

Consultatiedocument Garantstellingsregeling curatoren 2023

Aan Ministerie van Justitie en Veiligheid
Van Boels Zanders Advocaten NV,
team Insolventie & Herstructurering
Plaats/datum Venlo, 30 september 2022
Betreft Reactie op consultatie Garantstellingsregeling curatoren 2023

Het consultatiedocument Garantstellingsregeling curatoren 2023 biedt ruimte om mee te denken over en bij te dragen aan de (verdere) ontwikkeling van de garantstellingsregeling curatoren (**GSR**) op basis van de gepubliceerde concept ministeriële regeling GSR 2023 (**GSR 2023**). Boels Zanders Advocaten NV (**Boels Zanders**) onderschrijft het belang van het betrekken van de praktijk bij dit debat en wenst met deze reactie daaraan een bijdrage te leveren.

Tot het team Insolventie & Herstructurering binnen Boels Zanders behoren negen curatoren die binnen dit team worden ondersteund door evenzoveel advocaten. Boels Zanders doet regelmatig een beroep op de GSR bij het verrichten van oorzakenonderzoek in faillissementen en het instellen van rechtsvorderingen, bijvoorbeeld uit hoofd van onbehoorlijk bestuur of de faillissementspauliana, wanneer de financiële toestand van de boedel ontoereikend is.

1. Afwijkingsmogelijkheden van garantievoorwaarden

Een van de grotere wijzigingen in de voorgestelde GSR 2023 is de toevoeging van artikelen 5 lid 5 en 6 lid 3 GSR 2023. Deze artikelen bieden mogelijkheden om af te wijken van de in artikel 6 lid 1 GSR 2023 omschreven voorwaarden voor het verkrijgen van een (verhoging) van een garantstelling.

Zo creëert artikel 5 lid 5 GSR 2023 de mogelijkheid om af te wijken van deze voorwaarden, voor zover het een verhogingsverzoek betreft. Afwijking kan plaatsvinden indien aannemelijk wordt gemaakt dat een verhoging van het garantiebedrag ten minste zal leiden tot een verwachte opbrengst die het gevraagde garantiebedrag en de kosten van de staat geheel zal overschrijden. Daarmee wordt er in het geval van een verhoging ogenschijnlijk minder zwaar getild aan de in artikel 6 lid 1 sub e GSR 2023 bepaalde 1:4 ratio van kosten in verhouding tot verwachte opbrengst.

Artikel 6 lid 3 GSR 2023 biedt de mogelijkheid om in "uitzonderlijke situaties" ten behoeve van de aanpak van recidiverende faillissementsfraudeurs eveneens af te wijken van de hiervoor aangehaalde ratio. In plaats daarvan kan in een dergelijk geval een ratio van 1:2 (kosten staat tot verwachte opbrengst) volstaan. Voor het jaarlijkse totaal aan garantstellingen dat op basis van deze uitzondering kan

worden verstrekt stelt de Minister voor Rechtsbescherming een maximumbedrag vast.

Door Boels Zanders wordt het positief bevonden dat er met de voorgestelde artikelen 5 lid 5 en 6 lid 3 GSR 2023 ruimte wordt gecreëerd voor maatwerk.

Boels Zanders merkt volledigheidshalve ten aanzien van artikel 6 lid 3 GSR 2023 verder op dat overwogen zou kunnen worden om te definiëren wanneer er sprake is van uitzonderlijke gevallen ten behoeve van de aanpak van recidiverende faillissementsfraudeurs. Het is niet geheel duidelijk wanneer er aan dit criterium wordt voldaan. Zo kan worden afgevraagd of hier sprake van is indien een betrokken (rechts)persoon (zoals een aandeelhouder of bestuurder) vaker betrokken is geweest bij een faillissement, zelf (onherroepelijk) failliet is gegaan of (onherroepelijk) strafrechtelijk/civielrechtelijk is veroordeeld voor dergelijke vergrijpen. Niet duidelijk is of bijvoorbeeld omstandigheden zoals het spoorloos zijn van de administratie of bestuurder ook (op zichzelf) voldoende zijn. Een nadere omschrijving kan op dit punt meer duidelijkheid verschaffen.

Het belang van duidelijkheid op dit punt is mede ingegeven met de fraudesignalerende taak van de curator in het achterhoofd. De curator is sinds de Wet versterking positie curator (Stb. 2017, 124) een fraudesignalerende taak toebedeeld. Op grond van artikel 68 lid 2 Fw heeft de curator de taak onregelmatigheden te signaleren, dient hij de rechter-commissaris vertrouwelijk te informeren over zijn bevindingen en dient hij, indien hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, daarvan melding of aangifte te doen bij de bevoegde instanties.

Voorts merkt Boels Zanders in het kader van afwijkingsmogelijkheden van garantievoorwaarden op dat nagedacht zou kunnen worden over een versoepelde toetsing van aanvragen in 'kleine' ontoereikende faillissementen. Boels Zanders bemerkt in de praktijk dat de tijd en de kosten die gemoeid zijn met het verkrijgen van een voorschot voor vooronderzoek, verhaalsonderzoek en/of een garantstelling in kleine ontoereikende faillissementen een aanzienlijk beletsel kunnen vormen om een dergelijke verzoek in te dienen. Dit komt voornamelijk doordat het de nodige tijd en kosten met zich brengt om aan de voorwaarden voor toekenning te voldoen, terwijl het vooraf onzeker is of een garantstelling zal worden verkregen.

Om deze drempel te verlagen, zouden verschillende mogelijkheden kunnen worden overwogen. Ten eerste zou overwogen kunnen worden om in 'kleine' faillissementen – net als bij artikelen 5 lid 5 en 6 lid 3 GSR 2023 – bepaalde eisen voor toekenning te versoepelen. Versoepeling van artikelen 6 lid 1 sub e en/of f GSR 2023 ligt daarbij het meest voor de hand.

Voor de definitie van kleine faillissementen zou voor vennootschappen aangesloten kunnen worden bij het jaarrekeningenrecht. Zo zou een versoepelde procedure

bijvoorbeeld ten aanzien van micro vennootschappen van toepassing verklaard kunnen worden.¹ Voor natuurlijke personen zouden soortgelijke criteria kunnen worden aangelegd.

2. (Uitbreiding) reikwijdte GSR 2023

Volledigheidshalve wijst Boels Zanders er verder op dat overwogen zou kunnen worden om de reikwijdte van de GSR als bedoeld in artikel 2 lid 1 GSR (2023) uit te breiden.

2.1 Peeters/Gatzen-vordering

Ten eerste zou het onze voorkeur hebben indien de zogenaamde Peeters/Gatzen-vordering onder de reikwijdte van artikel 2 lid 1 GSR 2023 gebracht zou worden.

Het betrekken van de Peeters/Gatzen-vordering onder artikel 2 lid 1 GSR 2023 faciliteert de curator niet alleen bij diens rol om fraude te signaleren, maar ook bij diens middelen om de gevolgen van fraude op civielrechtelijke basis aan te pakken. Reden daarvoor is gelegen in de achtergrond van de Peeters/Gatzen-vordering en de gevallen waarin deze kan worden aangewend.

Een Peeters/Gatzen-vordering is een op de onrechtmatige daad gebaseerde bevoegdheid van de curator. De Hoge Raad oordeelde in het Peeters q.q./Gatzen-arrest dat een curator bevoegd is om een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad jegens een derde in te stellen die bij de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers door de gefailleerde betrokken is geweest. Deze bevoegdheid komt de curator eveneens toe indien de vordering niet aan de gefailleerde zelf toekomt wegens betrokkenheid bij het onrechtmatige handelen.² De artikelen 42 Fw, 47 Fw, 2:9 BW en 2:138/248 BW kunnen in tegenstelling tot een Peeters/Gatzen-vordering slechts door de curator worden aangewend om benadelende handelingen van de failliet of diens (feitelijk) bestuurder aan de orde te stellen.

Ter illustratie van voorgaande kan worden gewezen op een faillissement van een aan Boels Zanders verbonden curator, te weten het faillissement van Eussen Gerechtsdeurwaarders BV.³ In dit faillissement zijn gelden van de kwaliteitsrekening van de gerechtsdeurwaarder in Nederland naar een betaalrekening in België overgeboekt. Deze gelden zijn vervolgens in contanten opgenomen bij een Belgische bank. De curator in kwestie heeft vervolgens de bank in kwestie aangesproken op grond van onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke schuldeisers wegens de omstandigheid dat de bank zonder slag of stoot - en in strijd met de financiële gedragsregels voor banken - heeft meegewerkt aan die contante opnames. Weliswaar is de gerechtsdeurwaarder strafrechtelijk veroordeeld voor diens handelen, maar de gevolgen van dit handelen zouden

¹ Artikel 2:395a BW.

² HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, r.o. 3.3.

³ Hof van Justitie 6 februari 2019, ECLI:EU:2019:96 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis).

zonder de aanwending van een Peeters/Gatzen-vordering niet jegens de bank bestreden hebben kunnen worden.

Momenteel kan voor een Peeters/Gatzen-vordering enkel een garantstelling worden verkregen voor zover deze als subsidiaire grondslag naast minimaal één van de in artikel 2 lid 1 GSR 2023 genoemde grondslagen dient. Indien de Peeters/Gatzen-vordering als primaire vordering wordt ingesteld biedt de GSR 2023 geen soelaas. Daarvoor is eigenlijk geen goede reden. Het uitbreiden van artikel 2 lid 1 GSR met een Peeters/Gatzen-vordering kan ertoe leiden dat de curator bij een ontoereikende boedel middelen krijgt om gedegen onderzoek te doen naar de benadeling van schuldeisers, waardoor hij zijn fraudesignalerende taak kan uitoefenen en hij ook in een dergelijke omstandigheid in de gelegenheid wordt gesteld om in rechte actief te realiseren voor de gezamenlijke schuldeisers. Gelet op deze redenen ligt het voor de hand om ook de Peeters/Gatzen-vordering onder de reikwijdte van de GSR 2023 te brengen.

2.2 Aangifte en bestuursverbod

Ten tweede zou overwogen kunnen worden om de reikwijdte van de GSR als bedoeld in artikel 2 lid 1 GSR (2023) uit te breiden, zodat de Minister voor Rechtsbescherming een jaarlijks maximumbedrag vast kan stellen voor het doen van aangifte van strafrechtelijke delicten en het vorderen van een bestuursverbod door de curator. Een dergelijke voorziening zou het signaleren en bestrijden van fraude in ontoereikende boedels kunnen stimuleren.⁴

Ten aanzien van het doen van aangifte van faillissementsfraude kan thans een vergoeding worden verkregen van maximaal 5 uren x EUR 180,- = EUR 900,-, afhankelijk van de vraag van het OM de aangifte als startpunt hanteert voor strafrechtelijk onderzoek. Omdat onzeker is of het OM de aangifte zal aangrijpen als startpunt voor strafrechtelijk onderzoek en het doen van aangifte vanuit kosten oogpunt onwenselijk is in een ontoereikende boedel, zou de toepassing van de GSR op aangifte van faillissementsfraude een goede ontwikkeling kunnen zijn. Op die manier zal de curator eerder overgaan tot het doen van aangifte en wordt de kans vergroot dat het OM in de gelegenheid wordt gesteld om faillissementsfraudeurs strafrechtelijk aan te pakken, wat vervolgens weer relevante informatie en mogelijke vorderingen voor de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kan opleveren. Terzijde wordt opgemerkt dat een vergoeding van 5 uur voor het formuleren van een aangifte een irreëel kleine hoeveelheid betreft, nu daarmee vaak tientallen uren gemoeid zijn.

Ten aanzien van het bestuursverbod merkt het artikelsgewijs commentaar van de GSR 2023 op dat momenteel enkel een garantstelling voor de gerechtelijke vordering tot een bestuursverbod op grond van artikel 106a Fw kan worden

⁴ Zie ook J.M.W. Pool, De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden, E.M. Meijers Instituut, paragraaf 8.3.6, p. 195.

verkregen, indien dit een subsidiaire vordering betreft in combinatie met een van de in artikel 2 GSR 2023 genoemde vorderingen. Hoewel een (primaire) vordering tot een bestuursverbod niet op zichzelf tot enig geldelijke opbrengst in een ontoereikende boedel kan leiden, kan het toekennen van een garantstelling aan een (primaire) gerechtelijke vordering tot een bestuursverbod in het belang van de maatschappij en (indirect) in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn.