



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

De minister voor Rechtsbescherming
dhr. F.M. Weerwind
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Afdeling strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 00 00
f (088) 361 0022
www.rechtspraak.nl

datum 11 november 2022
doorkiesnummer 088-361 33 17
e-mail wetgeving.rvdr@rechtspraak.nl
onderwerp Advies Herziening Garantstellingsregeling curatoren 2023

Geachte heer Weerwind,

Op 30 augustus 2022 is de Rechtspraak door uw ministerie geattendeerd op de internetconsultatie met betrekking tot de Herziening Garantstellingsregeling curatoren 2023 (hierna: de ‘Regeling’/de ‘GSR’/de ‘Garantstellingsregeling’). De Raad voor de rechtspraak (hierna: de ‘Raad’) brengt hierbij graag advies uit over deze regeling.

DE REGELING

De Garantstellingsregeling curatoren maakt het mogelijk dat een curator onderzoek kan doen naar de oorzaak van een faillissement, waarbij mogelijk sprake is van fraude of wanbeleid. Soms blijft er in een faillissement niet genoeg geld over om dit onderzoek uit te voeren. De curator kan dan gebruik maken van de garantstellingsregeling curatoren. De Garantstellingsregeling 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. Met de wijziging van de GSR wordt beoogd het gebruik van de GSR te verbeteren, de opbrengsten te verhogen en de kosten te verlagen.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



Raad voor de
rechtspraak

datum 11 november 2022
pagina 2 van 5

ADVIES

Inleidende opmerkingen en uitgangspunten bij dit advies

In het onderzoek [Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012](#)² is naar voren gebracht dat de Garantstellingsregeling curatoren een tweeledig doel heeft, namelijk het bestrijden van misbruik van rechtspersonen en het beschermen van de belangen van concurrente schuldeisers. De onderzoekers concluderen dat bij de bestrijding van misbruik van rechtspersonen de curator slechts een beroep kan doen op de regeling als dat leidt tot een meeropbrengst voor de boedel.

De Raad heeft nota genomen van de [brief van uw voorganger van 31 maart 2020](#)³, met (onder meer) een beleidsreactie op voornoemd onderzoek. In deze brief is benoemd dat zowel een bestuursverbod als een Peeters/Gatzen-vordering als subsidiaire vordering onderdeel kan zijn van een GSR-aanvraag, maar uw voorganger wou noch het bestuursverbod noch de Peeters/Gatzen-vordering als zelfstandige vorderingen onder de GSR brengen. Wel is wat het bestuursverbod betreft voorgesteld de besluitvorming over financiering van zelfstandige vorderingen civielrechtelijk bestuursverbod te betrekken bij de evaluatie van de Wet civielrechtelijke bestuursverbod.

In zijn advisering neemt de Raad deze beleidsreactie tot uitgangspunt. Daarbij hecht de Raad eraan te benadrukken dat een bestuursverbod als subsidiaire vordering in de hiervoor bedoelde zin vooral mogelijk lijkt voor de gevallen genoemd in artikel 106a, eerste lid, onder a en b, Faillissementswet ('Fw'). Als sprake is van (een van) de gronden genoemd in artikel 106a, eerste lid, onder c, d en e, zonder dat daarnaast sprake is van handelen dat wordt bestreken door artikel 2:138, artikel 2:248 van het Burgerlijk Wetboek ('BW'), artikel 42 Fw of artikel 47 Fw, is bij de huidige stand van zaken geen beroep mogelijk op de GSR. Een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod kan - vooral ook bij 'lege' faillissementen van rechtspersonen met bestuurders die geen verhaal bieden - een belangrijk instrument zijn bij de bestrijding van misbruik van rechtspersonen.

Artikelsgewijze opmerkingen

Artikel 2 - Garantstelling

Eén van de beoogde verbeteringen van de GSR 2023 is dat wordt geëxpliciteerd het beleid dat ook nevenvorderingen onderdeel kunnen zijn van een garantstellingsaanvraag (zie de Toelichting onder 3). In dat verband is in de Toelichting onder 4 opgemerkt dat onder artikel 2 van de GSR 2023 is geëxpliciteerd dat ook subsidiaire vorderingen op basis van een Peeters/Gatzen-vordering of een civielrechtelijk bestuursverbod onderdeel kunnen zijn van een garantstellingsaanvraag. De Raad leest dat in artikel 2 echter niet terug.

Voorts gaat de Raad ervan uit dat bedoeld is een nevenvordering en niet een subsidiaire vordering, in ieder geval wat het bestuursverbod betreft. De bedoeling zal vaak zijn een bestuursverbod te vorderen

² Kamerstukken II 2019/20, 33695, nr. 19.

³ Kamerstukken II 2019/20, 33695, nr. 20.



Raad voor de
rechtspraak

datum 11 november 2022
pagina 3 van 5

naast een veroordeling op de voet van de artikelen 2:138 en 2:248 BW althans de artikelen 42 en 47 Fw. Vgl. ook de Toelichting bij artikel 2, derde alinea.

Artikel 3 - Verzoek garantstelling

In het tweede lid van het voorgestelde artikel 3 is vastgelegd dat het verzoek voorafgaand aan indiening ter goedkeuring wordt voorgelegd aan de in het faillissement benoemde rechter-commissaris. Dit zal naar verwachting niet tot een verzwaring van de werklast van de gerechten leiden nu dit ook onder de huidige GSR al gangbaar is.

In de toelichting op artikel 3 wordt - zo begrijpt de Raad - ten aanzien van het vierde lid opgemerkt dat als de curator een gerechtelijke procedure wenst aan te gaan de minister de curator kan verzoeken de minister te voorzien van aanvullende stukken om een inschatting te kunnen maken van de haalbaarheid van de gerechtelijke procedure. Daarbij wordt opgemerkt dat een rechterlijke machtiging of advies van de rechter-commissaris zou kunnen dienen als aanvullende informatie.

De Raad meent dat de curator in de praktijk de minister niet zal kunnen voorzien van een advies van de rechter-commissaris. Artikel 68 lid 3 Fw geeft hier het wettelijk kader en bepaalt dat de curator machtiging van de rechter-commissaris behoeft alvorens in rechte op te treden. De rechter-commissaris beoordeelt in dat verband of procederen in het belang van de boedel is, waarbij onder meer een rol spelen de kans van slagen van een procedure (blijkend uit bijvoorbeeld een (extern) procesadvies), een kosten-batenanalyse en een voortvarende afwikkeling van het faillissement. Een curator kan in beroep tegen het niet verlenen van een machtiging; de wederpartij kan niet in beroep tegen het wel verlenen van een machtiging.⁴ Er is gelet op dit wettelijk kader geen sprake van een adviserende rol van de rechter-commissaris in de relatie tot de curator en derhalve lijkt niet goed voorstelbaar dat de rechter-commissaris een advies aan de curator zou kunnen verstrekken over de haalbaarheid van een gerechtelijke procedure. Een adviserende rol van de rechter-commissaris, gegeven de rolverdeling tussen de rechter-commissaris die al dan niet machtiging verleent voor het voeren van een procedure en de rechter die een inhoudelijk oordeel geeft met betrekking tot de vordering van de curator. De Raad hecht er voorts aan op te merken dat het binnen de trias niet past dat leden van de rechterlijke macht verantwoording afleggen aan de minister in individuele zaken - ook niet indirect. Het door de curator aan de minister verstrekken van een advies van de rechter-commissaris acht de Raad dan ook niet passend binnen de rechtsstatelijke verhoudingen.

Artikel 5 - Verhoging

Ook in het kader van artikel 5, derde lid, wordt in de Toelichting genoemd dat een advies van de rechter-commissaris kan dienen als aanvullende informatie. De Raad verwijst naar hetgeen hij hierboven, bij Artikel 3, heeft opgemerkt.

Artikel 6 - Voorwaarden

Voor de Raad is onvoldoende duidelijk in hoeverre een nevenvordering op de voet van artikel 106a Fw (bestuursverbod) moet worden meegewogen in de verhouding tussen de gevraagde garantstelling en de verwachte opbrengst (artikel 6, eerste lid, onder e). Een bestuursverbod als zodanig leidt immers niet tot

⁴ Zie HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5694.



Raad voor de
rechtspraak

datum 11 november 2022
pagina 4 van 5

een opbrengst, terwijl niet uit te sluiten is dat de kosten in verband met deze nevenvordering hoger zullen zijn.

Verder merkt de Raad in verband met artikel 6, eerste lid, sub e, en artikel 6, derde lid, op dat het verstandig lijkt te expliciteren wat wordt verstaan onder de verwachte opbrengst. Op de website van Justis wordt een vergelijkbaar systeem gebruikt als in het Consultatiedocument en daar wordt in plaats van de verwachte opbrengst de verhaalsmogelijkheid genoemd.

Artikel 7 - Vaststelling en gebruik

Artikel 7 bepaalt in algemene zin dat de vaststelling van het bedrag van de garantstelling plaatsvindt op grond van de geldende Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling. De Raad merkt op dat dit juist is voor zover het gaat om de tijd die (het kantoor van) de curator besteedt. Voor zover de curator een externe advocaat inschakelt zijn op de door die advocaat te besteden tijd genoemde richtlijnen niet van toepassing.

Artikel 8 - Rapportageverplichtingen

In artikel 8 is bepaald dat de curator over de uitkomsten van (onder meer) het vooronderzoek en de rechtsvordering onverwijld verslag uitbrengt aan de minister. Uit de Toelichting op artikel 8 leidt de Raad af dat de curator in dat kader kan volstaan met toezending van het in artikel 73a Fw bedoelde verslag, waarover artikel 8, tweede lid. Voor eventuele aanvullende vragen geldt de verplichting van artikel 8, derde lid, aldus (ook) de Toelichting. Ter vermijding van misverstanden kan de Raad zich voorstellen dat het eerste en het tweede lid van artikel 8 worden samengevoegd zodat ook uit de tekst van de Regeling volgt dat het uitbrengen van verslag aan de minister over de uitkomsten van het vooronderzoek en de rechtsvordering gebeurt door middel van toezending van het verslag als bedoeld in artikel 73a Fw.

WERKLAST

Met inachtneming van de opmerkingen die hiervoor aan de orde zijn geweest, met name over de vaag of de rechter-commissaris een advies kan geven over de haalbaarheid van een procedure, zijn de gevolgen voor de werklast van de Rechtspraak in verband met de GSR 2023 beperkt. Voor zover u van mening zou zijn dat de rechter-commissaris expliciet een adviserende rol heeft of zal krijgen in de hiervoor bedoelde zin zal dat leiden tot een verzwaring van de werklast. Indien de uitbreiding van de garantstelling leidt tot meer werklast, dan komt de Raad graag bij u terug met het oog op de financiering.

CONCLUSIE

De Raad voor de rechtspraak onderkent het belang van de Regeling. De Regeling stuit in zijn huidige vorm echter op een aantal bezwaren. De Raad vraagt u daarom om de Regeling op de in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken en aan te passen.



Raad voor de
rechtspraak

datum 11 november 2022
pagina 5 van 5

TOT SLOT

Indien na het uitbrengen van dit advies de Regeling op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van de uiteindelijke Regeling, stelt de Raad het op prijs als hij geïnformeerd wordt over de plaatsing van de definitieve tekst in de Staatscourant.

Hoogachtend,

mr. H. Rappa-Velt
Lid Raad voor de rechtspraak