

## Naar een herverdeling

Mr. Ph.W. Schreurs, datum 10-03-2020

**Datum**

10-03-2020

**Auteur**

Mr. Ph.W. Schreurs<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS193003:1

**Vakgebied(en)**

Insolventierecht / Algemeen

In een recente Forumbijdrage laat Vriesendorp een kritisch licht schijnen over de aangepaste salariëring van curatoren. De criteria die aangedragen worden voor gevallen waarin een ruimer curatorentarief kan worden toegepast staan hem niet aan.<sup>[2]</sup> Hij vraagt zich af of, wanneer en waarom curatoren ruimer beloond zouden (moeten) worden. De soep die Vriesendorp omroert wordt mijns inziens niet zo heet gegeten: toepassing van een hoger dan het standaard-uurtarief komt (voor zover ik heb kunnen nagaan) maar zelden voor. Ook het omgekeerde komt bovendien wel voor. Mogelijk onbedoeld,<sup>[3]</sup> is de suggestie die Vriesendorp bij mij wekt, dat curatoren te ruim beloond zouden worden. Ik deel die mening niet en het is aanleiding voor deze Forumbijdrage.

Soms zijn er lege boedels, soms zijn er volle boedels. Beide moeten even goed behandeld worden. In de salarissystematiek is een deel van dit probleem opgevangen. Dat systeem is namelijk mede gebouwd op de veronderstelling dat de gemiddelde curator door de baten uit zijn gezamenlijke faillissementen in staat is een adequate organisatie te onderhouden. Door een aantal ontwikkelingen in de afgelopen decennia is het vrij boedelactief verminderd, terwijl het takenpakket is toegenomen. Daardoor is de dekking voor de boedelkosten uitgehold en wordt een curator met regelmaat niet geheel betaald.

Bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek is besloten de aanpassing van de regels ter zake pandrecht op roerende zaken enerzijds en de regeling van het bodem(voor)recht anderzijds tot een later moment uit te stellen. Van tijd tot tijd vragen betrokkenen of wetenschappers aandacht voor dat vraagstuk, maar de wetgever heeft er zijn handen nog niet aan durven branden. Inmiddels zijn we drie decennia verder en is de praktijk niet stil blijven staan. Procedures tussen banken, curatoren en belastingdienst hebben sluipenderwijs geleid tot een flink veranderd insolventierechtelijk landschap.

In faillissementen van dertig jaar geleden had de curator een flinke kluit aan de incasso van debiteuren en vormde de opbrengst daarvan soms een substantieel deel van de boedel. Een lange reeks arresten heeft tot gevolg gehad dat het verpanden van vorderingen zeer eenvoudig is geworden. De formaliteiten zijn tot een minimum teruggebracht. De banken hebben ruimere tijd gekregen voor het uitwinnen en de curator wordt geacht hen daarbij te assisteren. Bij de inning hebben banken ruime verrekeningsbevoegdheid. Onoverdraagbaarheidsbedingen worden beperkt uitgelegd. Onderhanden werk kan verpand worden, waardoor het vrij actief is afgenomen. Ook ten aanzien van roerende zaken hadden banken de wind mee door de mogelijkheid van verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken.

Dit kan zonder klagen worden vastgesteld. De Hoge Raad legt het bestaande recht uit en het is aan de wetgever om in te grijpen als het bestaande systeem tekortschiet. Maar we kunnen wel vaststellen dat de rechtspraak tot gevolg heeft gehad dat er een significante verschuiving van actief van boedel naar bank heeft plaatsgevonden.

Intussen bevordert dit alles natuurlijk kredietverlening door banken aan ondernemers.<sup>[4]</sup> Al met al heeft ook ons vermogensrecht vermoedelijk geleid tot grotere mogelijkheden voor financiering van het bedrijfsleven en een vergroting van de spreekwoordelijke taart: Nederland ontleent daar dan een deel van zijn huidige hoge welvaart aan en dat is iets om dankbaar voor te zijn. Maar niet met alle bedrijven loopt het goed af.

In zijn scherp geformuleerde afscheidscollege vroeg Kortmann de banken verantwoording af te leggen en daarmee de werkelijke omvang van hun bijdrage aan de economie te illustreren. Ook de Tweede Kamer is vragen gaan stellen, in reactie op signalen dat banken de continuering van bedrijfsvoering bij bedrijven in moeilijkheden zouden belemmeren.

De curator heeft in veel gevallen geen ander actief dan de opbrengst van de bodemzaken en een eventuele vergoeding voor goodwill bij een doorstart. Zonder weemoed kan bovendien gesteld worden dat, door de totaal veranderde economie

(van maakindustrie naar dienstverlening), het aantal faillissementen waarin de curator een omvangrijk (vroeger steevast lichtgroen geschilderd) machinepark aantreft, gedecimeerd is. En ook de omvang van het immaterieel actief staat onder druk: de verkoop van klantenbestanden is aanzienlijk lastiger als gevolg van de AVG.

Een derde ontwikkeling is dat er niet alleen aanzienlijk minder actief resteert voor de gezamenlijke crediteuren en de curator, maar dat die laatste ook nog zijn takenpakket flink heeft zien toenemen. Dat is boeiender geworden, maar ook complexer. De curator is ondernemer geworden in de zin van de WOR. Hij moet acht slaan op verplichtingen voortvloeiend uit milieuwetgeving. Het beheer van personeels- en klantenbestanden vergt aanzienlijk meer omzichtigheid. Lopende contracten kan hij niet zonder risico negeren. En op het gebied van fraudebestrijding is er een concrete stevige wettelijke verplichting bijgekomen.<sup>[5]</sup> De behandeling van die werkzaamheden vergt, meer dan voorheen, hooggekwalificeerde insolventieadvocaten.

De vraag is of, in de situaties waarin het uiteindelijk misgaat met een onderneming, de pijn eerlijk verdeeld wordt en of dit, het speelveld overziende, een wenselijk geheel is. We zijn inmiddels jaren bezig met het verbeteren van de mogelijkheden om faillissementen te voorkomen en levensvatbare bedrijven in moeilijkheden te helpen overleven. Maar wanneer een bedrijf dan toch ten onder gaat is het van belang dat een onafhankelijke professional zorgt voor resp. toeziet op een eerlijke verdeling van de pijn. Dat moet een onafhankelijke curator onder toezicht van een onafhankelijke RC kunnen doen.

Het is zaak dat die professionals daartoe in staat worden gesteld. Zij moeten hun werk dus goed kunnen doen en daarvoor een marktconforme beloning krijgen. De verbetering van het salarieringssysteem is belangrijk, en heeft conform de bedoeling geleid tot beperking van de commerciële onaantrekkelijkheid van het vak voor jong talent. Zijn curatoren zielige mensen, die dreigen aan de bedelstaf te raken? Nee. Ze verdienen meestal meer dan modaal. De tarieven zijn door de jaren heen gecorrigeerd voor inflatie. Maar als een gemiddelde curator in zijn gemiddelde boedels minder actief heeft en meer taken moet uitvoeren leidt normale marktwerking ertoe, als de hoge kwaliteit die vereist is voor dat gecompliceerde werk elders beter beloond wordt, dat de kwaliteit van de behandeling van faillissementen achteruitgaat. Ongeveer de helft van de top-25 kantoren oefent geen benoemingenpraktijk meer uit en voor de kwaliteit van het vak is dat een ongewenste situatie. Voor de houdbaarheid van het systeem is daarom nog meer nodig: een herstel van evenwicht.

Mede daarom heeft de vereniging van insolventierecht advocaten Insolad het zgn. percentagevoorstel gedaan.<sup>[6]</sup> Dat voorziet erin dat bij uitwinning van verpande activa een vooraf vastgesteld percentage, in feite als *lump sum*, aan de boedel toekomt. De bedoeling is dat van stond af aan voor alle betrokkenen exact duidelijk is welk deel aan de curator zal toekomen en welk deel aan de separatist. Deze duidelijkheid heeft veel voordelen. In de fase waarin de druk het hoogst is, de dagen rond het faillissement, is het laatste waar betrokkenen behoefte aan hebben tijdrovende territoriumdrift van boedel en bank. Er is bij heldere regels ook veel minder aanleiding en minder belang om procedures tegen elkaar te voeren. Voor de boedel niet omdat er (bij ondernemingen die gefinancierd zijn met geseceureerd krediet) altijd enig actief is en voor de banken niet omdat ze minder reden hebben de uitkomst van de inspanningen van de curator (bijv. bij doorstartonderhandelingen) te wantrouwen. Het leidt tot meer efficiency en meer transparantie. En wellicht het belangrijkste voordeel is dat zekerheid achteraf ook zekerheid vóóraf betekent. Als banken vooraf meer zekerheid over de opbrengst van hun zekerheden achteraf hebben, is het mogelijk om hogere bedragen tegen lagere rentes uit te lenen.

Drie trends hebben tot een geleidelijke afkalving van boedels geleid. De jurisprudentie heeft geleid tot een verschuiving van actief van boedel naar banken. Door de veranderende economie is het deel dat nog aan de boedel toekomt in omvang verder afgenomen. En het takenpakket van de curator ten slotte is aanzienlijk verzwaaard. Alle betrokkenen – separatisten, schuldeisers en andere stakeholders – hebben belang bij een solide en onafhankelijk insolventieproces. Curatoren dienen daarom een marktconforme beloning te ontvangen om het apparaat ter uitvoering van die taken te kunnen bekostigen. Ter verkrijging van een nieuw evenwicht is de wetgever aan zet, en curatoren, banken en fiscus hebben er belang bij eendrachtig voorstellen te doen voor een evenwichtig, transparant, efficiënt en eerlijk systeem.

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: Ph.W. Schreurs, 'Naar een herverdeling', *TvI* 2020/14. Flip Schreurs is advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven en redacteur van *TvI*. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

[2]

Prof. mr. R.D. Vriesendorp, 'Het onderhandelbare curatorentarief: een doos van Pandora?', *TvI* 2019/15.

[3]

Zo noteert hij dat ook curatoren die weinig relevante curatorenervaring hebben op grond van hun advocaten-anciënniteit het hoogste uurtarief zouden kunnen toepassen, terwijl dat nu in de praktijk juist één van de situaties is waarin een lager uurtarief wordt toegepast.

[4]

Of, hetgeen kritischer bejegend wordt, de mogelijkheden voor private equity fondsen om met vreemd vermogen grote overnames te financieren.

[5]

De stelling dat de bestrijding van faillissementsfraude op dit moment vooral wordt gefinancierd uit deels onbetaald blijvend onderhanden werk van goedwillende, enthousiaste curatoren is niet ver bezijden de waarheid.

[6]

[https://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw\\_12-2012.pdf](https://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw_12-2012.pdf).