

Samenvatting

De beloning van curatoren bij lege boedels

Een juridisch, empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek naar de knelpunten bij de financiering van curatoren en de voor- en nadelen van mogelijke oplossingen

mr. dr. J.M.W. Pool
prof. mr. R.D. Vriesendorp
dr. P. van der Zwan
prof. mr. H. Koster
W. Elsenburg
W. Ourak



Universiteit
Leiden

SEO • economisch onderzoek

Samenvatting

Dit rapport beschrijft de resultaten van het onderzoek dat de Universiteit Leiden en SEO Economisch Onderzoek uit Amsterdam gezamenlijk hebben uitgevoerd naar de knelpunten bij de financiering van faillissementscuratoren in Nederland en de mogelijke oplossing daarvan. Het onderzoek is verricht in opdracht van het WODC, op verzoek van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het ministerie van Justitie en Veiligheid.

I. Inleiding

Het onderzoek vloeit voort uit een al lange tijd bestaand probleem waarmee faillissementscuratoren worden geconfronteerd als zij zijn aangesteld in een faillissement dat onvoldoende middelen bevat om hun werkzaamheden adequaat te betalen. Er is dan sprake van een geheel of gedeeltelijk ‘lege boedel’. Ook in deze legeboedelfaillissementen moet de curator bepaalde standaardwerkzaamheden verrichten. Gevolg hiervan is dat (het kantoor van) de curator opdraait voor de misgelopen inkomsten uit deze faillissementen. Daar komt bij dat in legeboedelfaillissementen vaker dan in andere faillissementen sprake is van fraude of onregelmatigheden. De curator heeft echter niet altijd voldoende middelen om onderzoek te doen naar deze fraude, waardoor het risico bestaat dat fraudeurs vrijuit gaan. Dit financieringsprobleem zorgt er dus niet alleen voor dat curatoren onbetaald werk moeten verrichten, maar ook dat schade door fraudeurs onvergoed blijft en fraudeurs vrijuit gaan.

Ook al bestaat dit probleem al geruime tijd en zijn daaraan tal van publicaties en overleggen tussen verschillende belanghebbenden – waaronder curatoren, advocaten, rechters, financiers, de Belastingdienst, het Openbaar Ministerie en de overheid – gewijd, toch is daarvoor tot op heden geen structurele en bevredigende oplossing gevonden.

Na invoering van de Wet versterking positie curatoren in 2017, waarin curatoren de wettelijke taak hebben gekregen om in ieder faillissement onderzoek te doen naar onregelmatigheden, zelfs als dat niets oplevert aan opbrengsten voor de failliete boedel, leken de financieringsproblemen groter te worden. Omdat de omvang en de gevolgen van het financieringsprobleem echter onduidelijk zijn, heeft het ministerie van Justitie en Veiligheid een tweeledig verzoek neergelegd bij het WODC. Enerzijds wil het ministerie duidelijkheid krijgen over de omvang van de problemen waarmee de curatoren bij lege boedels te maken hebben (deelonderzoek I). Dit deel brengt op basis van kwantitatieve (hoofdstuk 2) en kwalitatieve (hoofdstuk 3) analyses de omvang van het financieringsprobleem in beeld (hoofdstuk 4). Anderzijds wil het ministerie weten welke oplossingen die problemen zoveel mogelijk kunnen wegnemen (deelonderzoek II). Omdat in de loop der tijd al de nodige voorstellen daarvoor zijn gedaan, brengen we in dit deel de in Nederland voorgestelde oplossingen (hoofdstuk 5) en de in een achttiental buitenlandse rechtsstelsels gehanteerde aanpak in beeld

(hoofdstuk 6), gevolgd door de resultaten van een bijeenkomst met focusgroepen vanuit verschillende perspectieven: beroepspraktijk, rechtspraak, bedrijfsleven, financiers en publieke stakeholders (hoofdstuk 7) en afgerond met een overzicht van de voor- en nadelen van de verschillende financieringsmogelijkheden (hoofdstuk 8). Omdat aan de verschillende oplossingen die in de conclusies van deelonderzoek I en II zijn genoemd, voor- en nadelen kleven en tevens blijkt dat de keuze voor een bepaalde oplossing afhankelijk is van een aantal door de wetgever te beantwoorden beleidsvragen, sluit het onderzoek af met het in kaart brengen van de meest kansrijke oplossingen en daarmee samenhangende vragen die een (politieke) keuze door beleidsmakers en regelgever vergen (hoofdstuk 9). De antwoorden op deze vragen, zoals die op basis van het onderhavige onderzoek naar voren zijn gekomen, kunnen richting geven aan de uiteindelijke oplossing van de legeboedelproblematiek en het daarmee samenhangende financieringsprobleem voor curatoren bij de afwikkeling daarvan.

II. Deelonderzoek I

Deelonderzoek I beoogt aan de hand van kwantitatieve en kwalitatieve analyses duidelijkheid te bieden over de omvang van het financieringsprobleem waarmee curatoren bij lege boedels te maken hebben.

2. Kwantitatieve analyse van beëindigde faillissementen juli 2020 t/m maart 2024

Hoofdstuk 2 behandelt de kwantitatieve analyse van deelonderzoek I. Deze analyse is gebaseerd op cijfers die de rechtspraak via de Informatievoorzieningsorganisatie (IVO) Rechtspraak in het systeem Toezicht bijhoudt over onder meer alle beëindigde faillissementen waarin een digitaal financieel eindverslag is opgemaakt in KEI Toezicht.

Aan de verstrekte dataset kleeft een aantal beperkingen voor wat betreft de representativiteit. Het aantal faillissementen in die dataset ligt onder het totaal aantal beëindigde faillissementen in de onderzochte periode volgens de Raad voor de rechtspraak. Een gedeelte hiervan is te verklaren doordat wij alleen de eindverslagen van bedrijven hebben ontvangen en niet van natuurlijke personen. De hoofdreden voor de selectiviteit van onze dataset is echter dat niet bij alle afgewikkelde faillissementen de financiële eindverslagen zijn gedigitaliseerd in KEI Toezicht, en wij alleen gegevens hebben ontvangen van faillissementen die via een digitaal eindverslag in KEI Toezicht zijn afgerond. De eindverslagen die op een andere manier zijn ingediend, ofwel via papier, ofwel via een ingescand PDF-bestand, zijn niet omgezet in numerieke gegevens in Excelformat, en zijn daarom niet bruikbaar voor onze analyse. Een en ander betekent dat onze analyse is gebaseerd op een dekkingsgraad van 47% van alle in de onderzochte periode beëindigde faillissementen. De dekkingsgraad blijkt het laagst voor faillissementen met een korte (ten hoogste 1 jaar) en met een lange (ten minste 5 jaar) doorlooptijd. Anders gezegd: de kortstdurende en de langstdurende faillissementen zijn in onze steekproef relatief ondervertegenwoordigd. Om die reden hebben we een herweging toegepast, gebaseerd op de relatieve frequentie van

doorlooptijden in onze dataset en de werkelijke frequentie. Met andere woorden: omdat heel kortlopende en heel langlopende faillissementen minder vaak voorkomen in onze dataset, en we weten dat er daar meer van zijn, passen we de analyse zo aan dat die faillissementen wel goed zijn vertegenwoordigd in onze dataset. Op die manier benaderen we representativiteit. De resultaten die we bespreken, zijn gebaseerd op de gewogen cijfers.

De analyse is gebaseerd op ruim 4.800 waarnemingen, die bestaan uit een combinatie van individuele faillissementen en clusters van faillissementen.

De cijfers laten zien dat er een aanzienlijk financieringsprobleem is bij de afwikkeling van faillissementen van bedrijven door curatoren. Uit de data blijkt dat in ongeveer een kwart van de faillissementen (binnen een bandbreedte van 21-27% door de herweging) het salaris van de curator niet of niet volledig wordt betaald. Als de curator fraude vermoedt, is de kans groter dat het salaris (deels) onbetaald is.

Als de curator niet volledig wordt betaald, dan ligt de mediaan van het onbetaald gebleven deel van het salaris op 7.561 euro per faillissement (95%-betrouwbaarheidsinterval van 6.930-8.191 euro). Relatief gezien blijft 61% van het salaris in deze faillissementen onbetaald (mediaan, 95%-betrouwbaarheidsinterval 54-68%). In een substantieel aantal gevallen kan er minder dan 20 uur betaald worden (namelijk 46% van de faillissementen met een onbetaald gebleven deel van het salaris en 8% van de totale groep faillissementen waarbij ten minste 20 uur is geschreven).

Het mediane uurtarief (betaald salaris gedeeld door het aantal uren) van curatoren in onze dataset komt uit op 279 euro per uur (mediaan, 95%-betrouwbaarheidsinterval van 272-286 euro per uur). Voor faillissementen waarin (een deel van) het salaris onbetaald is gebleven, komt de mediaan uit op 168 euro per uur; voor faillissementen waarin het salaris volledig betaald wordt, is de mediaan 305 euro per uur.

Het totale bedrag aan onbetaald gebleven salarissen in de onderzochte periode bij faillissementen van bedrijven bedraagt bijna dertig miljoen euro, hetgeen neerkomt op bijna 8 miljoen euro op jaarbasis.

3. Kwalitatieve analyse van het perspectief van curatoren

De kwalitatieve analyse van deelonderzoek I in hoofdstuk 3 is gebaseerd op tien semigestructureerde interviews met twaalf curatoren, die uiteenlopen qua leeftijd, geslacht, arrondissement, kantooromvang en ervaring. In de interviews is allereerst gesproken over de tijdsbesteding door curatoren in door hen afgewikkelde faillissementen. De resultaten laten zien dat de tijdsbesteding zeer variabel is en afhangt van een aantal factoren in ieder faillissement. Denk hierbij aan aard en omvang van nog lopende activiteiten van de onderneming na de faillietverklaring, communicatie met de schuldenaar (bestuur, andere betrokkenen), ervaren complexiteit van het faillissement, omvang van de boedel, potentiële opbrengst van werkzaamheden tegenover belang van de gezamenlijke schuldeisers, interne (kantoor) en/of externe (rechtbank) richtsnoeren. Naast tijdsbesteding in het algemeen is gesproken over taakverdeling binnen het kantoor en uitbesteding van werkzaamheden

aan derden, de omvang en oorzaken van het financieringsprobleem, de gevolgen daarvan en mogelijke oplossingen. Bij het uitbesteden van werkzaamheden door curatoren, zowel intern als extern, wordt er vooral op gelet wie het werk zo efficiënt mogelijk kan uitvoeren. Een belangrijke kanttekening hierbij is dat de omvang van de boedel door het ontbreken van financiële middelen niet altijd toestaat dat werkzaamheden worden uitbesteed, zelfs als dit goedkoper zou zijn dan het door de curator zelf uitvoeren.

Voorts is met de geïnterviewde curatoren gesproken over de omvang en de door hen ervaren gevolgen van het financieringsprobleem. Alle curatoren ervaren namelijk in meer of mindere mate een financieringsprobleem. De interviewstudie biedt ook inzicht in de gevolgen van het financieringsprobleem voor hun gedrag en aanpak van faillissementen. Het lijkt erop dat curatoren proberen om in elk faillissement altijd een aantal standaardwerkzaamheden te verrichten, zelfs als er onvoldoende actief in de boedel is om deze werkzaamheden te vergoeden. Het gaat dan bijvoorbeeld om een inventarisatie van de activa en passiva, en de communicatie met een bestuurder en het personeel. Dit betekent dat zij dan in sommige faillissementen werkzaamheden uitvoeren zonder daarvoor te worden betaald. Omdat curatoren in deze gevallen hun werkzaamheden beperkt houden, lijken vooral werkzaamheden die verband houden met de aanpak van onregelmatigheden te lijden onder een gebrek aan middelen in de boedel. Hierdoor bestaat de kans dat fraudeurs zonder consequenties kunnen weggelopen met faillissementsfraude.

Desondanks lijkt het erop dat de faillissementspraktijk in totaliteit voor de geïnterviewde curatoren nog wel uitvoerbaar is, omdat sommige kantoren een deel van de misgelopen uren kunnen compenseren met inkomsten uit faillissementen waarin zij wel volledig betaald worden. Zoals ook blijkt uit de kwantitatieve analyse op kantoorniveau in hoofdstuk 2, geldt dit niet voor ieder kantoor maar alleen als het commerciële uurtarief lager is dan het Recofatarief. Dan is immers minder nodig om de gemiste inkomsten te compenseren. Naast het leeraspect voor jonge curatoren bij lege boedels, de kennis- en ervaringsopbouw voor andere praktijken (zoals de proces- en overnamepraktijk) binnen het kantoor en de inzet van (faillissements)medewerkers die sowieso betaald moeten worden, kan het aantal niet-vergoede uren voor een individuele curator meevallen of zorgen de opbrengsten uit de 'volle' boedels kennelijk voor voldoende inkomsten, waardoor deze curatoren de faillissementspraktijk blijven uitoefenen. De faillissementen waarin wel activa zijn (of andere commerciële activiteiten) compenseren dan de niet-betaalde uren in lege boedels. Dit wil niet zeggen dat curatoren de uren die zij niet betaald krijgen in faillissementen met een lege boedel, dan maar schrijven in een faillissement met een vollere boedel. Het gaat erom dat faillissementen met een lege boedel alleen afgewikkeld kunnen worden omdat daar faillissementen met een vollere boedel tegenover staan.

Toch maken ook deze curatoren zich wel zorgen over de rendabiliteit van de faillissementspraktijk op de lange termijn. Zij lijken zich er echter bij neer te hebben gelegd dat zij moeten accepteren dat zij werkzaamheden zonder vergoeding verrichten, willen zij door de rechtbank aangesteld blijven worden tot curator. Het

gevoel is echter wel dat het oplossen van het financieringsprobleem geen prioriteit heeft bij beleidsmakers en de wetgever.

4. Conclusie deelonderzoek I: omvang van het financieringsprobleem; randvoorwaarden voor een oplossing

Op basis van de kwantitatieve en kwalitatieve analyses zijn in hoofdstuk 4 drie voorwaarden geformuleerd waaraan een oplossing moet voldoen om het geïdentificeerde financieringsprobleem op te lossen.

Ten eerste moet er voldoende financiering zijn voor lege boedels. Het onderzoek laat zien dat curatoren niet altijd worden betaald voor de werkzaamheden die zij in faillissementen worden geacht te verrichten. Dit is problematisch, omdat dit ervoor zorgt dat de curator onbevredigende keuzes moet maken en bepaalde werkzaamheden moet laten liggen vanwege een gebrek aan middelen. Bovendien leidt dit ertoe dat (de kantoren van) curatoren zelf de financiële consequenties dragen van de afschrijvingen van hun gewerkte, maar niet betaalde uren, omdat uit het onderzoek blijkt dat curatoren in ieder faillissement, dus ook in faillissementen waarin geen boedelactief beschikbaar is, bepaalde standaardwerkzaamheden moeten verrichten. Tegelijkertijd volgt uit het onderzoek ook dat de faillissementspraktijk kennelijk dusdanig rendabel blijkt dat curatoren (ook lege) faillissementen blijven afwickelen, omdat zij daarin blijkbaar een meerwaarde voor de totale kantoorpraktijk veronderstellen en de opbrengst uit faillissementen met een volle boedel als gedeeltelijke compensatie zien van de misgelopen inkomsten uit faillissementen met een lege boedel. Deze kruisfinanciering door curatoren kan leiden tot perverse prikkels, omdat zij in zekere zin de rekening legt bij andere schuldeisers (dan die in de lege boedels), op wie de bijdrage in de afwikkelingskosten eigenlijk in de vorm van een te hoog uurtarief wordt afgewenteld. Voldoende en gegarandeerde financiering voor lege boedels zou tot een aanpassing van het uurtarief kunnen leiden. Hierbij is echter wel voorzichtigheid geboden, nu uit het onderzoek ook blijkt dat deze kruisfinanciering er niet voor ieder kantoor toe leidt dat de faillissementspraktijk op zichzelf rendabel is.

Ten tweede is een gegarandeerde financiering van standaardwerkzaamheden wenselijk, zodat curatoren in elk faillissement deze werkzaamheden (eventueel met inschakeling van derden) kunnen verrichten zonder onzekerheid over betaling. Uit het onderzoek blijkt immers dat curatoren bij lege boedels persoonlijk opdraaien voor de standaardwerkzaamheden die zij in ieder faillissement moeten uitvoeren. Het wegnemen van die onzekerheid vergt een gegarandeerde financiering gebaseerd op een uurtarief maal het daarvoor benodigde geschat aantal uren. Uit de kwantitatieve analyse blijkt dat de mediaan van het onbetaald gebleven salaris per faillissement van een bedrijf ongeveer 7.500 euro bedraagt, hetgeen neerkomt op iets minder dan dertig uur volgens het Recofa-basisuurtarief 2024 van 252,89 euro (exclusief btw). Dit tarief kent echter verhogingen op basis van een ervaringsfactor, waardoor dit bijvoorbeeld uitkomt op 354,05 euro bij ervaringsfactor 1,4 voor een curator die ten minste acht jaar maar korter dan elf jaar advocaat is). Blijkens de kwalitatieve analyse lijkt gemiddeld een twintigtal uren voor de eerste werkzaamheden in faillissementen van

bedrijven voldoende. Uitgaande van deze twintig uur, maal het gemiddelde uurtarief van 354,05 euro (bij een ervaringsfactor 1,4 voor een curator die ten minste acht jaar maar korter dan elf jaar advocaat is), komt dat neer op een te garanderen financiering van 7080 euro per faillissement. Op basis van de uitkomst van het kwantitatieve onderzoek dat (binnen de bandbreedte van 21-27%) ruwweg min of meer een kwart van de faillissementen onvoldoende boedel bevat om een deel van dit salaris te voldoen, komt dat bij een jaarlijks gemiddeld aantal faillissementen van 3.234 over de afgelopen vijf jaren (2019-2023) neer op ongeveer 800 faillissementen met onvoldoende boedel per jaar. Ervan uitgaande dat grofweg de helft van de uren voor de standaardwerkzaamheden in die faillissementen niet kunnen worden betaald, betekent dit dat ieder jaar een aanvullende financiering voor curatoren nodig is van ongeveer 2,8 miljoen euro (met een ruwe bandbreedte van minimaal 2,5 miljoen euro en een maximum 3,25 miljoen euro) zodat zij in faillissementen van bedrijven de standaardwerkzaamheden kunnen uitvoeren. Dit is exclusief de financiering die nodig is voor de afwikkeling van faillissementen van natuurlijke personen. Voor de afwikkeling van faillissementen van natuurlijke personen ligt de mediaan van het aantal bestede uren op de helft van de mediaan van het aantal bestede uren voor faillissementen van bedrijven. Er blijkt echter niet in hoeveel van de faillissementen van natuurlijke personen er onvoldoende geld is om het salaris te betalen. Het onderzoek geeft dus geen uitsluitsel welk bedrag nodig is voor de afwikkeling van faillissementen van natuurlijk personen.

Ten derde is ook een gegarandeerde financiering wenselijk (zo nodig met regres op de boedel als daarin voldoende middelen zijn) voor het onderzoeken en aanpakken van onregelmatigheden, misbruik en fraude, ongeacht of deze werkzaamheden direct inkomsten voor de boedel genereren. Uit het onderzoek blijkt namelijk dat curatoren niet altijd voldoende middelen hebben om onregelmatigheden te onderzoeken en aan te pakken, waardoor fraudeurs vrijuit gaan. Op vergelijkbare wijze als een gegarandeerde financiering van de eerste werkzaamheden moet (bij handhaving van de huidige verplichting uit artikel 68 lid 2 Fw) financiering beschikbaar zijn voor het onderzoeken en aanpakken van onregelmatigheden in faillissementen, onafhankelijk van de aan- of afwezigheid van enig rendement op die werkzaamheden in de vorm van inkomsten voor de boedel. Het onderzoek geeft echter geen uitsluitsel over hoeveel uur hiervoor gemiddeld nodig is, of welk bedrag hiervoor beschikbaar moet worden gemaakt.

Ten slotte blijkt uit het kwalitatieve onderzoek dat een aanpak van de geconstateerde problemen daadwerkelijk resultaat moet hebben om te voorkomen dat curatoren het vertrouwen verliezen in een effectieve oplossing voor het financieringsprobleem en daardoor mogelijk minder investeren in kwaliteitsbewaking en verbetering van de faillissementspraktijk. Daarom is het essentieel dat een oplossing voldoet aan de drie hiervoor genoemde voorwaarden om dit vertrouwen bij curatoren te herstellen en te waarborgen.

III. Deelonderzoek II

5. Verkennend literatuuronderzoek naar oplossingen van het financieringsprobleem

In het tweede deel van het onderzoek verkennen we alternatieve mogelijkheden om de financiering van curatoren te waarborgen wanneer de boedel ontoereikend is, waarbij we de voor- en nadelen van elke optie belichten. We onderzoeken enerzijds welke alternatieve financieringsvormen mogelijk zijn en anderzijds welke mogelijke financieringsbronnen hiervoor bestaan om het in deelonderzoek I geïdentificeerde financieringsprobleem op te lossen of te verminderen.

Hoofdstuk 5 brengt de bestaande Nederlandse literatuur (publicaties, rapporten e.d.) en eerder voorgestelde oplossingen voor het financieringsprobleem in kaart. Grofweg zijn de hieruit voortvloeiende alternatieve financieringsvormen in twee categorieën te verdelen: i) een basisvergoeding aan een private curator voor bepaalde werkzaamheden of ii) een curator die in dienst van de overheid (een gedeelte van) alle faillissementen afwikkelt.

Bij de eerste oplossing (een basisvergoeding) moet worden vastgesteld welke werkzaamheden voor die vergoeding in aanmerking komen, en of die in ieder faillissement ter beschikking moet worden gesteld of alleen in faillissementen waarin de boedel onvoldoende middelen bevat om die werkzaamheden daadwerkelijk te vergoeden. Dit laatste onderscheid speelt ook bij een andere mogelijkheid om een basisvergoeding bijvoorbeeld alleen te verstrekken voor werkzaamheden die specifiek verband houden met de aanpak van onregelmatigheden.

De tweede oplossing (een overheidscurator) kan worden toegepast bij alle faillissementen of slechts bij bepaalde typen faillissementen, bijvoorbeeld afhankelijk van omvang en/of – vooraf ingeschatte – complexiteit. Hiervan is sprake bij vermoedens van onregelmatigheden of zelfs fraude.

Als financieringsbron dient primair de boedel, maar bij lege boedels is dit niet, of slechts gedeeltelijk, mogelijk. Dat betekent dat voor de alternatieve financieringsvormen gezocht moet worden naar andere financieringsbronnen. De onderzochte literatuur noemt drie financieringsbronnen: i) financiering uit de algemene middelen, ii) financiering vanuit een afdrachtplicht voor separatisten of iii) voorfinanciering door ondernemers in het algemeen en door andere stakeholders bij een ordentelijke faillissementsafwikkeling.

Ten slotte bevat hoofdstuk 5 enkele andere denkrichtingen die in de literatuur – meestal zonder uitvoerige uitwerking – zijn geopperd om het financieringsprobleem op te lossen: i) aanpassing van het takenpakket, vooral waar het de aanpak van onregelmatigheden en fraude betreft, ii) bevordering van de efficiëntie van de faillissementsafwikkeling, iii) alternatieve afwikkelingsprocedure door bij lege boedels geen faillissement uit te spreken en iv) stimulering van ondernemers om eerder en tijdig maatregelen te treffen om de financiële malaise het hoofd te bieden.

6. Blik over de grenzen; rechtsvergelijking als inspiratie voor oplossingen

Omdat de legeboedelproblematiek en de daarmee samenhangende financieringsproblemen voor curatoren geen specifiek Nederlandse problemen zijn, maar wereldwijd voorkomen, bevat hoofdstuk 6 een rechtsvergelijkende analyse op hoofdlijnen van achttien buitenlandse rechtsstelsels: Australië, België, Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, IJsland, Litouwen, Noorwegen, Oostenrijk, Singapore, Polen, Spanje, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland. Het beeld dat uit de rondgang langs die landen opdoemt, komt in grote lijnen erop neer dat (het buitenlandse equivalent van) de curator in beginsel wordt betaald uit de boedel (al dan niet sterk gereguleerd en gereguleerd), zolang die daarvoor de middelen heeft. Als dit niet (meer) het geval is, zijn er verschillende opties, al naargelang het tijdstip waarop duidelijk is dat de boedel onvoldoende middelen heeft.

Als op voorhand al vaststaat dat de boedel onvoldoende middelen heeft om de (kosten van de) curator te betalen wordt in sommige rechtsstelsels van de aanvrager verlangd dat deze voor de betaling daarvan vooraf zekerheid stelt of dat een overheidsinstantie zich (in eerste instantie) met de afwikkeling gaat bemoeien. Deze varianten komen in verschillende uitwerkingen voor in Australië, Denemarken, Duitsland, Estland, Frankrijk, IJsland, Litouwen, Noorwegen, Oostenrijk, Spanje, Verenigd Koninkrijk en Verenigde Staten. Als niet met een redelijke mate van zekerheid vaststaat dat de curator voor zijn werkzaamheden betaald wordt, al dan niet door verstrekte voorschotten of garanties, wordt in sommige landen (zoals Duitsland, Litouwen, Oostenrijk en Polen) het (desbetreffende equivalent van het) faillissement zelfs niet uitgesproken, waardoor de schuldenaar vatbaar blijft voor executiemaatregelen door de schuldeisers. Hierbij worden in sommige rechtsstelsels wel de relevante (strafrechtelijke) autoriteiten geïnformeerd. Als geen procedure wordt gestart, leidt dat bij rechtspersonen meestal tot een gerechtelijke ontbinding die via handelsregisterachtige instanties administratief wordt afgewikkeld (bijvoorbeeld in België, Estland, Litouwen en Polen). Bij vermoedens van fraude of andere onregelmatigheden wordt soms nader onderzoek verricht (zoals in Duitsland en Estland). Dit gebeurt dan ofwel door de curator, maar dan meestal met aanvullende externe financiering en in enkele rechtsstelsels voor eigen rekening en risico, ofwel door een speciaal daartoe ingestelde overheidsinstantie, zoals in Finland, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland.

Als pas tijdens de afwikkeling van een faillissement blijkt dat sprake is van een lege boedel, kan de curator de rechter in sommige landen, zoals Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Verenigd Koninkrijk en Zwitserland, tussentijds vragen om het faillissement voortijdig te beëindigen. De rechtsvergelijking toont voor deze situatie een gevarieerd beeld van de gevolgen van een dergelijk verzoek. In de meeste gevallen leidt toewijzing van het verzoek tot een staking van de activiteiten door de curator. Dan varieert het in de verschillende onderzochte rechtsstelsels wat er vervolgens gebeurt met het onbetaald gebleven deel van de kosten. Soms is dit voor rekening van de aanvrager of voor eigen rekening van de curator. In enkele rechtsstelsels komt dat

bedrag voor rekening van een overheidsorganisatie op wie dat geheel of ten dele kan worden afgewenteld, zoals in Australië, Finland, Frankrijk, Singapore, Spanje en Zweden. In sommige gevallen daarentegen wordt het faillissement niet beëindigd maar verlangt de rechter bij voldoende publiek belang voortzetting van die afwikkelingsactiviteiten. Dan worden de kosten door een overheidsorganisatie vergoed of neemt die zelfs de verdere afwikkeling over, zoals in Australië, Denemarken, Finland en Verenigd Koninkrijk. Een enkele keer wordt echter de curator geacht dit ondernemersrisico te dragen en dan maar in zijn bedrijfsvoering in te calculeren, zoals in Duitsland en Litouwen. Hierbij kan de curator dan soms aanspraak maken op een (forfaitaire) vergoeding van de overheid of ontvangt hij (gedeeltelijke) financiering uit een speciaal opgezet garantiefonds, zoals Australië, Finland, Frankrijk, Singapore, Spanje en Zweden. Dit kan gevoed worden door de overheid en/of de beroepsgroep zelf, zoals in Frankrijk en aangekondigd voor Spanje.

De rechtsvergelijkende rondgang heeft geresulteerd in verschillende oplossingen die soms niet eerder in het Nederlandse debat zijn genoemd, zoals de ‘voorlopige’ curator in Duitsland en Estland die zijn inventariserend onderzoek verricht als een door de rechtbank aangestelde (en betaalde) deskundige of de Insolvency Service in het Verenigd Koninkrijk die een curatorrol vervult als geen private curator is aangesteld.

7. Alternatieven bezien vanuit verschillende stakeholderperspectieven

Hoofdstuk 7 gaat over de toets van de hoofdlijnen van de voorlopige resultaten van deelonderzoek II aan de praktijk. In dit hoofdstuk worden de voor- en nadelen van verschillende financieringsopties voor curatoren op basis van de resultaten uit de literatuurstudie en de rechtsvergelijking besproken vanuit het perspectief van belangrijke stakeholders uit de Nederlandse faillissementspraktijk. Om een goed inzicht in deze perspectieven te krijgen, hebben we een bijeenkomst georganiseerd met focusgroepen bestaande uit vertegenwoordigers van de beroepspraktijk, rechtspraak en het bedrijfsleven, financiers en publieke stakeholders. Hierin is aandacht besteed aan zowel nieuwe als bestaande financieringsmogelijkheden en is onderzocht hoe deze in de praktijk zouden kunnen functioneren. De bijeenkomst bestond uit een plenaire inventarisatie van mogelijke financieringsopties, gevolgd door een discussie in aparte focusgroepen van verschillende stakeholders over de voor- en nadelen van elk alternatief per stakeholdergroep. Afsluitend zijn de bevindingen plenair gepresenteerd om wederzijdse reacties mogelijk te maken.

Voor de beroepspraktijk is het cruciaal dat de gekozen oplossing ervoor zorgt dat wettelijke taken en werkzaamheden adequaat worden vergoed dan wel dat die taken worden aangepast. Het komt nu te veel voor dat curatoren werkzaamheden moeten verrichten terwijl er geen adequate vergoeding tegenover staat. Mede met het oog op het behoud van kwalitatief hoogwaardige curatoren, moeten zij in staat gesteld worden om hun werk op kwalitatief goed niveau, voorspelbaar, transparant en doelmatig uit te voeren. Daarnaast is het belangrijk dat de uiteindelijke oplossing de juiste persoonlijke prikkels geeft aan curatoren, hetgeen kan bijdragen aan de goede afwikkeling van faillissementen.

De rechtspraak benadrukt naast de zorgvuldige uitvoering door curatoren ook het belang van voldoende capaciteit binnen het rechtssysteem. De voorgestelde financieringsopties moeten in lijn zijn met de beschikbare middelen en capaciteit van de rechtbanken, om te voorkomen dat de druk op het systeem verder toeneemt.

Voor het bedrijfsleven, de financiers en publieke stakeholders is voorspelbaarheid van belang. Men wil duidelijkheid over de regels en procedures, zodat men weet wat men kan verwachten in het geval van een faillissement.

Al deze voorwaarden zijn volgens de focusgroepen essentieel om ervoor te zorgen dat de voorgestelde financieringsvormen niet alleen effectief en werkbaar zijn, maar ook tegemoetkomen aan de behoeften en zorgen van alle betrokken partijen. Iedere optie heeft echter zijn eigen voor- en nadelen, wat betekent dat de uiteindelijke keuze voor een financieringsvorm voornamelijk een politieke beslissing zal zijn.

8. Conclusie deelonderzoek II: alternatieve financieringsvormen en -bronnen

Deelonderzoek II heeft inzicht geboden in verschillende alternatieven voor de financiering van de curator, waarbij telkens onderscheid is gemaakt tussen de financieringsvorm en de financieringsbron. Hoofdstuk 8 bevat de synthese van de bevindingen uit de literatuur, rechtsvergelijking en de bijeenkomst met de focusgroepen. Voor de vraag hoe het risico dat een private curator onbetaald blijft voor zijn werkzaamheden bij de afwikkeling van een faillissement kan worden voorkomen of verkleind, zijn uit het onderzoek de volgende mogelijkheden naar voren gekomen: i) het opwerpen van een (financiële) drempel voordat de rechter het faillissement uitspreekt, ii) het werken met een overheidscurator die voor een bepaald deel of alle faillissementen wordt ingezet, iii) een gegarandeerde vergoeding voor de eerste (of standaard) werkzaamheden door een curator en/of iv) een gegarandeerde vergoeding voor de aanpak van onregelmatigheden.

Voor de vraag hoe een en ander dan gefinancierd moet worden, valt naast de bestaande vorm van kruisfinanciering door de curator binnen de eigen praktijk aan (een combinatie van) de volgende bronnen te denken: i) financiering uit de algemene middelen, ii) een afdrachtplicht voor separatisten en iii) voorfinanciering door de schuldenaar (ondernemer) en andere stakeholders.

Uit de resultaten van de focusgroepen op basis van voorstellen uit het literatuuronderzoek en de rechtsvergelijking kan worden geconcludeerd dat de voor- en nadelen van de besproken opties vanuit de diverse stakeholderperspectieven verschillend worden gewaardeerd. De keuze voor een bepaalde bron van financiering is daarom uiteindelijk afhankelijk van een beleidskeuze: in wiens belang voert de curator zijn werkzaamheden uit, en voor wie is het dus gerechtvaardigd om daarvoor te betalen? In hoofdstuk 9 zijn we daarom op basis van een synthese van de resultaten van deelonderzoek I (hoofdstuk 4) en deelonderzoek II (hoofdstuk 8) ingegaan op deze beleidskeuzes en hebben wij laten zien welke beleidskeuzes volgens de onderzoeksresultaten uit deelonderzoek I het meest effectief kunnen zijn om de problematiek op te lossen.

IV. Conclusie: routekaart voor beleidskeuzes

Omdat de voor- en nadelen van de genoemde opties door de diverse stakeholdersgroepen verschillend en soms zelfs tegengesteld worden gewaardeerd, zal de uiteindelijke keuze voor een of meer van de genoemde oplossingen op basis van de uitkomsten van deelonderzoeken I en II uiteindelijk een politieke beleidskeuze zijn. In hoofdstuk 9 presenteren we een routekaart voor de te maken beleidskeuzes. Deze is gebaseerd op een toetsing van de in deelonderzoek II geïdentificeerde oplossingsrichtingen aan de drie in deelonderzoek I opgestelde voorwaarden waaraan moet worden voldaan om het financieringsprobleem op te lossen. In algemene zin komen wij op basis van het onderzoek tot de volgende voorstellen:

- i) het opwerpen van een kwalitatieve drempel bij een faillissementsaanvraag, waarbij wel een efficiënte gestandaardiseerde *quick scan* naar de aanwezigheid van middelen en het bestaan van mogelijke andere nader te specificeren redenen om het faillissement uit te spreken (zoals onregelmatigheden) bij de schuldenaar, plaatsvindt. Alleen de constatering dat onvoldoende middelen beschikbaar zijn om de curator te betalen, is onvoldoende om het faillissement niet uit te spreken. We stellen dus geen louter financiële drempel voor, maar een kwalitatieve drempel (waarin financiële elementen wel een rol kunnen spelen, maar niet doorslaggevend zijn). Die *quick scan* kan gedaan worden door een functionaris die hetzij gerelateerd is aan de insolventiegriffie van de rechtbank waar de aanvraag is gedaan (maar afzonderlijk bekostigd wordt) of in dienst is bij een hiertoe op te zetten overheidsorganisatie of een private partij (die voor een beperkt aantal uren een gegarandeerde vergoeding ontvangt). Sommige faillissementsaanvragen zullen hierdoor niet worden toegewezen, ondanks het voldoen aan de materiele criteria uit artikel 6 Fw. Voor de schuldenaar/rechtspersoon geldt dat deze kan worden ontbonden via de turboliquidatie en een natuurlijk persoon geldt dat deze kan worden verwezen naar de Wsnp; en
- ii) een gegarandeerde bijdrage aan de curator voor de eerste of een aantal standaardwerkzaamheden ter grootte van een bepaald aantal uren. Op basis van het onderzoek verwachten wij dat het hierbij gaat om circa 20 uur. Op basis van de hiervoor besproken berekening, betekent dit dat ieder jaar een aanvullende financiering voor curatoren nodig is van ongeveer 2,8 miljoen euro (met een ruwe bandbreedte van minimaal 2,5 miljoen euro en een maximum van 3,25 miljoen euro) om te garanderen dat zij hun eerste werkzaamheden in faillissementen van bedrijven kunnen uitvoeren. Daarna kan bij een lege boedel en het ontbreken van aanwijzingen van serieuze onregelmatigheden tijdens die eerste twintig uur het faillissement snel worden afgewikkeld; of
- iii) als wel aanwijzingen zijn gevonden voor de aanwezigheid van onregelmatigheden of erger, toekenning van een gegarandeerde bijdrage aan de curator in (een deel van) de kosten van een onderzoek naar die onregelmatigheden en eventuele vervolgstappen door een daarop toegespitste verruiming van de Garantstellingsregeling curatoren.

Voor de introductie van deze voorstellen zijn de volgende wijzigingen noodzakelijk:

- i. Vastleggen invulling kwalitatieve drempel en daarbij behorende controle door de rechtbank of er een reden is om het faillissement uit te spreken in de Recofa richtlijnen;
- ii. Vormgeven financiering voor de eerste werkzaamheden van de curator (ongeveer 20 uur, 2,8 miljoen per jaar). Op basis van het onderzoek komt naar voren dat deze financiering het beste kan worden vormgegeven door middel van een fonds met bijdragen uit een of meer van de volgende financieringsbronnen:
 - o Een heffing van een – beperkte – bijdrage door startende ondernemers bij hun eerste inschrijving in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel,
 - o een verplichte – qua omvang bij voorkeur in de wet vast te leggen – afdracht van boedelbijdragen door separatisten respectievelijk de Belastingdienst uit de opbrengst van uitgewonnen zekerheden respectievelijk uitoefening van het bodem(voor)recht,
 - o een jaarlijkse bijdrage door curatoren voor hun plaatsing op de curatorenlijst van de rechtbank en
 - o vanuit de algemene middelen door de overheid, omdat zij belang heeft bij een ordentelijke afwikkeling van faillissementen, ook als die zelf onvoldoende middelen daarvoor hebben.

Hoe de bijdragen moeten worden verdeeld onder de verschillende opties, blijkt niet uit het onderzoek en is een politieke afweging. Uit het onderzoek blijkt wel dat het niet rechtvaardig is om de kosten voor deze standaardwerkzaamheden bij één partij neer te leggen;

- iii. Versterking toezicht door de rechter-commissaris (op de eerste werkzaamheden en de beslissing over onderzoek naar en opvolging van onregelmatigheden);
- iv. Versterking capaciteit bij het Fraudemeldpunt voor de aanpak van onregelmatigheden en vormgeving financiering daarvan. Het onderzoek geeft geen uitsluitsel over de hoogte van de benodigde financiering;
- v. Versoepeling voorwaarden Garantstellingsregeling Curatoren. Uit het onderzoek blijkt dat het gerechtvaardigd is om de kosten voor het onderzoek naar en de aanpak van onregelmatigheden bij de boedel te leggen voor situaties waarin verhaal te verwachten is. De overheid moet bijspringen als zij wil dat onregelmatigheden waarbij geen verhaal mogelijk is, worden aangepakt. Voor de vergoeding van de werkzaamheden door curatoren in dit soort situaties ligt aansluiting bij de GSR voor de hand. Dit is een beproefde regeling met ruime ervaring op dit gebied, zodat curatoren met een beroep op deze regeling zo nodig altijd een aanvullend onderzoek kunnen uitvoeren en daarmee een goede

fraudemelding kunnen doen. Dit vergt wel een uitbreiding van de reikwijdte van de huidige GSR, in die zin dat het vereiste dat de curator moet aantonen dat sprake is van verhaal, moet worden losgelaten. Om te garanderen dat curatoren dit onderzoek zo efficiënt mogelijk uitvoeren, moet het toezicht hierop worden versterkt.