

Vragenlijst Toetsingkader Risicoregelingen

Beantwoording door het ministerie van Justitie en Veiligheid van het Toetsingkader Risicoregelingen met betrekking tot de Garantstellingsregeling Curatoren 2023 ter vervanging van de Garantstellingsregeling Curatoren 2012

=====

Probleem en rol van de overheid

1. Wat is het probleem dat aanleiding is voor het beleidsvoorstel?

Het beleidsvoorstel betreft de wijziging van de Garantstellingsregeling curatoren (hierna: GSR). De GSR is een bestaand instrument. De voorgestelde GSR 2023 is een wijziging van de voorloper, de GSR 2012. Deze ministeriële regeling biedt faillissementscuratoren de mogelijkheid om een garantstelling door de Staat te verzoeken. Met een garantstelling door de Staat krijgen curatoren, als de boedel ontoereikend blijkt en onder voorwaarden, toegang tot een rekening-courantfaciliteit. Door middel van een afgesproken bedrag kan een curator malafide bestuurders van rechtspersonen aansprakelijk stellen in hun privévermogen of geld terughalen voor de boedel.

De totstandkoming van de Garantstellingsregeling curatoren is terug te voeren tot de invoering van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF) in 1987. De WBF is één van de drie wetten die eind jaren zeventig werden aangekondigd om het misbruik van rechtspersonen tegen te gaan en ook het aantal onverhaalbare schulden in te perken. Met de inwerkingtreding van de WBF werd ook artikel 2:138 lid 10 BW – de wettelijke grondslag van de GSR – ingevoerd. De GSR vormt een onderdeel van een breder pakket van maatregelen die zijn getroffen om fraude en misbruik van rechtspersonen aan te kunnen pakken.

In 2019 is in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatie Centrum een evaluatieonderzoek uitgevoerd naar de GSR 2012.¹ Deze resultaten zijn door de minister voor Rechtsbescherming met een beleidsreactie aan de Tweede Kamer gezonden.² Uitkomst is dat de GSR een nuttig beleidsinstrument is gebleken en dat de regeling doet waarvoor het bedoeld is. De regeling leidt tot een gewenste maatschappelijke impact en levert maatschappelijk in financiële zin meer op dan het de schatkist kost. Uit het WODC onderzoek is gebleken dat voor elke euro die de Staat in de GSR stak de opbrengst voor de schuldeisers met € 1,90 werd vermeerderd.³ In zijn reactie op de beleidsevaluatie heeft de minister voor Rechtsbescherming aangegeven dat de regeling wordt gecontinueerd en dat deze op onderdelen zal worden herzien. De belangrijkste verbeteringen zijn: het opnemen van een evaluatiebepaling, het expliciteren van de werking van de regeling, de leesbaarheid en uitvoerbaarheid van de regeling is verbeterd en waar mogelijk zijn de administratieve lasten voor de curatoren en de uitvoeringsorganisatie verminderd. Ook is binnen de financiële kaders tegemoetgekomen aan het bieden van meer flexibiliteit voor de toepassing van de toetsingscriteria.

2. Waarom rekent de centrale overheid het tot haar verantwoordelijkheid om het probleem op te lossen?

In faillissementen is een centrale rol toebedeeld aan de curator. Zijn wettelijke kerntaak is het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Faillissementswet (Fw)) met als uiteindelijk doel de eventuele opbrengst onder de schuldeisers te verdelen. De curator verricht zijn taak vooral ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het streven voor hen een zo groot mogelijk boedelactief te genereren. De curator onderzoekt bij het faillissement van een rechtspersoon of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen de (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde of tegen andere personen of rechtspersonen zoals beleidsbepalers, aandeelhouders en kredietverschaffers, in verband met het ontstaan van het faillissement. Met de Wet versterking positie curator heeft de wetgever expliciet gemaakt dat ook fraudesignalering onderdeel is van de taakuitvoering door een curator, zodat de curator vervolgstappen kan ondernemen als hij in een faillissement onregelmatigheden signaleert.

¹ Kamerstukken II, 2019/20, 33 695, nr. 20.

² Kamerstukken II, 2019/20, 33 695, nr. 20.

³ WODC getiteld "Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012", raadpleegbaar via www.wodc.nl, p. 43

Werkzaamheden van een curator ter vereffening van de boedel worden primair vergoed uit de boedelopbrengst. Aangezien faillissementen gepaard gaan met een onbetaalde schuldenlast is het realiteit dat een curator te maken krijgt met een (potentiële) lege boedel. Curatoren staan onder druk omdat er veel (meer) lege faillissementsboedels zijn, waarin zij taken moeten uitvoeren maar waarin er geen of onvoldoende salaris is te halen. Dit komt doordat ondernemingen steeds meer met vreemd vermogen worden gefinancierd en/of er zekerheden zijn verstrekt aan banken en leasemaatschappijen. Ook dan is het zaak dat de curator de mogelijkheid heeft om onder voorwaarden rechtsvorderingen in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of faillissementspauliana. De GSR stelt curatoren in staat deze werkzaamheden uit te voeren. Zou deze mogelijkheid ontbreken, dan is het voor een malafide bestuurder zeer eenvoudig om een boedel leeg te trekken zonder dat hij enig risico loopt op onderzoek en verhaal door de curator. Zonder geld in de boedel of een garantie heeft de curator namelijk geen middelen om onderzoek in te stellen. Dit benadeelt zowel de rechtsstaat in zijn geheel als de betrokken schuldeisers in het bijzonder. De GSR draagt bij aan het verbeteren van de positie van schuldeisers, doordat het de curatoren faciliteert om boedelactief terug te halen ten behoeve van schuldeisers. Daarbij vergemakkelijkt de GSR de mogelijkheid van de curator om malafide bestuurders van rechtspersonen in hun privévermogen aan te spreken in geval van misbruik van de door hen bestuurd rechtspersoon. Dit bevordert de aanpak van misbruik van rechtspersonen. De bestuurdersaansprakelijkheid betreft in deze gevallen niet alleen frauduleuze gedragingen (in strafrechtelijke zin). Ook een bestuurder die niet frauduleus handelt kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld, namelijk wanneer zijn gedrag als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan worden gekwalificeerd en kwalificeert als belangrijke oorzaak van het faillissement.

3. Is het voorstel voor de risicoregeling:

- a) ter compensatie van risico's die niet in de markt kunnen worden gedekt, en/of:**
- b) het beste instrument waarmee optimale doelmatigheidswinst kan worden bewerkstelligd ten opzichte van andere beleidsinstrumenten? Maak een vergelijking met alternatieve beleidsinstrumenten.**

Het voorstel tot wijziging van de regeling betreft beide gronden.

Ad a) De GSR biedt dekking voor risico's die vanuit het maatschappelijk belang relevant zijn (bestrijden misbruik rechtspersonen en belang van de inbaarheid van schulden), maar die voor de markt (commercieel gezien) minder aantrekkelijk zijn of niet verzekeraar zijn in de markt.

De onderzoekers hebben daarover opgemerkt: "Weliswaar zijn er in Nederland private proceskostenfinancieringsfondsen actief, maar deze richten zich over het algemeen op aansprakelijkheidsclaims vanaf een zekere (hogere) drempelwaarde. Proceskostenfondsen richten zich – een uitzondering daargelaten – niet op specifieke faillissementsprocedures zoals het onverbindend verklaren van rechtshandelingen (actio Pauliana). Van dit soort zaken zijn de aansprakelijkheidsclaims kleiner dan de commercieel gehanteerde drempel en is de onzekerheidsmarge groter."⁴

Ad b) Mogelijke alternatieven voor garantstellingen zijn verstrekking van rechtstreekse subsidies of het verstrekken van een achtergestelde lening aan een curator.

Nadeel van deze opties ten opzichte van de huidige GSR is dat het een directer en groter beslag op de Rijksbegroting legt, omdat subsidies en leningen vooraf voor het gehele bedrag worden verstrekt. Per saldo kunnen dan minder aanvragen in behandeling worden genomen, omdat als het geld is uitgeleend, het Rijk alleen met het afgeloste deel opnieuw subsidie of een lening kan verstrekken. De inzet van publieke middelen boet dan ten opzichte van het huidige systeem in aan efficiency.

Een ander nadeel is dat het Rijk bij het verstrekken van een achtergestelde lening meer marktverstoring optreedt dan door middel van een borgstelling, omdat de overheid direct in de plaats van banken treedt. Bovendien verslechtert de uitgangspositie van het Rijk, omdat bij een achtergestelde lening de overheid per definitie achter in de rij van schuldeisers bij de afwikkeling

⁴ Kamerstukken II, 2019/20, 33 695, nr. 20, p.75.

van de boedel aansluit. Het aangaan van een garantstellingsovereenkomst vereist dat de curator het door de curator gebruikte krediet bij voorrang uit het boedelactief dient aan te zuiveren.

De Garantstellingsregeling biedt in vergelijking met de mogelijkheid van subsidieverstrekking een aantal voordelen. Uitbetaling door de Staat vindt pas na afsluiting van de garantstelling plaats en blijft beperkt tot het schadedeel dat niet uit de boedelopbrengsten terugbetaald wordt.

Subsidieverstrekking kan tot hogere uitgaven leiden omdat vooraf en achteraf moeilijk is vast te stellen of en in welke mate de subsidiedoelen zijn behaald. Er is naar verwachting voor het Rijk sprake van minder grote uitvoeringslasten aan de GSR in vergelijking met de administratieve lasten voor subsidieverstrekking en terugvordering.

4. Op welke wijze wordt het nieuw aan te gane risico gecompenseerd door risico's vanuit andere risicoregelingen binnen de Begroting te verminderen?

De GSR is een bestaand instrument. De voorgestelde GSR 2023 is een wijziging van de voorloper, de GSR 2012. De gewijzigde regeling creëert geen nieuwe risicocategorieën.

Risico's en risicobeheersing

5. Wat zijn de risico's van de regeling voor het Rijk:

a) Wat is het totaalrisico van de regeling op jaarbasis? Kent de regeling een totaalplafond?

Ja, de regeling heeft een jaarlijks totaalplafond. Het totaalplafond is gelijkgesteld aan de uitstaande garanties. Ook is de transparantie verbeterd, omdat inzichtelijk is hoe groot de risico's zijn die de Staat is aangegaan met garantstellingen en hoe dat is afgedekt.

Uit het WODC-evaluatieonderzoek blijkt dat het bedrag aan uitstaande garanties gemiddeld per jaar rond de € 18 miljoen ligt. Het risico voor het Rijk voortvloeiende uit de GSR is gering te noemen. Ook vanuit de af te dekken kosten voor ingeroepen garantstellingen die niet kunnen worden aangezuiverd door curatoren, zijn de met de GSR gemoeide risico's klein te noemen. Indien namelijk wordt gekeken naar de jaarlijks af te dekken ingeroepen garantstellingen (gemiddeld 1,5 miljoen per jaar) betrof dit 7,5% van het totaal aan uitstaande garanties.

Volgens opgave van Justis is in 2022 € 1,29 miljoen betaald en is totaal in de boedel € 7,54 miljoen teruggehaald met behulp van de GSR. Per 2022 staat € 15,27 miljoen uit aan verleende garanties.

De financiële omvang van de uitstaande garanties fluctueert met de conjunctuur (en met het percentage BBP). De ervaring leert dat van de verleende garanties een deel ongebruikt blijft. Dit is bijvoorbeeld het geval als een curator alsnog een schikking treft of er toch op andere wijze geld in de boedel wordt gevonden dat dan moet worden aangewend voordat het garantiebedrag wordt gebruikt.

b) Hoe staan risico en rendement van de regeling tot elkaar in verhouding?

In de WODC evaluatie is destijds onderzoek gedaan naar de kosten en opbrengsten van de GSR.⁵ Gedurende de onderzoeksperiode 2012 tot en met 2017 is er met de GSR een bedrag van ruim € 23,5 miljoen teruggehaald. Daarvan is naar schatting € 5 miljoen als salaris aan de curator uitgekeerd en € 18,5 miljoen aan schuldeisers. Met de uitvoering was voor de Staat in totaal € 9,6 miljoen gemoeid. Hiervan werd in totaal € 5,4 miljoen uitbetaald voor ingeroepen garantstellingen. De uitvoeringskosten van Justis bedroegen in totaal € 4,2 miljoen (€ 700.000 per jaar). Dat betekent dat de totale kosten gefinancierd uit de Rijkskas 41% van de boedelopbrengsten bedragen. De totale kosten (bovengenoemde uitvoeringskosten van het Rijk en de salariskosten van de curatoren) komen daarmee op € 14,6 miljoen. Omgerekend betekent het dat voor elke euro die de Staat in de GSR steekt, de failliete boedels met bijna tweeënhalve euro worden vermeerderd. Ofwel voor elke euro die met de GSR aan de boedel is toegevoegd, wordt € 0,62 aan

⁵ WODC getiteld "Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012", raadpleegbaar via www.wodc.nl, p. 35 e.v.

kosten gemaakt en wordt bijna € 1,90 als netto-opbrengst voor de schuldeisers gerealiseerd.

c) Wat is de inschatting van het risico voor het Rijk in termen van waarschijnlijkheid, impact blootstellingsduur en beheersingsmate?

Zie hiervoor ook het antwoord onder sub b van vraag 5. Volgens opgave van Justis is dat beeld de afgelopen jaren niet veranderd, hetgeen ook wordt gemonitord in de begroting van Justitie en Veiligheid en de jaarverslagen van Justitie en Veiligheid. Daarom wordt verwacht dat dit beeld ook de komende jaren ongeveer gelijk zal blijven en daarmee beheersbaar.

6) Welke risicomitigerende maatregelen worden getroffen om het risico voor het Rijk te minimaliseren? Heeft de budgettaire verantwoordelijk minister voldoende mogelijkheden tot beheersing van de risico's, ook als de regeling op afstand van het Rijk wordt uitgevoerd?

De minister is verantwoordelijk voor de toetsing van de aanvragen voor garantstelling. Deze wordt uitgevoerd door Justis. Bij de toetsing worden criteria gehanteerd. Deze bepalen de grootte van een toe te kennen garantstellingsbedrag. Een aanvraag kan dus worden gematigd in verhouding tot de verhaalsmogelijkheden (1:4) en de omvang van de aanwezige boedelschulden (1:2). Deze dubbele weging maakt dat een rekenkundige inschatting in het voortraject is te maken of de keuze om een garantstelling toe te kennen budgettair verantwoordelijk en proportioneel is. Daarnaast is het praktisch dat de curator eerst een garantstellingsaanvraag indient voor een vooronderzoek. Aan de hand van de bevindingen kan de curator besluiten of verdere inspanningen (procedures) zinvol zijn en ook geld kunnen opleveren. Voor het vervolgtraject kan dan een ophogingsverzoek worden ingediend. Indien een garantstelling wordt aangevraagd wordt een overeenkomst gesloten tussen de Staat en de curator. Het maximum garantiebedrag wordt daarin vastgelegd. Gedurende de garantstellingsduur kan de minister in bepaalde gevallen verzoeken om aanvullende stukken. Dat kunnen faillissementsverslagen zijn of rechterlijke vonnissen in eerste aanleg. Deze informatie kan nuttig zijn voor een beoordeling of een ophogingsverzoek zinvol is. Twee andere risicomitigerende factoren, die uit de Faillissementswet voortvloeien, zijn dat de curator een rechterlijke machtiging nodig heeft van de rechter-commissaris, bijvoorbeeld om een rechtszaak aan te kunnen spannen. De rechter-commissaris is belast met het toezicht op de curator. Dat toezicht heeft o.a. betrekking op de verantwoording door de curator van het aantal gedeclareerde uren en het tarief.

7) Bij complexe risico's: Hoe beoordeelt een onafhankelijk expert het risico van het voorstel en de risicobeheersende en risicomitigerende maatregelen van het Rijk?

Dit is niet van toepassing. Gelet op de historie en de ervaringen van de afgelopen jaren is dit geen complex risico, hetgeen tot de conclusie leidt dat een externe beoordeling niet vereist is.

Vormgeving

8) Welke premie wordt voorgesteld en hoeveel wordt doorberekend aan de eindgebruiker? Is deze premie kostendekkend en marktconform? Zo nee, hoeveel budgettaire ruimte wordt door het vakdepartement specifiek ingezet?

De mogelijkheid van premieheffing is in de WODC evaluatie onderzocht.⁶ De introductie ervan is alles overwegende, niet wenselijk. Gelet op de schaal van de regeling brengt dit ten opzichte van de bestaande situatie hogere uitvoeringslasten en meer administratieve lasten met zich mee. Als inhoudelijk bezwaar tegen de introductie van een kostendekkende premie geldt dat een duidelijke eindgebruiker ontbreekt en dat een eerlijke kostenspreiding niet haalbaar is, omdat alleen de wel gerealiseerde boedelopbrengsten daarmee zijn te belasten.

9) Hoe wordt de risicovoorziening vormgegeven?

⁶ WODC getiteld "Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012", raadpleegbaar via www.wodc.nl, p. 71 e.v.

Er is een risicovoorziening voor de GSR ingesteld ter hoogte van € 2 miljoen.

10) Welke horizonbepaling wordt gehanteerd (standaardtermijn is maximaal 5 jaar)?

In de GSR (2023) is bepaald dat vijf jaar na de inwerkingtreding de regeling opnieuw zal worden geëvalueerd.

11) Wie voert de risicoregeling uit en wat zijn de uitvoeringskosten van de regeling?

De regeling wordt uitgevoerd door Justis namens de minister. Justis is onderdeel van het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Justis beoordeelt de aanvragen en ophogingsverzoeken van curatoren, is verantwoordelijk voor de communicatie en voorlichting en voert de eindregie over de rekening en verantwoording door curatoren. De structurele beheerskosten bedragen gemiddeld ongeveer € 0,7 mln. op jaarbasis. De incidentele uitvoeringskosten bestaan uit de kosten voor ingeroepen garantstellingen die niet kunnen worden aangezuiverd door curatoren. Dit wordt twee keer per jaar intern gefactureerd en door het ministerie van Justitie en Veiligheid vergoed. In 2022 was hiermee een bedrag van € 1,16 miljoen gemoeid.

Het aanbieden van rekeningen-courantfaciliteiten aan curatoren voor het gebruik van de Garantstellingsbedragen is een Europees aanbestede Dienst. De ING is vanaf 1 mei 2022 tot en met 1 november 2026 de uitvoerder.

De uitvoeringskosten die curatoren maken zijn salariskosten. Deze worden door de Rechtbank vastgesteld en komen ten laste van de boedel (opbrengst). De curator is gehouden tot vergoeding aan de bankinstelling van de bankkosten en rentekosten voor het gebruik van de rekening-courant rekening. Deze kosten worden primair als boedelkosten in rekening gebracht op het boedelactief. Bij een negatief boedelactief zuivert de Staat het ontstane tekort aan tot het afgesproken garantiebedrag. De rente en uitvoeringskosten zijn daarbij inbegrepen.

12) Hoe wordt de regeling geëvalueerd, welke informatie is daarvoor relevant en hoe wordt een deugdelijke evaluatie geborgd?

In de nieuwe regeling is opgenomen dat een eerstvolgende evaluatie plaatsvindt binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van deze regeling en vervolgens telkens na vijf jaar. De minister van Justitie en Veiligheid brengt van de evaluatie aan de Staten-Generaal een verslag uit over de doeltreffendheid en de effecten van deze regeling in de praktijk.

Het Ministerie van Justitie en Veiligheid verzoekt (conform de regeling onafhankelijkheid van het WODC) het WODC om het evaluatieonderzoek uit te voeren. Het WODC hanteert wetenschappelijke standaarden voor het (doen) uitvoeren van dergelijke, onafhankelijke onderzoeken.

Om een longitudinale effectiviteitsmeting mogelijk te kunnen maken, zal in navolging van de vorige WODC evaluatie, ook wel nulmeting (2019) genoemd, onderzoek worden gedaan naar onder meer:

- de ontwikkeling in absolute en relatieve omvang van het aantal verzoeken (toewijzing/afwijzing);
- de omvang en verhouding van garantieaanvragen en garantstelling;
- de omvang en verhouding van de garantstelling en de boedelopbrengsten;
- de verhouding tussen het uitstaande garantstellingen en de aanzuivering.

Dit zal worden aangevuld met een kwalitatieve meting van de tevredenheid van curatoren over de uitvoering van de regeling.