). Van de 173 respondenten bleken 3 personen in de afgelopen 5 jaar niet regelmatig als curator te hebben opgetreden, zodat de werkelijke respons 170 is. Als respondenten aangaven dat zij bepaalde vragen niet konden beantwoorden, zijn

5 Een van de dossiers met het hoogste toegekende bedrag was al onderzocht in het kader van de ‘bijzonder lastige dossiers’

6 Zo moet een lid de door Insolad verzorgde specialisatiecursus met goed gevolg hebben afgelegd, zie artt. 3.2, 3.4, 5.2 en 5.3 van de statuten, alsmede artt. 1.4 en 2.4 van het huishoudelijk reglement.

7 Een aantal leden gaven te kennen liever een schriftelijke vragenlijst in te vullen, die aan hen is verstrekt.

hun antwoorden eruit gefilterd en niet meegenomen in het onderzoek. Hierdoor kan per vraag het aantal respondenten variëren.

Daarnaast zijn met de elektronische enquête ook curatoren benaderd die geen lid waren van Insolad. Ook hun oordeel is relevant, nu ook zij direct betrokkenen kunnen zijn bij de Garantstellingsregeling en er gebruik van kunnen maken. Omdat niet bekend is wie curator is (geweest) en wie niet, bleek het niet mogelijk alle curatoren te benaderen. Wij hebben ons daarom beperkt tot curatoren van een groot en een klein arrondissement. In aansluiting op het onderzoek uit 1998 hebben wij de steekproef wederom beperkt tot diegenen die in november 2005 in de arrondissementen 's-Gravenhage (n=72) en Almelo (n=84) op de benoemingenlijst van de desbetreffende faillissementsgriffies voorkwamen. De respons na één ronderonde was 36 % ('s-Gravenhage) respectievelijk 23% (Almelo). Eén ('s-Gravenhage) respectievelijk vijf (Almelo) respondenten bleken niet (regelmatig) als curator op te treden. Zij zijn daarom niet bij de uitkomsten betrokken. Overigens is de relatief lage respons in Almelo te verklaren door het 'vervuilde' adressenbestand dat wij van de rechtbank ontvingen: de lijst bevatte ook personen die uitsluitend bewindvoerder waren in schuldsaneringen van natuurlijke personen (waarbij de Garantstellingsregeling niet aan de orde is) of personen die geen faillissementen meer 'deden'.

Dat niet alle 'arrondissementscuratoren' ervaring hadden met de Garantstellingsregeling had tot gevolg dat bepaalde conclusies (bijvoorbeeld over de oordelen over de oude en de nieuwe regeling) zouden moeten worden gebaseerd op slechts een klein aantal respondenten. Omdat dit niet representatief is, is ervoor gekozen die gegevens soms niet te vermelden.

Van de rechters-commissarissen reageerden er 17. Uitgaande van een totaal aantal rechters-commissarissen van circa 60⁸, was de respons 28%. Vrijwel alle rechters-commissarissen beantwoordden niet alle vragen. Zij hadden vanwege technische beperkingen geen toegang tot de website waarop de elektronische vragenlijst stond, waar respondenten verplicht waren een vraag te beantwoorden voordat zij de volgende vraag konden beantwoorden. In de schriftelijke versie die de rechters-commissarissen kregen, bestond deze mogelijkheid niet, zodat sommige vragen onbeantwoord bleven. Omdat de antwoorden toch toegevoegde waarde hebben met het oog op de problematiek rond de Garantstellingsregeling, hebben wij besloten de resultaten mee te nemen. Wél geldt dat aldus de respons per vraag kan verschillen.

3.4 *Interviews en feedback belangengroepen*

Met de interviews is beoogd inzicht te krijgen in de wijze waarop de Garantstellingsregeling in de praktijk wordt toegepast, alsmede welke (beleidsmatige) veranderingen zich in de periode vanaf 1999 hebben voorgedaan bij de toepassing van de regeling. Hiertoe zijn drie interviews gehouden met de

8 Stand van zaken begin 2004 (meest recente cijfers van Recofa).

medewerkers op het Ministerie van Justitie die direct met de uitvoering van de regeling zijn betrokken.

Voorts is gesproken met vertegenwoordigers van Insolad en Recofa aan wie de concept-aanbevelingen waren voorgelegd. In een eerste reactie geeft het Insoladbestuur te kennen zich in hoofdlijnen te kunnen vinden in de beschrijving van de knelpunten, de regeling en de uitvoering daarvan, alsmede in de daaraan gekoppelde aanbevelingen. Het is van mening dat indien het Ministerie van Justitie de aanbevelingen overneemt, dat tot een soepelere toepassing van de regeling zal leiden. De eerste indruk en voorlopige reactie vanuit Recofa is dat de beschrijving van de knelpunten een goed overzicht geeft van de huidige situatie zoals die door curatoren en rechters-commissarissen wordt ervaren. Recofa maakt zich zorgen om de procentuele daling van het aantal aanvragen. Met veel van de aanbevelingen kan men instemmen. Waar het commentaar van Insolad en Recofa betrekking heeft op de afzonderlijke aanbevelingen, wordt daaraan in de desbetreffende paragrafen aandacht besteed.

3.5 Statistieken

Statistisch materiaal is gebruikt om te onderzoeken wat de verhouding is tussen het jaarlijks aantal uitgesproken faillissementen en het aantal keer dat een beroep op de Garantstellingsregeling wordt gedaan. Zicht hierop is van belang om te bepalen wat, relatief gezien, de behoefte is aan een Garantstellingsregeling. De statistische gegevens zijn ontleend aan het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS Statline), het Ministerie van Justitie en het recent verschenen rapport "Fraude en misbruik van faillissement" van het Amsterdamse Hugo Sinzheimer Instituut in opdracht van het WODC.⁹

4 Indeling van het rapport

In *hoofdstuk 2* staat de vraag centraal wat de Garantstellingsregeling inhoudt, welke ontwikkelingen zich hiermee na 1999 hebben voorgedaan en welke doelen met de regeling worden nagestreefd. De *hoofdstukken 3-7* hebben betrekking op de vraag hoe de regeling in de praktijk functioneert. Achtereenvolgens komen aan de orde de aanvraagprocedure, de beslissingsfase, de voortgang en controle van een verleende garantstelling, en de afwikkeling en de resultaten van de beëindigde garantstellingen.

De *hoofdstukken 8 en 9* laten vervolgens zien hoe de regeling door de direct betrokkenen wordt gewaardeerd, wat de knelpunten zijn en hoe deze zich verhouden tot het onderzoek dat in 1999 is gehouden. Daarna volgen *hoofdstuk 10* en *hoofdstuk 11* met conclusies en aanbevelingen voor de toekomst.

9 HSI-rapport 2005.

De Garantstellingsregeling; doelstelling, eerdere aanbevelingen, ontwikkeling en bekendheid

1 Inleiding

Om de Garantstellingsregeling te kunnen toetsen en beoordelen, dient allereerst vast te staan welk doel met deze regeling wordt nagestreefd. Daarom wordt voorafgaand aan een beschouwing van de resultaten van het empirisch onderzoek in dit hoofdstuk uiteengezet met welk doel de Garantstellingsregeling in het leven is geroepen en in hoeverre dat doel nadien gewijzigd is. Voorzover het doel van de Garantstellingsregeling niet kan worden bereikt wegens de beperkingen die aan een civielrechtelijke aanpak van faillissementsfraude zijn verbonden, wordt kort aangegeven wat daarnaast de strafrechtelijke mogelijkheden zijn. Ten slotte wordt inzicht gegeven in de bekendheid van de direct betrokkenen met de (inhoud van de) Garantstellingsregeling.

2 Doel van de Garantstellingsregeling

Omtrent doel en strekking van de oorspronkelijke regeling hebben wij in ons eerdere onderzoek van 1999 al verslag gedaan.¹⁰ Hierin stelden wij vast dat de Garantstellingsregeling ertoe strekt de curator in staat te stellen een rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:138/248 BW) of de faillissementspauliana (art. 42 e.v. Fw.) of een onderzoek daarnaar in te stellen, ingeval hij – afgezien van de vordering op een bestuurder of paulianeus handelende derde – een (potentiële) lege boedel aantreft. Met deze regeling heeft de wetgever het oog gehad op bestrijding van fraude door misbruik van rechtspersonen. Waar het echter gaat om bestuurdersaansprakelijkheid is het van belang te constateren dat deze niet is beperkt tot – in strafrechtelijke zin – frauduleuze gedragingen. Ook een bestuurder die niet frauduleus handelt kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld, indien zijn gedrag niettemin als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan worden gekwalificeerd.¹¹

Bestrijding van misbruik is op zichzelf nog onvoldoende afbakening van de reikwijdte van de Garantstellingsregeling. Daar waar de Garantstellingsregeling is afgeleid van de taak van de curator om ten behoeve van de gezamenlijke

10 Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, hfdst. 2, p. 11-13 in het bijzonder.

11 Voor sommigen is dit aanleiding om ook dergelijk gedrag onder de noemer fraude en misbruik van faillissement te rangschikken; zie HSI-rapport 2005, § 1.3. Zoals in het rapport (p. 22) wordt aangegeven heeft onbehoorlijk bestuur echter nog geen fraude te betekenen. Ook wij zouden niet zover willen gaan, omdat het betitelen van bijvoorbeeld het niet tijdig publiceren van jaarcijfers als 'fraude' tamelijk veraf staat van de maatschappelijke beleving van fraude.

schuldeisers het vermogen van de schuldenaar te vereffenen, komt de regeling pas in beeld als de curator van oordeel is dat het aanspreken van een bestuurder of een paulianeus handelende derde dienstig is voor de boedel. Met andere woorden, de actie van de curator moet in beginsel waarde toevoegen aan de boedel die de curator gaat verdelen. Als dat niet het geval is, vloeit uit het systeem van de Faillissementswet voort dat er voor een actie door de curator geen grond is. In dit verband spelen kwesties van verhaalbaarheid bij een eventuele veroordeling, inschatting van proceskansen en -risico's etc. een rol.

Bij ons eerdere onderzoek is gebleken dat het doel van bestrijding van misbruik en de beperking die uit het systeem van de Faillissementswet voortvloeit ook is terug te vinden in de Garantstellingsregeling.¹² In art. 2 lid 5 (oud) is als afwijzingsgrond opgenomen dat de hoogte van de verlangde garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot de hoogte van het redelijkerwijze te verwachten resultaat.¹³ Door het ministerie is deze beperking inmiddels sinds 2002/2003 vormgegeven in een verhouding van (maximaal) 1:4 tussen kosten en opbrengst.¹⁴

3 Aanbevelingen in evaluatie 1999 en (re)acties Minister van Justitie

Het onderzoek uit 1998-1999 heeft geleid tot een aantal aanbevelingen met het oog op een beter functioneren van de Garantstellingsregeling binnen de randvoorwaarde van beheersbaarheid van de uitvoeringskosten.¹⁵ Kort samengevat liggen deze aanbevelingen op het terrein van de toegang tot de regeling en de voorlichting, de reikwijdte van de Garantstellingsregeling, de aanvraag- en verlengingsprocedure, het toezicht en de controle en ten slotte de afwikkeling.

De resultaten van dit onderzoek zijn in het najaar van 2000 door de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer aangeboden.¹⁶ Hierin heeft hij aangekondigd de aanbevelingen voor een deel wél en voor een deel niet over te nemen, voor een deel aan een nadere bestudering te onderwerpen en voor een deel eerst met het Ministerie van Financiën en het Lisv¹⁷ te willen bespreken.¹⁸

Een vervolgreactie heeft plaatsgevonden bij brief van 20 december 2001.¹⁹ Hierin informeerde de Minister van Justitie de Tweede Kamer kort over

12 Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, p. 11-12.

13 Vgl. voor de huidige regeling art. 3 sub e GSR 2005.

14 Zie hierover ook Rb. Rotterdam 3 januari 2005, WET 03/3635 (ongepubliceerd), waarin werd geoordeeld dat deze beleidsregel niet kennelijk onredelijk of om een andere reden rechtens onaanvaardbaar is.

15 Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, hfdst. 13.

16 Brief van de Minister van Justitie inzake evaluatie garantstellingsregeling curatoren van 30 oktober 2000 (just 000743).

17 Landelijk instituut sociale verzekeringen; thans is deze rol overgenomen door het Uvw (Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen).

18 Zie hierover nader hoofdstuk 9.

19 Brief van de Minister van Justitie inzake evaluatie garantstellingsregeling curatoren van 20 december 2001 (just 001130).

oriënterende gesprekken met het Ministerie van Financiën en het Lisv, die echter nog niet waren uitgemond in concrete afspraken omtrent de gezamenlijke voorlichtingsfolder en de éénloketgedachte.

In deze reactie heeft de Minister voorts melding gemaakt van de start van het project 'Redesign Garantstellingsregeling curatoren' met een bijbehorend projectplan. Dit project zou tweërlei doel hebben. In de eerste plaats was het gericht op het 'realiseren en uitdragen van een heldere doelstelling van de Garantstellingsregeling, waardoor het voor de betrokken actoren duidelijk is wat van de regeling verwacht mag worden'. In de tweede plaats moest het project leiden tot een verbetering in de beheersing van de financiële risico's voor het Ministerie.²⁰ Inmiddels is het bewuste project stilgelegd wegens andere prioriteitenstelling binnen de verantwoordelijke directie van het Ministerie van Justitie.

4 Ontwikkeling van een nieuwe regeling: 'Garantstellingsregeling curatoren 2005'

In de loop van 2004 is de Garantstellingsregeling door zowel de interne controleurs van het Ministerie van Justitie als de Algemene Rekenkamer tegen het licht gehouden. Hierbij bleek de regeling onvoldoende controlesystemen te bezitten. Hoewel denkbaar was om dit aspect mee te nemen met de eerder voorgenomen herziening naar aanleiding van het onderzoek uit 1998-1999, heeft het Ministerie de regeling in het najaar 2004 alleen op dit aspect aangepast en met ingang van 8 januari 2005 onder de naam 'Garantstellingsregeling curatoren 2005' in werking laten treden.²¹ Hiermee beoogt het Ministerie enerzijds het proces beter te beheren en te bewaken en anderzijds meer duidelijkheid te geven over de toepassing van de regeling, waardoor het ook voor de curator inzichtelijker zou worden wat er van hem verwacht wordt.²²

In de nieuwe regeling zijn de volgende onderdelen die in de uitvoeringspraktijk al werden gehanteerd met zoveel woorden opgenomen:

- een verbeterde en gedetailleerde vragenlijst die door de curator volledig moet zijn ingevuld alvorens zijn verzoek wordt behandeld (art. 1 j° bijlage A)
- uitdrukkelijke bepaling dat kosten pas onder de garantstelling vallen, nadat op de aanvraag positief beslist is (art. 2 lid 4)

20 In de literatuur is dit vervolg kritisch ontvangen; dit werd voor een deel veroorzaakt door het viertal subdoelen dat de Minister van Justitie in zijn brief had geformuleerd ter uitwerking van de eerste doelstelling en waarop het eerdere onderzoek al antwoord had gegeven. Voor een ander deel was de kritiek dat de nieuwe doelstelling niet consistent was met de eerdere reactie van de Minister, zonder daarvoor redenen aan te voeren. Ten slotte leek het nieuwe project geen antwoord te willen zoeken op eerder gesignaleerde knelpunten, maar daarentegen vooral de financiële beheersbaarheid van de regeling te verbeteren; zie R.D. Vriesendorp, 'Redesign van de garantstellingsregeling curatoren; vermaken volstaat', *TvI* 2002/3.

21 Stcrt. 3 januari 2005, nr. 1, p. 10. Zie omtrent de ingangsdatum het slot van de regeling.

22 Zie Toelichting (algemeen) bij de Garantstellingsregeling curatoren 2005, Stcrt. 3 januari 2005, nr. 1, p. 10.

- alleen direct met de procedure verband houdende kosten vallen onder de garantstelling (art. 2 lid 7)
- gevolgen opvolgend curatorschap en rekening en verantwoording (art. 8 lid 2)
- aanwending baten ter verkleining debetstand waarvoor garantstelling is afgegeven (art. 8 lid 3).

Daarnaast zijn enkele specifieke wijzigingen aangebracht ten opzichte van de oude regeling:

- centralisering bankinstelling voor rekening-courant door aanwijzing door Ministerie van Justitie (art. 2 lid 1)
- eis van schriftelijk gemotiveerde goedkeuring rechter-commissaris (art. 1 en 3 sub d)
- sancties op niet-nakomen rapportageverplichtingen (art. 4 lid 2-3)
- limitering van de duur van de garantstelling tot één jaar (art. 5 lid 1)
- sancties op niet-tijdige aanvraag van verlenging (art. 5 lid 2-3)
- koppeling verhoging aan redelijke verhouding (art. 6 lid 1)
- automatische beëindiging en sancties (art. 7 lid 1-2).

Ondanks deze wijzigingen is het doel van de regeling ook in de ogen van de Minister van Justitie hetzelfde gebleven, zoals valt af te leiden uit zijn recente antwoord op een daartoe strekkende vraag van het Tweede Kamerlid Douma:

“De garantstellingsregeling curatoren is opgesteld in het kader van de fraudebestrijding en maakt het mogelijk dat curatoren in faillissementen van vennootschappen van de Minister van Justitie bij ontoereikendheid van de boedel een voorschot kunnen krijgen ter bestrijding van kosten die zij moeten maken om een rechtsvordering in te stellen tegen de bestuurders van de vennootschappen in geval van vermoedelijk misbruik (kennelijk onbehoorlijk bestuur) of ten behoeve van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheden daartoe. Het doel van deze regeling is het stimuleren van curatoren om in daartoe in aanmerking komende gevallen de bestuurders van een N.V. of een B.V. aan te spreken.”²³

In dit verband kondigde de Minister aan dat de regeling momenteel door het WODC wordt geëvalueerd en dat hij de bevindingen daarvan vooralsnog afwacht. Het onderhavige rapport vormt de weerslag hiervan.

5 Civielrechtelijk doel van de Garantstellingsregeling naast een strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude

De Garantstellingsregeling is blijkens het voorgaande in het leven geroepen om curatoren met lege boedels in staat te stellen om met behulp van het civielrechtelijke instrumentarium van de bestuurdersaansprakelijkheid en de faillissementspauliana fraude in de vorm van kennelijk onbehoorlijk bestuur en paulianeuze handelingen tegen te gaan. Bij succes bewerkstelligt de curator daarmee dat het faillissementstekort of de door de aangesproken wederpartij

²³ Antwoord van de Minister van Justitie d.d. 30 december 2005 op vraag nr. 13 van Kamerlid Douma d.d. 24 november 2005, Kamervragen 2005-2006, aanhangsel 646.

veroorzaakte schade wordt vergoed, danwel de paulianeus onttrokken activa in de boedel worden teruggebracht. Enigerlei bestraffend of strafrechtelijk effect heeft het optreden door de curator niet.

Civielrechtelijk belandt de curator in een dilemma, indien hij laakbaar gedrag constateert, maar het vooralsnog onzeker is of de betrokken derde verhaal biedt waardoor het zinvol is om hem als wederpartij in rechte te betrekken. In de uitoefening van zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers heeft hij dan in beginsel geen ruimte om ten koste van die schuldeisers acties te ondernemen, als deze niet tot een opbrengst voor de boedel leiden. Bij een lege boedel betekent het risico van onvoldoende verhaal zelfs dat de curator zijn activiteiten uiteindelijk uit eigen portemonnee bekostigt. Los van de vraag of een curator hiertoe bereid of in staat is, ontbreekt een wettelijke grondslag – en daarmee een rechtvaardiging – voor een dergelijke afwenteling van de bestrijdingskosten van faillissementsfraude. Op dit punt komt de strafrechtelijke aanpak in beeld.

In strafrechtelijke zin wordt de aanpak van faillissementsfraude geregisseerd door het Openbaar Ministerie. Recent onderzoek wijst uit dat in 212 van de 868 onderzochte dossiers (bijna 25%) aanwijzingen zijn aangetroffen voor enige vorm van faillissementsfraude.²⁴ In 59 van deze dossiers (ongeveer 7%) is sprake van een tekortkoming in de administratie met aanwijzingen voor frauduleus handelen.²⁵ Op basis van de daarvoor geldende wettelijke grondslagen maakt het Openbaar Ministerie de afweging om al dan niet tot vervolging over te gaan bij vermoeden van strafbaar handelen. Hierbij spelen verschillende factoren een rol: de aan- of afwezigheid van een aangifte, opportuniteit van de vervolging, capaciteit van politie en justitie (zowel qua aantallen als qua deskundigheid), prioriteiten in het vervolgingsbeleid. Voor het Openbaar Ministerie is in beginsel niet relevant of de verdachte verhaal biedt: strafvervolging is primair gericht op bestraffing van de dader. Indien blijkt dat de verdachte na veroordeling geen of onvoldoende verhaal biedt voor de opgelegde geldboete, kan de opgelegde straf ten uitvoer worden gelegd met behulp van de vervangende hechtenis.

Bijkomend aspect van het strafrechtelijk traject is de mogelijkheid voor de curator om in de strafprocedure als benadeelde derde op te komen en schadevergoeding te verlangen (art. 51a Sv. e.v.). Daarnaast kan de rechter in voorkomend geval, op vordering van het Openbaar Ministerie, bij wijze van maatregel het wederrechtelijk verkregen voordeel van de veroordeelde ontnemen (art. 36e Sr.). Deze opbrengst valt echter niet in de boedel, maar komt ten goede aan de Staat. Toch blijft de strafrechtelijke aanpak nauwelijks effect te hebben, hetgeen lijkt te worden veroorzaakt door het lage aantal aangiften, beperkte capaciteit bij het Openbaar Ministerie en onvoldoende expertise.²⁶

24 HSI-rapport 2005, p. 109.

25 HSI-rapport 2005, p. 110.

26 HSI-rapport 2005, p. 100 e.v.

6 Bekendheid met de Garantstellingsregeling

Curatoren blijken over het algemeen bekend met het bestaan van de Garantstellingsregeling. Uit de enquête volgt dat alle 170 Insoladrespondenten van deze regeling op de hoogte zijn, terwijl 80,6% aangeeft ook met de voorwaarden bekend te zijn.

Zijn curatoren bekend met de Garantstellingsregeling (Insolad)?

<i>bekendheid met Garantstellingsregeling en voorwaarden</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
ja, met het bestaan en met de voorwaarden	137	80,6
ja, wel met het bestaan, maar niet met de voorwaarden	33	19,4
Nee	0	0
Totaal	170	100

Bij de niet-Insoladcuratoren in de arrondissementen Den Haag en Almelo zijn de regeling en haar voorwaarden aanzienlijk minder bekend.

Zijn curatoren bekend met de Garantstellingsregeling (Den Haag resp. Almelo)?

<i>bekendheid met Garantstellingsregeling en voorwaarden</i>	<i>frequentie</i>		<i>percentage</i>	
	<i>Den Haag</i>	<i>Almelo</i>	<i>Den Haag</i>	<i>Almelo</i>
ja, met het bestaan en met de voorwaarden	15	6	62,5	46,6
ja, wel met het bestaan, maar niet met de voorwaarden	7	7	29,2	53,8
nee	2	0	8,3	0
totaal	24	13	100	100

De bekendheid van curatoren met de voorwaarden van de regeling van vóór 2005 was volgens de geïnterviewde medewerkers van het Ministerie daarentegen onvoldoende. Hierover bestonden volgens hen bij curatoren nogal wat onduidelijkheden. Zo wisten curatoren bijvoorbeeld vaak niet hoe zij informatie moesten aanleveren en welke informatie relevant was. Dit blijkt volgens een geïnterviewde justitiemedewerker onder meer uit het feit dat een aantal procedures langshepend is en dat curatoren vooral bij de rekening en verantwoording vaak niet blijken te weten wat zij wel en niet mogen declareren. Het dossieronderzoek bevestigt het beeld dat curatoren niet goed op de hoogte zijn van de voorwaarden. In 14 van de 52 bestudeerde dossiers vonden er meer dan vier briefwisselingen plaats tussen de curator en het Ministerie van Justitie alvorens over de toekenning kon worden beslist. Ook blijkt uit het dossieronderzoek dat curatoren nogal eens onbekend zijn met het verhaalscriterium (art. 2 lid 5 Garantstellingsregeling/art. 3 sub e Garantstellingsregeling 2005) en met het feit dat zij alleen een vergoeding kunnen vragen voor verhaalsonderzoek als onbekend is of de aan te spreken persoon verhaal

biedt. Curatoren blijken dan ook regelmatig onvoldoende aannemelijk te maken dat de aan te spreken persoon voldoende verhaal biedt. In 8 van de 52 dossiers (15%) die in het kader van de steekproef zijn bestudeerd, deed deze situatie zich voor. Uit briefwisselingen tussen curatoren en het Ministerie van Justitie blijkt dat curatoren nogal eens stellen niet meer informatie te hebben of kunnen verkrijgen dan volgens het Ministerie nodig is om een garantstelling te kunnen verlenen. Verder blijkt uit de interviews met de justitiemedewerkers dat curatoren een garantstelling (ten onrechte) als rechtshulp zien en niet als een indirecte kredietverlening.

Bij de geïnterviewde medewerkers van het Ministerie van Justitie bestaat de indruk dat rechters-commissarissen beter bekend zijn met de voorwaarden voor de Garantstellingsregeling dan curatoren. Curatoren blijken nogal eens op verzoek/advies van de rechter-commissaris een verzoek in te dienen. Toch zou volgens de medewerkers slechts driekwart van de rechters-commissarissen echt goed op de hoogte zijn; de rest niet of te weinig.

Uit de resultaten van de enquête onder rechters-commissarissen blijkt dat zij inderdaad (iets) beter op de hoogte zijn van de Garantstellingsregeling en haar inhoud dan curatoren.

Zijn rechters-commissarissen bekend met de voorwaarden en de hun toebedeelde rol?²⁷

<i>bekendheid met Garantstellingsregeling en voorwaarden</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
ja, met toebedeelde rol en de voorwaarden	14	87,5
ja, wel met toebedeelde rol, maar niet met de voorwaarden	2	12,5
Nee	0	0
Totaal	16	100

Met betrekking tot de nieuwe Garantstellingsregeling 2005 die vanaf 1 januari 2005 van kracht is, is de eerste indruk bij de geïnterviewde justitiemedewerkers dat aanvragers bij deze nieuwe regeling beter bekend zijn met de voorwaarden. Als mogelijke verklaring hiervoor wordt de departementale website gezien (http://www.justitie.nl/themas/meer/Garantstelling_faillissementscuratoren.asp), waarop de vragenlijst kan worden bekeken en formulieren kunnen worden gedownload. Ook is er verbetering door de briefwisselingen met curatoren, waarin uitgebreide informatie wordt gegeven; het Ministerie stuurt een kopie uit de Staatscourant van de nieuwe regeling naar curatoren met wie het correspondeert.

Enigszins in contrast met de constatering van de justitiemedewerkers staat de uitkomst uit de enquête dat slechts bij iets meer dan de helft van de Insoladcuratoren (52,9%) bekend was in welk opzicht de regeling per 1 januari 2005 is gewijzigd.

27 Eén respondent liet de vraag onbeantwoord.

Zijn curatoren bekend met de veranderingen van de Garantstellingsregeling per 1 januari 2005 (Insolad)?

<i>bekendheid met Garantstellingsregeling 2005</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
Ja	90	52,9
Nee	80	47,1
Totaal	170	100

Op dit punt bestaan minder verschillen tussen de Insoladcuratoren en die uit de arrondissementen Den Haag en Almelo.²⁸

Zijn curatoren bekend met de veranderingen van de Garantstellingsregeling per 1 januari 2005 (Den Haag resp. Almelo)?

<i>bekendheid met Garantstellingsregeling 2005</i>	<i>frequentie</i>		<i>percentage</i>	
	<i>Den Haag</i>	<i>Almelo</i>	<i>Den Haag</i>	<i>Almelo</i>
Ja	7	5	31,8	38,5
Nee	15	8	68,2	61,5
Totaal	22	13	100	100

De manieren waarop de Insoladcuratoren bekend zijn geraakt met de wijzigingen van de Garantstellingsregeling per 1 januari 2005, kunnen als volgt worden gerubriceerd:

Hoe zijn curatoren bekend geraakt met de veranderingen van de Garantstellingsregeling per 1 januari 2005 (Insolad)?

<i>medium</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
nieuwsbrieven/mailings/vakbladen e.d.	43	48,9
cursussen /via-via/mond-tot-mond	22	25,0
via het Ministerie van Justitie	14	15,9
via de rechter-commissaris	1	1,1
overig	8	9,1
totaal ²⁹	88	100

²⁸ De twee respondenten die onbekend waren met de oude regeling zijn buiten beschouwing gelaten.

²⁹ Door acht dubbelstellingen bij de eerste twee categorieën – deze respondenten gaven meerdere antwoorden – is de totale frequentie acht eenheden hoger dan het aantal curatoren dat aangeeft bekend te zijn met de veranderingen per 1 januari 2005.

Rechters-commissarissen zijn beter op de hoogte van de veranderingen sinds 1 januari 2005:

**Zijn rechters-commissarissen bekend met de veranderingen van de
Garantstellingsregeling per 1 januari 2005?**

<i>bekendheid met Garantstellingsregeling 2005</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
Ja	8	50
Nee	8	50
Totaal	16	100

Voor het merendeel van de rechters-commissarissen (n=6) blijkt Recofa op dit punt een belangrijke informatiebron te zijn.

Aanvraagprocedure

1 Aantal aanvragen

In de periode 1999 tot en met 2005 zijn door het Ministerie van justitie 534 dossiers geopend ter zake aanvragen voor een garantstelling. Gemiddeld komt dit neer op ongeveer 76 dossiers per jaar, waarbij de aantallen nogal fluctueren (met 61 en 91 als uitersten). Afgezet tegen het aantal uitgesproken faillissementen (zowel beperkt tot rechtspersonen als totaal) over dezelfde periode valt een aanmerkelijke relatieve daling te constateren. Per jaar is de volgende onderverdeling te maken.

<i>jaar</i>	<i>dossiernrs</i>	<i>aantal</i>	<i>faillissementen (totaal)³⁰</i>	<i>percentage t.o.v. totaal aantal faillissementen</i>	<i>faillissementen (rechtspersonen)³¹</i>	<i>percentage t.o.v. faillissementen rechtspersonen</i>
1999	558-648	91	3652	2,37	3238	2,81
2000	649-720	72	4303	1,6	3579	2,01
2001	721-781	61	5654	1,06	4330	1,41
2002	782-853 ³²	70	6588	1,06	4963	1,41
2003	854-932	79	8533	0,9	6368	1,24
2004	933-1018	86	9108	0,92	6648	1,29
2005	1019-1093	75	9748	0,84	6780	1,11
	totaal	534	47586	1,09	35906	1,49

Bron: CBS Statline/Ministerie van Justitie

Uit het dossieronderzoek volgt dat de aanvragen grotendeels betrekking hebben op bestuurdersaansprakelijkheid (63%) of een combinatie van bestuurdersaansprakelijkheid en de faillissementspauliana (27%). Zelden wordt uitsluitend een garantstelling gevraagd voor de faillissementspauliana (8%). In één geval werd niet duidelijk waar de aanvraag betrekking op had, zodat deze als 'onbekend' is aangeduid.

30 Exclusief het aantal vernietigde faillissementen (over de jaren 1999 t/m 2005 achtereenvolgens: 188, 195, 180, 183, 215, 241 en 325; bron: CBS Statline).

31 Inclusief het aantal vernietigde faillissementen (over de jaren 1999 t/m 2005 achtereenvolgens: 57, 61, 54, 82, 79, 106 en 134; bron: CBS Statline). Het aantal vernietigde faillissementen m.b.t. rechtspersonen kan niet van het totaal aantal gefailleerde rechtspersonen worden afgetrokken omdat het cijfermateriaal op verschillende wijzen is gerubriceerd.

32 In de dossierlijst ontbreken nrs. 822 en 838. Navraag leerde dat het twee dossiers betreft die abusievelijk niet in de lijst zijn weergegeven als gevolg van een probleem in de database.

<i>feitelijke aanvragen</i>	<i>bestuurders-aansprakelijkheid</i>	<i>faillissements-pauliana</i>	<i>beide</i>	<i>onbekend</i>	<i>totaal</i>
aantal	33	4	14	1	52
percentage	63	8	27	2	100

Overigens is steeds alleen gekeken naar de primaire aanvraag, hetgeen inhoudt dat eventuele verhogingen en wijzigingen in de aanvraag niet zijn meegenomen.

In zeven van de 52 dossiers bleek geen beslissing te zijn genomen, meestal omdat het Ministerie na de primaire aanvraag een verzoek deed om aanvullende informatie en deze kennelijk niet volgde. In deze gevallen is geen formele beslissing (toe- of afwijzing) genomen. Indien deze gevallen niet bij de berekening worden meegenomen, leidt dit niet tot substantieel andere uitkomsten:

<i>formele aanvragen</i>	<i>bestuurders-aansprakelijkheid</i>	<i>faillissements-pauliana</i>	<i>beide</i>	<i>onbekend</i>	<i>totaal</i>
aantal	28	4	12	1	45
percentage	62	9	27	2	100

Deze uitkomsten komen redelijk overeen met die uit de enquête, waaruit naar voren komt dat 52% van de aanvragen betrekking heeft op uitsluitend bestuurdersaansprakelijkheid, 12% op uitsluitend de faillissementspauliana en 36% op zowel bestuurdersaansprakelijkheid als de faillissementspauliana.

In hoeverre de aanvragen kunnen worden gesplitst naar i) een verhaalsonderzoek, ii) een vooronderzoek naar de kans van slagen en iii) het instellen van een procedure, is door het Ministerie van Justitie niet in een overzicht bijgehouden. Uit het dossieronderzoek kan worden afgeleid dat de (formele) aanvragen vooral betrekking hebben op het voorbereiden, opstarten of voeren van een procedure (44%) danwel op verhaalsonderzoek en het voeren van een procedure gezamenlijk (42%), en minder op het doen van verhaalsonderzoek (6%):

<i>aard van de formele primaire aanvraag</i>	<i>uitsluitend verhaalsonderzoek</i>	<i>uitsluitend procedure</i>	<i>beide</i>	<i>totaal</i>
aantal	6	20	19	45
percentage	13,3	44,4	42,2	100

In de enquête is onderzocht hoeveel curatoren een aanvraag hebben ingediend en welke redenen er waren om geen beroep te doen op de Garantstellingsregeling. Het blijkt dat 47% van de (Insolad)respondenten wel eens een beroep op de regeling heeft gedaan.

Heeft men in de periode van 1 januari 1999 tot 1 januari 2005 ooit een verzoek tot toekenning van een garantstelling ingediend (Insolad)?

<i>verzoek om toekenning</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
nee, er was altijd voldoende boedelactief	25	14,7
nee, wel overwogen, maar hiervan afgezien	56	32,9
ja	80	47,1
nee, nimmer geconfronteerd met bestuurders-aansprakelijkheid/faillissementspauliana, danwel nimmer besloten tot starten procedure	9	5,3
Totaal	170	100

Wanneer men de resultaten van de enquête in de twee arrondissementen nader beschouwt, is een opvallend verschil te zien. Terwijl in Den Haag relatief gezien evenveel niet-Insoladcuratoren als Insoladcuratoren een aanvraag hebben ingediend, ligt het percentage curatoren dat een aanvraag indient in Almelo op 0%.

Heeft men in de periode van 1 januari 1999 tot 1 januari 2005 ooit een verzoek tot toekenning van een garantstelling ingediend (Den Haag resp. Almelo)?

<i>verzoek om toekenning</i>	<i>frequentie</i>		<i>percentage</i>	
	Den Haag	Almelo	Den Haag	Almelo
nee, er was altijd voldoende boedelactief	1	3	4,5	23,1
nee, wel overwogen, maar hiervan afgezien	5	4	22,7	30,8
ja	10	0	45,5	0
nee, nimmer geconfronteerd met bestuurders-aansprakelijkheid/faillissementspauliana, danwel nimmer besloten tot starten procedure	6	6	27,3	46,1
totaal	22	13	100	100

Van de Insoladcuratoren die in de periode van 1 januari 1999 tot 1 januari 2005 wél een beroep op de regeling hebben overwogen, maar uiteindelijk niet hebben gedaan, kunnen de redenen daarvoor als volgt worden gerubriceerd.³³

33 Dezelfde redenen (vooral de eerste) komt men tegen bij curatoren in andere arrondissementen.

<i>redenen om geen verzoek in te dienen</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
redenen die verband houden met de regeling (te complex, ingewikkeld, rompslomp etc.)	33	55,9
geen sterke zaak (meestal verhaalsproblemen)	17	28,8
niet voldaan aan voorwaarden	4	6,8
overig	5	8,5
totaal (n=56) ³⁴	59	100

Het valt op dat de reden om geen verzoek in te dienen voor meer dan de helft van de Insoladcuratoren te maken heeft met het negatieve beeld van de regeling dat bij hen bestaat.

Onder de nieuwe regeling (vanaf 1 januari 2005) heeft inmiddels 11% van de respondenten (Insolad) een aanvraag ingediend.

Heeft men na 1 januari 2005 een verzoek tot toekenning van een garantstelling ingediend (Insolad)?

<i>verzoek om toekenning</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
ja	19	11,2
wel overwogen maar niet ingediend	31	18,2
nee, niet overwogen	120	70,6
totaal	170	100

Het percentage respondenten in de twee controle-arrondissementen dat na 1 januari 2005 een aanvraag heeft ingediend, is niet wezenlijk anders, maar het (absolute) aantal respondenten is in onze ogen te gering om conclusies aan te verbinden.

³⁴ Het totaal is hoger dan het aantal respondenten dat een aanvraag wel heeft overwogen maar hiervan heeft afgezien. Drie respondenten noemden namelijk een combinatie van bovenstaande factoren (regeling in combinatie met verhaalsproblemen (n=2) en verhaalsproblemen en niet aan voorwaarden voldaan (n=1)).

Heeft men na 1 januari 2005 een verzoek tot toekenning van een garantstelling ingediend (Den Haag resp. Almelo)?

verzoek om toekenning	frequentie		percentage	
	Den Haag	Almelo	Den Haag	Almelo
ja	1	1	4,5	7,7
wel overwogen maar niet ingediend	6	2	27,3	15,4
nee, niet overwogen	15	10	68,2	76,9
totaal	22	13	100	100

De redenen van degenen die een verzoek wel hebben overwogen maar daarvan hebben afgezien, komen overeen met de eerder geschetste redenen voor de periode 1999-2005.

2 Gemiddelde hoogte aangevraagde bedragen

Uit een overzicht afkomstig van het Ministerie van Justitie valt niet af te leiden welke bedragen door de curatoren worden verzocht; slechts de toegekende bedragen zijn daarop vermeld. Uitsluitend door per dossier het aangevraagde bedrag te noteren krijgt men inzicht in die verlangde bedragen. Met het oog op het verkrijgen van enig inzicht in de gemiddelde hoogte van aanvragen is in het kader van het dossieronderzoek gekeken naar de eerste (primaire) aanvraag.³⁵ Eventuele verzoeken om verhogingen zijn niet meegenomen, omdat deze geen indicaties verschaffen over het primaire oogmerk van de curator: verhaalsonderzoek en/of het voeren van een procedure.

De hoogte van de primaire aanvragen verschilt nogal, al naargelang een garantstelling wordt verzocht voor een verhaalsonderzoek en/of het voeren van een procedure. Bij de primaire feitelijke aanvragen varieert de hoogte van aanvragen voor verhaalsonderzoek tussen € 1.134 en € 12.700. Bij de formele aanvragen voor verhaalsonderzoek – dat wil zeggen, de feitelijke aanvragen minus die aanvragen waar geen nader vervolg aan is gegeven (zie par. 3.1) – ligt dit niet anders. Bij een verzoek om garantstelling voor een procedure of voor zowel verhaalsonderzoek als een procedure liggen de verzoeken tussen € 3.000 en € 113.455.³⁶

De gemiddelde hoogten van primaire feitelijke respectievelijk formele aanvragen, gesplitst naar de verschillende verzoeken, kunnen als volgt worden weergegeven:

35 Bij één aanvraag werd niet duidelijk voor welk bedrag er volgens de curator een garantstelling zou moeten worden verleend. Deze is daarom niet in het onderzoek meegenomen.

36 Overigens is dit laatste bedrag een uitschieter die voortvloeit uit een aanvraag waar geen formele beslissing op volgde. Dientengevolge ligt hier de gemiddelde hoogte van een primaire formele aanvraag substantieel lager, namelijk tussen € 3.000 en € 75.000.

<i>gemiddelde hoogte aanvraag (€)</i>	<i>verhaalsonderzoek</i>	<i>procedure</i>	<i>beide</i>	<i>totaal</i>
feitelijke aanvraag	4.476 (n=7)	10.702 (n=22)	20.824 (n=22)	14.214 (n=51)
formele aanvraag	4.476 (n=7)	10.124 (n=19)	14.065 (n=19)	10.910 (n=45)

Uit deze gemiddelden komt naar voren dat indien een verzoek wordt gedaan voor een garantstelling voor zowel een verhaalsonderzoek als een procedure, de gemiddelde hoogte hiervan bij de formele aanvragen min of meer een optelling is van de gemiddelden voor enkel een verhaalsonderzoek dan wel een procedure.

3 Behandelingsstermijn

Met betrekking tot de termijn waarbinnen het Ministerie een beslissing op het verzoek om een garantstelling neemt bestaat een verschil in perceptie tussen het Ministerie van Justitie enerzijds en de curatoren anderzijds.

Volgens de geïnterviewde justitiemedewerkers duurt de afhandeling van een verzoek tot een garantstelling voor een verhaalsonderzoek medio 2005 circa twee weken, mits de juiste informatie is aangeleverd. Bij verzoeken om aanvullende informatie kan de beslissing langer op zich laten wachten. Begin 2005 duurde de afhandeling twee maanden vanwege een achterstand. Mede dankzij de nieuwe regeling en de vragenlijsten met gerichte vragen is die achterstand weggewerkt en duurt het nu gemiddeld drie weken voordat een beslissing wordt genomen. Er is in de nieuwe regeling bijvoorbeeld duidelijker aangegeven welke informatie nodig is, zodat minder vaak om extra informatie hoeft te worden gevraagd. De vragenlijsten bevatten – meer dan onder de oude regeling – voldoende informatie waarop de beslissing kan worden gebaseerd. Een primaire aanvraag heeft nu prioriteit boven aanvragen om verhoging.

De duur van afhandeling van een verzoek voor het voeren van een procedure kan volgens de geïnterviewde medewerkers langer zijn. De duur is afhankelijk van de volledigheid van het verzoek, het verzochte bedrag en de cijfers die worden aangeleverd. Het bleek voor de geïnterviewden moeilijk om een gemiddelde termijn te geven, omdat er veel variatie is. Als indicatie wordt gegeven dat de duur in juli en augustus 2005 circa twee à drie weken is. Voordien werden verzoeken om verhoging binnen circa acht weken afgehandeld en was er dus meer tijd mee gemoeid.

In de steekproef van de dossiers op het Ministerie komt naar voren dat de beslissing over het algemeen binnen twee tot vier weken na het verzoek tot een aanvraag wordt genomen, mits de curator de vragenlijst correct invult en de juiste informatie meestuurt. Dit is bijvoorbeeld het geval geweest in vijf van de zes gevallen waarin er geen briefwisseling heeft plaatsgevonden in de periode tussen de aanvraag en de beslissing. In het zesde geval bedroeg de tussenliggende periode vijf weken. Uit het dossieroverzicht van het Ministerie

van Justitie komen de wisselende behandelingstermijnen goed naar voren. Door de jaren schommelt het aantal verzoeken die ten hoogste één maand na indiening zijn toegekend van 46% in 1999 via een tweetal dieptepunten rond 25% in 2002 en 2004 naar bijna 45% in 2005.

De perceptie van curatoren over de termijnen is een heel andere. Volgens hen bedraagt de periode tussen de aanvraag en de beslissing op de aanvraag gemiddeld veertien weken.

4 Vragenlijst

Met betrekking tot de vragenlijsten van vóór 2005 geven de geïnterviewde justitiemedewerkers aan dat die niet altijd de gewenste antwoorden opleverden. Terugkomende klachten waren dat de specificatie van de gevraagde garantie ontbrak evenals informatie over wat de curator reeds had gedaan, alsmede dat regelmatig vragen werden overgeslagen. Curatoren interpreteerden de regeling op een andere wijze dan de medewerkers van het Ministerie dat deden. Dan moest om aanvullende informatie worden gevraagd. Waar het Ministerie vooral gedegen en uitvoerige informatie verlangt en eerst zekerheid wil hebben over de aanwezigheid van verhaalsmogelijkheden, zouden curatoren onmiddellijk beslag willen leggen, druk willen zetten en willen procederen, althans snel actie ondernemen. Onder de nieuwe regeling rijzen minder vragen en onduidelijkheden. De informatie die nodig is voor een beslissing staat duidelijker aangegeven. Bovendien heeft de nieuwe vragenlijst een logischer volgorde.³⁷

Indien er helemaal geen vragenlijst was ingevuld, ging er een brief naar de curator met als resultaat dat er doorgaans alsnog een ingevulde vragenlijst komt. Bij een onvolledig ingevulde vragenlijst werd meestal gevraagd om een nadere invulling van de vragenlijst, maar soms is zo'n lijst bij voldoende duidelijkheid toch in behandeling genomen. Zo kwam het volgens een geïnterviewde medewerker wel eens voor dat de curator een stuk, bijvoorbeeld een dagvaarding, meestuurde waarin de informatie min of meer was terug te vinden. In dat soort gevallen werd het verzoek om alsnog een vragenlijst in te vullen achterwege gelaten en werd de procedure voortgezet.

In 1999-2004 was men minder streng dan in 2005. Indien de curator nu niet tijdig op een verzoek tot het aanvullen van de vragenlijst reageert, dan wordt de aanvraag conform de Algemene wet bestuursrecht buiten behandeling gelaten.

37 De vragenlijst is opgenomen als bijlage A bij de Garantstellingsregeling curatoren 2005 (zie Bijlage 3).

Beslissingsfase

1 Toetsingscriteria

De criteria om een aanvraag te beoordelen liggen vast in een checklist gebaseerd op de Garantstellingsregeling. Dit geldt zowel voor een nieuwe aanvraag als voor een verzoek om verhoging. Volgens de medewerkers van Justitie levert de checklist geen problemen op voor de aanvraag van een garantstelling. Voor het beoordelen van een verhoging is de checklist minder bruikbaar. Deze wordt dan niet strikt gehanteerd, hetgeen binnen het Ministerie wordt toegestaan. Vaak vindt er dan intern overleg plaats, de zogeheten ‘visie-vooraf-procedure’.

Toetsingscriteria die worden gehanteerd bij de beoordeling van een aanvraag (voor een procedure) zijn:

- *Verhaalsmogelijkheden*: zijn die voldoende duidelijk of is nader onderzoek vereist?
- *Redelijke verhouding (I)*: het gevraagde bedrag moet in redelijke verhouding staan tot de verhaalsmogelijkheden; per saldo moet een garantstelling – bij een succesvolle procedure – zichzelf immers overbodig maken. Het Ministerie hanteert hiertoe de eis dat de verhouding tussen de kosten (het bedrag van de gevraagde garantstelling) en de verwachte opbrengst 1:4 moet zijn.³⁸
- *Redelijke verhouding (II)*: de verhouding tussen de hoogte van de gevraagde garantie en die van de totale schulden moet proportioneel zijn.

Het laatste criterium is in de periode 2002/2003 aan de beoordeling van een aanvraag toegevoegd. Uit de interviews met de medewerkers komt naar voren dat de reden hiervoor is dat de ratio van de Garantstellingsregeling in gedachten moest worden gehouden. Deze zou uiteindelijk bedoeld zijn voor de schuldeisers, en dan met name de concurrente. In het dossieronderzoek zijn voorbeelden gevonden waarin een verhoging werd gevraagd, terwijl er geen uitzicht was dat deze zou leiden tot een hogere opbrengst voor concurrente schuldeisers; dat bijvoorbeeld alleen de fiscus, het UWV en andere preferente schuldeisers van een opbrengst zouden profiteren. In zo’n geval werd het verzoek om de verhoging afgewezen.

Volgens de medewerkers worden de criteria tegenwoordig strikter toegepast. Vroeger zou de Garantstellingsregeling te veel een ‘carte blanche’ geven. De kosten waren vaak hoger dan ingeschat en er stonden te veel garanties uit voor te hoge bedragen. Mede daarom is het laatste criterium toegevoegd en wil Justitie voortaan vooraf weten welke kosten precies gaan worden gemaakt.

38 In een procedure tussen een curator en het Ministerie bij de bestuursrechter te Rotterdam (Rb. Rotterdam 3 januari 2005, WET 03/3635-HH (ongepubliceerd)), is deze eis als ‘bestendig beleid’ gepresenteerd en door de rechter aanvaard. In hoeverre dit daadwerkelijk bestendig beleid is, is uit het (dossier)onderzoek niet gebleken.

Tevens blijkt uit de bestudeerde dossiers dat het verhaalscriterium gaandeweg strikter wordt toegepast, hetgeen erin heeft geresulteerd dat er een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dient te bestaan over de mogelijkheid van verhaal. Hier wordt het spanningsveld tussen het Ministerie en de curator zichtbaar. De curator kan niet altijd aantonen dat de aan te spreken persoon verhaal biedt, maar slechts aangeven dat hij verwacht dat door druk te zetten op bijvoorbeeld een bestuurder door te dreigen met een procedure, deze alsnog betaalt. In dit soort gevallen wijst het Ministerie een aanvraag af, zo bleek uit de dossiers waarin zich dit spanningsveld voordoet.

2 Rol van de rechter-commissaris

Vóór 1 januari 2005 diende de rechter-commissaris een aanvraag te voorzien van een advies. De rol van de rechter-commissaris wordt door de geïnterviewde medewerkers belangrijk geacht, maar er zijn twijfels over de daadwerkelijke invulling daarvan in de huidige praktijk. Het contact met rechter-commissaris ervaren de geïnterviewde medewerkers soms als stroperig, de motivering van adviezen is beperkt, de toetsing marginaal. Zo komt uit de dossierstudie en de interviews naar voren dat rechters-commissarissen soms een schriftelijke motivering geven, maar dat zij meestal volstaan met een simpele standaardzin als: 'Ik ondersteun het verzoek van de curator.' In de praktijk komt dit volgens de geïnterviewde medewerkers erop neer dat er nauwelijks een echt inhoudelijk oordeel wordt gegeven. In de onderzochte dossiers komt het niet voor dat de rechter-commissaris negatief adviseert. Omdat dit niet gebeurt, heeft het advies volgens de geïnterviewde medewerkers niet altijd een meerwaarde.

Volgens rechters-commissarissen zelf bestaat hun rol in overwegende mate uit een inhoudelijke toetsing van het verzoek.

Een rechter-commissaris draagt zorg voor een *marginale* toetsing van het verzoek en verleent het positieve advies tenzij u [curator] klemmende argumenten weet aan te voeren waarom actie tegen de bestuurder/commissaris achterwege dient te blijven (een positief advies impliceert nog geenszins toestemming om tegen de bestuurder/commissaris te gaan procederen)

<i>marginale toetsing door rechter-commissaris</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
helemaal niet	2	20
niet	4	40
wel	1	10
helemaal wel	3	30
totaal	10	100

Een rechter-commissaris draagt zorg voor een *grondige inhoudelijke* toetsing van het verzoek en verleent het advies alleen wanneer de curator met overtuigende argumenten het verzoek onderbouwt (een positief advies impliceert in zekere zin ook toestemming om tegen de bestuurder/commissaris te gaan procederen)

<i>inhoudelijke toetsing door rechter-commissaris</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
helemaal niet	2	13,3
niet	1	6,7
wel	7	46,7
helemaal wel	5	33,3
totaal	15	100

Drie respondenten zien hun rol anders. Eén stelt dat rechters-commissarissen marginaal inhoudelijk toetsen ('iets er tussenin'). Voor een ander hangt de beoordeling af van de soort aanvraag; bij een verhaalsonderzoek is de toets licht. De derde respondent weegt de belangen van schuldeisers en rechtshandhaving.

De toetssteen voor een positief advies van een rechter-commissaris blijkt vooral het belang van de boedel, maar ook het maatschappelijk belang van fraudebestrijding en anti-misbruik blijken een rol te spelen:

Toetssteen rechter-commissaris: het belang van de boedel (en de gezamenlijke schuldeisers) dan wel maatschappelijk belang van fraudebestrijding en anti-misbruik

<i>toetssteen rechter-commissaris</i>	<i>belang van de boedel</i>		<i>fraudebestrijding</i>	
	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
nooit	0	0	0	0
weinig	0	0	1	6,7
soms	2	12,5	3	20
vaak	3	18,8	2	13,3
altijd	11	68,8	9	60
totaal	16	100	15	100

Twee respondenten stelden een andere toetssteen te hanteren, namelijk de verhaalbaarheid en de slagingskans. De mogelijkheid van verhaal blijkt voor de andere rechters-commissarissen overigens ook een belangrijke omstandigheid te zijn om een positief advies te verlenen. Ten slotte speelt bij de positieve advisering door de rechter-commissaris een belangrijke rol het onaanvaardbare gedrag van degene die de curator wil aanspreken.

De mogelijkheid van daadwerkelijk verhaal bij een eventuele vordering en het onaanvaardbare (frauduleuze) gedrag van de bestuurder/commissaris of andere betrokkenen

<i>toetssteen rechter- commissaris</i>	<i>mogelijkheid verhaal</i>		<i>onaanvaardbaar gedrag</i>	
	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
nooit	0	0	0	0
weinig	4	25	1	6,7
soms	1	6,3	0	0
vaak	4	25	5	33,3
altijd	7	43,8	9	60
totaal	16	100	15	100

Overigens werden geen andere omstandigheden genoemd die belangrijk werden gevonden bij het verlenen van een positief advies.

Vanaf 1 januari 2005 moet de rechter-commissaris een gemotiveerd advies geven. Een rechter-commissaris zou zijn mening over het verzoek kenbaar moeten maken, aangezien hij beter zicht heeft op het faillissement dan het Ministerie. De rechter-commissaris moet nagaan of een aanvraag klopt. Volgens de geïnterviewde medewerkers voldoen de huidige adviezen daar niet aan.

De rechters-commissarissen (n=8) geven aan dat zij hun rol niet anders zijn gaan zien sinds 1 januari 2005. Toch is een tweetal rechters-commissarissen zich sinds 1 januari 2005 meer met (de aanvraag voor) een garantstelling gaan bemoeien. Twee andere respondenten geven echter aan dat zij zich sinds 1 januari 2005 juist minder met de garantstellingen zijn gaan bemoeien.

De bemoeienis van rechters-commissarissen met (de aanvraag voor) een garantstelling is sinds 1 januari 2005

<i>bemoeienis rechter- commissaris</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
onveranderd gebleven	11	73,3
Toegenomen	2	13,3
Afgenomen	2	13,3
Totaal	15	100

Dat rechters-commissarissen volgens het Ministerie van Justitie een advies nauwelijks motiveren en dat de gesprekken met hen soms stroef verlopen, kan worden verklaard doordat een rechter-commissaris weinig heeft aan te vullen op een verzoek van de curator. Bovendien zal een rechter-commissaris de zin er niet altijd van inzien om verslag te doen van het overleg dat deze met een curator heeft gevoerd. Een geïnterviewde medewerker van het Ministerie van Justitie merkt in dit kader ook op dat zij hierbij wellicht te veel van de rechter-commissaris verwachten.

De gevolgen van een onvoldoende motivering onder de nieuwe regeling zijn volgens het Ministerie nog een kwestie van aftasten.

3 Toekenning en afwijzing

Zoals in hoofdstuk 3 (par. 1) is aangegeven, is door de jaren heen het aantal verzoeken om een garantstelling ten opzichte van het totale aantal faillissementen (ook indien beperkt tot faillissementen van rechtspersonen) relatief sterk gedaald, maar in absolute zin tamelijk stabiel gebleven. Het aantal toekenningen van een garantstelling is echter niet alleen in relatieve zin, maar ook in absolute zin gedaald ten opzichte van het begin van de onderzochte periode.

<i>jaar</i>	<i>aantal verzoeken</i>	<i>aantal afwijzingen</i>	<i>aantal toekenningen</i>	<i>percentage toekenningen t.o.v. verzoeken</i>
1999	91	20	71	78
2000	72	8	64	89
2001	61	21	40	66
2002	70	16	54	77
2003	79	27	52	66
2004	86	25	61	71
2005	75	21	54	72
totaal	534	138	396	74

Gemiddeld is ongeveer 75% van de aanvragen gehonoreerd. Dit percentage stemt overeen met het beeld uit de enquête. Hierin gaven curatoren aan dat in 73% van de aanvragen er een toewijzing volgde, tegen 23% waarin het kwam tot een afwijzing; in 4% liep het verzoek nog ten tijde van het houden van de enquête. Een voorname reden voor een afwijzing, zo bleek uit het dossieronderzoek, is dat verhaal onvoldoende aannemelijk is gemaakt.

4 Gemiddelde hoogte toekenningen

Aan de hand van het dossieronderzoek valt na te gaan hoe groot de verschillen zijn tussen de door de curator gevraagde bedragen en de door het Ministerie van Justitie toegekende bedragen. Het blijkt dat de geconstateerde verschillen meebrengen dat de gemiddelde bedragen van het totaal aantal toewijzingen substantieel lager zijn dan de hoogte van het totaal aantal primaire formele aanvragen (N.B. afwijzingen zijn buiten beschouwing gelaten):

<i>gemiddelde hoogte (€)</i>	<i>verhaalsonderzoek</i>	<i>procedure</i>	<i>beide</i>	<i>totaal</i>
formele aanvraag	4.476 (n=7)	10.124 (n=19)	14.065 (n=19)	10.910 (n=45)
toekenning	1.747 (n=25) ³⁹	9.946 (n=12) ⁴⁰	- (n=0) ⁴¹	4.475 (n=38)

³⁹ Eén geval is buiten beschouwing gelaten, omdat hier onduidelijk was waarvoor (verhaalsonderzoek of procedure) specifiek is toegewezen.

HOOFDSTUK 4

Een verklaring voor dit verschil kan zijn dat het Ministerie van Justitie strengere eisen stelt aan de aanwezigheid van verhaal dan curatoren. Het komt dan ook geregeld voor dat een curator een aanvraag doet voor een procedure, terwijl een garantstelling alleen wordt toegekend voor verhaalsonderzoek.

In de bestudeerde gevallen in het kader van de steekproef ligt de hoogte van een toewijzing voor verhaalsonderzoek tussen de € 200 en € 5.000, en de hoogte van een toewijzing voor een procedure tussen de € 7.000 en € 36.450. Wanneer wij deze cijfers vergelijken met het dossieroverzicht⁴² van het Ministerie van Justitie dan ontstaat de volgende onderverdeling over de verschillende categorieën toegekende bedragen per jaar.

toegekend bedrag (€)	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	totaal	%
0-500	1	3	0	5	4	2	1	16	4
501-1000	1	2	2	0	6	3	5	19	4,8
1001-3000	17	22	8	15	15	29	28	134	33,5
3001-5000	6	4	6	9	7	8	5	45	11,5
5001-7500	5	4	4	4	3	6	4	30	7,6
7501-10000	8	4	6	3	8	1	2	32	8,1
10001-15000	10	8	6	8	6	3	3	44	11
15001-20000	6	8	2	3	1	4	3	27	6,8
20001-25000	4	2	1	2	0	1	1	11	2,8
25001-30000	3	0	1	1	0	2	1	8	2
30001-40000	2	1	1	3	2	2	1	12	3
40001-50000	2	2	1	0	0	0	0	5	1,3
50001-75000	2	1	0	0	0	0	0	3	0,8
75001-100000	0	0	0	1	0	0	0	1	0,3
≥100001	0	0	1	0	0	0	0	1	0,3
onbekend	4	3	1	0	0	0	0	8	2
totaal	71	64	40	54	52	61	54	396	100,1

Uit deze onderverdeling blijkt op basis van de steekproef dat meer dan de helft van de toegekende aanvragen dus alleen betrekking heeft op verhaalsonderzoek.

40 Eén geval is buiten beschouwing gelaten, omdat hier onduidelijk was waarvoor (verhaalsonderzoek of procedure) specifiek is toegewezen.

41 Het Ministerie verleent in de regel geen garantstelling voor zowel verhaalsonderzoek als voor een procedure.

42 Uit dit overzicht blijkt het laagst toegekende bedrag € 45,38 en het hoogste € 56.722,53 te zijn, beide in 2000 toegekend.

5 Bezwaar en beroep

Een beslissing op grond van de Garantstellingsregeling is een beschikking in de zin van art. 1:3 Algemene wet bestuursrecht, waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld. Van deze mogelijkheid is in de onderzochte dossiers geen gebruik gemaakt.⁴³

Over de vraag wie naast de curator belanghebbende kan zijn, bestaat één relevante uitspraak.⁴⁴ Daarin oordeelde de Raad van State dat bestuurders van een vennootschap geen belanghebbenden zijn bij een garantstelling in verband met onderzoek naar of instellen van vordering ter zake van bestuurders-aansprakelijkheid, en daarom geen bezwaar kunnen maken tegen het verlenen van een garantstelling. Het belang van de bestuurders komt, aldus de Raad van State, pas in het geding wanneer de curator een vordering jegens hen instelt.

6 Na een afwijzing

Als een beroep op de regeling wordt afgewezen, zien curatoren meestal af van een procedure tegen de bestuurder: twintig curatoren geven aan hier 31 keer van af te hebben gezien. Na een negatieve beslissing (afwijzing) sloten zes curatoren in 14 gevallen alsnog een schikking met de bestuurder, benaderden acht curatoren in 14 gevallen een schuldeiser met het verzoek om financiële ondersteuning, deden negen curatoren tien keer aangifte bij het Openbaar Ministerie, terwijl drie curatoren drie keer de kosten voor eigen rekening (kantoor) namen. Eén curator gijzelde de aan te spreken persoon na een afwijzing.

Rechters-commissarissen geven aan dat in circa 15% van de gevallen waarin zij een positief advies hebben gegeven het Ministerie hiervan (negatief) heeft afgeweken. Daarna vindt er sporadisch overleg plaats: van de rechters-commissarissen geven acht van de negen (89%) aan dat er na een afwijzing geen overleg plaatsvindt. Slechts één rechter-commissaris (11%) heeft meegemaakt dat er daarna overleg heeft plaatsgevonden. Dit leidde vervolgens alsnog tot een toekenning.

43 Volgens het Ministerie van Justitie heeft de enige beroepsprocedure zich voorgedaan in een van de andere dossiers in het kader van een verzoek om verhoging. Door de desbetreffende curator is vergeefs tegen de afwijzing geageerd in een procedure voor de bestuursrechter Rotterdam (Rb. Rotterdam 3 januari 2005, WET 03/3635-HH (ongepubliceerd)).

44 RvS 12 maart 2003, LJN: AF5643.

Voortgang en controle

1 Rol van de bank

De Garantstellingsregeling leidt ertoe dat het Ministerie van Justitie aan de door de curator aangezochte bank een garantie afgeeft voor een eventueel resterend debetsaldo op een rekening van de curator bij die bank. De geïnterviewde medewerkers achten het gebruik van kredietbanken wenselijk. Banken hebben financiële expertise die het Ministerie van Justitie in onvoldoende mate heeft. Met name het beheer van en de (mogelijkheid van) controle op de gelden worden als voordelen gezien. Eén medewerker verkiest een goede controle boven het werken op basis van vertrouwen. Een ander voordeel is dat de bank aangeeft wanneer de garantietermijn verstrijkt. Toch heerst bij het Ministerie niet alom tevredenheid. Volgens de justitiemedewerkers zijn bepaalde banken vanaf 1999 nieuwe voorwaarden gaan stellen. Als curatoren niet tijdig om verlenging hadden gevraagd, beëindigde de bank de rekening. Wanneer een garantie werd verlengd door Justitie, dan werden door de bank de kosten van een nieuwe garantie in rekening gebracht. Ook werd er veel rente gerekend. Dit leidde regelmatig tot discussies met banken en briefwisselingen met de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB). Het dossieronderzoek bevestigt dit beeld: in 4 van de 52 dossiers (8%) blijken dergelijke problemen met banken aan de orde te zijn (geweest).

Naar aanleiding van de problemen wordt sinds 1 januari 2005 door het Ministerie slechts nog de KAS BANK N.V. gebruikt voor de Garantstellingsregeling. Het thans met deze bank afgesproken rentetarief is volgens de geïnterviewde medewerkers van het Ministerie van Justitie 50 tot 60% lager dan voorheen. Bovendien zou de KAS BANK N.V. voldoende op de hoogte zijn van de regeling. Daarom zijn alle lopende verplichtingen daar nu ondergebracht. Onduidelijk is in hoeverre hiermee de problemen tussen curatoren en de bank zijn opgelost, omdat er bij curatoren nog steeds geluiden zijn waar te nemen van een moeizame relatie.

2 Rol van de rechter-commissaris

Nadat er een beslissing op de aanvraag is genomen, is volgens de curatoren de rol van de rechter-commissaris beperkt. Slechts 26 respondenten zien het nut van een dergelijke rol in deze fase, waartoe zij ook de 'passieve rol' (zich laten informeren) rekenen. Voor het overige bestaat de rol van de rechter-commissaris vooral uit adviseren, meebeslissen, het verlenen van goedkeuring aan een verzoek om verlenging of verhoging.

Geen van de rechters-commissarissen (n=13) geeft aan tijdens de periodieke verslaglegging advies te hebben gegeven over de (al dan niet) voortzetting van

de garantstelling. Volgens negen van de responderende rechters-commissarissen (69%) gaat de verslaglegging door de curator aan het Ministerie buiten de rechter-commissaris om, terwijl drie van hen (23%) aangeven dat zij hierbij slechts een procedurele rol vervullen. Voor één respondent is de rol een 'mix' van beide.

Een besluit om tot stopzetting van de garantstelling over te gaan, mag eerst worden genomen nadat hierover overleg is gepleegd met de rechter-commissaris. Op de vraag of dit de huidige praktijk is, geven negen (64%) van de rechters-commissarissen (n=14) aan dat zij nooit zijn geconfronteerd met een tussentijdse stopzetting van de garantstelling. Twee respondenten (14%) hebben meegemaakt dat een stopzetting door het Ministerie van Justitie plaatsvindt zonder overleg (enkel mededeling), terwijl evenveel respondenten aangeven dat er daadwerkelijk overleg heeft plaatsgevonden tussen rechter-commissaris en het Ministerie voordat werd besloten tot stopzetting van de garantstelling. Eén rechter-commissaris (7%) heeft een andere ervaring. Deze stelt onder de oude garantstellingsregeling eenmaal bemiddeld te hebben bij voornemen om verdere garantstelling te weigeren.

3 Periodieke rapportage

De curator dient iedere zes maanden te rapporteren. In een normale rapportage hoeft alleen de stand van zaken en een toekomstbeeld te worden geschetst, tenzij de curator om een verhoging verzoekt. Kort gezegd dient alle informatie te worden gemeld die van invloed is of kan zijn op de garantstelling. De aangeleverde informatie is volgens de geïnterviewde medewerkers over het algemeen adequaat. De rapportages bestaan vaak uit faillissementsverslagen en korte brieven. Dat is volgens de medewerkers meestal (in circa 90% van de gevallen) voldoende. Als er informatie ontbreekt, wordt daarnaar gevraagd.

De termijn voor de periodieke rapportage eens in de zes maanden is volgens de geïnterviewde medewerkers prima. Het probleem is echter, zo blijkt uit het dossieronderzoek en de interviews met de medewerkers, dat curatoren regelmatig te laat rapporteren.

Het komt wel eens voor dat een curator uit zichzelf een rapport uitbrengt, maar meestal wordt de termijn overschreden met een aantal weken tot een paar maanden. Bij niet-tijdige rapportage worden er rappels gestuurd. Op het rappelleren van het Ministerie volgt uiteindelijk een adequate rapportage. Sinds 2005 bestaat een sanctie op te laat rapporteren, die tot oktober 2005 echter nog niet is toegepast. Het Ministerie heeft naar aanleiding van het ontbreken van een rapportage dan ook nog niet besloten een garantstelling te beëindigen. Het laatste was onder de oude regeling ook niet mogelijk.

Tegenwoordig stuurt het Ministerie een maand voordat de curator moet rapporteren een herinnering. Dan volgt vaak een faillissementsverslag, dat voldoende is.

4 Verlenging

Een garantstelling werd en wordt strikt genomen steeds voor een periode van één jaar toegekend of verlengd. Net als bij de rapportage verzuimen curatoren nogal eens om het Ministerie te verzoeken om de verleende garantstelling te verlengen. Op een totaal van 162⁴⁵ per 1 januari 2006 nog lopende garantstellingen zijn tot die tijd slechts zes verlengingsbeslissingen genomen. Uit het dossieronderzoek blijkt dat het Ministerie in dergelijke gevallen tot nog toe flexibel is. Zo interpreteert het een rapportage of verzoek om verhoging tevens als een verzoek om verlenging, of rappelleert het de curator. Ook blijkt het Ministerie soepel om te gaan met het geval waarin de wederpartij van de curator in hoger beroep gaat waardoor de curator wordt gedwongen mee te gaan. Omdat de curator de kosten ten gevolge van het hoger beroep niet in de hand heeft, heeft het Ministerie besloten de gemaakte kosten – er was nog niet om een verhoging gevraagd – te vergoeden. In een enkel geval weigert het Ministerie een verzoek om verlenging. Deze situatie doet zich voor in één van de onderzochte dossiers (een ‘moeilijke’ zaak). Daarin voert de curator schikkingsonderhandelingen met de veroordeelde derde. Laatstgenoemde komt steeds met voorstellen – maximaal € 30.000 op een vordering van € 150.000 – die de curator niet accepteert. Uiteindelijk maakt het Ministerie van Justitie een einde aan de discussie door geen verlenging meer toe te staan.

Sinds 1 januari 2005 geldt dat het niet-tijdig aanvragen van een verlenging tot gevolg heeft dat de garantie niet wordt voortgezet.⁴⁶ De verwachting van de medewerkers is dat deze bepaling nuttig is als stok achter de deur. Tot nog toe heeft het Ministerie hiervan geen gebruik gemaakt.

Ook overigens lijkt de aanscherping van de regeling per 1 januari 2005 langzaam ingang te vinden. Zo heeft het Ministerie volgens zijn eigen overzicht in 2005 in slechts zes gevallen een verlenging toegekend, zonder dat hiermee de overige uitstaande garantstellingen beëindigd zijn.⁴⁷

5 Verhoging

In de praktijk blijkt de curator niet altijd voldoende armslag te hebben met de toegekende garantstelling. Zo kan het verhaalsonderzoek opleveren dat het zinvol is om een procedure te starten; of nader onderzoek heeft geleerd dat een procedure kansrijk is; of er is een procedure aangespannen en dan blijkt er hoger beroep te zijn ingesteld; etc. In dergelijke gevallen kan de curator het Ministerie van Justitie verzoeken om een verhoging van het toegekende bedrag. Hiervan blijkt geregeld gebruik te zijn gemaakt. Soms blijkt een eerste verhoging niet voldoende en is een tweede, derde en – in twee gevallen – zelfs een vierde verhoging nodig.

45 Strikt genomen vallen de 54 in 2005 toegekende garantstellingen hier nog buiten, omdat hierbij op 1 januari 2006 nog geen jaar is verstreken en verlenging derhalve nog niet aan de orde is.

46 Art. 5 lid 2 GSR 2005.

47 In het eerste kwartaal van 2006 is dit toegenomen met 16 gevallen.

HOOFDSTUK 5

<i>jaar</i>	<i>1^e verhoging</i>	<i>2^e verhoging</i>	<i>3^e verhoging</i>	<i>4^e verhoging</i>	<i>Totaal (dossiers)</i>
1999	25	11	5	2	43
2000	17	6	1	0	24
2001	12	1	1	0	14
2002	7	1	0	0	8
2003	7	0	0	0	7
2004	10	2	1	0	13
2005	3	0	0	0	3
totaal	81	21	8	2	112

Met deze verhogingen zijn substantiële bedragen gemoeid, zoals blijkt uit de volgende tabel waarin per categorie het aantal verhogingen is aangegeven.

<i>categorie bedrag verhoging (€)</i>	<i>aantal</i>
0-2500	19
2501-5000	22
5001-10000	24
10001-20000	35
> 20000	12
totaal	112

Het laagste bedrag dat aan een verhoging is toegekend is € 91,14 en het hoogste € 89.000.

Afwikkeling

1 De (financiële) rekening en verantwoording

Aan het eind van de procedure moet een curator aan wie een garantstelling is verstrekt daarover rekening en verantwoording afleggen. Tot 1 januari 2005 werden er volgens de justitiemedewerkers veel fouten in de rekening en verantwoording gemaakt. Dit heeft volgens een medewerker te maken met de onbekendheid van curatoren met de eisen die aan de rekening en verantwoording worden gesteld. Als terugkomende voorbeelden worden in een interview genoemd:

- a) het declareren van uren van vóór het verstrekken van de garantstelling;
- b) het hanteren van verkeerde uurtarieven;
- c) het rekenen van uren voor andere zaken;
- d) verkeerde vermenigvuldigingsfactoren worden toegepast.

Wanneer de rekening en verantwoording volgens de medewerkers op de een of andere manier niet klopt, wordt er contact gezocht met de rechter-commissaris. Sommigen van hen reageren niet op een eerste schriftelijk verzoek, waarna vaak verschillende malen wordt gerappelleerd. Bij mondelinge contacten ontstaan er geregeld discussies, meestal over de vraag waarom het Ministerie het nodig vindt dat de betreffende rechter-commissaris een oordeel geeft.

Sinds 1 januari 2005 is er op de website een specificatieformulier te vinden waarmee de rekening en verantwoording beter moet verlopen. De indruk van de justitiemedewerkers is dat dit formulier een duidelijke verbetering tot gevolg heeft gehad.

2 Afwikkeling van de garantstelling tussen Ministerie en bank

In de interviews met de medewerkers van het Ministerie komt naar voren dat er in het verleden – frequent – interne problemen met de financiële afdeling van het Ministerie waren, waardoor de betaling één tot twee maanden kon duren. Deze problemen zijn echter opgelost door het maken van nadere afspraken. Over het algemeen verlopen de betalingen thans soepel. Dit heeft ook te maken met het feit dat van uitsluitend de KAS BANK N.V. gebruik wordt gemaakt. Dit voorkomt onduidelijkheden met betrekking tot de in rekening te brengen rente of met rekeningen die naast elkaar liepen en vaak voor puzzels zorgden. Hierdoor vindt uitbetaling door het Ministerie aan de bank plaats dertig dagen na accorderen, aldus een medewerker.

Resultaten

1 Uitkeringen

In het gehouden dossieronderzoek komt naar voren dat het in de steekproefsgwijze onderzochte dossiers veertien keer tot een uitkering is gekomen nadat een aanvraag was toegewezen. Van die veertien uitkeringen hebben tien (71,4%) betrekking op kosten gemaakt voor verhaalsonderzoek, twee (14,3%) op uitsluitend kosten voor het voeren van een procedure en eveneens twee (14,3%) op zowel het doen van verhaalsonderzoek als op het voeren van een procedure.

<i>uitkeringen</i>	<i>uitsluitend verhaalsonderzoek</i>	<i>uitsluitend procedure</i>	<i>beide</i>	<i>totaal</i>
aantal	10	2	2	14
percentage	71,4	14,3	14,3	100

In vier gevallen is het niet tot een uitkering gekomen. In twee van die gevallen (50%) kon het salaris worden voldaan uit de opbrengst van een succesvolle procedure of schikking, in één geval (25%) had het bureau dat het verhaalsonderzoek uitvoerde geen factuur gestuurd en in het vierde geval (25%) is onduidelijk waarom de curator geen beroep deed op de garantstelling. In dat geval ging het om een toekenning van € 300).

De gemiddelde bedragen die bij de uitkeringen betrokken zijn, zijn als volgt over de verschillende soorten procedures verdeeld:

<i>gemiddelde hoogte (€)</i>	<i>verhaalsonderzoek</i>	<i>procedure</i>	<i>beide</i>	<i>totaal</i>
uitkering	1.145 (n=9)	8.783 (n=3)	10.183 (n=2)	4.072 (n=14)

In zeventien gevallen (lopende dossiers) moet nog worden afgewacht of er na toewijzing van het verzoek om garantstelling een uitkering zal volgen, omdat de dossiers zich nog niet in de fase bevinden dat dit bekend is. In drie gevallen bleek niet uit de dossiers of het tot een uitkering is gekomen. Hoewel het blijkens het dossier waarschijnlijk is dat het in deze gevallen niet tot een uitkering is gekomen, zijn deze gevallen niet meegenomen bij de berekening van de resultaten.

Uit het voorgaande valt af te leiden hoe vaak een beroep op de Garantstellingsregeling wordt gedaan. Het blijkt bijvoorbeeld dat wanneer een (formeel) beroep op de Garantstellingsregeling wordt gedaan (n=45), dit in 84% van de gevallen (n=38) leidt tot een toekenning en vervolgens in 31% (n=14) tot een uitkering aan de curator, oftewel in 37% van de gevallen waarin het tot een

toekenning van de garantstelling was gekomen. Overigens kan hierbij niet worden onderscheiden naar verhaalsonderzoek, procedures en zowel verhaalsonderzoek als een procedure. Bij de aanvragen en toekenningen is immers alleen gelet op primaire toekenningen, en niet op of er na toekenning van een garantie voor verhaalsonderzoek ook een garantie is toegekend voor een procedure. Om dezelfde reden is een vergelijking met de gemiddelde hoogten van de primaire formele aanvraag en primaire toekenning niet zinvol.

2 Opbrengsten

Over de mate waarin een procedure waarvoor een garantstelling is verleend, heeft geleid tot een opbrengst voor de boedel, bestaat onduidelijkheid. Bij een voldoende opbrengst hoeft de garantstelling niet te worden aangesproken, maar de curator geeft zelden aan hoe hoog de opbrengst was. Uit het dossier valt dan niet te achterhalen of en, zo ja, in hoeverre de actie (procedure/schikking) tot een opbrengst voor de boedel heeft geleid. Voorzover het Ministerie van Justitie van die cijfers op de hoogte is gesteld, blijkt sinds de start van de Garantstellingsregeling in 1993 in 221 dossiers door de curatoren in totaal voor ongeveer € 18,5 miljoen aan baten te zijn gegenereerd, maar niet geheel duidelijk is of dit bedrag de opbrengst is van een actie tegen een bestuurder of het gehele boedelactief betreft. Volgens het doorlopend dossieroverzicht van het Ministerie van Justitie is in de periode 1999-2005 in – ten minste – 60 van de 550 dossiers een bedrag in de boedel gevloeid. Op basis van het dossieronderzoek en de enquête valt omtrent deze uitkomst echter geen uitsluitsel te geven.

Uit het dossieronderzoek blijkt dat in zeventien van de onderzochte lopende dossiers nog onbekend is of de toewijzing tot een opbrengst zal leiden. Van de 23 beëindigde dossiers is in drie gevallen (13%) onbekend of er een opbrengst is geweest. Waarschijnlijk wel, want de kans is groot dat de garantstelling bij een opbrengst niet hoeft te worden aangesproken. Of en hoe hoog een opbrengst is wordt dan vaak niet aan het Ministerie gemeld en dergelijke informatie komt vervolgens dan ook niet in het dossier terecht. Van zes gevallen (27%) is bekend dat er een opbrengst is geweest. Hiervan waren er vijf het gevolg van een schikking (al dan niet na het entameren van een procedure) en één van een veroordelend vonnis/arrest van de rechter. De gemiddelde hoogte van een opbrengst was € 57.811. In de resterende veertien gevallen (60%) kon worden vastgesteld dat een toekenning niet heeft geleid tot een opbrengst. Mogelijk is het percentage toekenningen die leiden tot een opbrengst groter.

In de enquête onder (Insolad)curatoren is de vraag voorgelegd in hoeverre een bedrag in de boedel is gevloeid nadat een garantstelling is toegekend. Het blijkt dat in 56% van deze gevallen daadwerkelijke verhaalsneming heeft plaatsgevonden. In 16% vond wel een veroordeling (of schikking) plaats, maar kwam het niet tot verhaalsneming. In 28% vond na een toekenning van de garantstelling veroordeling noch verhaalsneming plaats. In 44% van de gevallen leidt de garantstelling, met andere woorden, derhalve niet tot positieve resultaten.

3 Kostendekkendheid van de garantstelling

3.1 Algemeen

Het idee van de Garantstellingsregeling is dat een garantstelling alle kosten zou moeten vergoeden die door de curator zijn gemaakt voor zover die verband houden met het doel waarvoor de garantstelling is verleend. Uitgezonderd hiervan zijn kosten die gemaakt zijn voordat de garantstelling is verleend. Die worden niet vergoed.⁴⁸ Dit aspect stuit wel eens op problemen bij curatoren die hiermee onbekend zijn. Zo komt het voor dat curatoren bij een aanvraag kosten opvoeren die zij al hebben gemaakt; die worden dan niet vergoed.

Volgens de curatoren vergoedt de garantstellingsregeling de uiteindelijk gemaakte kosten niet geheel:

In hoeverre dekte de garantstellingsregeling gemiddeld de uiteindelijk door u werkelijk gemaakte kosten?

<i>percentage vergoede kosten</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
minder dan 50% van de gemaakte kosten	27	36
50% tot 75% van de gemaakte kosten	19	25,3
75% tot 100% van de gemaakte kosten	9	12
100% van de gemaakte kosten	20	26,7
Totaal	75	100

Ten opzichte van het vorige onderzoek uit 1998-1999 blijkt overigens dat het percentage vergoede kosten wel is toegenomen. Toen bedroegen die percentages (van minder dan 50% tot 100%) 16, 22, 24 resp. 38.⁴⁹

3.2 Voor de aanvraag gemaakte kosten

In het dossieronderzoek kwam in een van de zeven ‘moeilijke zaken’ het probleem aan de orde van kosten die zijn gemaakt voordat de garantstelling is verleend. In dit dossier wordt een verhaalsonderzoek aangekondigd en de kosten hiervan (veel) later gedeclareerd, terwijl nog niet positief op het verzoek was beslist. Het verzoek om het verhaalsonderzoek te vergoeden wordt in dit geval afgewezen.

3.3 Aanspraak garantstelling alleen bij afwezigheid actief

Een andere voorwaarde is dat de garantstelling alleen mag worden aangesproken indien er (verder) geen actief in de boedel is. Eventuele baten dienen, met

48 Art. 2 lid 4 GSR 2005. Voor 2005 was dit overigens niet anders, zij het dat dit niet uitdrukkelijk in de regeling was opgenomen.

49 Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, Bijlage IV.

andere woorden, eerst te worden aangewend ter dekking van de kosten die zijn gemaakt met het doel waarvoor de garantstelling is verleend.⁵⁰ Deze regel blijkt problematisch: drie van de acht ‘moeilijke zaken’ hebben op deze problematiek betrekking.

In het oudste ‘moeilijke’ geval wordt tot aan de Hoge Raad doorgeprocedeerd en leidt de procedure tot een opbrengst voor de boedel. De moeilijkheid in dit geval zit in het feit dat de curator fl. 467.314 aan kosten heeft gemaakt en daarvan slechts fl. 260.217,13 vergoed krijgt als hij geen aanspraak kan maken op de garantstelling. Een belangrijk gegeven hierbij is dat de kosten hoger uitvielen dan ze waren begroot, hetgeen pas bij een beschikking door de rechtbank kwam vast te staan. Het Ministerie betaalt uiteindelijk fl. 269.178.02 uit, mede vanwege het belang van de uitspraak van de Hoge Raad. Daarmee heeft het Ministerie toegestaan dat de opbrengst niet van de garantie werd afgetrokken.

In een later geval neemt de curator geld op van de (garantstellings)rekening, maar legt deze volgens het Ministerie onvoldoende verantwoording af over de aanwending van dat bedrag. Het Ministerie is in dit geval minder coulant. Het stelt dat er € 47.000 in de boedel is gevloeid als gevolg van een geslaagde procedure en dat deze gelden moeten worden aangewend voor het aanzuiveren van het tekort. Daarom vordert het € 11.022,82 terug.

In het derde geval is de kern van het probleem dat het gerealiseerd actief van € 187.987,40 moet worden aangewend om het tekort aan te zuiveren. Of de curator hier gehoor aan gaat geven is nog onduidelijk; tegen de beschikking stond ten tijde van het bestuderen van de dossiers nog bezwaar open. Saillant detail is overigens dat de rente op de rekening ten gunste waarvan het Ministerie een garantstelling heeft afgegeven door het geschil is opgelopen tot € 76.089,55.

3.4 Uurtarieven

De uurtarieven die het Ministerie hanteert zijn conform de Recofa-richtlijnen.⁵¹ Hiermee doen zich geen problemen voor. Een uitzondering is de actief- of boedelfactor. Deze mag de curator volgens het Ministerie niet in rekening brengen. Een beroep op de Garantstellingsregeling veronderstelt immers dat de boedel geen of onvoldoende actief heeft om een vordering in te stellen.

In een aantal dossiers komt het voor dat een curator wel de actiefactor in rekening brengt, waarna het Ministerie de curator op genoemde regel wijst. In één geval kende het Ministerie het verzoek voor het toepassen van de actiefactor toe. In dit geval had het Ministerie, door niet meteen op te komen tegen het in rekening brengen van de actiefactor door de curator, het vertrouwen gewekt dat de curator de actiefactor toch in rekening mocht brengen.

50 Art. 2 lid 9 GSR 2005. Vgl. art. 5 GSR (oud).

51 Art. 2 lid 5 GSR 2005 j° Recofa Richtlijnen 2005 § 2.23. Vgl. art. 3 lid 3 GSR (oud).

4 Bijdrage Garantstellingsregeling aan aanpakken kennelijk onbehoorlijk bestuur en faillissementspauliana

De Garantstellingsregeling speelt een rol in een klein percentage van de faillissementen. In de periode 1999 tot en met 2005 telt het Ministerie van Justitie 534 dossiers (aanvragen), terwijl er in die periode 35.902 faillissementen van vennootschappen zijn uitgesproken.⁵² Dit betekent dat er in 1,5% van de faillissementen een beroep is gedaan op de Garantstellingsregeling. Ervan uitgaande dat 75% van de aanvragen wordt toegewezen,⁵³ kan worden gesteld dat in 1,1% van de uitgesproken faillissementen van vennootschappen een aanvraag voor een garantstelling is toegewezen.

Het is waarschijnlijk dat de huidige Garantstellingsregeling slechts in beperkte mate de belangen van concurrente schuldeisers beschermt. In de laatste jaren komt het in circa 90% van de faillissementen niet tot een uitkering aan concurrente schuldeisers.⁵⁴ En als er een opbrengst is, is het de vraag of deze leidt tot een substantieel hogere uitkering aan (concurrente) schuldeisers.

Veel meer valt over het succes van de regeling overigens niet te zeggen. In het bijzonder kan niet worden gezegd in hoeveel van de gevallen waarvoor de Garantstellingsregeling bedoeld is, daadwerkelijk een aanvraag wordt gedaan en wordt gehonoreerd. Daarvoor moet men weten hoe vaak sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur of een faillissementspauliana, een 'lege boedel', in hoeveel van die gevallen de curator een beroep zou kunnen doen op de regeling en wat de opbrengsten als garantie is toegekend. Gegevens daarover ontbreken.

52 Zie hoofdstuk 3, par. 1. Dit aantal is inclusief de vernietigde faillissementen. Wanneer men echter uitgaat van gemiddelde van 100 vernietigde faillissementen per jaar (hetgeen een reële inschatting is), veranderen genoemde percentages niet.

53 Zie hoofdstuk 4, par. 3.

54 A.P.K. Luttkhuis, "Begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' gedateerd", *TvJ* 2004/3, p. 84-95.

Waardering door betrokkenen

Het succes van de Garantstellingsregeling wordt mede bepaald door het enthousiasme van de betrokkenen om hiervan gebruik te maken. Indien zij de regeling als een prettig werkbaar instrument ervaren, is de kans op effectief gebruik daarvan groter dan wanneer het instrument niet echt uitnodigt tot gebruik. Teneinde hier inzicht in te krijgen is aan curatoren en rechters-commissarissen gevraagd om zich over verschillende aspecten van de Garantstellingsregeling in de praktijk uit te laten. Hieronder volgt in paragraaf 1 allereerst een schets van de beleving van de curatoren en rechters-commissarissen van de Garantstellingsregeling zoals die luidde tot 1 januari 2005. In paragraaf 2 komt de Garantstellingsregeling zoals die sindsdien luidt aan de orde. In beide gevallen wordt nader ingegaan op de knelpunten zoals die in de praktijk worden ervaren en de door de betrokkenen gesuggereerde wijzigingen.

Voor de goede orde zij opgemerkt dat de totalen die hierna worden gepresenteerd per vraag soms kunnen verschillen omdat de vragenlijsten niet steeds volledig zijn ingevuld. Dit geldt vooral voor de ervaringen van de rechters-commissarissen op basis van de toegezonden schriftelijke vragenlijsten, die door zeventien personen zijn geretourneerd. De elektronische enquête onder de curatoren was zo opgezet dat deze slechts geretourneerd kon worden als de lijst volledig was ingevuld. Met betrekking tot de vragen over de waardering van de garantstellingsregeling konden curatoren de vragen alleen beantwoorden indien zij sinds 1999 een aanvraag hebben ingediend (n=78).⁵⁵ Dit is ook het geval met betrekking tot de (wijzigingen van de) Garantstellingsregeling 2005: alleen personen die hiermee bekend waren en ervaring hadden met de regeling konden daarover een oordeel geven (n=44). Het aantal curatoren uit de controlearrondissementen was te laag om daar betrouwbare conclusies op te kunnen baseren. De volgende cijfers zijn derhalve gebaseerd op de resultaten van de Insoladenquête.

1 Oordeel over Garantstellingsregeling (oud)

Over de voorwaarden voor het verkrijgen van een garantstelling zijn de Insoladcuratoren in meerderheid ontevreden of heel ontevreden: 33,3% respectievelijk 24,3%. Minder dan een vijfde is tevreden of heel tevreden: 14,1% respectievelijk 5,1%. 23,1% staat neutraal tegenover deze voorwaarden of heeft geen mening.

55 De antwoorden van een aantal respondenten zijn niet meegenomen omdat deze hebben aangegeven geen goed oordeel te kunnen geven of hiervan anderszins blijk gaven..

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de voorwaarden voor het verkrijgen van een garantstelling?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	19	24,4
ontevreden	26	33,3
neutraal/geen mening	18	23,1
tevreden	11	14,1
heel tevreden	4	5,1
totaal	78	100

Een vergelijkbaar beeld geeft de mening van de Insoladcuratoren over de tijdsduur van de aanvraagprocedure te zien. 26,9% is ontevreden; 32,1% is zelfs heel ontevreden. Hiertegenover staat dat 16,7% tevreden is en slechts 1,3% heel tevreden. Ook hier is er een grote groep (23,1%) die neutraal is of geen mening heeft. Hierbij zij aangetekend dat de perceptie van Insoladcuratoren van de beslissingstermijn verschilt van die welke is gebleken uit het dossieronderzoek.⁵⁶

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de tijdsduur van de aanvraagprocedure?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	25	32,1
ontevreden	21	26,9
neutraal/geen mening	18	23,1
tevreden	13	16,7
heel tevreden	1	1,3
totaal	78	100

Het beeld van de aanvraagprocedure ligt bij de rechters-commissarissen niet wezenlijk anders: de voorwaarden voor toekenning, de tijdsduur en de overige aspecten van de aanvraag wordt door (bijna) de helft van de respondenten als (heel) slecht bestempeld en door de rest neutraal (met één uitzondering voor de tijdsduur van de procedure).

⁵⁶ Zie hoofdstuk 3, par. 4.

Hoe functioneert de aanvraagprocedure voor een garantstellingsregeling volgens de rechter-commissaris?

<i>oordeel rechter-commissaris</i>	<i>voorwaarden</i>		<i>tijdsduur</i>		<i>overig</i>	
	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel slecht	3	21,4	2	15,4	3	27,3
slecht	4	28,6	4	30,8	4	36,4
neutraal/geen mening	7	50,0	6	46,2	4	36,4
goed	0	0	1	7,7	0	0
totaal	14	100	13	100	11	100

De Insoladcuratoren zijn niet erg positief over de contacten met het Ministerie van Justitie: 26,9% is ontevreden; 17,9% is heel ontevreden. Van de Insoladcuratoren is 21,8% tevreden over die contacten en slechts 3,8% is heel tevreden. Ook hier is er een grote groep (29,8%) die neutraal is of geen mening heeft.

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over het contact met het Ministerie van Justitie?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	14	17,9
ontevreden	21	26,9
neutraal/geen mening	23	29,5
tevreden	17	21,8
heel tevreden	3	3,8
totaal	78	100

Bij de rechters-commissarissen is het beeld niet veel rooskleuiger: het merendeel beoordeelt de contacten met het Ministerie van heel slecht tot neutraal. Slechts één rechter-commissaris vindt die contacten goed.

Hoe beoordeelt de rechter-commissaris het contact met het Ministerie van justitie?

<i>oordeel rechter-commissaris</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel slecht	3	25,0
slecht	4	33,3
neutraal/geen mening	4	33,3
goed	1	8,3
heel goed	0	0
totaal	12	100

De contacten die Insoladcuratoren hebben met de rechter-commissaris worden overwegend positief gewaardeerd. 47,3% van de Insoladcuratoren is tevreden; 31,1% is zelfs heel tevreden. Eén curator (1,4%) is ontevreden en niemand is heel ontevreden. Een groep van 20,3% is neutraal of heeft geen mening.

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over het contact met de rechter-commissaris?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	0	0
ontevreden	1	1,4
neutraal/geen mening	15	20,3
tevreden	35	47,3
heel tevreden	23	31,1
totaal	74	100

Omgekeerd valt het volgende beeld te zien bij de rechters-commissarissen. Zij beoordelen het contact met de curator gedurende het traject van de garantstelling grotendeels als goed tot heel goed en slechts een enkele keer als slecht.

Hoe beoordeelt de rechter-commissaris het contact met de curator?

<i>oordeel rechter-commissaris</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel slecht	0	0
slecht	1	7,7
neutraal/geen mening	3	23,1
goed	7	53,8
heel goed	2	15,4
totaal	13	100

De Insoladcuratoren staan betrekkelijk indifferent tegenover de rol van de bank bij de garantstellingsregeling. Bijna de helft (48,8%) staat neutraal tegenover de contacten met de bank of heeft geen mening. 24,7% respectievelijk 7,8% is tevreden of heel tevreden. Slechts 9,1% is ontevreden en 10,4% is heel ontevreden.

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over het contact met de financiële instelling (bank)?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	8	10,4
ontevreden	7	9,1
neutraal/geen mening	37	48,8
tevreden	19	24,7
heel tevreden	6	7,8
totaal	78	100

Het contact tussen rechter-commissaris en de financiële instelling werd iets negatiever gewaardeerd.

Hoe beoordeelt de rechter-commissaris het contact met de financiële instelling?

<i>oordeel rechter-commissaris</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel slecht	2	22,2
slecht	3	33,3
neutraal/geen mening	3	33,3
goed	0	0
heel goed	1	11,1
totaal	9	100

De halfjaarlijkse rapportageplicht brengt de gemoederen evenmin sterk in beweging. 47,2% is neutraal of heeft geen mening. Voor het overige houden de de partijen elkaar aardig in evenwicht. Tevreden of heel tevreden is 26,4% respectievelijk 1,4%; ontevreden of heel ontevreden 19,4% respectievelijk 5,4%.

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de halfjaarlijkse rapportageplicht?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	4	5,6
ontevreden	14	19,4
neutraal/geen mening	34	47,2
tevreden	19	26,4
heel tevreden	1	1,4
totaal	78	100

Meer ophef veroorzaakt de met de afwikkeling gemoeide tijdsduur. Deze stemt 32,5% respectievelijk 16,9% ontevreden of zelfs heel ontevreden. 9,1% is maar tevreden en slechts één curator (1,3%) gaf aan heel tevreden te zijn. Toch staat ook hier de grootste groep (40,3%) neutraal tegenover of heeft geen mening.

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de tijdsduur van de afwikkeling?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	13	16,9
ontevreden	25	32,5
neutraal/geen mening	31	40,3
tevreden	7	9,1
heel tevreden	1	1,3
totaal	77	100

Bij de rechters-commissarissen zijn de ervaringen niet veel anders; men vindt het te lang duren of staat hier neutraal tegenover.

Hoe beoordeelt de rechter-commissaris de tijdsduur van de afwikkeling?

<i>oordeel rechter-commissaris</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel slecht	4	36,4
slecht	2	18,2
neutraal/geen mening	5	45,5
goed	0	0
heel goed	0	0
totaal	11	100

Over de procedure van de afwikkeling vertoont de waardering van de Insolad-curatoren een vergelijkbaar beeld: 27,3% 18,2% is ontevreden of heel ontevreden; 9,1% respectievelijk 2,6% is tevreden of heel ontevreden. Ook hier is de grootste groep (42,9%) neutraal of heeft deze geen mening.

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de procedure van de afwikkeling?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	14	18,2
ontevreden	21	27,3
neutraal/geen mening	33	42,9
tevreden	7	9,1
heel tevreden	2	2,6
totaal	77	100

Het totaaloordeel van de curator over de Garantstellingsregeling tot 1 januari 2005 is niet positief. Een meerderheid is ontevreden of zelfs heel ontevreden (40,3% respectievelijk 19,5%). Een betrekkelijk kleine minderheid is maar tevreden of heel tevreden (15,6% respectievelijk 1,3%), terwijl 23,4% neutraal is of geen mening heeft.

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de (oude) Garantstellingsregeling als geheel?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	15	19,5
ontevreden	31	40,3
neutraal/geen mening	18	23,4
tevreden	12	15,6
heel tevreden	1	1,3
totaal	77	100

Bij de rechters-commissarissen is het beeld zo mogelijk nog negatiever. In deze groep is er niemand die de Garantstellingsregeling (heel) goed beoordeelt.

Hoe beoordeelt de rechter-commissaris de (oude) Garantstellingsregeling als geheel?

<i>oordeel rechter-commissaris</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel slecht	4	28,6
slecht	5	35,7
neutraal/geen mening	5	35,7
goed	0	0
heel goed	0	0
totaal	14	100

2 Oordeel over Garantstellingsregeling 2005

Begin 2005 is de Garantstellingsregeling gewijzigd.⁵⁷ Het is mogelijk dat dit van invloed is geweest op de waardering van de Insoladcuratoren. Om deze reden werd de curatoren specifiek naar hun ervaringen met de regeling na 1 januari 2005 gevraagd. Hierbij zij aangetekend dat veel curatoren (52,9%) niet bekend zijn met de wijzigingen per 1 januari 2005.⁵⁸ De groep van Insoladcuratoren die de vragen over de Garantstellingsregeling na 1 januari 2005 hebben beantwoord, is dan ook kleiner (n=44).

Uit de enquête blijkt dat de wijzigingen hebben geleid tot een slechtere waardering van de voorwaarden voor het verkrijgen van een garantstelling. De groep ontevreden of heel ontevreden curatoren bleef weliswaar nagenoeg gelijk (van 57,7% naar 61,4%), maar daarvan is 34,1% (tegenover 24,4%) heel ontevreden en 27,3% (tegenover 33,3%) ontevreden. Slechts 9,1% van de Insoladcuratoren is maar tevreden (vóór 1 januari 2005 lag dit hoger: 14,1%); 2,3% is heel tevreden (was 5,1%). 27,3% is neutraal of heeft geen mening (was: 23,1%).

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de voorwaarden voor het verkrijgen van een garantstelling (GSR 2005)?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	15	34,1
ontevreden	12	27,3
neutraal/geen mening	12	27,3
tevreden	4	9,1
heel tevreden	1	2,3
totaal	44	100

57 Zie hoofdstuk 2, par. 4.

58 Zie hoofdstuk 3, par. 3.

De met de aanvraagprocedure gemoeide tijdsduur wordt beter gewaardeerd. Nu is nog maar 20,5% respectievelijk 15,9% ontevreden of heel ontevreden (was: 26,9% respectievelijk 32,1%). Deze daling gaat gepaard met een stijging van het aantal Insoladcuratoren dat zich neutraal toonde of geen mening had. Deze groep betreft onder de Garantstellingsregeling van na 1 januari 2005 45,5% (was: 23,1%). De groep tevreden of heel tevreden curatoren bleef min of meer gelijk: 15,9% respectievelijk 2,3% (tegenover 16,7% respectievelijk 1,3%).

De toegenomen tevredenheid – of beter: de afgenomen ontevredenheid – kon niet worden gecorreleerd aan wijzigingen in de daadwerkelijke met de afhandeling gemoeide tijdsduur. Uit het dossieronderzoek is niet af te leiden of de beslistermijn in de loop der tijd is veranderd.⁵⁹ Wel was er begin 2005 een achterstand die in de loop van het jaar is weggewerkt, waardoor de beslistermijn toen korter is geworden.⁶⁰ Mogelijk laat de grote stijging van de groep ‘neutralen’ zich verklaren doordat er minder ervaring bestaat met de Garantstellingsregeling na 1 januari 2005 in vergelijking met de periode daarvoor.

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de duur van de aanvraagprocedure GSR 2005?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	7	15,9
ontevreden	9	20,5
neutraal/geen mening	20	45,5
tevreden	7	15,9
heel tevreden	1	2,3
totaal	44	100

De contacten met het Ministerie van Justitie worden ongeveer gelijk gewaardeerd als vóór 2005: 22,7% respectievelijk 18,2% is ontevreden of heel ontevreden (was: 26,9% respectievelijk 17,9%). De tevreden groep beloopt 22,7% (was: 21,8%). Er zijn geen heel tevreden Insoladcuratoren meer (was: 3,8%). Ook hier laat de groep ‘neutralen’ een stijging zien: deze beloopt thans 36,4% (tegenover 29,5% eerder).

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over het contact met het Ministerie van Justitie onder GSR 2005?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	8	18,2
ontevreden	10	22,7
neutraal/geen mening	16	36,4
tevreden	10	22,7
heel tevreden	0	0
totaal	44	100

59 Zie hoofdstuk 3, par. 4.

60 Zie hoofdstuk 3, par. 4.

De contacten die Insoladcuratoren hebben met de rechter-commissaris worden niet wezenlijk anders gewaardeerd en derhalve overwegend positief: 52,5% (was 47,3%) van de Insoladcuratoren is tevreden; 20% (was 31,1%) is zelfs heel tevreden. Wederom één curator (2,5%) is ontevreden en niemand is heel ontevreden. Thans is de middengroep curatoren groter: 45% (was 20%) is neutraal of heeft geen mening.

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over het contact met de rechter-commissaris?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	0	0
ontevreden	1	2,5
neutraal/geen mening	18	45,0
tevreden	13	32,5
heel tevreden	8	20,0
totaal	40	100

De waardering van de contacten met de bank laat evenmin grote verschuivingen zien. Ook thans is de grootste groep neutraal of heeft deze geen mening, thans 53,5% (was 48,8%). 23,3% respectievelijk 2,3% is tevreden of heel tevreden (was: 24,7% respectievelijk 7,8%). 14% respectievelijk 7% is ontevreden of heel ontevreden (was: 9,1% respectievelijk 10,4%).

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over het contact met de financiële instelling (bank) onder GSR 2005?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	3	7,0
ontevreden	6	14,0
neutraal/geen mening	23	53,5
tevreden	10	23,3
heel tevreden	1	2,3
totaal	43	100

De halfjaarlijkse rapportageplicht roept nog steeds geen heftige reacties op. 22,5% is tevreden (was 26,4%). Niemand is heel tevreden (was 1,4%) en maar 10% respectievelijk 5% is ontevreden of heel ontevreden (was 19,4% respectievelijk 5,6%). De ervaring met deze halfjaarlijkse rapportages is onder het regime van de Garantstellingsregeling 2005 echter nog gering. Wellicht ligt dit ten grondslag aan de (nog) grotere groep van 'neutralen': niet minder dan 62,5% is neutraal of heeft geen mening (was 47,2%).

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de halfjaarlijkse rapportageplicht onder GSR 2005?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	2	5,0
ontevreden	4	10,0
neutraal/geen mening	25	62,5
tevreden	9	22,5
heel tevreden	0	0
totaal	40	100

Over de waardering van het contact met de financiële instelling (de bank), de tijdsduur en de procedure van de afwikkeling⁶¹ onder de nieuwe regeling valt nog weinig te zeggen; er zijn nog te weinig garanties afgewikkeld (hooguit voor verhaalsonderzoek), zodat verantwoorde uitspraken nog niet te geven zijn.

Het totaaloordeel over de nieuwe regeling is slechter geworden. De groep van ontevreden of heel ontevreden Insoladcuratoren bleef min of meer gelijk (56,8% tegenover 59,5%), maar daarvan is thans 27,3% heel ontevreden, terwijl dat voorheen 19,5% was. Nog maar 6,8% is tevreden (was 15,6%) en niemand is heel tevreden (was 1,3%).

Hoe tevreden zijn Insoladcuratoren over de (nieuwe) Garantstellingsregeling als geheel?

<i>mate van tevredenheid curatoren</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
heel ontevreden	12	27,3
ontevreden	13	29,5
neutraal/geen mening	16	36,4
tevreden	3	6,8
heel tevreden	0	0
totaal	44	100

3 Op welke wijze heeft de Garantstellingsregeling wijziging?

Hieronder wordt in twee tabellen weergegeven op welke punten de Garantstellingsregeling volgens de Insoladcuratoren wijziging heeft. De eerste heeft betrekking op de oude regeling van voor 1 januari 2005, de tweede op de Garantstellingsregeling 2005. Het betreft in de enquête genoemde mogelijke wijzigingen. Daarnaast bestond de mogelijkheid eigener beweging andere, niet in de lijst opgenomen wijzigingen te suggereren. Dit is weergegeven in het antwoord “op andere wijze”. Daarvan zal hierna afzonderlijk verslag worden gedaan.

61 Zie hierover hoofdstuk 6.

**Mening Insoladcuratoren over gesuggereerde aanpassingen van de
Garantstellingsregeling op basis van oude regeling**

<i>reactie curatoren (n=35) meerdere antwoorden waren mogelijk</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
de aanvragen moeten sneller worden afgehandeld, zodat sneller kan worden toegekend	24	68,6
ook indien niet is voldaan aan het verhaalsvereiste zou een garantstelling moeten worden gegeven	20	57,1
vóór de aanvraag gemaakte kosten dienen ook te worden vergoed	31	88,6
de vergoedingen zijn te mager / dekken niet de gemaakte kosten	14	40,0
de tussenkomst van banken werkt omslachtig en is daarom onnodig	14	40,0
de afwikkeling van de garantstelling dient sneller te gebeuren	17	48,6
omdat de rechter-commissaris goedkeuring verleent aan de bij het Ministerie in te dienen declaratie, is het niet nodig dat het Ministerie opnieuw de rekening en verantwoording beoordeelt	25	71,4
de regel, dat eventueel faillissementsactief van het te declareren bedrag wordt afgetrokken, dient te worden afgeschaft	7	20,0
de bereikbaarheid van het Ministerie moet worden verbeterd	14	40,0
op een andere wijze	5	14,3

**Mening Insoladcuratoren over gesuggereerde aanpassingen van de
Garantstellingsregeling op basis van GSR 2005**

<i>reactie Insoladcuratoren (n=42) meerdere antwoorden waren mogelijk</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
de aanvragen moeten sneller worden afgehandeld, zodat sneller kan worden toegekend	23	54,8
ook indien niet is voldaan aan het verhaalsvereiste zou een garantstelling moeten worden gegeven	25	56,5
vóór de aanvraag gemaakte kosten dienen ook te worden vergoed	37	88,1
de vergoedingen zijn te mager / dekken niet de gemaakte kosten	20	47,6
de tussenkomst van banken werkt omslachtig en is daarom onnodig	20	47,6
de afwikkeling van de garantstelling dient sneller te gebeuren	19	45,2
omdat de rechter-commissaris goedkeuring verleent aan de bij het Ministerie in te dienen declaratie, is het niet nodig dat het Ministerie opnieuw de rekening en verantwoording beoordeelt	23	54,8
de regel, dat eventueel faillissementsactief van het te declareren bedrag wordt afgetrokken, dient te worden afgeschaft	11	26,2
de bereikbaarheid van het Ministerie moet worden verbeterd	15	35,7
de sanctie op het niet-voldoen aan de rapportageplicht dient te worden geschrapt	18	42,3
op een andere wijze	8	19,0

Opvallend is dat een zeer grote meerderheid – bijna negentig procent – van mening is dat ook kosten voorafgaand aan de aanvraag onder de Garantstellings-

regeling moeten worden gebracht. Een grote groep is van mening dat de aanvragen sneller moeten worden afgehandeld, maar die groep is onder de Garantstellingsregeling 2005 aanzienlijk kleiner dan voorheen (54,8% in plaats van 68,6%). Ook een aanzienlijke groep vindt dat de toets die de rechter-commissaris aanlegt voor het indienen van de declaratie zou moeten volstaan en dat het niet nodig is dat ook nog eens rekening en verantwoording tegenover het Ministerie van Justitie moet worden afgelegd; maar ook hier geldt dat de groep onder de Garantstellingsregeling 2005 kleiner is dan voorheen (54,8% in plaats van 71,4%). Voorts zij vermeld dat de meerderheid van de responderende Insoladcuratoren van mening is dat een garantie ook zou moeten worden afgegeven indien niet aan het verhaalsvereiste is voldaan (onder de oude regeling 57,1%; onder de Garantstellingsregeling 2005 56,5%).

Tot slot geldt dat de sanctie die in de Garantstellingsregeling 2005 wordt gesteld op het niet (tijdig) voldoen aan de rapportageplicht volgens 42,3% van de responderende Insoladcuratoren zou moeten worden geschrapt.

Aan de rechters-commissarissen is ook de vraag voorgelegd hoe zij de Garantstellingsregeling gewijzigd zouden willen zien; hierbij is geen onderscheid gemaakt tussen de oude en de nieuwe regeling. Aangezien de rechters-commissarissen in de praktijk frequent wisselen, blijkt hun zienswijze vooral betrekking te hebben op de huidige situatie.

**Mening rechter-commissaris over gesuggereerde aanpassingen van de
Garantstellingsregeling**

<i>rReactie rechters-commissarissen (n=17) meerdere antwoorden waren mogelijk</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
de aanvragen moeten sneller worden afgehandeld, zodat sneller kan worden toegekend	7	41,2
ook indien niet is voldaan aan het verhaalsvereiste zou een garantstelling moeten worden gegeven	9	52,9
vóór de aanvraag gemaakte kosten dienen ook te worden vergoed	12	70,6
de vergoedingen zijn te mager / dekken niet de gemaakte kosten	6	35,3
de tussenkomst van banken werkt omslachtig en is daarom onnodig	6	35,3
de afwikkeling van de garantstelling dient sneller te gebeuren omdat de rechter-commissaris goedkeuring verleent aan de bij het Ministerie in te dienen declaratie, is het niet nodig dat het Ministerie opnieuw de rekening en verantwoording beoordeelt	7	41,2
de regel, dat eventueel faillissementsactief van het te declareren bedrag wordt afgetrokken, dient te worden afgeschaft	4	23,5
de bereikbaarheid van het Ministerie moet worden verbeterd	1	5,9
de sanctie op het niet-voldoen aan de rapportageplicht dient te worden geschrapt	5	29,4
op een andere wijze	7	41,2

Over hun eigen rol bij de Garantstellingsregeling zijn de rechters-commissarissen van mening dat die min of meer kan blijven zoals die is.

De rol van de rechter-commissaris dient, ten opzichte van de regeling zoals die bekend is bij de respondenten, te worden

<i>oordeel rechter-commissaris</i>	<i>frequentie</i>	<i>percentage</i>
gehandhaafd	12	75,0
uitgebreid	3	18,8
beperkt	1	6,3
totaal	16	100,0

4 Vergelijking met 1998

In het kader van de actualisering van de evaluatie van de Garantstellingsregeling is de onderzochte waardering van de huidige praktijk vergeleken met de waardering van de Garantstellingsregeling in 1998, zoals die blijkt uit de in 1999 gepubliceerde evaluatie?⁶² Te constateren valt dat de huidige waardering van Insoladcuratoren aanmerkelijk lager uitvalt. Het totaaloordeel over de Garantstellingsregeling was destijds ruimschoots voldoende beoordeeld, thans ruim onvoldoende, waarbij de Garantstellingsregeling 2005 nog iets slechter wordt beoordeeld dan de voordien geldende Garantstellingsregeling.

	<i>GSR 1993-1998 (1999)</i>	<i>GSR 1999-2004 (2006)</i>	<i>GSR 2005 (2006)</i>
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

Ten aanzien van de verschillende aspecten die zowel in het rapport van 1999 als thans zijn onderzocht, kan het volgende worden opgemerkt. De waardering van de tijdsduur van de aanvraagprocedure is verslechterd. Waar die in 1998-1999 nog een magere voldoende scoorde, is dat thans een onvoldoende (met een lichte verbetering voor de waardering van dit aspect onder de Garantstellingsregeling 2005). Ook het contact met het Ministerie van Justitie wordt slechter gewaardeerd dan in het vorige onderzoek. Scoorde dit contact in 1998-1999 nog voldoende, thans wordt (net) onvoldoende gescoord. De waardering van het contact met de rechter-commissaris bevindt zich op enigszins wisselend maar ongeveer hetzelfde niveau als destijds. Het contact met de financiële instelling

62 Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, Bijlage IV.

HOOFDSTUK 8

wordt minder gewaardeerd (van een ruime naar een magere voldoende). De tijdsduur van de afwikkeling van de garantie en de wijze van afwikkeling in het algemeen werden in 1998-1999 met een voldoende beoordeeld, thans met een onvoldoende.

Knelpunten in de praktijk

1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen de knelpunten naar voren, zoals die in de praktijk door de verschillende betrokkenen worden ervaren en in de vorige hoofdstukken naar voren komt.

2 Knelpunt 1: beperkte effectiviteit tegen achtergrond doel regeling

Uit het onderzoek blijkt een belangrijk knelpunt dat de Garantstellingsregeling voor een ander (beperkter) doel wordt toegepast dan waarvoor deze is bedoeld. De gedachte achter de regeling was om 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.⁶³

Feitelijk lijkt het accent te zijn verschoven naar de bescherming van de belangen van de concurrente schuldeisers en is het element van de bestrijding van misbruik van rechtspersonen en daarmee gepaard gaande fraude naar de achtergrond geraakt. Dit blijkt uit de twee 'redelijke verhouding'-toetsen die worden gehanteerd bij het al dan niet toekennen van een garantstelling.⁶⁴ De eis dat de verhouding tussen de kosten (de gevraagde garantstelling) en de verwachte opbrengst van de actie van de curator 1:4 moet zijn, betekent immers dat de gemiddelde hoogte van de te verwachten opbrengst rond de € 40.000 moet liggen, uitgaande een (gemiddelde) hoogte van € 10.000 voor een primaire aanvraag.⁶⁵ Het is niet altijd eenvoudig een dergelijke verhaalsmogelijkheid aan te wijzen.⁶⁶ De tweede proportionaliteitseis houdt in dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de hoogte van de vordering waarvoor de garantstelling is aangevraagd en de hoogte van de totale schulden. Een opbrengst moet, anders gezegd, een wezenlijke invloed hebben op de uitkeringspercentages van de schuldeisers. In de interviews wordt er melding van gemaakt dat het daarbij vooral gaat om de concurrente schuldeisers.

Als het feitelijke doel van de Garantstelling is dat deze de curator in staat moet stellen om een substantiële bate aan de boedel te laten toevallen waarvan concurrente schuldeisers profijt trekken, kan de regeling slechts in een beperkt aantal gevallen aan die doelstelling voldoen. In de laatste jaren komt het in circa

63 Zie hoofdstuk 2.

64 Vgl. hoofdstuk 4, par. 1.

65 Zie hoofdstuk 4, par. 4.

66 Zie bijv. de casus van Rb. Rotterdam 3 januari 2005, WET 03/3635 (ongepubliceerd).

90% van de faillissementen niet tot een uitkering aan concurrente schuldeisers, en als er in die gevallen een opbrengst voor de boedel kan worden gerealiseerd door de acties van de curator, is het nog maar de vraag of deze leidt tot een substantieel hogere uitkering aan (concurrente) schuldeisers.⁶⁷ Zo toegepast draagt de regeling niet bij om de curator in staat te stellen fraude of misbruik te bestrijden.

3 Knelpunt 2: ontevredenheid over criteria

Het tweede knelpunt hangt samen met het eerste. Het Ministerie is slechts bereid om een garantstelling af te geven als tamelijk zeker is dat een eventuele veroordeling van de derde/bestuurder ook daadwerkelijk verhaal voor de boedel oplevert. Het Ministerie van Justitie is dit verhaalscriterium in de loop der tijd strenger gaan toepassen, in die zin dat het strengere eisen is gaan stellen aan de curator omtrent de aannemelijkheid van daadwerkelijk verhaal bij een succesvolle actie. Voorts is in de loop der tijd een nieuw criterium ingevoerd, inhoudende dat het gevraagde bedrag in een redelijke verhouding moet staan tot het totaal van de schulden. Een en ander is vooral ingegeven door het streven om de potentiële verplichtingen onder de Garantstellingsregeling (die per definitie grotendeels een 'open einde' kent) beheersbaar te houden en wellicht zelfs in te perken. Door het stellen van deze eisen kan bij de afwikkeling van faillissementen geen gebruik worden gemaakt van de regeling in al die gevallen waarin verhaal op de aan te spreken persoon geheel of ten dele onvoldoende blijkt.

De meerderheid van de curatoren is ontevreden over de voorwaarden en geeft als mogelijke wijziging aan dat het verhaalscriterium en/of de eis van de redelijke verhouding tussen de gevraagde garantie en het totaal van de schulden zou moeten worden geschrapt. De curatoren die naar aanleiding van de open vraag voorstellen tot wijzigingen aandragen, bepleiten een ruimhartiger toepassing. Ook de rechters-commissarissen toetsen de verzoeken om een garantstelling niet alleen aan het verhaalscriterium. Zij vinden daarboven het belang van de boedel voorop staan, gevolgd door bestrijding van fraude en ander onaanvaardbaar gedrag.

4 Knelpunt 3: afname aantal aanvragen

Het aantal verzoeken om een garantstelling is in de afgelopen periode (1999-2005) min of meer gelijk gebleven ten opzichte van de vorige periode (1993-1998): in beide periodes zijn door het Ministerie van Justitie ongeveer 550 dossiers geopend. Afgezet tegen de groei van het aantal uitgesproken faillissementen in de periode 1999-2005 (49.113 totaal; 35.329 rechtspersonen) ten opzichte van (34.894 resp. 28.586 in de periode 1993-1998), neemt de Garantstellingsregeling in belang af, hetgeen de rechters-commissarissen zorgen baart. Die afname wordt overigens niet veroorzaakt door onbekendheid met de

⁶⁷ Zie hierover hoofdstuk 7, par. 4.

regeling. Integendeel, bijna alle curatoren geven aan de regeling te kennen; meer dan tachtig procent van de Insoladcuratoren was ook bekend met de voorwaarden van de regeling zoals die vóór 1 januari 2005 luidde. Alleen de bekendheid met de huidige voorwaarden was minder groot: circa de helft van de curatoren is niet bekend met de wijzigingen.

5 Knelpunt 4: contacten tussen betrokkenen lopen niet soepel

Met betrekking tot de rechter-commissaris doet zich nog een ander knelpunt voor. Bij het Ministerie van Justitie wordt deze functionaris een belangrijke rol toegedicht bij de beslissing op een verzoek om een garantstelling, maar over de uitwerking in de praktijk is men kritisch. De aanscherping onder de Garantstellingsregeling 2005, waarin wordt bepaald dat de rechter-commissaris een *gemotiveerd* advies geeft, heeft (tot dusver) niet tot een wezenlijke verandering in de aanvraagprocedure geleid. Daarenboven worden de contacten tussen Ministerie van Justitie en rechters-commissarissen over en weer als moeizaam en stroef ervaren, zowel bij de aanvraag als bij de afwikkeling. Bijna de helft oordeelt hierover in negatieve zin.

Ook over de contacten tussen de curatoren en het Ministerie van Justitie bestaat weinig tevredenheid. Circa veertig procent van de curatoren is (heel) ontevreden, waarbij er geen verschil is tussen de oude en de huidige regeling. Zorgwekkend is dat een meerderheid van de curatoren die geen beroep op de regeling hebben gedaan of daarvan hebben afgezien (55,9%) aangeeft dat dit verband houdt met de regeling, die te ingewikkeld zou zijn, te veel rompslomp zou meebrengen etc.

Dertig à veertig procent van de curatoren die de vraag over mogelijke wijzigingen hebben ingevuld, geeft aan dat de bereikbaarheid moet worden verbeterd. Daarnaast spitst de ontevredenheid van curatoren zich toe op de beslissingstermijn. Hier lijkt sprake te zijn van verschil in perceptie, omdat de indruk van curatoren over de termijn niet geheel overeenstemt met het beeld dat uit het dossieronderzoek naar voren komt. Een verklaring kan zijn dat bezien vanuit curatoren de aanvraagprocedure eigenlijk al begint op het ogenblik dat zij de procedure voor de garantstelling gaan voorbereiden, terwijl voor het Ministerie van Justitie het startpunt pas begint met de ontvangst van het verzoek. Vanuit het Ministerie van Justitie heeft men het idee dat het verplicht voorgeschreven aanvraagformulier onder de nieuwe regeling het afgelopen jaar heeft bijgedragen aan een versnelde afhandeling van verzoeken, omdat curatoren zich daardoor tevoren rekenschap moeten geven welke informatie het Ministerie van Justitie nodig heeft om tot een beslissing te komen. Hierdoor wordt heen-en-weer corresponderen – en daarmee tijdverlies – voorkomen.

De rekening en verantwoording door curatoren aan het Ministerie lijkt in de praktijk ook niet altijd even soepel te verlopen, maar echt grote problemen heeft dit niet opgeleverd. Bij de curatoren bestaat enige ontevredenheid, maar de groep ‘neutralen’ is aanzienlijk groter. Een aanzienlijke groep van curatoren vindt de beoordeling van de rekening en verantwoording door het Ministerie van Justitie overbodig naast die door de rechter-commissaris.

6 Knelpunt 5: sanctie bij beëindiging is onduidelijk en schrikt af

Over de halfjaarlijkse rapportageplicht bestaat bij het Ministerie van Justitie tevredenheid en de curatoren hebben kennelijk begrip voor deze rapportageplicht. De grootste groep staat daar neutraal tegenover; de overigen zijn in meerderheid positief. Wel geeft 42% van de respondenten aan dat onder de nieuwe regeling de sanctie op het niet-tijdig voldoen aan de rapportageplicht moet worden geschrapt. Hier bestaat een groot knelpunt. Dit betreft niet zozeer het bestaan van een sanctie als zodanig – een sanctie als middel om de rapportageplicht te handhaven is alleszins op haar plaats – maar het is de aard van de sanctie die problematisch is. Die sanctie bestaat er volgens art. 4 lid 2 Garantstellingsregeling 2005 uit dat de garantie “niet wordt voortgezet”.

De strekking van deze bepaling is niet duidelijk; tekst noch toelichting biedt uitsluitel. De bepaling zou de betrokkenen aanleiding kunnen geven te vrezen dat de garantie een einde neemt, dat wil zeggen: niet meer kan worden ingeroepen. Aldus opgevat, treft deze sanctie in de eerste plaats de bank, die niet kan profiteren van de garantie en slechts een aanspraak heeft op de curator. Volgens de medewerkers van het Ministerie van Justitie betekent beëindiging van de garantstelling dat wordt overgegaan tot afwikkeling van de desbetreffende bankrekening: het negatieve saldo, vermeerderd met rente en kosten wordt op dat ogenblik door de Staat voldaan. Na afwikkeling van de garantie door het Ministerie zijn nieuwe schulden voor rekening van de curator.

Het is niet duidelijk wat er precies gebeurt met de oude schulden. De Garantstellingsregeling 2005 bepaalt in art. 4 lid 3 ook dat bij beëindiging van de garantie “de curator verantwoordelijk [is] voor aanzuivering van het tekort op de rekening-courant”. In de interviews met medewerkers van het Ministerie werd art. 4 lid 3 GSR 2005 door sommigen zo begrepen dat de curator persoonlijk aansprakelijk is voor aanzuivering van het debetsaldo. De toelichting op de Garantstellingsregeling 2005 biedt enige aanleiding voor deze interpretatie, nu aldaar (bij art. 4 lid 3) wordt gesteld dat “[v]an de curator mag worden verwacht dat hij zich houdt aan de in de regeling gestelde voorwaarden” en de beëindiging wordt gekoppeld aan de niet-nakoming van deze voorwaarden; sterker nog: “Indien de curator, ook nadat hij daarop nadrukkelijk is geweest, de voorwaarden niet nakomt, is de curator aansprakelijk voor het volledige tekort op de rekening-courant”, aldus die toelichting.

Vóór het aannemen van privé-aansprakelijkheid pleit ook dat de sanctie van art. 4 lid 3 GSR 2005 bij een andere interpretatie betrekkelijk zinledig zou zijn. Het zou dan gaan om een aansprakelijkheid in hoedanigheid, dat wil zeggen: een boedelschuld. Echter, de curator heeft uit de aard der zaak een lege boedel, zodat een boedelschuld tot weinig zal leiden. Kennelijk wordt in de praktijk rekening gehouden met deze interpretatie, nu er melding van wordt gemaakt dat ter zake zekerheden van de curator worden bedongen.⁶⁸ Voorzover de boedel niet (meer)

68 Zie J. van der Meer, Faillissementsfraude bestrijden kan beter, Het Financieel Dagblad, 6 oktober 2005.

leeg zou zijn, wordt elders in de Garantstellingsregeling 2005 al bepaald dat het beschikbare actief moet worden aangewend ter dekking van het debetsaldo c.q. de kosten van de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering c.a.⁶⁹

Toch vallen kanttekeningen te plaatsen bij de interpretatie dat het hier zou gaan om een privé-aansprakelijkheid van de curator. De garantstelling wordt immers aangevraagd door de curator in diens hoedanigheid: zij strekt ter bekostiging van een in die hoedanigheid ingestelde (of onderzochte) vordering en de rekening-courant wordt geopend op naam van de curator in die hoedanigheid. De curator ontvangt zijn salaris – ook voor zover dat betrekking heeft op de onderhavige werkzaamheden – via de boedel. Daargelaten de vraag of art. 2:138 lid 10 BW waarop de Garantstellingsregeling 2005 is gebaseerd wel een grondslag voor een privé-aansprakelijkheid van de curator biedt, is niet meteen duidelijk hoe uit de voorwaarden in de Garantstellingsregeling 2005 een binding van de curator in privé zou ontstaan.

Tussentijdse beëindiging van de garantstelling en aansprakelijkheid (al dan niet in privé) zijn hoe dan ook zware sancties die niet per se in verhouding staan tot het (geringe) gewicht van het verzuim. Deze sanctie dient prudent te worden toegepast. Slechts nadat een waarschuwing is uitgegaan waarin beëindiging van de garantstelling bij het uitblijven van een rapportage in het vooruitzicht is gesteld, is een sanctie gerechtvaardigd. Het lijkt erop dat het Ministerie die prudentie inderdaad in acht neemt. Tot dusver is de sanctie niet toegepast. Hierbij zij echter aangetekend dat de sanctie eerst in de Garantstellingsregeling 2005 is opgenomen, zodat er nog maar weinig gevallen kunnen zijn waarin schending van de rapportageplicht aan de orde is. Bovendien is die terughoudende toepassing niet tot uitdrukking gebracht in de Garantstellingsregeling 2005 zelf. Slechts in de toelichting wordt erover gerept dat de curator “nadrukkelijk is geweest” op de voorwaarden. Curatoren moeten er dus rekening mee houden dat een gering verzuim kan betekenen dat alle werkzaamheden en kosten die zijn gemoeid met het vervolgen van de bestuurdersaansprakelijkheid uiteindelijk onvergoed zullen blijven, althans dat zij (in privé) opdraaien voor de kosten. Dit kan hun bereidheid om van de regeling gebruik te maken en daarmee het doel van de Garantstellingsregeling ondergraven.⁷⁰

Hetgeen hiervoor is gesteld over de sanctie op het niet voldoen aan de rapportageplicht geldt *mutatis mutandis* voor de door de curator in te dienen verlengingsverzoeken. Het achterwege blijven van een dergelijke verlenging kan evenzeer een ontijdige beëindiging ten gevolge hebben.⁷¹

69 Zie art. 2 lid 9, art. 7 lid 1 aanhef en onder a en art. 8 lid 3 GSR 2005.

70 Zo ook J. van der Meer, Faillissementsfraude bestrijden kan beter, Het Financieele Dagblad, 6 oktober 2005; vgl. hoofdstuk 8, par. 3, waarin afschaffing van deze sanctie door een belangrijk deel van de curatoren als wijziging wordt voorgesteld.

71 Het is bovendien de vraag of de noodzaak van het verzoeken om een verlenging productief is. Zie hoofdstuk 10, par. 4.

7 Knelpunt 6: vooraf gemaakte kosten worden niet vergoed

Wat door met name de curatoren als een knelpunt wordt ervaren, is dat de Garantstellingsregeling geen dekking biedt voor de kosten die zijn gemaakt vóór de toekenning door het Ministerie. Dit aspect kan (deels) verklaren waarom de Garantstellingsregeling slechts in ongeveer een kwart van de gevallen het totaal van de gemaakte kosten dekt. Gezien het feit dat de curator ter voorbereiding op een zo succesvol mogelijke aanvraag het nodige voorwerk moet verrichten ervaart men deze uitsluiting als een belangrijke rem om van de regeling gebruik te maken. Zeker wanneer hierbij in aanmerking wordt genomen dat de rechter-commissaris een onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid of faillissementspauliana verlangt, ongeacht de toestand van de boedel.

8 Knelpunt 7: aanwending aanwezig actief ter dekking kosten waarvoor garantstelling is verleend

De eis dat het aanwezige actief eerst moet worden aangewend ter dekking van de kosten die zijn gemaakt voor het doel waarvoor de garantstelling is verleend vormt ook een knelpunt. Iedere bate die de curator aantreft of ontvangt, moet dus worden gestort op de rekening bij de KAS BANK N.V. die de curator aanhoudt ten behoeve van de toegekende garantstelling. Daarmee wordt vergeten dat de curator niet alleen tot taak heeft de bestuurdersaansprakelijkheid c.a. aan te pakken, maar ook het faillissement moet afwikkelen. Dit brengt ook kosten mee die op geen enkele wijze verband houden met de garantstelling. Als hiermee baten worden gerealiseerd die dan eerst in mindering zouden moeten worden gebracht op het uitstaande saldo waarvoor de garantstelling is afgegeven, betekent dit dat de curator die andere kosten van de faillissementsafwikkeling in privé zal moeten dragen, als er verder geen inkomsten zijn. Wegens ontbreken van boedelactief zal hij immers geen salaris voor zijn werkzaamheden ontvangen. Bovendien heeft de curator niet zonder meer een keuze in de aanwending van de aanwezige baten. In gevallen waarin de Garantstellingsregeling relevant is, betreft het faillissementen met een (bijna) lege boedel. In een dergelijke situatie dienen boedelschulden in beginsel conform de rangregeling te worden voldaan.⁷² Dit geldt ook voor de (concurrente) – door de garantstelling gedekte – rekening-courantschuld bij de KAS BANK N.V.

9 Knelpunt 8: onvoldoende administratie van opbrengsten Garantstellingsregeling bij Ministerie

Wat de resultaten van de Garantstellingsregeling betreft vormen de uitkeringen door het Ministerie een kostenpost, die wel beheersbaar moet blijven. Sinds de start van de regeling heeft het Ministerie op toegekende garantstellingen een bedrag van ongeveer € 3 miljoen uitgekeerd. Voor de vraag of de Garantstellingsregeling uit financieel oogpunt bestaansrecht heeft, is het van belang

72 HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (De Ranitz q.q./Ontvanger).

inzicht te hebben in hoeverre boedels dankzij de Garantstellingsregeling gebaat zijn. Dan heeft men een (financiële) graadmeter voor dat bestaansrecht. Het blijkt echter niet mogelijk deze vraag te beantwoorden.

Aangaande de eventuele opbrengsten uit acties van curatoren is in het vorige onderzoek gebleken dat het Ministerie die cijfers sinds 1998 is gaan bijhouden. Toch blijkt het lastig om hiervan een precies overzicht te krijgen, omdat curatoren het Ministerie blijkbaar niet altijd informeren waarom een toegekende garantstelling niet hoeft te worden aangesproken. Voorzover het Ministerie van Justitie wel van die cijfers op de hoogte is gesteld, is niet helemaal duidelijk in hoeverre die betrekking hebben op eventuele opbrengsten van succesvolle acties richting bestuurders of dat die betrekking hebben op het totaal gegenereerde boedelactief. Waar deze cijfers uitkomen op een totaal gegenereerd bedrag van ongeveer € 18,5 miljoen sinds het begin van de Garantstellingsregeling (tegenover een bedrag aan uitbetalingen onder de Garantstellingsregeling van ongeveer € 3 miljoen), lijkt de regeling per saldo behoorlijk lucratief. Het Ministerie van Justitie merkt hiervan echter niets: het moet wel uitkeren indien de garantstelling tot niet succesvol is geweest, terwijl het van de gegenereerde opbrengsten niets terug ziet.

10 Knelpunt 9: tussenkomst KAS BANK N.V. omslachtig

Met betrekking tot de rol van de bank als tussenschakel in de garantstellingsregeling zijn uit het huidige onderzoek weinig problemen naar voren gekomen. Hoewel uit de dossiers gebleken is dat zich vroeger wel complicaties hebben voorgedaan in de relatie tussen curatoren en bank en/of Ministerie van Justitie en bank⁷³, lijken die thans verleden tijd nu het Ministerie van Justitie alleen nog maar gebruik maakt van de KAS BANK N.V., waarmee centrale afspraken zijn gemaakt.⁷⁴ Voor rechters-commissarissen is hierbij nauwelijks een rol weggelegd, al beoordelen zij de tussenkomst van de bank tamelijk negatief, terwijl curatoren hierbij geen sterke gevoelens lijken te hebben. De grootste groep is neutraal. De resterende respondenten zijn eerder positief dan negatief over hun contacten met de bank. Niettemin valt op dat bijna de helft van de curatoren die met suggesties voor verbetering van de Garantstellingsregeling komen, aangeven dat de tussenkomst van de bank omslachtig is en daarom onnodig. Hoewel dit een knelpunt lijkt te suggereren, menen wij dat het onvoldoende basis vormt om een aanbeveling te formuleren, nu het Ministerie de tussenkomst van de KAS BANK N.V. bovendien als nuttig ervaart.

73 Zie ook Vriesendorp/Verstijlen/Slegers, par. 11.1 en p. 69.

74 Zie hoofdstuk 5, par. 1 en hoofdstuk 6, par. 2.

Aanbevelingen voor een betere uitvoering van de bestaande Garantstellingsregeling

1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden (algemene) mogelijkheden onder de loep genomen die de geconstateerde knelpunten zouden kunnen wegnemen of anderszins een (algemene) verbetering zouden kunnen brengen in de uitvoering van de Garantstellingsregeling. Hiertoe formuleren wij een aantal concrete aanbevelingen, waarbij telkens wordt aangegeven welk(e) knelpunt(en) die naar verwachting zullen wegnemen.

2 Aanbeveling 1: versoepeling verhaalstoets, aanpassing redelijke verhouding (knelpunten 1, 2 en 3)

Als niet tamelijk zeker is dat een eventuele veroordeling van de derde/bestuurder tot daadwerkelijk verhaal voor de boedel leidt, is de kans groot dat een verzoek om een garantstelling, althans voor een procedure, wordt afgewezen. Dit wordt in de praktijk door veel curatoren en rechters-commissarissen als een centraal knelpunt in de regeling ervaren. In de beginfase van een faillissement is verhaal niet altijd eenvoudig vast te stellen, terwijl in die fase vaak wel resoluut optreden van de curator gewenst is om potentieel actief veilig te stellen. Bovendien sluit een strenge toepassing van het verhaalsvereiste opbrengsten uit die ontstaan doordat de curator druk zet op een bestuurder om te betalen, terwijl op het eerste gezicht verhaal onder die persoon leek te ontbreken.

De gedaalde populariteit van de Garantstellingsregeling, die mede lijkt te zijn ingegeven door de soms lastig te nemen barrière van het verhaalscriterium, kan worden aangepakt door in de beginfase dit criterium met een zekere soepelheid te hanteren. Dit doet ook recht aan het feit dat het lastig blijft om een goede beoordelingsmaatstaf te vinden of in een concreet geval feitelijk aan het verhaalscriterium is voldaan. Gedacht zou kunnen worden aan een garantstelling voor de beginfase tot een beperkt bedrag, gericht op het onderzoeken van verhaal en het onder druk zetten van een bestuurder die zijn vermogen heeft weggezet, ook al is op dat ogenblik onvoldoende zicht op daadwerkelijk verhaal, mits er wel enige aanwijzingen zijn van ‘verdacht’ gedrag. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de knelpunten 1, 2 en 3.

Deze versoepeling neemt niet weg dat de eis van het verhaalscriterium voor het overige, het instellen van procedures in het bijzonder, terecht wordt gesteld. De Garantstellingsregeling is ingekaderd in het systeem van het faillissementsrecht en dient de curator in staat te stellen een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering en/of faillissementspauliana te entameren als daartoe gronden zijn. Er

is met de invoering van de Garantstellingsregeling op dit punt geen wijziging in de taak van de curator beoogd. Deze zal derhalve het belang van de boedel tot richtsnoer moeten nemen. Dat belang is niet gediend met het instellen van rechtsvorderingen waarvan geen voordeel is te verwachten, ook niet in het licht van het doel van de fraudebestrijding. Het verkrijgen van een onverhaalbare veroordeling draagt niet bij aan fraudebestrijding, maar zal veeleer de indruk wekken dat de frauduleus handelende bestuurder aan het langste eind heeft getrokken.

In het verlengde hiervan onderschrijven wij ook de eis dat de gevraagde garantstelling in een redelijke verhouding staat tot de hoogte van het redelijkerwijs te verwachten bedrag dat kan worden verhaald.⁷⁵ Er kan immers niet meer worden verhaald dan het bedrag van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers (vermeerderd met de boedelkosten verminderd met het beschikbare actief). Een curator zal zich ook de vraag dienen te stellen of het verantwoord is beschikbaar actief aan te wenden voor het instellen van een vordering ter zake van (bijvoorbeeld) bestuurdersaansprakelijkheid. De vraag hoe hoog de (zekere) “investering” is in verhouding tot de te behalen (onzekere) baten, speelt daarbij een belangrijke rol. Het is alleszins te rechtvaardigen dat het Ministerie van Justitie zich dezelfde vraag stelt bij zijn beslissing om een verzoek om een garantstelling te honoreren. De eis draagt voorts bij aan de beheersbaarheid van de regeling. De in dit verband door het Ministerie gehanteerde verhouding van 1:4 tussen het bedrag van de garantstelling en het te verhalen bedrag ontbeert echter een deugdelijke onderbouwing. Het is de vraag in hoeverre die eis binnen de discretionaire bevoegdheid van het Ministerie op grond van art. 2:138 lid 10 BW valt. De aanbeveling is derhalve om de eis van de redelijke verhouding niet strenger te maken dan ruwweg 1:1.

De eis dat de verwachte opbrengst in redelijke verhouding moet staan tot de hoogte van de vorderingen van de (concurrente) schuldeisers is niet terug te vinden in de ontstaansgeschiedenis van de Garantstellingsregeling. Deze eis is strijdig met het doel waarvoor de regeling in het leven is geroepen, te weten het in de gelegenheid stellen van een curator om bij een gebrek aan middelen (actief) toch een vordering wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur en de faillissementspauliana in te kunnen stellen, een en ander met het oog op het bestrijden van fraude danwel misbruik van rechtspersonen. Wij pleiten ervoor deze eis te laten vallen..

3 Aanbeveling 2: verbetering communicatie en beeldvorming (knelpunt 4)

Het onderzoek bevestigt het beeld dat de Garantstellingsregeling gebukt gaat onder een slechte beeldvorming. Een (grote) meerderheid van de curatoren en rechters-commissarissen oordeelt negatief over de regeling als totaal. De waardering is ten opzichte van die ten tijde van de vorige evaluatie zelfs

75 Art. 3 aanhef en onder g GSR 2005.

verslechterd.⁷⁶ Ontevredenheid bestaat vooral over de voorwaarden van de Garantstellingsregeling, de communicatie met het Ministerie van Justitie en de (onvergoede) tijd die is gemoeid met de aanvraagprocedure. Over deze punten zijn de curatoren en/of rechters-commissarissen in meerderheid (heel) ontevreden en in dit verband worden wijzigingen gesuggereerd.

De constatering van betrokkenen betekent overigens niet zonder meer dat het negatieve beeld terecht is. Zo is de perceptie van curatoren over de tijdsduur die gemoeid is met de beslissing op de aanvraag aanmerkelijk ongunstiger dan deze in werkelijkheid is.⁷⁷ Dit lijkt verklaard te kunnen worden door het verschil in aanvangstijdstip: voor curatoren ligt dit ruimschoots eerder dan voor de medewerkers van het Ministerie.

Het slechte beeld van de Garantstellingsregeling bij de direct betrokkenen lijkt wel een negatieve invloed te hebben op de effectiviteit van de regeling. Een meerderheid van de curatoren die heeft afgezien van een beroep op de regeling, geeft aan dat dit is geschied vanwege de ingewikkeldheid van de regeling, rompslomp etc.

Waar mogelijk dient derhalve de communicatie te worden verbeterd. Allereerst zij opgemerkt dat de huidige voorwaarden van de Garantstellingsregeling 2005 eind 2005 nog niet een zeer grote bekendheid genoten: hoewel de regeling als zodanig bij nagenoeg alle betrokkenen bekend is, was circa de helft niet op de hoogte van de per 1 januari 2005 gewijzigde voorwaarden. Een heldere voorlichtingscampagne is eventueel op zijn plaats. Uiteraard is dit minder zinvol als de verwachting is dat de voorwaarden binnenkort – bijvoorbeeld naar aanleiding van de evaluatie – wederom worden gewijzigd.

Het verdient ook overweging op voorhand aan curatoren (en rechters-commissarissen) duidelijk te maken wat van het Ministerie van Justitie kan en mag worden verwacht, bijvoorbeeld binnen welke termijn nadat de gevraagde informatie is verstrekt een beslissing wordt genomen. Op deze wijze kan de kloof die gaapt tussen de werkelijke beslissingstermijn en die welke door de curatoren wordt gepercipieerd, worden verkleind. Ook het beleid bij de toepassing van de sanctie op het niet (tijdig) voldoen aan de rapportageverplichting of de verplichting tot aanvraag van een verlenging zou kunnen worden verduidelijkt.⁷⁸ Een en ander zou ertoe moeten leiden dat knelpunt 4 komt te vervallen.

De door het Ministerie van Justitie in stand gehouden website kan bij dit alles een rol spelen. Het is voorts denkbaar dat de hier bedoelde betrokkenen, die zich bevinden in welomschreven en goed benaderbare groepen, rechtstreeks worden benaderd.

76 Zie hoofdstuk 8, par. 4.

77 Zie hoofdstuk 3, par. 3.

78 Zie par. 5.3 en 5.5.

4 Aanbeveling 3: terugdringing administratieve handelingen (knelpunten 4 en 5)

Een derde aanbeveling betreft het terugdringen van administratieve handelingen, in het bijzonder met betrekking tot de aanvraag, verlenging en rapportage, zoals onder meer in knelpunt 4 aan de orde komt. In het verlengde hiervan wordt daarmee tegemoetgekomen aan knelpunt 5, in zoverre de bezwaren tegen de sancties in de huidige regeling aan deze administratieve handelingen zijn gekoppeld.

De garantstellingen dienen niet telkens voor één jaar te worden afgegeven, maar voor onbepaalde tijd. Deze aanbeveling was indertijd ook door de Minister van Justitie overgenomen, omdat het niet de bedoeling is dat de curator onnodig wordt belast met administratieve handelingen.⁷⁹ Zij is echter niet uitgevoerd en – integendeel – naar het schijnt in de Garantstellingsregeling 2005 aan de kant gezet. Het systeem van de jaarlijkse verlenging blijkt echter een belangrijk knelpunt te vormen, voegt in wezen ook niets toe aan de beheersbaarheid van de regeling en verschaft alle betrokkenen (naast de curator ook de rechter-commissaris en het Ministerie van Justitie) de nodige extra administratieve rompslomp. De administratieve kosten – enige honderden brieven van curatoren, evenzoveel besluiten van het Ministerie met daaraan voorafgaand geregeld rappels – wegen niet op tegen de (onduidelijke) voordelen daarvan.

Voor de tussentijdse rapportage en verantwoording kan worden vastgehouden aan de eis dat de curator standaard een kopie van het periodieke faillissementsverslag aan het Ministerie van Justitie toezendt.⁸⁰ Dit beoordeelt zelfstandig de juist- en volledigheid van de tussentijdse rapportage, los van de beoordeling door de rechter-commissaris, aangezien zij verschillende doelen nastreven; wél van belang is dat beide dezelfde grondslag hanteren. Slechts wanneer dat verslag aanleiding geeft tot nadere vragen, moet de curator gehouden zijn tot nadere informatieverstrekking aan het Ministerie van Justitie (bijv. omdat hij om tactische redenen in het – openbare – faillissementsverslag niets vermeldt over zijn naspeuringen en te entameren acties).

5 Aanbeveling 4: beperking rol rechter-commissaris (knelpunt 4)

Over de rol van de rechter-commissaris bestaan bij de verschillende betrokkenen en het Ministerie van Justitie uiteenlopende opvattingen. Bij het Ministerie van Justitie wordt hem een belangrijke rol toegedicht bij de beslissing op een verzoek om een garantstelling, waartoe in de Garantstellingsregeling 2005 zelfs uitdrukkelijk is bepaald dat hij een *gemotiveerd* advies dient te geven. Tot een bevredigende praktijk voor de medewerkers van het Ministerie van Justitie en rechters-commissarissen heeft dit nog niet geleid; eerder het tegendeel.

79 Idem, p. 3.

80 Vgl. tweede aanbeveling 'Toezicht en controle', Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, p. 69.

Ook vanuit de curatoren wordt waarde gehecht aan de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de uitvoering van de Garantstellingsregeling. Wel is in dit verband de suggestie gedaan te volstaan met een controle van de rekening en verantwoording van de curator door de rechter-commissaris; de toets van de Ministerie van Justitie wordt gezien als een herhaling en dus als overbodig ervaren.

Het komt ons voor dat de rechter-commissaris hier van verschillende kanten wordt overvraagd. Mede met het oog op de overbelasting van rechters-commissarissen in de huidige praktijk is het niet reëel te verwachten dat diens advies de vrucht is van een uitgebreid onderzoek naar en afweging van alle betrokken belangen (inclusief die van het Ministerie van Justitie) en dat dit advies door het Ministerie van Justitie min of meer automatisch kan worden overgenomen. Het toezicht van de rechter-commissaris is globaal; de rechter-commissaris is in hoge mate afhankelijk van de informatie van de curator. Dat geldt in zijn algemeenheid en ook voor de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de Garantstellingsregeling. Een akkoordbevinding door de rechter-commissaris aangaande een verzoek om een garantstelling door de curator zou voldoende moeten zijn. Om deze reden – de overbelasting van de rechters-commissarissen – achten wij het anders dan de curatoren ook gerechtvaardigd dat het Ministerie van Justitie zelfstandig de rekening en verantwoording toetst. De vanuit de curatoren gedane suggestie dat de toetsing door het Ministerie kan worden geschrapt, onderschrijven wij dus niet.

De contacten tussen het Ministerie en de rechter-commissaris worden door medewerkers van het Ministerie van Justitie als stroperig ervaren en ook door de rechters-commissarissen negatief gewaardeerd. De in 1999 gedane aanbeveling om te komen tot een structurele verbetering van de contacten met het Ministerie van Justitie is derhalve nog steeds actueel.⁸¹ In aansluiting op aanbeveling 2 raden wij aan om de betrokken medewerkers van het Ministerie van Justitie geregeld contact te hebben met de (vertegenwoordigende organen van) Recofa en Insolad om zodoende meer voeling te krijgen met de (on)mogelijkheden van de door hen verlangde informatie. Hiermee wordt ook tegemoet gekomen aan knelpunt 4.

6 Aanbeveling 5: wijziging sanctie (knelpunt 5)

Over de sanctie op het niet (tijdig) rapporteren of aanvragen van een verlenging bestaat enige onduidelijkheid.⁸² Met het oog op knelpunt 5 bevelen wij aan om expliciet te verduidelijken dat “niet-voortzetting van de garantie” in art. 4 lid 2 en art. 5 lid 2 GSR 2005 slechts betrekking heeft op de toekomst en onverlet laat dat het bestaande debetsaldo onder de (niet-voortgezette) garantie gedekt blijft. Teneinde onnodige olopende renteverplichtingen en kosten te voorkomen dient wel zo snel mogelijk te worden overgegaan tot afwikkeling van de garantie.

81 Vgl. tweede aanbeveling ‘Aanvraag en verlening’, Vriesendorp/Verstijnen/Slegers 1999, p. 69.

82 Zie hoofdstuk 9, par. 6.

Voorts bevelen wij aan het terughoudende beleid bij de toepassing van de sanctie te concretiseren, bij voorkeur in de Garantstellingsregeling zelf en niet via (niet geheel duidelijke) passages in de toelichting, zoals thans het geval is. Hierin ligt nu impliciet besloten dat de curator wordt gewezen op zijn verzuim, alvorens de sanctie wordt toegepast.

De in art. 4 lid 3 en art. 5 lid 3 GSR 2005 neergelegde ‘verantwoordelijkheid’ van de curator voor het tekort dient te worden geschrapt. Die bepalingen wekken de suggestie dat een curator in privé aansprakelijk kan worden gehouden voor de aanzuivering van het debetsaldo c.q. voor de met het vervolgen van de bestuurdersaansprakelijkheid c.a. gemoeide kosten. Curatoren zullen weinig geneigd zijn hun privé-vermogen op het spel te zetten. De prikkel die de Garantstellingsregeling wil bieden en in het verlengde daarvan de effectiviteit van de regeling worden daarmee ondergraven. Bovendien biedt de wet slechts een wankele basis voor de interpretatie dat privé-aansprakelijkheid is beoogd.⁸³ Privé-aansprakelijkheid zou pas aan de orde moeten komen in het geval het handelen van de curator niet de daarvoor geldende algemene toets kan doorstaan, zoals door de Hoge Raad vormgegeven.⁸⁴ Indien deze privé-aansprakelijkheid niet is beoogd maar de bepalingen in kwestie in de Garantstellingsregeling 2005 louter het oog hebben op een aansprakelijkheid in hoedanigheid (q.q.), voegen de regels weinig toe.⁸⁵ Het heeft dan sowieso weinig zin deze te handhaven.

7 Aanbeveling 6: vergoeding vooraf gemaakte kosten (knelpunt 6)

Het wordt door curatoren als problematisch ervaren dat de kosten die de curator maakt vóórdat hij een aanvraag indient dan wel voordat daarop is beslist, niet onder de garantie vallen, met name indien snelle actie vereist is (beslag etc.). Vanuit de praktijk wordt met nadruk bepleit ook deze kosten voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Het verdient aanbeveling om ter bestrijding van knelpunt 6 de (proces)kosten van vóór de aanvraag en 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 en aan de overige voorwaarden is voldaan.⁸⁶ De verwachting is dat het overnemen van deze aanbeveling de bereidwilligheid van curatoren vergroot om een aanvraag in te dienen en de bestuurdersaansprakelijkheid c.s. te vervolgen.

8 Aanbeveling 7: aanwending aanwezig actief en dekking kosten Garantstellingsregeling (knelpunt 7)

De verplichting voor de curator om aanwezig boedelactief aan te wenden ter dekking van de kosten van de procedure, zoals in knelpunt 7 gesignaleerd, dient

83 Zie hoofdstuk 9, par. 4.

84 HR 19 april 1996, NJ 1997, 727 (Maclou/Curatoren Van Schuppen).

85 Zie hoofdstuk 9, par. 6.

86 Vgl. derde aanbeveling ‘Reikwijdte’, Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, p. 68.

te worden aangepast. Hetzelfde geldt voor de bepaling dat de garantstelling eindigt indien baten ten goede van de boedel komen die gelijk of hoger zijn dan het bedrag van de verleende garantie. In haar huidige vorm maken die bepalingen de Garantstellingsregeling tot op zekere hoogte een sigaar uit eigen doos. Indien de curator immers elk actief ter dekking van de kosten van de procedure moet aanwenden, blijven de overige werkzaamheden (naast het vervolgen van de procedure) onbetaald. Vaak zal het zo zijn dat het feit dat de curator een procedure instelt, meebrengt dat méér werkzaamheden moeten worden verricht. Immers, het faillissement zal niet kunnen worden afgewikkeld, zodat de curator openbare verslagen zal dienen te verzorgen, schuldeisers te woord zal moeten staan, aan fiscale verplichtingen zal moeten voldoen etc.

De regel dat het beschikbare boedelactief ter dekking van de kosten van de procedure moet worden aangewend, kan dus meebrengen dat de curator onvoldaan blijft voor werkzaamheden die anders wel zouden kunnen worden voldaan of überhaupt niet nodig zouden zijn geweest. De curator wordt daardoor niet gestimuleerd actie te ondernemen tegen de frauduleuze handelingen die de Garantstellingsregeling beoogt te bestrijden. Deze eis ondergraaft daarmee de effectiviteit van de regeling, terwijl zij ook niet nodig is. Wij bevelen daarom aan om deze verplichting te beperken tot het geval dat er meer actief beschikbaar komt dan nodig is om het salaris en de verschotten van de curator te voldoen..

Voorts is een andere aanpassing aangewezen. In haar huidige vorm is de verplichting tot aanwending van boedelactief ter dekking van de kosten van de procedure slechts beperkt effectief. Deze verplichting levert voor wat betreft in het verleden gemaakte kosten slechts een concurrente boedelschuld op. Als zodanig voegt deze verplichting weinig toe aan de schuld die sowieso voortvloeit uit de in het kader van de Garantstellingsregeling geopende rekening-courant. Ook deze schuld constitueert een concurrente boedelschuld; de verplichting tot aanwending van het boedelactief maakt dat niet anders. Indien de boedel niet voldoende actief bevat om alle boedelschulden te voldoen, worden alle boedelschulden overeenkomstig hun rang voldaan. Het Ministerie van Justitie staat dan met zijn concurrente boedelschuld achter in de rij.

In dit verband wijzen wij op onze aanbeveling uit 1999 om de mogelijkheid in het leven te roepen zekerheden te bedingen.⁸⁷ Dergelijke zekerheden zouden het Ministerie een voorrangpositie geven die zij onder de huidige regel ontbeert en die wel reële betekenis zou geven aan de verplichting tot aanwending van het boedelactief. Die zekerheden kunnen naar huidig recht niet worden gevestigd op de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering, nu deze niet overdraagbaar is. Wij verwijzen in dit verband naar onze aanbeveling uit 1999 om de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering overdraagbaar te maken, welke aanbeveling wij handhaven.⁸⁸ Voorzover een faillissementspauliana aan de orde is, bestaat er weinig twijfel dat het huidige recht de mogelijkheid biedt (bij voorbaat) een

87 Vgl. eerste aanbeveling 'Afwikkeling', Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, p. 70.

88 Zie de derde aanbeveling 'Afwikkeling', Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, p. 70, alsmede hoofdstuk 11, par. 3 hierna.

zekerheidsrecht te vestigen op het door middel van deze actie in de boedel teruggebrachte actief.

9 Aanbeveling 8: administratie van opbrengsten (knelpunt 8)

In hoeverre boedels dankzij de Garantstellingsregeling gebaat zijn, is uiteindelijk een graadmeter voor het bestaansrecht van de Garantstellingsregeling. Thans geven curatoren niet altijd inzicht in de opbrengsten als zij de debetstand bij de bank aanzuiveren. Hierdoor worden bij het Ministerie van Justitie de opbrengsten maar in beperkte mate – en dus onvolledig – geadmistreerd. Dit maakt het niet goed mogelijk om te beoordelen in hoeverre de regeling werkelijk succesvol en rendabel is. Als aanpak van knelpunt 8 bevelen wij derhalve aan om als een van de voorwaarden voor toekenning de curator de verplichting op te leggen om het Ministerie van Justitie op de hoogte te houden over eventuele binnengekomen baten uit hoofde van de acties op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of faillissementspauliana.⁸⁹ Dit kan zonodig worden aangevuld met het zenden van een herinnering aan de curator ter completering van het dossier van het Ministerie van Justitie.

10 Aanbeveling 9: bundeling tot één loket (knelpunt 1)

De verhouding tussen de Garantstellingsregeling en de overige bij de bestrijding van faillissementsfraude betrokken (overheids)instanties – met name het Openbaar Ministerie en de fiscus – blijft problematisch in de ogen van de betrokkenen. In de verschillende knelpunten klinkt het ontbreken van een goede afstemming tussen die instanties door. Wij bepleitten in 1999 een “éénloketgedachte”, volgens welke de bestaande vergelijkbare regelingen die de onderscheidene instanties hanteerden zouden worden geïntegreerd.⁹⁰ Hoewel het de toepassing van de Garantstellingsregeling te buiten gaat, achten wij het wenselijk dat bij deze “éénloketgedachte” ook het Openbaar Ministerie wordt betrokken. Indien de curator aanwijzingen heeft voor ongeoorloofde handelingen maar niet over de middelen beschikt daartegen op te treden, kan hij bij dit ene – eventueel virtuele – loket terecht. Daar wordt bekeken wat een passende reactie is op het geconstateerde (vermoeden van) ongeoorloofd gedrag. Dat kan zijn het financieren van een door de curator in te stellen procedure, ten laste van een of meer van de betrokken instanties. In voorkomende gevallen kan het ook aangewezen zijn dat de fiscus het voortouw neemt op basis van de WBA. Een voorbeeld is de fiscus die met het oog op het beschikbare verhaal de enige belanghebbende is en/of in een gunstige bewijspositie verkeert (met de mogelijkheid dat de curator in een later stadium in het voetspoor van de fiscus actie onderneemt). Het is ook mogelijk dat het Openbaar Ministerie – naast of in plaats van een actie van een van de andere betrokkenen – vervolging instelt,

89 Vgl. eerste aanbeveling ‘Toezicht en controle’, Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, p. 69.

90 Vgl. eerste aanbeveling ‘Toegang en voorlichting’, Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, p. 68; zie ook p. 54-55.

waarbij de curator zich als benadeelde partij voegt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dit biedt het voordeel dat bij het ontbreken van verhaal het strafrechtelijke traject wordt bewandeld en dat gecoördineerde actie wordt ondernomen die past bij de omstandigheden van het concrete geval. De beslissing kan ook worden gebaseerd op de bij de verschillende instanties aanwezige informatie.

11 Aanbeveling 10: vergroting reikwijdte garantie (knelpunten 1, 2 en 3)

In de evaluatie uit 1999 bepleitten wij de mogelijkheid ook de onrechtmatigedaadvordering gegrond op benadeling van schuldeisers (Peeters/Gatzen-vordering) onder de Garantstellingsregeling te brengen.⁹¹ Deze aanbeveling was door de Minister van Justitie overgenomen⁹², maar heeft tot op heden nog geen uitvoering gekregen. Voorts is gebleken is dat het Ministerie van Justitie de mogelijkheid om een vordering ter zake van de faillissementspauliana in te stellen, beperkt ziet tot de toepassing van art. 42 Fw. Slechts onverplicht verrichte rechtshandelingen zouden kunnen worden bestreden. Het valt niet in te zien waarom art. 47 Fw. – de faillissementspauliana gericht tegen verplichte rechtshandelingen – niet onder de garantstelling zou kunnen worden gebracht. De enkele omstandigheid dat de verwijzing naar de Garantstellingsregeling is opgenomen in art. 43 lid 6 Fw. (welk artikel ziet op bewijsvermoedens bij de toepassing van art. 42 Fw.) achten wij niet bepalend. De (zeer beknopte) parlementaire geschiedenis bevat geen aanwijzing dat met deze plaatsing (of anderszins) een beperking is beoogd tot deze vorm van de faillissementspauliana. Mede met het oog op het gegeven dat het in de praktijk gemakkelijk is een rechtsplicht tot het verrichten van een rechtshandeling in het leven te roepen en daarmee de rechtshandeling tot een verplichte in de zin van de faillissementspauliana te maken, bevelen wij aan ook de vordering ex art. 47 Fw. onder de Garantstellingsregeling te brengen.

Hoewel in het empirisch onderzoek komt naar voren dat dit punt slechts door een beperkt aantal respondenten als een probleem wordt gezien, menen wij dat het uitsluiten van de beide vorderingen de curator nodeloos beperkt in zijn mogelijkheden ongeoorloofd gedrag aan te pakken. Aangezien er geen fundamentele reden bestaat om deze vorderingen niet onder de reikwijdte van de Garantstellingsregeling te brengen, bevelen wij aan om daadwerkelijk de mogelijkheid te scheppen om zowel de vordering ex art. 47 Fw als de onrechtmatigedaadvordering wegens benadeling in de verhaalsmogelijkheden onder de Garantstellingsregeling te laten vallen.

Voorzover de vrees bestaat dat hierdoor allerlei ongewenste (onrechtmatigedaad)vorderingen worden ‘binnengehaald’, is deze niet terecht. Een dergelijke vordering vertoont verwantschap met die van de faillissements-

91 Zie eerste aanbeveling ‘Reikwijdte’, Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999, p. 68; zie ook p. 50-51.

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

pauliana. In hoofdstuk 3 bleek dat slechts 8% van de aanvragen betrekking heeft op (uitsluitend) de faillissementspauliana en slechts 27% op zowel bestuurdersaansprakelijkheid als de faillissementspauliana. Het valt dan ook niet te verwachten dat het verruimen van de regeling leidt tot onbeheersbaarheid ervan. Hetzelfde geldt voor het 'binnenhalen' in de Garantstellingsregeling van de vordering ex art. 47 Fw. De enkele omstandigheid dat de verwijzing naar de Garantstellingsregeling is opgenomen in art. 43 lid 6 Fw. (welk artikel ziet op bewijsvermoedens bij de toepassing van art. 42 Fw.) verzet zich niet tegen de voorgestelde verruiming. De (zeer beknopte) parlementaire geschiedenis bevat geen aanwijzing dat met deze plaatsing (of anderszins) een beperking is beoogd tot deze vorm van de faillissementspauliana.

Fundamentele herbezinning?

1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is een aantal praktische aanbevelingen gedaan naar aanleiding van de geconstateerde knelpunten. De bevindingen van het onderzoek geven echter ook aanwijzingen voor de vraag of het wellicht niet fundamenteel anders moet, bijvoorbeeld door het formuleren van een heel andere of veel specifiekere doelstelling dan onder de huidige regeling. Deze heeft in theorie een groot ‘als het maar ergens aan bijdraagt’-gehalte maar blijkt in de praktijk juist een heel beperkte reikwijdte te hebben (wezenlijk beschermen belangen schuldeisers).

De vraag of het fundamenteel anders moet, stellen wij in de eerste plaats met het oog op de gekozen doelstelling van de regeling: welke specifieke doelen kan een Garantstellingsregeling redelijkerwijs nastreven en wat betekent het nastreven van een bepaald doel voor de inrichting van de regeling (par. 2)? Daarnaast kan men de vraag stellen of de uitvoering voor ieder doel wel in handen van het Ministerie van Justitie dient te liggen; of hier marktwerking of zelfs privatisering meer voor de hand ligt (par. 3).

2 Doelstelling Garantstellingsregeling

2.1 Inleiding

De Garantstellingsregeling geeft thans in een kleine categorie van gevallen de curator de mogelijkheid om ondanks een lege boedel op treden. Hierbij is nog wel enige verbetering mogelijk – zie de aanbevelingen in hoofdstuk 10 – maar men hoede zich voor al te grote verwachtingen. Zelfs als die aanbevelingen worden opgevolgd zal de regeling maar in beperkte mate bijdragen aan het aanpakken van onregelmatigheden die laakbaar zijn.

Andere of meer specifieke doelstellingen leiden wellicht tot betere rendementen. In deze paragraaf behandelen wij een heroriëntatie op het doel. Hierin schuilt een fundamentele keuze, want een verschil in doelstelling leidt ertoe dat anders gereageerd moet worden op de in hoofdstuk 9 geconstateerde knelpunten. Er zijn verschillende mogelijkheden denkbaar, waarbij de nadruk wordt gelegd op:

- het beschermen van verhaalsbelangen van concurrente schuldeisers (par. 2.2).
- het (civielrechtelijk) bestrijden van ongeoorloofd handelen (par. 2.3).
- het bevorderen van het strafrechtelijk bestrijden van onregelmatigheden in de aanloop naar het faillissement (par. 2.4).

Per doel geven wij aan wat het inhoudt, hoe het kan worden verwezenlijkt en welke beperkingen eraan kleven. Welk doel men kiest, is uiteindelijk een (rechts)politieke keuze. Overigens is het niet noodzakelijk dat er gekozen dient te worden voor één doelstelling; het is mogelijk om verschillende te combineren. Wél dienen de doelen duidelijk in de regeling tot uitdrukking te worden gebracht.

2.2 *Het beschermen van verhaalsbelangen van concurrente schuldeisers*

Het beschermen van verhaalsbelangen van concurrente schuldeisers sluit het meest aan 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. Indien men voor deze doelstelling kiest, achten wij de Garantstellingsregeling weinig effectief als middel in de strijd tegen strafrechtelijk laakbaar gedrag. Bovendien biedt dit doel in de huidige context weinig soelaas voor concurrente schuldeisers. In het overgrote deel van de uitgesproken faillissementen (80-90%) komt het immers niet tot enigerlei uitkering aan concurrente schuldeisers, laat staan dat deze uitkering (per concurrente schuldeiser) substantieel zal zijn. Het nastreven van dit doel zou betekenen dat een curator in het overgrote deel van de faillissementen geen baat zal hebben bij deze regeling. Te betwijfelen valt of een dergelijke regeling wel een toekomst heeft, mede tegen de achtergrond van de geconstateerde knelpunten en lage waardering door betrokkenen in de praktijk. Wil men de verhaalsbelangen van concurrente schuldeisers beter beschermen, dan zijn fundamentele ingrepen in de onderlinge posities van schuldeisers noodzakelijk of dient men een soort faillissementsverzekering in het leven te roepen waarbij er in ieder faillissement garant wordt gestaan voor – tenminste – een deel van de vorderingen van de concurrente schuldeisers.

2.3 *Het (civielrechtelijk) bestrijden van ongeoorloofd handelen*

Als de Garantstellingsregeling wordt gebruikt om civielrechtelijke normovertredingen te bestrijden, kiest men voor het aanpakken van bepaalde betrokkenen (bestuurders, commissarissen, aandeelhouders, andere derden) die van de normovertreding een voordeel hebben genoten dat aan de boedel geretourneerd moet worden. Het tegengaan van ongeoorloofd handelen kan ook zien op het aanpakken van handelingen van dergelijke derden die géén voordeel hebben genoten, maar waardoor de boedel wél nadeel heeft ondervonden. 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. Dit sluit overigens niet uit dat hierdoor soms ook de verhaalsbelangen van (concurrente) schuldeisers worden gediend. Dit resultaat dient echter te worden beschouwd als een neveneffect en niet als een (hoofd)doel van de regeling.

In deze opzet dient de huidige regeling te worden aangepast. Zo zou het element van de 'redelijke verhouding' tussen opbrengst en schulden bij de verhaalbaarheidstoets moeten worden losgelaten, en soepeler worden omgegaan met de eis van de 'redelijke verhouding' tussen de gevraagde garantstelling en de verwachte opbrengst. Het tegengaan van ongeoorloofd handelen staat immers los van de vraag naar de opbrengst.

Vanuit het oogpunt van de beheersbaarheid kan het wél wenselijk zijn om een zeker verhaalscriterium te hanteren. Op die manier kan men de regeling rendabel houden. Dan bestaat echter wel het risico, net zoals thans, dat financiële beheersbaarheidsaspecten mee gaan brengen dat een aanvraag alleen wordt toegekend als er vrijwel *zeker* verhaal zal zijn. Daarom valt te overwegen om het budget voor verhaalsonderzoek en voor procedures, schikkingen e.d. te scheiden. Dit houdt in dat het Ministerie van Justitie een budget beschikbaar heeft voor het (eenvoudig) toekennen van verhaalsonderzoeken, die doorgaans aan het begin van het faillissement nodig zijn. Voorts stelt het Ministerie een budget beschikbaar, eventueel te verspreiden onder de verschillende rechtbanken, die dit naar eigen inzicht kunnen besteden bij de afwikkeling van faillissementen en waar zij alleen tussentijds en in ieder geval achteraf verantwoording over dienen af te leggen aan het Ministerie.

De verwachting is dat een Garantstellingsregeling die op de leest van het tegengaan van civielrechtelijk ongeoorloofd handelen is geschoeid, in een groter aantal gevallen kan worden ingezet en effectief kan zijn. De huidige drempel van de redelijke verhouding en eventueel het verhaalscriterium komt in deze opzet te vervallen danwel wordt minder hoog, waardoor vermoedelijk meer gebruik van de regeling wordt gemaakt om laakbaar gedrag aan te pakken. Wat met deze doelstelling echter niet wordt bereikt, is dat strafrechtelijk laakbaar handelen wordt bestraft of dat wederpartijen worden aangepakt waarvan evident geen verhaal te verwachten valt.

2.4 *Garantstellingsregeling als aanvullend middel ter bestrijding van (strafrechtelijke) onregelmatigheden*

Men kan er voorts voor kiezen om de Garantstellingsregeling te gebruiken bij de bestrijding van (civielrechtelijk) benadelende behandelingen die ook strafrechtelijk als overtreding/misdrijf zijn te kwalificeren. In dat geval kan zij een nuttig instrument zijn ter aanvulling op of ondersteuning van de activiteiten van het Openbaar Ministerie. Het is immers gebleken dat bestrijding van dergelijke faillissementsfraude enkel door het Openbaar Ministerie onvoldoende effect heeft: a) er zijn te weinig aangiften, b) er is te weinig capaciteit bij het Openbaar Ministerie en c) er is te weinig expertise bij het Openbaar Ministerie.⁹³ Deze manco's zijn op te lossen door een zinvolle inschakeling van de curator in het opsporings- en vervolgingsproces. Dit kan men bereiken door bijvoorbeeld de volgende maatregelen:

- a) invoering van een aangifteplicht voor de curator (en eventueel ook de rechter-commissaris) door aanpassing van art. 162 Sv. Voorzover deze verplichting op de curator wordt gelegd, dient de boedel (waaruit zijn salaris immers moet worden betaald) een redelijke vergoeding (afkomstig van het Openbaar Ministerie) te ontvangen. Hiermee wordt naar alle waarschijnlijkheid het bezwaar sub a) grotendeels ondervangen;
- b) vergroting van de capaciteit en expertise van het Openbaar Ministerie zou op zichzelf gewenst zijn om het grotere aantal aangiften adequaat te kunnen verwerken, maar ook hierbij is het aan te bevelen om – tegen vergoeding – gebruik te maken van de specifieke kennis van curatoren. Hierdoor wordt extra belasting (en daarmee samenhangende kosten) van het Openbaar Ministerie beperkt (bezwaar sub b), terwijl tegelijk een schat aan expertise wordt benut (bezwaar sub c). Het lijkt niet gewenst de curator tot uitvoeringsambtenaar van het Openbaar Ministerie te maken, omdat hij met het oog op een voortvarende afwikkeling van het faillissement een zekere bewegings- en beleidsvrijheid moet hebben;
- c) tegenover de aangifteplicht van de curator moet een onderzoeksplicht van het Openbaar Ministerie komen te staan, althans een motiveringsplicht voor de gevallen waarin het Openbaar Ministerie om hem moverende redenen zou besluiten een bepaalde aangifte niet uit te zoeken en/of te vervolgen. Dit is nodig om voldoende draagvlak onder curatoren te houden.

In deze opzet kunnen het verhaalscriterium en – a fortiori – het vereiste dat de baten de kosten ruimschoots moeten overschrijden, worden losgelaten. Als men uitsluitend kiest voor dit doel, wordt de Garantstellingsregeling een strafrechtelijk hulpmiddel ter bestrijding van faillissementsfraude en blijft een louter civielrechtelijke normovertreding buiten beeld. Het is echter denkbaar dat de Garantstellingsregeling een civielrechtelijke (par. 2.2 of par. 2.3) én een strafrechtelijke (par. 2.4) doelstelling krijgt. Deze keuze zou duidelijk in de regeling en in de aanvraag tot uitdrukking moeten worden gebracht: de aanvrager moet weten welke vergoeding hij kan verkrijgen en waar die voor dient te worden aangewend.

3 Privatisering c.q. afschaffing van de Garantstellingsregeling

Met het oog op de wijze waarop (de toepassing van) de Garantstellingsregeling zich heeft ontwikkeld, kan de vraag worden gesteld of hier nog wel sprake is van een overheidstaak of dat de financiering van de onderhavige vorderingen van de curator aan de markt kan worden overgelaten. Het accent is sterk komen te liggen op het verhaalscriterium en een kosten-batenafweging. De bijdrage aan de fraudebestrijding is beperkt. De verhouding tussen kosten en opbrengsten is positief.⁹⁴

In de afgelopen tijd heeft zich een zekere markt ontwikkeld voor vorderingen die verband houden met een faillissement. De handel in

94 Zie hoofdstuk 7, par. 2.

vorderingen op gefailleerde partijen (van enige omvang) heeft in Nederland vaste voet aan wal gekregen.⁹⁵ En ook zijn er partijen in de markt die vorderingen van de curator op derden financieren. In dit opzicht is de situatie sinds de totstandkoming van art. 2:138 lid 10 BW en de daarop gebaseerde Garantstellingsregeling medio jaren '80 van de vorige eeuw ingrijpend gewijzigd. Voor curatoren met een lege boedel zijn er thans mogelijkheden om toch actie te kunnen ondernemen, ook los van de overheid.

De afweging die het Ministerie van Justitie maakt, verschilt niet vreselijk veel van die welke een commercieel bedrijf zou maken: wegen de kosten op tegen de baten. In zijn totaliteit beschouwd, lijkt dit het geval te zijn. Tegen ca. € 3 miljoen aan ingeroepen garanties staat volgens het Ministerie van Justitie € 18,5 miljoen aan inkomsten; waarschijnlijk meer omdat curatoren die de garantie niet inroepen niet steeds melden of zij iets hebben geïncasseerd en zo ja, hoeveel. Zelfs als er rekening mee wordt gehouden dat de garanties niet de totale kosten van de curator dekken,⁹⁶ zouden er tegen deze achtergrond mogelijkheden moeten bestaan om commerciële partijen te interesseren de onderhavige vorderingen te financieren.

Omdat deze partijen natuurlijk – anders dan het Ministerie van Justitie – rendement op hun geïnvesteerd vermogen verwachten, zou het gevolg van een terugtreden van de overheid zijn, dat er voor de curator minder in de boedel vloeit. Die financiers willen immers niet slechts de voorgeschoten kosten terugzien, maar ook een interessant rendement, bijvoorbeeld in de vorm van een percentage van de opbrengst. Zelfs dan kan voor de curator het voordelig zijn om met zo'n partij in zee te gaan, als daarmee een bate wordt gerealiseerd die anders zou blijven liggen. De positie van de curator ten opzichte van de inning van deze vordering is niet wezenlijk anders dan bij een willekeurig andere vordering. In deze situatie is het derhalve goed denkbaar dat de overheid terugtreedt en de financiering van de bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen c.a. aan de markt zou overlaten.

Toch bestaan momenteel nog wel enige praktische bezwaren voor een dergelijke 'privatisering' – in feite: afschaffing – van de Garantstellingsregeling: de Hoge Raad heeft de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering ex art. 2:138/248 BW onoverdraagbaar geoordeeld.⁹⁷ Niet alleen kan de curator die vordering dientengevolge niet overdragen aan een financier, maar evenmin verpanden, zodat de curator moeilijk de zekerheden kan verschaffen die de commerciële financier geneigd zal zijn te eisen. Daarom bepleiten wij – in navolging van ons eerdere onderzoek⁹⁸ – om de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering overdraagbaar te maken ingeval de acties door de curator wel tot een veroordeling, maar niet tot verhaalsneming hebben geleid. Onze aanbeveling was indertijd voor de Minister van Justitie onderwerp van nader onderzoek, want hij achtte dit een interessante suggestie. Ondanks het andersluidende oordeel van de Hoge Raad

95 Men hoeft slechts op Google de term 'opkopen vorderingen' in te tikken om geïnteresseerden te vinden.

96 Zie hoofdstuk 7, par. 3.

97 HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 (Den Toom/De Kreek q.q.).

98 Vgl. derde aanbeveling 'Afwikkeling', Vriesendorp/Verstijnen/Slegers, p. 70.

achte hij het met de onderzoekers verdedigbaar dat dit wel mogelijk is, nadat de vordering in rechte is komen vast te staan een executoriale titel is verkregen.⁹⁹ Maar er bestaat geen garantie dat de Hoge Raad zijn eerder gegeven regel – onoverdraagbaarheid – in deze zin zal verfijnen. Teneinde hieromtrent zekerheid te bieden, is een wetswijziging vereist. Overdraagbaarheid van de vordering, zou meebrengen dat de vordering ook vatbaar voor verpanding zou zijn.

Een minder vergaande stap in dezelfde richting betreft de introductie van een ‘succesopslag’ of ‘bereidstellingsprovisie’ in de Garantstellingsregeling. Indien budgettaire overwegingen daartoe nopen, valt te overwegen in de Garantstellingsregeling de mogelijkheid te openen dat het Ministerie van Justitie bij succesvolle garantstellingen gerechtigd is tot een ‘succesopslag’ of een (voorwaardelijke) bereidstellingsprovisie van een bepaald percentage van de opbrengst ter dekking van de kosten van de Garantstellingsregeling in gevallen waarin die uiteindelijk niet succesvol blijkt.¹⁰⁰ Deze aanbeveling heeft de Minister van Justitie indertijd niet overgenomen, omdat de Garantstellingsregeling ook zou dienen om de concurrente schuldeisers ten goede te komen en omdat het onzuiver zou zijn om de kosten van het ene faillissement ten laste te brengen van schuldeisers in een ander faillissement.¹⁰¹ Maar in een meer fundamentele herbezinning van de Garantstellingsregeling valt een dergelijke aanpak wel degelijk te overwegen als een alternatief dat het midden houdt tussen de huidige situatie – met het accent op een kosten-batenafweging maar zonder winstoogmerk – en een privatisering c.q. afschaffing van de regeling waarbij de kosten-batenanalyse wordt gemaakt door een commerciële partij met winstoogmerk. En zoals gezegd, komt het inmiddels ook in de praktijk voor dat derden (bepaalde schuldeisers, opkopers van vorderingen) bereid zijn om acties door de curator te financieren tegen betaling van een bepaald percentage van de opbrengst. Uitgaande van de huidige cijfers zou een succesopslag van tussen de tien en twintig procent van de opbrengst de regeling budgettair neutraal doen zijn.

Ten slotte dient bij de herbezinning in ogenschouw te worden genomen dat het systeem van een succesopslag niet louter negatieve consequenties heeft voor curatoren. Die succesopslag versterkt de budgettaire basis van de regeling, waardoor ruimte wordt gecreëerd om de huidige criteria te versoepelen. Een curator die thans bijvoorbeeld nul op het rekest krijgt omdat de kosten van een vordering niet ten minste vier maal ‘worden terugverdiend’ als gevolg van de eis van de redelijke verhouding van 1:4, zal het als een verbetering ervaren dat hij wel een garantie krijgt tegen een bescheiden opslag.

99 Brief van Minister van Justitie inzake evaluatie garantstellingsregeling curatoren van 30 oktober 2000 (just 000743), p. 4.

100 Vgl. tweede aanbeveling ‘Afwikkeling’, Vriesendorp/Verstijlen/Slegers, p. 70.

101 Brief van de Minister van Justitie inzake evaluatie garantstellingsregeling curatoren van 30 oktober 2000 (just 000743), p. 5.

Samenvatting

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 rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/ of 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 (1999)</i>	<i>GSR 1999-2004 (2006)</i>	<i>GSR 2005 (2006)</i>
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 Garantstellingsregeling 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 boedelfaillissement 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 rechtspersonen 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 Garantstellingsregeling

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 garantstelling 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 Aangezien de verwachtingen van het Ministerie van Justitie omtrent de huidige rol en bemoeienis van de rechter-commissaris bij de Garantstellingsregeling te ver van de praktijk van de dag staan, moeten die worden ingeperkt.
- 5 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 Garantstellingsregeling 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.
- 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

overheidswege 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 onrechtmatigedaadsvordering 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 Garantstellingsregeling 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 Garantstellings-regeling 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 overtreding/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 ‘bereidstellings-

provisie' in de Garantstellingsregeling, waarmee de regeling zichzelf financieel kan bedruipen..

LITERATUUR

Lijst van geraadpleegde literatuur

HSI-rapport 2005

R. Knecht e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, 2005.

Luttikhuis 2004

A.P.K. Luttikhuis, 'Begrip "de gezamenlijke schuldeisers" gedateerd', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004-3, p. 84-95.

Recofa Richtlijnen 2005

Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling per 1 januari 2005, *INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren en ReCoFa Richtlijnen 2005*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 17-55.

Van der Meer 2005

J. van der Meer, 'Faillissementsfraude bestrijden kan beter', *Het Financieele Dagblad*, 6 oktober 2005.

Vriesendorp 2002

R.D. Vriesendorp, 'Redesign van de garantstellingsregeling curatoren; vermaken volstaat', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2002-3, p. 157-159.

Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999

R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen & C.W.M. Slegers, *De Garantstellingsregeling curatoren. Rapport van de evaluatie van de werking van de Garantstellingsregeling curatoren in de praktijk*, Tilburg: Schoordijk Instituut, 1999.

Bijlagen

Bijlage 1 Onderzoeksvragen

1. Hoeveel faillissementen zijn er op jaarbasis van 1993 tot en met 2004 uitgesproken? **[Bijlage 2 jo. H3, par. 1]**
 - a. Hoeveel hiervan hadden betrekking op rechtspersonen?
 - b. Hoeveel faillissementen m.b.t. rechtspersonen zijn vernietigd?
2. Hoe vaak is in de periode 1999-2004 per jaar een beroep gedaan op de Garantstellingsregeling? **[H3, par. 1 jo. Bijlage 2]**
 - a. In hoeverre kunnen deze cijfers worden uitgesplitst naar i) een vooronderzoek, ii) een verhaalsonderzoek en iii) het instellen van een rechtsvordering?
 - b. Hoeveel tijd verstreek tussen de aanvraag en de beslissing op de aanvraag?
 - c. Hoe vaak werden de diverse verzoeken gehonoreerd?
 - d. Valt bij afwijzing van het verzoek te achterhalen om welke reden het niet werd gehonoreerd?
 - e. Als gebrek aan verhaal de reden van de afwijzing was, werd de zaak dan doorverwezen naar het OM? Zo ja, hoe vaak?
3. Hoe vaak heeft een gehonoreerd verzoek geleid tot **[Zie H7, par. 2 jo. Bijlage 2]**
 - a. veroordeling en verhaalsneming?
 - b. veroordeling, maar geen verhaalsneming?
 - c. veroordeling en vervolging door OM (wel/niet succesvol)?
 - d. geen veroordeling, maar schikking?
 - e. geen veroordeling en ook geen verhaalsneming?
 - f. geen veroordeling, maar wel vervolging door OM (wel/niet succesvol)?
4. In 1999 kon men niet nagaan voor welk totaal bedrag bij deze veroordelingen in de verschillende boedels is gevloeid. Zijn deze bedragen sedertdien inzichtelijk geworden en zo ja, in hoeverre zijn deze kostendekkend? **[Zie H9, par. 9 jo. H10, par. 9 jo. Bijlage 2]**
5. Hoe lang stonden in de periode 1999-2004 beëindigde garantstellingen open? **[Niet kunnen achterhalen]**
 - a. Hoeveel garantstellingen stonden er uit in januari 1999 en welk bedrag was daarvoor gereserveerd?
 - b. Hoeveel garantstellingen stonden er in januari 2005 uit en welk bedrag was daarvoor gereserveerd?
6. Hoe vaak is de garantstelling aangesproken, en voor welke bedragen? **[Zie H7 jo. Bijlage 2]**
7. In hoeverre dekte de Garantstellingsregeling de daadwerkelijk door de curator gemaakte kosten? **[Zie H7, par. 3]**
8. Valt na te gaan welke strafrechtelijke veroordelingen wegens faillissementsfraude in de periode 1999-2004 betrekking hebben gehad op faillissementen waarin de curator al dan

niet succesvol beroep op de Garantstellingsregeling heeft gedaan? [**Niet kunnen achterhalen**]

M.b.t. actualisering van de aanbevelingen uit 1999

1. Wat is de oorspronkelijke doelstelling van de Garantstellingsregeling en wordt de Garantstellingsregeling thans nog steeds vanuit deze oorspronkelijke opzet toegepast? [**Zie H2 jo. H4, par. 1**]
2. Wat is het verschil tussen het doel van bestrijding van faillissementsfraude in civielrechtelijke en strafrechtelijke zin en met welk doel wordt de regeling toegepast? [**Zie H2 jo. H4**]
3. Welke afwegingen maakt een curator om te komen tot een beroep op de Garantstellingsregeling bij een vermeend fraudegeval? [**Zie H3, par. 1**]
4. Hoe wordt de Garantstellingsregeling door curatoren gewaardeerd: [**Zie H8**]
 - a. duur van de aanvraagprocedure?
 - b. aanvraagprocedure in zijn algemeenheid?
 - c. contact met het Ministerie van Justitie?
 - d. contact met de rechter-commissaris?
 - e. contact met de financiële instelling
 - f. duur van de afwikkeling van de garantstelling
 - g. wijze waarop de garantstelling werd afgewikkeld
 - h. Garantstellingsregeling in haar algemeenheid?
5. Het 'verhaalscriterium' bleek een struikelblok voor een geslaagd beroep op de Garantstellingsregeling. De onderzoekers suggereerden desondanks dit criterium te handhaven.
 - a. In hoeverre verdient deze suggestie nog steeds navolging? [**Zie H10, par. 2 jo. H9, par. 3 jo. H11**]
 - b. Wat zijn de strafrechtelijke mogelijkheden om faillissementsfraude aan te pakken als de curator bij gebrek aan verhaal geen beroep op de Garantstellingsregeling kan doen? [**Zie H2, par. 5**]
6. Hoe staat het met de samenwerking en informatie-uitwisseling tussen de verschillende betrokkenen (curatoren, ministerie van Justitie, OM en RC) als
 - a. het beroep op de regeling niet gehonoreerd wordt wegens gebrek aan verhaal? [**Zie H4, par. 6**]
 - b. het beroep op de regeling gehonoreerd wordt? [**volgens medewerkers MvJ vindt er geen informatie-uitwisseling plaats**]
 - c. Zijn er al ontwikkelingen in de richting van de door de onderzoekers gesuggereerde éénloketgedachte, waarbij alle regelingen waar de curator beroep op kan doen (Garantstellingsregeling, UWV- en Belastingdienstregeling) en verzoeken tot informatie zijn gecentraliseerd? [**H2, par. 3**]
7. De onderzoekers suggereerden dat het soms moeilijk was voor curatoren om verhaalonderzoek te doen, bijv. als er vermogen naar het buitenland was weggesluisd. Zijn deze mogelijkheden sindsdien verbeterd? [**geen zicht op gekregen; aangenomen mag worden dat strengere toets van verhaalbaarheid die mogelijkheden eerder heeft verslechterd dan verbeterd**]

8. De onderzoekers suggereerden enkele inhoudelijke wijzigingen: **[Zie H10-H11]**
 - a. Zou een beroep op de Garantstellingsregeling ook mogelijk moeten zijn voor een vordering van de curator gegrond op onrechtmatige daad in de zin van benadeling van de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers (Peeters/Gatzenvordering)?
 - b. Hoe kan het probleem van de ‘verdamping’ van de 2:138/248-vordering met het einde van het faillissement worden voorkomen als er geen verhaal blijkt te zijn?
 - c. Is het wenselijk om de Staat een regresrecht op de boedel te verschaffen?
9. De procedure wordt wel omslachtig en tijdrovend genoemd. **[Zie H10-H11]**
 - a. Op welke onderdelen kan de procedure in dit opzicht (voor het overige) eenvoudiger worden gemaakt?
 - b. In hoeverre wordt de effectiviteit van de Garantstellingsregeling beïnvloed doordat binnen het Ministerie van Justitie het beleid en de uitvoering van de Garantstellingsregeling bij verschillende afdelingen is ondergebracht?
 - c. Is het Ministerie voldoende geoutilleerd om de regeling adequaat uit te voeren?
 - d. Hoe strikt worden de administratieve verplichtingen voor de curator uit hoofde van de Garantstellingsregeling door het Ministerie van Justitie gecontroleerd en welke invloed heeft dit op het gebruik van de Garantstellingsregeling door curatoren?
 - e. Dient de rol van de rechter-commissaris in de procedure te worden aangepast en zo ja, in welke zin?
 - f. Is het wenselijk en haalbaar om de tussenkomst van de bank te laten vervallen en rechtstreeks aan de curator een garantie te verstekken?
10. Welke wijzigingen zijn per 1 januari 2005 doorgevoerd en
 - a. in hoeverre zijn de daaraan ten grondslag liggende redenen correct? **[Zie H2 jo. H9 jo. H10-H11]**
 - b. hoe verhouden deze wijzigingen zich tot de bestrijding van faillissementsfraude en klantvriendelijkheid van de regeling? **[Zie H2 jo. H9]**

Bijlage 2 Garantstellingsregeling curatoren

De Staatssecretaris van Justitie

Gelet op de artikelen 138, lid 10, en 248, lid 10, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek; Overwegende dat het wenselijk is enige regels te stellen voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken als bedoeld in de hiervoor vermelde wetsbepalingen en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen;

Heeft besloten als volgt:

Artikel 1

Een verzoek als bedoeld in de artikelen 138, lid 10, en 248, lid 10, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt, met gebruikmaking van de als bijlage bij dit besluit behorende vragenlijst, ingediend bij de Staatssecretaris van Justitie, door tussenkomst van de rechter-commissaris die het verzoek van zijn advies voorziet.

Artikel 2

Een verzoek als bedoeld in artikel 1 wordt afgewezen indien:

1. daaruit niet blijkt dat de boedel ontoereikend is voor het instellen van een rechtsvordering of voor het instellen van een voorafgaand onderzoek daartoe, of
2. het niet de gronden bevat waarop het berust, of
3. het geen beredeneerde schatting bevat van de kosten en de omvang van het onderzoek, of
4. het onvoldoende, kennelijk onjuiste of onvolledige gegevens bevat, of
5. daaruit blijkt dat de hoogte van de verzochte garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot de hoogte van het, eventueel na een terzake ingesteld onderzoek, redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de verzoeker kan worden verhaald.

Artikel 3

1. Een voorschot als bedoeld in de artikelen 138, lid 10, en 248, lid 10, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek geschiedt in de vorm van een garantstelling ten behoeve van een door de curator bij een bankinstelling speciaal daartoe te openen rekening-courant.
2. De garantstelling wordt gegeven tot een bedrag, nodig voor het instellen van een rechtsvordering of voor het onderzoek naar de mogelijkheid daartoe. Onder het bedrag is begrepen een vergoeding voor de door de verzoeker aan de zaak te besteden tijd en voor zijn verschotten waaronder de proceskosten waarin hij mogelijk jegens de wederpartij wordt veroordeeld.
3. De vaststelling van de garantstelling geschiedt overeenkomstig de Richtlijn voor de vaststelling van salarissen en verschotten van curatoren in faillissementen en bewindvoerders in (voorlopige) surséances van betaling (welke laatstelijk is gepubliceerd als bijlage bij het Advocatenblad van 28 september 1990 no. 17, althans zoals deze geldt ten tijde van toepassing van de regeling).
4. In verband met de berekening van de garantstelling kunnen nadere gegevens of bewijsstukken van de verzoeker worden verlangd.

Artikel 4

1. Gedurende de looptijd van de garantstelling dient de verzoeker tenminste éénmaal per zes maanden verslag uit te brengen aan de Staatssecretaris van Justitie, door tussenkomst van de rechter-commissaris, omtrent de stand van zaken. Aan de hand van deze periodieke verslaggeving wordt besloten tot al dan niet voortzetting van de garantstelling. Een besluit om tot niet-voortzetting van de garantstelling over te gaan wordt eerst genomen nadat hierover met de rechter-commissaris overleg is gepleegd.
2. Na beëindiging van de werkzaamheden terzake waarvan de garantstelling is verleend, legt de verzoeker zo spoedig mogelijk (financiële) rekening en verantwoording af, welke aan de Staatssecretaris van Justitie ter goedkeuring dient te worden voorgelegd.

Artikel 5

Indien de procedure tot aansprakelijkstelling leidt tot baten voor de boedel dienen deze baten te worden aangewend, alvorens (verder) gebruik te maken van de verleende garantstelling, ter bestrijding van de kosten die voortvloeien uit het voortzetten van de procedure. Indien daarvan geen sprake is of, na voortzetting of beëindiging van de procedure, dient een eventueel overschot aan baten, ter delging van de debetstand op de rekening-courant te worden aangewend.

Artikel 6

1. Afschriften van beschikkingen, genomen op grond van het onderhavige besluit, worden gezonden aan de rechter-commissaris.
2. Beschikkingen, gegevens op grond van dit besluit, geschieden in de vorm van een brief waarin de gronden zijn opgenomen en waarin melding wordt gemaakt van de wijze en de termijn waarbinnen tegen de beschikking bezwaar kan worden gemaakt.

Artikel 7

1. Deze regeling wordt aangehaald als: de Garantstellingsregeling curatoren.
2. Deze regeling zal worden gepubliceerd in de Staatscourant en treedt in werking met ingang van de vijfde dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin zij wordt geplaatst.

De Staatssecretaris van Justitie,
A. Kosto

Bijlage 3 Garantstellingsregeling curatoren 2005

De Minister van Justitie,

Gelet op de artikelen 138, lid 10 en 248, lid 10, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat het wenselijk is regels te stellen voor de beoordeling van de gegrondheid van aanvragen als bedoeld in de hiervoor vermelde wetsbepalingen en de grenzen waarbinnen zodanige aanvragen kunnen worden toegewezen;

Besluit:

De Regeling van de Staatssecretaris van Justitie ter beoordeling van verzoeken om toekenning van een garantstelling als bedoeld in de hiervoor vermelde wetsbepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (Inw. tr. 26 april 1993, Stcrt. 1993, 76) in te trekken en nieuwe regels te stellen voor de gegrondheid van dergelijke aanvragen en de grenzen waarbinnen zodanige aanvragen kunnen worden toegewezen, welke als volgt luiden:

Artikel 1. Aanvraag

Een aanvraag, als bedoeld in de artikelen 138, lid 10 en 248, lid 10, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 43, lid 6, van de Faillissementswet wordt, met gebruikmaking van de als bijlage A bij dit besluit behorende vragenlijst en vergezeld van een schriftelijk gemotiveerde goedkeuring van de rechter-commissaris ingediend bij de Minister van Justitie.

Artikel 2. Algemeen

1. Een voorschot als bedoeld in de artikelen 138, lid 10 en 248, lid 10, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 43, lid 6, van de Faillissementswet geschiedt in de vorm van een garantstelling ten behoeve van een door de aanvrager bij een door de Minister van Justitie aangewezen instelling speciaal daartoe te openen rekening-courant.
2. De garantstelling kan worden afgegeven ten behoeve van het instellen van een verhaalsonderzoek, vooronderzoek of het instellen van een rechtsvordering op basis van de artikelen 9, 138 en 248 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 43, lid 6, van de Faillissementswet.
3. Onder het bedrag van de garantstelling is begrepen een vergoeding voor de door de aanvrager aan de zaak te besteden tijd en voor zijn verschotten, waaronder de proceskosten waarin hij mogelijk jegens de wederpartij wordt veroordeeld.
4. Geen vergoeding wordt verleend voor kosten die op het tijdstip van de beslissing op de aanvraag reeds zijn gemaakt.
5. De vaststelling van de hoogte van de garantstelling geschiedt overeenkomstig de systematiek van de Richtlijn voor de vaststelling van salarissen en verschotten van curatoren in faillissementen en bewindvoerders in (voorlopige) surséances van betaling.
6. In verband met de berekening van de hoogte van de garantstelling kunnen nadere gegevens of bewijsstukken van de aanvrager worden verlangd.
7. Indien een garantie wordt gegeven om een procedure te voeren dan dienen de te maken kosten rechtstreeks betrekking te hebben op de te voeren procedure.
8. Afschriften van beschikkingen, genomen met toepassing van deze regeling, worden gezonden aan de rechter-commissaris.
9. Indien de boedel baten verwerft, dan dienen deze baten eerst te worden aangewend ter dekking van de reeds gemaakte kosten en ter bestrijding van de kosten die voortvloeien

uit het voortzetten van de procedure, alvorens (verder) gebruik te maken van de verleende garantstelling.

Artikel 3. Afwijzing

Een aanvraag als bedoeld in artikel 1 wordt afgewezen indien:

- a. daaruit niet blijkt dat de boedel ontoereikend is voor het instellen van een verhaalsonderzoek, rechtsvordering of voor het instellen van een voorafgaand vooronderzoek daartoe, of
- b. het niet de gronden bevat waarop het berust, of
- c. het geen beredeneerde schatting bevat van de kosten en de omvang van een in te stellen verhaalsonderzoek, een in te stellen rechtsvordering of vooronderzoek aansprakelijkheidsstelling, of
- d. het niet de schriftelijke gemotiveerde goedkeuring van de rechter-commissaris bevat, of
- e. daaruit blijkt dat de hoogte van de verzochte garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot de hoogte van het, eventueel na een door de aanvrager terzake ingesteld verhaals- en/of vooronderzoek, redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de aanvrager kan worden verhaald.

Artikel 4. Rapportage

1. Gedurende de looptijd van de garantstelling dient de aanvrager tenminste éénmaal per zes maanden verslag uit te brengen aan de Minister van Justitie en de rechter-commissaris omtrent de stand van zaken. Aan de hand van de periodieke verslagen wordt besloten tot al dan niet voortzetting van de garantstelling.
2. Het niet voldoen aan de rapportageplicht heeft tot gevolg dat de garantie niet wordt voortgezet.
3. Indien op grond van het tweede lid van dit artikel wordt besloten tot niet-voortzetting, is de curator verantwoordelijk voor aanzuivering van het tekort op de rekening-courant.
4. Een besluit om tot niet-voortzetting van de garantstelling over te gaan wordt eerst genomen nadat de rechter-commissaris hierover schriftelijk is geraadpleegd.

Artikel 5. Verlenging

1. De garantie wordt verleend voor de duur van ten hoogste één jaar en kan na een daartoe strekkende aanvraag steeds met ten hoogste eenzelfde periode worden verlengd, mits wordt voldaan aan het gestelde in artikel 3 onder e.
2. De verlenging dient uiterlijk vier weken voor het verstrijken van de geldigheidsduur door de aanvrager te worden aangevraagd. Het niet tijdig aanvragen heeft tot gevolg dat de garantie niet wordt voortgezet.
3. Indien op grond van het tweede lid van dit artikel wordt besloten tot niet-voortzetting, is de curator verantwoordelijk voor aanzuivering van het tekort op de rekening-courant.
4. Een besluit om tot niet-voortzetting van de garantstelling over te gaan wordt eerst genomen nadat de rechter-commissaris hierover schriftelijk is geraadpleegd.

Artikel 6. Verhoging

1. Indien uit het in te stellen verhaalsonderzoek, zoals bedoeld in artikel 2, lid 2, blijkt dat er sprake is van een redelijke verhouding, zoals bedoeld in artikel 3 onder e, dan kan op aanvraag een verhoging van de verleende garantstelling worden verstrekt ten behoeve van het instellen van een rechtsvordering.
2. De garantie wordt niet verhoogd tenzij is voldaan aan het gestelde in artikel 2.

Artikel 7. Beëindiging

1. De garantstelling eindigt:
 - a. indien baten ten goede van de boedel komen die gelijk of hoger zijn dan het bedrag van de verleende garantstelling. In dat geval dient de aanvrager de Minister van Justitie daarvan binnen twee weken in kennis te stellen, of;
 - b. indien het faillissement is opgeheven wegens gebrek aan baten en de aanvrager niet heeft voldaan aan het gestelde in artikel 8.
2. Indien niet is voldaan aan het gestelde in artikel 7, lid 1, onder a of b is de curator verantwoordelijk voor aanzuivering van het tekort op de rekening-courant.
3. Een besluit om tot terugvordering van gelden over te gaan wordt eerst genomen nadat de rechter-commissaris hierover schriftelijk is geraadpleegd.

Artikel 8. Rekening en Verantwoording

1. Na beëindiging van de werkzaamheden terzake waarvan de garantstelling is verleend, legt de aanvrager uiterlijk binnen vier weken rekening en verantwoording af met gebruikmaking van het als bijlage bij dit besluit behorend model (Bijlage B), dat aan de Minister van Justitie ter goedkeuring dient te worden voorgelegd.
2. Indien de curator, aan wie een garantstelling is verleend, in het faillissement wordt opgevolgd door een andere curator, dan dient er eerst rekening en verantwoording te worden afgelegd als bedoeld in het eerste lid van dit artikel alvorens de opvolgend curator verder gebruik kan maken van de reeds verleende garantstelling.
3. Na beëindiging van de procedure dienen alle gerealiseerde baten die niet zijn aangewend zoals omschreven in artikel 2, lid 9, te worden gebruikt ter vereffening van de debetstand op de rekening-courant.

Artikel 9. Naam

Deze regeling wordt aangehaald als: Garantstellingsregeling curatoren 2005.

Deze regeling zal worden gepubliceerd in de Staatscourant en treedt in werking met ingang van de vijfde dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin zij wordt geplaatst.¹⁰²

De Minister van Justitie,
J.P.H. Donner

[Bijlage A: Vragenlijst Garantstellingsregeling curatoren]

Met het oog op uw aanvraag om een voorschot als bedoeld in de artikelen 138, lid 10 en 248, lid 10, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 43, lid 6, van de Faillissementswet wordt u verzocht alle hieronderstaande vragen volledig te beantwoorden. Het niet volledig beantwoorden van de vragen leidt tot vertraging in de afhandeling.

1. Indien het een vereniging, stichting of naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon betreft: is de rechtspersoon onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting? *ja/nee*. (Indien 'nee', dan kan geen beroep worden gedaan op de Garantstellingsregeling.)
2. Naam, plaats van statutaire vestiging en adres van de rechtspersoon?

102 Stert. 3 januari 2005, nr. 3, p. 10.

3. Datum waarop het faillissement is uitgesproken?
4. In hoeverre bevat de boedel nog middelen?
5. Hoeveel uren heeft u tot op heden in dit faillissement besteed?
6. Hoogte van de schulden aan concurrente crediteuren?
7. Hoogte van de schulden aan de preferente crediteuren?
8. Welke (rechts)personen wilt u gaan aanspreken? (namen, adressen en vestigingsplaatsen en eventuele geboortedata- en plaatsen en functies vermelden).
9. Geef een korte omschrijving van de gronden (feiten) waarop aansprakelijkstelling van deze (rechts)personen zou kunnen geschieden.
10. Is nader onderzoek vereist om deze gronden (feiten) te kunnen vaststellen? *ja/nee* (Indien 'ja', wat zal het onderzoek gaan inhouden?)
11. Heeft uw aanvraag betrekking op:
 - a. Het doen van een vooronderzoek naar verhaalsmogelijkheden? *ja/nee*.
 - b. Indien 'ja', wat zijn dan de kosten verbonden aan een verhaalsonderzoek? Tevens wordt u gewezen op de mogelijkheid om via de Belastingdienst gratis verhaalsinformatie te verkrijgen.
 - c. Indien 'nee', geef een korte omschrijving van de vermogensbestanddelen van de (rechts)personen waarop verhaal kan worden genomen, met aanduiding van de (vermoedelijke) concrete waarde hiervan.
12. Heeft uw aanvraag betrekking op het doen van een vooronderzoek aansprakelijkheidsstelling op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur door personen die het beleid bepaald, dan wel medebepaald hebben? *ja/nee* (Indien 'ja', wat zijn dan de kosten verbonden aan een dergelijk vooronderzoek en wat zal het voorgenomen vooronderzoek gaan inhouden?)
13. Heeft uw aanvraag betrekking op het voeren van een procedure om de personen die het beleid bepaald dan wel medebepaald hebben aansprakelijk te stellen op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur? *ja/nee* (Indien 'ja', dan kan uitsluitend een garantstelling worden verleend indien de resultaten van de vooronderzoeken daartoe aanleiding geven)
14. Heeft uw aanvraag betrekking op een faillissementspauliana? *ja/nee* (Indien 'ja', geef een korte beschrijving van de feiten en omstandigheden waaronder de paulianeuze handeling is verricht)
15. Welke personen of rechtspersonen zijn betrokken bij de paulianeuze handeling? (namen, adressen en vestigingsplaatsen en eventuele geboortedata- en plaatsen en functies vermelden).
16. Is voor het vaststellen van de pauliana nog nader onderzoek nodig? *ja/nee* (Indien 'ja', wat zal het onderzoek gaan inhouden?)
17. Is er op de goederen die door de paulianeuze handeling aan het vermogen van de failliet zijn onttrokken reeds beslag gelegd? *ja/nee**
18. Is er reeds beslag op vermogensbestanddelen gelegd? *ja/nee* (Indien 'ja', tot welk bedrag?)
19. Hebt u al een begin gemaakt met de procedure? *ja/nee* (Indien 'ja', welke stappen heeft u reeds ondernomen? Stuur alle hierop betrekking hebbende stukken mee)

Bijlagen

20. Kunt u middels het bijgaande formulier 'specificatie te verwachten kosten' het bedrag danwel de bedragen zoals bij de vragen 10 t/m 12 aangegeven nader toelichten door een schatting te geven van de door u te besteden uren, de verschotten en eventuele andere kosten?

21. Wat is de vermoedelijke tijdsduur die met het onderzoek en/of de aansprakelijkstelling gemoeid zal zijn?

22. Heeft u aan de gegeven antwoorden nog iets toe te voegen dat van belang kan zijn voor de beoordeling van uw aanvraag?

Advies van de rechter-commissaris

Ondergetekende adviseert de Minister van Justitie de gevraagde garantstelling wel/niet* te verlenen, omdat [...]

Naam:

Plaats:

Kenmerk r-c:

Datum:

Handtekening:

Bijlage 4 Tabellen en grafieken4.1 *Uitgesproken faillissementen (van rechtspersonen) 1993-2005 en verzochte/toegekende garantstellingen 1999-2005 (absoluut en relatief)*

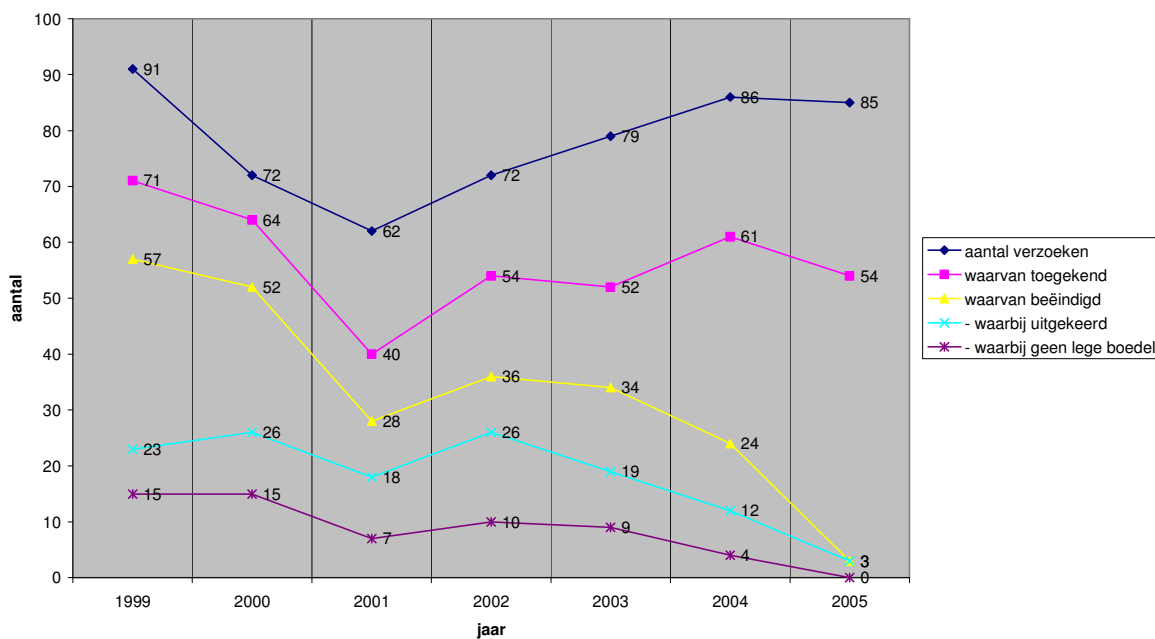
<i>jaartal</i>		1993	1994	1995	1996	1997	1998	totaal
aantal uitgesproken faillissementen		6428	6464	5847	5577	5547	5031	34894
aantal gefailleerde rechtspersonen		5512	5333	4783	4534	4409	4015	28586
<i>jaartal</i>	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	
aantal uitgesproken faillissementen	3840	4498	5834	6771	8748	9349	10073	49113
aantal gefailleerde rechtspersonen	3238	3579	4330	4963	6368	6648	6780	35906
<i>aantal garantstellingsverzoeken</i>	91	72	61	70	79	86	75	534
% op totaal aantal faillissementen	2.35	1.6	1.05	1.05	0.9	0.9	0.75	1.1
% op aantal gefailleerde rechtspersonen	2.8	2	1.4	1.4	1.25	1.3	1.1	1.5
<i>toegewezen garantstellingen</i>	71	64	40	54	52	61	54	396
% op totaal aantal faillissementen	1.85	1.4	0.7	0.8	0.6	0.65	0.55	0.8
% op aantal gefailleerde rechtspersonen	2.2	1.8	0.95	1.1	0.8	0.9	0.8	1.1

4.2 *Verzoeken, toekenningen, beëindigingen, uitkeringen*

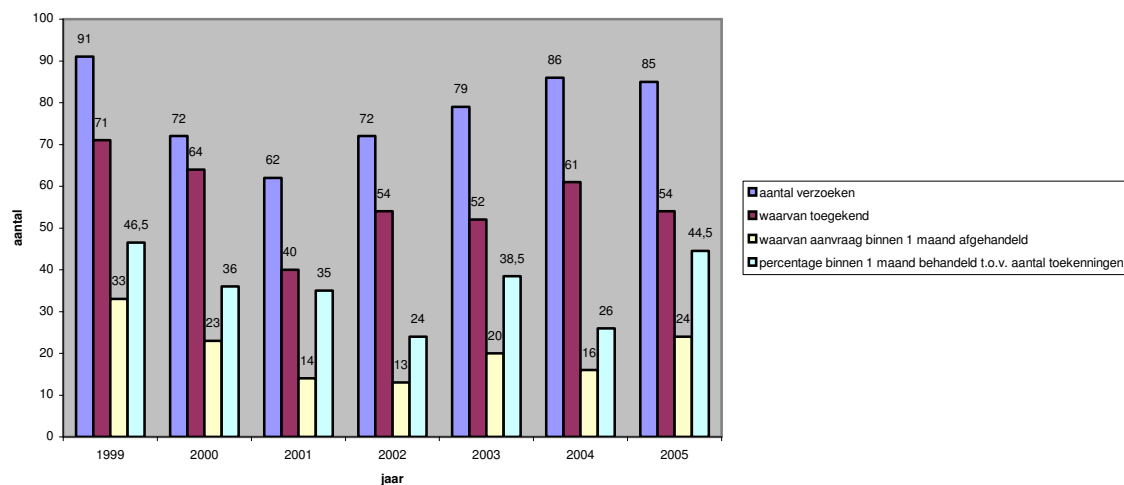
	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	totaal
aantal verzoeken	91	72	62	72	79	86	85	547
waarvan toegekend	71	64	40	54	52	61	54	396
<i>percentage</i>	78	89	66	75	66	71	64	
waarvan beëindigd	57	52	28	36	34	24	3	234
- waarbij uitgekeerd	23	26	18	26	19	12	3	127
<i>percentage</i>	40	50	64	72	56	50	100	
- waarbij geen lege boedel	15	15	7	10	9	4	0	60
<i>percentage</i>	26	29	25	28	26	17	0	
- staat van boedel onbekend	19	11	3	0	6	8	0	47
per 1-1-2006 nog niet beëindigd	14	12	12	18	18	37	51	162
tussentijds uitgekeerd	2	0	1	1	0	2	2	8

4.3 Grafieken

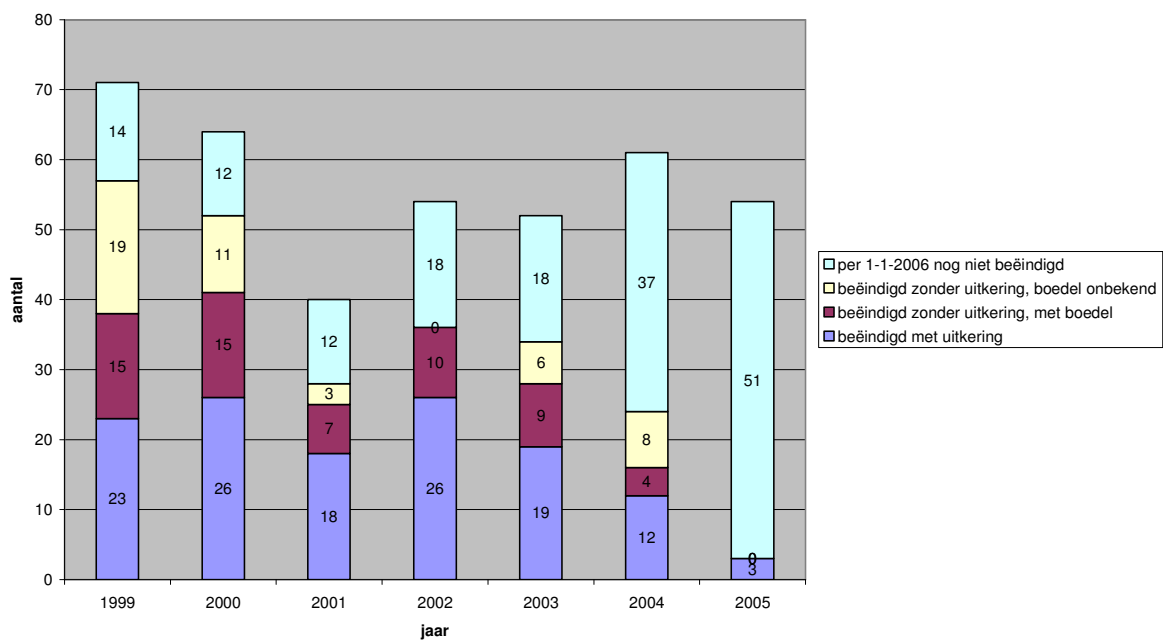
Garantstellingen 1999-2005



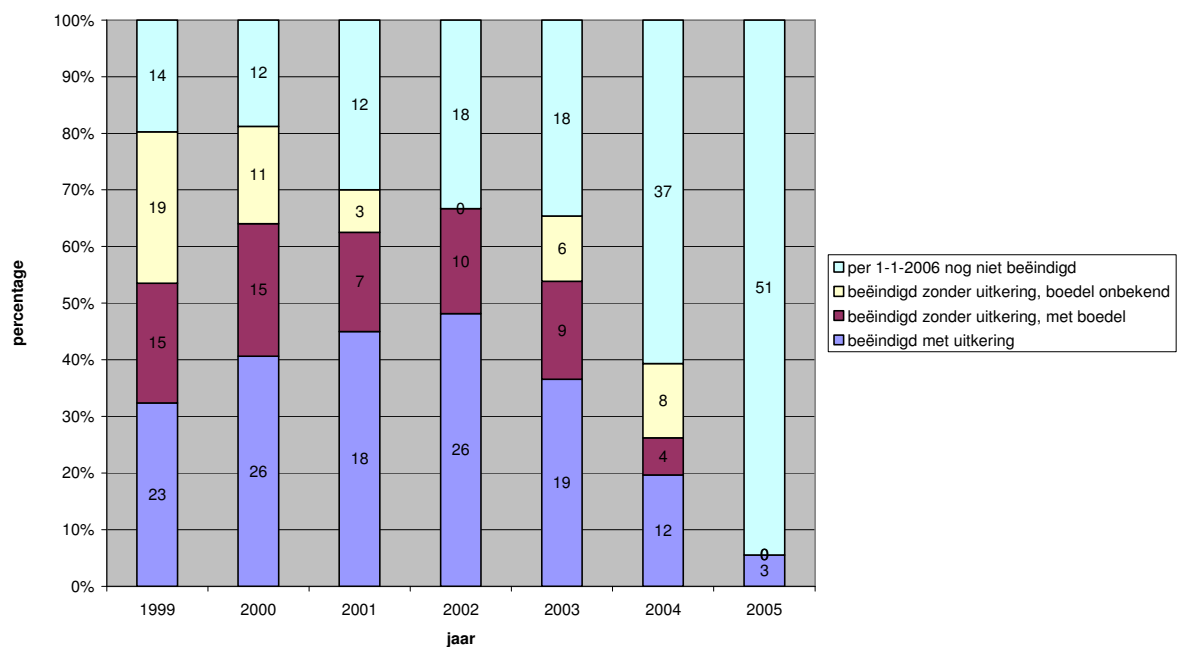
toegekende verzoeken en behandelingsduur



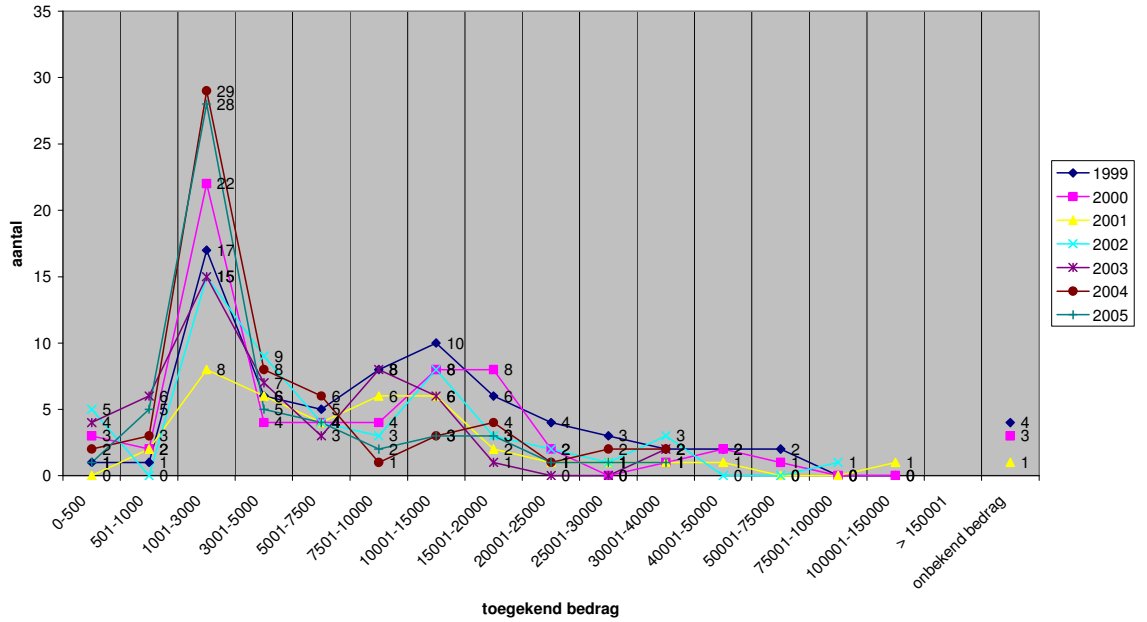
status toegekende verzoeken 1999-2005 per 1-1-2006



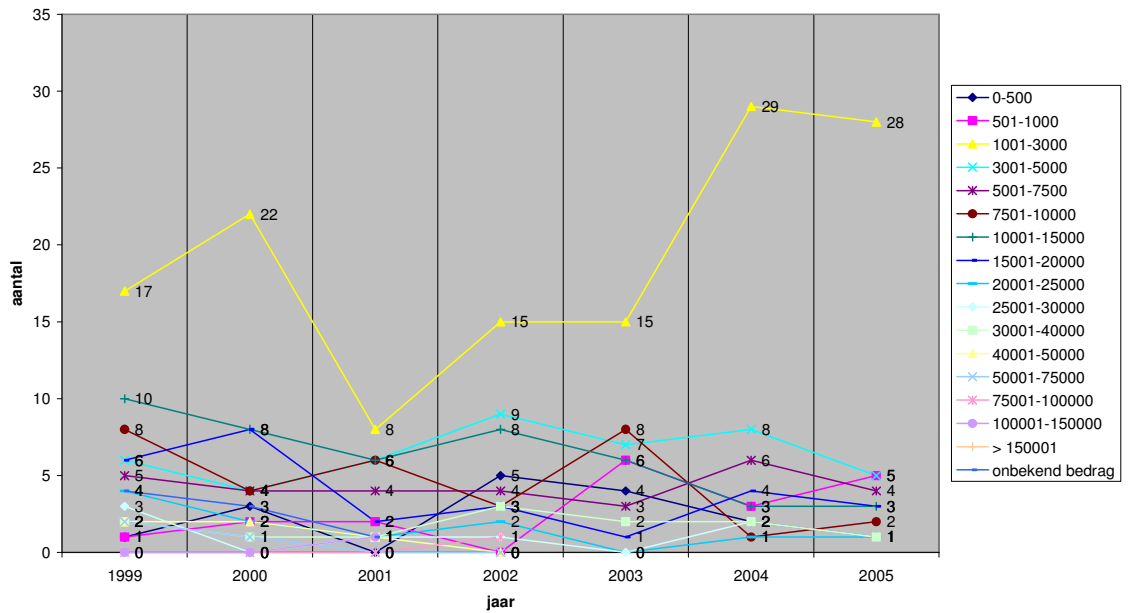
status toegekende verzoeken 1999-2005 per 1-1-2006 (%)



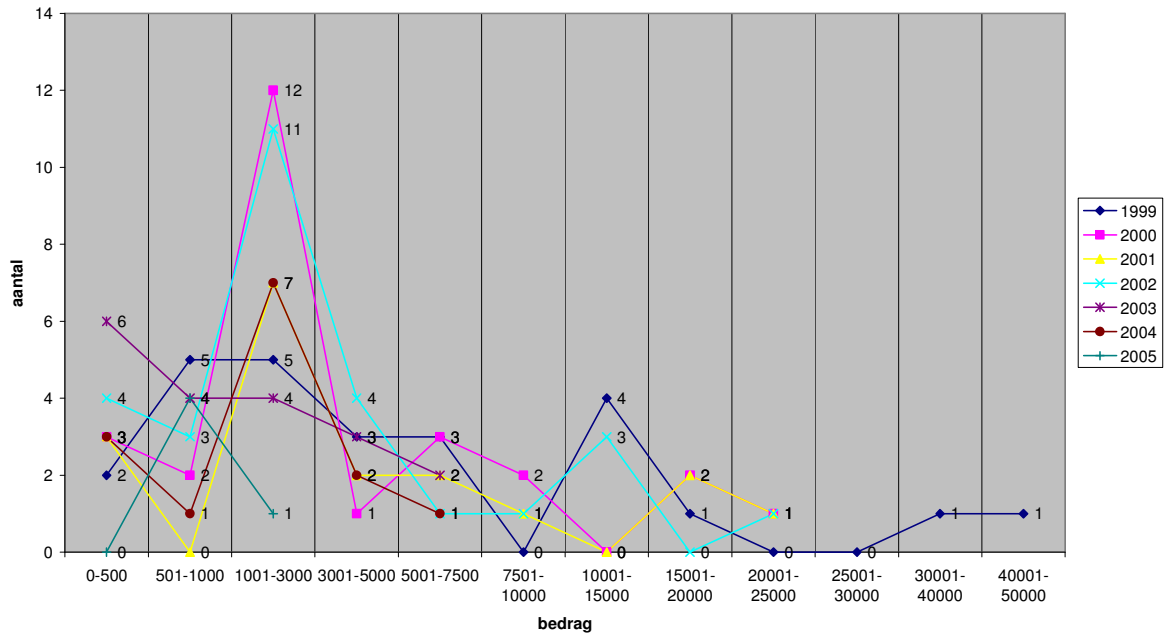
Toegekende garantstellingen per jaar



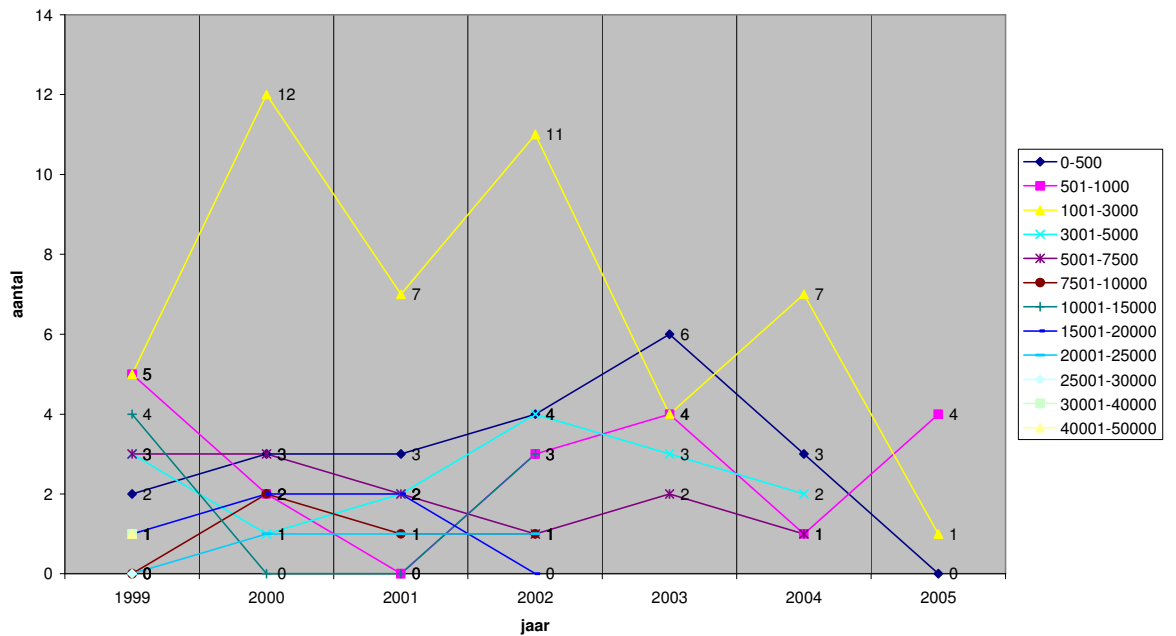
toegekende garantstellingen per jaar



uitgekeerde garantstellingen per bedrag



uitgekeerde garantstellingen per jaar



(toegekende/afgewezen) verzoeken per jaar

