



HET CIVIELRECHTELIJK BESTUURSVERBOD IN NEDERLAND: EEN OPLOSSING MET WEINIG TOEPASSING

IN 2022 ZIJN ER IN NEDERLAND 2.144 BEDRIJVEN EN INSTELLINGEN FAILLIET VERKLAARD.¹ VOLGENS HET OPENBAAR MINISTERIE IS, NAAR SCHATTING, BIJ EEN KWART VAN DEZE GEVALLEN SPRAKE VAN EEN VORM VAN FAILLISSEMENTS-FRAUDE.² DIT IS PROBLEMATISCH OMDAT FAILLISSEMENTS-FRAUDE NIET ALLEEN ZORGT VOOR VEEL DIRECTE SCHADE VOOR DE CREDITEUREN VAN FAILLIETE ONDERNEMINGEN, MAAR EVENEENS SCHADE TOEBRENGT AAN DE ALGHELE STAAT VAN INTEGRITEIT EN TRANSPARANTIE IN HET NEDERLANDSE BEDRIJFSLEVEN.

DOOR DALILA HADŽIKADUNIĆ

De wetgever probeert om deze reddenen faillissementsfraude, zowel civiel- als strafrechtelijk, te voorkomen en op te sporen. Zo wordt er bijvoorbeeld onderzoek naar faillissementsfraude gedaan door de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst, maar ook het Openbaar Ministerie. Dergelijk onderzoek wordt vaker gestart nadat er melding wordt gedaan door de curator, die belast is met het controleren van financiële transacties op fraude. De curator speelt op deze wijze een belangrijke rol binnen het opsporen en aanpakken van faillissementsfraude. Om het proces voor de curator te vergemakkelijken en zijn positie te versterken heeft de wetgever in 2016 een nieuwe wet ingevoerd; de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Het toekennen van de bevoegdheid om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen zou een oplossing moeten bieden voor het optreden tegen malafide bestuurders.. Bestuurders die schuldig zijn bevonden aan frauduleus gedrag kunnen zo tijdelijk worden geweerd uit het bedrijfsleven. In theorie lijkt dit een adequate oplossing om recidive te voorkomen. Echter, uit een rapport van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (hierna: WODC) blijkt dat in praktijk er veel minder gebruik wordt gemaakt van deze maatregel dan verwacht. Wat maakt dat de curator geen gebruik maakt van deze extra bevoegdheid? In dit artikel zal er allereerst worden ingegaan op wat faillissementsfraude inhoudt. Vervolgens zal de juridische grondslag van het civielrechtelijke bestuursverbod uiteen worden gezet. Daarna zullen de problemen die zich voordoen met de implementatie en toepassing van deze maatregel worden toegelicht. Er zal worden afgesloten met een korte analyse over de mogelijke oplossingen.

FRAUDE BIJ FAILLISEMENT

Er gaan elk jaar in Nederland hon-

Door meer financiële ruimte te bieden kunnen beide belangen behartigd worden

derden bedrijven failliet. In de meeste gevallen ligt de oorzaak bij het langdurig verkeren in financiële problemen. Echter, in sommige situaties is er sprake van het opzettelijk failliet laten gaan van een onderneming. In die gevallen spreekt men van faillissementsfraude. Faillissementsfraude kan voor of tijdens het failliet gaan van een onderneming plaatsvinden. Hierdoor zijn er dan ook vele verschillende soorten manieren waarop faillissementsfraude kan worden gepleegd. Een vorm is bijvoorbeeld het onttrekken van de activa van de onderneming die eigenlijk normaliter in de boedel zouden vallen. Dit kunnen waardevolle goederen, auto's of machines zijn, maar ook het verplaatsen van het vermogen van de onderneming naar privérekeningen behoort hierbij. Een andere vorm van faillissementsfraude is het niet gelijk behandelen van schuldeisers. Dit kan bijvoorbeeld door bepaalde schuldeisers nog vlak voor faillissement uit te betalen en andere niet. Verder is het niet voldoen aan de wettelijke administratieplicht of inlichtingenplicht ook aan te merken als faillissementsfraude. Dit is het geval als het bestuur van de onderneming de boekhouding niet correct volgens voorschriften heeft bijgehouden.³

HET CIVIELRECHTELIJK BESTUURSVERBOD

Het civielrechtelijke bestuursverbod is een juridische maatregel waardoor malafide bestuurders de mogelijkheid wordt ontnomen om een bestuursfunctie binnen een onderneming uit te oefenen. Zo kunnen bestuurders

die faillissementsfraude hebben gepleegd tijdelijk geweerd worden uit de Nederlandse bedrijfswereld. Dit voorkomt herhaling van het strafbare feit door dezelfde actoren op korte termijn. Het civielrechtelijk bestuursverbod is toegevoegd aan de Faillissementswet in art. 106a tot en met art.106e Fw. De maatregel wordt opgelegd door de rechtbank op verzoek van de curator of het Openbaar Ministerie. Het verbod kan dan voor maximaal 5 jaar worden opgelegd. Hierbij strekt het verbod zich ook over het uitoefenen van de functie van commissaris door de bestuurder in een andere onderneming. De maatregel richt zich in beginsel tot geregistreerde bestuurders, maar is niet beperkt tot deze. Een bestuursverbod is namelijk ook op te leggen aan zogenoemde feitelijke bestuurders.⁴ Dit is degene die niet door de statuten aangemerkt is als bestuurder, maar wel dusdanige invloed uitoefent op de rechtspersoon dat hij kan worden aangemerkt 'als ware hij beleidsbepaler', bijvoorbeeld indien alle aandelen



BIO

Dalila Hadžikadunić

Bachelorstudent Rechtsgeleerdheid
aan de Universiteit van Amsterdam



in de handen van een partij of persoon zijn.⁵ Deze is dan feitelijk bestuurder.

Het bestuursverbod kan voorts worden opgelegd aan oud-bestuurders van de gefailleerde rechtspersoon. In dit geval moet de oud-bestuurder wel verantwoordelijk zijn voor het beleid dat in de afgelopen 3 jaar heeft geleid tot het faillissement. Er dient dan sprake te zijn van bestuurdersaansprakelijkheid. Ten slotte wordt er voor een civielrechtelijk bestuursverbod geen onderscheid gemaakt tussen of de bestuurder een rechtspersoon of dan wel een natuurlijke persoon is.⁶

MEERLEDIGE OORZAAK

Een van de hoofddoelen van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod was om de curator, als actor in het optreden

tegen frauduleuze bestuurders, een centrale en versterkte positie te geven door een extra bevoegdheid toe te kennen. Echter, zoals eerder benoemd, wordt van deze bevoegdheid door curatoren minder gebruikgemaakt dan verwacht. Sinds de invoering van 2016 is het civielrechtelijke bestuursverbod slechts een tiental keer gevorderd bij de rechtbank.⁷ Dit is vooral erg opmerkelijk, gelet op het feit dat er sinds 2017 door de komst van de Wet versterking positie curator, er een zwaardere plicht rust op de curator om in elk faillissement onderzoek te doen naar mogelijke tekens van fraude.⁸ Het WODC heeft daarom het functioneren van de Wet Civielrechtelijk bestuursverbod in combinatie met de Wet versterking positie curator recent in kaart gebracht in een rapport. Daaruit

blijkt dat de oorzaak voor de geringe toepassing meerledig is.

Uit het rapport volgt dat de belangrijkste belemmering voor curatoren de kosten zijn, die het onderzoek naar fraude en de procedure voor een civielrechtelijk bestuursverbod met zich meebrengen. De procedure die een curator bij een faillissement aangaat is op zichzelf vaak al lang en brengt, los van de eventuele verzoekprocedure, veel kosten met zich mee. Het onderzoek naar fraude door de curator wordt, net zoals zijn gebruikelijke loon, betaald uit de boedel. Dit geldt ook voor alle overige kosten die komen kijken bij een procedure tot oplegging van een bestuursverbod. In het geval waarbij de boedel leeg of zeker onvoldoende is om te voorzien in de vorderingen, zoals vaak is bij frauduleuze faillissementen, vormt dit een drempel voor het vorderen van een bestuursverbod door de curator. Het onderzoek van de curator blijft dan in de praktijk beperkt wegens simpelweg een gebrek aan financiële middelen. De curator streeft immers naar een maximale opbrengst van de boedel. Voorts is een ander belangrijk knelpunt dat hier op aansluit de verhouding tussen de kerntaak van de curator en de taak tot fraudebestrijding. De hoofdtaak van de curator is immers om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen door te zorgen voor een zo hoog mogelijke boedelopbrengst, met de hoop om zoveel mogelijk vorderingen te (gedeeltelijk) te voldoen. Dit is moeilijk verenigbaar met het algemene belang van optreden tegen fraude.⁹ Het belang van fraudebestrijding lijkt hier totaal te botsen met het belang van de schuldeisers. De kosten van het proces waarin een bestuursverbod wordt gevorderd gaan immers ten koste en voor het risico van de inkomsten van de boedel. Het procederen voor een bestuursverbod is daarom nadelig voor de individuele

schuldeisers. Er gaat een gedeelte van de opbrengst van de boedel verloren wat eigenlijk, in het geval dat de procedure niet zou worden gevoerd, aan de crediteuren zou worden uitgekeerd. Sommige (maar toch een minderheid) curatoren binnen het WODC onderzoek geven dan ook aan dat ze fraudebestrijding niet beschouwen als iets wat thuis hoort in hun takenpakket. Ze vinden dat de primaire focus moet blijven op het beschermen van de belangen van de schuldeisers. Het merendeel geeft echter aan het gevoel te hebben dat het tegengaan van fraude wel binnen hun takenpakket thuishoort. Toch komt ook voor deze groep curatoren fraudebestrijding als een subsidiaire taak ná het handelen in het belang van de boedel en de gezamenlijke schuldeisers. De curator heeft dus niet alleen te weinig financiële middelen om goed gebruik te maken van de bevoegdheid, maar ook tegenstrijdige belangen waar hij rekening mee dient te houden.

MOGELIJKE OPLOSSINGEN

De oplossing voor het ontbreken van financiële middelen om onderzoek te doen, ligt dan ook in het beschikbaar stellen van aparte financiering aan curatoren voor onderzoek naar fraude bij faillissement. Hierdoor zal de curator meer vrijheid hebben om grondiger onderzoek te doen en een procedure tot een bestuursverbod te voeren indien de feiten daar aanleiding voor geven. Dan zal de curator ook niet in tweestrijd zitten met het algemene belang van fraudebestrijding en het individuele belang van de gezamenlijke schuldeisers. Door meer financiële ruimte te bieden kunnen beide belangen behartigd worden, omdat fraudebestrijding dan niet zo zwaar ten koste van de boedel gaat. Er wordt hiermee voorkomen dat de curator in de knoop komt met het naar behoren uitoefenen van zijn overige taken.¹⁰

Alternatief zou de rol van het Openbaar Ministerie kunnen worden uitgebreid. Deze heeft nu, ondanks het beschikken over dezelfde bevoegdheid, een kleinere rol. De curator wordt namelijk geacht meer op de hoogte te zijn over de staat van een failliete onderneming door het uitoefenen van zijn taak. Een argument tegen de uitbreiding van de rol van het OM is dat het weliswaar minder betrokken en bekend is met de feiten dan de curator. Samenwerking zal altijd nodig zijn. De curator heeft in zijn hoedanigheid beschikking tot meer informatie en inzicht in de financiële situatie van een onderneming na faillissement. Als het zwaartepunt van het verdedigen van het algemeen belang ligt bij het OM, zou men ook kunnen komen tot een andere oplossing zoals bijvoorbeeld het oprichten van een afdeling die zich enkel met het civielrechtelijke bestuursverboden bezighoudt. Hierbij zou het algemene belang niet ten koste hoeven te gaan van de schuldeiser.¹¹

IN CONCLUSIE

Kortom, het civielrechtelijk bestuursverbod is een juridische maatregel die de curator en het Openbaar Ministerie de mogelijkheid geeft een vordering in te stellen bij de rechtbank om een malafide bestuurder uit bestuursfuncties te weren voor een maximale periode van 5 jaar. Het bestuursverbod dient een oplossing te vormen om de voortzetting van frauduleuze activiteiten door actoren tegen te gaan. Echter, in de praktijk blijkt dat aan deze maatregel veel minder toepassing wordt gegeven dan nodig en verwacht. Dit heeft een meerledige oorzaak. Volgens het WODC is het structureel ontbreken van financiering het voornaamste probleem in de toepassing. Verder is een knelpunt de verhouding tussen de verhouding van de hoofdtaak van de curator (het behartigen van de belangen van de schuldeisers) en zijn taak in het

bestrijden van fraude. Een oplossing ligt in het beschikbaar maken van financiering zodat fraudebestrijding niet ten koste gaat van de boedel. Voorts kan er eventueel een oplossing worden gevonden in het toekennen van een grotere rol bij fraudebestrijding aan het Openbaar Ministerie. Zij is immers de nationale behartiger van het algemeen belang. Al met al is het civielrechtelijke bestuursverbod dan wel in werking gesteld, maar behaalt het nog niet de resultaten die zijn beoogd. Er dient te worden nagedacht over hoe de toepassing van het civielrechtelijk bestuursverbod kan worden bevorderd om zo effectief, evenwichtig en concreet mogelijk kan worden ingezet. ■

¹ CBS, 'Ook in 2022 een historisch laag aantal faillissementen' 2023

² OM, 'Faillissementsfraude', 2023 <https://www.om.nl/onderwerpen/fraude/faillissementsfraude>

³ FIOD, 'Faillissementsfraude', 2021 <https://www.fiod.nl/opsporingsthemas/faillissementsfraude/>

⁴ Vakstudie Invorderingswet, art. 36 Invorderingswet 1990, aant. 1.20.12

⁵ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-III 2019/19

⁶ Vakstudie Invorderingswet, art. 36 Invorderingswet 1990, aant. 1.20.12

⁷ G. Homburg e.a., Evaluatie Wet versterking positie curator en Wet civielrechtelijk bestuursverbod (WODC Rapport 3222), Regioplan Beleidsonderzoek WODC 2023

⁸ G. Homburg e.a., Evaluatie Wet versterking positie curator en Wet civielrechtelijk bestuursverbod (WODC Rapport 3222), Regioplan Beleidsonderzoek WODC 2023

⁹ Mr. F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen' OR 2015/30, afl. 5, par. 3

¹⁰ G. Homburg e.a. 2023

¹¹ Mr. F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen' OR 2015/30, afl. 5, par. 3