

DE GARANTSTELLINGSREGELING CURATOREN

Rapport van de evaluatie van de werking van de
Garantstellingsregeling curatoren in de praktijk

R.D. Vriesendorp
F.M.J. Verstijlen
C.W.M. Slegers

Januari 1999

Katholieke Universiteit Brabant

Schoordijk Instituut

Center for Company Law
Tilburgse Onderzoeksgroep Goederen- en Insolventierecht

ISBN 90-76115-13-3

© Ministerie van Justitie; alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het Ministerie van Justitie, WODC (Postbus 20301, 2500 EH 's-Gravenhage).

Woord vooraf

In dit rapport wordt verslag gedaan van de resultaten en bevindingen van een onderzoek dat werd uitgevoerd in het kader van de evaluatie van de Garantstellingsregeling curatoren (Stcrt. 1993, 76 d.d. 21 april 1993). Voorts worden enige aanbevelingen ter zake gepresenteerd.

Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Justitie namens het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum ("WODC") door de Tilburgse Onderzoeksgroep Goederen- en Insolventierecht ("TOGI"), behorende tot het Center for Company Law van het Schoordijk Instituut van de Katholieke Universiteit Brabant.

Het onderzoek is begeleid door een commissie onder voorzitterschap van prof. mr H.J. de Kluiver, met als leden drs O. Etman, mr P.J. de Groot, mr J. Lely en de heer J.P. van Wijk van het Ministerie van Justitie, mr J.C. van Apeldoorn namens de Vereniging Insolventierecht Advocaten "Insolad", mr J.W. Bijvanck namens de Faillissementscommissie van de Nederlandse Orde van Advocaten en mr P.J.J. Vonk namens de werkgroep rechters-commissarissen in faillissementen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak "Recofa". De commissie wordt dank gezegd voor de kritische, maar bovenal 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 het rapport.

Tilburg, januari 1999

Prof. mr R.D. Vriesendorp
mr F.M.J. Verstijlen
mr C.W.M. Slegers

Inhoudsopgave

DEEL I - ALGEMEEN

HOOFDSTUK 1

Inleiding en verantwoording van de onderzoeksopzet

1	Inleiding	3
2	Onderzoeksvragen	3
3	Opzet van het onderzoek	4
4	Indeling van het rapport	7

HOOFDSTUK 2

De Garantstellingsregeling

1	Inleiding	8
2	De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement	8
3	De wetsgeschiedenis van de Garantstellingsregeling	9
4	Het doel en de strekking van de Garantstellingsregeling	11
5	(Regres)vordering Staat op de boedel	13

HOOFDSTUK 3

Verwante regelingen

1	Inleiding	14
2	De proceskostengarantie van de fiscus	14
3	De proceskostengarantie van het Lisv	15
4	Verhaalsinformatie van de fiscus	15
5	Vennoot '98	16

DEEL II - DE GARANTSTELLINGSREGELING IN DE PRAKTIJK

HOOFDSTUK 4

Aanvraagprocedure

1	De bekendheid van de Garantstellingsregeling	19
2	De beslissingstermijn	19
3	De vragenlijst	20
4	De contacten met het Ministerie van Justitie	20
5	De rol van de rechter-commissaris bij de aanvraag	21

HOOFDSTUK 5

Beslissingsfase

1	De toetsingscriteria	22
2	De rol van de rechter-commissaris	23
3	De beslissing	23
4	Bezwaar en beroep	24

HOOFDSTUK 6

Voortgang en controle

1	De rol van de bank	25
2	De periodieke rapportage	25
3	Verlenging en verhoging	26

HOOFDSTUK 7

Afwikkeling

1	De (financiële) rekening en verantwoording	27
2	De afwikkeling van de garantstelling tussen het Ministerie van Justitie en de bank	27
	2.1 De garantstelling behoeft niet te worden aangesproken	27
	2.2 De garantstelling moet worden aangesproken	28
3	De kostendekkendheid van de garantstelling	28

HOOFDSTUK 8

Resultaten

1	Inleiding	29
2	Totaal aantal ingediende verzoeken	29
3	Beëindigde garantstellingen	29
	3.1 Totaal aantal beëindigde garantstellingen	29
	3.2 Garantstellingen succesvol	30
	3.3 Garantstellingen aangesproken	30
	3.4 Verhouding succesvolle/niet-succesvolle garantstellingen	31
4	Uitstaande garantstellingen	31
5	Geen verhaal, wel veroordeling	31

DEEL III - EVALUATIE EN AANBEVELINGEN

HOOFDSTUK 9

De effectiviteit van de Garantstellingsregeling

1	Inleiding	35
2	Randvoorwaarden	35
	2.1 De bekendheid van de regeling	35
	2.2 Procedurele aspecten	36
3	Resultaten voor de boedel	36
4	Fraudebestrijding	37
5	Preventieve werking	37
6	Neveneffecten	38

HOOFDSTUK 10

De beheersbaarheid van de Garantstellingsregeling

1	Inleiding	40
2	De (ver)haalbaarheidstoets	40
3	De maximering van de omvang van de garantstellingen	42

HOOFDSTUK 11

Mogelijke wijzigingen

1	Inleiding	45
2	Het verhaalscriterium	46
3	De rol van het Openbaar Ministerie als sluitstuk van de Garantstellingsregeling	46
4	De vordering ex art. 2:138 BW na het faillissement	48
	4.1 Inleiding	48
	4.2 Vordering in te stellen door andere instantie	48
	4.3 Overdracht van de vordering ex art. 2:138 BW	49
5	De onrechtmatige-daadvordering van de curator wegens de benadeling in de verhaalsmogelijkheden	50
6	Beperking van de omvang van afzonderlijke garantstellingen	51
7	Beperking totale omvang garantstellingen	52
8	Beperking garantstellingen tot gevallen dat een deel van de opbrengst aan de concurrente schuldeisers ten goede komt	52
9	De "één loket-gedachte" en omslag van de kosten over het Ministerie van Justitie, het Ministerie van Financiën en het Lisv	54
10	Betere uitvoering van de (ver)haalbaarheidstoets	56

11	Verlaging kosten verbonden aan de garantstelling	57
	11.1 Tussenkost van de bank uitschakelen	57
	11.2 Terstond aflossen van de debetstand en schaalvergroting	57
	11.3 Verlaging tarieven curatoren	58
	11.4 Uitsluiting dekking voor proceskosten wederpartij	59
12	Negatieve boedel en zekerheid ten behoeve van het Ministerie van Justitie	60
13	Succesopslag	61

HOOFDSTUK 12

Conclusies

1	Algemeen	63
2	Aanvraagprocedure	63
3	Beheersbaarheid	64
4	Afwikkeling	66
5	Slotconclusie	66

HOOFDSTUK 13

Aanbevelingen	68
----------------------	----

BIJLAGEN

I	De garantstellingsregeling van het Ministerie van Justitie	73
II	De proceskostengarantie van het Ministerie van Financiën	77
III	De proceskostengarantie van het Lisv	79
IV	Cijfermatig overzicht	81

Deel I

Algemeen

Inleiding en verantwoording van de onderzoeksofzet

1 Inleiding

Op 26 april 1993 is het Besluit Garantstellingsregeling curatoren ("Garantstellingsregeling") in werking getreden. Dit besluit is een uitvloeisel van evaluaties in 1989 en 1991 van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid ("WBA") en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in Faillissement ("WBF").¹ Het vormt een uitwerking van de in art. 2:138 lid 10 BW genoemde mogelijkheid de curator van overheidswege onder bepaalde omstandigheden een voorschot te verlenen ter bestrijding van de kosten van (onderzoek naar) het instellen van een rechtsvordering ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid. De regeling kan ook worden ingeroepen voor de faillissementspauliana (art. 43 lid 6 Fw) en een actie ex art. 2:9 BW.²

Door de verantwoordelijke bewindspersoon is destijds bepaald dat te zijner tijd een evaluatie naar de ervaringen met de Garantstellingsregeling zou plaatsvinden.³ Na ruim vijf jaren werd de tijd rijp geacht voor een evaluatie.

2 Onderzoeksvragen

Overeenkomstig de opdracht van het Ministerie van Justitie richt het onderzoek zich op de volgende vragen:

Algemeen

- i. Welke doelstellingen liggen aan de Garantstellingsregeling ten grondslag?
- ii. In hoeverre worden deze doelstellingen in de praktijk gerealiseerd?
- iii. Welke neveneffecten heeft de Garantstellingsregeling?
- iv. Hoe verhoudt de Garantstellingsregeling zich tot andere (financiële) regelingen van de overheid waarop curatoren een beroep kunnen doen?

1 C. Cozijn, Twee jaar bestuurdersaansprakelijkheid volgens de WBA en de WBF, verslag van een verkennend onderzoek, WODC 1989, hierna aan te halen als "Cozijn (1989)"; C. Cozijn, Aansprakelijkheid op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement, WODC 1991, hierna aan te halen als "Cozijn (1991)".

2 Voorts is een beroep op de Garantstellingsregeling 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. In het vervolg van dit rapport zal worden volstaan met een verwijzing naar het art. 2:138 BW.

3 Aldus de Staatssecretaris van Justitie in de toelichting op de Garantstellingsregeling faillissementscuratoren, Stort. 1993, 76 d.d. 21 april 1993.

Aanvraagprocedure

- i. Welke criteria worden gehanteerd bij de beoordeling van garantstellingsverzoeken; in hoeverre behoeven die criteria aanpassing/wijziging?
- ii. In hoeverre is de aanvraagprocedure voor een garantstelling adequaat vanuit procedureel opzicht; is verandering wenselijk?
- iii. Voldoet de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de aanvraagprocedure?

Beheersbaarheid

- i. In hoeverre is het mogelijk bij de aanvraag een adequate inschatting te maken van de kosten?
- ii. Hoe functioneert de controle op de uitgaven onder een verleende garantstelling?
- iii. Welke mogelijkheden (materieel dan wel procedureel) bestaan er om de kosten van een verleende garantstelling beheersbaar te houden?

Afwikkeling

- i. In hoeverre voldoet de voorgeschreven wijze van uitvoering met behulp van de tussenkomst van een door de overheid gegarandeerd rekening-courantkrediet bij een bank aan de behoeften in de praktijk?
- ii. Welke rol vervult de rechter-commissaris bij de afwikkeling; in hoeverre is diens betrokkenheid bij de Garantstellingsregeling noodzakelijk of wenselijk?
- iii. In hoeverre voldoet de Garantstellingsregeling aan de behoeften in de praktijk? Op welke punten is verbetering wenselijk en mogelijk?

3 Opzet van het onderzoek

Bij dit evaluatieonderzoek zijn vier onderzoeksmethoden gehanteerd: literatuuronderzoek, dossieronderzoek, een schriftelijke enquête onder curatoren en rechters-commissarissen en interviews. Gezien het relatief korte tijdsbestek waarbinnen het onderzoek moest worden voltooid, is het onderzoek qua omvang en opzet beperkt te noemen. Desalniettemin heeft de gekozen onderzoeksofzet een redelijk duidelijk beeld opgeleverd van de werking van de Garantstellingsregeling in de praktijk en van de bij de betrokkenen als problematisch ervaren aspecten.

Het literatuuronderzoek heeft zich vooral gericht op de voorgeschiedenis van de Garantstellingsregeling en de destijds gevoerde discussies, alsmede op de eerdere evaluaties van de WBF in 1989 en 1991. Dit onderzoek diende ertoe om inzicht te krijgen in de doelstellingen die met de Garantstellingsregeling werden nagestreefd en in de verhouding tussen het stelsel van de Faillissementswet, de WBF en andere (financiële) overheidsregelingen ter bestrijding van misbruik en fraude.

Het dossieronderzoek vond plaats op het Ministerie van Justitie en richtte zich op de ongeveer 550 dossiers die zich bevinden bij de afdeling Handhaving Integriteit Bedrijfsleven van het Directoraat-Generaal Preventie, Jeugd en Sancties, dat zich bezighoudt met de uitvoering van de Garantstellingsregeling.⁴ Een aantal dossiers is steekproefsgewijs uitgekozen en vervolgens onderworpen aan een beschouwing en analyse, waarbij de hierboven geformuleerde onderzoeksvragen als uitgangspunt hebben gediend. Op deze wijze is elk vijftigste dossier gezien. Vervolgens is een aantal dossiers onderzocht, waarin het verzoek om een garantstelling definitief is afgewezen of de verzoeker zijn pogingen heeft gestaakt. Een keuze uit deze categorie zaken met mogelijke knelpunten op het procedurele vlak geschiedde aselekt. Deze selectiemethode was mogelijk, omdat het Ministerie van Justitie beschikt over een database waarin alle verzoeken (inclusief eventuele verhogingen)⁵ zijn opgenomen en waaruit de status van de garantstelling op het moment van raadpleging van de database kenbaar is. Deze database maakte het eveneens mogelijk om enerzijds de zaken met de laagste en anderzijds de zaken met de hoogste garantstellingsbedragen te bezien. Voorts is een aantal zaken onderzocht op instigatie van de direct betrokken medewerkers van het Ministerie van Justitie. Aan hen is gevraagd ons dossiers voor te leggen die in hun optiek het predikaat "bijzonder lastig" verdienen, alsmede enkele zaken die als "eenvoudig" werden bestempeld. In totaal zijn aldus ongeveer 60 dossiers aan een grondige beschouwing en analyse onderworpen. Over de meeste van deze zaken is gesproken met de betreffende medewerkers van de afdeling Handhaving Integriteit Bedrijfsleven. Het concept-evaluatierapport is ten slotte op onderdelen getoetst door een tweede steekproefsgewijs onderzoek van tien dossiers.

Bij de schriftelijke enquête onder curatoren en rechters-commissarissen ging het niet zozeer om het geven van een representatief beeld, maar veeleer om het inventariseren van de ervaringen uit de praktijk. De respons was behoorlijk. Het enquêteformulier is toegezonden aan de ongeveer 450 (aspirant-)leden van "Insolad", de specialisatievereniging van insolventierechtadvocaten; de uiteindelijke respons van deze groep was ongeveer 45%. Daarnaast is een aantal curatoren/niet-Insolad leden benaderd. Mede omdat de curatorenlijsten moeilijk toegankelijk zijn – slechts enkele rechtbanken waren bereid of in staat deze lijsten beschikbaar te stellen – is deze tweede enquête beperkt gebleven tot de (niet-Insolad) curatoren in een groot arrondissement ('s-Gravenhage; ongeveer 300 curatoren) en in een klein arrondisse-

4 Hierbij dient te worden aangetekend dat deze dossiers (met name) in de begintijd van (de voorloper van) de Garantstellingsregeling geenszins compleet zijn. Zo dateren slechts één dossier uit het jaar 1987 en vier dossiers uit het jaar 1988. Gebleken is dat de verzoeken uit de beginperiode van de Garantstellingsregeling niet in de database van het Ministerie van Justitie zijn opgenomen.

5 Hoewel de Garantstellingsregeling deze mogelijkheid niet uitdrukkelijk noemt, heeft zich in de loop der tijd een praktijk gevormd waarbij het mogelijk is om een verhoging van de garantstelling te verkrijgen; een verzoek om verhoging wordt door het Ministerie van Justitie aan de (in dat stadium) relevante criteria getoetst en onder het oorspronkelijke dossiernummer geregistreerd.

ment (Almelo, ongeveer 90 curatoren). De respons op deze tweede enquête was met 25% beduidend lager. Een telefonisch non-respons-onderzoek wees evenwel uit dat deze lagere respons niet voortvloeyde uit een andere waardering van de Garantstellingsregeling. Veelal werd aangegeven dat de enquête niet was ingevuld omdat de betreffende curator nog geen gebruik van de Garantstellingsregeling had gemaakt of gewoonweg niet aan het invullen was toegekomen. Van de 39 aangeschreven rechters-commissarissen, verspreid over de verschillende arrondissementen, heeft ongeveer de helft de enquête geretourneerd. Hier bleek vooral het probleem te zijn dat de (faillissementsgriffies van de) rechtbanken geen statistische informatie op dit gebied bezitten.

Ten slotte heeft een aantal interviews plaatsgevonden met achttien curatoren en vier rechters-commissarissen die aan de hand van de teruggezonden vragenlijsten waren geselecteerd. Bij de selectie van curatoren is gezocht naar een afspiegeling van de ervaringen die zij met de Garantstellingsregeling hebben gehad. Geïnterviewd zijn curatoren die meer dan eens (tot frequent) gebruik maken van de Garantstellingsregeling, curatoren die slechts eenmalig gebruik hebben gemaakt van de regeling en curatoren die nimmer gebruik hebben gemaakt van de Garantstellingsregeling. Bij de rechters-commissarissen is bij de keuze van gesprekspartners rekening gehouden met een verdeling over de grotere en de kleinere arrondissementen, in welk kader ook is gesproken met rechters-commissarissen in de eerder genoemde arrondissementen 's-Gravenhage en Almelo, alwaar ook de curatoren waren geënquêteerd. De interviews zijn afgenomen aan de hand van een vooraf opgestelde vragenlijst. Na het gereedkomen van het concept-evaluatierapport zijn er nog vijf telefonische interviews afgenomen, waarbij het concept-rapport op onderdelen is getoetst.

In het kader van de interviews is ook gesproken met de direct betrokken medewerkers van het Ministerie van Justitie. In afzonderlijke gesprekken is deze medewerkers gevraagd naar hun ervaringen met de uitvoering van de Garantstellingsregeling en heeft men de gelegenheid gekregen eventueel wenselijk geachte veranderingen naar voren te brengen. De gesprekken op het Ministerie van Justitie hebben tevens bijgedragen aan een beter begrip van de achtergronden en de doelstellingen van de Garantstellingsregeling.

Voorts hebben er gesprekken plaatsgevonden met medewerkers van het Ministerie van Financiën en de belastingdienst over de proceskostengarantieregeling van de fiscus; met een medewerker van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen ("Lisv") is gesproken over de door de bedrijfsverenigingen gehanteerde regeling. Ook is er contact geweest met een lid van het Openbaar Ministerie over de rol van het strafrecht bij de onderhavige regeling, vooral ingeval deze geen oplossing biedt. Ten slotte is er overleg geweest met vertegenwoordigers van Insolad.

4 Indeling van het rapport

In het eerste deel van dit rapport (hoofdstuk 2-3) wordt de totstandkoming van de huidige Garantstellingsregeling behandeld, waarbij tevens de voorloper daarvan – de “voorschotregeling” – aan de orde komt. In dit kader wordt aandacht geschonken aan de destijds in de praktijk geventileerde opvattingen over het garant staan door het Ministerie van Justitie. Vervolgens wordt ingegaan op de huidige Garantstellingsregeling en de daarmee nagestreefde doelstellingen. Ten slotte worden de regelingen van het Ministerie van Financiën en van het Lisv ter zake van de financiële garantstellingen ten behoeve van curatoren kort geschetst.

Het tweede gedeelte van het rapport (hoofdstuk 4-8) bevat een verslag van de bevindingen van het onderzoek naar de (uit)werking van de Garantstellingsregeling in de praktijk. Achtereenvolgens komen aan de orde: de aanvraagprocedure, de beslissingsfase, de voortgang en controle van een verleende garantstelling, de afwikkeling en de resultaten van de beëindigde garantstellingen. Behalve de bevindingen uit het dossieronderzoek, komen daarbij de opvattingen van de diverse betrokkenen naar voren, zoals die zijn gebleken uit de enquêtes, interviews en gesprekken.

Het derde deel van dit rapport (hoofdstuk 9-13) vormt de evaluatie van de Garantstellingsregeling. De effectiviteit en de beheersbaarheid – in financiële en organisatorische zin – van de Garantstellingsregeling worden getoetst tegen de achtergrond van de theoretische en praktische bevindingen uit de eerste twee delen, waarbij tevens aandacht wordt geschonken aan de verhouding tot andere regelingen en instanties. Op basis van deze bevindingen bespreken wij vervolgens een aantal mogelijke wijzigingen waardoor de Garantstellingsregeling verbeterd zou kunnen worden. Ten slotte volgen er conclusies als antwoord op de onderzoeksvragen en een aantal aanbevelingen.

De Garantstellingsregeling

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het doel en de strekking van de Garantstellingsregeling. Omdat de Garantstellingsregeling niet los van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement ("WBF")⁶ kan worden gezien, wordt allereerst kort ingegaan op deze Wet (onderdeel 2). Vervolgens worden aan de hand van de wetsgeschiedenis (onderdeel 3) het doel en de strekking van de Garantstellingsregeling in kaart gebracht (onderdeel 4). Ten slotte wordt ingegaan op de vraag of het Ministerie van Justitie c.q. de Staat een (regres)vordering op de boedel heeft ingeval op een garantstelling een uitkering is gedaan (onderdeel 5).

2 De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement

De WBF is een van drie wetten die eind jaren zeventig werden aangekondigd om het misbruik van rechtspersonen in te dammen.⁷ Met de WBF werd (onder meer) art. 2:138 BW aangescherpt, welke bepaling handelt over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van een naamloze vennootschap.⁸ Op grond van deze bepaling zijn bestuurders van een in staat van faillissement verklaarde naamloze vennootschap jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een belangrijke rol is weggelegd voor de regeling van art. 2:138 lid 2 BW: indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoudverplichting van art. 2:10 BW of zijn publicatieverplichting van art. 2:394 BW geldt dit als een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

6 Stb. 1986, 275.

7 Handelingen Eerste Kamer, 1977-1978, blz. 304. De andere twee wetten zijn de Wet Ketenaansprakelijkheid (Stb. 1981, 379) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (Stb. 1986, 276).

8 Soortgelijke bepalingen zijn (thans) opgenomen voor de vereniging (art. 2:50a BW), de besloten vennootschap (art. 2:248 BW), de stichting (art. 2:300a BW) en het Europees Economisch Samenwerkingsverband (art. 3 lid 2 Uitvoeringswet Verordening tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden). Hoewel de Garantstellingsregeling ook voor deze gevallen is bedoeld en dit rapport dan ook tevens daarop betrekking heeft, wordt hierna kortheidshalve alleen gerefereerd aan art. 2:138 BW.

Naast de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid, werd ook de faillissements-pauliana van art. 42 e.v. Fw. aangescherpt. Met name werden de bewijsvermoedens van art. 43 Fw. uitgebreid.

De WBF heeft, zoals gezegd, tot doel de bestrijding van het misbruik van rechtspersonen.⁹ Hierbij moet worden aangetekend dat daarbij wordt uitgegaan van een ruim begrip “misbruik”. De WBF richt zich niet slechts op malafide bestuurders, maar ook op onverantwoordelijke, roekeloze bestuurders.¹⁰ Het gaat om een veronachtzaming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.¹¹ Daarnaast wordt als doelstelling van de WBF wel genoemd het beperken van onverhaalbare schulden.¹² Dit doel kan echter in het eerstgenoemde doel – bestrijding van misbruik van rechtspersonen – begrepen worden geacht. Het te hoog laten oplopen van de schulden wordt gezien als onverantwoordelijk bestuur en valt als zodanig onder het begrip “misbruik”.¹³

3 De wetsgeschiedenis van de Garantstellingsregeling

Een onderdeel van de WBF was de invoering van art. 2:138 lid 10 BW, dat bepaalt dat “[i]ndien de boedel ontoereikend is voor het instellen van een rechtsvordering op grond van dit artikel of artikel 9 of voor het instellen van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheid daartoe, [...] de curator Onze Minister van Justitie [kan] verzoeken hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen.” De Minister kan regels stellen “voor de beoordeling van de gegrondheid van het verzoek en de grenzen waarbinnen het verzoek kan worden toegewezen.” Voorts wordt een aantal vereisten genoemd waaraan het verzoek moet voldoen.

Dit artikellid is opgenomen door middel van een amendement van De Grave¹⁴ en strekt er volgens de – overigens summiere – toelichting toe “de effectiviteit van het derde misbruikontwerp te vergroten door het de curator mogelijk te maken de rechtsvorderingen ex art. 138 boek 2 BW of art. 248 boek 2 BW c.q. art. 8 boek

9 Zie ook de memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar, 1980-1981, 16 631, nr. 3, blz. 2.

10 Vgl. de memorie van antwoord, Tweede Kamer, vergaderjaar 1983-1984, 16 631, nr. 5, blz. 34, Handelingen Tweede Kamer, 1984-1985, blz. 6337 en het kabinetsstandpunt inzake de evaluatie van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF), Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 17 050, nr. 147, blz. 5.

11 Memorie van antwoord, Tweede Kamer, vergaderjaar 1983-1984, 16 631, nr. 6, blz. 32-33.

12 Zie het kabinetsstandpunt inzake de evaluatie van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF), Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 17 050, nr. 147, blz. 4.

13 Vgl. de door een verantwoordelijk bestuurder te volgen handelwijze zoals beschreven in de memorie van antwoord bij de WBA, Vergaderjaar 1981-1982, 16 530, nr. 7, blz. 22. Van belang hierbij is dat het begrip “kennelijk onbehoorlijk bestuur” in de WBA dezelfde inhoud heeft als de “kennelijk onbehoorlijke taakvervulling” uit de WBF. Zie Handelingen Tweede Kamer, 1984-1985, blz. 6349.

14 Kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 16 631, nr. 24.

2 BW¹⁵ in te stellen". Een nadere toelichting gaf De Grave bij de mondelinge behandeling van de WBF. Beoogd werd het gat te dichten dat zou kunnen ontstaan indien bestuurders zo onbehoorlijk besturen "dat er geen stuiver meer in de boedel over is, opdat de curator geen middelen meer heeft om hen aan te spreken".¹⁶ De Minister van Justitie betuigde bij diezelfde mondelinge behandeling zijn instemming: "Het amendement wil in het bijzonder ten gunste werken van andere schuldeisers dan de fiscus en de bedrijfsverenigingen. Dat lijkt mij in het kader van het derde misbruikontwerp een juiste zaak. Ik ben dan ook van mening dat de regeling op deze wijze bepaald aan effectiviteit wint." De Minister nam het amendement dan ook over.¹⁷

Na de inwerkingtreding van de WBF werd aanvankelijk gewerkt met de zogenaamde voorschotregeling (die als zodanig nimmer is gepubliceerd). Voor zover onze informatie strekt werd volgens deze regeling in geval van een positieve beslissing een voorschot uitgekeerd, dat terug moest worden betaald (i) indien en voor zover na de werkzaamheid van de curator nog een bedrag resteerde, (ii) indien en voor zover uit de procedure ter zake waarvan het voorschot was verstrekt opbrengsten ter beschikking kwamen en (iii) indien na de uitkering van het voorschot zodanige baten in de boedel vielen dat (het onderzoek voor) de rechtsvordering uit de boedel kon worden bekostigd.

Er is destijds binnen het Ministerie van Justitie tevens sprake geweest van een beperking voor toewijzing van een voorschot tot die gevallen dat aannemelijk kon worden gemaakt dat de aangesproken bestuurder zodanig verhaal bood dat de opbrengst ten dele aan de concurrente schuldeisers tegemoet zou komen. Dit werd gebaseerd op de strekking van de WBF, die ertoe zou moeten leiden de positie van concurrente schuldeisers te verbeteren. Het is niet duidelijk of deze beperking daadwerkelijk in de regeling is neergelegd. In ieder geval lijkt de regeling al snel te zijn omgevormd: in geval van een positieve beslissing zegde het Ministerie van Justitie een voorschot toe op basis waarvan door de curator een bankkrediet kon worden verkregen, tot zekerheid waarvoor het Ministerie van Justitie een borgtocht afgaf. In 1993 werd ook deze regeling vervangen door de huidige Garantstellingsregeling curatoren.¹⁸ In de toelichting bij deze Garantstellingsregeling wordt enkel weer gewezen op de fraudebestrijding: "Eén van de instrumenten die hierbij kan worden gehanteerd is de mogelijkheid om malafide bestuurders van rechtspersonen in hun privévermogen aan te spreken in geval van misbruik van de door hen bestuurde rechtspersonen".

Volgens art. 2 van deze Garantstellingsregeling wordt het verzoek afgewezen indien (i) daaruit niet blijkt dat de boedel ontoereikend is; (ii) het niet de gronden bevat waarop het berust; (iii) het geen beredeneerde schatting bevat van de kosten

15 Thans: art. 2:9 BW. Deze bepaling ziet op de zogenaamde interne aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon.

16 Handelingen Tweede Kamer, 1985-1986, blz. 6315.

17 Achtste nota van wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 16 631, nr. 30.

18 Staatscourant 21 april 1993 (nr. 76).

en de omvang van het onderzoek; (iv) het onvoldoende, kennelijk onjuiste of onvolledige gegevens bevat; of (v) daaruit blijkt dat de hoogte van de verzochte garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot de hoogte van het bedrag dan kan worden verhaald. In deze Garantstellingsregeling is derhalve niet de eis geformuleerd – zo deze in de praktijk al ooit is gehanteerd – dat een deel van de opbrengst aan de concurrente schuldeisers ten goede moest komen.

Art. 3 van de Garantstellingsregeling bepaalt dat het voorschot wordt verstrekt in de vorm van een garantstelling ten behoeve van een door de curator te openen rekening-courant. Het destijds verlaten van het “contant” betalen van een voorschot lijkt te zijn ingegeven omdat dit voorschot op voorhand in de boedel kwam en aldus ten goede zou kunnen komen aan willekeurige boedelschuldeisers die niet bijdragen aan het doel waarvoor het voorschot werd verstrekt. Dit bezwaar wordt met de Garantstellingsregeling ondervangen, omdat het Ministerie van Justitie zich niet verbindt tot betaling van enig bedrag aan de curator, maar zich slechts verplicht om te zijner tijd het negatieve saldo op de rekening-courant aan de bank te voldoen. Voorts lijkt bij deze verandering een rol te hebben gespeeld het algemene overheidsbeleid dat in beginsel slechts garanties worden verstrekt.

4 Het doel en de strekking van de Garantstellingsregeling

Tegen de achtergrond van het voorgaande leveren het doel en de strekking van de Garantstellingsregeling curatoren weinig moeilijkheden op. Deze regeling strekt ertoe de curator in staat te stellen een rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana of onderzoek naar een dergelijke vordering in te stellen ingeval hij – afgezien van de vordering op een bestuurder – een lege boedel aantreft. De wetgever heeft bij de toedeling van deze bevoegdheid aan de curator het oog gehad op de bestrijding van misbruik van rechtspersonen. Hierbij is van belang te constateren dat de aansprakelijkheid van een bestuurder noch de toepassing van de Garantstellingsregeling is beperkt tot gevallen waarin sprake is van frauduleuze handelingen. Ook de bestuurder die te goeder trouw is, maar zijn taak toch kennelijk onbehoorlijk vervult, kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld en ook voor deze gevallen kan een garantstelling worden verstrekt.¹⁹

Bovendien moet art. 2:138 BW in verband met het systeem van het faillissementsrecht worden gezien. Het faillissement is een collectief verhaal op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van diens gezamenlijke

19 Zie de toelichting bij de Garantstellingsregeling, waar nog eens wordt gesteld dat de garantstelling kan worden verleend in geval van vermoedelijk “misbruik (‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’)” en dat “een onbehoorlijke taakvervulling reeds [kan] worden aangenomen indien niet is voldaan indien niet voldaan is aan de boekhoudverplichting en de verplichting tot publicatie van de jaarrekening.”

schuldeisers.²⁰ De curator dient in het kader daarvan het belang van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen.²¹ Dit is niet anders bij het instellen van een vordering op grond van art. 2:138 BW, welke bepaling een aansprakelijkheid schept van een bestuurder jegens de boedel ten behoeve van deze gezamenlijke schuldeisers. Ook bij de vraag of hij een dergelijke vordering instelt, dient de curator zich te laten leiden door het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Weliswaar dient hij volgens recente rechtspraak van de Hoge Raad mede belangen van maatschappelijke aard – waaronder het belang van fraudebestrijding kan worden begrepen – in zijn beleid te betrekken,²² maar deze mogen er niet toe leiden dat de curator in meer dan ondergeschikte mate afbreuk doet aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.²³ Dat wil zeggen dat hij ook, indien er sprake is van fraude maar een rechtsvordering tegen de bestuurder toch geen voordeel voor de boedel zou meebrengen (bijvoorbeeld wegens gebrek aan verhaal), van een dergelijke rechtsvordering dient af te zien.²⁴

De genoemde maatschappelijke belangen kunnen er hooguit toe leiden dat de curator in geval van fraude aangifte doet van (bijvoorbeeld) bedrieglijke bankbreuk. Ook een dergelijke aangifte gaat ten koste van het verhaal van de schuldeisers gaan, omdat tegenover de daarmee gemoeide tijd geen baten staan. In het geval van aangifte zal echter al snel kunnen worden aangenomen dat de boedel in niet meer dan ondergeschikte mate wordt geschaad.²⁵ In die situatie kan de curator er binnen de hem toekomende beleidsruimte voor kiezen aangifte te doen (hetgeen overigens niet betekent dat hij persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden indien hij ervoor kiest dit niet te doen).²⁶

De zojuist genoemde beperking die uit het systeem van de Faillissementswet voortvloeit is ook terug te vinden in de Garantstellingsregeling: art. 2 lid 5 van de Garantstellingsregeling bepaalt dat het verzoek wordt afgewezen indien de

20 Vgl. de memorie van toelichting, Van der Feltz I, blz. 7.

21 Zie laatstelijk HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (Notarissen THB II).

22 Zie HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Sigmacon II) en HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Maclou en Prouvost).

23 Zie C.M. van der Heijden, Insolventie en rechtspersoon, prft., 1996, blz. 27-31 en F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator, prft., 1998, blz. 151-160. Opgemerkt zij dat uit het eerstgenoemde arrest wel anders werd geconcludeerd. Zie de noot van W.M. Kleijn, alsmede, aarzeland (maar afwijzend) S.H. de Ranitz, Crediteurenbelang versus 'andere belangen', in: De curator, een octopus, 1996, blz. 199.

24 Dit zou anders kunnen zijn indien de boedel aan de andere kant in niet meer dan ondergeschikte mate zou worden geschaad, hetgeen niet het geval zal zijn omdat de aan de rechtsvordering verbonden kosten ten laste van de boedel komen. Een eventuele proceskostengarantie doet daar niet aan af omdat indien deze garantie uiteindelijk door de kredietinstelling wordt uitgewonnen de (regres)vordering van het Ministerie van Justitie een boedelschuld oplevert, die uit de mogelijke overige baten dient te worden voldaan (zie onderdeel 2.5).

25 Bovendien is het niet uitgesloten dat de aangifte wel gunstig voor de boedel is, omdat de curator zijn voordeel kan doen met de informatie die uit een eventueel strafrechtelijk (financieel) onderzoek naar voren komt.

26 Vgl. de opmerkingen van de Minister van Justitie bij gelegenheid van de mondelinge behandeling waar hij een aangifteplicht van de curator afwees. Zie Handelingen Tweede Kamer, 1985-1986, blz. 6345-6346.

verzochte garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot het redelijkerwijs te verwachten bedrag dat kan worden verhaald.

5 (Regres)vordering Staat op de boedel

Er bestaat onduidelijkheid over de vraag wat de gevolgen zijn van een aanzuivering van het debetsaldo op de bankrekening door het Ministerie van Justitie, nadat een garantstelling is ingeroepen. Wat is dan de positie van de Staat tegenover de boedel? Heeft hij dan een (regres)vordering op de boedel? De (toelichting op de) Garantstellingsregeling geeft hierover geen uitsluitsel. Uit de bewoordingen van de gehanteerde garantie blijkt niet onomstotelijk dat sprake is van hoofdelijkheid tussen de curator en de Staat tegenover de bank: de Staat neemt een zelfstandige (garantie)verplichting op zich. Het is dus niet zonder meer duidelijk dat een regresvordering ex art. 6:10 lid 2 BW ontstaat of subrogatie op de voet van art. 6:12 BW plaatsvindt. Evenmin lijkt er een overeenkomst te bestaan op grond waarvan subrogatie in de zin van art. 6:150 sub d BW plaatsvindt. Bovendien staat nergens onomwonden dat de curator ook ingeval zijn actie geen succes heeft de Staat uit de overige baten dient te voldoen.

Niettemin zouden wij willen aannemen dat het bestaan van een (regres)vordering van de Staat in ieder geval uit de strekking van de Garantstellingsregeling volgt, die er immers op gericht is de curator in de gelegenheid te stellen in geval van een lege boedel toch actie te nemen.²⁷ Deze heeft niet het karakter van een subsidieregeling. Dit betekent dat als de boedel niet (meer) leeg is, de curator het Ministerie van Justitie dient terug te betalen, ook indien de desbetreffende baten niet afkomstig zijn van de werkzaamheid waarvoor de garantstelling is verleend. Indien alle boedelschulden kunnen voldaan, dient de curator de vordering van de Staat volledig te voldoen. Enigerlei uitkering aan (preferente) faillissementsschuldeisers is niet toegestaan, zolang de Staat niet is terugbetaald.

De (regres)vordering van de Staat mist echter feitelijke betekenis indien er sprake is van een zogenaamde negatieve boedel of boedelfaillissement. Het faillissement wordt dan op de voet van art. 16 Fw. opgeheven wegens de toestand van de boedel. Slechts voor zover er enig actief is om althans een deel van de concurrente boedelschuldeisers te voldoen, kan de Staat op een evenredig deel daarvan aanspraak maken.²⁸

27 Dit laat onverlet dat het onzes inziens wenselijk is dat dit uitdrukkelijk in de Garantstellingsregeling wordt opgenomen.

28 HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (De Ranitz q.q./Ontvanger) j° art. 3:277 BW.

Verwante regelingen

1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt een aantal regelingen aan de orde die een soortgelijk doel dienen als de Garantstellingsregeling of die daarvoor anderszins van belang zijn. Achtereenvolgens worden behandeld: de proceskostengarantie van de fiscus (onderdeel 2) en van het Lisv (onderdeel 3), de mogelijkheid om van de fiscus verhaalsinformatie te verkrijgen (onderdeel 4) en het door het Ministerie van Justitie in stand gehouden gegevensbestand "Vennoot '98" (onderdeel 5).

2 De proceskostengarantie van de fiscus

Naast de Garantstellingsregeling bestaat een aantal soortgelijke regelingen waarop de curator in voorkomende gevallen een beroep kan doen. Volgens Hoofdstuk XI, § 3, art. 7 van de Leidraad Invordering kan de curator de fiscus verzoeken om een proceskostengarantie, indien hij een procedure moet aanspannen ten einde een bate voor de boedel te realiseren terwijl de boedel niet volstaat om de proceskosten te voldoen. Bij de beoordeling van een dergelijk verzoek neemt de fiscus als uitgangspunt dat de boedel zodanig moet zijn gebaat dat hij een deel van de door hem ingediende vordering kan incasseren. De Leidraad noemt een aantal criteria waaraan het verzoek wordt getoetst. Daartoe behoren onder meer de kans op succes, de mogelijkheden van verhaal en de verhouding tussen de garantie en het bedrag waarmee de boedel zal zijn gebaat. Daarnaast stelt de fiscus als eis dat andere schuldeisers die profiteren van de vermoedelijke opbrengst mede garant staan voor de proceskosten. Voorts is van belang dat volgens het – interne – "Handboek Invordering" in het geval er sprake is van een "WBF-situatie" de garantie wordt geweigerd en de curator wordt doorverwezen naar het Ministerie van Justitie. Het bedrag dat op de begroting van het Ministerie van Financiën voor deze post wordt uitgetrokken is dan ook betrekkelijk gering. Als verplichting staat een bedrag van f 250.000 op de begroting, terwijl als uitgave een bedrag van f 100.000 is opgenomen.²⁹

Kort na de inwerkingtreding van de WBF waren er contacten tussen het Ministerie van Justitie en het Ministerie van Financiën ten einde de beide regelingen af te stemmen. Daarbij lijkt – ten minste op ambtelijk niveau – min of meer

29 De inschatting is kennelijk dat 40% van het gestelde garantiebedrag daadwerkelijk zal moeten worden uitbetaald.

overeenstemming te hebben bestaan over een jaarlijkse (structurele) overheveling van een bedrag ad f 100.000 van de begroting van het Ministerie van Financiën naar die van het Ministerie van Justitie. Voorts zouden door Justitie afgewezen verzoeken worden doorgezonden naar het Ministerie van Financiën. Toen bij de toepassing van de voorschotregeling gebruik werd gemaakt van bankgaranties, werden de gemaakte afspraken opgeschort. Uiteindelijk zijn afspraken, voor zover wij hebben kunnen nagaan, nimmer geïmplementeerd.

3 De proceskostengarantie van het Lisv

Het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen ("Lisv") kent de mogelijkheid dat een uitvoeringsinstelling de curator een voorschot verstrekt en moedigt aan dat dit geschiedt op basis van een kosten/baten-afweging.³⁰ Indien een curator verzoekt om een voorschot voor nader onderzoek, dient hij in staat te zijn "een bepaalde mate van zekerheid" te geven dat een dergelijk onderzoek iets oplevert. Voorts dient overleg met de fiscus te worden gevoerd over een verdeling van kosten en baten.

4 Verhaalsinformatie van de fiscus

Niet zozeer een verwante regeling als wel een nuttig gegeven in dit verband is de mogelijkheid om onder bepaalde omstandigheden van de fiscus verhaalsinformatie over een bestuurder te verkrijgen. Dergelijke informatie kan in de praktijk voor de curator een hulpmiddel zijn in het kader van (diens onderzoek naar) de verhaalbaarheid bij een veroordeling van de bestuurder. Hoewel art. 67 Algemene Wet Rijksbelastingen en art. 67 Invorderingswet 1990 een geheimhoudingsverplichting ter zake van (fiscale) informatie bevatten, biedt het tweede lid van deze beide bepalingen de mogelijkheid voor de Minister van Financiën om daarvan ontheffing te verlenen. Dit is geschied in de Leidraad Invordering,³¹ waar de mogelijkheid is geschapen in het kader van (de beoordeling van) een aansprakelijkstelling van een bestuurder informatie aan de curator te verstrekken indien daarmee een fiscaal belang is gediend. Uit het onderzoek is gebleken dat binnen de Belastingdienst het standpunt wordt ingenomen dat deze bevoegdheid in voorkomend geval ook al op grond van het eerste lid van beide bepalingen kan worden gegrond.

30 Zie § 3.3 van de bijlage bij het Besluit Incasso en Invordering.

31 Zie art. 36, § 1, lid 3a Leidraad Invordering.

5 Vennoot '98

Op vergelijkbare wijze biedt ook het gegevensbestand "Vennoot '98" voor de curator nuttige informatie. Dit bestand wordt beheerd door het Ministerie van Justitie en verschaft een curator (onder meer) een overzicht van binnen- en buitenlandse (rechts)personen waarmee een bestuurder banden heeft (gehad). Het gaat hier om informatie die niet steeds of slechts met grote moeite uit het Handelsregister kan worden verkregen. Het overzicht kan niet alleen informatie bieden over verhaalsmogelijkheden – beslag op aandelen, mogelijke verschuivingen van activa – maar dient er ook en vooral toe om de eventuele kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder in te kleuren. Voor deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is immers relevant of een bestuurder een spoor heeft achtergelaten van failliete vennootschappen, die zich al dan niet op hetzelfde terrein bewegen.

Deel II

De Garantstellingsregeling in de praktijk

Aanvraagprocedure

1 De bekendheid van de Garantstellingsregeling

De Garantstellingsregeling is bekend onder nagenoeg alle curatoren en rechters-commissarissen. Slechts een enkele curator zegt de regeling niet te kennen. Curatoren kennen de regeling uit de Staatscourant en de vakliteratuur of zijn op het bestaan ervan gewezen bij het postacademisch onderwijs. In sommige gevallen heeft de rechter-commissaris een curator op de Garantstellingsregeling gewezen, meestal in een concrete zaak, soms in de benoemingsbrief.

De precieze inhoud, het bereik en de praktische werking van de Garantstellingsregeling zijn minder bekend. Zo weten niet alle curatoren dat een beroep op de regeling kan worden gedaan ter zake van de faillissementspauliana. De mogelijkheid om in het kader van art. 2:9 BW een verzoek om een garantstelling te doen aan het Ministerie van Justitie is vrijwel onbekend. Over de vraag welke kosten onder de Garantstellingsregeling kunnen worden gebracht, bestaat onduidelijkheid. Een aantal curatoren meent dat slechts de kosten van een onderzoek en/of de proceskosten (en niet het salaris van de curator) voor vergoeding in aanmerking komen. Evenmin is de mogelijkheid van de financiering van een voorafgaand verhaalsonderzoek algemeen bekend. Voorts zijn velen onbekend met het feit dat de Garantstellingsregeling een eventuele veroordeling in de proceskosten dekt.

Behalve de onbekendheid met enkele inhoudelijke aspecten van de Garantstellingsregeling zijn er onduidelijkheden over de procedure. Niet iedere curator weet bijvoorbeeld tot wie hij zich moet wenden met een verzoek voor een garantstelling of voor informatie daarover. De gang van zaken met betrekking tot de bankgarantie is voor veel curatoren een vraagteken. Voorts is de noodzaak om jaarlijks een verlenging van de garantstelling te vragen bij velen onbekend.

De onduidelijkheden en onbekendheden verdwijnen in de meeste gevallen na een eerste gebruik van de Garantstellingsregeling. Hetzelfde geldt voor het negatieve beeld dat sommige curatoren van de regeling hebben, dat samenhangt met het negatieve imago van haar voorloper, de voorschotregeling.

2 De beslissingstermijn

Over het algemeen beslist het Ministerie van Justitie binnen drie tot zes weken; in spoedeisende gevallen ook sneller. Soms wordt nadere informatie gewenst. Indien noodzakelijk volgt een beslissing op kortere termijn. Incidenteel treedt een

werkachterstand op, waardoor de beslissingstermijn langer wordt. Over het algemeen zijn curatoren en rechters-commissarissen tevreden over de termijn waarbinnen op het verzoek wordt beslist.

3 De vragenlijst

Als bijlage bij de Garantstellingsregeling is een vragenlijst gevoegd die curatoren bij hun verzoek dienen te gebruiken. Met het invullen van de vragenlijst is behoorlijk wat tijd gemoeid, die niet wordt vergoed onder de Garantstellingsregeling. Een aantal vragen vinden curatoren uiterst lastig te beantwoorden, met name de vraag naar de verhaalsmogelijkheden en de concrete kosten. Toch bestaat er over het algemeen begrip onder curatoren en rechters-commissarissen voor de vragenlijst: zij zien de noodzaak van de vragen voor het nemen van de beslissing door het Ministerie van Justitie. Curatoren wijzen erop dat het wenselijk zou zijn dat met een aangepaste (verkorte) vragenlijst zou worden gewerkt, indien men slechts een garantstelling wenst voor een (verhaals)vooronderzoek.

Ook het Ministerie van Justitie is tevreden over de informatie die uit de vragenlijst kan worden geput. Er wordt echter gewezen op een inconsistentie indien de faillissementspauliana aan de orde is: bij het invullen van de betreffende vraag wordt de curator zodanig verder verwezen in de vragenlijst dat de verhaalsmogelijkheden niet aan de orde komen. Daarnaast wordt opgemerkt dat curatoren bij bepaalde vragen volstaan met een verwijzing naar bijlagen, zoals processtukken en faillissementsverslagen, hetgeen de toegankelijkheid niet ten goede komt.

4 De contacten met het Ministerie van Justitie

Curatoren hebben het beeld dat het Ministerie van Justitie een enigszins bureaucratische instantie is. Met name de bereikbaarheid wordt soms onbevredigend geacht. Indien men echter eenmaal de juiste persoon heeft weten te vinden, verloopt het contact meestal soepel. De medewerkers stellen zich uitermate correct op en zijn bereid tot medewerking en informatieverstrekking.

Tussen de rechters-commissarissen en het Ministerie van Justitie zijn nauwelijks contacten. Deze blijven veelal beperkt tot het ontvangen van een kopie van de beslissing op het verzoek van de curator. Bij het Ministerie van Justitie bestaat wel behoefte aan meer contact met rechters-commissarissen, vooral met het oog op een betere afstemming over de inhoudelijke beoordeling van verzoeken om een garantstelling.

5 De rol van de rechter-commissaris bij de aanvraag

De rol die de rechter-commissaris vervult is sterk afhankelijk van de individuele rechter-commissaris. De meesten nemen een lijdelijke houding aan. Sommige rechters-commissarissen stimuleren curatoren en wijzen op de mogelijkheid een garantstelling te vragen op basis van de Garantstellingsregeling (en in mindere mate op grond van de Leidraad Invordering). Indien een curator aanklopt met een verzoek op grond van de Garantstellingsregeling, wordt meestal akkoord gegaan. Een enkeling is terughoudend met zijn goedkeuring.

Curatoren zien in de tussenkomst van de rechter-commissaris weliswaar een vertragende factor, maar beschouwen dit niettemin als noodzakelijk, mede in verband met diens toezichtsfunctie.

De rol van de rechter-commissaris bij de beslissing op het verzoek komt in onderdeel 5.2 aan de orde.

Beslissingsfase

1 De toetsingscriteria

Het Ministerie van Justitie toetst een verzoek om een garantstelling aan de criteria van art. 2 van de Garantstellingsregeling.³² Dit gebeurt op basis van de ingevulde vragenlijst, zonder welke het verzoek niet in behandeling wordt genomen. Hetzelfde geldt indien het advies van de rechter-commissaris ontbreekt. Vervolgens wordt onderzocht of er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.³³ Omdat curatoren alleen een verzoek plegen te doen als zij aanwijzingen voor een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling hebben, is aan deze laatste eis vrijwel steeds voldaan. In de praktijk blijkt daarom het centrale toetsingscriterium te zijn dat aannemelijk is dat er reële verhaalsmogelijkheden zijn en dat deze in een redelijke verhouding staan tot de hoogte van de gevraagde garantstelling.³⁴ Daarnaast speelt ook het bestrijden van en preventie voor misbruik van rechtspersonen een rol, zodat in gevallen van flagrant misbruik het Ministerie van Justitie soms bereid is gebleken om het verhaalscriterium te laten varen. Het Ministerie van Justitie heeft, voor zover wij hebben kunnen nagaan – in ieder geval sinds 1988 – niet de eis gesteld dat een deel van de opbrengst van de acties van de curator ten goede moet komen aan de concurrente schuldeisers.³⁵

Veel curatoren zijn van mening dat het gebruik van het verhaalscriterium op gespannen voet staat met de doelstelling van de garantstellingsregeling, de bestrijding van misbruik van rechtspersonen. Zij stellen dat die doelstelling niet kan worden bereikt indien het verhaalscriterium wordt gehanteerd. Rechters-commissarissen achten het echter niet zinvol dat actie tegen een bestuurder wordt ondernomen indien deze geen verhaal biedt. Zij achten in dat geval de strafrechtelijke weg aangewezen. Een enkele maal verlenen zij toch hun medewerking aan een verzoek op grond van de Garantstellingsregeling ingeval niet van verhaal is gebleken maar er sprake is van evidente fraude. Zij wijzen erop dat ook indien er geen concrete verhaalsmogelijkheden voorhanden zijn, een bestuurder (bijvoorbeeld) in het kader van schikkingsonderhandelingen toch vaak met middelen over de brug komt.

32 Zie onderdeel 2.3.

33 Een verzoek ter zake van een vordering op grond van (slechts) de faillissementspauliana of art. 2:9 BW komt nauwelijks voor.

34 Zie art. 2 sub 5 Garantstellingsregeling.

35 Kort na de totstandkoming van de WBF is het stellen van deze eis terloops aan de orde geweest; zie onderdeel 2.3.

2 De rol van de rechter-commissaris bij de beslissing

De rechters-commissarissen zien het vereiste van hun tussenkomst als een filter voor onbezonnen acties van curatoren. De meeste rechters-commissarissen geven aan marginaal te toetsen. Uit de interviews bleek de toets soms echter minder marginaal dan in eerste instantie wel leek. Eén rechter-commissaris drukte het aldus uit, dat hij inhoudelijk toetst op basis van marginale informatie. Een andere rechter-commissaris stelt uiterst marginaal te toetsen, omdat een meer inhoudelijke toets in verband met de werkdruk niet mogelijk is.

De meeste rechters-commissarissen achten het belang van de boedel bepalend. Dit kan meebrengen dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen malafide en incapabele bestuurders. Voor een aanzienlijk deel speelt naast het belang van de boedel de fraudebestrijding een (secundaire) rol. Een enkele rechter-commissaris vond deze twee criteria op gelijke voet naast elkaar staan. Een enkele maal is aangegeven dat steeds wordt bekeken of het wel redelijk is de bestuurder aansprakelijk te stellen. Deze rechter-commissaris had signalen gekregen dat bestuurders al te gemakkelijk aansprakelijk worden gesteld.

Tot een formeel negatief advies komt het in de praktijk niet: ofwel wordt steeds een positief advies gegeven, ofwel wordt de aanvraag al in het voorstadium ontmoedigd.

De rechters-commissarissen zijn over het algemeen tevreden over hun huidige rol. Een enkele maal is de wens voor een capaciteitsvergroting uitgesproken, opdat grondiger kan worden getoetst. Voorts wordt gewezen op de vele wisselingen van rechters-commissarissen die volgens de interne regeling van de arrondissementsrechtbanken plaats plegen te vinden, waardoor expertise verloren gaat. Ook curatoren zijn tevreden over de huidige rol van de rechter-commissaris. Zij zijn over het algemeen van mening dat de rechter-commissaris behoort op te treden als toezichthouder en dat daarom kan worden volstaan met een marginale toets. Een enkele curator stelt voor de feitelijke beslissing op het verzoek bij de rechter-commissaris te leggen, waarna het Ministerie van Justitie de rechter-commissaris in beginsel volgt. Van de kant van het Ministerie van Justitie wordt de wens uitgesproken dat rechters-commissarissen de verzoeken grondiger toetsen en hun adviezen beter motiveren.

3 De beslissing

Het merendeel van de verzoeken blijkt te worden gehonoreerd, zij het regelmatig pas na het verstrekken van nadere informatie. Hierdoor creëert het Ministerie van Justitie voor zichzelf een zekere zeeffunctie met als resultaat dat soms het verzoek niet langer wordt vervolgd.

Hoewel curatoren gewoonlijk een garantstelling voor een "totaalpakket" verzoeken met bijbehorend hoog bedrag, stuurt het Ministerie van Justitie in gevallen waarin nog onvoldoende blijkt van verhaalsmogelijkheden aan op een voorafgaand (verhaals)onderzoek. De kosten hiervan zijn beperkt en het blijkt dat het Ministerie van Justitie eerder tot toewijzing overgaat indien het verzoek een verhaalsonderzoek betreft en om een relatief gering bedrag – in de orde van grootte tot f 10.000 – gaat.

De garantstelling dekt slechts de kosten vanaf de aanvraag gemaakt. Er plegen in verband met verhaalsonderzoek al vaak kosten voorafgaand aan de aanvraag te worden gemaakt. Het Ministerie van Justitie brengt deze slechts in uitzonderlijke omstandigheden onder de garantstelling, bijvoorbeeld indien spoedeisend optreden noodzakelijk was.

In geval van een afwijzing wordt een korte maar concrete motivering gegeven. Dit sluit aan bij de wens van curatoren dat de motivering wordt toegesneden op de specifieke zaak.

4 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 mogelijkheden is tot op heden echter nauwelijks gebruik gemaakt. Dit hangt samen met het feit dat bijna alle verzoeken (gedeeltelijk) zijn toegewezen. In een enkel geval waarin een curator bezwaar maakte volgde alsnog toewijzing. Voor het overige plegen curatoren te berusten: zij willen niet nog meer moeite doen, die achteraf onbetaald blijft. Curatoren sturen in plaats daarvan aan op een opheffing wegens gebrek aan baten.

Voortgang en controle

1 De rol van de bank

De garantstelling wordt verstrekt in de vorm van een garantie aan een bank voor het krediet in rekening-courant.³⁶ Het Ministerie van Justitie stelt de eis dat de bank geen schuldeiser in het faillissement mag zijn om mogelijke verrekeningsperikelen te voorkomen. De banken plegen voor hun diensten een provisie en rente in rekening te brengen. In sommige arrondissementen wordt gewerkt met een vaste bank, in andere arrondissementen worden de curatoren hierin vrijgelaten. In het eerste geval zijn de betreffende banken over het algemeen goed op de hoogte van de werking van de Garantstellingsregeling.

Het verkrijgen van de garantstelling wordt door curatoren als administratieve rompslomp ervaren. Curatoren (en rechters-commissarissen) vragen zich af of de tussenkomst van de banken wel noodzakelijk is. Zij geven aan de voorkeur te geven aan een rechtstreekse storting op een al dan niet daarvoor bestemde bankrekening. Curatoren blijken ook genoeg te nemen met een garantie van het Ministerie van Justitie aan henzelf en de kosten voor te financieren.

2 De periodieke rapportage

De curator is op grond van art. 4 lid 1 van de Garantstellingsregeling verplicht ten minste eenmaal per zes maanden verslag uit te brengen aan de Staatssecretaris van Justitie door tussenkomst van de rechter-commissaris. Deze verslaglegging vindt in de praktijk nauwelijks plaats. Als er al wordt gerapporteerd, wordt meestal volstaan met toezending van de openbare verslagen ex art. 73a Fw. Dit geschiedt dan vrijwel steeds rechtstreeks, zonder tussenkomst van de rechter-commissaris. Sommige rechters-commissarissen geven aan nog nooit een dergelijke rapportage te hebben gezien.

Het Ministerie van Justitie verbindt geen consequenties aan de niet-naleving van deze rapportageplicht en komt pas laat met een eventueel rappel.

36 Zie onderdeel 2.3.

3 Verlenging en verhoging

De garantstelling wordt steeds voor een periode van één jaar toegekend of verlengd. In de meeste gevallen vergeten curatoren de noodzakelijke verlenging te verzoeken. Hieraan worden door het Ministerie van Justitie tot nog toe geen consequenties aan verbonden.

Een verzoek om verhoging wordt door het Ministerie van Justitie tevens behandeld als een verzoek om verlenging. Curatoren geven er de voorkeur aan een garantstelling voor onbepaalde tijd te verkrijgen. De huidige praktijk leidt tot extra administratieve handelingen voor de betrokkenen in de relatie tot de bank, terwijl het nut van de jaarlijkse verlengingen niet wordt ingezien en door het Ministerie van Justitie ook niet kan worden duidelijk gemaakt.

Er zijn geen gevallen naar voren gekomen waarin de garantstelling tussentijds werd stopgezet. Wel is het een enkele keer gebeurd dat een verhoging werd geweigerd. Indien het Ministerie van Justitie vertrouwen heeft in een bepaalde zaak, levert een verzoek om een verhoging geen problemen op.

Afwikkeling

1 De (financiële) rekening en verantwoording

Art. 4 lid 2 van de Garantstellingsregeling bepaalt dat de curator na beëindiging van de werkzaamheden ter zake waarvan de garantstelling is verleend, zo spoedig mogelijk (financiële) rekening en verantwoording aan het Ministerie van Justitie aflegt. In de praktijk blijkt de afwikkeling van de garantstelling niet optimaal te verlopen, waarbij vooral onduidelijkheid omtrent de eisen die aan de afwikkeling (mogen) worden gesteld, een rol speelt.

Meestal volstaan curatoren met het toezenden aan het Ministerie van Justitie van slechts een urenuitdraai. Soms gebeurt dit pas na een verzoek daartoe van de zijde van het Ministerie van Justitie. Een enkele keer wordt door een curator uitgebreider verslag gedaan. In deze gevallen ontvangt het Ministerie van Justitie tevens bankafschriften en nota's. Tot nog toe verbindt het Ministerie van Justitie geen consequenties aan de afwikkeling in de zin dat garantstellingen niet (geheel) worden nagekomen of dat bedragen (gedeeltelijk) van de curator worden teruggevorderd.

Zowel aan de zijde van het Ministerie van Justitie als van curatoren blijkt behoefte te bestaan aan meer duidelijkheid wat men op dit gebied van elkaar verwacht resp. verlangt.

2 De afwikkeling van de garantstelling tussen het Ministerie van Justitie en de bank

Na akkoordbevinding door het Ministerie van Justitie van de financiële verantwoording door de curator, kan de verdere afwikkeling van de garantstelling plaatsvinden. Zoals uiteengezet in onderdeel 2.3 hierboven, geschiedt de garantstelling in de vorm van een garantie van het Ministerie van Justitie namens de Staat aan de bank voor een bepaalde maximum-debetstand op een speciaal voor de garantstelling door de curator geopende bankrekening. De vraag of het Ministerie van Justitie uiteindelijk moet uitkeren is afhankelijk van het resultaat van de activiteiten van de curator.

2.1 *De garantstelling behoeft niet te worden aangesproken*

In de gevallen waarin de curator zo succesvol is geweest dat de bankrekening een

positief saldo vertoont, behoeft er geen financiële afwikkeling meer te volgen. Wel is dan vereist dat de bank de originele garantie die door het Ministerie van Justitie is afgegeven, retourneert. Dit blijkt niet altijd spontaan te gebeuren. Uiteindelijk gebeurt dit volgens het Ministerie van Justitie wel. In ieder geval worden dossiers niet eerder als beëindigd beschouwd dan nadat die garantie is terugontvangen.

Hoewel het Ministerie van Justitie uiteraard merkt wanneer de curator succesvol is geweest, omdat de garantstelling niet hoeft te worden aangesproken, heeft het weinig zicht op de daadwerkelijke resultaten voor de boedel. Eerst vanaf 1998 houdt het Ministerie van Justitie per kwartaal ten aanzien van de beëindigde garantstellingen bij hoeveel daarvan succesvol zijn afgelopen en welke bedragen daarbij aan de boedel zijn toegefallen. Dit beeld is echter niet compleet, terwijl het Ministerie van Justitie daaraan wel behoefte heeft. Het Ministerie van Justitie ontbreekt het momenteel aan (juridische) mogelijkheden om een curator tot informatievervalschaaffing te bewegen in deze gevallen waarin hij uiteindelijk geen beroep op de garantstelling hoeft te doen.

2.2 De garantstelling moet worden aangesproken

In alle andere gevallen waarin de bankrekening uiteindelijk een negatief saldo vertoont, moet het Ministerie van Justitie zijn garantieverplichtingen jegens de bank nakomen. Dit geschiedt door uitbetaling aan de bank van het bedrag dat nodig is om de debetstand aan te zuiveren. Deze uitbetaling aan de bank door het Ministerie van Justitie blijkt soms lang te duren, tot zelfs drie of vier maanden. Aangenomen mag worden dat de rente door blijft lopen tot aan het tijdstip van algehele aanzuivering.

3 De kostendekkendheid van de garantstelling

Een aanzienlijk aantal curatoren gaf aan dat de garantie niet volledig kostendekkend is. Bij het Ministerie van Justitie bestaat de veronderstelling dat dit wel het geval is. Mogelijk wordt niet alle tijd die aan (het onderzoek voor) de procedure wordt besteed ten laste van de garantstelling gebracht. Een aantal curatoren gaf bijvoorbeeld aan uit principe niet om een verhoging te verzoeken, maar zelf het risico van hun aanvankelijke te lage inschatting te vragen. Het is ook denkbaar dat al kosten zijn gemaakt voordat het verzoek om een garantstelling wordt gedaan, die door het Ministerie van Justitie slechts bij hoge uitzondering worden vergoed.

Resultaten

1 Inleiding

Ten einde de effectiviteit en de beheersbaarheid van de Garantstellingsregeling te onderzoeken, is enig inzicht in de resultaten vereist. Hiertoe is gebruik gemaakt van informatie, afkomstig van het Ministerie van Justitie, curatoren en rechters-commissarissen. Voor het totaalbeeld beschikt alleen het Ministerie van Justitie over relatief "harde" cijfers.³⁷ Cijfers over de bedragen die in de onderscheidene boedels zijn gevloeid ontbreken nagenoeg. Bij de door curatoren en rechters-commissarissen verstrekte informatie gaat het meer om individuele indrukken, waaruit een beeld kan worden gevormd.

2 Totaal aantal ingediende verzoeken

Op de Garantstellingsregeling (zowel in haar oude gedaante van voor 1993 als nadien) is tot op heden ongeveer 550 keer een beroep gedaan.³⁸ Onder de huidige regeling (vanaf 26 april 1993) is 381 keer een verzoek ingediend.

In totaal is tot nog toe voor f 10.703.543 gereserveerd voor alle garantstellingen (inclusief de inmiddels beëindigde gevallen). Deze reserveringen bedragen gemiddeld f 25.067 per geval, variërend van f 350 tot f 525.000. Het merendeel van de reserveringen heeft betrekking op garantstellingen tot f 10.000.

3 De beëindigde garantstellingen

3.1 Totaal aantal beëindigde garantstellingen

Van de 550 tot op heden ingediende verzoeken om een voorschot/garantstelling zijn inmiddels 174 zaken beëindigd. Voor zover valt na te gaan zijn deze beëindigingen alle het gevolg van een stopzetting door de curator van de werkzaamheden waarvoor de garantstelling was verleend. Er hebben zich geen tussentijdse beëindigingen in de zin van art. 4 lid 1 Garantstellingsregeling voorgedaan.

37 Deze cijfers – per 20 november 1998 – zijn ontleend aan de database van het Ministerie van Justitie.

38 Zoals aangegeven in noot 4, omvat dit aantal niet de dossiers uit de begintijd van (de voorloper van) de Garantstellingsregeling.

3.2 *Garantstellingen succesvol*

Van deze beëindigingen zijn er 73 succesvol geweest, in de zin dat de curator uiteindelijk geen beroep op de garantstelling heeft hoeven doen. Met deze successen is een bedrag van f 999.648 aan afgegeven garantstellingen gemoeid geweest, waarop dus geen uitkering behoefde te geschieden. Zoals gezegd, ontbreken cijfers over het totaalbedrag dat met deze succesvolle acties in de verschillende boedels is gevloeid. Derhalve kan niet achterhaald worden welke schuldeisers in deze faillissementen uiteindelijk dankzij de Garantstellingsregeling gebaat zijn, laat staan in hoeverre concurrente schuldeisers hebben geprofiteerd. De – algemene – indrukken van curatoren en rechters-commissarissen wijzen er niet op dat dit laatste het geval is.

Met betrekking tot de succesvolle beëindigingen valt op dat vooral de garantstellingen, afgegeven in de jaren 1992-1993 relatief succesvol zijn geweest. Het mindere resultaat voordien valt niet ondubbelzinnig te verklaren, zij het dat de registratie van die oude gevallen bij het Ministerie van Justitie mogelijk gebrekkig is geweest. Het enigszins magere resultaat van de recente jaren kan worden verklaard doordat de meeste dossiers daarvan nog niet zijn afgerond en dit vooral – blijkbaar met negatief resultaat afgesloten – verhaalsonderzoeken betreffen.

3.3 *Garantstellingen aangesproken*

In de resterende 101 beëindigde gevallen is de garantstelling aangesproken en is het Ministerie van Justitie de garanties aan de betrokken banken nagekomen. In dit verband is door het Ministerie van Justitie in totaal f 1.710.133 aan garantstellingen uitgekeerd. Het valt hierbij op dat het Ministerie van Justitie vaak een ander bedrag heeft betaald dan waarvoor de garantstelling was afgegeven.

In ruim 46% (47 van de gevallen) heeft het Ministerie van Justitie minder uitgekeerd dan het maximumbedrag waarvoor het zich garant had gesteld. Dit kan tweeërlei oorzaken hebben. Ofwel is er achteraf sprake geweest van een verkeerde inschatting van de te verwachten kosten en heeft de curator minder kosten gemaakt. Ofwel heeft de curator wel een juiste inschatting gemaakt – of zelfs meer uitgegeven – maar is een deel van die uitgaven ongedaan gemaakt doordat de actie van de curator gedeeltelijk succesvol is geweest.

In bijna 30% (30 van de gevallen) heeft het Ministerie van Justitie ongeveer het maximumbedrag waarvoor het zich garant had gesteld uitgekeerd, zij het meestal iets meer. Deze overschrijdingen van het afgegeven maximumbedrag kunnen verklaard worden doordat de garantstelling aan de curator en de daarop gebaseerde garantie aan de bank niet precies op elkaar aansluiten. De garantie aan de bank dekt immers de provisie, rente en kosten ter zake van het speciale rekening-courantkrediet dat de curator in het kader van de garantstelling moet openen. Die – tevoren moeilijk inschatbare – bedragen zijn niet in het bedrag van de garant-

stelling opgenomen, maar dienen aan het einde wel aan de bank te worden vergoed.

In bijna 24% (24 van de gevallen) is door het Ministerie van Justitie substantieel meer uitgekeerd dan onder de garantstelling was voorzien. De oorzaak hiervan is gelegen in zeer hoge renteposten (door tijdsverloop) en in een veroordeling in de proceskosten van de wederpartij, welke kosten onder de garantstellingsregeling vallen en bovenop de toegekende garantstelling komen.³⁹

3.4 De verhouding tussen de succesvolle en de niet succesvolle garantstellingen

In 42% van de gevallen heeft de curator succes gehad en heeft een uitkering op de garantstelling achterwege kunnen blijven. Dit beeld stemt overeen met hetgeen uit de enquêtes naar voren is gekomen, waarbij ongeveer 47% van de respondenten aangeeft een succesvol resultaat te hebben behaald. Van de uitgekeerde garantstellingen ligt overigens bijna 44% (44 van de 101 gevallen) in de orde van grootte van f 0 tot f 5000, hetgeen lijkt te wijzen op negatief afgesloten verhaalsonderzoeken.

4 Uitstaande garantstellingen

Per 20 november 1998 staan er 253 garantstellingen uit voor een totaalbedrag van f 7.886.705. Het gemiddelde per garantstelling bedraagt f 31.173, terwijl het kleinste resp. grootste bedrag f 960 resp. f 525.000 is. Ten aanzien van deze lopende garantstellingen heeft het Ministerie van Justitie geen inzicht in de mate waarin het de kans loopt te worden aangesproken op uitbetaling.

5 Geen verhaal, wel veroordeling

Uit de cijfers van het Ministerie van Justitie valt uitsluitend het financiële belang af te leiden. Hoewel deze cijfers maatgevend zijn voor de vraag in hoeverre het Ministerie van Justitie financiële risico's heeft gelopen – en nog loopt – met de Garantstellingsregeling, toch geven zij geen volledig beeld. Uit de reacties van curatoren blijkt dat ondanks het ontbreken van verhaal op de aangesproken persoon, hun actie in ongeveer 15% van de gevallen waarin het Ministerie van Justitie een garantstelling had verstrekt wel tot een veroordeling van die persoon had geleid.

³⁹ Zie art. 3 lid 2 Garantstellingsregeling.

Deel III

Evaluatie en aanbevelingen

De effectiviteit van de Garantstellingsregeling

1 Inleiding

De Garantstellingsregeling strekt ertoe curatoren in het geval zij een lege boedel aantreffen toch in staat te stellen (onderzoek te doen naar de mogelijkheden om) een rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana.⁴⁰ De wetgever had destijds vooral het oog op de bestrijding van misbruik van rechtspersonen. In hoeverre wordt deze doelstelling in de praktijk gerealiseerd? Ten einde deze vraag te beantwoorden wordt allereerst aandacht besteed aan een aantal randvoorwaarden voor de effectiviteit, waaraan het in het verleden nog schortte, te weten de bekendheid van de regeling en enige procedurele aspecten (onderdeel 2). Vervolgens wordt onder de loep genomen welke resultaten met behulp van de Garantstellingsregeling zijn behaald, gemeten naar de opbrengst voor de boedel (onderdeel 3) en naar de fraudebestrijding (onderdeel 4). Voor de effectiviteit is voorts van belang of de Garantstellingsregeling de preventieve werking heeft die daarvan werd verwacht (onderdeel 5). Ten slotte komt de vraag naar eventuele neveneffecten van de Garantstellingsregeling aan de orde (onderdeel 6).

2 Randvoorwaarden

2.1 *De bekendheid van de regeling*

Een eerste vereiste voor het realiseren van de doelstellingen is dat curatoren op de hoogte zijn van de mogelijkheid een garantstelling te vragen. Na een moeizame start,⁴¹ is de conclusie thans dat de Garantstellingsregeling genoegzaam bekend is onder curatoren en rechters-commissarissen. In de gevallen dat een curator niet eigener beweging ertoe komt een beroep te doen op de Garantstellingsregeling, wordt hij veelal door de rechter-commissaris op deze regeling gewezen.

Minder bekend is de mogelijkheid van een garantstelling voor een voorafgaand (verhaals)onderzoek, de faillissementspauliana of een vordering ex art. 2:9 BW. Aanbevolen wordt deze mogelijkheden expliciet(er) onder de aandacht van curatoren te brengen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen geschieden in de benoemingsbrief van de rechtbank.

40 Zie onderdeel 2.4.

41 Zie Cozijn (1991), blz. 51.

2.2 Procedurele aspecten

Voorts dient de regeling voldoende toegankelijk te zijn, zonder dat de curator onnodige administratieve hindernissen behoeft te overwinnen. Van dergelijke hindernissen schijnt sprake te zijn geweest in de (begin)tijd van de voorschotregeling, waardoor deze in een nogal kwaad daglicht kwam te staan.⁴² Thans heeft de huidige Garantstellingsregeling echter overwegend een goede naam onder curatoren en rechters-commissarissen.⁴³ Het invullen van de vragenlijst wordt weliswaar gezien als een niet-geringe belasting, maar daarvoor bestaat over het algemeen begrip. Ten behoeve van de toetsing van het verzoek zou het Ministerie van Justitie uitgebreidere adviezen van de rechter-commissaris op prijs stellen. Het blijkt dat men over en weer niet goed weet wat men van elkaar kan/mag verwachten.

Het Ministerie van Justitie neemt redelijk snel – zo nodig zeer snel – een beslissing. Wel behoeft de telefonische bereikbaarheid verbetering.

3 Resultaten voor de boedel

Vooropgesteld moet worden dat het niet mogelijk is gebleken met enige mate van zekerheid vast te stellen wat de Garantstellingsregeling heeft opgeleverd. Slechts betrekkelijk recent is het Ministerie van Justitie overgegaan tot het goed toegankelijk administreren van de opbrengsten van de verschillende garantstellingen en het plegen van gerichte onderzoeken daarnaar. Wel kan worden gesteld dat de omstandigheid dat een garantstelling wordt ingeroepen meebrengt dat de werkzaamheid van de curator meer heeft gekost dan die heeft opgeleverd. Indien een garantstelling niet wordt ingeroepen, betekent dit dat de curator ten minste de kosten verbonden aan het onderzoek en de procedure heeft kunnen verhalen. De informatie die verkregen is van curatoren en rechters-commissarissen geven niet meer dan een indruk. Die indruk stemt redelijk overeen met de cijfers van het Ministerie van Justitie.

De resultaten ogen gematigd positief. In ruim 40% van de verleende garantstellingen zijn deze succesvol geweest in de zin dat uit de opbrengst van de actie van de curator ten minste de daarmee gemoeide kosten konden worden voldaan. In circa 45% van de niet-succesvol beëindigde gevallen is op een verleende garantstelling een bedrag tussen f 0 en f 5.000 voldaan. Aangenomen mag worden dat het hier vooral gaat om gevallen waarin de garantstelling is verleend voor een verhaalsonderzoek dat vervolgens niet tot nadere actie heeft geleid. In circa 30% van de gevallen is een meer substantiële uitkering gedaan, hetgeen meebrengt dat de actie van de curator vermoedelijk niet tot een veroordeling of verhaalsneming heeft geleid. De

42 Zie Cozijn (1989), blz. 33-35 en Cozijn (1991), blz. 51-52.

43 De regeling is dermate toegankelijk dat in de literatuur wordt betoogd dat te snel tot aansprakelijkstelling wordt overgegaan. Zie bijv. J.C.P. Ekering, De beste stuurlied, *TvI* 1997/2, blz. 34-39 en A. Voûte, Enige aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ingevolge de Derde Misbruikwet, in: *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, 1998, blz. 22-23.

informatie van curatoren suggereert dat in circa de helft van de gevallen waarin de garantstelling is aangesproken geen veroordeling is gevolgd en dat in de andere helft wel een veroordeling is uitgesproken maar geen verhaal mogelijk bleek.

4 Fraudebestrijding

Op de resultaten van de Garantstellingsregeling (of de WBF in het algemeen) op het terrein van de fraudebestrijding bestaat nog minder zicht dan op de vraag in hoeverre zij voordeel voor de boedel heeft opgeleverd. Geconstateerd kan echter worden dat een aantal factoren in de toepassing van de Garantstellingsregeling niet bevorderlijk zijn voor de fraudebestrijding.

Dit is in de eerste plaats het verhaalscriterium. Zelfs indien er sprake is van evident misbruik van rechtspersoonlijkheid pleegt immers een garantstelling te worden geweigerd indien de curator er niet in slaagt verhaalsmogelijkheden aan te wijzen. De echte fraudeur die er niet alleen voor zorgt dat de rechtspersoon leeggehaald is, maar bovendien als (feitelijk) bestuurder zijn eigen vermogen genoegzaam heeft afgeschermd tegen verhaal door de curator, kan zo de dans ontspringen. Niet alleen vanuit de schuldeisers bezien, maar ook vanuit het algemeen maatschappelijk belang is een dergelijke "beloning" moeilijk verteerbaar.

In de tweede plaats is van belang dat met het einde van het faillissement ook de vordering ex art. 2:138 BW telooft. Immers, alsdan defungeert de curator en is er niemand meer die deze vordering kan instellen of ten uitvoer kan leggen. Dit betekent dat de bestuurder die gedurende de looptijd van het faillissement geen (zichtbaar) verhaal biedt, met het einde van het faillissement de dans de facto definitief ontspringt.

De curatoren en rechters-commissarissen toonden zich over het algemeen dan ook sceptisch over de resultaten op dit terrein. Zij hadden de indruk dat veeleer de onbekwame of onbezonnen bestuurder wordt getroffen dan de frauderende bestuurder.

5 Preventieve werking

De indruk van curatoren en rechters-commissarissen is over het algemeen dat van de Garantstellingsregeling op zichzelf nauwelijks een preventieve werking uitgaat in die zin dat bestuurders bij hun bestuur rekening houden met de mogelijkheid dat zij na het uitspreken van het faillissement ook kunnen worden aangesproken ingeval de boedel van de rechtspersoon leeg is.⁴⁴ Hun indruk is dat bestuurders

44 Weliswaar antwoordde een aanzienlijk deel van de curatoren en rechters-commissarissen die de enquête invulden dat zij een preventieve werking aanwezig achtten, maar uit de interviews kwam een ander beeld naar voren. Vermoedelijk hadden diegenen die de enquête invulden meer het oog op de preventieve werking van de WBF als zodanig dan op die van de preventieve

simpelweg niet op de hoogte zijn van het bestaan van de Garantstellingsregeling. De bekendheid van de WBF zelf bij bestuurders is onderwerp van zorg en de indruk wordt uitgesproken dat de WBF tot "het circuit" is doorgedrongen.⁴⁵ Desondanks vermag het niet te bevreemden dat bestuurders niet op hoogte zijn van alle finesses van de Garantstellingsregeling als specifiek onderdeel van de WBF.

Toch wordt vrijwel unaniem gewezen op het grote nut van de Garantstellingsregeling indien het faillissement eenmaal is uitgesproken en er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. De curator heeft dan daadwerkelijk de mogelijkheid actie te ondernemen; wanneer de bestuurder zich eenmaal van rechtskundige bijstand heeft voorzien, zal deze hem ervan op de hoogte stellen dat de curator ook in geval van een lege boedel een "lange adem" heeft. Een bestuurder heeft niet de mogelijkheid niet thuis te geven en het faillissement van de vennootschap "uit te zitten". Ingeval er sprake is van schikkingsonderhandelingen heeft de bestuurder niet het voordeel dat zijn wederpartij (de curator) wegens onvoldoende financiële middelen het niet kan laten aankomen op een procedure.

Het is niet uitgesloten dat naar mate meer bestuurders op deze wijze met de Garantstellingsregeling worden geconfronteerd, ook deze in "het circuit" bekender wordt. Voorts is het denkbaar dat bij de voorlichting over de WBF nadrukkelijker wordt gewezen op de Garantstellingsregeling. Hier ligt een voorlichtingstaak voor de overheid. Niettemin zal ook dan de belangrijkste functie van de Garantstellingsregeling waarschijnlijk na het uitspreken van het faillissement zijn gelegen. Dit moet niet alleen voldoende worden geacht, maar is tevens noodzakelijke voorwaarde voor de effectiviteit van de WBF.

6 Neveneffecten

Neveneffecten die specifiek zijn toe te rekenen aan de Garantstellingsregeling (en niet aan de WBF als zodanig) zijn nauwelijks aan het licht gekomen. Door curatoren en rechters-commissarissen is gewezen op het effect dat de positie van curatoren bij schikkingsonderhandelingen is versterkt.⁴⁶ Het gaat hier onzes inziens echter niet zozeer om een neveneffect als wel een beoogd effect van de Garantstellingsregeling. Het biedt curatoren de mogelijkheid om ingeval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling op zo efficiënt mogelijke wijze zoveel mogelijk actief voor de boedel te verwerven.

In de literatuur wordt soms melding gemaakt dat de Garantstellingsregeling

werking van de Garantstellingsregeling.

45 Zie Cozijn (1991), blz. 55-56 en het kabinetsstandpunt inzake de evaluatie van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF), Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 17 050, nr. 147, blz. 5-6. Over het preventieve effect van de WBF als zodanig bestaat grote onduidelijkheid. Zie het regeringsantwoord op vragen vanuit de Tweede Kamer over het genoemde kabinetsstandpunt, Tweede Kamer, vergaderjaar 1992-1993, 17 050, nr. 157, blz. 7-8.

46 Zie onderdeel 9.5.

ertoe leidt, althans eraan bijdraagt, dat bestuurders al te gemakkelijk aansprakelijk worden gesteld.⁴⁷ Een enkele rechter-commissaris deelde mede soortgelijke signalen te hebben opgevangen en tegen deze achtergrond verzoeken om een garantstelling kritisch te bekijken.

47 Zie J.C.P. Ekering, De beste stuurlii, Tvl 1997/2, blz. 35.

De beheersbaarheid van de Garantstellingsregeling

1 Inleiding

De Garantstellingsregeling is uit haar aard een open eind-regeling waarop het Ministerie van Justitie financieel moet toelagen. Winst valt er niet te maken. In het – louter in theorie te bereiken – meest gunstige geval waarin alle garantstellingen volledig succesvol zijn, zou het Ministerie van Justitie per saldo de beurs gesloten kunnen houden. In de praktijk daarentegen kan men hooguit trachten het verlies zoveel mogelijk te beperken. Het is echter de vraag of dit gebeurt. Uit de resultaten van de Garantstellingsregeling (zie hoofdstuk 8) blijkt dat in meer dan de helft van de beëindigde garantstellingen de curator uiteindelijk niet (geheel) succesvol is geweest om per saldo baten voor de boedel te verwerven. Dit zijn de gevallen waarin het Ministerie van Justitie uiteindelijk geheel of gedeeltelijk onder een garantstelling heeft moeten uitkeren. Het is de vraag in hoeverre het aantal succesgevallen kan worden vergroot en daarmee de Garantstellingsregeling voor het Ministerie van Justitie beheersbaar kan blijven. Hiertoe heeft het Ministerie van Justitie in de huidige situatie enkele mogelijkheden. Zo kent de Garantstellingsregeling een (ver)haalbaarheidstoets, waarmee getracht wordt kansloze, dat wil zeggen verliesgevende, zaken te ecarteren (onderdeel 2). Verder wordt de potentiële aansprakelijkheid van het Ministerie van Justitie begrensd en daarmee per geval beheersbaar, door aan een garantstelling een maximumbedrag te verbinden (onderdeel 3).

2 De (ver)haalbaarheidstoets

Een belangrijke rem op de uitgaven onder de Garantstellingsregeling is de (ver)haalbaarheidstoets. Heeft een actie door de curator kans van slagen? En zo ja, biedt de aangesproken bestuurder voldoende verhaal?⁴⁸ De toets is er op gericht om het financiële risico voor de boedel dat door de garantstelling vervolgens op de Staat wordt afgewenteld, te minimaliseren. De potentiële aansprakelijkheid van het Ministerie van Justitie wordt beperkt indien een groter deel van de afgegeven garantstellingen uiteindelijk succes heeft. Dan immers hoeft de garantstelling niet te worden aangesproken, omdat baten in de boedel vloeien.

48 Vgl. art. 2 sub 5 Garantstellingsregeling.

Met betrekking tot de haalbaarheidstoets moet onderscheiden worden tussen de garantstellingen die uitsluitend betrekking hebben op het verhaalsonderzoek en die welke (tevens) zien op de aansprakelijkstelling door de curator en de eventueel daaruit voortvloeiende procedure(s). Dit onderscheid kan aan de hand van de huidige administratie van het Ministerie van Justitie niet worden gemaakt, behalve door ieder dossier afzonderlijk te bekijken. Zelfs wanneer dat onderscheid eenvoudig zou kunnen worden gemaakt en derhalve de garantstellingen uitsluitend gericht op de aansprakelijkstelling en de verhaalsmogelijkheden afzonderlijk kunnen worden bekeken, valt moeilijk na te gaan of de toekenningen van garantstellingen door het Ministerie van Justitie verantwoord zijn geweest. Uit het onderzoek is gebleken dat het Ministerie van Justitie bij het aanleggen van de haalbaarheidstoets in belangrijke mate leunt op het positieve “advies” van de rechter-commissaris. De laatste tijd verricht het Ministerie van Justitie echter ook meer en meer een zelfstandig onderzoek naar de haalbaarheid, bijvoorbeeld door daarover nader te overleggen met de curator. Er bestaan echter geen criteria waaraan de succeschansen van een actie door de curator worden getoetst.

Niet alleen de kansen op succes in een eventuele procedure bepalen het risico van het Ministerie van Justitie, ook de mogelijkheid om uiteindelijk – bij een toewijzend vonnis – daadwerkelijk verhaal te nemen is daarvoor relevant. Zelfs een onvoorwaardelijke veroordeling van bijvoorbeeld een bestuurder op grond van art. 2:138 BW om het volledige tekort in het faillissement bij te dragen levert niets op als die bestuurder geen verhaal biedt. Bij de beoordeling van verzoeken om een garantstelling dient de mogelijkheid om verhaal te nemen derhalve een essentiële rol te vervullen.⁴⁹ In de praktijk blijkt dit aspect evenwel een struikelblok te zijn. Vaak weten curatoren aan het begin nog niet of er te zijner tijd voldoende verhaal zal zijn en daarnaar willen zij juist graag onderzoek verrichten. Het beroep op de Garantstellingsregeling wordt vaak primair gedaan om dat verhaalsonderzoek mogelijk te maken. Uit de aard van het verzoek kan de curator dan echter moeilijk aangeven of verhaal mogelijk is. Hier treedt derhalve een spanningsveld aan het licht.

In de praktijk wordt dit spanningsveld door het Ministerie van Justitie opgelost door een relatief kleine garantstelling toe te kennen waarmee de curator dat verhaalsonderzoek kan verrichten. Op basis van de uitkomsten daarvan kan vervolgens worden bekeken of een groter bedrag aan garantstelling kan worden toegekend om – bij gebleken verhaalsmogelijkheden – de risico's van een daadwerkelijke aansprakelijkstelling te dekken.

Deze oplossing lijkt in de praktijk te werken, zij het dat de hoogte van de te verschaffen garantstelling voor het verhaalsonderzoek vermoedelijk realistischer kan worden ingeschat wanneer de curator gebruik kan maken van verhaalsinformatie die bij de overheid aanwezig is. In het bijzonder valt te denken aan informatie afkomstig uit het gegevensbestand “Vennoot '98” van het Ministerie van Justitie

49 Vgl. art. 2 sub 5 Garantstellingsregeling.

en informatie omtrent de vermogenspositie van de aan te spreken persoon afkomstig van de fiscus.⁵⁰ Hoewel deze informatie geen volledig beeld kan verschaffen, vormt deze een belangrijke bron voor verdere actie. Onderzocht zou moeten worden in hoeverre informatie afkomstig uit andere – doorgaans redelijk prijzige – inlichtingenbronnen, zoals bijvoorbeeld van recherche- en incassobureaus, deurwaarders etc. toegevoegde waarde heeft.

Een bijzonder probleem doet zich voor als het vermogen waarop eventueel verhaal genomen moet worden zich mogelijk in het buitenland bevindt. De Nederlandse informatiesystemen geven daarover geen uitsluitel. Indien een curator daarnaar onderzoek wil verrichten, ziet hij zich doorgaans geconfronteerd met hogere kosten. Aanvragen daarvoor worden door het Ministerie van Justitie kritisch bejegend. Het belangrijkste motief is dat men hier niet kan overzien of een garantstelling wel enig perspectief kan bieden, vooral wanneer de curator omtrent die verhaalsmogelijkheden nog volledig in het duister tast. In principe is er echter geen verschil met een verhaalsonderzoek binnen Nederland. Met de toenemende globalisering van de Nederlandse economie en het kapitaalverkeer, alsmede de invoering van de euro, is het een illusie te menen dat verhaalsvermogen binnen de Nederlandse grenzen blijft.

Zelfs wanneer de verhaalsmogelijkheden redelijk aanwezig zijn en de actie door de curator niet zonder grond lijkt, blijft altijd een zeker risico bestaan dat de curator uiteindelijk met lege – of slechts beperkt gevulde – handen blijft staan, dat door de garantstelling op het Ministerie van Justitie is afgewenteld. Zo kan de curator worden geconfronteerd met het risico dat in een later stadium activa aan eventueel verhaal wordt onttrokken. Dit kan worden beperkt door bevrozing van de activa door beslag. In hoeverre dit in de praktijk gebeurt onttrekt zich aan de waarneming van het Ministerie van Justitie. Bovendien wordt een dergelijk beslag gefrustreerd door een later intredend faillissement van de bestuurder: op grond van art. 33 Fw. vervallen gelegde beslagen en zal de vordering van de curator ter verificatie moeten worden ingediend. Aangezien aan deze vordering geen voorrang is verbonden, zal dat in de meeste gevallen ertoe leiden dat daarop geen (of slechts een kleine) betaling zal plaatsvinden.

3 De maximering van de omvang van de toegekende garantstellingen

Een tweede manier waarop in de praktijk getracht wordt de kosten van de Garantstellingsregeling beheersbaar te houden, heeft te maken met de omvang van de afzonderlijke garantstellingen. Bij toekenning van het verzoek verbindt het Ministerie van Justitie daaraan een maximum bedrag, zodat de potentiële aansprakelijkheid van het Ministerie van Justitie vaststaat en daarmee begrensd is.

50 Zie hieromtrent onderdelen 3.4 en 3.3.

Richtsnoer voor het toegekende maximum vormt het door de curator gevraagde bedrag op basis van een deugdelijk beredeneerde schatting van de kosten en omvang van de te verrichten werkzaamheden.⁵¹ Voor zover deze schatting – marginaal goetst door het Ministerie van Justitie – onrealistisch voorkomt, wordt van de kant van het Ministerie van Justitie een nadere onderbouwing gevraagd. Ten aanzien van verzoeken om een garantstelling tot een bedrag van f 10.000, nagenoeg altijd voor het verrichten van een verhaalsonderzoek, is langzamerhand de praktijk ontstaan dat deze in beginsel gemakkelijker worden gehonoreerd. Daarnaast is in een aantal gevallen het verzoek van een curator om een garantstelling voor een procedure tegen de bestuurder na overleg met het Ministerie van Justitie omgezet in een verzoek voor een verhaalsonderzoek in de gevallen waarin dat nog niet was gedaan. Hiermee wordt in de eerste plaats voorkomen dat een eventuele succesvolle procedure uiteindelijk een Pyrrhusoverwinning voor de curator blijkt te zijn wegens ontbreken van verhaal. In de tweede plaats zijn met dergelijke garantstellingen doorgaans relatief kleine bedragen gemoeid, zodat eventuele negatieve resultaten slechts een gering financieel nadelig effect voor het Ministerie van Justitie hebben.

Zodra de garantstelling is toegekend, is er vervolgens in wezen geen beperking aan de kosten die daardoor worden gedekt. De enige eis die wordt gesteld is dat de kosten verband houden met de procedure dan wel het daaraan voorafgaande (ver)haalbaarheidsonderzoek.⁵² Deze kosten omvatten mede een vergoeding voor de door de curator aan de zaak te besteden tijd en voor zijn verschotten en zelfs de proceskosten waarin hij mogelijk jegens de wederpartij wordt veroordeeld. Voor het overige is de curator binnen het gestelde maximum vrij om uitgaven voor zijn werk te doen. Weliswaar is hij op grond van art. 4 lid 1 van de Garantstellingsregeling verplicht tot een periodieke halfjaarlijkse rapportage en krachtens art. 4 lid 2 van de Garantstellingsregeling tot een (financiële) eindverantwoording, maar in de praktijk zijn hieraan tot nog toe geen consequenties verbonden in de zin dat een garantstelling werd ingetrokken of de curator zelf een deel van de debetstand heeft moeten aanzuiveren.

Het werken met maximumbedragen bij het verlenen van een garantstelling heeft overigens maar beperkte invloed op de beheersbaarheid. Ingeval de curator na verloop van tijd daarmee niet meer uit de voeten kan, omdat de kosten aanmerkelijk zijn gestegen, kan hij namelijk tussentijds een verhoging van de garantstelling aanvragen. Dit komt geregeld voor. Redenen voor deze verhoging zijn bijvoorbeeld de proceshouding van de aangesproken personen, hoger beroep en/of cassatie, al dan niet uitgelokt door de wederpartij, complexe casus, verbergen van verhaalsmogelijkheden door wederpartij, etc. Door dergelijke verhogingen blijkt het werken met maximumbedragen slechts in beperkte mate bij te dragen aan de beheersbaarheid van de Garantstellingsregeling.

Ook anderszins behoedt de begrenzing van de garantstellingen met een

51 Vgl. art. 2 sub 3 Garantstellingsregeling j° art. 2:138 lid 10 BW.

52 Vgl. art. 3 lid 2 Garantstellingsregeling j° art. 2:138 lid 10 BW.

maximumbedrag het Ministerie van Justitie niet voor overschrijdingen en daarmee hogere financiële risico's. Allereerst wordt de garantstelling verstrekt exclusief provisie, rente en kosten die aan de bancaire rekening-courantverhouding zijn verbonden. Vergoeding hiervan doet de aansprakelijkheid van het Ministerie van Justitie uitstijgen boven het maximum van de toegekende garantstelling. Daarnaast blijkt het Ministerie van Justitie in bijna een kwart van de beëindigde garantstellingen substantieel meer te hebben uitgekeerd dan het bedrag waarvoor het verzoek van de curator en de garantie aan de bank waren toegekend, veelal wegens de veroordeling van de curator in de proceskosten van de wederpartij.⁵³

53 Zie onderdeel 8.3.3.

Mogelijke wijzigingen

1 Inleiding

In dit hoofdstuk behandelen wij een aantal mogelijke wijzigingen van de Garantstellingsregeling (alsmede art. 2:138 lid 10 BW) die een verbetering kunnen meebrengen, in het bijzonder voor de effectiviteit en de beheersbaarheid van de regeling.

Vanuit een oogpunt van verbetering van de effectiviteit komt allereerst het verhaalscriterium aan de orde (onderdeel 2), dat, zoals bleek in onderdeel 9.4, een negatieve invloed heeft op de fraudebestrijding. Vervolgens wordt in het verlengde daarvan de rol van het Openbaar Ministerie behandeld (onderdeel 3). Een andere hindernis voor de effectiviteit die in onderdeel 9.4 werd gesignaleerd, betreft het “verdampen” van de vordering ex art. 2:138 BW na het faillissement. Mogelijke aanpassingen vormen het onderwerp van onderdeel 4. Ten slotte komt de reikwijdte van de mogelijkheid een garantstelling te verlenen aan de orde in onderdeel 5.

De beheersbaarheid van de Garantstellingsregeling kan eveneens op verschillende manieren worden vergroot, zij het niet altijd zonder nadelige neveneffecten. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan een beperking van de afzonderlijke garantstellingen (onderdeel 6), van de omvang van het totaal aantal garantstellingen door middel van een vast jaarlijks budget (onderdeel 7) of van de beperking tot gevallen waarin ook de concurrente schuldeisers profiteren (onderdeel 8). Voorts wordt bepleit één loket in het leven te roepen waar de curator terecht kan voor de verschillende in hoofdstuk 3 genoemde regelingen die verband houden met de proceskostengarantie (onderdeel 9). Vervolgens wordt de mogelijkheid behandeld om het Ministerie van Justitie een betere inschatting van riskante zaken te laten maken (onderdeel 10). Een andere mogelijkheid is om de kosten waarvoor de -garantstellingen dekking geven zoveel mogelijk in te perken (onderdeel 11). Tevens kan gedacht worden aan het veilig stellen van de (regres)vordering van de Staat door het bedingen van zekerheden (onderdeel 12). Naast de verlaging van de lasten valt ten slotte te overwegen om in het kader van de Garantstellingsregeling baten te genereren ter dekking van die lasten door in de succesvolle dossiers een bijdrage te verlangen als een soort “succesopslag” voor het Ministerie van Justitie (onderdeel 13)

2 Het verhaalscriterium

In de praktijk blijkt het verhaalscriterium vrijwel steeds bepalend te zijn voor de beslissing op het verzoek om een garantstelling.⁵⁴ Dit verhaalscriterium staat op gespannen voet met het streven van de wetgever misbruik van rechtspersonen in te dammen. Immers, indien het er uitsluitend om gaat door bestuurders gepleegde fraude aan te pakken zou het er niet toe mogen doen of dit al of niet een voordeel voor de boedel zou kunnen opleveren.

Hoewel curatoren de noodzaak van een uiteindelijke verhaalsmogelijkheid erkennen en begrip hebben voor een terughoudend beleid van het Ministerie van Justitie als vaststaat dat verhaal niet mogelijk is, leidt deze eis tot een onbevredigend gevoel wanneer overduidelijk sprake is van fraude en/of ander misbruik van rechtspersoonlijkheid. Sommige curatoren vinden derhalve dat ook dan actie moet worden ondernomen en dat het Ministerie van Justitie hiertoe de middelen door middel van de Garantstellingsregeling ter beschikking moet stellen. Dit standpunt wordt door een enkele rechter-commissaris gedeeld en ook het Ministerie van Justitie heeft in enkele gevallen een garantstelling verstrekt, terwijl de verhaalbaarheid minst genomen dubieus was.

Bestaat er tegen deze achtergrond aanleiding het verhaalscriterium te laten varen en in geval van fraude een garantstelling te verlenen, ongeacht of de bestuurder verhaal biedt?⁵⁵ Naar onze mening is dit niet het geval. In de eerste plaats biedt noch de wetsgeschiedenis noch het systeem van het (faillissements)recht voldoende aanleiding voor de gedachte dat ook in gevallen waarin geen voordeel voor de boedel te verwachten is met behulp van een garantstelling actie moet worden ondernomen. In de tweede plaats zou een dergelijke actie weinig bijdragen aan de fraudebestrijding of het rechtvaardigheidsgevoel, maar dit veeleer schaden. Een toewijzend vonnis dat niet executabel is, is immers slechts een symbool voor de gebreken van het rechtssysteem. In de derde plaats bestaat er in de praktijk – bij het Ministerie van Justitie, bij curatoren en bij rechters-commissarissen – niet veel animo voor een dergelijke praktijk.

3 De rol van het Openbaar Ministerie als sluitstuk van de Garantstellingsregeling

Handhaving van het verhaalscriterium kan, zoals gezegd, een onbevredigend gevoel achterlaten in gevallen van evidente fraude. Vrijwel alle benaderde personen lieten doorschemeren dat indien het verhaalscriterium zou worden gehandhaafd, hetgeen wij hierboven bepleitten, de overheid op de een of andere manier iets moet doen

54 Zie onderdeel 5.1 en 9.4.

55 Een andere zaak is dat niet al te snel moet worden aangenomen dat er geen verhaal is. In de praktijk wordt er op gewezen dat ook waar niet de vinger op verhaal kan worden gelegd, een bestuurder in het kader van een schikking vaak toch met middelen over de brug komt.

om het onbevredigende gevoel weg te nemen. In dit verband richt ieder de blik op het Openbaar Ministerie. Het lijkt inderdaad effectiever de middelen die nodig zijn voor garantstellingen in zaken waarin geen verhaal kan worden genomen, aan te wenden voor versterking van het Openbaar Ministerie. Tegelijk wordt van alle kanten het beeld geschetst dat deze theoretisch voor de hand liggende gedachte in de praktijk niet werkt. Hiervoor worden verschillende redenen aangevoerd.

In de eerste plaats blijkt de onderhavige fraudebestrijding door het Openbaar Ministerie in de praktijk geen prioriteit te hebben, ook al wordt in beleidstermen soms wel anders gesteld. Het jaarlijks aantal aan te nemen zaken is feitelijk te verwaarlozen. Zo kunnen in het arrondissement 's-Gravenhage ongeveer tien zaken per jaar worden aangebracht. In 's-Hertogenbosch ligt dit cijfer op hetzelfde niveau, maar dit betreffen doorgaans kleine "zittingsklare" zaken. Volgens een lid van de werkgroep "Financieel rechercheren" liggen deze cijfers landelijk in de buurt van ongeveer 100 zaken per jaar. Deze cijfers zouden echter gebaseerd zijn op een gebudgetteerde toedeling en niet op feitelijk voorkomende hoeveelheden fraudezaken. Wel plaatsen wij hier de kanttekening dat een onderzoek naar die gegevens buiten het bestek van dit onderzoek ligt en dat deze gegevens derhalve door ons niet nader geverifieerd zijn.

In de tweede plaats is de ervaring van curatoren dat de expertise bij degenen bij wie zij in voorkomend geval aangifte doen meestal tekort schiet om tot een zinvolle aangifte te komen. Daarnaast is deze aangifte vaak omslachtig. Afhankelijk van het arrondissement komt hierin overigens enige verandering. In 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld heeft men naar aanleiding van een studiemiddag over Faillissementsfraude enige jaren geleden de aangifteprocedure gestroomlijnd en kan de curator per brief aangifte doen op basis van een standaardformulier.

In het verlengde van het bovenstaande speelt een belangrijke rol dat bij curatoren de overtuiging heerst dat zij op zich best bereid zouden zijn tot het doen van een – omslachtige – aangifte, mits daarop maar resultaat volgt. Hun indruk is dat dit meestal echter niet gebeurt, waardoor de animo tot het doen van aangifte niet wordt vergroot. Deze indruk wordt bevestigd door de rechters-commissarissen.

Inmiddels wordt gewerkt aan een bundeling van de kennis bij het Openbaar Ministerie en de politie ter bestrijding van faillissementsfraude met behulp van interregionale fraudeteams. Bij wijze van experiment is men thans bezig met het opzetten van een "expertiseteam faillissementsfraude" in het Interregionale fraudeteam Zuid (Zeeland, Noord-Brabant en Limburg). Het is de bedoeling dat langs deze weg een aanzet wordt gegeven tot het wegnemen van de boven signaleerde knelpunten. Wij bepleiten een betere coördinatie tussen het Ministerie van Justitie en (de beleidsmakers van) het Openbaar Ministerie ter zake van de evidente fraudegevallen, zodat hiertegen buiten bezwaar van de boedel kan worden opgetreden. Dientengevolge kan het Ministerie van Justitie het verhaalscriterium van art. 2 sub 5 van de Garantstellingsregeling strikt blijven hanteren, waarmee de beheersbaarheid van de regeling gediend wordt.

4 De vordering ex art. 2:138 BW na het faillissement

4.1 Inleiding

Een zwakte in het huidige systeem is dat de vordering ex art. 2:138 BW met het einde van het faillissement teloor gaat omdat er dan niemand meer is om de vordering in te stellen of, zo dit al is geschied, een veroordelend vonnis te executeren.⁵⁶ In de praktijk wordt wel geprobeerd dit probleem te omzeilen doordat in geval van een faillissement van een rechtspersoon het salaris van de curator wordt vastgesteld zonder dat de hoogte van de boedel als begrenzing wordt gehanteerd.⁵⁷ De gedachte daarbij is dat de curator er belang bij houdt in het oog te houden of de bestuurder in goede doen geraakt. Indien dit het geval is, zou de curator op de voet van art. 194 Fw. om heropening van het faillissement kunnen verzoeken in verband met een nagekomen bate en de vordering ex art. 2:138 BW alsnog kunnen instellen. Uiteindelijk kan van deze mogelijkheid echter niet al te veel worden verwacht. De Hoge Raad heeft de grenzen voor toepassing van art. 194 Fw. eng gesteld. Zo komt een heropening niet aan de orde ingeval het faillissement is geëindigd wegens een opheffing wegens gebrek aan baten,⁵⁸ hetgeen in gevallen als de onderhavige uit de aard der zaak vaak het geval zal zijn. Bovendien is het de vraag in hoeverre de curator na het eindigen van het faillissement daadwerkelijk onderzoeken pleegt naar de ge goedheid van de bestuurder.

4.2 Vordering in te stellen door andere instantie

Het hierboven gesignaleerde probleem van het “verdampen” van de vordering ex art. 2:138 BW na het faillissement, zou kunnen worden omzeild door niet de curator maar een andere instantie – zoals bijvoorbeeld de Officier van Justitie – (al dan niet na het faillissement) te belasten met het instellen van de vordering of de tenuitvoerlegging van een vonnis. Het is echter de vraag of deze mogelijkheid in de praktijk een oplossing kan bieden. Voor het instellen van de vordering is specialistische kennis vereist, die wellicht niet steeds aanwezig is bij het Openbaar Ministerie. Bovendien kampt het Openbaar Ministerie nu reeds met capaciteitsproblemen. Een andere instantie dan het Openbaar Ministerie lijkt niet beschikbaar. Ten slotte blijft hoe dan ook het probleem waar de eventuele baten naar toe moeten gaan: een heropening van het faillissement of, zo dit niet mogelijk

56 Zie onderdeel 9.4.

57 In geval van het faillissement van een natuurlijk persoon wordt deze begrenzing wel gehanteerd.

58 Zie HR 10 augustus 1984, NJ 1985, 69-70 (Dekkers). Ingeval om deze reden geen heropening mogelijk is, is de aangewezen weg een faillissementsaanvraag van de rechtspersoon in liquidatie, met alle kosten die daaraan zijn verbonden.

is, een faillissementsaanvraag van de rechtspersoon (in liquidatie), lijkt ook dan aangewezen.⁵⁹

4.3 Overdracht van de vordering ex art. 2:138 BW

Een andere, te verkiezen oplossing is dat de curator de vordering ex art. 2:138 BW vóór het einde van het faillissement overdraagt, desnoods om niet. De rechters-commissarissen hadden verschillende opvattingen over de praktische mogelijkheden: één hunner schatte in dat er altijd wel een schuldeiser te vinden is die bereid is de vordering over te nemen; een andere rechter-commissaris had daarvan geen al te hoge verwachtingen. In ieder geval opereren thans commerciële bureaus in de markt die er hun bedrijf van maken vorderingen uit faillissement over te nemen.

Voor overdracht van de vordering ex art. 2:138 BW is evenwel een wetswijziging noodzakelijk. De Hoge Raad heeft immers uitgemaakt dat de vordering ex art. 2:248 BW – en dus ook die van art. 2:138 BW – niet overdraagbaar is.⁶⁰ Dit werd erop gegrond dat de curator bij deze vordering ruime bevoegdheden heeft tegenover de bestuurder en dat een waarborg tegen onredelijke consequenties is gelegen in de matigingsbevoegdheid ex art. 2:248 lid 4 BW van de rechter en “de omstandigheid dat de curator zijn bevoegdheid uitoefent ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en zulks doet onder toezicht van de rechter-commissaris aan wie hij over de wijze waarop hij zijn bevoegdheden uitoefent, verantwoording verschuldigd is.” Met dit systeem is in strijd, aldus nog steeds de Hoge Raad, dat een derde deze vordering aan zich zou kunnen laten overdragen ten einde deze ruime bevoegdheden te eigen bate en los van de afwikkeling van het faillissement te kunnen uitoefenen.

Het komt ons voor dat een dergelijke wetswijziging verdedigbaar en zelfs wenselijk is. Daarbij zou immers bepaald kunnen worden dat ook voor de overdracht van de vordering de toestemming van de rechter-commissaris noodzakelijk is, voor zover dat niet reeds het geval is.⁶¹ Ook zou kunnen worden bepaald dat de overdracht eerst mogelijk is nadat de rechter-commissaris zijn goedkeuring voor het instellen van een procedure heeft gegeven. Indien deze toestemming eenmaal is gegeven speelt het toezicht van de rechter-commissaris sowieso een beperkte rol. Ten slotte blijft ook bij een overdracht van de vordering de mogelijkheid bestaan dat de rechter die daarover oordeelt de matigingsbepaling toepast en biedt het gemene recht voldoende mogelijkheden onredelijke consequenties te voorkomen.⁶²

59 Het is evenwel ook verdedigbaar dat deze opbrengst in deze gevallen in de openbare middelen zou vloeien, zodat daaruit eventueel de toepassing van de Garantstellingsregeling kan worden bekostigd.

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

61 Dit is thans reeds zo bij een onderhandse verkoop (art. 176 lid 1 Fw.), hetgeen in gevallen als de onderhavige voor de hand ligt.

62 Zo kunnen onredelijkheden in de bewijslastomkering van art. 2:138 lid 2 BW worden ondervangen door de laatste volzin van deze bepaling – “Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.” – of door de bewijslast (terug) om te keren op basis van (bijvoorbeeld) de billijkheidscorrectie van art. 177 Rv. Vgl. voorts de algemene matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW.

Door het mogelijk maken van een overdracht kan in voorkomende gevallen toch een bate voor de boedel worden gerealiseerd (hoewel in de situatie dat al gebleken is dat de bestuurder geen verhaal biedt nauwelijks enige opbrengst te verwachten is). In ieder geval wordt voorkomen dat de vordering ex art. 2:138 BW “verdampt”.

5 De onrechtmatige-daadsvordering van de curator wegens de benadeling in de verhaalsmogelijkheden

De huidige regeling kent slechts de mogelijkheid een garantstelling te verlenen voor een vordering op de voet van art. 2:138 BW, de faillissementspauliana van art. 42 e.v. Fw. en art. 2:9 BW. In de rechtspraak van de Hoge Raad bestaat sinds 1983 de mogelijkheid dat de curator een onrechtmatige-daadsvordering instelt wegens de benadeling van de schuldeisers, ook waar de gefailleerde zelf een dergelijke vordering niet toekomt.⁶³ Deze vordering blijkt in de praktijk een nuttige functie te vervullen. Het valt niet in te zien waarom geen garantstelling kan worden verleend voor (onderzoek naar) een dergelijke vordering.

Van de andere kant beschouwd, ligt het minder voor de hand dat een garantstelling wordt verleend voor een vordering op de voet van art. 2:9 BW. Het gaat hier om een aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon en deze bepaling beoogt – in eerste instantie – niet de gezamenlijke schuldeisers te beschermen.⁶⁴ Weliswaar profiteren zij in geval van een faillissement van de opbrengsten van deze vordering – die naast de vordering uit art. 2:138 BW kan worden ingesteld⁶⁵ – maar dit geldt voor elke aan de gefailleerde toekomende vordering. Een rechtvaardiging voor het verlenen van een garantstelling voor een vordering op de voet van art. 2:9 BW kan slechts worden gevonden in de gedachte dat ook het benadelen van andere belanghebbenden bij de rechtspersoon dan de schuldeisers – zoals bijvoorbeeld aandeelhouders – als “misbruik” geldt. Het moet echter worden opgemerkt dat de WBF weinig voedsel voor deze gedachte geeft.

Het bovenstaande lijkt in de praktijk weinig problemen op te leveren. Enerzijds kunnen curatoren indien zij een garantstelling verkrijgen voor de het instellen van een vordering op grond van art. 2:138 BW of art. 43 Fw. de grondslag van de onrechtmatige daad subsidiair aanvoeren. Anderzijds loopt de vordering op de voet van art. 2:9 BW naadloos over in die van 2:138 BW omdat het in beide gevallen aankomt op de vraag of onbehoorlijk is bestuurd.⁶⁶ Niettemin wordt aanbevolen

63 Zie HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters q.q./Gatzen), HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.) en HR 23 december 1994, NJ 1996, 627-628 (Notarissen THB I-II) en HR 15 september 1995, NJ 1996, 629 (Notarissen THB III).

64 Vgl. Asser-Maeijer 2-III, nr. 321 en P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 11e druk, 1998, blz. 150-152.

65 Zie art. 2:138 lid 8 BW.

66 Wel biedt art. 2:9 BW een aantal voordelen boven art. 2:138 BW. Zo behoeft niet het causaal verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement aannemelijk te worden gemaakt en geldt niet de “raamperiode” van drie jaar. Daar staat tegenover dat voor art. 9 BW

expliciet te bepalen dat een garantstelling kan worden verleend voor de onrechtmatige-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers en – tenzij bewust de keuze voor een ruimer begrip “misbruik” wordt gemaakt – de mogelijkheid voor een garantstelling voor een vordering op grond van art. 2:9 BW te schrappen.

6 Beperking van de omvang van afzonderlijke garantstellingen

Een andere beperking van de kosten voor het Ministerie van Justitie zou kunnen liggen in het vaststellen van de maximale aansprakelijkheid per afzonderlijke garantstelling. In deze zienswijze wordt aanvaard dat het totaal aantal gevallen waarbij een beroep op de Garantstellingsregeling wordt gedaan niet valt te sturen, maar wordt aan ieder afzonderlijk geval een grens gesteld. Deze beperking kan geschieden in ofwel de vorm van een maximumbedrag, ofwel in tijd waarvoor de garantstelling wordt verstrekt.

Zoals hierboven in onderdeel 10.3 is uiteengezet vindt thans al een beperking door middel van een maximumbedrag per garantstelling plaats. Zoals gesteld kan dit verhoogd worden, wanneer de curator met de gegeven garantstelling na verloop van tijd niet meer uit de voeten kan. Overwogen zou kunnen worden om de verhogingen strenger te toetsen, bijvoorbeeld door een goed gemotiveerd advies van de rechter-commissaris of een “second opinion” van een deskundige te verlangen.⁶⁷

Een beperking van de garantstelling in tijd gebeurt in zekere zin al, waar de op de garantstelling gebaseerde garantie aan de bank telkens voor de duur van één jaar wordt verstrekt, waarna op het verzoek van de curator een verlenging van de garantie aan de bank moet worden toegekend. Tot een verbetering van de beheersbaarheid leidt deze beperking niet. In de eerste plaats is het geen reële mogelijkheid de garantie in te trekken voor zover de rekening-courant al is benut: dit zou er slechts toe leiden dat de bank – zo deze de garantie nog niet heeft geclaimd – met lege handen blijft staan (hetgeen denkkelijk een fnuikend effect zou hebben op haar bereidheid in de toekomst nog haar medewerking aan de Garantstellingsregeling te verlenen). In de tweede plaats mist de praktijk van de jaarlijkse verlenging wezenlijk nut.⁶⁸

niet een fictie of een vermoeden geldt als vervat in art. 2:138 lid 2 BW en dat de curator de schade zal dienen aan te tonen.

67 Zie ook onderdeel 11.10 hieronder.

68 Zie onderdeel 6.3.

7 Beperking totale omvang garantstellingen

Met betrekking tot een betere beheersbaarheid van de Garantstellingsregeling valt in de eerste plaats aan een vrij grove maatregel te denken door in de begroting een maximumbedrag voor de Garantstellingsregeling op te nemen. Een dergelijke budgettering is echter praktisch moeilijk uitvoerbaar zonder de Garantstellingsregeling in de kern aan te tasten. Het aantal gevallen waarin een beroep op de Garantstellingsregeling wordt gedaan en de aard van deze gevallen zijn namelijk niet te voorspellen. Hetzelfde geldt voor de kosten per garantstelling. Deze zijn afhankelijk van tal van externe factoren waarop noch het Ministerie van Justitie, noch de curator, noch de rechter-commissaris vat op heeft. Betwijfeld moet worden of het Ministerie van Justitie ooit voldoende inzicht in deze externe factoren kan krijgen om een realistische budgettering op te stellen. Het is voorts niet of nauwelijks mogelijk de opportuniteit van een bepaalde garantie af te wegen tegen de opportuniteit van toekomstige gevallen. Het rigoureus afwijzen van verzoeken indien de grens van het budget in de loop van het jaar is bereikt, leidt er gemakkelijk toe dat kansrijke acties in mogelijk schrijnende gevallen achterwege blijven.

De mogelijkheid om een budget per arrondissement vast te stellen en de rechters-commissarissen te belasten met de afweging tussen de onderscheidene gevallen, is evenmin een oplossing. Hoewel de rechter-commissarissen een dergelijk systeem niet steeds op voorhand afwijzen, worden daarbij de nodige twijfels geuit. Betwijfeld wordt of zij de instrumenten hebben om de ene zaak af te wegen tegen de andere, die wellicht door een andere rechter-commissaris wordt behandeld. Bovendien wijzen ook zij erop dat aan het begin van het jaar niet is te overzien welke zaken zich later nog zullen voordoen en wordt het onbevredigend geacht dat een curator in een kansrijke zaak aan het eind van het jaar nul op het rekest krijgt. Ten slotte wordt gewezen op het gevaar van "potverteren": als er aan het eind van het jaar nog budget resteert kan de neiging bestaan dit alsnog te besteden.

Kortom, hoewel deze mogelijkheid voor verbetering van de beheersbaarheid in theorie denkbaar is, wijzen wij haar oplossing van de hand.

8 Beperking garantstellingen tot gevallen dat een deel van de opbrengst aan de concurrente schuldeisers ten goede komt

Beheersbaarheid valt ook te realiseren door de totale omvang van garantstellingen te beperken tot die gevallen waarin concurrente schuldeisers gebaat zullen worden. In de begintijd van de (toenmalige) voorschotregeling heeft de vraag of de opbrengst van de door het voorschot te financieren actie (ten dele) ten goede zou komen aan de concurrente schuldeisers mogelijk een rol gespeeld bij de beoordeling van een

verzoek.⁶⁹ Dit werd gegrond op de – onzes inziens onjuiste – gedachte dat de WBF ertoe strekt de positie van de concurrente schuldeisers te versterken.

Vooropgesteld moet worden dat de tekst van art. 2:138 lid 10 BW de ruimte biedt een dergelijke eis in de ministeriële regeling op te nemen. Volgens deze bepaling kan de Minister van Justitie immers “regels stellen voor de beoordeling van de gegrondheid van het verzoek en de grenzen waarbinnen het verzoek kan worden toegewezen”. De Garantstellingsregeling bevat de onderwerpelijke eis echter niet. De beperking dat ten minste een deel van de opbrengst ten goede aan de concurrente schuldeisers moet komen, druist in tegen de strekking van de WBF. Deze strekt er niet zozeer toe de positie van de *concurrente* als wel die van de *gezamenlijke* schuldeisers te versterken. Daartoe behoren niet slechts de concurrente maar ook de bevoorrechte schuldeisers (waaronder de fiscus en het Lisv). Weliswaar hebben de fiscus en het Lisv de mogelijkheid met behulp van de WBA een bestuurder zelfstandig aan te spreken op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar dit doet niet af aan de plicht van de curator het belang van de gezamenlijke schuldeisers (waaronder de fiscus en het Lisv) te behartigen en, zo daartoe gronden zijn, een beroep te doen op de WBF.⁷⁰ Een vergelijking kan worden gemaakt met het in art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990 neergelegde bodemrecht van de fiscus: de omstandigheid dat de fiscus zich voor sommige belastingvorderingen kan verhalen op zaken van derden, neemt niet weg dat de curator tot taak heeft zorg te dragen voor het verhaal van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers op het vermogen van de schuldenaar, waaronder de genoemde belastingvorderingen van de fiscus.

Het is bovendien geen automatisme dat de fiscus of het Lisv in geval van faillissement gebruik maakt van de bevoegdheden uit de WBA. Volgens het kabinet moeten in geval van faillissement afspraken kunnen worden gemaakt over wie het voortouw voor aansprakelijkstelling neemt,⁷¹ waarbij de vraag wie de gunstigste bewijspositie heeft een belangrijke rol speelt.⁷² Ook indien waarschijnlijk is dat de opbrengst van een procedure slechts bij de fiscus en het Lisv terecht komt, heeft

69 Zie onderdeel 2.3.

70 Dit neemt niet weg dat de vraag of de fiscus en/of het Lisv actie onderneemt van belang kan zijn voor de beslissing van de curator of een door hem in te stellen actie in het belang van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers is. Ingevolge art. 53 j° 21 Invorderingswet 1990 resp. art. 16d lid 12 j° art. 16 Coördinatiewet Sociale Verzekeringen heeft de vordering van de fiscus resp. het Lisv op de bestuurder dezelfde voorrang als hun vordering op de belastingschuldige. Dit betekent dat in geval van een concursus de curator eerst een betaling ontvangt nadat de fiscus en het Lisv volledig zijn voldaan.

71 Zie het kabinetsstandpunt inzake de evaluatie van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF), Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 17 050, nr. 147, blz. 8-9. Zie ook de opmerkingen van de Minister van Justitie bij gelegenheid van de mondelinge behandeling van de WBF: Handelingen Tweede Kamer, 1984-1985, blz. 6361. Het blijkt overigens dat deze afspraken in de praktijk niet worden gemaakt. Zie Cozijn (1989), blz. 25-26 en 28-29 en Cozijn (1991), blz. 49.

72 De WBA koppelt een vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur aan het ontbreken van een melding van betalingsonmacht, in de WBF is een dergelijk vermoeden gekoppeld aan het niet-voldaan zijn aan de boekhoud- en publicatieverplichtingen.

de curator een rol. Niet valt in te zien, waarom de voordelen van de WBF aan deze schuldeisers zouden moeten worden onthouden. Daarenboven mag niet uit het oog worden verloren dat de fiscus en het Lisv niet de enige bevoorrechte schuldeisers zijn en dat vrijwel alle overige bevoorrechte schuldeisers geen beroep op de WBA kunnen doen.⁷³

Het stellen van de eis dat de curator aannemelijk moet maken dat de opbrengst van de te financieren actie (ten dele) aan de concurrente schuldeisers ten goede komt, levert voorts aanzienlijke praktische problemen op. Op het moment dat de curator actie tegen een bestuurder wil ondernemen en daartoe een beroep op de Garantstellingsregeling doet, staat het doorgaans geenszins vast of al dan niet een uitkering aan de concurrente schuldeiser kan worden gedaan. Het is niet steeds op voorhand duidelijk hoe hoog de boedelkosten zullen oplopen of hoe hoog de vorderingen van de fiscus en het Lisv zullen zijn.

Wel is duidelijk dat deze eis de Garantstellingsregeling vrijwel betekenisloos zou maken. In minder dan 10% van alle faillissementen kan een uitkering aan de concurrente schuldeisers worden gedaan.⁷⁴ De onderhavige eis zou dus meebrengen dat in ruim 90% van alle uitgesproken faillissementen per definitie geen garantstelling zou kunnen worden verstrekt. Dit valt moeilijk te rijmen met het streven van de wetgever om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Het hanteren van de eis dat concurrente schuldeisers moeten profiteren van de door de curator in te stellen actie wordt mede hierom door curatoren en rechters-commissarissen vrijwel unaniem afgewezen. Ook wij zijn van mening dat een dergelijke beperking van de Garantstellingsregeling ongewenst is.

9 De “één loket-gedachte” en omslag van de kosten over het Ministerie van Justitie, het Ministerie van Financiën en het Lisv

Dat voor de verlening van een garantstelling niet de eis dient te worden gesteld dat een deel van de opbrengst aan concurrente schuldeisers ten goede dient te komen, wil niet zeggen dat de kosten aan de garantstelling uiteindelijk per definitie door het Ministerie van Justitie moeten worden gedragen. De redelijkheid van de huidige situatie, waarin het stellen van garanties wordt bekostigd door het Ministerie van Justitie terwijl de opbrengsten daarvan uiteindelijk bij de fiscus en het Lisv terechtkomen, springt niet in het oog. De gedachte komt gemakkelijk op dat in gevallen waar slechts de fiscus en/of het Lisv van een actie van de curator profiteren, het op de weg van deze schuldeisers ligt en niet op die van het Ministerie van

73 Naast de fiscus en het Lisv kunnen slechts de bedrijfspensioenfondsen een beroep op de WBA doen. Zie art. 18a lid 1 sub d j° 18b Wet betreffende de verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds.

74 Gebaseerd op de Faillissementsstatistiek 1996 van het CBS (blz. 23; staat 15); daarbij gaan wij ervan uit dat in de gevallen waarin faillissementen zijn beëindigd door een akkoord (4,4%) een uitkering aan concurrente schuldeisers heeft plaatsgevonden.

Justitie om een proceskostengarantie te bekostigen.⁷⁵ Echter, in gevallen waarin de WBF aan de orde is pleegt de fiscus een verzoek om een garantie door te verwijzen naar het Ministerie van Justitie.⁷⁶

Voorts wordt het bestaan van de verschillende overlappende regelingen, die bovendien naar elkaar verwijzen, over het algemeen als weinig wenselijk ervaren. Evenmin komt dit de werkbaarheid ten goede, zij het dat dit niet zozeer de Garantstellingsregeling betreft – daarop kan de curator steeds een beroep doen – als wel de regeling van de fiscus en het Lisv. Met name de eis dat andere belanghebbende schuldeisers moeten meebetalen, leidt gemakkelijk tot moeizame “meerpartijenonderhandelingen” (althans als de curator niet al eerder de handdoek in de ring gooit).

Wij pleiten voor een integratie van de verschillende regelingen zoals die nu bestaan, althans voor het hanteren van de “één-loket-gedachte”. In een dergelijk stelsel kan de curator zich steeds wenden tot één instantie, die op het verzoek beslist. De verschillende betrokken instanties zouden uiteindelijk uitmaken hoe in de onderlinge verhouding de kosten worden gedragen. Zoals reeds eerder vermeld, zijn er in de beginperiode van de WBF contacten geweest tussen het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Justitie over een overheveling van middelen van de begroting van het Ministerie van Financiën naar die van het Ministerie van Justitie, maar is de wijziging van de voorschotregeling in die van de (voorloper van de huidige) Garantstellingsregeling zijn de afspraken opgeschort. Het zou naar onze mening wenselijk zijn dat de contacten tussen het Ministerie van Justitie en het Ministerie van Financiën zouden worden aangezwengeld. Door de totstandkoming van het Lisv en de centralisering van het beleid dat daarmee samenhangt, bestaat de gelegenheid ook deze partij bij deze besprekingen te betrekken.

Het genoemde “loket” zou meteen het aanspreekpunt voor de curator kunnen zijn voor aan de proceskostengarantie verwante verzoeken, zoals het verzoek om informatie uit het door het Ministerie van Justitie bijgehouden bestand “Vennoot ‘98” en om verhaalsinformatie van de fiscus. Deze mogelijkheden zijn thans minder bekend dan de proceskostengarantie.

Het resultaat zou zijn dat de curator voor alle verzoeken die verband houden met bestuurdersaansprakelijkheid en de faillissementspauliana bij één instantie terecht kan, hetgeen ook de efficiency – en daarmee de vermindering van de kosten verbonden aan een garantie – ten goede zou komen.

75 Vgl. K. Langelaar, Over onbehoorlijke taakvervulling gesproken, Adv.bl. 1992, blz. 65.

76 Zie onderdeel 3.2.

10 Betere uitvoering van de (ver)haalbaarheidstoets

Het Ministerie van Justitie heeft nu al de mogelijkheid om met behulp van de (ver)haalbaarheidstoets zijn potentiële aansprakelijkheid te beperken.⁷⁷ Het is de vraag hoe een verhoging van het aantal succesgevallen kan worden bereikt. Zoals in onderdeel 10.2 is betoogd, valt te onderscheiden tussen de garantstellingen die uitsluitend betrekking hebben op het verhaalsonderzoek en die welke (tevens) zien op de aansprakelijkstelling door de curator en de eventueel daaruit voortvloeiende procedure(s). Aangezien dit onderscheid aan de hand van de huidige administratie van het Ministerie van Justitie niet kan worden gemaakt, verdient het aanbeveling dit onderscheid in de registratie bij het Ministerie van Justitie op te nemen.

Met betrekking tot de beoordeling van de garantstellingsverzoeken is verbetering mogelijk. Het blijkt dat de inhoudelijke toets of het zinvol is om een verzoek om garantstelling door de curator te honoreren in het huidige stelsel eigenlijk meestal ontbreekt. Er blijkt namelijk onduidelijkheid te bestaan bij zowel rechters-commissarissen als medewerkers van het Ministerie van Justitie over wat men nu precies van elkaar kan/mag verwachten. De Garantstellingsregeling gaat uit van een advies door de rechter-commissaris, alvorens het verzoek kan worden ingediend.⁷⁸ Over het algemeen geven de rechters-commissarissen aan marginaal tot uiterst marginaal te toetsen (hoewel de toets bij verder doorvragen soms minder marginaal blijkt dan in eerste instantie wel lijkt). Ofschoon het Ministerie van Justitie de laatste tijd zelf de verzoeken om een garantstelling meer en meer inhoudelijk is gaan toetsen, is het niet altijd in staat om een diepgaande inhoudelijke toets toe te passen. Het verdient aanbeveling om aan de rechters-commissarissen duidelijke informatie te verstrekken ten aanzien van hetgeen het Ministerie van Justitie van hen in het kader van de Garantstellingsregeling verwacht.

Gezien de relatief beperkte omvang van het aantal verzoeken om een garantstelling per jaar per arrondissement zal een meer inhoudelijke toets door de rechter-commissaris van het verzoek om een garantstelling geen onevenredige verzwaring van diens taken met zich meebrengen. Mocht dit echter wel blijken te gebeuren, dan kan gewerkt worden met een drempelbedrag – bijvoorbeeld f10.000 – waaronder een marginale toetsing en waarboven een meer inhoudelijke toets plaatsvindt. Een zwaardere inhoudelijke toets zou ook aangelegd kunnen worden in de gevallen waarin een curator om een verhoging vraagt in verband met een door hem zelf in te stellen hoger beroep en/of cassatie. Eventueel kan ook gedacht worden aan een “second opinion” door een deskundige. Indien de wederpartij in beroep of cassatie gaat is er minder reden voor een zware toets van het verhogingsverzoek.

Het is overigens onduidelijk in hoeverre de risico's voor het Ministerie van

77 Zie onderdeel 10.2.

78 Zie art. 1 Garantstellingsregeling. In het regeringsantwoord op vragen vanuit de Tweede Kamer, vergaderjaar 1992-1993, 17 050, nr. 157, blz. 11 wordt opgemerkt dat de regering er de voorkeur aan geeft om de uiteindelijke beslissing bij het Ministerie van Justitie te laten omdat “op deze wijze een uniforme toepassing van de regeling wordt gewaarborgd.”

Justitie verder beperkt kunnen worden door een betere en meer inhoudelijke (ver)haalbaarheidstoets door rechter-commissaris en het Ministerie van Justitie. Iedere beoordeling vooraf blijft immers een voorspelling met alle onzekerheden van dien. De aanvraag om een garantstelling wordt meestal in de beginfase van het onderzoek naar de wederpartij van de curator gedaan. Op dat ogenblik is zelden een goed feitelijk beeld voor handen. Verrassingen in het verloop van de procedure waardoor de positie van de curator opeens aanmerkelijk slechter wordt, zijn niet ondenkbaar. Voorzienbare en onvoorzienbare factoren kunnen er toe leiden dat de actie door de curator uiteindelijk onvoldoende oplevert, hoe positief de oorspronkelijke inschatting ook was geweest.

11 Verlaging kosten verbonden aan de garantstelling

11.1 Tussenkost van de bank uitschakelen

In tegenstelling tot de oorspronkelijke regeling, waarbij aan de curator een voorschot werd verstrekt, wordt in de huidige Garantstellingsregeling gewerkt met tussenkomst van een bank, waarbij de curator een afzonderlijke bankrekening moet openen voor het benodigde rekening-courantkrediet. Ter uitvoering van de garantstelling aan de curator wordt door het Ministerie van Justitie namens de Staat aan die bank een garantie verstrekt.

Uit het onderzoek, vooral de interviews met curatoren, kwam naar voren dat deze constructie als omslachtig wordt ervaren. Bovendien is deze vorm van ondersteuning door de provisie, rente en kosten die de bank de curator in rekening brengt duurder, zodat men zich kan afvragen of de huidige manier van uitvoering niet moet worden gewijzigd.

De respondenten die de huidige regeling als te omslachtig ervaren stellen voor om in plaats daarvan de curator zijn werkzaamheden te laten voorfinancieren. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij de thans vigerende "Richtlijnen in faillissementen en surseances van betaling"⁷⁹ en zou bij langdurige werkzaamheden gewerkt kunnen worden met tussentijdse afrekeningen.⁸⁰ Deze tussentijdse afrekeningen zullen het karakter van een voorschotbetaling moeten hebben, aangezien het denkbaar is dat in een later stadium alsnog een bate op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of pauliana in de boedel valt.

11.2 Terstond aflossen van de debetstand en schaalvergroting

Indien de verplichte tussenkomst van de bank met bijbehorende garantie gehandhaafd blijft, kan desalniettemin kostenbesparing op de individuele garantstelling

79 Van kracht sinds 1 januari 1997 en o.a. gepubliceerd als bijlage bij TvI 1997/4.

80 Zie Hoofdstuk 9 ("Salarisbepaling") van de Richtlijnen.

worden bereikt. Wanneer het Ministerie van Justitie bij het einde van de werkzaamheden door de curator terstond de debetstand van het rekening-courantkrediet aflost, is niet onnodig rente verschuldigd.

Daarnaast kunnen provisie, kosten en rente wellicht verlaagd worden door schaalvergroting. Momenteel is het aan de curator overgelaten bij welke bank hij de rekening opent, mits deze maar uitsluitend ten behoeve van de garantstelling wordt gebruikt. Er mogen geen andere geldstromen via deze rekening lopen. In sommige arrondissementen zijn afspraken gemaakt met de rechtbank dat alle faillissementsrekeningen via een vaste bank lopen. Naar valt aan te nemen geldt dit evenzeer voor de speciale rekeningen uit hoofde van de Garantstellingsregeling. Te overwegen valt om dit beleid landelijk in te voeren door bijvoorbeeld een uitnodiging aan alle zich daarvoor kwalificerende banken te richten om een volledig faillissementspakket (of beperkt tot de rekeningen in het kader van de Garantstellingsregeling) aan te bieden. Naast te verwachten kostenbesparing ter zake van provisie, rente en kosten op basis van de grotere aantallen, biedt een dergelijke beperking tot één bank uniformering en daarmee naar verwachting vermindering van de administratieve formaliteiten.

11.3 Verlaging tarieven curatoren

Op grond van art. 3 lid 3 Garantstellingsregeling wordt bij de uitvoering van de garantstelling ten aanzien van de tarieven van de curator voor salaris en verschotten aansluiting gezocht bij de eerder genoemde "Richtlijnen in faillissementen en surseances van betaling". De curator krijgt hierdoor een hogere vergoeding dan de advocaat die op basis van een toevoeging procedeert. In dit verband rijst de vraag waarom de overheid met de Garantstellingsregeling de curator ruimhartiger de mogelijkheid biedt tot het instellen tot een rechtsvordering dan onder het algemene regime van de gefinancierde rechtshulp. Overwogen zou kunnen worden om de vergoedingen te verlagen tot bijvoorbeeld de gebruikelijke tarieven in de gefinancierde rechtshulp en aldus de kosten van de Garantstellingsregeling te verminderen en beter beheersbaar te maken.

Naar onze mening is dit echter aangewezen noch wenselijk. De wetgever heeft zich met de WBF in het algemeen en de Garantstellingsregeling in het bijzonder het belang van de bestrijding van fraude aangetrokken. Het gaat hier om een algemeen maatschappelijk belang: misbruik van rechtspersoonlijkheid schaadt de samenleving als geheel.⁸¹ Dit belang is van andere orde dan de betrokken belangen in particuliere gevallen waarin een individuele burger zijn (vermeend) recht vervolgt en rechtvaardigt een bijzondere – van de gewone gefinancierde rechtshulp afwijkende – behandeling. Het feit dat de opbrengsten van de vordering van de curator in de eerste plaats ten goede komen aan de schuldeisers, die wellicht zeer wel zelf de middelen hebben om zelfstandig een dergelijke vordering te financieren is inherent

81 Vgl. K. Langelaar, Over onbehoorlijke taakvervulling gesproken, Adv.bl. 1992, blz. 62.

aan de keuze om het vervolgen van bestuurders die hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld niet over te laten aan de individuele schuldeisers, maar aan de curator.

In dit verband is verder van belang dat het geven van hogere vergoedingen aan curatoren om pragmatische redenen noodzakelijk is voor een effectieve toepassing van de WBF. Een groot deel van de curatoren heeft aangegeven niet bereid te zijn op basis van de toevoegingstarieven een procedure op grond van de WBF te voeren. De rechters-commissarissen voorzagen eveneens dat curatoren zouden afzien van voeren van een procedure, ook in gevallen waarin die succesvol kan zijn.⁸² Er is ook geen rechtsgrond voor een verplichting tot het op eigen kosten procederen. Bovendien is het – gezien de prominente positie die de fiscus en het Lisv binnen faillissement plegen in te nemen – waarschijnlijk dat een belangrijk deel van hetgeen op grond van de Garantstellingsregeling wordt uitgekeerd via de opbrengst van de acties van de curator uiteindelijk weer in de publieke middelen vloeit.

Het bovenstaande biedt onzes inziens voldoende rechtvaardiging voor de keuze van de wetgever andere voorwaarden te hanteren voor de vergoedingen voor curatoren die bestuurders aanspreken op grond van de WBF dan voor advocaten die (andersoortige) gefinancierde rechtshulp bieden.

Iets anders is dat de controle op de verrichte werkzaamheden en de daaraan bestede uren thans doorgaans beperkt is. De curator verstrekt aan het Ministerie van Justitie meestal niet meer dan een urenuitdraai.⁸³ Het verdient aanbeveling dat het Ministerie van Justitie – zeker bij garantstellingen van grote omvang – een deugdelijke specificatie van de curator ontvangt, zoals ook diens andere cliënten desgevraagd krijgen. Bovendien is het aan te raden dat de financiële eindverantwoording door de rechter-commissaris wordt gecontroleerd en goedgekeurd, alvorens die naar het Ministerie van Justitie wordt toegezonden.

11.4 Uitsluiting dekking voor proceskosten wederpartij

De Garantstellingsregeling dekt niet alleen de eigen proceskosten van de curator, maar bij verlies van de procedure ook een eventuele proceskostenveroordeling van hem ten gunste van de wederpartij.⁸⁴ Dit ligt niet meteen voor de hand. Dit dient niet zozeer het belang van de effectiviteit van art. 2:138 BW, maar veeleer dat van de – naar achteraf blijkt: ten onrechte – aangesproken partij. In dit opzicht is de regeling ruimer dan de ingevolge de Wet op de Rechtsbijstand gefinancierde rechtsbijstand. Het valt niet meteen in te zien waarom iemand die door de curator wordt aangesproken op de voet van art. 2:138 BW een verdergaande bescherming

82 Daarnaast werd door een enkele rechter-commissaris voor het handhaven van de huidige hogere vergoeding ook wel het argument gehanteerd dat “professionaliteit moet worden betaald”. Dit achten wij echter niet dragend, nu er onvoldoende aanwijzingen zijn dat het bij degenen die door de overheid gefinancierde rechtshulp verlenen zou ontbreken aan professionaliteit.

83 Zie onderdeel 7.1.

84 Zie art. 3 lid 2 Garantstellingsregeling.

zou dienen te genieten dan iemand die door de curator ter zake van een andere vordering of door een andere partij zou worden aangesproken.

Mogelijk speelt een rol dat zonder een dergelijke dekking bij curatoren een angst voor persoonlijke aansprakelijkheid zou kunnen bestaan, indien de boedel niet volstaat om aan de proceskostenveroordeling te voldoen,⁸⁵ met als gevolg een ongewenste terughoudendheid terzake van het instellen van de onderhavige rechtsvorderingen. Het is echter de vraag of deze angst reëel is. In het enige geval dat een aansprakelijkheid op deze grond in de jurisprudentie aan de orde was, werd deze afgewezen.⁸⁶ Ook in de literatuur worden de grenzen voor een dergelijke aansprakelijkheid eng gesteld.⁸⁷

Hoewel het de overheid bepaald siert dat waar zij curatoren stimuleert bestuurders aan te pakken, ook (ten dele) de kosten voor haar rekening neemt van diegenen die ten onrechte worden aangesproken, achten wij het verdedigbaar om de proceskostenveroordeling van de curator niet onder de garantstelling te laten vallen.

12 Negatieve boedel en zekerheid ten behoeve van het Ministerie van Justitie

Indien het Ministerie van Justitie moet uitkeren onder de afgegeven garantstelling, zal de Staat door tussenkomst van het Ministerie van Justitie zijn regresrecht jegens de boedel willen uitoefenen.⁸⁸ Hoewel wij van mening zijn dat de Staat en dergelijke vordering toekomt, verdient het aanbeveling dit uitdrukkelijk in de Garantstellingsregeling op te nemen om ieder misverstand daaromtrent te voorkomen.

Afgezien hiervan loopt de Staat het risico dat hij meestal geconfronteerd zal worden met een lege of negatieve boedel ("ook wel boedelfaillissement" genoemd), dat wil zeggen dat het actief niet volstaat om alle boedelschulden integraal te voldoen. De garantstelling was immers verstrekt omdat de boedel voor het instellen van de rechtsvordering of het daaraan voorafgaande onderzoek ontoereikend was.⁸⁹ Zelfs in situaties dat een procedure tegen een bestuurder tot baten voor de boedel leidt en de curator op de voet van art. 5 Garantstellingsregeling verplicht is deze baten aan te wenden ter delging van het debetsaldo, kan er sprake zijn van een negatieve boedel.

85 Een dergelijke aansprakelijkheid wordt voorgestaan door E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement*, 1991, blz. 51.

86 Rb. Breda 19 maart 1996, NJkort 1996, 34 (Badine/Ruijgrok).

87 Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, prft., 1998, blz. 298-303, C.F.W.A. Hamm, *De proceskostenveroordeling bij een lege boedel*, TvI 1995/6, blz. 119-120 en G.A.J. Boekraad in zijn bespreking van het in de vorige noot genoemde vonnis in JOR 1996/38.

88 Zie onderdeel 2.5.

89 Zie art. 2 sub 1 Garantstellingsregeling.

Het is de vraag wat de positie van de Staat en de curator in een dergelijke situatie is. In het geval van een negatieve boedel dienen immers alle boedelschuldeisers – in beginsel⁹⁰ – overeenkomstig hun recht van voorrang te worden voldaan.⁹¹ Dit betekent dat de (regres)vordering van de Staat, waarvoor geen recht van voorrang geldt, ten achter staat bij bijvoorbeeld fiscale boedelvorderingen. Voor zover er geen boedelschuldeisers met een voorrang zijn of deze reeds volledig zijn voldaan, dient de (regres)vordering ponsd-ponsgewijs te worden voldaan met de andere concurrente boedelschuldeisers. Voorts is het in het geval van een negatieve boedel zelfs twijfelachtig of het de curator is toegestaan de opbrengsten uit de door het Ministerie van Justitie gefinancierde actie – of andere tot de boedel behorende baten – aan te wenden ter delging van de rekening-courant, zoals art. 5 Garantstellingsregeling verlangt. Immers, de taak van de curator brengt mee dat hij ingeval hem duidelijk is dat van een negatieve boedel sprake is, geen (oude) boedelschuldeisers meer mag voldoen, maar dat betaling in dat geval dient te geschieden aan het eind van het faillissement aan alle boedelschuldeisers gezamenlijk.⁹²

Deze relatief zwakke positie van de Staat kan worden voorkomen door aan de garantstelling de eis te verbinden dat de curator zekerheid stelt voor de nakoming van de (regres)vordering van de Staat, bijvoorbeeld in de vorm van een pandrecht op bepaalde boedelactiva.⁹³ Daarbij zou dan wel dienen te worden bepaald dat het pandrecht niet wordt uitgewonnen voor zover dit ten koste zou gaan van het salaris en de verschotten van de curator. Ware dit anders, dan zou de stimulerende werking die de Garantstellingsregeling beoogt te hebben, weer worden tenietgedaan.

13 Succesopslag

In de huidige vorm is de Garantstellingsregeling in het beste geval budgetneutraal, maar in feite structureel verliesgevend.⁹⁴ Het is immers praktisch uitgesloten dat alle acties van de curator tot volledig succes leiden. Bovendien dient een garantstelling ook voor het (verhaals)onderzoek, hetgeen ertoe kan leiden dat geen procedure wordt geëntameerd. Voor zover een curator succes heeft, dient hij de positieve baten daarvan slechts in beperkte mate aan te wenden ter delging van de kosten verbonden aan de garantstelling. De baten van zijn actie moeten worden

90 Zie voor een uitzondering HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q.q.).

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

92 Zie G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel, prft., 1997, blz. 217, F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator, prft., 1998, blz. 174-176 en dezelfde, De persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator, WPNR 6154 (1994), blz. 705.

93 In het geval de vordering ex art. 2:138 BW overdraagbaar zou worden gemaakt, zoals in onderdeel 11.12 bepleit, zou dit pandrecht tevens kunnen worden gevestigd op deze vordering. Dit is thans in verband met art. 3:228 BW (waarschijnlijk) uitgesloten. Zie evenwel R.D. Vriesendorp, Verpanding van contractueel onoverdraagbare geldvorderingen, WPNR 6211 (1996), blz. 105-106.

94 Zie onderdeel 10.1.

gestort op de speciale bankrekening, waardoor de debetstand wordt aangezuiverd.⁹⁵ Een surplus komt ten goede aan de boedel. Er is geen verplichting om daarvan iets af te dragen aan het Ministerie van Justitie. Dit betekent dat hetgeen op één garantstelling wordt uitgekeerd, niet kan worden goedgeemaakt door met behulp van andere garantstellingen geboekte successen. Het komt ons voor dat dit door de wetgever is aanvaard.⁹⁶

Onzes inziens is het verdedigbaar dat, indien diezelfde wetgever van mening is dat de daarmee gemoeide kosten onaanvaardbaar hoog zijn (geworden),⁹⁷ het systeem zodanig wordt ingericht dat (een deel van) het verlies dat op sommige garantstellingen wordt geleden wordt goedgeemaakt door de successen die met andere garantstellingen worden geboekt. Dit zou kunnen geschieden door te bepalen dat niet alleen de baten die met behulp van de garantstelling worden gehaald moeten worden aangewend ter delging van de rekening-courant,⁹⁸ maar dat over het deel van de behaalde baten dat de gemaakte kosten overschrijdt ook een zekere "succesopslag" dient te worden voldaan. Op deze wijze worden curatoren die worden geconfronteerd met een lege boedel nog steeds in staat gesteld actie te ondernemen en wordt een deel van het tekort op de "verliesgevende" garantstellingen gedekt. Omdat het aanvragen van de garantstelling dan nog steeds in het belang van de boedel kan worden geacht – het alternatief is immers geen actie tegen de bestuurder instellen – is het curatoren ook geoorloofd om onder de verplichting tot afdracht van een "succesopslag" of (voorwaardelijke) bereidstellingsprovisie van de Garantstellingsregeling gebruik te maken.⁹⁹ Wel is het zaak dit percentage niet te hoog te stellen, omdat anders de prikkel voor de boedel om gebruik te maken van de regeling wordt verminderd.

95 Art. 5 Garantstellingsregeling.

96 Zie met name de uitlatingen over het bedrag dat op de begroting moest worden gereserveerd in de memorie van antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 16 631, nr. 27b, blz. 36-37.

97 In de gevoerde gesprekken met curatoren en rechters-commissarissen werd overigens geregeld uitgesproken dat het thans uitstaande bedrag betrekkelijk gering is en dat deze kosten door het Ministerie van Justitie maar moeten worden aanvaard in het belang van de fraudebestrijding.

98 Zoals thans is bepaald in art. 5 Garantstellingsregeling.

99 Zie hetgeen in onderdeel 2.4 is gesteld over de taak van de curator.

Conclusies

Na het voorgaande zijn de onderzoeksvragen, zoals geformuleerd in onderdeel 1.2, op basis van de resultaten van ons onderzoek per rubriek als volgt te beantwoorden.

1 Algemeen

Aan de Garantstellingsregeling strekt er toe het de curator mogelijk te maken een rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana of een onderzoek naar een dergelijke vordering in te stellen, ook al ontbreken hem daartoe de middelen in de boedel. De wetgever had daarbij met name de bestrijding van misbruik van rechtspersonen op het oog (onderdeel 2.4). Hoewel in de wetsgeschiedenis van de Garantstellingsregeling een enkele aanwijzing daarvoor te vinden valt, lijkt zij niet slechts te strekken ten behoeve van de concurrente schuldeisers (onderdeel 11.8).

De Garantstellingsregeling is inmiddels algemeen bekend onder curatoren en zij wordt inmiddels in ruime mate gebruikt (onderdeel 4.1), hetgeen er op wijst dat de doelstelling van de Garantstellingsregeling in de praktijk wordt gerealiseerd.

Specifieke neveneffecten van de Garantstellingsregeling zijn niet aan het licht gekomen; hooguit lijkt zij de mogelijkheid te openen dat curatoren wellicht iets gemakkelijker besluiten om een (onderzoek naar de mogelijkheden voor de) vordering ex art. 2:138 BW in te stellen (onderdeel 9.6).

Ten zichte van de proceskostengarantieregelingen van de fiscus en het Lisv geniet de Garantstellingsregeling aanmerkelijk grotere bekendheid onder curatoren. In de gevallen waarin sprake is van een WBF-situatie blijkt op grond van interne richtlijnen een proceskostengarantie van de fiscus uitgesloten (onderdeel 3.2). Daarnaast stelt zowel de fiscus als het Lisv de eis dat andere belanghebbenden aan de kosten bijdragen, waardoor deze regelingen voor de curator nogal omslachtig zijn en derhalve minder aantrekkelijk (onderdeel 11.9).

2 Aanvraagprocedure

Bij de beoordeling van het verzoek om een garantstelling blijkt in de praktijk het verhaalscriterium (vgl. art. 2 sub 5 Garantstellingsregeling) de belangrijkste toets van het Ministerie van Justitie te zijn (onderdeel 5.1). Een wijziging van dit verhaalscriterium wordt niet wenselijk geacht (onderdeel 11.2). Ten aanzien van

de kansen van de curator in een procedure baseert het Ministerie van Justitie zich vooral op het advies van de rechter-commissaris. Het probleem is echter dat dit advies vaak erg summier is en dat beide partijen niet goed op de hoogte zijn van wat men nu precies van elkaar kan/mag verlangen (onderdeel 5.2).

Vanuit procedureel opzicht voldoet de aanvraagprocedure; zij biedt de mogelijkheid voor het Ministerie van Justitie om de noodzakelijke informatie te verkrijgen. De mogelijkheden om tegen de beslissing van het Ministerie van Justitie in het geweer te komen lijken adequaat (onderdeel 5.4). De behandelingsduur is zonder meer aanvaardbaar, zeker wanneer in spoedeisende gevallen de aanvraag in feite per omgaande wordt behandeld (onderdeel 4.2). Verandering is slechts wenselijk met betrekking tot de vragenlijst. Onderscheiden zou kunnen worden tussen een garantstelling voor een procedure en die voor een verhaalsonderzoek. Bovendien zou ook in het geval een garantie voor (een onderzoek naar) een vordering op grond van de faillissementspauliana de vragen over de verhaalsmogelijkheden aan de orde dienen te komen (onderdeel 4.3).

De tussenkomst van de rechter-commissaris bij de aanvraagprocedure werkt weliswaar vertragend, maar wordt als nuttig en noodzakelijk gezien. De rechter-commissaris blijkt in de praktijk zowel stimulerend als afremmend op te treden in gevallen waarin de curator te terughoudend respectievelijk te voortvarend te werk dreigt te gaan (onderdeel 4.5 en 5.2).

3 Beheersbaarheid

Het blijkt moeilijk en tijdrovend om tevoren een adequate inschatting van de kosten te maken (onderdeel 4.3). Wanneer de curator een garantstelling voor een procedure verzoekt, terwijl de verhaalbaarheid op basis van een eventueel veroordelend vonnis onduidelijk is, is het Ministerie van Justitie doorgaans slechts bereid een garantstelling voor een verhaalsonderzoek af te geven. De kosten hiervan belopen in de regel niet meer dan *f* 10.000 (onderdeel 5.3).

De tussentijdse controle op de uitgaven ontbreekt, omdat de verplichting tot periodieke rapportage ex art. 4 lid van de Garantstellingsregeling veelal gebrekkig wordt nagekomen, terwijl het Ministerie van Justitie daaraan geen consequenties verbindt (onderdeel 6.2). Het systeem van de jaarlijkse verlenging van de garantstellingen blijkt geen praktische betekenis te hebben. Slechts wanneer om een tussentijdse verhoging wordt verzocht vindt een zekere toetsing van en controle op het verloop van de zaak plaats (onderdeel 6.3).

Aan het einde van de garantstelling vindt alleen controle plaats, indien de garantstelling wordt aangesproken. Als dat niet gebeurt en de actie van de curator kennelijk succesvol is gebleken, dan onttrekt zich dat verder aan de waarneming van het Ministerie van Justitie. Tot voor kort was het Ministerie van Justitie daarom ook niet op de hoogte van de opbrengsten van succesvol verlopen garantstellingen; sinds begin 1998 is hierin verandering gekomen (onderdeel 7.2.1).

In de gevallen waarin de garantstelling wel is aangesproken is de financiële eindafrekening doorgaans summier en volstaat de curator met het inzenden van een urenuitsdraai waarop slechts in beperkte mate controle mogelijk is (onderdeel 7.1; vgl. onderdeel 11.11.3).

De Garantstellingsregeling is uit haar aard een open eind-regeling. Beheersbaarheid van de kosten is daarom lastig maar niet onmogelijk. Thans gebeurt dit vooral door de (ver)haalbaarheidstoets van art. 2 sub 5 van de Garantstellingsregeling (onderdeel 10.2) en het aanbrengen van een maximumbedrag voor de verleende garantstelling (onderdeel 10.3). In dit verband onderschrijven wij handhaving van het verhaalscriterium (onderdeel 11.2). De verhouding tussen “gewonnen” en “verloren” garantstellingen (ongeveer 40-60) is reden tot enige zorg (onderdeel 8.3.4). Verbetering van de (ver)haalbaarheidstoets van verzoeken om een garantstelling moet worden nagestreefd door een betere afstemming tussen het Ministerie van Justitie en de rechter-commissaris (onderdeel 11.10). Voor zover handhaving van het verhaalscriterium in geval van evidente fraude tot maatschappelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, dient het Openbaar Ministerie nadrukkelijker in beeld te komen en daarop adequaat en zichtbaar te reageren (onderdeel 11.3).

Er zijn nog andere mogelijkheden om de kosten van de Garantstellingsregeling beheersbaar te laten blijven. Zo valt te denken aan een beperking van de totale omvang van de garantstellingen – waardoor de Garantstellingsregeling in feite haar open eind-karakter verliest – (onderdeel 11.7) of aan een beperking tot alleen die gevallen waarin uiteindelijk ook de concurrente schuldeisers van een eventuele succesvolle garantstelling profiteren (onderdeel 11.8). Beide mogelijkheden worden door ons echter afgewezen. In essentie komen dergelijke beperkingen in strijd met doel en strekking van de Garantstellingsregeling en de WBF.

Verder kan getracht worden de kosten verbonden aan de garantstelling te beperken. Bijvoorbeeld door de verplichte tussenkomst van de bank uit te schakelen (onderdeel 11.11.1), althans over te gaan tot het direct aflossen van de debetstand na afloop van een garantstelling en door schaalvergroting (onderdeel 11.11.2). Voorts zou voortaan de vergoeding van de proceskosten van de wederpartij van de curator, ingeval deze de procedure verliest, buiten de garantstelling kunnen blijven (onderdeel 11.11.4). Bundeling van de krachten van het Ministerie van Justitie met die van de fiscus en het Lisv, waarbij ten behoeve van de curator met één “loket” wordt gewerkt, leidt eveneens tot kostenbesparing (onderdeel 11.9). Dit laatste valt in theorie ook te bereiken door verlaging van de tarieven van de curator, maar dit lijkt niet goed uitvoerbaar en wordt door ons afgewezen (onderdeel 11.11.3).

Beheersbaarheid van de kosten wordt tevens bereikt door het karakter van de (regres)vordering van de Staat jegens de boedel na uitkering op een garantstelling duidelijk vast te leggen. Aangezien deze vordering geen voorrang heeft, zou de Staat van de curator bepaalde zekerheden kunnen verlangen (onderdeel 11.12).

Beheersbaarheid van de Garantstellingsregeling als geheel valt ten slotte te bereiken door een “succesopslag” of (voorwaardelijke) bereidstellingsprovisie

waarbij in geval van een succesvolle garantstelling een bepaald percentage van de opbrengst daarvan aan het Ministerie van Justitie afdragen dient te worden ter gedeeltelijke dekking van de kosten van de Garantstellingsregeling (onderdeel 11.13).

4 Afwikkeling

Uit het onderzoek is gebleken dat de praktijk niet erg gelukkig is met de gekozen structuur waarbij de curator een speciale bankrekening moet openen, waarvoor het Ministerie van Justitie een – jaarlijks te verlengen – garantie aan de bank verstrekt. Dit wordt als nodeloos gecompliceerd ervaren (onderdeel 6.1). Bepleit wordt daarom om die tussenkomst van de bank uit te schakelen – mede met het oog op de beheersbaarheid (zie onderdeel 12.3) – en te werken met een directe garantstelling door het Ministerie van Justitie aan de curator met zo nodig tussentijdse declaratiemogelijkheden (onderdeel 11.11.1).

In het kader van diens algemene toezichtsfunctie op de curator (art. 64 Fw.) is de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de uitvoering van de Garantstellingsregeling noodzakelijk en wenselijk. Curatoren zijn daarover bovendien zeer tevreden (onderdeel 4.5 en 5.2). Er is derhalve geen reden om de betrokkenheid van de rechter-commissaris te verminderen. Integendeel, het Ministerie van Justitie zou zelfs meer betrokkenheid wensen, vooral in het kader van de toetsing van de aanvraag op de haalbaarheid van de voorgenomen acties en de controle op de (financiële) verantwoording (onderdeel 5.2/11.10).

Met betrekking tot de resultaten van de Garantstellingsregeling valt op dat de cijfermatige verwerking van de regeling tot voor kort nogal summier was, waardoor onvoldoende inzicht bestaat in de effectiviteit van de Garantstellingsregeling (onderdeel 7.2.1/8.3.2). Aan de cijfers zijn met moeite de nodige conclusies te verbinden, waarvoor bovendien veel bewerkingen nodig zijn. Een doorlichting van het systeem verdient aanbeveling, waarbij toegankelijkheid voorop moet staan. Het systeem moet snel inzicht kunnen geven in cijfers (zowel naar aantallen als naar bedragen) betreffende onder andere de uitstaande garantstellingen, de resultaten op afgesloten dossiers, tussentijdse resultaten op lopende dossiers, verhoudingen tussen succesvolle zaken en uitgekeerde garantstellingen en het onderscheid tussen garantstelling voor louter verhaalsonderzoek en voor procedures.

5 Slotconclusie

In algemene zin het onderzoek samenvattend zijn wij tot de conclusie gekomen dat de Garantstellingsregeling langzamerhand haar plaats heeft gevonden in het instrumentarium van de curator bij de uitoefening van diens taken. In grote lijnen werkt zij bevredigend en worden haar doelstellingen gerealiseerd. Op onderdelen

behoeft zij aanpassing, waartoe wij in het volgende hoofdstuk een aantal aanbevelingen doen. Daarnaast is gebleken dat vooral de afstemming met andere financiële regelingen (met name die van de fiscus en het Lisv) een belangrijke verbetering zal zijn. Ook de afstemming met het Openbaar Ministerie verdient verbetering, wil men de doelstellingen van de WBF daadwerkelijk realiseren. Waar de Garantstellingsregeling haar begrenzing vindt in het ontbreken van verhaal bij malafide bestuurders, hoort het Openbaar Ministerie aan de samenleving een duidelijk signaal af te geven dat men niet ongestraft rechtspersonen ten koste van anderen kan misbruiken.

Aanbevelingen

Aan het slot van ons onderzoek komen wij tot een aantal aanbevelingen waardoor de Garantstellingsregeling in onze ogen nog beter kan gaan functioneren, terwijl de kosten van uitvoering – gegeven het open eind-karakter tot op zekere hoogte – beheersbaar blijven.

Toegang en voorlichting

- Bepleit wordt een bundeling van de verschillende financiële regelingen van de (semi)overheid, waardoor de curator – in ieder geval vanuit procedureel opzicht – slechts met één “loket” te maken krijgt. Zolang dit nog niet verwezenlijkt is, dient meer bekendheid aan die verschillende mogelijkheden voor garantstellingen te worden gegeven.
- De toepassing van de Garantstellingsregeling bij de faillissementspauliana geniet onvoldoende bekendheid, zodat voorlichting op dit punt gewenst is.
- Het verdient aanbeveling curatoren te wijzen op de informatiesystemen van de fiscus en het Ministerie van Justitie. Eventueel kan aan rechtbanken worden gevraagd om bij de benoemingsbrief de relevante informatie mee te sturen, zoals her en der overigens al gebeurt.

Reikwijdte

- Uitbreiding van de Garantstellingsregeling tot de onrechtmatige-daadsvordering van de curator jegens een derde wegens benadeling van de schuldeisers is in het licht van de ontwikkelingen in de rechtspraak wenselijk. Toepassing van de Garantstellingsregeling in geval van vorderingen ex art. 2:9 BW kan vanuit systematisch oogpunt worden geschrapt.
- Vergoeding van de proceskosten van de wederpartij ingeval de curator de procedure verliest, zou uit de dekking van de garantstelling kunnen worden geëlimineerd.
- Er is geen reden om de kosten die een curator ten behoeve van het verzoek om een garantstelling heeft gemaakt buiten die garantstelling te houden, mits de curator deze genoegzaam kan aantonen.

Aanvraag en verlening

- De bij het verzoek om een garantstelling in te vullen vragenlijst dient te worden gesplitst naar gelang een garantstelling voor een procedure dan wel voor een voorafgaand (verhaals)onderzoek wordt gevraagd. Hierop voortbouwend is het raadzaam in de registratie bij het Ministerie van Justitie een onderscheid aan te brengen tussen beide soorten garantstellingen. Ook in geval van de faillissementspauliana dienen de verhaalsmogelijkheden aan de orde te komen.
- De contacten en afstemming tussen het Ministerie van Justitie en de rechters-commissarissen dienen structureel verbeterd te worden, vooral wat betreft de (ver)haalbaarheidstoets en de controle.
- Ingeval het verzoek om een garantstelling wordt afgewezen wegens ontbreken van voldoende verhaal, valt te overwegen de zaak vanuit het Ministerie van Justitie (uiteeraard in overleg met de curator) door te sturen naar het Openbaar Ministerie, indien er duidelijke aanwijzingen zijn van strafrechtelijk laakbaar handelen. Een adequate afhandeling van de zaak door het Openbaar Ministerie is dan wel vereist.
- De garantstelling kan beter rechtstreeks aan de curator worden verleend, met eventueel tussentijdse declaratiemogelijkheid. De tussenkomst van de bank kan dan worden uitgeschakeld. Als alternatief kan worden gestreefd naar een vermindering van de kosten door landelijk afspraken te maken met één financiële instelling, zodat door schaalvergroting gunstiger tarieven te bedingen zijn. Verder dient na beëindiging van een garantstelling de debetstand bij de bank zo spoedig mogelijk te worden afgelost om onnodige rentekosten te voorkomen.

Toezicht en controle

- Het Ministerie van Justitie dient beter inzicht te verkrijgen in de resultaten van garantstellingen die uiteindelijk niet worden aangesproken, omdat de curator kennelijk succesvol is. De verplichting hiertoe dient in de Garantstellingsregeling te worden opgenomen.
- De garantstellingen dienen niet telkens voor één jaar te worden afgegeven, maar voor onbepaalde tijd. Voor wat betreft de periodieke rapportageverplichting zou volstaan kunnen worden met inzending van de periodieke openbare faillissementsverslagen ex art. 73a Fw. met de mogelijkheid voor het Ministerie van Justitie om te allen tijde desgevraagd nadere informatie van de curator te vragen.

- Omtrent de (financiële) eindrapportage zal meer duidelijkheid aan curatoren verschaft moeten worden welke informatie het Ministerie van Justitie precies wenst te ontvangen. Aansluiting kan gezocht worden bij hetgeen normaliter een cliënt als specificatie mag verwachten.

Afwikkeling

- De Garantstellingsregeling dient duidelijk te bepalen dat de Staat na uitkering onder de garantstelling een (regres)vordering op de boedel heeft. De Garantstellingsregeling dient de mogelijkheid te verschaffen dat het Ministerie van Justitie zekerheden voor de terugbetaling van die vordering bedingt.
- 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.
- Ingeval de acties door de curator wel tot een veroordeling, maar niet tot verhaalsneming hebben geleid, dient de vordering van de curator overdraagbaar te worden gemaakt.

Bijlagen

Bijlage I

Garantstellingsregeling Curatoren (Stcrt. 1993, 76 d.d. 21 april 1993)

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.

Ondertekening

De Staatssecretaris van Justitie,

A. Kosto.

Bijlage: Vragenlijst garantstellingsregeling faillissementscuratoren

Naar aanleiding van uw verzoek om een voorschot op grond van artikel 138/ 248 lid 10 van Boek 2 BW, in verband met de aansprakelijkstelling van bestuurders van rechtspersonen verzoek ik u te overleggen een overzicht van de uren die u tot heden in dit faillissement heeft besteed en

- alle hieronderstaande vragen te beantwoorden.
- alleen de hieronder aangekruiste vragen te beantwoorden.

1.

- a. Naam, plaats van statutaire vestiging en adres van rechtspersoon.
- b. Indien de rechtspersoon een vereniging of stichting is, is hij dan onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting?

2.

- a. Datum waarop het faillissement is uitgesproken.
- b. Beschrijving van de toestand van de boedel.
- c. Hoogte van de schulden aan concurrente crediteuren.
- d. Naam van de preferente crediteuren en hoogte van de schulden aan deze.

3.

Welk bedrag wenst u minimaal in de vorm van een garantstelling ter beschikking te krijgen?

4.

Kunt u het bedrag zoals onder 3 aangegeven nader toelichten door een schatting te geven van de door u te besteden uren, de verschotten en eventuele kosten?

5.

Heeft uw verzoek betrekking op:

- a. Het doen van een vooronderzoek naar verhaalsmogelijkheden en aansprakelijkheidsstelling op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur door personen die het beleid bepaald, danwel medebepaald hebben? ja/nee (*)
- b. Het voeren van een procedure om de personen die het beleid bepaald danwel medebepaald hebben aansprakelijk te stellen op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. ja/nee (*)
- c. Een faillissementspauliana? ja (Ga door naar vraag 12)/nee (*)

6.

Op welke personen wordt verhaal gezocht? (naam, geboorteplaats, geboortedatum, adres, woonplaats en functie vermelden).

7.

- a. Korte omschrijving van de gronden (feiten) waarop aansprakelijkstelling van deze personen zou kunnen geschieden.
- b. Is nader onderzoek vereist om deze gronden (feiten) vast te stellen? Zo ja, welk?

8.

a. Korte omschrijving van de vermogensbestanddelen van de personen waarop verhaal kan worden genomen, met aanduiding van de (vermoedelijke) omvang, en van de vermogensbestanddelen waarop beslag kan worden gelegd.

b. Is nader onderzoek vereist om dit vast te stellen? Zo ja, welk?

9. Kunt u aangeven of en zo ja, waarom er een redelijke kans bestaat dat, wanneer eenmaal hun aansprakelijkheid is vastgesteld, verhaal op het vermogen van de betrokken personen kan worden genomen?

10.

a.: Is er reeds beslag op de vermogensbestanddelen gelegd, en zo ja, tot welk bedrag? Zo neen, waarom niet?

b.: Heeft u al een begin gemaakt met de procedure; en zo ja, welke stappen heeft u al ondernomen? De hierop betrekking hebbende stukken zie ik gaarne overgelegd.

11.

Wat is de vermoedelijke tijdsduur die met het onderzoek, de aansprakelijkstelling en het verhaal gemoeid zal zijn? (Doorgaan naar vraag 16)

12.

Welke personen of rechtspersonen zijn betrokken bij de paulianeuze handeling? (Namen, adressen en eventuele geboortedatum en -plaats, alsmede de functie, vermelden.

13.

Korte beschrijving van de feiten en omstandigheden waaronder de paulianeuze handeling is verricht.

14.

Is voor het vaststellen van de pauliana nog verder onderzoek nodig? Zo ja, welk?

15.

Is er op de goederen die door de paulianeuze handeling aan het vermogen van de failliet onttrokken zijn al beslag gelegd?

16.

Hebt u aan de gegeven antwoorden nog iets toe te voegen dat van belang kan zijn voor de beoordeling van uw verzoek?

Advies van de rechter-commissaris:

Naam:

Plaats:

Datum:

Handtekening:

Dit formulier opsturen aan:

Ministerie van Justitie [...]

Bijlage II

Leidraad Invordering, Hoofdstuk XI, § 3, zesde lid

Proceskosten

Indien de curator een gerechtelijke procedure moet aanspannen ten einde een bate voor de boedel te kunnen realiseren, doch de aanwezige baten van de boedel zijn niet toereikend om de proceskosten te voldoen kan door de curator een verzoek worden gedaan om garantstelling voor het bedrag dat zal blijken niet uit de boedel te kunnen worden voldaan.

Het verzoek dient gemotiveerd te worden ingediend bij de ontvanger.

Bij de beoordeling van het verzoek van de curator dient als uitgangspunt, dat de boedel bij de actie van de curator zodanig moet zijn gebaat, dat de fiscus (een deel van) de in het faillissement ingediende vordering zal kunnen innen. De vraag of een garantie kan worden verleend, wordt door de fiscus derhalve benaderd vanuit zijn positie als preferent crediteur in het faillissement.

Met inachtneming van het vorenstaande wordt het verzoek beoordeeld aan de hand van de volgende criteria:

1. Zijn de gronden waarop de curator zich beroept voor het aanspannen van de procedure voldoende, om de gevraagde proceskostengarantie te verstrekken?
2. Is de aansprakelijk te stellen partij voldoende gegoed. Indien de curator de te voeren procedure weliswaar wint, maar de aansprakelijkgestelde partij biedt geen verhaal wordt geen garantie verleend?
3. Staat het bedrag, waarvoor een proceskostengarantie wordt gevraagd, in een redelijke verhouding tot het bedrag, waarmede de boedel zal zijn gebaat indien de procedure wordt gewonnen?
4. Heeft de gevraagde proceskostengarantie uitsluitend betrekking op de kosten, welke rechtstreeks verband houden met de te voeren procedure (zoals salaris curator voor de uren besteed aan de procedure, griffie- en kantoorkosten, proceskostenveroordeling bij een eventuele minder succesvolle afloop van de procedure)?
5. Zijn de schuldeisers (waaronder de bedrijfsvereniging) die, bij een verdeling van de activa volgens de wettelijke regels, eveneens zullen profiteren van de vermoedelijke opbrengst van de procedure bereid naar evenredigheid mede garant te staan voor de proceskosten? Hetzelfde geldt voor boedelschuldeisers.
6. Welke kans heeft de curator om de te voeren procedure te winnen? Uiteraard kan er niet van worden uitgegaan, dat de kans om de procedure te winnen voor honderd procent zeker is, daarmede zou dan immers de noodzaak van een proceskostengarantie ontbreken. Indien gerede twijfel bestaat, dat de procedure met succes kan worden gevoerd wordt uiterst terughoudend opgetreden.

NB. Wanneer, bij verdeling volgens de normale wettelijke regels, deze verdeling er naar verwachting toe zou leiden dat ook andere (faillissements- en boedel)schuldeisers door de opbrengst die met de procedure wordt beoogd een hoger bedrag krijgen uitgekeerd dan zij zouden ontvangen zonder deze opbrengst, is het redelijk dat zij naar

evenredigheid van hun geschatte 'aandeel' in de te verwachten opbrengst (na aftrek van de kosten en salaris van de curator) een garantie afgeven. Wanneer een of meer schuldeisers een zodanige garantie niet afgeven, geeft de fiscus slechts een garantie af indien deze schuldeisers dan ook schriftelijk afstand doen van hun recht op de uitdeling die hen toekomt en voor zover die het gevolg is van de eventuele opbrengst van de procedure. Het ontmoet geen bezwaar om van belanghebbende schuldeisers die slechts een zeer klein bedrag te vorderen hebben om praktische redenen geen medegarantie te vorderen. Zie voor een voorbeeld van het vorenstaande bijlage II.

[...]

Bijlage II: Voorbeeld proceskostengarantie (nieuw)

BV X is failliet. De boedel bevat geen activa. De passiva luiden als volgt:

- salaris e.d. (andere dan van procedure)	
curator	f 10 000
- boedelvordering ontvanger	f 20 000
- boedelvordering bedrijfsvereniging	f 10 000
- faillissementsvordering ontvanger	f 30 000
- faillissementsvordering bedrijfsvereniging	f 25 000
- lager bevoorrechte faillissementsschuldeiser	f 10 000
- concurrente faillissementsschuldeisers	f 70 000

De curator beoogt een procedure aan te spannen. De geschatte kosten bedragen f 30 000 (inclusief f 5000 kostenveroordeling bij verlies). De vermoedelijke opbrengst bij gunstige afloop bedraagt f 150 000.

Indien de procedure zou worden gewonnen, luidt de uitdeling volgens de uitdelingslijst als volgt (eenvoudigheidshalve wordt hierna de omslag in de algemene faillissementskosten buiten beschouwing gelaten):

- curator (f 10 000 + f 25 000)	f 35 000
- boedelvordering ontvanger	f 20 000
- boedelvordering bedrijfsvereniging	f 10 000
- faillissementsvordering ontvanger	f 30 000
- faillissementsvordering bedrijfsvereniging	f 25 000
- lager bevoorrechte faillissementsschuldeiser	f 10 000
- concurrente faillissementsschuldeisers	f 20 000

Uiteraard wordt van de curator niet verlangd om zelf een garantie te verstrekken. Aangezien de ontvanger van de opbrengst die naar schatting aan de schuldeisers zal toevallen (f 115 000) een bedrag zal ontvangen van f 50 000, zal hij een proceskostengarantie afgeven van $50/115 \times f 30\ 000 = f 13\ 044$. De hoogte van de proceskostengarantie van de bedrijfsvereniging zal daarbij $35/115 \times f 30\ 000 = f 9130$ moeten bedragen, die van de lager bevoorrechte schuldeiser $10/115 \times f 30\ 000 = f 2609$, en die van de concurrente schuldeisers in totaal $20/115 \times f 30\ 000 = f 5217$ (uiteraard onderling naar rato verdeeld).

Bijlage III

Besluit incasso en invordering

Het bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen,
Gelet op artikel 38 Organisatiewet sociale verzekeringen 1997;

Besluit:

Artikel 1

Het Landelijk instituut sociale verzekeringen voert bij de incasso en invordering van premies sociale verzekeringen een beleid als weergegeven in de bijlage bij dit besluit. Deze bijlage kunt u schriftelijk opvragen op het postadres van het Landelijk instituut sociale verzekeringen, postbus 74765, 1070 BT Amsterdam;

[...]

Bijlage: Lisv-besluit incasso en invordering

[...]

3.3 Aansprakelijkstelling Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement

De WBF geeft de curator de mogelijkheid om een hoofdelijke aansprakelijkstelling toe te passen op de bestuurders van een rechtspersoon die bestuurder zijn geweest gedurende de periode van drie jaar voorafgaand aan de faillissementsdatum.

Er is geen vaste volgorde voor de aansprakelijkstelling van meerdere bestuurders. De rechter kan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de individuele bestuurder matigen. De uitvoeringsinstelling heeft de mogelijkheid om een voorschot te verstrekken aan een curator ten behoeve van nader onderzoek indien dit resultaat lijkt op te leveren. Het Lisv wenst dat dit, in iedere situatie die zich hier op grond van het voorgaande voor leent, ook inderdaad gebeurt, zulks op basis van een kosten/baten afweging. Wil een uitvoeringsinstelling een curator een voorschot verstrekken ten behoeve van een nader onderzoek, dan dient deze in staat te zijn om een bepaalde mate van zekerheid te geven dat een dergelijk onderzoek iets oplevert. Hiernaast dient in dergelijke situaties overleg met de fiscus te worden gevoerd over de verdeling van kosten en baten.

Bijlage IV

Cijfermatig overzicht

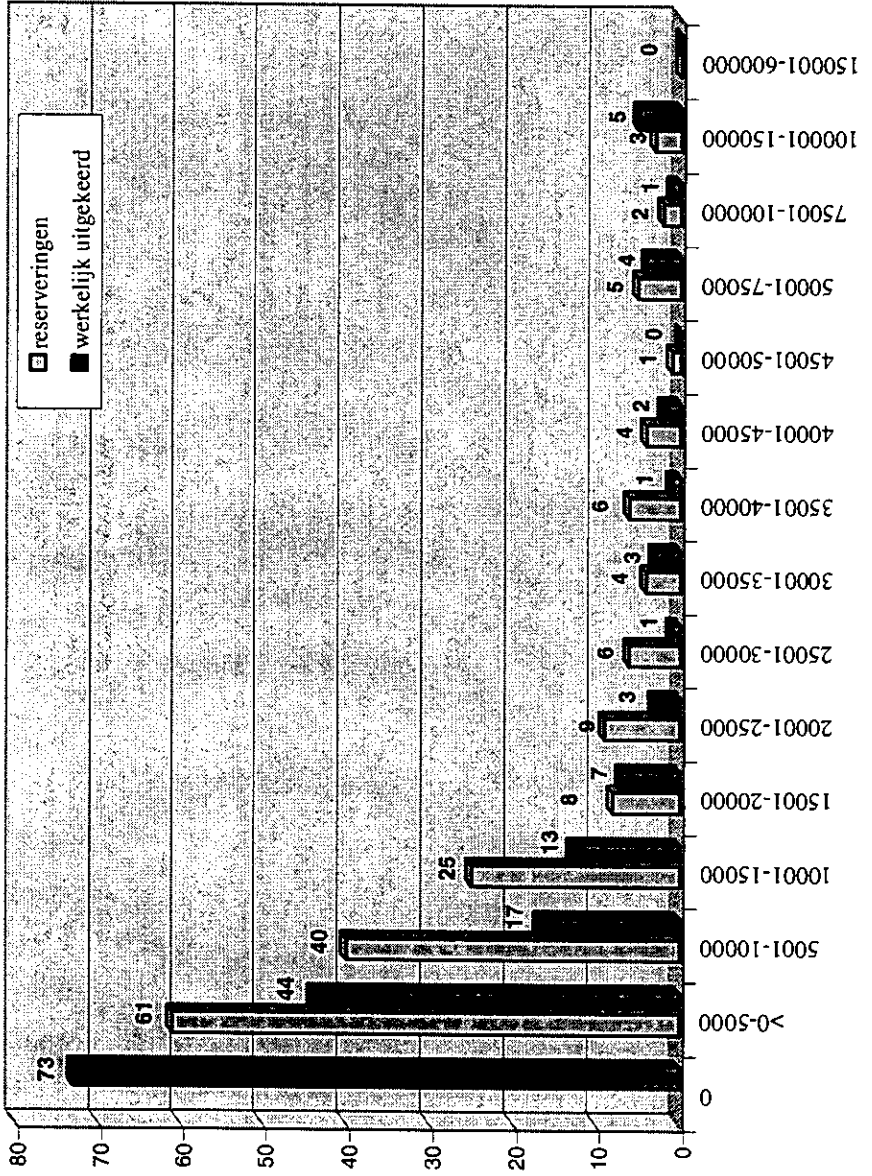
Afkomstig van het Ministerie van Justitie:

- Reserveringen versus werkelijk uitgekeerde bedragen binnen beëindigde garanties
- Aantal reserveringen versus het aantal successen per jaar binnen beëindigde garanties
- Per jaartal: gemiddelde reservering versus gemiddelde uitkering binnen beëindigde garanties
- Overzicht reserveringen binnen nog niet beëindigde garanties

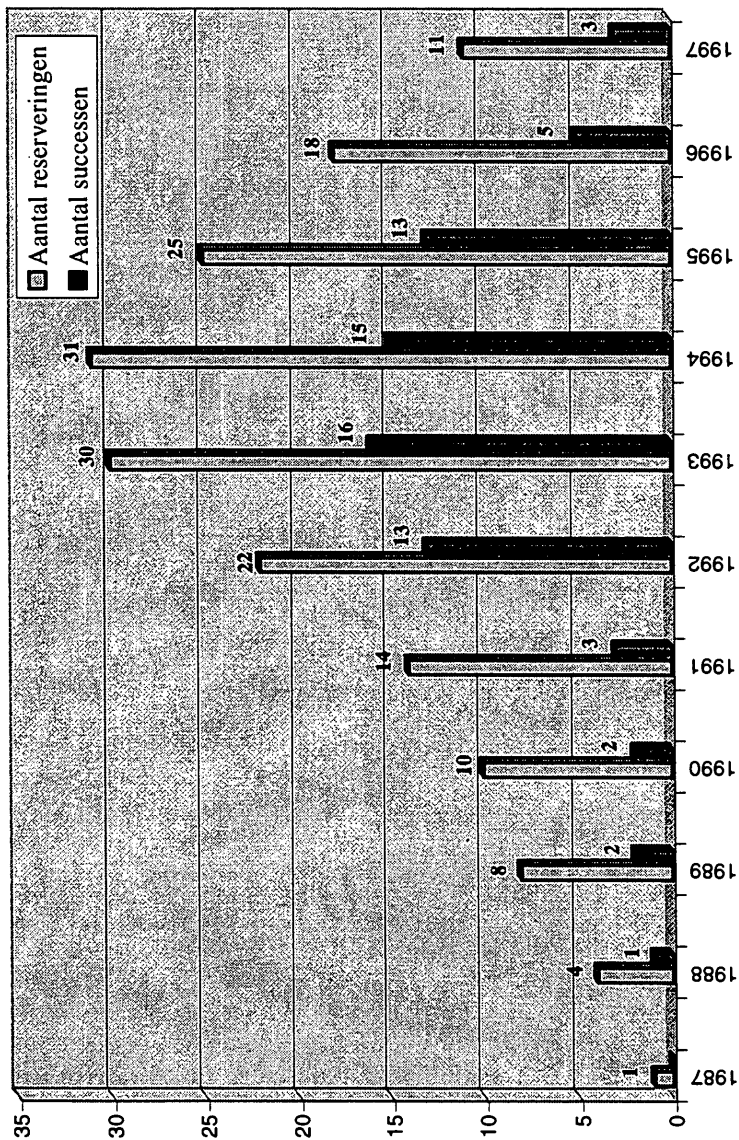
Afkomstig uit enquête onder curatoren:

- Frequentie verzoek om garantstelling
- Tijdsduur behandeling aanvraag garantstelling
- Kostendekkendheid garantstellingen
- Resultaten garantstellingen
- Rol van de rechter-commissaris
- Algemene waardering

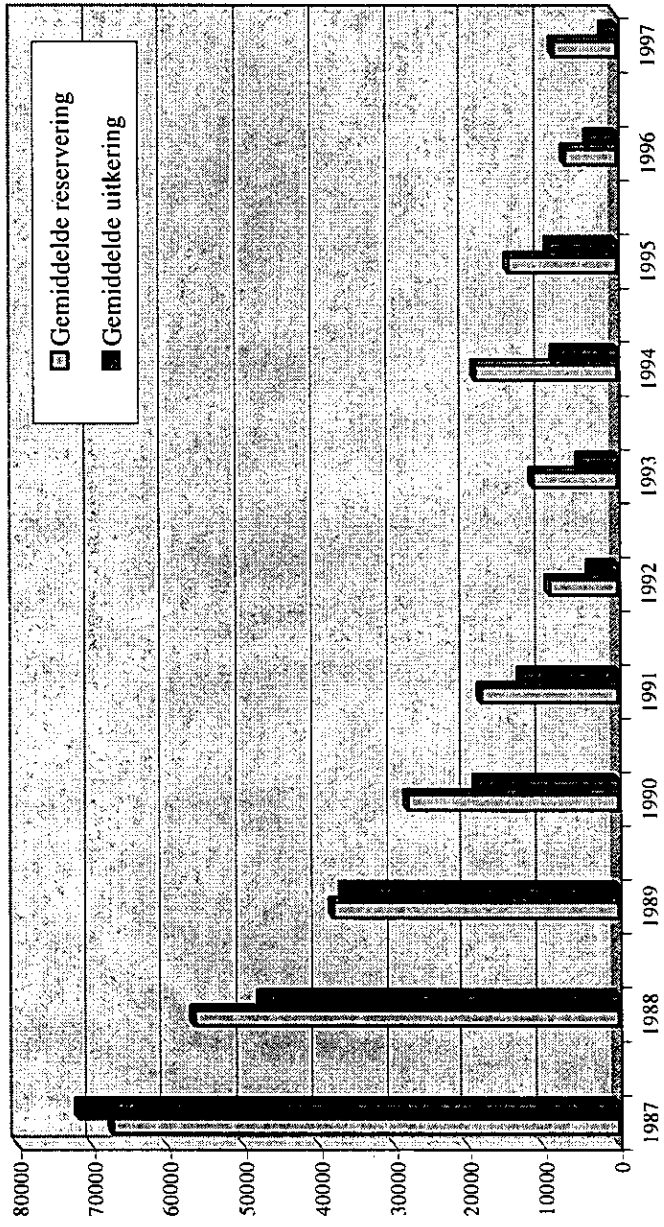
Reserveringen versus werkelijk uitgekeerde bedragen binnen beëindigde garanties.



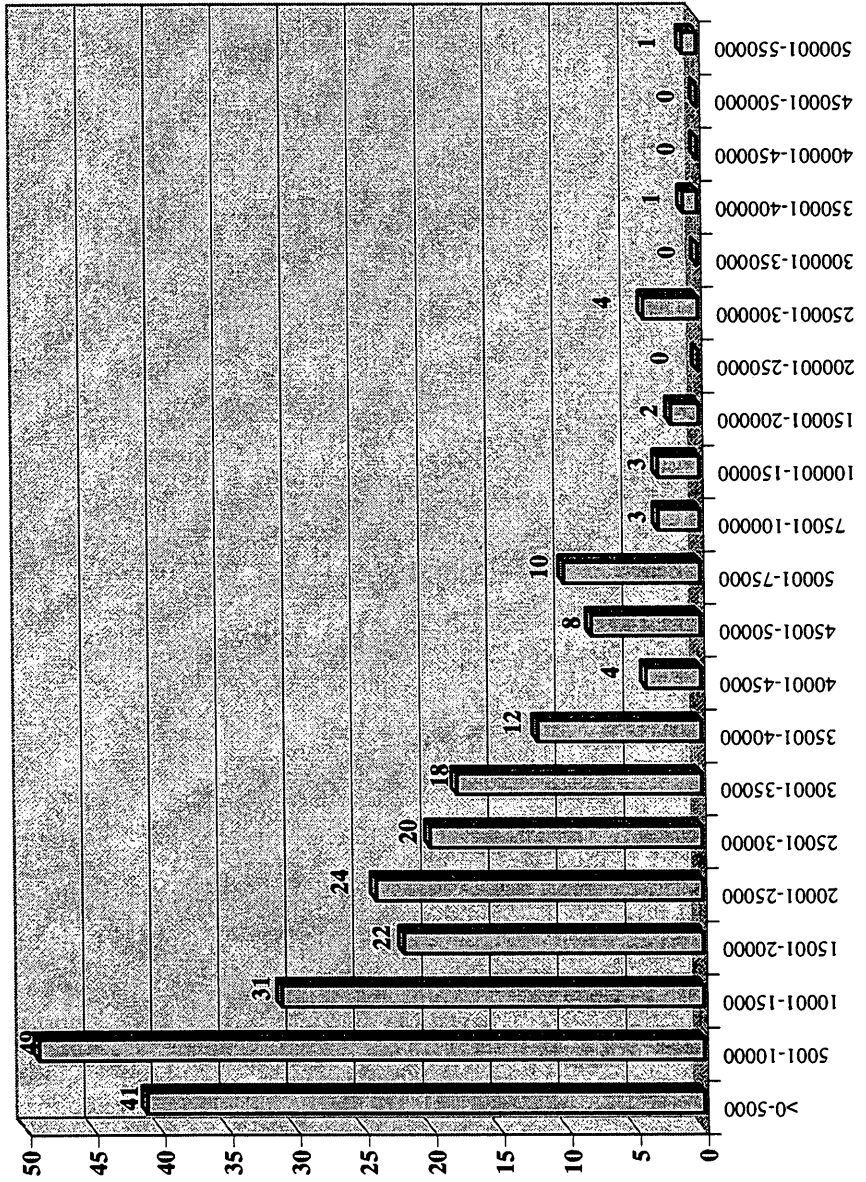
**Aantal reserveringen versus het aantal successen
per jaar binnen beëindigde garanties.**



**Per jaartal: gemiddelde reservering in hele guldens
versus gemiddelde uitkering in hele guldens binnen beëindigde garanties.**

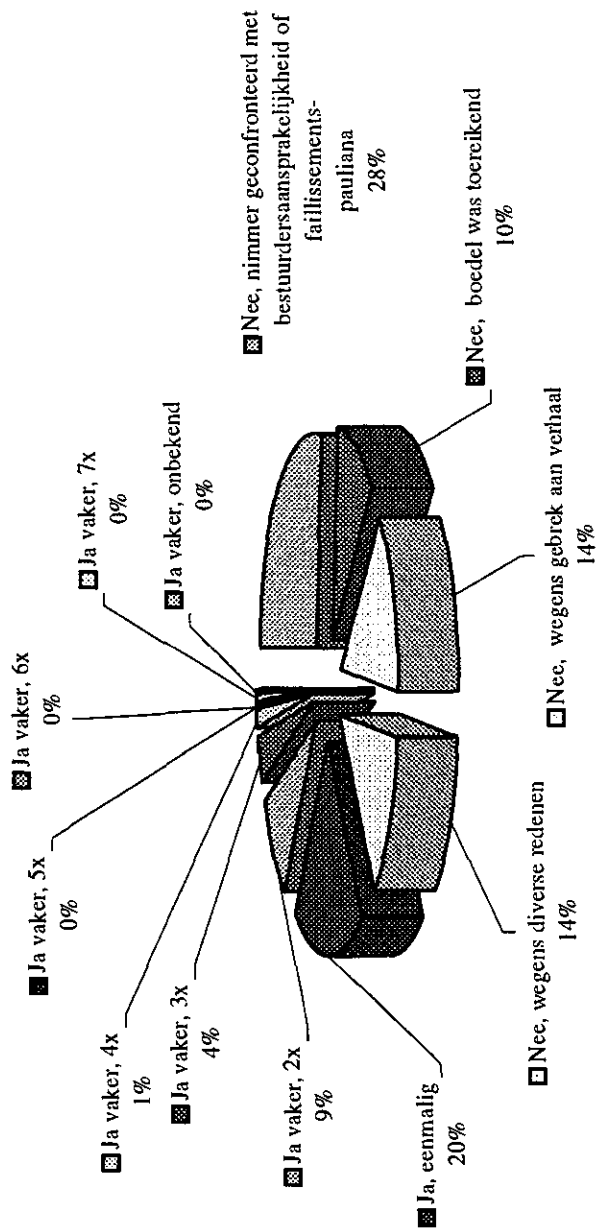


Overzicht reserveringen (in aantallen per intervalschaal van de hoogte van de gereserveerde bedragen) binnen nog niet beëindigde garanties (per 20-11-1998; n = 253)



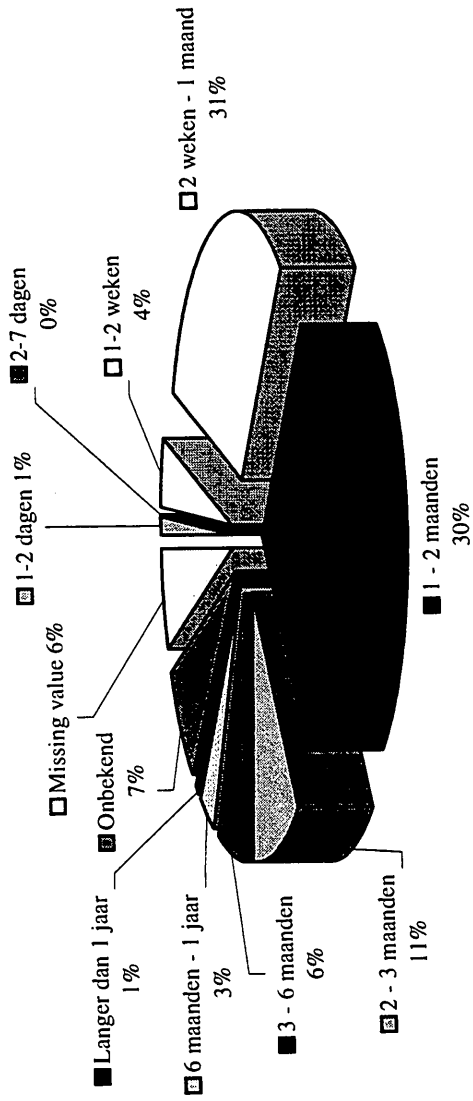
FREQUENTIE

Heeft u sinds de inwerkingtreding ooit een verzoek tot toekenning van een Garantstelling ingediend bij de Minister van Justitie? (n = 277)



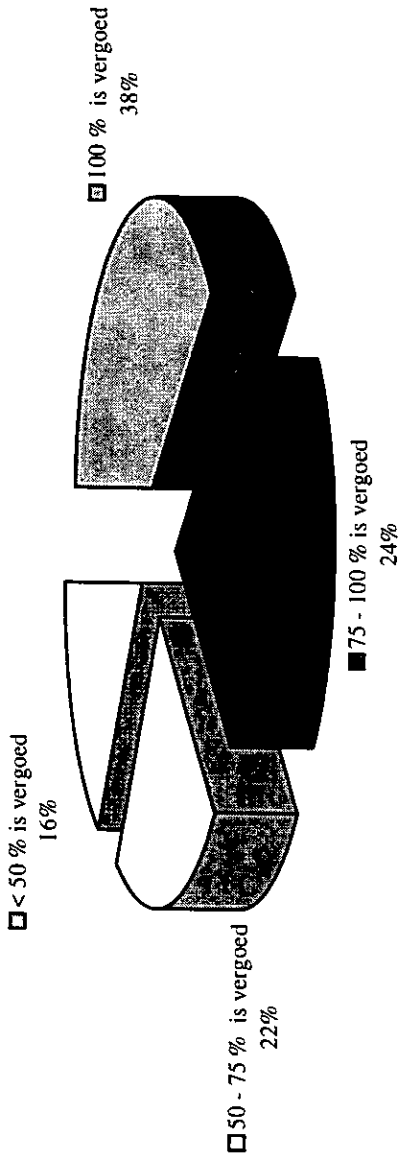
BEHANDELING AANVRAAG

Hoeveel tijd verstreek (gemiddeld) tussen de aanvraag en de beslissing op de aanvraag? (n = 96)



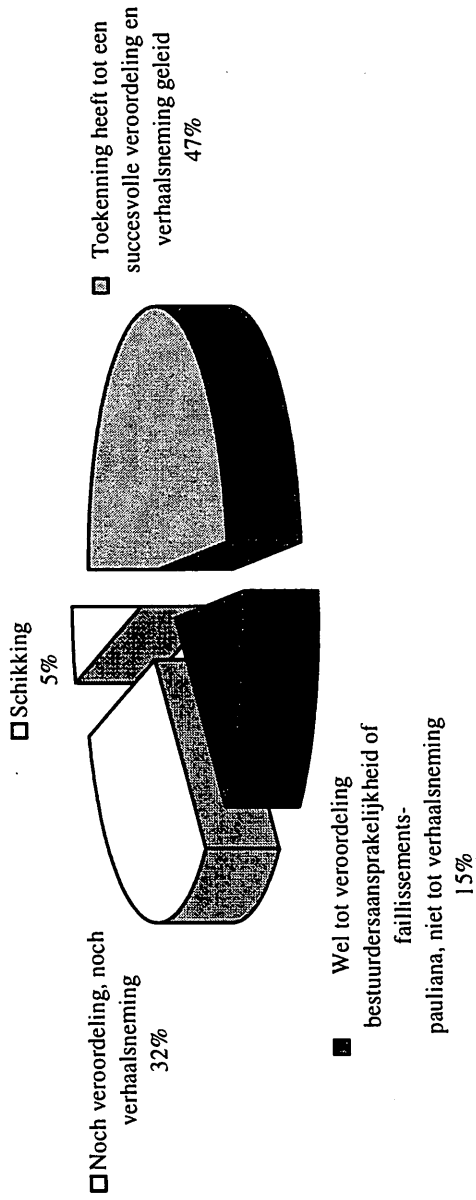
KOSTENDEKENDHEID

In hoeverre dekte de Garantstellingsregeling de uiteindelijk door u werkelijk gemaakte kosten? (n = 68)



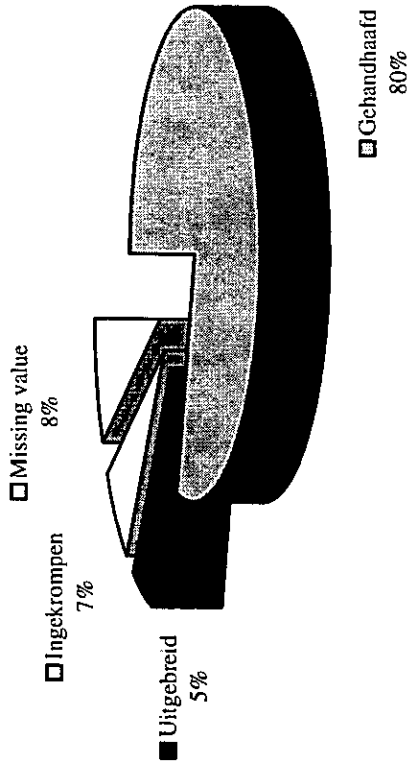
RESULTAAT

Heeft een toekenning tot een succesvolle
veroordeling en/of verhaalsneming geleid? (n = 62)

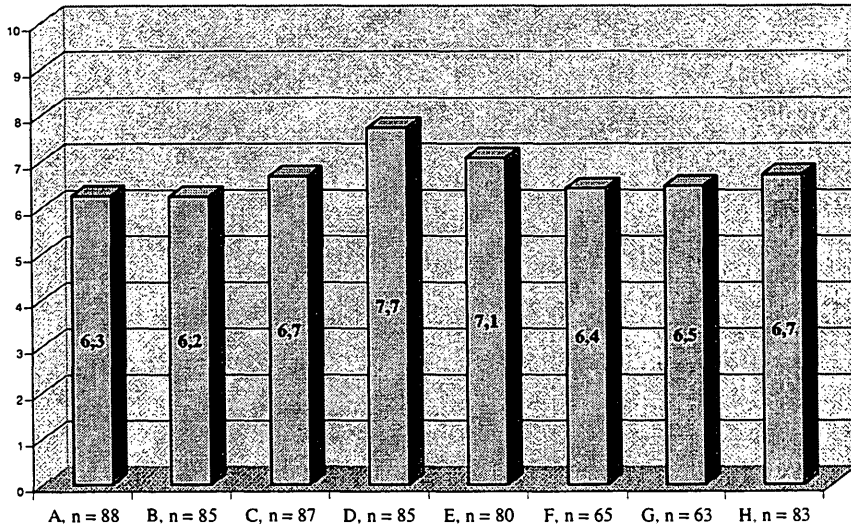


ROL VAN DE RECHTER-COMMISSARIS

Dient de rol van de R-C in het kader van de Garantstellingsregeling te worden gewijzigd? (n = 96)



WAARDERING (uitgedrukt in waarden van 1-10)



Corresponderend met de letters A t/m H zijn de volgende vragen beantwoord:

Wat is uw waardering voor ...

- A: ...de tijdsduur van de aanvraagprocedure?
- B: ...de aanvraagprocedure in zijn algemeenheid?
- C: ...het contact met het Ministerie van Justitie?
- D: ...het contact met de rechter-commissaris?
- E: ...het contact met de financiële instelling?
- F: ...de tijdsduur van de afwikkeling van de Garantstelling?
- G: ...de wijze waarop de Garantstelling wordt afgewikkeld?
- H: ...de Garantstellingsregeling in haar algemeenheid?