

1 INLEIDING

1.1 AANLEIDING

Een goed functionerend systeem om faillissementen af te wikkelen is cruciaal voor een economie zoals de Nederlandse. Het zorgt er bijvoorbeeld voor dat insolvente ondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen die structureel niet meer in staat zijn om aan hun verplichtingen te voldoen, tijds uit het maatschappelijk verkeer worden gehaald en dat de dan nog beschikbare middelen op een eerlijke en efficiënte manier worden verdeeld. Dit helpt om de economische schade van faillissementen zo veel mogelijk te beperken. In Nederland kunnen ondernemingen en natuurlijke personen – preciezer uitgedrukt en in een breder verband: schuldenaren in het algemeen – die niet langer in staat zijn om aan hun betalingsverplichtingen te voldoen, op eigen verzoek of op verzoek van een schuldeiser failliet worden verklaard.¹ Omdat een deel van de economische schade (in)direct geleden wordt door de Staat (via de Belastingdienst, als een van de grootste schuldeisers in faillissementen), heeft de maatschappij direct baat bij een efficiënte en effectieve afwikkeling van faillissementen. Aangezien belastinginkomsten van cruciaal belang zijn voor het financieren van publieke diensten en infrastructuur en daarmee voor het functioneren van de maatschappij, betekent een hogere opbrengst uit failliete boedels dat de Belastingdienst meer van de openstaande schulden kan innen voor een beter gevulde staatskas.

Als de rechter vaststelt dat een schuldenaar in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, spreekt hij het faillissement uit en stelt hij een curator aan.² Deze functionaris is vervolgens belast met het beheren van de faillissementsboedel, het onderzoeken van de oorzaken van het faillissement, het vereffenen van activa, en het verdelen van de opbrengsten onder de schuldeisers. De curator wordt betaald uit de beschikbare middelen in de boedel. Een faillissement betekent per definitie een gebrek aan geld, en in sommige faillissementen zijn er zelfs onvoldoende middelen beschikbaar om de curator te betalen. De wijze waarop curatoren (niet of onvoldoende) worden beloond voor deze werkzaamheden wegens het gebrek aan middelen bij de schuldenaar vormt al langere tijd aandachtspunt van alle betrokkenen bij de afwikkeling van faillissementen.³ Dit onderzoek heeft ten doel langs twee wegen duidelijkheid te brengen in deze discussie.

1 In theorie kan ook het OM een faillietverklaring verzoeken 'om redenen van openbaar belang', maar in de praktijk komt dit zelden voor en daarom blijft dit in hier verder buiten beschouwing.

2 Artikel 14 Fw.

3 Zie uitgebreider hoofdstuk 5.

Het *eerste* doel is om te voorzien in een kennisleemte door het inventariseren van de omvang van de problematiek rondom de financiering van curatoren (par. 1.1.2). Duidelijkheid hierover is een voorwaarde voor het *tweede* doel van dit onderzoek om voorstellen te kunnen doen voor eventuele alternatieven voor de huidige situatie om het probleem van de financiering van curatoren op te lossen, bezien vanuit twee invalshoeken: het in kaart brengen van de mogelijkheden voor een alternatief financieringssysteem voor curatoren (met inbegrip van de bron waaruit het geld moet komen) dan wel het achterwege laten van de inschakeling van een curator als sprake is van een lege boedel (par. 1.1.3). Voor het kader van het onderzoek volgt eerst in paragraaf 1.1.1 een beknopt overzicht van de faillissementsafwikkeling in Nederland en de zogenoemde 'legeboedelproblematiek', waarmee het probleem van faillissementen waarin geen geld beschikbaar is in de praktijk wordt aangeduid.⁴

1.1.1 Beknopt overzicht faillissementsafwikkeling en legeboedelproblematiek

Er zijn in Nederland enkele honderden curatoren die door de rechtbank worden aangesteld om een faillissement van een schuldenaar af te wikkelen.⁵ De wijze waarop dit gebeurt verschilt enigszins per rechtbank, maar in grote lijnen hanteren de meeste van de elf rechtbanken in Nederland dezelfde uitgangspunten voor de aanstelling.⁶ Hierbij hanteren zij 3-4 lijsten met categorieën advocaten waarmee zij differentiëren tussen curatoren die met elkaar concurreren op basis van vergelijkbare ervaringsjaren en type faillissementen. Het is uiteindelijk echter altijd aan de rechtbank die het faillissement van een schuldenaar uitspreekt om te bepalen wie zij in een concreet geval als curator aanstelt.

De curator moet bij de afwikkeling van het faillissement primair het belang van de gezamenlijke schuldeisers in acht houden, maar tegenwoordig wordt hij ook geacht om rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid en een onderzoek naar en bestrijding van onregelmatigheden die voor of tijdens het faillissement hebben plaatsgevonden.⁷ Daarnaast spelen soms ook milieubelangen en het belang van continuering van bepaalde essentiële dienstverlening (zorg, cruciale bedrijven voor primaire levensbehoeften etc.) een rol.

4 Voor verdieping van de gang van zaken bij een faillissement, zie Vriesendorp, *Insolventierecht* 2024, hoofdstuk 5, nr. 161 e.v.

5 Zie Pool 2022 (*diss.*), par. 6.3.1.

6 Zie Richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en benoeming bewindvoerders in surseances van betaling (rechtspraak.nl).

7 HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, r.o. 3.5, NJ 1996/472 (Sigmacon II). Zie ook HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, r.o. 3.5.2, NJ 1996/727 (Maclou), HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, r.o. 3.5, NJ 2004/293 (Curatoren Mobell/Interplan). Zie ook Pool 2022 (*diss.*).

Het is aan de curator om de wijze van afwikkeling van het faillissement te bepalen en waar nodig derden (beveiliging, makelaars/taxateurs, IT-specialisten, financieel deskundigen etc.) in te schakelen, mits hij goede afspraken maakt over (de betaling van) hun beloning. De curator staat bij al zijn handelen onder toezicht van de rechter-commissaris.⁸ In het kader van dit toezicht moet de curator voor tal van handelingen – denk aan verkoop van bezittingen, starten van procedures, aangaan van schikkingen, ontslaan van personeel etc. – goedkeuring of machtiging van de rechter-commissaris vragen.⁹ De rechtbank kan de curator ook voor ontslag door de rechtbank voordragen.¹⁰

Een belangrijk hulpmiddel om dat toezicht op de curator effectief uit te oefenen vormen de faillissementsverslagen en de financiële verslagen die de curator in beginsel elk kwartaal bij de rechtbank moet aanleveren.¹¹ Hiervoor is tegenwoordig een standaard formaat beschikbaar.¹² Het verslag is opgebouwd uit een tiental rubrieken¹³ die de curator telkens – cumulatief – invult met ontwikkelingen in de afgelopen verslagperiode.

Als de rechtbank een schuldenaar in staat van faillissement heeft verklaard en een curator heeft aangesteld, zal deze zo snel mogelijk aan de slag gaan en (het bestuur van) de failliete schuldenaar – liefst dezelfde of de volgende dag nog – willen spreken om de afwikkeling in gang te zetten. De curator zal in het geval van een faillissement van een schuldenaar met een lopende onderneming willen onderzoeken of er nog gezonde onderdelen in de onderneming zitten die ter vermijding van waarde- en kapitaalverlies zo snel mogelijk moeten worden gecontinueerd of worden verkocht en doorgestart. Ook als dit niet mogelijk blijkt probeert de curator de bezittingen van de schuldenaar tegen een zo hoog mogelijke opbrengst te verkopen om zodoende geld in de boedel te krijgen om daaruit de schuldeisers, waaronder bij voorrang de curator zelf, te betalen. Als bepaalde bezittingen van de schuldenaar in zekerheid waren gegeven (door pand of hypotheek) aan financiers, en deze het faillissement daarom mogen negeren,¹⁴ heeft

8 Artikel 64 Fw.

9 Bijvoorbeeld bij een verwerping van een nalatenschap (art. 41), starten van een procedure (art. 68 lid 3), gestanddoening van wederkerige overeenkomsten (art. 68 lid 3 jo. 37), opzegging huurovereenkomst (art. 68 lid 3 jo. 39); opzegging arbeidsovereenkomst (art. 68 lid 3 jo. 40), lossing pand of hypotheek (art. 68 lid 3 jo. 58 lid 2), binnentreden plaatsen door curator (art. 93a) of de voortzetting van het bedrijf van de gefailleerde (art. 98).

10 Artikel 73 Fw.

11 Artikel 73a Fw, te vinden op rechtspraak.nl (Registers => Centraal Insolventieregister => concreet faillissement).

12 Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/richtlijnen-aanstellen%20curatoren-faillissementen-en-benoeming%20bewindvoerders-%20surseances-van-%20betaling-01012023.pdf>.

13 Dit zijn: 1) Inventarisatie, 2) Personeel, 3) Activa, 4) Debiteuren, 5) Bank/Zekerheden, 6) Voortzetten/doorstart onderneming, 7) Rechtmatigheid, 8) Crediteuren, 9) Procedures en 10) Overige.

14 Artikel 57 Fw.

de curator op grond van de zogenoemde ‘Separatistenregeling’¹⁵ aanspraak op een bijdrage uit de opbrengst.

Verdere inkomsten voor de boedel kan de curator proberen binnen te halen bij vermoedens van onregelmatigheden of fraude. Dan kan hij degene die dat heeft gedaan op verschillende manieren aanspreken. Bij rechtspersonen kunnen het bestuurders zijn die hun taak (kennelijk) onbehoorlijk hebben vervuld (bestuurdersaansprakelijkheid)¹⁶ of onrechtmatig hebben gehandeld.¹⁷ De curator kan ook derden aanspreken omdat die op vergelijkbare wijze toerekenbaar onzorgvuldig hebben gehandeld (of hebben nagelaten te handelen) of benadelend hebben gehandeld ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers (faillissementspauliana)¹⁸ en langs deze weg extra inkomsten voor de boedel genereren.

Als de curator geen bezittingen meer te gelde kan maken, geen procedures (meer) voert en niets meer te onderzoeken heeft, gaat hij over tot uitkering van al hetgeen (bijv. door verkoop) in geld is omgezet aan degenen die daar recht op hebben op basis van hun positie in de wettelijke rangorde van schuldeisers.

In grote of langlopende faillissementen is het gebruik dat de curator – bij voldoende beschikbare en voor uitdeling gereed liggende gelden – al in een vroeger stadium voor de eindafwikkeling tussentijdse en voorlopige uitdelingen doet.

Blijkens het voorgaande vervullen curatoren in de afwikkeling van faillissementen een sleutelrol, zodat een adequate beloning essentieel is voor de effectieve uitvoering van hun taken. Wanneer curatoren een eerlijke vergoeding ontvangen, kunnen zij hun werk grondiger en efficiënter uitvoeren dan wanneer zij een beperkte of helemaal geen vergoeding ontvangen. Een beter gefinancierde curator is bovendien in staat om dieper te graven in de oorzaken van faillissementen en effectiever op te treden tegen fraude en onregelmatigheden, wat uiteindelijk weer kan leiden tot hogere opbrengsten voor de schuldeisers.

In het huidige stelsel krijgen curatoren hun beloning uit het door hen vereffende vermogen van de schuldenaar (de faillissementsboedel of ook wel kortweg: de ‘boedel’). Hij wordt voor zijn werkzaamheden naar tijdsduur beloond op basis van de door hem en zijn team gewerkte uren, volgens een beloningstabel die door de rechters-commissarissen

15 Zie art. 3.4 Recofa-richtlijnen en de verwijzing daarin naar de Separatistenregeling: Separatistenregeling (rechtspraak.nl).

16 Artikel 2:9 BW of 2:138/248 BW.

17 Artikel 6:162 BW.

18 Artikel 42/47 e.v. Fw.

in faillissementen (Recofa) van alle rechtbanken in Nederland uniform is vastgesteld en jaarlijks wordt geïndexeerd.¹⁹ Hierin is een variabele beloningsfactor vastgesteld afhankelijk van het aantal ervaringsjaren als advocaat (dit geldt ook voor door de curator ingeschakelde advocaat/kantoorgenoten) of als faillissementsmedewerker.²⁰ Dat uurtarief blijkt voor veel curatoren buiten de grote (Zuidas-)kantoren en gespecialiseerde ‘niche’ kantoren marktconform of zelfs hoger te zijn dan het reguliere advocatentarief waartegen men zijn commerciële advocatendiensten aanbiedt.²¹ Voor de eerste twee groepen is dat echter al geruime tijd andersom, hetgeen (mede) verklaart waarom die kantoren nauwelijks tot geen curatoren leveren.²²

Overigens heeft een rechter-commissaris in een concreet faillissement de mogelijkheid om in bijzondere gevallen op verzoek een afwijkend (hoger) uurtarief toe te kennen, bij voorbeeld vanwege de omvang, complexiteit of maatschappelijke impact van een faillissement.²³ De rechtbanken hebben hier in beginsel volledige vrijheid, zij het dat gelijke gevallen op gelijke wijze behoren te worden behandeld.²⁴

Voor de vraag of de boedel groot genoeg is om de curator volledig te betalen is van belang dat in beginsel ieder faillissement per definitie gepaard gaat met een gebrek aan financiële middelen. Enkele oudere studies laten zien dat gemiddeld per faillissement 582 duizend euro aan onbetaalde schuld achterblijft, waarvan 109 duizend euro aan belasting- en sociale premieschulden. De totale onvoldaan gebleven schuld van de in 2015 beëindigde faillissementen bedroeg zelfs 4,4 miljard euro.²⁵ De gemiddelde *recovery rate* – het percentage van de schulden dat uiteindelijk wordt voldaan aan concurrente schuldeisers – bedraagt per faillissement slechts 4,8 procent. De *recovery rate* verschilt overigens per type schuldeiser, zo krijgen zekerheidsgerechtigden meestal een veel hoger percentage dan concurrente schuldeisers. De gemiddelde *recovery rate* laat over de toen onderzochte perioden een dalende trend zien.²⁶

19 Per 1 januari 2024 bedraagt het basisuurtarief EUR 252,89; per 1 januari 2025 wordt dit verhoogd tot EUR 267,05.

20 Zie hiervoor hoofdstuk 6 van de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling; Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling versie 2021 (rechtspraak.nl). De factor varieert tussen 0,8 en 1,6 voor de curator en advocaten die in het faillissement diensten verrichten en tussen 0,4 en 0,6 voor de faillissementsmedewerkers (art. 6.4 Recofa-richtlijnen).

21 Zie Pool 2022, par. 6.5.3 en 4.5.3. Zie ook hoofdstuk 3 van dit rapport.

22 Zie over dit aspect bijvoorbeeld de TvI-Forumbijdrage van een oud-voorzitter van INSOLAD, Schreurs, *TvI* 2020/14.

23 Zie art. 6.4(c) Recofa-richtlijnen.

24 Vgl. artikel 1 Grondwet.

25 Elswijk e.a. 2015, p. 33-39. Recentere gegevens zijn niet beschikbaar. Deze gegevens zijn gebaseerd op een jaar waarin er veel meer faillissementen werden uitgesproken dan momenteel het geval is.

26 Boer & Lalta 2011, p. 11.