

Ministerie van Veiligheid en Justitie
T.a.v. Directoraat-Generaal
Rechtspleging en Rechtshandhaving
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Nieuwegein, 27 mei 2013

Onderwerp : Internetconsultatie Wet civielrechtelijk bestuursverbod

Geachte heer, mevrouw,

NEVOA, beroepsorganisatie bedrijfsjuridisch adviseurs, wil door middel van deze brief kort reageren op uw voornemen tot het invoeren van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Daarbij zullen wij niet zozeer wettechnisch commentaar geven, maar ons veeleer richten op enkele knelpunten die wij zien in de uitvoering en handhaving daarvan.

NEVOA wenst voorop te stellen, dat notoire criminelen of andere personen die rechtsvormen structureel misbruiken ten eigen voordele hard aangepakt dienen te worden. Een aantal van onze bezwaren ziet echter op de wijze waarop dit in het voorgelegde wetsvoorstel is uitgewerkt, en wie ze dient te handhaven, en de mogelijke ongewenste effecten die dit met zich mee kan brengen.

Onze juridisch adviseurs zien in hun praktijk in het huidige tijdsgewricht helaas veelvuldig faillissementen voorbij komen. Het gaat daarbij om MKB ondernemers, die vaak opereren in een situatie waarbij deze ondernemers zowel aandeelhouder als bestuurder zijn van een bedrijf. In het MKB komt het ook veelvuldig voor dat diverse familieleden meewerken in, of een belang hebben bij een dergelijk bedrijf, bijvoorbeeld ouders die het bedrijf aan hun kinderen hebben verkocht, maar die hierin nog financieel participeren.

Helaas zien onze juridisch adviseurs in de praktijk dat curatoren zich in dergelijke faillissementen niet immer opstellen op een wijze die van hen verwacht mag worden. Het komt voor dat curatoren in dergelijke faillissementen dreigen met bepaalde middelen die hen ter hand staan om medewerking van betrokkenen bij het aanleveren van bijvoorbeeld informatie in het faillissement af te dwingen, ook indien er geen medewerkingsverplichting bestaat. Vanzelfsprekend is dit zeker niet altijd het geval, maar het komt helaas voor.

Daar wringt de schoen ons inziens dan ook het meest in de voorgestelde regelgeving. Door invoering van de voorgestelde wet wordt aan de curator een belangrijk dwangmiddel gegeven, dat naar onze mening eigenlijk niet bij de curator thuishoort. De curator treedt immers namens de gezamenlijke schuldeisers op in het faillissement, en niet zozeer ten faveure van het algemeen belang. Dit laatste zien wij meer als taak van het openbaar ministerie.

Wij voorzien dat er in de praktijk met deze civielrechtelijke bestuurdwang gedreigd zal worden om betrokkenen bij een faillissement te forceren mee te werken aan handelingen waartoe zij niet verplicht zijn. Er is weliswaar een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris nodig om een procedure te initiëren, en de rechter dient hierover uiteindelijk te oordelen, maar de dreiging met een dergelijke procedure dient ons inziens thuis bij het openbaar ministerie, en niet bij de partijdige curator, ondanks het feit dat het om een civielrechtelijke sanctie gaat.

Wij zien in onze praktijk veelvuldig voorkomen, dat betrokkenen toch maar meewerken, hoewel onverplicht en met een in juridische zin verdedigbare casus, omdat weerstand leidt tot hoge juridische kosten, die voor hen niet te bekostigen zijn. Dit is een fenomeen dat overigens ook in andere rechtsgebieden te zien is.

Naast het voorgaande, pleit NEVOA ook voor een heroverweging van de tekst ten aanzien van actio pauliana gevallen, die kunnen leiden tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. In een MKB onderneming vallen de diverse geldstromen al snel onder de definitie van een actio pauliana, omdat privé en bedrijfsmatige belangen door elkaar lopen, zoals bij huurbetalingen, financieringen of betaalde managementvergoedingen. Daarbij kunnen situaties ontstaan, waarin de curator dergelijke transacties anders duidt of uitlegt en al snel vernietigt, terwijl dit juridisch gezien niet altijd verdedigbaar is. Toch zien wij dat betrokkenen, uit kostenoverwegingen, desalniettemin besluiten te berusten in de ingeroepen vernietiging. Toevoeging van de actio pauliana onder art. 106 sub 2b zal dan ook in de praktijk leiden tot een snellere aanname dat er sprake is geweest van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling en het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod.

In de memorie van toelichting wordt aangegeven, dat bewust is afgezien van een toevoeging aan de beoordeling van het onoorbare handelen, dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Wij pleiten er voor deze toets juist wel toe te voegen. Het is belangrijk dat evidente gevallen worden aangepakt, maar niet de gevallen waarin sprake is van onbekendheid of bijvoorbeeld een onjuiste inschatting door betrokkenen van bepaalde transacties binnen een faillissement. Dat zou ons inziens leiden tot een onwenselijke toepassing van het bestuursverbod. Immers, de bewijslast wordt omgedraaid in de voorliggende wetgeving: het is aan de betreffende bestuurder of beleidsbepaler om te bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is, hetgeen geen eenvoudige opgave is.

Kortom, NEVOA steunt de intentie om notoire fraudeurs en criminelen aan te pakken, mede via een civielrechtelijk bestuursverbod, maar wenst wel een toepassing van de regeling door een onafhankelijke instantie die geen andere pet op heeft in het faillissement, te weten het openbaar ministerie. Daarnaast dient de regeling, met name rondom vermeend paulianeus handelen iets meer waarborgen te geven aan de betrokkenen, door nader aan te sluiten bij bestaande en in jurisprudentie uitgewerkte leerstukken, en deze niet bewust maar te laten vervallen omdat ze het bestuursverbod anders lastiger toepasbaar maken. Dat past ons inziens niet bij het wezen van de rechtsstaat.

Hoogachtend,
NEVOA

p/o

Mr. J.E. Missaar
voorzitter