

230. De Peeters/Gatzen-vordering en de Garantstellingsregeling voor curatoren

MR. F. ORTIZ ALDANA EN MR. M.C.G. DERKSEN

In een motie van Tweede Kamerleden Gesthuizen, Kooiman en Van Nispen uit het vergaderjaar 2016-2017 is opgeroepen te laten onderzoeken of de GSR moet worden uitgebreid met de PGV als zelfstandige vordering. Op 31 maart 2020 heeft de minister van Justitie hierop afwijzend gereageerd, ondanks de aanbevelingen uit eerdere wetenschappelijke evaluatieonderzoeken. In deze bijdrage betogen de auteurs dat de door de minister gevoerde argumenten geen standhouden. De PGV sluit immers aan bij het doel van de GSR en daarnaast sluit het uitbreiden van de GSR met de PGV ook aan bij de fraudesignalerende taak die de curator van de wetgever heeft gekregen.

1. Inleiding

De Garantstellingsregeling curatoren 2012 (hierna: 'GSR') stelt een curator in staat een krediet aan te vragen voor het instellen van een rechtsvordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana of een onderzoek naar de mogelijkheden daartoe in te stellen, ingeval hij een (potentiële) lege boedel aantreft.¹ De Peeters/Gatzen-vordering (hierna: 'PGV') valt, althans als zelfstandige vordering,² niet onder het bereik van deze regeling. Voor het instellen van een dergelijke vordering of het onderzoek daarnaar wordt de curator dus niet tegemoetgekomen met financiering van de overheid.

In dit artikel gaan wij in op de vraag of dat wenselijk is. Wij betogen, met verwijzing naar eerdere onderzoeken en literatuur, dat de PGV aansluit bij het doel van de GSR en dat het uitbreiden van de GSR met de PGV ook aansluit bij de fraudesignalerende taak die de curator van de wetgever heeft gekregen.

2. De Peeters/Gatzen-vordering en haar doelstelling

De Hoge Raad oordeelde in het *Peeters/Gatzen*-arrest³ dat een curator onder omstandigheden bevoegd is voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen bij benadeling van die schuldeisers door de gefailleerde. Een curator kan in zo'n geval een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad tegen een derde instellen die bij die benadeling betrokken is, ook al kwam die vordering

niet aan de gefailleerde zelf toe omdat de gefailleerde zelf betrokken was bij dat onrechtmatige handelen.⁴ Deze bevoegdheid ontleent de curator aan de hem in art. 68 lid 1 Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel.⁵

De Hoge Raad heeft voorts geoordeeld dat ook partijen die noodzakelijke medewerking verlenen aan verhaalsbenadelende handelingen zonder daar zelf van te profiteren, met de PGV kunnen worden aangesproken.⁶ Bovendien kunnen naar het oordeel van de Hoge Raad in bijzondere omstandigheden ook selectieve betalingen met de PGV worden aangepakt, ondanks dat deze in de regel buiten het bereik van art. 42/47 Fw vallen.⁷

De PGV is vaak het enige middel om adviseurs, facilitators, bedrijvendoktoren en andere derden⁸ die hebben meegewerkt aan verhaalsbenadeling, aan te spreken tot vergoeding van de schade die de gezamenlijke schuldeisers daardoor hebben geleden. Deze partijen zijn in de regel geen statutair bestuurder van de failliet of de wederpartij bij een paulianeuze transactie, zodat zij buiten het bereik van art. 42/47 Fw en art. 2:248 BW vallen. Veelplegers van faillissementsfraude bedienen zich voorts van lieden die in de frontlinie staan (katvangers c.q. stromannen) en blijven zo zelf buiten het bereik van art. 2:248 BW, tenzij de hoge

1 *Stcr.* 2012, 3973, p. 5.

2 Wel zou deze als subsidiaire vordering worden geaccepteerd.

3 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597, m.nt. Wachter.

4 HR 14 januari 1983, r.o. 3.3, *NJ* 1983/597, m.nt. Wachter.

5 HR 16 september 2005, «JOR» 2006/52, m.nt. Kortmann (*De Bont/Bannenberg q.q.*).

6 HR 23 december 1994, *NJ* 1996/628, m.nt. Kleijn onder *NJ* 1996/629 (*Curatoren/Notarissen THB II*).

7 HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*).

8 Zoals een betrokken notaris, advocaat of fiscalist die de benadeling (mede) heeft gefaciliteerd. Ook kan nog worden gedacht aan een financiële instelling zoals een bank.

drempel van lid 7 (het zijn van feitelijk beleidsbepaler) op hen kan worden toegepast.⁹ De kwade genius achter de stroman c.q. katvanger blijft daardoor buiten schot.¹⁰ Ook wanneer de verhaalsbenadeling niet is veroorzaakt door een rechtshandeling, maar door een feitelijke handeling, is de curator aangewezen op de PGV. In het evaluatieonderzoek naar de GSR uit 2019, wordt hiervan het voorbeeld van een leeggeroofde showroom gebruikt, waarover de curator zelf zegt:¹¹

‘Dat is niet paulianeus, want het is geen rechtshandeling. Het levert wel een PG-vordering op, maar die wordt niet gedekt door de GSR. De slotsom is dat ik de kwestie heb moeten laten rusten omdat ik verder ook geen boedel had ter dekking van de proceskosten.’

Wanneer de PGV echter met succes wordt ingesteld, valt de opbrengst daarvan in de boedel en wordt deze onder de schuldeisers verdeeld. Daarmee worden de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigd.¹²

3. De Garantstellingsregeling curatoren 2012 en onderzoeken daarnaar

Naast het bestrijden van misbruik van rechtspersonen, is de bescherming van de belangen van concurrente schuldeisers een doel dat de wetgever met de GSR heeft beoogd.¹³

Eind vorige eeuw heeft de Tilburgse Onderzoeksgroep Goederen- en Insolventierecht, bestaande uit Vriesendorp, Verstijlen en Slegers, in opdracht van het ministerie van Justitie een evaluatieonderzoek verricht naar de werking van de GSR in de praktijk.¹⁴ Het viel volgens de onderzoeksgroep toen al, in het licht van de ontwikkelingen in de rechtspraak, niet in te zien waarom geen garantstelling kan worden verleend voor (onderzoek naar) een PGV.¹⁵ Deze aanbeveling werd door de minister van Justitie overgenomen, maar heeft geen uitvoering gekregen.¹⁶

Een paar jaar later, in 2005, is opnieuw een commissie gevraagd om in opdracht van het ministerie van Justitie een evaluatieonderzoek te doen naar de GSR.¹⁷ Deze commis-

sie, bestaande uit de leden Vriesendorp, Verstijlen, Van Dijk en Kopalit,¹⁸ herhaalde dat de PGV onder de GSR gebracht zou moeten worden en wees erop dat de minister van Justitie deze aanbeveling na het vorige evaluatieonderzoek al had overgenomen, maar nog niet heeft laten uitvoeren.¹⁹ Deze aanbeveling is vervolgens door de opvolgend minister van Justitie niet overgenomen.²⁰

In een motie van Tweede Kamerleden Gesthuizen, Kooiman en Van Nispen uit het vergaderjaar 2016-2017, werd vervolgens opgeroepen te laten onderzoeken of de GSR moet worden uitgebreid met de PGV, met verwijzing naar de eerdere aanbevelingen uit de evaluatieonderzoeken die in opdracht van de minister van Justitie zijn verricht.²¹ Naar aanleiding hiervan is onder andere deze vraag aan de onderzoekers voorgelegd, die in september 2019 een derde evaluatieonderzoek afronden.²² Dit onderzoek is in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (‘WODC’) uitgevoerd door Pro Facto, in samenwerking met onderzoekers van de Rijksuniversiteit Groningen.²³

Meer specifiek volgt ook uit dit onderzoek dat de PGV onder het bereik van de GSR moet worden gebracht voor een effectieve aanpak van veelplegers van faillissementsfraude

Hierin werd geconstateerd dat het tweede doel van de GSR (de bescherming van de belangen van concurrente schuldeisers), het eerste doel (het bestrijden van misbruik van rechtspersonen) lijkt te verdringen. De onderzoekers stelden verder vast dat het openstellen van de GSR voor de PGV een positieve invloed kan hebben op de boedelopbrengsten voor zover het gaat om gevallen van schuldeisersbenadeling die buiten het toepassingsgebied van art. 42 & 47 Fw en 2:248 BW vallen, maar zich wel lenen voor een

9 WODC-rapport 3175, p. 36-37.

10 WODC-rapport 3175, p. 33-34.

11 J. de Ridder e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, september 2019, p. 91. Met ‘PG-vordering’ is bedoeld de PGV.

12 HR 24 april 2009, NJ 2009/416, m.nt. Van Schilfgaarde; «JOR» 2010/22, m.nt. Faber.

13 *Stcrt.* 2012, 3973, p. 5.

14 R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen & C.W.M. Slegers, *De Garantstellingsregeling curatoren. Rapport van de evaluatie van de werking van de Garantstellingsregeling curatoren in de praktijk*, Tilburg: Schoordijk Instituut, Katholieke Universiteit Brabant 1999.

15 Zie C.W.M. Slegers, ‘De Garantstellingsregeling curatoren geëvalueerd’, *Tvl* 2001, p. 90.

16 Brief van minister van Justitie inzake evaluatie garantstellingsregeling curatoren van 30 oktober 2000 (just 000743), p. 2.

17 *Stcrt.* 2005, 3, p. 10.

18 R.D. Vriesendorp e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006. Zie ook R.J. van Galen, ‘Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005’, *Ondernemingsrecht* 2007/121, die verslag doet van de resultaten van het onderzoek van de commissie van de Juridische faculteiten van de Universiteiten van Groningen en Tilburg, bestaande uit prof. R.D. Vriesendorp, prof. F.M.J. Verstijlen, mr. G. van Dijk en D.F. Kopalit, naar de Garantstellingsregeling curatoren.

19 R.D. Vriesendorp e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 75.

20 *Kamerstukken II 2006/07*, 30800 VI, nr. 36, p. 3. Volgens de minister verdient de vergroting van de reikwijdte nadere studie. Hij wil de aanbeveling om de reikwijdte van de GSR (tot onder meer de PGV) te vergroten, betrekken in de discussie over de toekomst van de GSR.

21 *Kamerstukken II 2016/17*, 34253, nr. 12 (Motie Gesthuizen c.s., uitbreiding Garantstellingsregeling curatoren 2012).

22 J. de Ridder e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, september 2019.

23 Mr. drs. M. Beukers, mr. J. Koning, prof. mr. M.L. Lennarts, prof. mr. dr. F.M.J. Verstijlen en mr. R.E. de Vries.

succesvolle PGV tegen de bij de benadeling van de schuldeisers betrokken derde. Om vervolgens te concluderen:

‘Er is geen reden waarom de curator niet ook in deze gevallen een beroep op de GSR zou kunnen doen.’

In 2021 is vervolgens het WODC-onderzoek naar veelplegers van faillissementsfraude gepubliceerd. Een van de aanbevelingen uit dat onderzoek is dat de GSR moet worden uitgebreid.²⁴ Meer specifiek volgt ook uit dit onderzoek dat de PGV onder het bereik van de GSR moet worden gebracht voor een effectieve aanpak van veelplegers van faillissementsfraude.²⁵

Nu een van de einddoelen van zowel de PGV als de GSR is om die belangen van schuldeisers te beschermen, ligt het onzes inziens voor de hand dat de curator juist daarom ook aanspraak kan maken op de GSR als bescherming van die belangen vergt dat hij een PGV instelt

In de tussentijd is in de literatuur ook meermaals betoogd dat het aan te bevelen is dat de PGV onder het bereik van de GSR wordt gebracht.²⁶ Wij sluiten ons daarbij aan. De argumenten daarvoor zetten wij in de volgende paragraaf uitgebreid uiteen.

4. Weerlegging van de argumenten om de PGV niet onder het bereik van de GSR te brengen

Ondanks eerdergenoemde aanbevelingen, heeft de minister besloten de GSR (vooralnog) niet open te stellen voor de PGV. Op 31 maart 2020 reageerde de minister afwijzend op de hiervoor genoemde motie Gesthuizen c.s. met de volgende argumenten om de PGV niet onder het bereik van de GSR te brengen:²⁷

‘Hiermee wordt bedoeld dat de curator een garantstelling zou moeten kunnen aanvragen voor het aansprakelijk stellen van een derde op grond van een onrechtmatige daad,

waardoor de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld. In zo’n geval zijn zowel de curator als de schuldeisers bevoegd om deze derde aansprakelijk te stellen. Dit betreft een zogenaamde “Peeters/Gatzen”-vordering. Het kan gaan om het aansprakelijk stellen van bijvoorbeeld een bank, adviseur of notaris, indien zij medewerking hebben verleend aan transacties tussen de bestuurder en een wederpartij tegen een te lage waarde, waardoor de gezamenlijke schuldeisers zijn gedupeerd. Er zijn volgens de onderzoekers kort gezegd geen redenen om de Peeters/Gatzen-vordering niet onder de reikwijdte van de regeling te brengen. Aangezien met dit onderdeel van het onderzoek uitvoering is gegeven aan de motie Gesthuizen, kom ik daar in het betreffende briefonderdeel (sub 5) op terug.

Voor de vraag of een verdergaande uitbreiding met zelfstandige vorderingen ook mogelijk moet zijn, overweeg ik het volgende. Het is juist dat een Peeters/Gatzen-vordering schadevergoeding en boedelactief kunnen opleveren. Zo’n vordering is echter geen exclusieve bevoegdheid van een curator. Een schuldeiser is ook (wettelijk) bevoegd om deze vordering in te stellen, individueel of in samenwerking met de curator. Het is bovendien niet onlogisch dat ook de (grote) schuldeisers de onrechtmatige daadacties geheel of gedeeltelijk kunnen bekostigen. Of de kosten voor de baat uit kunnen gaan, is primair ter beoordeling aan de schuldeisers. Zij kunnen daarvoor externe financiering zoeken. Een primaire rol voor de GSR of het Rijk om al deze acties voor te financieren vanuit de algemene middelen, acht ik niet noodzakelijk noch wenselijk. Hoewel compensatie van schade aan slachtoffers in het algemeen gewenst is, heeft de overheid daarin geen primaire taak. Dit geldt ook niet in de situatie van een faillissement. Dit type vordering brengt zekere procesrisico’s met zich, die vooraf moeilijk zijn in te schatten. De verkenning biedt evenmin goed inzicht in de mogelijke omvang en de financiële impact. Ik zie op dit moment dan ook geen aanleiding om de zelfstandige vorderingen aan de GSR toe te voegen.’

Uit dit citaat lijkt te volgen dat het hoofdargument tegen openstelling van de GSR voor de PGV, de non-exclusiviteit van de PGV lijkt te zijn. Dit argument lijkt te zijn ontleend aan het evaluatieonderzoek naar de GSR uit 2019, waarin staat:²⁸

‘De curator is – anders dan bij de vorderingen op grond van 2:138/248 BW en 42/43 en 47 Fw – niet exclusief bevoegd tot het instellen van de onrechtmatige daadsvordering tegen de bij benadeling van de schuldeisers betrokken derde. De schuldeisers kunnen ook zelf een vordering instellen. Een behoorlijke afwikkeling van de boedel kan echter meebrengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist.’

Om meerdere redenen is de constatering dat de PGV ‘anders dan bij de vorderingen op grond van 2:138/248

24 Beke e.a., *Verkenning naar aanpak bestrijding van veelplegers van faillissementsfraude*, (WODC-rapport 3175), Rotterdam 20 augustus 2021, p. 90.

25 Zie bijv. de genoemde beperkingen in WODC-rapport 3175, p. 34, 35, 37 en 38. Zie ook WODC-rapport 3175, p. 72.

26 Zie W.J.B. van Nielen & C.M. Derijks, ‘De curator als civiele fraudebestrijder, Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude, *TvBS&H* (1) nr. 1; W.J.B. van Nielen, ‘De Wet versterking positie curator: financiering, het fraudespreekuur en nemo tenetur beginsel’, *FIP* 2017/168 (afl. 3); A.T.M. Adams, ‘Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?’, *MvO* 2017/3-4, par. 7.3, en C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude* (O&R nr. 73), Deventer: Kluwer 2012/I.1.1.

27 *Kamerstukken II* 2019/20, 33695, nr. 20 (Beleidsreactie Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012).

28 J. de Ridder e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, september 2019, p. 91.

BW en 42/43 en 47 Fw' niet exclusief aan de curator toekomt, echter niet houdbaar. De bevoegdheid van de curator om de PGV in te stellen, vloeit voort uit zijn wettelijke bevoegdheid tot beheer en vereffening van de boedel ex art. 68 Fw. Anders dan de minister in zijn reactie op de motie Gesthuizen c.s. schrijft, is een individuele schuldeiser niet naast de curator ook bevoegd om de PGV in te stellen. De Hoge Raad heeft in de arresten *Lunderstadt/De Kok c.s.*²⁹ en *Sobi/Hurks*³⁰ slechts geoordeeld dat schuldeisers naast de curator zelf een vordering op grond van onrechtmatige daad kunnen instellen tegen een derde die betrokken is geweest bij verhaalsbenadeling waardoor zij zelf schade hebben geleden. Het gaat daarbij dus slechts om de door hen zelf geleden verhaalschade en niet, zoals bij de PGV, om de door de gezamenlijke schuldeisers als collectief geleden verhaalschade. Deze twee vorderingen jegens de betrokken derde (de PGV van de curator en de individuele vordering van de schuldeiser ex art. 6:162 BW), kunnen samenlopen aldus de Hoge Raad,³¹ en in dat geval dient om proces technische redenen eerst om de PGV van de curator te worden beslist.³²

Het is ook niet vol te houden dat de PGV ten aanzien van de samenloop met een onrechtmatigedaadsactie van een individuele schuldeiser verschilt van de vorderingen op grond van art. 2:138/248 BW en 42/43 Fw en 47 Fw, die wel onder het bereik van de GSR vallen. Uit het *Erba*-arrest³³ volgt immers dat de mogelijkheid om een paulianeuze rechtshandeling te vernietigen, een actie tot schadevergoeding ex art. 6:162 BW niet uitsluit. Gelet op het oordeel van de Hoge Raad in de arresten *Sobi/Hurks* en *Lunderstadt/De Kok c.s.*, valt dan ook niet uit te sluiten dat een individuele schuldeiser tijdens faillissement een schadevergoedingsactie ex art. 6:162 BW jegens een derde instelt wegens verhaalsbenadeling, terwijl de curator tegelijkertijd de bevoegdheid toekomt de betreffende rechtshandeling te vernietigen ex art. 42 of 47 Fw. Met andere woorden, ook de vernietigingsacties van art. 42 en 47 Fw kunnen samenlopen met een actie tot schadevergoeding ex art. 6:162 BW van een individuele schuldeiser. Het is voorts niet uitgesloten dat een vordering van de curator ex art. 2:248 BW kan samenlopen met een actie tot schadevergoeding ex art. 6:162 BW van een individuele schuldeiser wegens het onbehoorlijk vervullen c.q. uitoefenen van de bestuurstaak.³⁴

Dat een door een curator ingestelde PGV kan samenlopen met een actie tot schadevergoeding van een individuele schuldeiser op grond van art. 6:162 BW, zou derhalve geen belemmering mogen zijn om de GSR hiermee uit te breiden.

Dat is immers ook geen belemmering geweest om de vorderingen ex art. 42/47 Fw en 2:248 BW onder het bereik van de GSR te brengen. Dat individuele schuldeisers zelf ook een PGV kunnen bekostigen, geldt eveneens voor de acties op grond van art. 42/47 Fw en een vordering ex art. 2:248 BW, en is dus ook geen onderscheidend argument tegen openstelling van de GSR voor de PGV. Ook het argument dat de PGV zekere procesrisico's met zich brengt is in dat opzicht niet onderscheidend. Procesrisico's zijn er altijd, ook bij procedures op grond van art. 42/47 Fw en 2:248 BW, met name als niet is voldaan aan de vereisten voor de in die artikelen opgenomen bewijsvermoedens. Hiermee stranden de meer juridisch inhoudelijke argumenten om de GSR niet open te stellen voor de PGV.

De door de minister gevoerde juridische en overige argumenten om de PGV niet onder de dekking van de GSR te brengen, kunnen in vergelijking tot de acties ex art. 42, 47 Fw en 2:248 BW geen standhouden

Een ander, meer algemeen, argument dat in reactie op de motie Gesthuizen c.s. is aangevoerd, is dat de overheid geen primaire taak heeft in het compenseren van schade aan slachtoffers. Daargelaten of dat vol te houden is, heeft de wetgever bij de invoering van de Wet versterking positie curator³⁵ aan curatoren een fraudesignalerende taak gegeven, althans deze expliciet vastgelegd (art. 68 lid 2 Fw), en dat niet alleen beperkt tot een signaleringsfunctie maar heeft ook bepaald dat de curator de taak heeft om schade te verhalen.³⁶ Uit de memorie van toelichting op die wet volgt dat:

1. de curator bij het beheer en vereffening van de failliete boedel *verplicht* is om te bezien of er sprake is van onregelmatigheden (sub a);
2. de fraudesignalerende rol van de curator wordt versterkt door in een vervolgpprocedure te voorzien (sub b en c);
3. die vervolgpprocedure onder meer omvat dat de curator bij de signalering van eventuele onregelmatigheden tot taak heeft om te trachten de schadelijke gevolgen hiervan voor de boedel zoveel mogelijk ongedaan te maken.

De Faillissementswet is dusdanig ingericht dat de curator een spilfunctie heeft bij de signalering van faillissementsfraude in een faillissement. De toelichting bepaalt in dit kader expliciet: '(...) de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren is in wezen inherent aan en ligt in het logische verlengde van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke

29 HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (*Lunderstadt/De Kok c.s.*).

30 HR 21 december 2001, NJ 2005/96, m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks*).

31 HR 21 december 2001, NJ 2005/96, m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks*).

32 HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (*Lunderstadt/De Kok c.s.*).

33 Uit het *Erba*-arrest is immers al sinds 1957 bekend dat een Pauliana-actie een vordering uit onrechtmatige daad niet in de weg hoeft te staan. Zie: HR 28 juni 1957, NJ 1957/514, m.nt. Rutten (*Erba*).

34 Zie hierover J.B. Huizink, in: *Groene Serie Rechtspersonen*, commentaar op art. 2:248 BW, aant. 35.1.

35 Stb. 2017, 124.

36 Zie voor de toelichting hierop *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3 (MvT) en dan met name par. 4.1.

*crediteuren te behartigen. De curator heeft een fraudesignalerende rol die een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid reflecteert.*³⁷

De wetgever heeft de curator derhalve de taak gegeven om onregelmatigheden³⁸ binnen een faillissement te bestrijden om zodanig de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen, waaronder dient te worden verstaan het compenseren van hun verhaalsschade. Deze rol reflecteert kennelijk een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid, aldus de wetgever. Nu een van de einddoelen van zowel de PGV als de GSR³⁹ is om die belangen van schuldeisers te beschermen, ligt het onzes inziens voor de hand dat de curator juist daarom ook aanspraak kan maken op de GSR als bescherming van die belangen vergt dat hij een PGV instelt. Het ligt in het logische verlengde van de bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid die de curator in dit kader heeft gekregen, om dan ook aanspraak te kunnen maken op financiering vanuit de overheid.

De wetgever heeft de curator derhalve de taak gegeven om onregelmatigheden binnen een faillissement te bestrijden om zodanig de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen, waaronder dient te worden verstaan het compenseren van hun verhaalsschade

Tot slot het argument dat de financiële impact van het openstellen van de GSR voor de PGV nog niet duidelijk is onderzocht. In het laatste evaluatieonderzoek uit 2019 is hierover al iets opgemerkt. Onder andere wordt geschreven dat de wederpartijen bij de PGV vaak juist diepe zakken hebben en veel verhaal bieden, ook omdat het vaak om

goed verzekerde partijen gaat.⁴⁰ Voor het overige komt het ons voor dat dit argument een hoog ‘kip of ei’-gehalte heeft. De financiële impact kan natuurlijk prima worden onderzocht door de GSR open te stellen voor de PGV en na enkele jaren weer een evaluatieonderzoek te laten doen.

5. Conclusie

De door de minister gevoerde juridische en overige argumenten om de PGV niet onder de dekking van de GSR te brengen, kunnen in vergelijking tot de acties ex art. 42, 47 Fw en 2:248 BW geen standhouden. Omdat er geen andere onderscheidende argumenten aan deze keuze van de minister ten grondslag zijn gelegd en meerdere onderzoeken naar de GSR consequent aanbevelen om de PGV onder het bereik daarvan te brengen, ligt het voor de hand de dekking van de GSR zo snel mogelijk uit te breiden met de PGV als zelfstandige vordering. De geconstateerde beperkingen bij de aanpak van veelplegers van faillissementsfraude kunnen daarmee in ieder geval op dit punt worden opgeheven. Deze uitbreiding van de GSR is bovendien in lijn met het belangrijkste doel dat de wetgever met de regeling heeft willen nastreven, te weten het beschermen van de verhaalsbelangen van de concurrente schuldeisers in het faillissement, en met de keuze van de wetgever om de curator een wettelijk verankerde fraudesignalerende taak te geven.

Dit artikel is afgesloten op 28 augustus 2022.

Over de auteurs

Mr. F. (Ferry) Ortiz Aldana

Advocaat bij Recoup advocaten te Utrecht. Daarnaast is hij curator en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

Mr. M.C.G. (Myrthe) Derksen

Advocaat bij Recoup advocaten te Utrecht.

37 Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3 (MvT) en dan met name par. 2.

38 Zoals de afwezigheid of onvolledigheid van de administratie en onttrekkingen ten nadele van de schuldeisers in het zicht van of tijdens het faillissement. Zie: Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3 (MvT), p. 3.

39 Vgl. *Stcr.* 2012, 3973, p. 5.

40 J. de Ridder e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, september 2019, p. 92. Het gaat hier dan met name om partijen zoals een betrokken notaris, advocaat of fiscalist (zie ook par. 2 en voetnoot 8 in dit artikel).