

Op weg naar transparant toezicht

Tvl 2018/26

Forum

1. Inleiding

Op 22 november 2016 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een Herstructureringsrichtlijn (VHR).² Het voorstel beoogt de bevordering van pre-insolventiemaatregelen ter herstructurering van levensvatbare ondernemingen en het bieden van hernieuwde kansen aan m.n. ondernemers. Het voorstel heeft veel reacties opgeleverd en is momenteel onderwerp van onderhandelingen tussen de lidstaten.

Het voorstel van 2016 vloeit voort uit een resolutie van het Europees Parlement uit 2011³ en een aanbeveling van de Europese Commissie uit 2014.⁴ Nederland loopt bepaald niet achter op dit gebied en was al doende te anticiperen op die aanbeveling. Een tweede-kans-systeem bestaat al jaren in de vorm van de WSNP en het WHOA-voorstel kan breed op steun rekenen⁵ wanneer het, naar verwachting in de loop van dit jaar, aan de Kamer zal worden voorgelegd.

Hoofdstuk IV (art. 24-28) VHR bevat bepalingen die, naar de Nederlandse situatie vertaald, van toepassing zouden zijn op onder meer curatoren en rechters-commissaris. Het voorstel dwingt daarom na te gaan denken over de rol van de betrokken hoofdrolspelers. Zo zullen insolventie-advocaten vermoedelijk wel ander werk krijgen, dat ze moeten uitvoeren in een ander, groter krachtveld waarin immers problemen eerder kunnen worden aangepakt.

Nu noch de uitkomst van de Europese onderhandelingen bekend is, noch duidelijk is wat voor nadere Nederlandse regelgeving nodig zal zijn voor de uiteindelijke implementatie,⁶ neem ik de vrijheid alvast eens mijn gedachten te laten gaan over wat de gevolgen zouden zijn als de huidige concept-artikelen 24-27 VHR opgenomen zouden zijn in de Faillissementswet en dus van toepassing zouden zijn op het toezicht in Nederlandse insolventieprocedures door rechters-commissaris.

In art. 24 VHR is (geparafraseerd) bepaald dat rechters-commissaris een opleiding krijgen die past bij hun verantwoordelijkheid en dat zij beschikken over de nodige expertise en specialisatie. Art. 26 bepaalt dat de benoeming van curatoren en deskundigen duidelijk en transparant is. Art. 27 vergt adequaat toezicht op het gebied van herstructurering en insolventie.^{7,8}

Er is in de situatie waarin die artikelen geïmplementeerd zouden zijn, zoveel is wel duidelijk, nog een wereld te winnen. Want van dit alles is in Nederland nog maar weinig vastgelegd in duidelijk en transparant beleid of regelgeving. Ik noem enkele punten.

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: Ph.W. Schreurs, 'Op weg naar transparant toezicht', *Tvl* 2018/26. Flip Schreurs is redacteur van dit tijdschrift.
2 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0723>.
3 Rapport EP aan de EC, 2011/2006(INI), 17 oktober 2011.
4 C(2014) 1500, 12 maart 2014.
5 Zoals af te leiden uit de 23 reacties die in de consultatiefase zijn ingediend: www.internetconsultatie.nl/wethomologie.
6 Invoering van de richtlijn in huidige vorm zou normaal gesproken moeten plaatsvinden via implementatie door de wetgever. M.i. zou dat kunnen leiden tot aanpassing van de Faillissementswet en de Wet op de Rechterlijke Organisatie of daarvan afgeleide regelgeving.
7 Een enigszins vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. 25, lid 2, maar daarin wordt gedoeld op toezicht door middel van vrijwillige gedragscodes, zoals bijvoorbeeld de Insolad Praktijkregels.
8 Art. 28 is in het kader van deze Forumbijdrage minder relevant; het handelt over elektronische communicatiemiddelen.

2. Opleiding en expertise

Binnen de rechtspraak wordt al enige tijd gewerkt aan zogenaamde Professionele Standaarden. Dat behelst de vastlegging door een groep vergelijkbare rechters van de wijze waarop zij verantwoordelijkheid nemen voor de kwaliteit van hun rechterlijk functioneren.⁹ Het opstellen van een Professionele Standaard door insolventierechters is m.i. bovengemiddeld van belang. Deze rechters hebben immers een andere rol dan “gewone” rechters. Het betreft de rechters die besluiten over het uitspreken van een faillissement (of surseance) en de benoeming van een curator (of bewindvoerder) en die optreden als rechter-commissaris. Meer dan andere rechters hebben zij te maken met financiële en bedrijfseconomische aspecten. Maar vooral ook dienen zij “toezicht” te houden op curatoren. Dat toezicht houden is een volstrekt andere taak dan de hoofdtaak van rechters om (onafhankelijk, kwalitatief en integer) recht te spreken.¹⁰ Het element toezicht maakt ook geen deel uit van de opleiding tot rechter.

Rechters-commissaris in faillissementen houden toezicht op een groep curatoren en bewindvoerders die al jarenlang kleiner, georganiseerder en gespecialiseerder wordt.¹¹ Om daarop toezicht te houden lijkt het dan ook inderdaad wenselijk dat RC’s beschikken over voldoende opleiding, ervaring en tijd. De Professionele Standaard zou daarvoor een kader moeten scheppen. Hoewel een concept schijnt te circuleren, is dat tot op heden niet gepubliceerd of beschikbaar.¹² Zou de discussie over de inhoud van dat document nu niet gewoon in alle openheid gevoerd kunnen worden?

Aangenomen mag worden dat de opleidingsstandaard die aan rechters-commissaris zal worden voorgehouden ten minste vergelijkbaar is met de eisen die Recofa aan curatoren stelt.¹³ Van die laatste wordt verwacht dat ze “ruim voldoende kennis hebben van het insolventierecht en aanverwante (rechts) gebieden en dat zij deze kennis op adequate wijze verder ontwikkelen”, o.a. door minimaal 2 dagen per jaar aan vervolgoopleiding te besteden. Enkele individuele rechtbanken gaan iets verder en verlangen van curatoren het gevolgd/behaald hebben van Grotius Insolad of CPO Insolventierecht. Een dergelijke eis lijkt een voor de hand liggend onderdeel van een Professionele Standaard. Het is zinvol dat maar onbekend of rechters-commissarissen aan deze cursussen deelnemen. Zoals advocaten het behalen van een Grotius-opleiding met enige trots plegen uit te dragen, zouden RC’s dat minst genomen ook bekend kunnen maken.

Er is meer dat niet publiekelijk beschikbaar is. Of en sinds wanneer iemand rechter-commissaris is (of niet meer is) ligt niet vast in het register met beroepsgegevens en nevenfuncties. Ik heb getracht een en ander af te leiden uit de in het CIR gepubliceerde benoemingen¹⁴ maar de daar opgeslagen gegevens zijn te recent om inzicht te geven in (bijvoorbeeld) de afgelopen tien jaar.¹⁵ Wel kan het volgende

9 Zie www.rechtspraak.nl/Uw-situatie/Onderwerpen/Rechtspraak-in-Nederland/Rechters/Paginas/De-professionele-standaarden-van-de-rechters.aspx. Tot nu toe zijn er professionele standaarden gepubliceerd van bestuursrechters, belastingrechters, strafrechters en een specifieke m.b.t. kindgesprekken voor familie- en jeugdrechters.

10 Zie o.m. Raad voor de Rechtspraak, Uitwerking Toezicht, Programma Kwaliteit en Toezicht, 9 oktober 2014.

11 Er is weinig betrouwbaar statistisch materiaal voor handen. Jaarlijks worden inmiddels nog ongeveer 1000 verschillende personen tot curator benoemd. In 2017 werd circa 80% van alle curatoren-uren gemaakt door (aspirant-)Insolad-leden (gegevens afkomstig van een inventarisatie van gegevens die te vinden zijn via www.failimprove.nl).

12 De meest recente versie is opgevraagd bij de Raad voor de Rechtspraak, maar die is “dusdanig concept dat deze nog niet extern gedeeld wordt”.

13 Zie art. 2.1 van de Recofa-uitgangspunten bij benoemingen: www.rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/benoemingenbeleid.pdf.

14 Met dank aan Raimond Dufour van failimprove.nl.

15 Ook bij rechtbanken of de Raad voor de Rechtspraak is deze informatie niet eenvoudig voorhanden.

staatje worden gemaakt. Daarin staat per rechtbank het totaal aantal verschillende personen dat in de achterliggende 8 jaar in faillissementen tot RC is benoemd en het aantal dat uitsluitend in 2017 is benoemd. Het geeft daarmee een eerste indruk van de doorstroming.¹⁶

	A'dam	Den H	Geld	Limb	M-NL	N-Holl	N-NL	O-Brab	Ovrl	R'dam	Ze-Bra	Totaal
2010-17	11	11	12	13	19	17	12	7	11	14	13	140
2017	5	6	4	4	11	5	6	4	5	9	5	64

Op basis van dit zeer beperkte cijfermateriaal moet ik mij vooralsnog beperken tot de waarneming dat RC's regelmatig wisselen. In een gecompliceerd faillissement als het Zeeuwse Thermphos dat begin 2013 werd uitgesproken werd 4 jaar later de 7^e rechter-commissaris benoemd.

Het hoeft nauwelijks betoog dat de kwaliteit van toezicht toeneemt wanneer de toezichthouder beschikt over meer ervaring: ervaring met het vak en ervaring met specifieke dossiers. Op enig moment zal daarbij een omslagpunt bereikt worden: wie te lang toezicht houdt, kan nadeel gaan ondervinden van afnemende distantie, te veel koersen op routine of vervallen in sleur.¹⁷ Ik zou menen dat een RC echt "op stoom" komt na circa 4 jaar. Dan heeft hij/zij voldoende verschillende faillissementen (groot/klein, doorstart, fraude, etc.) voorbij zien komen, en met name de nodige faillissementen ook van begin tot einde mee-gemaakt. Daarnaast heeft hij/zij ervaring opgedaan met individuele curatoren in verschillende faillissementen. Vanzelfsprekend is het plezierig indien per rechtbank RC's met een mix aan ervaring werkzaam zijn, bijv. met tussen de 4 tot 8 jaar ervaring gemiddeld.¹⁸ Het is mijn indruk dat dit nog niet het landelijk gemiddelde is.

3. Transparante benoemingen¹⁹

Met de soms zorgwekkende omloopsnelheid van insolventierechters als hiervoor aangegeven, lijkt het zinvol en wenselijk te streven naar continuïteit en enigerlei uniformiteit. Naar mijn mening zou Recofa²⁰ daarin, vooruitlopend op implementatie van de VHR, een belangrijke rol kunnen spelen door te stimuleren dat landelijk beleid wordt opgesteld en de toepassing daarvan wordt bewaakt. Daarmee zou in belangrijke mate kunnen worden bijgedragen aan de door de VHR verlangde duidelijkheid en transparantie bij benoemingen van curatoren.²¹ Ik noem, rijp en groen door elkaar, enkele aandachtspunten.

a. Wie staan er op "de lijst"?

Sommige rechtbanken hanteren een (min of meer) openbare lijst, maar bij mijn weten is deze nergens daadwerkelijk openlijk beschikbaar. Geheel terecht overigens wordt in de Recofa richtlijnen gewezen op het feit dat de benoeming van een curator een rechterlijke beslissing is die typisch behoort tot de rechterlijke vrijheid en onafhankelijkheid.

16 Immers 6 van de 11 Amsterdamse personen die in 2010-2016 zijn benoemd tot RC zijn in 2017 niet tot RC benoemd.

17 In de Corporate Governance Code 2016 (art. 2.2.2) is bepaald dat commissarissen (toezichthouders bij uitstek) benoemd worden voor 4 jaar, eenmalig herbenoemd worden voor 4 jaar en daarna maximaal nog herbenoemd kunnen worden voor tweemaal 2 jaar.

18 Overigens doen deze rechters veelal vergelijkbare relevante ervaring op in WSNP en zaken als curatele, bewind en mentorschap.

19 De VHR en de Recofa uitgangspunten voor benoemingen spreken van "benoeming"; de wet (art. 14, lid 1 Fw) heeft het over "aanstelling".

20 Recofa is het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en als zodanig onderdeel van de Raad voor de Rechtspraak. Er is geen gepubliceerd statuut van het orgaan voor handen.

21 Het voorwoord van de Recofa uitgangspunten voor benoemingen verwoordt het treffend als volgt: "Het gaat om uitgangspunten, niet om dwingende voorschriften en evenmin om (bindend) beleid. Het is niet de intentie met deze uitgangspunten het staande benoemingenbeleid te doorbreken doch slechts hieromtrent meer duidelijkheid te verschaffen. Dit document wil landelijke uitgangspunten verwoorden, maar kan niet uitsluiten dat de specifieke omstandigheden in een arrondissement aanleiding geven tot afwijkingen. Aan dit document kunnen geen rechten worden ontleend."

- b. Welke criteria gelden voor toelating tot de lijst?
De eerder genoemde Recofa-regels zijn tamelijk ruim geformuleerd. Per arrondissement vallen aanzienlijke verschillen te noteren. Staan er veel of juist weinig curatoren op? Is een lijst open of gesloten? Worden er sub-lijsten gehanteerd voor ervaring of kwaliteit? Gelden er individuele criteria of ook criteria ter zake het kantoor waaraan de curator is verbonden?
- c. Op welke wijze wordt beoordeeld of iemand op de lijst blijft staan, dan wel of diens positie verandert? Welke procedure wordt dan gehanteerd?
- d. Welke criteria gelden voor benoeming in een concreet faillissement? Op alfabet, om de beurt, naar rato van omzet, afhankelijk van branche/regio/soort? Kunnen crediteuren invloed op een benoeming uitoefenen?
- e. In de achterliggende periode hebben diverse rechtbanken, al dan niet door het teruggelopen aantal benoemingen, de lijsten "geschoond" of "opgeschud". Dat is belangrijk omdat, juist in een tijd van teruglopende benoemingen, ook jonge curatoren de gelegenheid moeten houden ervaring op te doen. Maar het herzieningsbeleid verschilt van geval tot geval evenzeer als het sub b en c bedoelde toelatingsbeleid, waarbij weer opgemerkt kan worden dat dat beleid maar in enkele gevallen transparant is gecommuniceerd.²²

Ongetwijfeld zullen er goede argumenten zijn voor alle hiervoor her en der gehanteerde varianten. Slechts een fractie daarvan is bekend of transparant beschikbaar. Maar belangrijker is dat dat beleid ook regelmatig lijkt te veranderen, niet in de laatste plaats door de wisselingen in de bezetting.

4. Adequaat toezicht

Het aantal faillissementen per rechter-commissaris en per rechtbank varieert nogal. In de loop der jaren is door de pers met enige regelmaat aandacht besteed aan de vraag of rechters-commissaris wel toezicht kunnen houden als ze bijvoorbeeld in meer dan 1000 faillissementen rechter-commissaris zijn.²³ Indien KEI er in slaagt het grootste deel van het bulk-werk efficiënter te laten verlopen en RC's ondersteund worden door goede secretarissen en een geoliede griffie, kan er ruimte ontstaan om het inhoudelijke deel van het werk beter te laten verlopen. Wel dient kritisch in de gaten te worden gehouden dat de door KEI te creëren ruimte en tijd gebruikt zal worden voor de K van Kwaliteit en niet voor die van Korting op formatieplaatsen.

Bij de inhoudelijke aspecten van toezicht zijn eveneens verschillen te noteren en vragen te stellen.

- a. Hoe houden RC's toezicht? Leest hij/zij alle verslagen zelf, of alleen enkele in aanvang? Welke besluiten neemt de RC, welke kunnen worden gedelegeerd naar een secretaris of de griffie, worden er besluiten door meerdere RC's tezamen²⁴ genomen?
- b. Op welke wijze vindt collectieve communicatie tussen arrondissementale RC's en curatoren plaats: is er een commissie of met enige regelmaat een gezamenlijke overleg? Kunnen daar bindende regels geformuleerd worden?
- c. Vinden er evaluatiegesprekken of audits plaats? Hoe, waar, hoe vaak? Worden de bevindingen daarvan vastgelegd of teruggekoppeld?
- d. Vragen en krijgen RC's feedback op hun eigen functioneren?

²² Wel lijkt het langzamerhand gemeengoed dat een "éénpitter" geen curator meer kan worden.

²³ Het grootste aantal faillissementen dat in de periode 2010-2017 tegelijkertijd bij een RC in behandeling was, is in mijn waarneming 2154 (in 2016 bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant). Volgens mij zijn dit echt uitzonderingen. Voor de kritiek op dergelijke aantallen, zie bijvoorbeeld www.ftm.nl/artikelen/waarom-curatoren-nooit-nee-te-horen-krijgen?share=1.

²⁴ Zoals toegestaan gaat worden na invoering van de Wet Modernisering Faillissementsprocedures en in mijn waarneming al gebeurt bij dossier-overstijgend toezicht.

5. Afronding

De vraag is of insolventierechters vooruitlopend op de Herstructureringsrichtlijn niet meer zouden kunnen doen aan het creëren van eenheid in beleid. Uniformiteit is geen toverwoord, eenheidsworst geen delicioes gerecht. Maar rechters-commissaris die tijdens een relatief korte zittingsperiode het wiel opnieuw willen uitvinden besteden hun tijd niet effectief. Het antwoord op de vraag zou dan ook bevestigend moeten zijn.

Aan toezicht op de afwikkeling van faillissementen zitten meer aspecten dan aan “gewoon” rechterswerk. Die aspecten zijn gediend met openheid, transparantie, collectieve besluitvorming en consistentie. Recofa kan daar een veel grotere rol in spelen.