

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer F.A. Weerwind

Den Haag, 30 september 2022

dossiernummer: 202921
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +31 (0)6 10 20 58 48
e-mail: s.tenberge@advocatenorde.nl

Betreft: Garantstellingsregeling curatoren 2023

Geachte minister,

Op 1 september 2022 is de internetconsultatie 'garantstellingsregeling curatoren 2023' gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

Bezoekadres

Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	adviescommissie insolventierecht
Datum:	1 september 2022
Betreft:	garantstellingsregeling curatoren 2023

SAMENVATTING

Conclusie

De adviescommissie is positief over het concept van de Garantstellingsregeling curatoren 2023 (GSR 2023). Wel doet de adviescommissie hierna enkele suggesties voor een verduidelijking van de toelichting en een verdere uitbreiding van het toepassingsbereik van de regeling.

Kernpunten

-

Het advies van de adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse orde van advocaten (adviescommissie)¹ inzake de GSR 2023 treft u in het navolgende aan.

CONSULTATIEREACTIE

Inleiding

De GSR 2023 betreft een Ministeriële regeling die is bedoeld voor curatoren en rechter-commissarissen in insolventies. De GSR 2023 draagt bij aan het verbeteren van de positie van schuldeisers, doordat de curator in staat wordt gesteld om - bij gebrek aan financiële middelen in de boedel - met behulp van een garantstelling door de Staat boedelactief terug te halen.² De GSR 2023 biedt onder voorwaarden de mogelijkheid aan de curator om bestuurders van rechtspersonen in hun privévermogen aan te spreken in het geval er sprake is van misbruik van de door hen bestuurd rechtspersoon. De GSR 2023 vergoedt kosten voor bepaalde juridische acties, bijvoorbeeld wanneer de curator een vooronderzoek wil doen of een rechtsvordering wil instellen vanwege mogelijk onbehoorlijk bestuur en/of faillissementspauliana door een bestuurder. Dit bevordert de aanpak van misbruik van rechtspersonen.

Reikwijdte

De GSR 2023 betreft een beperkte aanpassing van de Garantstellingsregeling curatoren 2012 (GSR 2012). Deze aanpassing ziet voor een deel op vastlegging in de regeling van hetgeen reeds uitvoeringsbeleid is. Dit uitvoeringsbeleid is gericht op een vermindering van de regeldruk voor curatoren. Daarnaast zien de aanpassingen onder meer op het expliciteren van het beleid dat ook

¹ De adviescommissie bestaat uit Frauke van der Beek, Marike Boersen, Karen Harmsen, Bert Jansen, Olaf Poorthuis, Robbert Jan van der Weijden en Thijs van Zanten.

² De regeling is een nuttig beleidsinstrument gebleken, zo volgt ook uit de toelichting. De regeling heeft tot aantoonbare financiële en maatschappelijke effecten leidt. In 2019 is de werking van de GSR geëvalueerd. In de onderzochte periode (2012-2017) werd in totaal een boedelopbrengst van €23,5 miljoen gerealiseerd. Voor elke euro die met de GSR aan de boedel is toegevoegd, werd €0,62 aan kosten gemaakt en is de netto-opbrengst voor de schuldeisers met bijna €1,90 vermeerderd. Daarnaast blijkt de GSR een waardevol instrument, omdat het de positie van de curator versterkt en een handelingsperspectief biedt in het geval waarin de boedel leeg is. In 42% van de gevallen heeft met behulp van de garantstelling de aansprakelijkstelling van bestuurders genoeg opgeleverd om de gemaakte kosten af te dekken. In de andere gevallen is de garantstelling aangesproken en zijn de kosten (geheel of gedeeltelijk) door de Staat betaald.

subsidiare onderdeel kunnen zijn van een garantstellingsaanvraag, het herstel van de informatiepositie van Justis zoals dat het geval was in de situatie vóór de GSR 2012 en ook voorziet deze regeling in flexibiliteit voor de toepassing van toetsingscriteria.

Conclusie

De adviescommissie is positief over de GSR 2012 en de werking daarvan in de dagelijkse insolventiepraktijk.³

De adviescommissie is ook positief over de voorgestelde aanpassingen in de GSR 2023. Wel doet de adviescommissie hierna enkele suggesties voor een verduidelijking van de toelichting op de GSR 2023 en een verdere uitbreiding van het toepassingsbereik van de regeling.

Samenhang met andere wetsvoorstellen

N.v.t.

Administratieve lasten/verplichtingen

Ten opzichte van de eerdere versie van de GSR 2012 heeft de GSR 2023 beperkt regeldrukeffecten voor curatoren. Een deel van de aanpassingen sluit al aan bij het huidige uitvoeringsbeleid van Justis en heeft daarmee per saldo geen regeldrukgevolgen voor curatoren.

Naar aanleiding van de Toelichting

De adviescommissie bespreekt de GSR 2023 aan de hand van de nummering van de Toelichting en houdt die indeling aan.

Algemeen

- 4. Regeldruk artikel 2. Garantstelling.
In de tweede alinea van de toelichting staat: “Onder artikel 2 is geëxpliciteerd dat ook subsidiaire vorderingen op basis van een Peeters/Gatzenvordering of een civielrechtelijk bestuursverbod onderdeel kunnen zijn van een garantstellingsaanvraag”.

De adviescommissie ziet de Peeters/Gatzenvordering of het civielrechtelijk bestuursverbod echter niet terug in artikel 2 zelf.

Uit de toelichting op artikel 2 volgt dat het moet gaan om een “combinatievordering”, waarmee wordt bedoeld op een garantstellingsaanvraag die primair gebaseerd is op een vordering op grond van een van de reeds expliciet in artikel 2 lid 1 genoemde wetsartikelen⁴, maar waarbij de vordering van de curator subsidiair ziet op een civielrechtelijk bestuursverbod (op grond van artikel 106a Fw)⁵ of een zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering. Het lijkt opportuun om beide vorderingen wel expliciet op te nemen in artikel 2. Bij voorkeur wordt daarbij de Peeters/Gatzen

³ Ook leden van de adviescommissie hebben positieve ervaringen met de GSR 2012.

⁴ Een curator kan de minister verzoeken tot het verstrekken van een voorschot als bedoeld in artikel 138, tiende lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voor het instellen van een rechtsvordering op grond van de artikelen 9, 138, 149, 248 en 259 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de artikelen 42, 43 en 47 van de Faillissementswet en voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.

⁵ Het civielrechtelijk bestuursverbod is een wettelijke mogelijkheid om een bestuursverbod op te leggen aan bestuurders die faillissementsfraude plegen of zich schuldig maken aan wanbeheer in de aanloop naar een faillissement. Door het verbod kunnen bestuurders tijdelijk geen rechtspersonen meer besturen. Het civielrechtelijk bestuursverbod voorkomt dat frauduleuze bestuurders met nieuwe rechtspersonen hun activiteiten ongehinderd voortzetten en daarmee schade toebrengen aan het handelsverkeer.

vordering⁶ als zelfstandige vordering opgenomen, op basis waarvan een garantstelling kan worden aangevraagd. Juist voor de Peeters/Gatzen-vordering is dit belangrijk omdat deze juist ook kan worden ingesteld tegen derden die geen bestuurder of commissaris zijn of waren bij de gefailleerde. Wanneer in artikel 2 deze bijzondere onrechtmatige daadsvordering niet als afzonderlijke voor vergoeding in aanmerking komende rechtsgrond wordt vermeld, dan biedt artikel 2 geen basis voor een dergelijke vordering tegen een niet-bestuurder/commissaris

Het uitvoeringbeleid is reeds dat een garantieaanvraag met een “combinatievordering” wordt toegekend mits het geheel voldoet aan de vereisten van de regeling. Het totaal, dus inclusief het gevraagde bedrag voor combinatievorderingen, telt mee voor de toepassing van de toetsingscriteria. De overweging hiervoor is - zo staat in de toelichting - dat bij voldoende verhaalsmogelijkheid het risico voor de GSR niet groter wordt in vergelijking met een situatie zonder een combinatievordering. Het uitgangspunt is ook hier weer dat de verwachte opbrengsten de kosten overstijgen.

De commissie merkt op dat er bij een civielrechtelijk bestuursverbod geen opbrengst voor de boedel te verwachten is, maar deze vordering juist ziet op het voorkomen van opvolgende fraudefaillissementen. Bij een Peeters/Gatzenvordering valt er juist wel een opbrengst te verwachten.

De commissie is evenwel van mening dat in beide gevallen voor curatoren de mogelijkheid zou moeten bestaan om ook in die situaties gebruik te maken van de garantstellingsregeling. Dus ook in het geval er niet reeds bij voorbaat een opbrengst te verwachten valt. Zie in dit verband ook de reactie op artikel 6.

- 4. Regeldruk artikel 6. Voorwaarden.

De GSR - zowel 2012 als 2023 - wordt namens de minister door Justis uitgevoerd. Justis toetst een aanvraag van een curator. Als eerste uitgangspunt geldt dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de gevraagde garantstelling en de hoogte van de redelijkerwijs te verwachten opbrengst van de inspanning van de curator. Het beleid is dat een verhouding wordt gehanteerd van 1:4, dat wil zeggen de verhouding van de kosten ten opzichte van de opbrengst.

In artikel 6, derde lid wordt de mogelijkheid geboden om in uitzonderlijke gevallen waarin sprake is van vermoedelijke ernstige faillissementsfraude bij het bepalen van een redelijke verhouding te volstaan met een toetsing aan een (cursivering commissie) *1:2 verhouding tussen de gevraagde garantstelling en de verwachte opbrengst*. Het gaat dan om de aanpak van recidiverende faillissementsfraudeurs.

In geval van een verhoging van de garantstelling hoeft de curator alleen aannemelijk te maken dat (cursivering commissie) *een verhoging van het garantiebedrag ten minste zal leiden tot verwachte opbrengsten die het gevraagde garantiebedrag en de kosten van de Staat geheel zal overschrijden*. Dat zorgt voor een vermindering van de administratieve druk. Wel zal de curator aannemelijk moeten maken dat hij melding bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude (CMF) heeft gedaan en dat het garantiebedrag tenminste zal leiden tot een verwachte, kostendekkende opbrengst. De regeldruk is beperkt nu de curator aan deze

⁶ De curator kan in bepaalde gevallen namens de gezamenlijke crediteuren een beroep doen op artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad).

verplichting kan voldoen door Justis in de cc te zetten bij het doen van de melding per e-mail bij het CMF, dan wel deze achteraf aan Justis door te sturen.

De adviescommissie begrijpt dit zo dat de totale garantstelling (eerste toegekende bedrag + verhoging) dan dus nooit hoger kan zijn dan de oorspronkelijke factor twee, tenzij gaandeweg meer verhaalsmogelijkheden gebleken zijn.

Juist vanwege de fraudebestrijdingstaak van de curator zou de eis dienen te worden losgelaten dat er bij het aanvragen van een garantstelling in een geval als bedoelt in artikel 6 derde lid sprake dient te zijn van een 1:2 verhouding en bij een verhogingsverzoek van een verwachte, kostendekkende opbrengst. Wanneer deze eis zou worden losgelaten, voldoet dat ook aan de in artikel 71 lid 3 Fw genoemde algemene maatregel van bestuur op grond waarvan financiering van de extra taak van de curator op grond van artikel 68 lid 2 Fw is aangekondigd.

De adviescommissie voegt daar wel aan toe dat voor dit geval dan vanzelfsprekend van belang is om bij een dergelijk verzoek om een garantstelling wel een extra eis in te bouwen, bijvoorbeeld dat dit verzoek vergezeld dient te gaan van een expliciet advies van de rechter-commissaris dat en waarom er ondanks het ontbreken van verhaalsmogelijkheden toch een garantstelling dient te worden afgegeven.

- 4. Regeldruk artikel 11.
Indien de curator verzuimt (tijdig) rekening en verantwoording af te leggen en een debetsaldo op de rekening-courant niet aanzuivert, zal de minister in elk geval tot terugvordering van het gehele garantiebedrag overgaan. Een garantstelling wordt echter gevraagd, omdat er geen geld in de boedel zit. In de regel loopt de uitbetaling van de garantstelling vanaf de debet rekening via de boedelrekening. De curator betaalt zijn salaris vanaf de boedelrekening aan zijn kantoor. Dat zou ertoe kunnen leiden dat de curator betaald is en de boedelrekening leeg op het moment dat de garantstelling door de minister wordt teruggevorderd. Is er dan een verplichting voor (het kantoor van) de curator om de garantstelling terug te betalen?

Wellicht dat in de toelichting nog aandacht kan worden besteed aan die situatie.