

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Indiening via www.internetconsultatie.nl

Utrecht, 3 mei 2021

Referentie : Consultatie Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie
Telefoon : +31 88 480 41 77
E-mail : david.bos@kienhuishoving.nl
Van : D.J. Bos, advocaat

Geachte minister,

KienhuisHoving advocaten en notarissen ("**KienhuisHoving**") maakt hierbij gebruik van de gelegenheid om een reactie te geven op het wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie.

Binnen KienhuisHoving wordt sinds jaar en dag vanuit de vestiging in Enschede een benoemingenpraktijk gevoerd. Sinds dit jaar wordt de benoemingenpraktijk ook gevoerd vanuit de vestiging in Utrecht. De rechtbank Overijssel resp. de rechtbank Midden-Nederland stelt regelmatig aan KienhuisHoving verbonden advocaten aan tot curator. Ook worden zij tot bewindvoerder in surseances van betaling benoemd. Sinds de invoering van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord aanvaarden zij ook aanwijzingen tot herstructureringsdeskundige en aanstellingen tot observator.

Onze reactie beperkt zich tot de implementatie van artikel 27 lid 4 van de Richtlijn herstructurering en insolventie, in de onderdelen B, C, E, G, O, AA en DD van de implementatiewet. Dat artikel maakt onderdeel uit van titel IV van de richtlijn en beoogt maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld.

Artikel 27 lid 4, tweede volzin van de richtlijn luidt als volgt: "*De lidstaten zorgen ervoor dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over vergoeding te beslechten.*"

Het wetsvoorstel voorziet erin dat de rechtbank, voordat zij een beslissing neemt over het salaris van een curator in faillissement, een bewindvoerder in surseance van betaling of een bewindvoerder in WSNP, de belanghebbenden op door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid stelt een zienswijze te geven. Het gaat daarbij om een zienswijze op de

WWW.KIENHUISHOVING.NL

definitieve beslissing ten aanzien van het salaris en niet over de voorlopige beslissing om een voorschot toe te kennen op het salaris. In het bijzonder is in de Memorie van Toelichting (p. 44) opgenomen: *“De wijziging brengt bijvoorbeeld mee dat als de schuldenaar of schuldeisers bezwaren hebben tegen de door de curator of bewindvoerder ingebrachte salarisspecificatie, zij deze bij de rechtbank naar voren kunnen brengen.”*

Hoewel wij hieronder onze opmerkingen plaatsen in het licht van het faillissement en de surseance van betaling, is de strekking daarvan ook van toepassing op de WSNP en de homologatie van een onderhands akkoord.

Opmerking 1

De Memorie van toelichting verklaart niet op welke grond er enige rol voor de schuldenaar of schuldeisers is voorzien in het kader van het proces dat tot definitieve vaststelling van het salaris van de curator of bewindvoerder leidt. Artikel 27 van de richtlijn schrijft die betrokkenheid niet voor. Evenmin is daarvoor in de preambule van de richtlijn een aanknopng te vinden. Enige rol van de schuldenaar of schuldeisers bij de vaststelling van het salaris dient daarom achterwege te blijven.

In dit kader brengen wij de conclusie van AG Timmerman van 7 maart 2014 onder de aandacht (ECLI:NL:PHR:2014:192), welke voorafging aan het art. 81 RO-arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:947). Timmermans verwijst naar het oordeel van de rechtbank in eerste aanleg: *“Voor wat betreft de verlangde bevelen om geen salarisverzoeken in te dienen, oordeelt de rechtbank dat het verzoek niet te verenigen is met het wettelijke stelsel, nu dat stelsel inmenging door derden bij de bepaling van het salaris van de curator uitsluit (zie rov. 3.4).”* Vervolgens: *“Dit oordeel van de rechtbank geeft – anders dan onderdeel (b) betoogt – geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.”*

Zie in dit kader ook Wessels, Insolventierecht IV, par. 4116:

“Horen schuldenaar. De rechtbank behoeft de gefailleerde over het vaststellen van het salaris van de curator niet te horen. Een dergelijke verplichting vindt volgens de Hoge Raad geen steun in de geschiedenis, noch in het systeem van de Faillissementswet. Beschikkingen als bedoeld in art. 85, waaronder die tot vaststelling van het salaris van de curator, zijn naar hun inhoud administratieve beslissingen die in het kader van de gerechtelijke vereffening van de boedel of van de vernietiging of opheffing van het faillissement door de rechter worden genomen. Bij dergelijke beslissingen kan van ‘partijen’ die moeten worden gehoord geen sprake zijn. Een hoorrecht kan evenmin op art. 6 EVRM worden gebaseerd, omdat niet een civiel geschil aan de orde is. Ook kan de gefailleerde tegen de vaststelling niet in beroep komen (HR 19 januari 1990, NJ 1991/213, nt. EAA; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4002; vergelijk HR 3 juli 1989, NJ 1989/770), noch beroep in cassatie instellen (HR 12 november 1999, NJ 2000/52, nt. PvS). De Hoge Raad heeft deze zienswijze bevestigd in HR 23 februari 2001, JOR 2001/76. Uitvoerder: Van Apeldoorn, diss. (2009), p. 108 e.v.

Een en ander ligt anders bij de vaststelling van het salaris van een bewindvoerder in surseance op grond van art. 250 lid 1. Vergelijk Wessels Insolventierecht VIII 2014/8271 e.v. In tegenstelling tot een gefailleerde, is de gesurseëerde hierbij direct belanghebbende, in die zin dat de vaststelling een vordering tegen hem als schuldenaar schept. Een gesurseëerde moet dus wel worden gehoord en is ondanks het bepaalde in art. 282 in beginsel ontvankelijk in hoger beroep, aangezien hoor en wederhoor tot de fundamentele beginselen van procesrecht behoren, zie Hof Amsterdam 4 mei 1994, NJ 1994/491.

Invloed derden op salarivaststelling. Derden hebben geen bemoeienis met de bepaling van het salaris, zie Rb. Amsterdam 16 oktober 1936, NJ 1936, p. 1061 e.v. (op andere grond vernietigd bij HR 7 december 1936, NJ 1937, p. 388); Rb. Rotterdam 30 juli 2008, LJN BF1951; JOR 2008/318. Het ‘horen’ van de crediteuren is niet aan de orde omdat ook zij geen ‘partij’ zijn, vergelijk HR 12 november 1999, NJ 2000/52, nt. PvS.”

Opmerking 2

In faillissement geldt als uitgangspunt dat de rechtbank het salaris van de curator vaststelt (art. 71 lid 1 Fw) en dat de rechter-commissaris in dat kader voorafgaand wordt gehoord (art. 65 Fw). De beslissing tot vaststelling van het salaris wordt door de rechtbank in het hoogste ressort gewezen (art. 85 Fw). Er staat dus geen hogere voorziening open. Zie verder Verstijlen, T&C Insolventierecht, art. 85 Fw, aant. 1: *“Cassatie is in gevallen als bedoeld in het artikel wel mogelijk (art. 78 Wet RO, art. 426 lid 1 Rv) (HR 3 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8474, NJ 1989/770).”*

In surseance van betaling wordt het loon van de bewindvoerder bepaald door de rechtbank (art. 250 lid 1 Fw). Tegen die beslissing staat geen hogere voorziening open (art. 282 Fw). Zie verder Van Sint Truiden, T&C Insolventierecht, art. 282 Fw, aant. 2: *“Door de woorden ‘en behoudens de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet’, welke zijn toegevoegd in de MvA voorafgaand aan de wet van 7 februari 1935, Stb. 1935, 141, wordt duidelijk dat, anders dan art. 85 ten aanzien van faillissement bepaalt, ook beroep in cassatie uitgesloten is, tenzij uitdrukkelijk toegestaan.”*

In het kader van de implementatie van artikel 27 lid 4, tweede volzin van de richtlijn zou het ten behoeve van de curator en bewindvoerder open stellen van hoger beroep (en cassatie) tegen een beslissing tot vaststelling van het salaris resp. het loon passend zijn. Daarmee wordt voldaan aan de noodzaak dat er een geschikte procedure voorhanden is om eventuele geschillen over de vergoeding te beslechten. Meer is niet noodzakelijk in het kader van de implementatie van deze bepaling.

Opmerking 3

Als gekozen wordt voor de invoering van het recht om een zienswijze te geven op de definitieve vaststelling van het salaris van de curator en het loon van de bewindvoerder, dan dient gewaakt te worden dat dit geen verkapte procedure wordt waarbij de schuldenaar en/of schuldeisers - achteraf - klagen over de wijze waarop de curator of bewindvoerder zich van zijn of haar wettelijke taak heeft gekweten. De procedure tot vaststelling van het salaris resp. loon is daartoe niet geëigend.

De geëigende weg om in faillissement op te komen tegen handelingen van de curator wordt gevonden in art. 69 Fw, dan wel via de mogelijkheid om een met redenen omkleed verzoek te doen tot ontslag van de curator (art. 73 lid 1 Fw). In surseance bestaat een vergelijkbare regeling omtrent ontslag (art. 224 lid 2 Fw).

De Memorie van toelichting zou concreter tot uitdrukking moeten brengen dat een zienswijze procedure geen instrument is om te klagen over de taakuitoefening van de curator of de bewindvoerder. Er zou slechts een summiere toets moeten plaatsvinden ten aanzien van de juistheid van de berekening van het salaris, zonder dat op detailniveau iedere handeling van de curator of bewindvoerder onder het vergrootglas van anderen dan de rechter-commissaris en de rechtbank komt te liggen. Meer is niet nodig, omdat de rechter-commissaris reeds wordt gehoord bij de vaststelling van het salaris en de rechtbank al toetst of het salaris overeenkomstig het voorstel kan worden vastgesteld.

Opmerking 4

Uit de Memorie van toelichting (p. 44) volgt dat door de schuldenaar en schuldeisers bezwaren bij de rechtbank kenbaar gemaakt kunnen worden tegen de door de curator of bewindvoerder ingebrachte salarisspecificatie. Het verdient aanbeveling om in de Memorie van toelichting expliciet op te nemen dat deze salarisspecificatie niet meer omvat dan een totale urenopgave van de curator en de door hem ingeschakelde kantoorgenoten, vermeerderd met het van toepassing zijnde uurtarief. Eventueel zou daarbij per tijdschrijfgroep (zie de Recofa-richtlijnen) een totaalstelling toegevoegd kunnen worden.

Wij menen dat het te verstrekkend en onwenselijk is indien schuldeisers en schuldenaren recht op inzage zouden krijgen van de gedetailleerde tijdregistratie die verplicht bijgehouden dient te worden. Onderdeel van de tijdregistratie is een korte aanduiding met wie is gesproken of gecorrespondeerd, of het onderwerp waarop de studie of het overleg betrekking heeft gehad (art. 6.1. sub d onder v. Recofa-richtlijnen). Deze tijdregistratie bevat informatie die naar ons oordeel als vertrouwelijk aangemerkt dient te worden. Als voorbeeld noemen wij dat daaruit bijvoorbeeld afgeleid kan worden welke personen (belastende) verklaringen hebben afgelegd in het kader van het rechtmatigheidsonderzoek van de curator. Het is onwenselijk dat deze informatie via de zienswijze procedure voor derden toegankelijk kan worden. We hechten eraan om het privacy-aspect onder uw aandacht te brengen. Gesprekken en correspondentie die vertrouwelijk worden gevoerd dienen ook vertrouwelijk te blijven, waarbij aangetekend wordt dat de rechter-commissaris en de rechtbank daar vanzelfsprekend wel zicht op dienen te hebben via de tijdregistratie of anderszins.

Daarbij is tevens van belang dat de curator en of bewindvoerder reeds via de openbare verslaglegging (art. 73a Fw resp. 227 Fw) richting belanghebbenden verantwoording afleggen.

Opmerking 5

Als een zienswijze mogelijk wordt, dan dient gewaakt te worden voor vertraging bij de vaststelling van het salaris van de curator. In dat geval dienen korte termijnen gehanteerd te worden. Tevens dient aandacht besteed te worden aan de wijze waarop kenbaar gemaakt wordt dat een definitief salarisverzoek is ingediend. Volstaan zou moeten kunnen worden met een publicatie via het centraal insolventieregister. Daarnaast is een behandeling van een verzoek tot salarisbepaling door de rechtbank in raadkamer passend.

* * *

Onze reactie mag openbaar zijn.

Op verzoek zijn wij graag bereid een nadere toelichting te geven op de inhoud van onze reactie.

Met vriendelijke groet,
KienhuisHoving N.V.

D.J. Bos