

MEMORIE VAN TOELICHTING

Reglement Toetsingscommissie INSOLAD

I. Inleiding

De vereniging INSOLAD heeft al sinds jaar en dag tot haar doelstelling de bevordering van de deskundige beroepsuitoefening door haar leden op het terrein van het insolventierecht. Mede als gevolg van de wijze waarop aan deze doelstelling in de ruim zestien jaar van haar bestaan invulling is gegeven, is het lidmaatschap van INSOLAD langzamerhand uitgegroeid tot een keurmerk voor vakinhoudelijke kwaliteit. Meer dan in het verleden plegen leden dan ook hun lidmaatschap van de vereniging als marketing-tool in te zetten. Omgekeerd heeft deze ontwikkeling tot gevolg dat derden (rechterlijke macht, justitiabelen, cliënten) onderscheidende betekenis zijn gaan toekennen aan het lidmaatschap van INSOLAD. Dat is mooi, maar schept ook verplichtingen en heeft enkele ongewenste neveneffecten. Het beeld dat het lidmaatschap van INSOLAD een waarborg vormt voor de deskundigheid van een lid draagt bij aan de groei en bloei van de vereniging en vormt een belangrijke toegevoegde waarde voor de leden zelf. Een kwaliteitsimago is echter kwetsbaar indien het niet overeenstemt met de realiteit. Daarbij geldt dat een uitglijder van een enkel lid zijn neerslag kan hebben op de wijze waarop tegen de andere leden wordt aangekeken en daardoor gevolgen kan hebben voor hun beroepsuitoefening.

Bij de toelating voor het lidmaatschap vindt in zoverre een kwaliteitstoets plaats dat een lid aan de anciënniteitseisen moet voldoen, de specialisatieopleiding moet hebben gevolgd, het toelatingsexamen met goed gevolg moet hebben afgelegd en een drietal referenties van INSOLAD-leden moet overleggen. Gedurende het lidmaatschap dienen de permanente opleidingseisen zoveel mogelijk te waarborgen dat de vakinhoudelijke kennis van de leden op niveau blijft. Voor een goede beroepsuitoefening door een lid is echter niet alleen' diens kennisniveau bepalend. Andere factoren, zoals vaardigheden, integriteit, kantoororganisatie etc., dragen daar minstens evenveel aan bij. Ten aanzien van deze factoren moet worden vastgesteld dat daar nauwelijks of geen controle- of sturingsmogelijkheden voor de vereniging ten aanzien van haar leden bestaan. Dat is ongewenst, ook en vooral omdat buitenstaanders (ook) op deze onderdelen verwachtingen zullen ontleen aan het INSOLAD-lidmaatschap.

Om deze redenen heeft het bestuur begin 2007 de werkgroep Kwaliteit in het leven geroepen. De werkgroep heeft als opdracht voorstellen te formuleren die de handhaving van de kwaliteit van het ledenbestand moeten bevorderen. Een eerste conclusie van de werkgroep is geweest dat het creëren van een mogelijkheid om gedragingen van leden in hun hoedanigheid van curator¹ te kunnen toetsen prioriteit dient te hebben. Een toetsingsmogelijkheid zal (i) een preventieve werking hebben, (ii) de mogelijkheid geven aan het bestuur om in te grijpen bij gedragingen die schadelijk zijn voor (het aanzien van) de vereniging en (iii) een bijdrage kunnen leveren aan de ontwikkeling van een

¹ (waar in deze memorie van "curator" wordt gesproken, wordt daar mede de hoedanigheid van "bewindvoerder" onder begrepen).

normenkader voor de vervulling van de functie van curator. Deze conclusie -en het naar aanleiding daarvan ontworpen voorstel voor een reglement voor een Toetsingscommissie -is door het bestuur overgenomen.

Bij het opstellen van het ontwerp-reglement is ervoor gewaakt dat een botsing ontstaat met andere vormen van toezicht of toetsing. De rechter-commissaris houdt uiteraard toezicht conform de wettelijke regeling, daar ligt geen taak voor de vereniging. De lezenswaardige artikelen van Dulack en Aerts (Tv1 2006/6 en 2007/5) hebben voldoende aangetoond dat handelingen van een advocaat in zijn of haar hoedanigheid van curator of bewindvoerder vaker dan verondersteld wel degelijk tuchtrechtelijk toetsbaar zijn. Voor de vereniging (zie ook de bijdrage van prof. mr. R.D. Vriesendorp Tv1 2005/2 blz. 31 t/m 33) gaat het met name om de lacune tussen beide vormen van toezicht: levert het INSOLAD-lid die binnen wettelijke en tuchtrechtelijke normen opereert in zijn beroepsuitoefening de kwaliteit die INSOLAD beoogt te waarborgen of te bevorderen?

Dat ook niet-INSOLAD leden tot curator of bewindvoerder worden benoemd en zij dus niet aan toetsing door INSOLAD kunnen worden onderworpen ziet het bestuur niet als een bezwaar. De vereniging beoogt slechts de kwaliteit van haar eigen leden te waarborgen, niet die van haar niet-leden.

Het toetsingsreglement voorziet vooralsnog alleen in toetsing van de kwaliteit van handelen als curator of bewindvoerder. De reden daarvan is gelegen in het feit dat juist daar een lacune in het toezicht bestaat. In dit verband zij mede verwezen naar de aanbeveling van de Commissie Insolventierecht in haar algemene toelichting op het Voorontwerp tot het in overweging nemen van de invoering van een eigen tuchtrecht voor bewindvoerders².

Het advocatentuchtrecht bestrijkt zoals zojuist aangegeven wel handelingen van een curator die in strijd komen met algemene normen van het advocatentuchtrecht, maar de "echte" beroepsuitoefening als curator of bewindvoerder wordt daardoor niet bestreken. Die lacune bestaat wat betreft werkzaamheden van onze leden in de adviespraktijk niet: op dat terrein is het advocatentuchtrecht wel volledig van toepassing. Vooralsnog is de behoefte om voor de adviespraktijk een extra vorm van toetsing in te voeren dan ook minder dringend.

Specifieke punten

Over het vervolgens ontwikkelde concept-Toetsingsreglement hebben algemene ledenvergaderingen plaats gevonden op 15 mei en 11 september 2008. Daarbij zijn door leden opmerkingen gemaakt omtrent een aantal onderdelen van het voorgelegde concept-reglement.

Zo is opgemerkt dat de website van INSOLAD vermeldt dat de vereniging in beginsel geen vragen van derden beantwoordt die betrekking hebben op een specifiek faillissement. De site zal op dat punt na invoering van het Toetsingsreglement uiteraard worden genuanceerd. Ook overigens zal worden voorzien in het geven van passende aandacht aan de invoering van de Toetsingscommissie, met name bij rechtbanken en institutionele crediteuren. Voorts zal op het openbaar deel van de site aan alle belanghebbenden passende informatie worden verstrekt.

Voorts is gesproken over de verwachting dat in de pers aandacht aan uitspraken van de

² Zie hierover algemeen deel Voorontwerp Insolventierecht, toelichting, paragraaf 10.b, bladzijde 148 e.v.

Toetsingscommissie zal worden besteed. Het bestuur ziet daarin geen bezwaar. Uit het reglement volgt dat het Panel slechts zal aangeven of bepaalde gedragingen in strijd zijn met de in artikel 2 lid 1 geformuleerde normen. De Praktijkregels blijven zelf voorlopig slechts richtinggevend, niet bindend. Het bestuur heeft bovendien voldoende vertrouwen in de kwaliteit van de leden van de commissie dat de uitspraken van het Panel de toets der – soms kritische – publiciteit zullen kunnen doorstaan.

In de discussie is de vraag gesteld wie belanghebbenden zijn in de zin van artikel 2 lid 2 van het Reglement. Het antwoord daarop zal zich oplossen in casuïstiek. Vooralsnog zou het bestuur geneigd zijn die kring vrij ruim te trekken en daartoe zeker ook leden van de rechterlijke macht, betrokken bestuurders of aandeelhouders, schuldeisers en andere belanghebbenden bij een kwalitatief goede afwikkeling te rekenen, maar dit zal steeds per geval moeten worden bezien.

Besproken is de vraag of de voorgestelde toetsing niet tot dubbele procedures aanleiding kan geven. Daarbij werd het voorbeeld genoemd dat een verzoeker zowel een toetsingsverzoek als een verzoek ex artikel 69 Fw in kan dienen. De mogelijkheid van toetsing door de Commissie conflicteert op zichzelf niet met de bevoegdheid om ex artikel 69 Fw een verzoek te doen aan de rechter-commissaris. De Commissie toetst kwaliteit van bepaald handelen of nalaten, de rechter-commissaris beoordeelt volledig zelfstandig of hij of zij van oordeel is dat een curator tot een bepaalde handeling moet worden verplicht. De toetsingsnormen voor het een en het ander zijn wezenlijk verschillend, een curator aan wie het bevel ex artikel 69 Fw wordt gegeven heeft niet automatisch in strijd met de normen van artikel 2 lid 1 van het Toetsingsreglement gehandeld. Om dubbele procedures zoveel mogelijk te voorkomen voorziet het Toetsingsreglement in artikel 4 lid 5 in een ruime mogelijkheid voor het Panel om een verzoek niet-ontvankelijk te verklaren, onder meer indien de kwestie naar het oordeel van het Panel meer geëigend is om te worden voorgelegd aan een andere (toezichthoudende of rechtsprekende) instantie.

In de discussie is de vraag gesteld of het Panel wel steeds voldoende onafhankelijk kan worden samengesteld. In dat kader is van belang dat het reglement voorziet in een "brede" Toetsingscommissie, waaruit steeds per geval een Panel van drie leden zal worden benoemd. Uiteraard zal de Toetsingscommissie erin voorzien dat de leden van het Panel volledig onafhankelijk kunnen opereren. De Commissie zal worden samengesteld uit een zo breed mogelijke vertegenwoordiging uit alle arrondissementen, terwijl bovendien -indien mogelijk meer rechter-commissarissen lid van de Commissie zullen zijn. Het bestuur zal zo spoedig mogelijk nadat de vereniging zal hebben besloten tot invoering van het Toetsingsreglement overleg plegen met de thans voorgestelde leden van de Commissie over uitbreiding c.q. aanvulling van de Commissie in vorenstaande zin.

Eén van de vragen die bij de leden is gerezen is of een lid wel zou mogen beschikken over gegevens uit het faillissementsdossier. Waar de curator of bewindvoerder een publieke taak uitoefent valt niet in te zien waarom dat niet zo zou zijn. Indien bepaalde informatie vertrouwelijk moet blijven kan het lid dat in voorkomend geval gemotiveerd aan het Panel aangeven.

Voorts is opgemerkt dat de processuele- en bewijspositie van een lid wiens gedraging ter toetsing wordt voorgelegd onvoldoende beschermd zou zijn. Naar het oordeel van het bestuur voorziet artikel 4 evenwel in een adequate regeling van hoor en wederhoor. Als een lid van de vereniging in voorkomend geval besluit daar niet aan mee te werken zal het aan het Panel zijn te beoordelen of de feiten waarover hij moet beslissen voldoende vast staan en hij derhalve in staat is daarover een oordeel uit te spreken.

Ter vergadering van 15 mei 2008 is de suggestie opgekomen dat een veel verdergaande vorm van toetsing zou moeten worden ingevoerd, en wel in de vorm van een "echt" en volledig verenigingsstuchtrecht. Het bestuur begrijpt deze gedachte aldus, dat naast een toetsingsmogelijkheid aan een vast te leggen gedetailleerd normenstelsel ook de bevoegdheid tot het opleggen van (specifieke) sancties zou moeten worden opgenomen. Het bestuur voelt daar in dit stadium niet voor. Het bezwaar daartegen is dat binnen de beroepsgroep en de vereniging nog onvoldoende aandacht aan ontwikkeling van kwaliteitsnormen is besteed, en een uitgewerkt en uitgebalanceerd tuchtrechtelijk normenstelsel dus nog ontbreekt. Anders dan bijvoorbeeld in de medische wereld -waar op een veelheid van terreinen vaste behandelingsprotocollen zijn ontwikkeld -staat die ontwikkeling in ons vakgebied nog in de kinderschoenen. Wij moeten dus ook vooral beginnen die kinderschoenen aan te trekken, niet de zevenmijlslaarzen. Naar het oordeel van het bestuur is het een verstandige weg te streven naar een organische ontwikkeling van de thans voorliggende en nog beperkt ontwikkelde Praktijkregels naar een op termijn uitgewerkt, breed bediscussieerd en ontwikkeld stelsel van kwaliteitsnormen en protocollen. De invoering van het voorliggende Toetsingsreglement is wat het bestuur betreft een belangrijk middel in dit proces van ontwikkeling. Als wij de voorliggende thans onvoldoende ontwikkelde Praktijkregels niet gaan toetsen aan praktijkcasus stagneert de ontwikkeling van deze kwaliteitsnormen, en daarmee de ontwikkeling van de vereniging als geheel. Nadat het normenkader voor het handelen van een curator meer is uitgekristalliseerd aan de hand van de door de Commissie te stand te brengen jurisprudentie kan invoering van een verdergaand tuchtrecht, met een sanctiestelsel en daarbij behorende extra waarborgen, worden overwogen.

Voorts stuit de gedachte om eerst een uitgewerkt normstelsel te ontwikkelen zodat op voorhand exact en gedetailleerd bekend is aan welke norm de gedraging van de desbetreffende curator dient te worden getoetst op het principiële bezwaar dat zij in directe strijd is met het door de leden bij de aanvaarding van de Praktijkregels in 2005 uitdrukkelijk beleden standpunt dat juist geen behoefte bestond aan een door Insolad gedetailleerd uit te werken en bindend op te leggen normenstelsel. Het bestuur wil dat uitgangspunt respecteren en eerst middels een voorzichtige vorm van toetsing van praktijkgedragingen aan breed gedragen grondbeginselen beoordelen of de Praktijkregels verdere ontwikkeling kunnen doormaken.

Door een aantal leden zijn constructieve tekstsuggesties gedaan. Een aantal van deze opmerkingen heeft geresulteerd in een aanpassing van het concept-reglement. De aanpassingen zijn als volgt:

- In het reglement is in artikel 3 een derde lid toegevoegd waarin is opgenomen dat ieder lid van de Commissie verplicht is om de identiteit van partijen geheim te houden. Deze verplichting eindigt niet met het einde van het lidmaatschap van de Commissie. Overeenkomstig artikel 6 van het toetsingsreglement is publicatie van een uitspraak uitsluitend in anonieme vorm mogelijk;
- In artikel 4 lid 5 is in de tweede zin tussengevoegd inhoudende dat de verzoeker niet-ontvankelijk kan worden verklaard indien de gedraging naar het oordeel van het Panel meer geëigend is om te worden voorgelegd aan een andere (toezichthoudende of rechtsprekende) instantie.
Hierdoor wordt getracht te voorkomen dat onnodig bij verschillende instanties verzoeken over dezelfde gedraging worden ingediend. Op deze manier worden eventueel misbruik van het Toetsingsreglement en dubbele procedures zoveel mogelijk voorkomen.

Mogelijk kan door de vereniging in de toekomst aan de ontwikkeling van normen met een meer dwingend karakter worden gedacht. In de praktijk moet dan eerst van de behoefte aan meer gedetailleerde normering zijn gebleken. Daarnaast moet ook de discussie over de Praktijkregels – en daaruit later evt. verder te ontwikkelen normen- zelf meer tot ontwikkeling komen. De instelling van de Toetsingscommissie kan aan deze beide aspecten een belangrijke bijdrage leveren . Als er veel en gegrond geklaagd zou worden zal de behoefte aan een zekere “verstrenging” van normen eerder ontstaan dan in een situatie waarin slechts marginaal met reden wordt geklaagd. Verder kan de rechtspraak van de Commissie bijdragen aan de discussie over de Praktijkregels en/of andere vormen van normering, overeenkomstig de voornoemde aanbeveling van de Commissie Insolventierecht.

II. Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1

In dit artikel zijn een aantal kernbegrippen in het Reglement gedefinieerd.

Artikel 2

In lid 1 is het toetsingskader omschreven. Hoewel de omschrijving in hoofdlijnen overeenkomt met hetgeen in artikel 1.1.1 van de Praktijkregels voor Curatoren is omschreven, is er bewust niet voor gekozen naar dat artikel te verwijzen en/of het letterlijk op te nemen, zodat de Commissie het toetsingskader kan invullen. In lid 1 wordt het woord 'gedragingen' gebezigd. Daaronder dient zowel een actief als passief handelen (nalaten) te worden verstaan. De taak van de Commissie is beperkt tot de gedragingen van (aspirant) INSOLAD-leden, waaruit volgt dat een verzoek dat geen betrekking heeft op een (aspirant) INSOLAD-lid niet-ontvankelijk is.

In lid 2 is aangegeven wie een verzoek tot toetsing kunnen doen. De kring van 'belanghebbenden' is niet nader omschreven. Tot de kring van 'belanghebbenden' behoort in ieder geval de rechter-commissaris, de (bestuurder van de) gefailleerde en de overige betrokkene(n) bij de gedraging die ter toetsing is voorgelegd.

Artikel 3

In lid 1 is de benoemingsprocedure geregeld van de Commissie. Een Commissielid kan maximaal zes jaar als zodanig fungeren. Uit lid 2 blijkt dat de Commissie uit haar midden een Panel samenstelt van ten minste drie leden (van de Commissie), dat belast wordt met de behandeling van een verzoek tot toetsing. Bij de samenstelling van het Panel zal er uiteraard voor gewaakt moeten worden dat er geen (schijn van) belangenverstrengeling aanwezig is met de verzoeker en/of het INSOLAD-lid, wiens gedraging ter toetsing is gevraagd.

Indien het Panel is samengesteld en de verzoeker en/of het INSOLAD-lid, wiens gedraging ter toetsing is gevraagd, is/zijn van oordeel dat één of meer leden van het Panel niet onbevooroordeeld en/of onpartijdig op het verzoek zou (den) kunnen beslissen, dan kan (ieder van hen) de Commissie dat vanzelfsprekend kenbaar maken. De omvang van de Commissie zal zodanig zijn dat aan een dergelijk bezwaar, indien terecht gemaakt, kan worden tegemoetgekomen.

Artikel 4

De inhoud van de leden 1 tot en met 3, alsmede lid 7 spreekt voor zich: hoe, bij wie en op welke wijze dient het verzoek te worden ingediend.

In lid 5 is geregeld op welke gronden het Panel zonder nader onderzoek de verzoeker niet-ontvankelijk kan verklaren, dan wel het verzoek kan afdoen. Zoals hierboven al is vermeld dient degene wiens gedraging(en) ter toetsing worden voorgelegd (aspirant) INSOLAD-lid te zijn. Is dat niet het geval, dan zal de verzoeker in zijn verzoek niet-ontvankelijk zijn. Hetzelfde kan gelden indien (bijvoorbeeld) het verzoek, nadat de verzoeker daarvoor andermaal in de gelegenheid is gesteld, niet voldoet aan de eisen die zijn gesteld in de leden 2, 3 en/of 7. Hoewel in lid 5 limitatief een opsomming is gegeven van de omstandigheden op grond waarvan het Panel een verzoek zonder nader onderzoek kan afdoen, geeft (nagenoeg) ieder van die omstandigheden het Panel (voldoende) ruimte tot een nadere invulling daarvan. Onder 'de rechter' dient in ieder geval te worden verstaan de overheidsrechter en de tuchtrechter. Is de verzoeker ontvankelijk en is geen uitvoering gegeven aan het bepaalde in lid 5, dan wordt het (aspirant) INSOLAD-lid van het verzoek op de hoogte gesteld en in de gelegenheid gesteld daarop te reageren. Ook indien verzoeker niet-ontvankelijk is wordt het (aspirant) INSOLAD-lid daarvan in kennis gesteld.

Op grond van het bepaalde in artikel 5.1 sub c. van de Statuten van INSOLAD is een (aspirant-) INSOLAD-lid verplicht zich te onderwerpen aan kwaliteitsbevorderende maatregelen die zijn opgenomen in door de algemene ledenvergadering aangenomen reglementen. Onder die reglementen wordt mede het Toetsingreglement begrepen. Uit die statutaire bepaling volgt niet dat het (aspirant) INSOLAD-lid gehouden is te reageren op een ingediend verzoek. Het (aspirant) INSOLAD-lid heeft dus de vrijheid om al dan niet mee te werken aan de toetsing. Het spreekt uiteraard voor zich dat wanneer het (aspirant) INSOLAD-lid geen medewerking aan de toetsing verleent, het Panel het verzoek zal dienen te beoordelen op basis van hetgeen door de verzoeker is (en/of nog zal worden) aangereikt.

In de leden 8 tot en met 10 zijn nadere regels vermeld betreffende het onderzoek door het Panel. Ook in het geval het (aspirant) INSOLAD-lid niet meewerkt aan de toetsing, hetgeen kan blijken uit het feit dat gestelde termijnen ongebruikt verstrijken of dat expliciet is meegedeeld dat niet aan de toetsing wordt meegewerkt, zal het Panel het op de hoogte moeten stellen van de datum van de mondelinge behandeling en hetgeen is bepaald in de leden 9 en 10.

In lid 9 is de bevoegdheid geregeld van het Panel om inlichtingen in te winnen van derden en/of getuigen en/of deskundigen te horen. Voor zover aan de uitoefening van die bevoegdheden kosten zijn verbonden, komen die ten laste van INSOLAD. Derden zijn niet (wettelijk) verplicht het Panel de verzochte inlichtingen te verstrekken. Getuigen en deskundigen kunnen niet onder ede worden gehoord en/of gedwongen worden te verschijnen voor het Panel.

Artikel 5

De beslissing van het Panel moet gemotiveerd zijn. Uitdrukkelijk is opgenomen dat de beslissing ook daarin kan bestaan dat de bestreden gedraging(en) in overeenstemming is/zijn met de toetsingscriteria van artikel 2 lid 1.

Het Panel kan tot de feitelijke constatering komen dat de bestreden gedraging (en) niet heeft/hebben plaatsgevonden. In dat geval zal het verzoek ongegrond moeten worden verklaard. Tevens is denkbaar dat niet, dan wel zeer bezwaarlijk, kan worden vastgesteld dat de bestreden gedraging(en) heeft/hebben plaatsgevonden. In dat soort gevallen kan het Panel, in een obiter dictum, overwegen dat de (niet vaststaande/vastgestelde) gedraging (en) , zo die wel zou(den) hebben plaatsgevonden, strijd oplevert met de toetsingscriteria van artikel 2 lid 1. Een dergelijke overweging ten overvloede kan een bijdrage leveren aan het debat over de (on)wenselijkheid van een bepaald gedrag. Het spreekt

uiteraard voor zich dat een obiter dictum geen enkel (negatief) gevolg heeft voor het betrokken (aspirant) INSOLAD-lid.

In lid 2 is vastgelegd dat het Panel niet bevoegd is enige sanctie op te leggen of een advies voor een op te leggen sanctie te geven. Uiteraard zal het (aspirant) INSOLAD-lid, wiens gedraging (en) door het Panel als strijdig met de toetsingscriteria van artikel 2 lid 1 is/zijn beoordeeld, een dergelijke beslissing als nadelig ervaren, maar enig ander negatief gevolg zal hij daarvan niet ondervinden.

Ter vermijding van enig misverstand is eveneens in lid 2 opgenomen dat het Panel geen enkele uitspraak doet over de eventuele aansprakelijkheid. Dat geldt niet alleen voor de eventuele aansprakelijkheid van het (aspirant) INSOLAD-lid, maar eveneens voor de aansprakelijkheid van anderen. De toetsing prejudicieert uitdrukkelijk niet op enige aansprakelijkheid.

De bij het verzoek betrokken partijen, alsmede het bestuur van INSOLAD ontvangen een afschrift van de beslissing van het Panel, aldus lid 3. Dat ook het bestuur een afschrift ontvangt is, gelet op haar taak de kwaliteit van haar (aspirant) leden te bewaken, vanzelfsprekend.

Artikel 6

De bevoegdheid om uitspraken te publiceren is niet toegekend aan het Panel (in een individuele zaak), maar aan de Commissie als geheel. De Commissie heeft als belangrijke taak te zorgen voor een eenduidige toepassing van de toetsingscriteria en het Toetsingsreglement. Daaruit volgt dat het aan de Commissie is te beoordelen welke beslissingen buiten de kring van de bij het verzoek betrokken partijen en het bestuur van INSOLAD bekend worden gemaakt. Het doel van de publicatie is uitdrukkelijk niet om daarmee het (aspirant) INSOLAD-lid (indirect) te straffen, maar om bij te dragen aan de ontwikkeling van de kwaliteit van de praktijkuitoefening door haar leden.

5 februari 2009.

