

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod)

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:
Alzo Wij in overweging genomen hebben dat het in verband met bestrijding van faillissementsfraude wenselijk is de Faillissementswet te wijzigen om de mogelijkheid van de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod in te voeren;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I

In de Faillissementswet worden na artikel 106 de volgende artikelen ingevoegd:

Artikel 106a

1. Op verzoek van het openbaar ministerie of op vordering dan wel verzoek van de curator kan de rechtbank een bestuursverbod uitspreken jegens de bestuurder van een rechtspersoon, de gewezen bestuurder daaronder begrepen, als tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement:
 - a. door de rechter is geoordeeld dat hij aansprakelijk is, als bedoeld in de artikelen 138 of 248 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;
 - b. de bestuurder doelbewust namens de rechtspersoon rechtshandelingen heeft verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en die overeenkomstig één van de artikelen 42 tot en met 47 door de rechter zijn vernietigd;
 - c. de bestuurder, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate is tekortgeschoten in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen, bedoeld in deze wet, jegens de curator;
 - d. de bestuurder, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een onderneming en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft; of
 - e. aan de bestuurder of de rechtspersoon een boete wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd en deze beschikking onherroepelijk is.
2. Een bestuursverbod kan mede worden uitgesproken jegens de bestuurder van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn als bedoeld in het eerste lid.
3. De rijksbelastingdienst verstrekt aan het openbaar ministerie of de curator de voor de toepassing van het tweede lid, onderdeel e, benodigde gegevens.
4. Met uitzondering van het eerste lid, onderdeel a, en het tweede lid, zijn de vorige leden van overeenkomstige toepassing op de natuurlijke persoon die handelt of heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Artikel 106b

1. Een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd, kan gedurende vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, of zoveel korter als in

de uitspraak is bepaald, niet tot bestuurder of commissaris van een in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersoon worden benoemd.

2. Tenzij in de uitspraak anders is bepaald, vormt het bestuursverbod voor betrokkene tevens een beletsel voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris bij alle op grond van artikel 106c, tweede lid, in de procedure betrokken rechtspersonen.

3. De griffier van de rechtbank schrijft de uitspraak waarin een bestuursverbod is opgelegd in een centraal register in. Deze uitspraak wordt voorts met bekwame spoed aangeboden aan het Handelsregister dat terstond tot uitschrijving van de bestuurder overgaat. Over de opzet van het register, de opname in en de verwijdering van gegevens uit het register alsmede over de verstrekking en openbaarheid van gegevens worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld.

4. De rechtbank regelt zo nodig alle overige gevolgen van het door haar uitgesproken bestuursverbod.

5. De rechtbank kan ter verzekering van de naleving van haar uitspraak een dwangsom opleggen. Wordt de dwangsom verbeurd, dan komt deze toe aan de boedel of, als daarvan geen sprake is, aan de staat. De Minister van Veiligheid en Justitie kan de aldus ontvangen gelden besteden aan nader door hem te bepalen doeleinden van faillissementsfraudebestrijding.

6. Een uitspraak houdende oplegging van een bestuursverbod kan niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

Artikel 106c

1. Bij een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod wordt door de Kamer van Koophandel een uittreksel uit het handelsregister overgelegd van de overige rechtspersonen, bedoeld in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is.

2. De rechtbank stelt de in het vorige lid bedoelde rechtspersonen in de gelegenheid om hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren te brengen. Daarbij kunnen zij niet worden vertegenwoordigd door de bestuurder jegens wie een bestuursverbod is gevorderd of verzocht.

3. Indien een bestuursverbod ertoe leidt dat een rechtspersoon zonder bestuurder of commissaris komt te verkeren, kan de rechtbank overgaan tot de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen wier bezoldiging door de rechtbank wordt vastgesteld en voor rekening van de rechtspersoon komt.

4. De rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod aanhangig is, kan de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het openbaar ministerie of op verzoek dan wel vordering van de curator schorsen en zo nodig voorzien in de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen.

5. De schorsing en de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen kan in elke stand van het geding worden verzocht of gevorderd. Zij gelden voor ten hoogste de duur van het geding.

6. De griffier schrijft de uitspraak waarin de schorsing of de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen is uitgesproken in een centraal register in. Artikel 106b, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 106d

1. Voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c wordt als bestuurder tevens aangemerkt degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder.

2. Voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c wordt met bestuurder gelijk gesteld de uitvoerende bestuurder en met de commissaris de

niet uitvoerende bestuurder, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.

Artikel II

Artikel I is van toepassing op een faillissement dat na de inwerkingtreding van deze wet is uitgesproken, alsmede op feiten en omstandigheden die na de inwerkingtreding van deze wet zijn gelegen.

Artikel III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Artikel IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet civielrechtelijk bestuursverbod.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Veiligheid en Justitie,

Wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod)

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

1. Inleiding

Met dit wetsvoorstel wordt het mogelijk om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan wanbeheer in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Het doel is om faillissementsfraude effectiever te kunnen bestrijden en om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten. Dit wetsvoorstel geeft hiermee uitvoering aan één van de actiepunten uit het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht.¹ De faillissementsfraudepijler van dit wetgevingsprogramma bestaat nog uit twee andere onderdelen, t.w. het wetsvoorstel versterking strafrechtelijk faillissementsrecht, dat inmiddels in consultatie is geweest, en het wetsvoorstel versterking positie curator, dat binnenkort in consultatie gaat. Over de opzet en voortgang van het wetgevingsprogramma is Uw Kamer laatstelijk bericht bij brief van 27 juni 2013.²

Faillissementsfraude ondermijnt het vertrouwen in het handelsverkeer, verstoort de concurrentieverhoudingen en zorgt voor grote financiële schade. Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (hierna: "CBS") over 2010 blijkt dat in faillissementen van ondernemingen in totaal een bedrag van bijna 4 miljard euro aan ongedekte schulden overblijft. Daarvan komt bijna 700 miljoen euro (zo'n 18%) voort uit faillissementen waarin sprake is van strafbare benadeling (Kamerstukken II 2012-13, aanhangsel nr. 828). Terecht is dan ook, onder meer tijdens het algemeen overleg van 20 december 2012 met de Tweede Kamer, het belang benadrukt van effectieve bestrijding van faillissementsfraude (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 76).

Het bestuursverbod voorziet in een belangrijk instrument om tot een effectieve fraudebestrijding te komen. Daarbij staat een toekomstgerichte, preventieve, aanpak centraal: malafide gebleken bestuurders kunnen tijdelijk geen rechtspersoon besturen, waardoor ze geen gebruik kunnen maken van de beperkte aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt. Dit voorkomt dat zij verdere schade aan het handelsverkeer kunnen berokkenen. Nadat een bestuursverbod is opgelegd, zal het niet langer mogelijk zijn om een rechtspersoon te besturen of daaraan als commissaris verbonden te zijn. Het gaat dan om alle in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersonen – verenigingen, stichtingen, NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Aldus levert het bestuursverbod niet alleen een bijdrage aan de bestrijding van faillissementsfraude, maar bevordert het ook een eerlijk handelsklimaat. Deze aanpak sluit bovendien goed aan bij de visie van de Europese Commissie op een nieuwe aanpak van insolventie, waarin wordt gestreefd naar een scherper onderscheid tussen bonafide en malafide ondernemers en lidstaten worden aangemoedigd om het civielrechtelijk instrumentarium voor fraudebestrijding te versterken (vgl. de Commissiemededeling "Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie", 12 december 2012, COM 2012, 742, p. 6).

¹ Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74.

² Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1.

2. Het bestuursverbod in verhouding tot de bestaande civielrechtelijke bevoegdheden

Het bestuursverbod wordt toegevoegd aan de bestaande civielrechtelijke toezichtinstrumenten. Dat instrumentarium bestaat allereerst uit toezicht op het bestuur door een ander orgaan binnen de rechtspersoon ("intern toezicht"). Zo benoemt en ontslaat de algemene vergadering van aandeelhouders het bestuur en stelt zij de jaarrekening vast. Bij BV's en NV's ligt hier in sommige gevallen ook een taak voor de raad van commissarissen. Bij stichtingen is aan de rechter de bevoegdheid toegekend om, op verzoek van het openbaar ministerie of een belanghebbende, bestuurders wegens financieel wanbeheer of een doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten te ontslaan (art. 2:298 BW). Verder bestaat in bepaalde gevallen de mogelijkheid om een enquêteprocedure te starten over het beleid van een onderneming (vgl. de artikelen 2:344 BW e.v.). Handelt een rechtspersoon in strijd met de openbare orde, dan kan de rechtbank hem ontbinden (artikel 2:20, tweede lid, BW).

Bij kennelijk onbehoorlijk bestuur - het gaat dan om ernstig verwijtbaar handelen - kan een bestuurder persoonlijk aansprakelijk worden gesteld. Deze bevoegdheid komt na faillissement ook aan de curator toe (artikelen 2:138 en 2:248 BW). Uit onderzoek uit 2007 blijkt dat in zo'n 13% van de gevallen waarin een rechtspersoon failliet is gegaan, gronden aanwezig waren om de bestuurder aansprakelijk te stellen.³ Tot slot kunnen rechtshandelingen door de curator worden vernietigd wanneer sprake is van schuldeisersbenadeling (faillissementspauliana). Doel van deze vernietiging is om de boedel weer in de toestand van voor de benadeling te brengen.

Het gaat bij al deze instrumenten om herstel of toezicht achteraf. Het civielrechtelijk bestuursverbod is daarentegen toekomstgericht en preventief van aard. Het bestuursverbod bevat hiermee een waardevolle aanvulling op de hiervoor genoemde instrumenten. Vanuit de praktijk en de literatuur is ook gewezen op de meerwaarde die een civielrechtelijk bestuursverbod kan hebben om fraude te bestrijden (vgl. M. Bras & J. Winter, Het bestuursverbod, Ondernemingsrecht 2004-9, p. 328-334, W.J.M. van Veen, Toezicht op rechtspersonen, in het bijzonder stichtingen, WPNR 10 september 2005, nr. 6633 (2005), p. 656-663 en B.F. Assink, Verbindingen tussen bestuurderschap, bestuurdersaansprakelijkheid en civielrechtelijk bestuursverbod, WPNR 2013, p. 565-580).

Het civielrechtelijk bestuursverbod betreft een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties. Een bestuursverbod na een uitgesproken faillissement zal geen automatisme zijn. Om te voorkomen dat het wetsvoorstel als het ware boven het hoofd komt te hangen van bonafide bestuurders voor wie de wet niet is bedoeld, bevat het wetsvoorstel de nodige waarborgen. Zo is gekozen voor een limitatieve lijst met diverse gronden op grond waarvan de rechter een bestuursverbod kan opleggen. In de tweede plaats heeft de rechter beoordelingsvrijheid om, ook al is er op zich voldaan aan een van de gronden die oplegging van een bestuursverbod zou rechtvaardigen, toch niet tot oplegging ervan over te gaan. Met het oog op de toepasbaarheid van het bestuursverbod in de praktijk, is bij de vormgeving mede rekening gehouden met de bestaande bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. Een gecombineerde vordering waarin zowel de bestuurdersaansprakelijkheid wordt ingeroepen als een bestuursverbod wordt gevorderd, is goed voorstelbaar.

De curator en het openbaar ministerie zijn de aangewezen partijen om het bestuursverbod te kunnen vorderen. Het openbaar ministerie kan hiertoe overgaan wanneer het algemeen belang in het geding is, in het bijzonder als het gaat om de bestrijding van faillissementsfraude. Het toekennen van de

³ A.P.K. Luttikhuis en R.E. Timmermans, "Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisersbenadeling en conclusies", BJU Den Haag: 2007, p. 16.

bevoegdheid aan de curator is voor de hand liggend. De curator is in de praktijk namelijk de eerste die in een faillissement op signalen van fraude stuit. Bovendien sluit het toekennen van deze bevoegdheid aan de curator goed aan bij het voornemen om fraudesignalering een wettelijke taak te maken van de curator (Kamerstukken 2012/13, 29 911, nr. 76). Omdat de curator optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers, ligt het voor de hand dat de curator een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in overleg met de schuldeisers instelt. Daarbij staat het de schuldeisers uiteraard vrij om, binnen de wettelijke kaders, informatie met de curator te delen die voor zo'n procedure nuttig kan zijn. Evenals het geval is bij het voeren van een procedure om de bestuursaansprakelijkheid vast te stellen, is voor het voeren van de procedure tot het opleggen van een bestuursverbod een machtiging van de rechter-commissaris vereist (artikel 68 Fw).

Bij de gezamenlijke schuldeisers kan de wens bestaan om tot een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod te komen. Zij kunnen hiertoe in overleg treden met de curator. Ziet de curator af van een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod, dan kunnen de schuldeisers zich op voet van artikel 69 Fw tot de rechter-commissaris wenden. Na de curator gehoord te hebben, beslist de rechter-commissaris of de curator al dan niet de opdracht krijgt om een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen.

3. Het bestuursverbod in verhouding tot de bestaande strafrechtelijke bevoegdheden

Als sluitstuk van de bestrijding van faillissementsfraude fungeert de toepassing van het strafrecht. Faillissementsfraude is strafbaar gesteld in de artikelen 340 tot en met 344 Sr. Bij strafrechtelijke vervolging wegens faillissementsfraude kan naast een gevangenisstraf en geldboete in voorkomende gevallen als bijkomende straf ook een strafrechtelijk beroepsverbod worden opgelegd (artikel 349, tweede lid, Sr). Een dergelijk beroepsverbod kan inhoudelijk een bestuursverbod behelzen. De strafrechter zal bij de strafoplegging rekening kunnen houden met het gegeven dat de verdachte mogelijk al eerder een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd.

Het civielrechtelijk bestuursverbod heeft ten opzichte van het strafrechtelijk beroepsverbod een belangrijke toegevoegde waarde. Het biedt de mogelijkheid om in geval van faillissement snel passende maatregelen te nemen jegens bestuurders die verwijtbaar hebben gehandeld; een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden verzocht of gevorderd ook onafhankelijk van de vraag of misstanden rond een faillissement uiteindelijk aanleiding geven tot strafrechtelijke vervolging, bijvoorbeeld wegens oplichting, bedrieglijke bankbreuk, verduistering of valsheid in geschrifte.

4. Civielrechtelijke gevolgen van het bestuursverbod

Het bestuursverbod beoogt (toekomstige) schade te voorkomen, doordat een frauderende bestuurder niet opnieuw aan de slag kan gaan als bestuurder van een rechtspersoon om zijn activiteiten daarmee voort te zetten. Aldus kan de betrokken bestuurder niet langer gebruik maken van de beperkte aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt. Om het doel van het bestuursverbod te bereiken, kent het bestuursverbod een aantal rechtsgevolgen.

Ten eerste kan de betrokkene niet langer zijn taak als bestuurder uitoefenen bij de failliete rechtspersoon en eventuele andere rechtspersonen waar hij bestuurder is. De rechter krijgt de bevoegdheid om, waar nodig, een passende voorziening te treffen. Indien het bestuursverbod ertoe leidt dat een onderneming zonder bestuurders komt te zitten, dan kan de rechtbank nieuwe – tijdelijke – bestuurders benoemen. Bijkomend gevolg van de wettelijke belemmering om te fungeren als bestuurder, is dat de betrokken bestuurder niet langer de

rechtspersoon – als bestuurder – kan vertegenwoordigen. Dit rechtsgevolg kan ook implicaties hebben voor andere rechtspersonen dan de failliete rechtspersoon waar de betrokkene bestuurder is. Deze rechtspersonen zullen daarom op grond van het voorgestelde artikel 106c lid 2 Fw in de gelegenheid worden gesteld om in de procedure hun zienswijze naar voren te brengen over het gevorderde bestuursverbod.

Een belangrijk gevolg is verder dat de bestuurder niet opnieuw tot bestuurder kan worden benoemd. Wordt in strijd hiermee gehandeld, dan is een besluit tot benoeming van een bestuurder op grond van artikel 2:14 BW nietig. Hetzelfde geldt voor de verlening van een uitdrukkelijke of stilzwijgende volmacht, op welke wijze dan ook, als bedoeld in de artikelen 3:60 e.v. BW. Als deze volmacht, verstrekt door of namens een rechtspersoon, er op gericht is of tot gevolg heeft dat een door rechter onherroepelijk uitgesproken bestuursverbod direct of indirect wordt omzeild of uitgehold. Dan wordt iemand in de positie van feitelijk bestuurder geplaatst (art. 106d Fw). Ook dan is sprake van "strijd met de wet" als bedoeld in art. 2:14 lid 1 BW. Zo'n volmacht is derhalve nietig.

Doordat het bestuursverbod in een centraal register zal worden opgenomen, is het eenvoudig vast te stellen of een persoon een bestuursverbod heeft. Een eventuele inschrijving in het Handelsregister van de betrokkene als bestuurder zal in de toekomst worden geweigerd. Dat geldt eveneens voor de inschrijving van een met een bestuursverbod materieel gelijk te stellen volmacht. Hiertoe zal het Handelsregisterbesluit 2008 worden aangevuld met nieuwe weigeringsgronden voor inschrijving. Het voorgaande betekent ook dat een persoon met een bestuursverbod niet in de akte van de oprichting als bestuurder kan worden benoemd.

Verder kent het bestuursverbod als gevolg dat de betrokkene niet tot commissaris kan worden benoemd. Dat gevolg voorkomt de paradoxale situatie dat een betrokkene, die zelf geen bestuurder mag zijn, wel toezicht mag houden op het bestuur. Bovendien wordt voorkomen dat de betrokkene vanuit de functie van commissaris alsnog aanzienlijke invloed heeft op het door het bestuur te voeren beleid.

Het verbod is toegespitst op het besturen van rechtspersonen. Het betreft geen algeheel verbod om te ondernemen of een verbod op aandeelhouderschap. Dit betekent onder meer dat een persoon aan wie een bestuursverbod is opgelegd nog wel een eenmanszaak met persoonlijke aansprakelijkheid mag drijven. Zou ook deze vorm van economische activiteit worden verboden, dan zou sprake zijn van onverenigbaarheid met het proportionaliteitsbeginsel, omdat het bestuursverbod dan niet beperkt zou zijn tot bestuursfuncties, maar de facto zou neerkomen op een totaal ondernemingsverbod.⁴ Een daarmee zouden betrokkene wel heel veel mogelijkheden worden ontnomen om in zijn onderhoud te voorzien.

5. Handhaving

De handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod wordt op verschillende manieren geborgd. In de eerste plaats zullen de notaris en de Kamer van Koophandel hierin een rol hebben. Zij mogen niet meewerken aan de oprichting en inschrijving van een rechtspersoon waarin een bestuurder wordt benoemd die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen. Verder moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat een frauduleus iemand formeel niet, maar de facto wel leiding gaat geven aan een rechtspersoon. Om te voorkomen dat een opgelegd bestuursverbod zo kan worden omzeild, bijvoorbeeld door constructies met stromannen waarin de rechtspersoon feitelijk door iemand anders wordt bestuurd, is het van belang dat ook aan personen die het beleid bepalen als

⁴ Het belang van dit aspect werd bijv. ook benadrukt in EHRM 1 februari 2007 (*Storbraten/Noorwegen*), nr. 12277/04.

waren zij bestuurders een bestuursverbod kan worden opgelegd (vgl. het voorgestelde art. 106a lid 1 Fw).

In het verlengde hiervan ligt dat de inschrijving van buitenlandse rechtspersonen straks door de Kamer van Koophandel zal worden geweigerd, als blijkt dat deze rechtspersoon door iemand wordt bestuurd aan wie in Nederland een bestuursverbod is opgelegd. Volgens het Nederlands internationaal privaatrecht wordt bij de oprichting van een rechtspersoon gekeken naar de benoembaarheid van de bestuurders volgens het recht van het land waar de rechtspersoon wordt opgericht. Wanneer een buitenlandse rechtspersoon echter in Nederland actief wil zijn, zal zij zich moeten inschrijven in het Handelsregister bij de Kamer van Koophandel. Blijkt een bestuurder in Nederland een bestuursverbod te hebben, dan zal die inschrijving in de toekomst worden geweigerd. Hiertoe zal het Handelsregisterbesluit 2008 worden aangepast.

Transparantie is een belangrijke waarborg voor een effectief bestuursverbod. Het is daarom van groot belang dat een opgelegd bestuursverbod eenvoudig en online via een centraal register raadpleegbaar is. Bezien wordt nog op welke wijze dit het beste kan worden gerealiseerd. Een algemene maatregel van bestuur zal de registratie nader uitwerken.

Overigens heeft Nederland, in het kader van de nu lopende EU-onderhandelingen over de herziening van de Europese insolventieverordening, gepleit voor Europese kenbaarheid van bestuursverboden die door de lidstaten van de Europese Unie zijn opgelegd, via een koppeling van nationale registers. Hierdoor kunnen EU-lidstaten op de hoogte zijn van in een andere lidstaat opgelegde bestuursverboden, hetgeen malafide bestuurders in ieder geval ontmoedigt om hun frauduleuze praktijken over de grens in een ander EU-land voort te zetten.

6. Consultatie

Een voorontwerp is in het voorjaar van 2013 via internet in consultatie gegaan. Naast de nodige individuele reacties zijn commentaren ontvangen van de volgende koepels en bedrijven: FNV Bouw, de gecombineerde Commissie vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA) en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB), de Commissie insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten, de branche-organisatie voor in Nederland onder toezicht van de Nederlandse Bank staande trustkantoren Holland Quaestor, de Kamer van Koophandel, Loyens & Loeff N.V., de beroepsorganisatie voor bedrijfsjuridische adviseurs NEVOA, de Nederlandse Vereniging van Banken, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, PraktijkGenerator B.V., de Raad voor de rechtspraak, de Vereniging VEB NCVB, VNO-NCW en MKB Nederland, Vlaskamp advocaten alsmede van Warendorf advocaten en notarissen.

Ook is het voorontwerp ter advisering voorgelegd aan het College bescherming persoonsgegevens (CPB). Het CPB heeft bij brief van 4 juni 2013 laten weten geen advies te willen uitbrengen over een voorontwerp van wet dat voorwerp van internetconsultatie is.

Daarnaast is er vanuit de wetenschap zowel positief als kritisch gereageerd, en is door het Business & Law Research Centre van de Radboud Universiteit Nijmegen in samenwerking met Clifford Chance Amsterdam onder leiding van de heer R. Nowak rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar het bestaan en de vormgeving van een bestuursverboden in andere landen binnen de Europese Unie. Daaruit blijkt dat in ieder geval elf andere EU-lidstaten enigerlei vorm van bestuursverbod kennen. Nederland kan en wil daarbij niet achterblijven.

7. Belangrijkste aandachtspunten uit de consultatie

De consultatie leverde, niet onverwacht, zowel steun voor als kritiek op het wetsvoorstel op. Steun kreeg het voorontwerp vooral van de Raad voor de rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Nederlandse Vereniging van Banken, Holland Quaestor en de Vereniging VEB NCVB. Bepaald kritisch waren daarentegen Loyens & Loeff N.V., de genoemde adviescommissies van de NOvA en de KNB alsmede VNO-NCW en MKB-Nederland.

Uit de ontvangen commentaren komt een aantal aandachtspunten naar voren die het beste hier in algemene zin besproken kunnen worden, te weten a) de vraag of de Faillissementswet het beste kader is voor de voorgestelde regeling, b) de vraag of het beoogde bestuursverbod niet ook niet-faillissementsgerelateerde situaties zou moeten omvatten, c) de verhouding tot artikel 6 van het EVRM, d) de vraag of in wezen publieke taken niet aan de curator worden uitbesteed, e) de vraag wie een bestuursverbod zouden moeten kunnen vorderen, f) de vraag of een gesloten stelsel van gronden voor de oplegging van een bestuursverbod beter zou zijn en g) de kosten van de curator. Daaromtrent zij het volgende opgemerkt.

A en b: Beperking tot faillissementsgerelateerde situaties en regeling in de Faillissementswet

Door onder meer de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak en de Vereniging VEB NCVB is ervoor gepleit om het civielrechtelijke bestuursverbod ook te laten gelden voor situaties die niet direct of helemaal niet aan een faillissement zijn gerelateerd. Misbruik van rechtspersonen en wanbeleid door bestuurders en commissarissen en de daaraan inherente maatschappelijke schade beperken zich immers niet tot situaties van faillissement. Bijgevolg zou de regeling beter opgenomen kunnen worden in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek dan, zoals nu voorgesteld, in de Faillissementswet.

Hoewel de regering hiervoor begrip heeft, acht zij deze overwegingen niet zwaarwegend genoeg om de lijn van het voorontwerp te verlaten. De concrete aanleiding voor de aankondiging van de introductie van een civielrechtelijk bestuursverbod was immers bij uitstek fraudebestrijding, juist omdat het huidige civielrechtelijke instrumentarium hier tekort schiet en de directe maatschappelijke schade daarvan zo groot is (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74). Voor bestuurlijke misstanden binnen of jegens de rechtspersoon buiten faillissementsscenario's zal het bestaande sanctie-instrumentarium uitkomst kunnen bieden, waaronder –naast het strafrecht- intern toezicht, de mogelijkheid van schorsing of ontslag en eventuele rechterlijke interventie, bijvoorbeeld via de bestuurdersaansprakelijkheid of het enquêterecht. Gelet hierop ziet de regering op dit moment onvoldoende aanleiding voor de regeling van een breder bestuursverbod in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

Omgekeerd kan van algehele uitsluiting van bepaalde sectoren die onder specifiek (kwaliteits- en/of integriteits)toezicht staan, zoals door Holland Quaestor bepleit voor onder toezicht van de Nederlandse Bank staande trustkantoren, geen sprake zijn. Dat toezicht is van een andere orde dan de oplegging van een faillissementsgerelateerd civielrechtelijk bestuursverbod dat in dit wetsvoorstel aan de orde is. De in artikel 106a lid 1 Fw opgenomen discretionaire bevoegdheid van de rechter om een bestuursverbod al dan niet op te leggen is bovendien op zich voldoende om zo nodig met de specifieke kenmerken van bepaalde marktsectoren of bijzondere vormen van toezicht rekening te houden.

c. *De verhouding tot artikel 6 EVRM*

Door met name VNO-NCW, MKB-Nederland, Loyens & Loeff alsmede de adviescommissies van de NOvA en de KNB is opgemerkt dat het voorontwerp niet zou voldoen aan de eisen van artikel 6 van het EVRM omdat voor de betrokken bestuurders de gebruikelijke waarborgen zouden ontbreken, zoals het beginsel dat een verdachte niet aan zijn eigen veroordeling hoeft mee te werken (het zgn. nemo-tenetur-beginsel). In het bijzonder zou de verplichte medewerkingsplicht van de failliet jegens de curator, gecombineerd met de mogelijkheid om dit met de oplegging van een bestuursverbod af te dwingen, op gespannen voet staan met artikel 6 EVRM. Ook in de doctrine is hiervoor aandacht gevraagd.⁵

De regering deelt deze inschatting niet. Zo heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) in vaste rechtspraak geoordeeld dat een wettelijke medewerkings- of informatieplicht voor niet-punitieve doeleinden, zoals de adequate afwikkeling van een failliete boedel ten bate van de schuldeisers en de achterhaling van de oorzaken van een faillissement door de curator, is toegestaan.⁶ Belangrijker nog is het feit dat de EHRM-rechtspraak duidelijk maakt dat artikel 6 EVRM in casu toepassing mist, omdat het civielrechtelijke bestuursverbod niet kan worden gezien als een "criminal charge" in de zin van artikel 6 lid 1 EHRM. Zo overwoog het Europese Hof al in 1999:

"In the present case, the proceedings were classified as civil in domestic law, the disqualification of directors is a matter which is regulatory rather than criminal, and the "penalty" is neither a fine nor a prison sentence, but rather a prohibition on acting as a company director without the leave of the court. [...] it cannot be said that what is inherently a regulatory matter can thereby become a "criminal charge" within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. Thus, none of these criteria indicates that the applicant was charged with a "criminal offence", and the Court considers that the proceedings in the present case did not determine a criminal charge within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention (see also No. 36791/97, Comm. Dec. 21.5.98)."⁷

Om deze redenen acht de regering geen sprake van onverenigbaarheid met artikel 6 EVRM.

d. *Uitbesteding publieke taken aan de curator?*

In de consultatie is ook aandacht gevraagd voor de opvatting dat de aankondiging om fraudesignalering een wettelijke taak van de curator te maken er in feite toe leidt dat de curator wordt belast met in essentie publieke taken. Criminaliteitsbestrijding is immers, aldus onder meer de NOvA, VNO-NCW en de KNB, bij uitstek een overheidstaak.

De regering deelt deze uitgangspunten niet. De curator wordt immers niet belast met opsporings- en dwangbevoegdheden; zijn wettelijke taak blijft beperkt tot het signaleren van mogelijke fraudesignalen en het aandragen daarvan bij de bevoegde overheidsinstanties. Anno 2013 acht de regering dit vanuit rechtspolitieke overwegingen niet meer dan vanzelfsprekend. De curator mag naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ook zwaarwegende belangen

⁵ Boswijk/Vreede, "Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht", 4 Tijdschrift voor Insolventierecht 2013, p. 152-158.

⁶ EHRM, 21 april 2009, RvdW 2009/1202, nr. 19235/03 (*Martinnen/Finland*); EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, nr. 43/1994/490/572 (*Saunders/VK*) en o.a. EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04 (*Chambaz/Zwitserland*).

⁷ EHRM 14 september 1999 (*D.C., H.S. en A.D./United Kingdom*), nr. 39031/97, [2000] B.C.C. 710, o.a. bevestigd in EHRM 1 februari 2007 (*Storbraten/Noorwegen*), nr. 12277/04.

van maatschappelijke aard in zijn afwegingen betrekken (HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*) en HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou*). Onder dit dynamische begrip kunnen niet alleen de continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid, maar zeker ook de signalering van faillissementsfraude worden gebracht. Het is immers de curator die als eerste en daarmee beste in de positie is om te beoordelen of er al dan niet sprake is of kan zijn van een frauduleus faillissement. Het gaat in dit tijdsgewricht niet aan zijn wetenschap en expertise onbenut te laten. Steun hiervoor ligt ook in het feit dat het Voorontwerp Insolventiewet uit 2007 al voorzag in een fraudesignalerende taak voor de curator (vgl. m.n. art. 4.2.14; daar "bewindvoerder" genoemd). Overigens is het in meer algemene zin zeker niet ongebruikelijk om particuliere functionarissen bij wet een signalerende taak te geven in het kader van de bestrijding van maatschappelijk ernstig ongewenste activiteiten. De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme biedt daarvan een treffend voorbeeld.

Daarmee worden, anders dan VNO-NCW en MKB-Nederland kennelijk menen, de belangen van schuldeisers niet ondergeschikt gemaakt aan maatschappelijke belangen. De afwikkeling van de boedel in het belang van de gezamenlijke crediteuren blijft immers een kerntaak van de curator; fraudesignalering komt daar nu als taak bij, hetgeen overigens in menig geval ook in het belang van de gezamenlijke crediteuren zal zijn.

Ten slotte zij opgemerkt dat de curator alleen een vordering tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod kan instellen na de voorafgaande instemming van de rechter-commissaris (art. 68 Fw). Het ontbreken daarvan kan leiden tot aansprakelijkheid van de curator jegens de gefailleerde en de schuldeisers (art. 72 lid 1 Fw). Voor een willekeurig of ongebreideld optreden van de curator hoeft daarom niet te worden gevreesd. Overigens zal diezelfde rechter-commissaris bij zijn beslissing meewegen of de curator een juiste afweging heeft gemaakt tussen de kosten en het publieke belang dat met de vordering van een bestuursverbod is gemoeid en het belang van boedelmaximalisatie ten bate van de gezamenlijke schuldeisers.

e. Wie moet een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen vorderen?

In het voorontwerp was de mogelijkheid om een bestuursverbod te vorderen voorbehouden aan de curator en het Openbaar Ministerie. De Vereniging VEB NCVB heeft bepleit dat iedere belanghebbende, ook bijvoorbeeld de werknemer, crediteur, aandeelhouder of een representatieve organisatie een dergelijke vordering in zou moeten kunnen stellen, zelfs in andere dan civiele procedures, zoals de enquête- en jaarrekeningprocedure.

De regering is geen voorstander van een dergelijke verbreding. Het zou bijna een actio popularis worden, met een horizontaal bestuursverbod dat in feite op geen enkele wijze nog faillissementsgerelateerd zou zijn. Dat miskent niet alleen de bijzondere rechtvaardiging van de onderhavige maatregel, te weten de bestrijding van faillissementsfraude, maar ook de bijzondere verantwoordelijkheden ter zake van het Openbaar Ministerie en de curator. Ten slotte is de vordering van een bestuursverbod ook in het recht van, bijvoorbeeld, Frankrijk, België, Luxemburg, Polen, Zweden en het Verenigd Koninkrijk voorbehouden aan het OM en c.q. of de curator.

f. Een gesloten stelsel van gronden voor bestuursverboden

Het in consultatie gegeven voorontwerp voorzag aanvankelijk in een tweetrapsregime. Allereerst werd bepaald dat een bestuurder een bestuursverbod zou kunnen krijgen als hij zijn taken tijdens of in de drie jaar voorafgaand aan een faillissement "kennelijk onbehoorlijk" had vervuld. Het criterium "kennelijk onbehoorlijk" was specifiek ontleend aan de regeling voor de bestuurdersaansprakelijkheid, bedoeld in de artikelen 2:138 en 2:248 BW.

Vervolgens werd deze in feite open norm van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling ingevuld met een aantal concrete omstandigheden, waarin "in ieder geval" sprake was van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

Hierop is in de consultatie de nodige kritiek geuit, met name door VNO-NCW en MKB-Nederland, Loyens en Loeff, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de NOvA en de KNB alsmede de Nederlandse Vereniging van Banken. In essentie rust de kritiek op twee pijlers. In de eerste plaats leidt hantering van de genoemde open norm ertoe dat er de nodige rechtsonzekerheid kan ontstaan over de vraag wanneer al dan niet een bestuursverbod kan worden opgelegd. Door onder meer de Raad voor de rechtspraak en de NVB is daarom aangedrongen op een concretere formulering van de gronden voor de oplegging van een bestuursverbod. In de tweede plaats wordt hetzelfde criterium, te weten "onbehoorlijke taakvervulling" gebruikt voor in feite twee geheel verschillende situaties, namelijk de bestuurdersaansprakelijkheid, enerzijds, en de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod, anderzijds. Dat werkt, aldus veel reacties in de consultatie, rechtsonzekerheid in de hand, roept allerlei vragen over mogelijke reflexwerking op en bergt het risico in zich van onnodig uiteenlopende leerstukken. Een gesloten stelsel met concrete gronden voor de oplegging van een bestuursverbod heeft daarom de voorkeur.

De regering neemt deze overwegingen ter harte en heeft zich de kritiek aangetrokken. In de huidige opzet is gekozen voor een zogenaamd gesloten stelsel van gronden op grond waarvan een bestuursverbod opgelegd kan worden. Daarbij zijn op zich de gronden gehandhaafd, die al in het voorontwerp waren geëxpliciteerd, te weten: a) vaststelling van de bestuurdersaansprakelijkheid, b) repeterende faillissementen in korte tijd, c) paulianeus handelen met aanmerkelijke benadeling van de schuldeisers, d) het begaan van bepaalde fiscale delicten en, ten slotte, e) de ernstige verzaking van de medewerkings- en inlichtingenplichten jegens de curator. Inherent aan de herziene formulering van de genoemde gronden voor de oplegging van een bestuursverbod is dat de betrokken bestuurder zich kan disculperen. Daarop wordt bij de artikelsgewijze behandeling teruggekomen.

g. Kosten van de curator

Als bezwaar tegen de mogelijkheid om de curator de bevoegdheid te geven een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen is onder andere door VNO-NCW en MKB-Nederland aangevoerd dat er onvoldoende aandacht is voor de extra kosten die de curator hiervoor moet maken. De NOvA en de KNB merken hierbij op dat de door de curator te maken kosten niet ten laste van de boedel mogen komen en dus geen nadelen voor crediteuren mogen opleveren.

Vooropgesteld zij dat de mogelijkheid voor de curator tot vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod een sequeel is van het feit dat fraudesignalering straks een wettelijke taak van de curator wordt (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74), hetgeen ook in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zal zijn. Daarbij weegt uiteraard mee dat de curator nu als regel al onderzoek verricht naar de oorzaken van het faillissement en de rol die onder meer het bestuur daarbij heeft gespeeld (par. 5.1 van de Insolad Praktijkregels voor curatoren). Het kostenaspect wordt daarom meegenomen in het aangekondigde wetsvoorstel versterking positie curator, waarvan het streven is om dit nog dit jaar in consultatie te geven (Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1).

Het kostenaspect vormt een belangrijk aandachtspunt, althans in die gevallen waarin de boedel zelf geen of onvoldoende middelen voor de curator bevat om een bestuursverbod te vorderen. Daarover is in de brief van 26 november 2012 al opgemerkt dat bijvoorbeeld gedacht zou kunnen worden aan de afdracht van een beperkte boedelbijdrage via een degressieve staffel voor de financiering van de curator en fraudebestrijding. Ook andere

financieringsvarianten zijn uiteraard denkbaar. Ik ben en ga hierover in overleg met de verschillende belanghebbenden, en zal Uw Kamer over de voortgang informeren zodra daartoe concreet aanleiding bestaat.

8. Gevolgen voor het bedrijfsleven en nalevingkosten

Het wetsvoorstel introduceert geen nieuwe wettelijke informatieverplichtingen voor bedrijven en mitsdien geen nieuwe administratieve lasten. Het wetsvoorstel beoogt juist de maatschappelijke last van faillissementsfraude ook voor het bedrijfsleven te verminderen.

Het Openbaar Ministerie heeft daarin een belangrijke, zij het niet exclusieve rol. Het OM treedt op als het algemeen belang daarom vraagt. Dit 'openbaar belang'-criterium geldt al bij de inzet van andere civiele bevoegdheden door het OM, zoals de ontbinding van rechtspersonen, het uitoefenen van het enquête-recht of het vorderen van een faillissement. Het OM beschouwt het bestuursverbod van toegevoegde waarde in die gevallen waarin de civielrechtelijke weg als een adequaat alternatief voor strafrechtelijk optreden kan dienen. Het OM draagt zorg voor ondersteunende expertise om de bevoegdheid effectief te kunnen inzetten, waarbij idealiter door het OM zal kunnen worden voortgebouwd op een bestaand faillissementsdossier. Bezien zal daarom worden in hoeverre de expertise daartoe al dan niet in voldoende mate aanwezig is.

De Raad voor de rechtspraak verwacht dat oplegging van een bestuursverbod vooral zal worden gevraagd bij faillissementen van rechtspersonen waarin een bestuurder toch al aansprakelijk wordt gesteld op grond van de artikelen 2:138/2:248 BW, en dat hierdoor de invoering van het wetsvoorstel waarschijnlijk niet zal leiden tot een substantiële toename van rechtszaken inzake bestuurdersaansprakelijkheid. Daarom zullen, naar de inschatting van de Raad, de totale kosten voor de rechtspraak beperkt blijven.

Aannemend dat de inschatting van de Raad voor de rechtspraak juist is dat oplegging van een bestuursverbod vooral zal worden gevraagd bij faillissementen van rechtspersonen waarin een bestuurder toch al aansprakelijk wordt gesteld op grond van de artikelen 2:138/2:248 BW, zal een curator vaak beide acties in één vordering kunnen indienen. De meerkosten van de vordering van een civielrechtelijk bestuursverbod zijn dan betrekkelijk gering⁸ en zullen, ook als zij ten laste van de boedel zouden komen, de crediteuren doorgaans hooguit beperkt raken. Dat is ook de overtuiging die ontstaat uit de veelvuldige contacten met de stakeholders. Insolad heeft desgevraagd een indicatie gegeven van de kosten die gemoeid zouden zijn bij toepassing van het bestuursverbod. Deze gegevens zullen worden betrokken in het overleg met Insolad en Recofa over de bredere vraag naar de middelen die eventueel nodig zijn om de aangekondigde nieuwe wettelijke taak van fraudesignalering door curatoren vorm te geven. Het bestuursverbod vormt daarvan immers een onderdeel.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Artikel 106a Faillissementswet

Eerste lid

Het nieuwe artikel 106a van de Faillissementswet bevat de grondslag voor het civielrechtelijke bestuursverbod. In het eerste lid is allereerst bepaald dat zowel het openbaar ministerie als de curator een bestuursverbod kan vragen. Tenzij anders bepaald, zijn hierop de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke

⁸ In deze zin ook Philips, "Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod", 4 Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk 2013, par. 3.3.

Rechtsvordering van toepassing, met inbegrip van hoger beroep en cassatie. Weliswaar bepaalt art. 85 Fw dat alle beschikkingen "in zaken, het beheer of de vereffening des faillieten boedels betreffende", door de rechtbank in hoogste ressort worden gewezen. De oplegging van een bestuursverbod behoort hier echter niet toe. Mitsdien zijn regulier beroep in feitelijke instantie en, vervolgens, cassatie mogelijk (vgl. art. 78 Wet op de rechterlijke organisatie en, in meer alg. zin: HR 3 juli 1989, NJ 1989/770). Het ingrijpende karakter van een bestuursverbod rechtvaardigt de mogelijkheid van een beoordeling in meerdere instanties.

Het openbaar ministerie dient hiertoe een verzoek in bij de rechtbank. Deze bevoegdheid van het openbaar ministerie sluit aan bij andere bepalingen in het rechtspersonenrecht, zoals de ontbinding van de vereniging (artikel 2:20 BW), het ontslag van bestuurders van een stichting (artikel 2:298 BW) en de ontbinding van de vennootschap wegens gebrek aan baten (artikel 2:185 BW). Ook in die gevallen is gekozen voor een verzoekschriftenprocedure.

Verder zal ook de curator een bestuursverbod kunnen vorderen. Deze bevoegdheid ontstaat zodra een curator is benoemd en eindigt met diens defungeren. Voorgesteld wordt om, conform de suggestie van de Raad voor de rechtspraak, de procedure tot het verkrijgen van een bestuursverbod voor de curator naar diens keuze vorm te geven als een verzoekschrift- of dagvaardingsprocedure. Dit laatste ligt voor de hand, als een vordering tot het treffen van een bestuursverbod in de praktijk samen gaat met een vordering tot het vaststellen van de aansprakelijkheid van de betrokken bestuurder. Dit geschiedt immers in een dagvaardingsprocedure. Deze combinatie van vorderingen –bestuurdersaansprakelijkheid en bestuursverbod- zal zich naar verwachting in de praktijk het meeste voordoen.

Het begrip 'bestuurder' sluit aan bij de terminologie van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en omvat op grond van artikel 106d, tweede lid, ook de uitvoerende bestuurder wanneer is gekozen voor een monistisch stelsel van bestuur (vgl. artikel 2:129a BW). Om te voorkomen dat bestuurders zich aan een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen onttrekken door in het zicht van of kort voor een faillissement bewust te defungeren, is in het voorgestelde art. 106a lid 1 Fw verduidelijkt dat onder bestuurder tevens wordt begrepen "de gewezen bestuurder". Ook hij komt, als aan alle overige voorwaarden van art. 106a Fw is voldaan, in aanmerking voor de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod.

Wordt door de curator een civielrechtelijk bestuursverbod op een van de andere gronden of los van de bestuurdersaansprakelijkheid gevorderd, dan kan – zoals de Raad voor de rechtspraak heeft opgemerkt- worden volstaan met de laagdrempeliger (en goedkopere) verzoekschriftenprocedure.

Voor het voeren van de procedures heeft de curator op grond van artikel 68 Fw altijd een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris nodig; daarin ligt een belangrijke waarborg tegen lichtvaardig gebruik van de procedure door de curator. De in de consultatie wel geuite vrees voor misbruik door de curator van zijn vorderingsbevoegdheid, in die zin dat dit als oneigenlijk dwangmiddel jegens de failliet wordt ingezet, wordt daarom ongegrond geacht. De gefailleerde kan hierover bovendien zijn beklag doen bij de rechter-commissaris (art. 69 Fw).

Het eerste lid brengt tot uitdrukking dat de oplegging van een bestuursverbod beperkt is tot faillissementsgerelateerde situaties. Het moet gaan om feiten en omstandigheden die hebben plaatsgevonden tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement. Dat maakt dat er, anders dan wel bepleit, onvoldoende aanleiding is voor regeling in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek; de meest gereede plaats is wetstechnisch de Faillissementswet.

De zinsnede "kan de rechtbank een bestuursverbod uitspreken" laat de rechter de ruimte om alle omstandigheden van het geval mee te wegen. Dit

betekent bijvoorbeeld dat een bestuurder die formeel aansprakelijk kan zijn vanwege onbehoorlijk bestuur – bijvoorbeeld omdat hij nalatig is geweest in het corrigeren van zijn medebestuurders – niet per definitie een bestuursverbod krijgt opgelegd, omdat de gedragingen van deze bestuurder op zichzelf genomen niet zodanig zwaarwegend hoeven te zijn, dat deze de oplegging van een bestuursverbod rechtvaardigen. De proportionaliteit van de maatregel wordt hiermee gewaarborgd.

Vervolgens somt art. 106a Fw limitatief vijf specifieke situaties op waarin de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod, behoudens disculpatie, gerechtvaardigd wordt geacht. Het is uiteraard denkbaar dat in een procedure meerdere gronden van toepassing zijn. Zo kan aan een bestuurder een bestuursverbod worden opgelegd omdat onder zijn verantwoordelijkheid geen jaarrekening is gepubliceerd en, cumulatief, wegens het in ernstige mate tekortschieten in de op hem rustende verplichting om de curator behoorlijk van inlichtingen te voorzien.

Het voorontwerp berustte op de premisse dat bepaalde feiten en omstandigheden uit de aard der zaak onbehoorlijk bestuur opleverden, waarbij het vervolgens aan de betrokken bestuurder was om zich te disculperen. Daartoe was in het voorgestelde artikel 106a lid 4 Fw een aan de artikelen 2:138 lid 3 en 2:248 lid 3 BW ontleende disculpatiegrond opgenomen. Per saldo leverde dit, zoals in de consultatie terecht is opgemerkt, een rechtsvermoeden met omgekeerde bewijslast op.

Dit is, bij nadere overweging, bij een zo ingrijpende sanctie als een civielrechtelijk bestuursverbod een te vergaand stelsel. Daarom is gekozen voor een andere systematiek: in de vijf gronden voor de oplegging van een bestuursverbod is op enigerlei wijze – direct dan wel indirect – tot uitdrukking gebracht dat er een ernstig persoonlijk verzuim van de bestuurder in het geding moet zijn. Het is aan de curator of, in voorkomend geval, het Openbaar Ministerie om dit te bewijzen, en aan de betrokken bestuurder om tegenbewijs te leveren. Dat is in reguliere civiele procedures niet anders. Dat betekent dat thans wordt afgezien van het wettelijk vermoeden dat bepaalde feiten en omstandigheden per se kwalificeren voor een bestuursverbod. Gelet hierop kan ook de generieke disculpatiemogelijkheid, zoals aanvankelijk voorgesteld in art. 106a lid 4, komen te vervallen. In de formulering van ieder van de onderdelen a tot en met e van art. 106a Fw ligt immers besloten dat de betrokken bestuurder aannemelijk kan maken dat hem geen of onvoldoende verwijt treft. De disculpatiemogelijkheden liggen daarmee in feite in art. 106a lid 1 Fw zelf besloten. Hieronder zal dat onderdeelsgewijs nader worden toegelicht.

Onderdeel a

De in onderdeel a opgenomen grond hangt samen met het feit dat als eenmaal de bestuurdersaansprakelijkheid vaststaat op grond van de artikelen 2:138 of 2:248 BW, daarmee tevens voldoende grondslag is gegeven voor de oplegging van een bestuursverbod. Van belang daarbij is dat hier wel aannemelijk moet zijn dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement moet zijn. Juist omdat een concreet verband met het faillissement daar ontbreekt, is afgezien van opname van een verwijzing naar de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW.

De algemene verwijzing naar de artikelen 2:138 en 2:148 BW impliceert tevens een indirecte verwijzing naar de beide leden 2 van deze artikelen, die nadrukkelijk op de verplichting van het bestuur zien ingevolge de artikelen 2:10 (boekhoudplicht) en 2:394 BW (tijdige publicatie jaarrekening). Wordt niet aan deze verplichtingen voldaan, dan is er op grond van artikel 2:138 lid 2 BW respectievelijk artikel 2:248 lid 2 BW, behoudens disculpatie, sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat deze een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze bewijsvermoedens zijn derhalve ook in casu relevant. Volgens deze bepalingen wordt een onbelangrijk verzuim niet in

aanmerking genomen. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn, wanneer een jaarrekening slechts enkele dagen te laat is gepubliceerd. Naarmate de termijnoverschrijding langer is, ligt het minder voor de hand dat er sprake is van een onbelangrijk verzuim (HR 2 februari 1996, NJ 1994, 406). Overigens leidt een beperkte schending van een publicatieplicht op zich niet zonder meer tot een omstandigheid op grond waarvan krachtens art. 106a Fw een bestuursverbod kan worden gevorderd. Daarvoor geldt immers als bijkomende voorwaarde, in afwijking van de artikelen 2:138 en 2:248 BW, dat zich dit moet hebben voorgedaan tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement.

Op grond van de artikelen 2:138 lid 3 en 2:248 lid 3 BW is een bestuurder niet aansprakelijk als hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Dit is een generieke disculpatiemogelijkheid in de specifieke context van de bestuurdersaansprakelijkheid. Voor bestuurders is dit een belangrijk plechtanker om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Wordt desondanks toch geconcludeerd dat er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, dan is de disculpatie door de betrokken bestuurder a fortiori niet geslaagd.

De verwijzing naar de artikelen 2:138 en 2:248 BW betekent op zich dat de daar genoemde grond voor oplegging van een bestuursverbod is beperkt tot naamloze en besloten vennootschappen, alsmede tot het specifieke geval van, samengevat, failliete verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen die aan de heffing van de vennootschapsbelasting zijn onderworpen (artikelen 2:50a, 2:53a en 2:300a BW). Er is echter wetgeving in voorbereiding die gaat voorzien in de bestuurdersaansprakelijkheid bij alle verenigingen, stichtingen en coöperaties. Na inwerkingtreding daarvan zullen ook deze rechtspersonen integraal binnen het bereik van de art. 106a e.v. Fw gaan komen.

Onderdeel b

Onderdeel b voorziet in de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuursverbod als het bestuur – als schuldenaar – rechtshandelingen heeft verricht die op grond van de faillissementspauliana wegens schuldeisersbenadeling zijn vernietigd. Deze grond sluit aan bij de artikelen 42 tot en met 47 van de Faillissementswet.

Het is niet de bedoeling om iedere paulianeuze handeling bij voorbaat te laten kwalificeren voor een bestuursverbod. Op zich voorzien de artikelen 42 e.v. Fw al in een correctiemechanisme om de schuldeisersbenadeling ongedaan te maken of te mitigeren. Om de grondslag voor een bestuursverbod te kunnen vormen, moet het paulianeuze handelen daarom twee extra kwalificerende elementen in zich dragen.

Allereerst moet de bestuurder de gewraakte rechtshandeling waardoor schuldeisers zijn benadeeld “doelbewust” hebben verricht. Het kwalificeert het bestreden handelen van de betrokken bestuurder door het intentionele karakter van de benadeling van crediteuren te benadrukken. Hem moet, met nadere woorden, een ernstig persoonlijk verwijt treffen. Ook bij bijvoorbeeld het leerstuk van de oneerlijke handelspraktijken wordt het doelbewustheidscriterium gehanteerd om bijzonder verwijtbaar handelen tot uitdrukking te brengen (art. 6:193g, onderdeel m, BW).

Een tweede kwalificerend element ligt in de mate van benadeling van de schuldeisers. Het traditionele leerstuk van de pauliana gaat uit van “gewone” schuldeisersbenadeling (art. 42 e.v. Fw). Als aanvullend criterium voor een mogelijk bestuursverbod geldt dat schuldeisers “aanmerkelijk” moeten zijn benadeeld. Het doel hiervan is te voorkomen dat beperkte of in het geheel van het faillissement ondergeschikte vormen van faillissementspauliana (de zgn. kleine pauliana’s), zoals het weggeven van bedrijfsmiddelen die bijna zijn afgeschreven aan een familielid, bij voorbaat al zouden kunnen leiden tot het opleggen van een bestuursverbod. Strikte criteria voor de invulling van het begrip

“aanmerkelijk” zijn niet te geven – de beoordeling is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Elementen die hierbij een rol kunnen spelen zijn onder meer de aard, omvang en frequentie van de benadeling, de omvang van de boedel en de omvang van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers. Daarom is gekozen voor een meer open omschrijving, die voldoende ruimte aan de rechter laat voor maatwerkbeoordelingen.

Artikel 42 lid 1 Fw spreekt over rechtshandelingen waarvan het bestuur wist of behoorde te weten dat de schuldeisers hierdoor zouden worden benadeeld. Terecht is er tijdens de NOvA en de KNB op gewezen dat duidelijk moet zijn dat de bestreden paulianeuze rechtshandelingen door de betrokken bestuurder niet alleen moeten zijn verricht, maar ook door hem moeten zijn mogelijk gemaakt of niet verhinderd. Thans is dit in artikel 106a lid 1 onderdeel b opgenomen.

Verder is er in de consultatie terecht op gewezen dat het een bijzonder kwalijke praktijk is als de schuldenaar en de crediteur als het ware samenspannen om, in de wetenschap dat er faillissement is aangevraagd of nadat onderling overleg tot een betaling heeft geleid, een opeisbare schuld te voldoen met het oogmerk om de betrokken crediteur boven andere schuldeisers te bevoordelen. Naar aanleiding hiervan is vernietiging op grond van samenspanning, geregeld in art. 47 Fw, eveneens opgenomen bij de gronden die de oplegging van een bestuursverbod kunnen rechtvaardigen.

Vernietiging is bij een reguliere pauliana slechts mogelijk als de wederpartij van deze benadeling op de hoogte was of had moeten zijn. De wet voorziet ter bepaling daarvan in een aantal rechtsvermoedens, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een schenking aan een familielid van de bestuurder (vgl. m.n. art. 43 Fw). Deze bewijsvermoedens zijn ook in de procedure tot het treffen van een bestuursverbod van toepassing.

Voor de toepassing van onderdeel b is vereist dat de rechtshandelingen daadwerkelijk zijn vernietigd. Normaal gesproken volstaat een buitengerechtelijke verklaring van de curator voor de vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling (art. 42 lid 1 Fw). Het zou echter haaks staan op het bijzondere karakter van een civielrechtelijk bestuursverbod, als de grondslag daarvoor zou kunnen worden gelegd door een ‘eenvoudig’ briefje van de curator. Vandaar dat in onderdeel b is bepaald dat voor de oplegging van een bestuursverbod is vereist dat de betrokken rechtshandeling is vernietigd door de rechter. De vordering tot vernietiging van de gewraakte rechtshandeling wordt ingesteld door de curator (art. 49 lid 1 Fw), en kan zo nodig worden gecombineerd met een vordering tot oplegging van een bestuursverbod (art. 106a Fw). Worden de bestreden rechtshandelingen vernietigd, dan staat vast dat de bestuurder in kwestie doelbewust heeft gehandeld in de wetenschap dat de benadeling van schuldeisers het gevolg was of, sterker nog, dat er sprake was van samenspanning. Kortom, zijn eventuele poging tot disculpatie is niet geslaagd.

Onderdeel c

Onderdeel c bevat het criterium “in ernstige mate tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator”. Doel is om bestuurders die de afwikkeling van het faillissement bewust frustreren, effectiever te kunnen aanpakken. Bij de huidige stand van zaken gaat het hier onder meer om de verplichting van de failliet om ingevolge artikel 105, eerste lid, Fw te verschijnen voor de commissie van schuldeisers, de curator of de rechter-commissaris om inlichtingen te verschaffen. Onder omstandigheden mag van de failliet ook worden gevraagd dat hij uit zichzelf, zonder verzoek van de curator, inlichtingen verschaft (HR 15 februari 2002, NJ 2002, 259, m.nt. B. Wessels). Deze bepaling is ingevolge artikel 106 Fw ook van toepassing op bestuurders van rechtspersonen. Ook het niet-nakomen van afspraken om bepaalde gegevensdragers over te dragen (artikel 92 Fw, zoals uitgelegd in HR 5 maart

2010, NJ 2010, 453) behoort tot de verplichtingen waarvan schending de oplegging van een bestuursverbod kan rechtvaardigen.

Een bestuursverbod kan slechts worden opgelegd als de bestuurder "in ernstige mate" tekortschiet in zijn verplichtingen. Een gering verzuim van de informatie- of medewerkingsplichten door de bestuurder van de failliete rechtspersoon, zoals een minieme termijnoverschrijding, zal daarom in de regel de oplegging van een bestuursverbod niet kunnen rechtvaardigen. Dat ligt uiteraard anders, als getracht wordt om de goede afwikkeling van het faillissement bewust te frustreren. Het is aan de curator c.q. het Openbaar Ministerie om aan te tonen dat er a) sprake is van "tekortschieten" in de inlichtingen en medewerkingsverplichtingen jegens de curator en b) dat hiervan "in ernstige mate" sprake is. Dit levert voor de bestuurder in kwestie twee mogelijkheden op om tegenbewijs te leveren. Slaagt hij daarin, dan kan geen bestuursverbod worden opgelegd. In zoverre kan hij zich ook hier disculperen.

In de hiervoor beschreven gevallen is een voorafgaand verzoek van de curator vereist, zodat er geen misverstand kan ontstaan over het bestaan van de verplichting om inlichtingen te verschaffen of bescheiden te verstrekken. Het verzoek is vormvrij en laat hiermee de mogelijkheid open dat het verzoek op elektronische wijze wordt verstuurd. In het verzoek kan de bestuurder ook op de gevolgen worden gewezen van het niet-nakomen van de op hem rustende verplichtingen, namelijk inbewaringstelling (artikel 87 Fw) of een mogelijk bestuursverbod.

Verder zal in de toekomst de verplichting om de curator de middelen te verschaffen om de inhoud van eventueel versleutelde informatie leesbaar te maken onder de reikwijdte van artikel 106a Fw vallen. Daarmee wordt voorkomen dat de curator wordt geconfronteerd met versleutelde bestanden. Tot slot zal ook de weigering om mee te werken om de curator toegang te verschaffen tot eventuele buitenlandse banktegoeden in de toekomst tot een bestuursverbod kunnen leiden (Kamerstukken II 2012/13, 29911 nr. 74).

Het bewust frustreren door de failliet van de goede afwikkeling van een faillissement betekent dat het de curator zeer moeilijk of onmogelijk wordt gemaakt om zijn taken bij de afwikkeling van de boedel namens de gezamenlijke schuldeisers adequaat te vervullen, evenals om zijn plichten jegens de rechter-commissaris goed na te komen. Daarnaast kunnen hierdoor schuldeisers, zekerheidsgerechtigden alsmede bijvoorbeeld de fiscus, en daarmee de samenleving als geheel, ernstig worden benadeeld. Om deze redenen levert niet-naleving van de inlichtingenplicht jegens de curator een strafbaar feit op, waarop maximaal een jaar gevangenisstraf of een geldboete van de derde categorie als straf staat (art. 194 Sr). Het betreft hier echter een repressieve sanctie. Daarnaast kan de bewuste frustratie van een faillissement dermate veel schade berokkenen, dat een preventieve sanctie in de vorm van een civielrechtelijk bestuursverbod gerechtvaardigd is. Artikel 106a lid 1 onderdeel c voorziet daarin.

Onderdeel d

Onderdeel d bevat een grond die ziet op het geval dat de failliet of de bestuurder van de failliete rechtspersonen meerdere malen binnen een relatief korte periode, i.c. minstens driemaal binnen drie jaar, failliet gaat. Veel faillissementsfraude openbaart zich door een in de tijd relatief korte opeenvolging van faillissementen waarbij uiteindelijk telkens dezelfde bestuurder is betrokken. Deze faillissementsrecidive of repeterende faillissementen door stelselmatige faillissementsfraudeurs rechtvaardigen een afzonderlijke grond voor een bestuursverbod. De Kamer van Koophandel kan de curator of het Openbaar Ministerie actief informeren over de vraag of er sprake is van repeterende faillissementen.

De grens wordt bij drie faillissementen gesteld, zodat er voldoende ruimte blijft bestaan voor ondernemers om, in het kader van het bevorderen van een tweede kans, na faillissement opnieuw als ondernemer aan de slag te gaan.

In de consultatie is van verschillende kanten, zoals door Holland Quaestor, de NOvA, de KNB, VNO-NCW en MKB-Nederland terecht aangevoerd dat faillissementsrecidive op zich nog niet betekent dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Gevallen waarin het huidige of eerdere faillissementen zijn te wijten aan overmacht, externe marktomstandigheden of een ongelukkige samenloop van omstandigheden, zoals het faillissement of de langdurige betalingsonmacht van een essentiële toeleverancier, komen normaal gesproken niet in aanmerking voor een bestuursverbod. De betrokken bestuurder kan zich in die gevallen disculperen met een beroep op het feit dat hem ter zake van de faillissementsrecidive geen "persoonlijk verwijt" treft, zoals het nu in het voorgestelde artikel 106a lid 1 onderdeel d Fw is geformuleerd. Deze formulering laat de rechter de vrijheid om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Te denken valt aan een faillissement van meerdere cliëntvennootschappen die door een trustkantoor worden beheerd, het feit dat iemand als interimmanager wordt geconfronteerd met meerdere faillissementen binnen korte tijd of het geval waarin in één keer of zeer kort achtereen een concern van onderling verbonden rechtspersonen failliet gaat. In lang niet al deze gevallen zal het louter repetitieve of samenhangende karakter van deze faillissementen meebrengen dat de betrokken bestuurder een "persoonlijk verwijt" treft.

Aparte aandacht verdient hier de zogenaamde "katvangerproblematiek". Het gaat daarbij in feite om stromannen die een dubieuze bestuurder of bijvoorbeeld een bestuurder met een civielrechtelijk bestuursverbod, niet zelden tegen betaling, behulpzaam zijn bij het oprichten van een (web aan) rechtspersonen. In veel gevallen wordt er geen of nauwelijks materieel invulling gegeven aan het zijn van bestuurder, maar heeft dat bestuurderschap veeleer een pro-forma-karakter. Als er in die gevallen sprake is van repeterende faillissementen in relatief korte tijd, dan kan de betrokken (formele) bestuurder in de regel wel degelijk een persoonlijk verwijt worden gemaakt. Dat ligt dan vooral in het feit dat hij niets of onvoldoende heeft gedaan om de betrokken rechtspersoon actief te besturen dan wel om een of meer van deze faillissementen te voorkomen. In die omstandigheden is er volgens de ratio van dit wetsvoorstel voldoende grondslag en aanleiding voor de oplegging van een bestuursverbod.

Onderdeel e

In het voorgestelde onderdeel e wordt een grond opgenomen die betrekking heeft op aan de bestuurder of rechtspersoon wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) opgelegde bestuurlijke boeten. In de AWR is bepaald dat een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van belasting- dan wel administratieplichtige een aantal verplichtingen moet nakomen, waarvoor bij niet-nakoming een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Voor het bepalen of sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van de bestuurder van de rechtspersoon wordt aangesloten bij enkele van deze bestuurlijke boeten. In het voorgestelde onderdeel e -in samenhang met de aanhef- wordt in feite bepaald dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld wanneer tijdens het faillissement of in de drie jaren daaraan voorafgaand een vergrijpboete op basis van de artikelen 67d, 67e of 67f van de AWR is opgelegd.

Artikel 67d van de AWR betreft het opzettelijk niet, onjuist of onvolledig doen van de aangifte bij een aanslagbelasting. De vergrijpboete van artikel 67e van de AWR ziet op de situatie waarin het, met betrekking tot een aanslagbelasting, aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige is te wijten dat de aanslag tot een te laag bedrag is vastgesteld of anderszins te weinig belasting is geheven. Artikel 67f van de AWR betreft de situatie waarin het aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige is te wijten dat belasting die op aangifte moet worden voldaan of afgedragen niet, gedeeltelijk niet, dan wel niet binnen de in de belastingwet gestelde termijn is betaald. Een op grond van de

artikelen 67d, 67e of 67f van de AWR opgelegde bestuurlijke boete kan slechts de oplegging van een bestuursverbod rechtvaardigen als de betreffende boete onherroepelijk is op het moment waarop de rechter het gevorderde bestuursverbod toewijst.

Het gaat hierbij telkens om vergrijpen waarbij sprake moet zijn van opzet of grove schuld. Het is aan de Belastingdienst om dit te bewijzen, terwijl de betrokken bestuurder zich kan disculperen middels tegenbewijs. Slaagt hij daarin niet, dat rechtvaardigt dat niet alleen een fiscale vergrijpboete, maar tevens de oplegging van een bestuursverbod. Weliswaar heeft de rechter de bevoegdheid om de door de fiscus gevorderde boete te matigen. Deze bevoegdheid doet echter niet af aan het feit dat de betrokken delicten met opzet dan wel grove schuld zijn begaan. Dat is op zich al veelzeggend over de integriteit van een bestuurder waar het de compliance met fiscale regelgeving betreft. Voor introductie van een ondergrens aan de bestuurlijke boete, waarvoor in de consultatie wel is gepleit, wordt daarom onvoldoende aanleiding geacht.

Tweede lid

Deze bepaling is ontleend aan het rechtspersonenrecht (artikel 2:11 BW) en bevat een voorziening voor het geval dat niet natuurlijke personen, maar rechtspersonen bestuurders zijn van een rechtspersoon. Deze zogenaamde doorbraakregeling strekt ertoe te voorkomen dat iemand aan de oplegging van een bestuursverbod kan ontkomen door tussenschakeling van een rechtspersoon-bestuurder.

Dit komt in de praktijk regelmatig voor. Er zijn dan ook gevallen bekend waarin fraude wordt gemaskeerd doordat een web van elkaar deels besturende rechtspersonen is opgezet, waarachter uiteindelijk een natuurlijke persoon zit. Daarom is het nodig dat natuurlijke personen die zich trachten te verhuilen in of achter verschillende 'lagen' rechtspersonen, kunnen worden aangepakt. Bijvoorbeeld, BV Y wordt onder andere bestuurd door NV X. In het bestuur van NV X zit BV Z, waarvan natuurlijke personen bestuurders zijn. Artikel 106a lid 2 Fw voorziet in de mogelijkheid om ook aan deze achterliggende personen een bestuursverbod op te leggen, mits uiteraard aan de overige criteria is voldaan.

Derde lid

In het voorgestelde artikel 106a, derde lid, van de Faillissementswet wordt de rijksbelastingdienst de bevoegdheid verschaft om aan het openbaar ministerie of de curator op verzoek of uit eigen beweging de voor toepassing van het tweede lid, onderdeel e, benodigde gegevens te verstrekken. Het betreft dan gegevens omtrent door de Belastingdienst opgelegde vergrijpboetes, zoals aard, aanleiding, tijdstip en omvang van de betrokken boete. Deze bepaling geeft invulling aan het bepaalde in artikel 67, tweede lid, onderdeel a, van de AWR inzake de (uitzondering op de) fiscale geheimhoudingsplicht. Een beperkte mogelijkheid van gegevensuitwisseling tussen belastingdienst en curator of het openbaar ministerie is noodzakelijk voor de effectieve bestrijding van (fiscale) faillissementsfraude. Desgewenst kan de curator of het openbaar ministerie deze informatie gebruiken wanneer een bestuursverbod wordt gevorderd.

Vierde lid

In de praktijk blijken ondernemers ook via eenmanszaken de nodige faillissementsfraude te plegen. Zo blijkt uit onderzoek uit 2007 dat in zo'n 11% van de gevallen onrechtmatig of paulianeus is gehandeld in het faillissement van natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf. Natuurlijke personen die een onderneming in de vorm van een eenmanszaak drijven, zijn persoonlijk aansprakelijk voor de ontstane schulden. Niettemin is het ongewenst als zo'n ondernemer in geval van frauduleus handelen in de toekomst, bij voortzetting van zijn zakelijke activiteiten na faillissement, alsnog zou kunnen profiteren van de beperkte aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt.

Daarom kan een bestuursverbod ook worden opgelegd aan een persoon die een onderneming drijft in de vorm van bijvoorbeeld een eenmanszaak of vennootschap onder firma. Het concrete effect hiervan is dat de via een eenmanszaak of vennootschap onder firma frauderende ondernemer in de toekomst geen bestuurder kan worden van een rechtspersoon.

De gronden waarop een civielrechtelijk bestuursverbod van toepassing zijn, gelden mutatis mutandis voor de eenmanszaak en de vennootschap onder firma. Dat leidt uitzondering voor onderdeel a van het eerste lid, omdat de artikelen 2:138 en 2:248 BW slechts van toepassing zijn op bepaalde rechtspersonen, zoals BV's en NV's. Het vierde lid ziet specifiek op natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf. Art. 106a Fw lid 2 bevat een voorziening voor het geval dat rechtspersonen bestuurders zijn van een rechtspersoon. Om die reden is toepasselijkheid van art. 106a lid 2 Fw in geval van natuurlijke personen uitgesloten.

Artikel 106b

Artikel 106b regelt de gevolgen van een uitgesproken bestuursverbod. Het eerste gevolg is dat een bestuurder geen bestuurder van of commissaris bij een rechtspersoon meer kan worden. Het betreft hier uitdrukkelijk "privaatrechtelijke" rechtspersonen, omdat het zich met de ingrijpendheid van de sanctie, het private karakter en de faillissementsgerelateerde omstandigheden niet verdraagt om een bestuursverbod mede uit te strekken tot publiekrechtelijke rechtspersonen (art. 2:1 BW). Uit de aard der zaak kan een bestuursverbod zich niet uitstrekken tot naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen; dat zou neerkomen op een vorm van extraterritoriale jurisdictie die de Nederlandse rechter niet heeft.

Omdat een bestuursverbod ingrijpt in de vrijheid van ondernemerschap, beperkt de wet de werking van een bestuursverbod tot ten hoogste vijf jaren vanaf de dag van het onherroepelijk worden van de uitspraak. De rechtbank kan het bestuursverbod korter laten gelden als hiertoe aanleiding bestaat, en daartoe de persoonlijke omstandigheden van de betrokken bestuurder meewegen. Ook een bestuursverbod van bijvoorbeeld twee jaar is daarom denkbaar. De maximale termijn van vijf jaar is ontleend aan art. 2:298 lid 3 BW, op grond waarvan een door de rechtbank ontslagen bestuurder van een stichting gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van een stichting kan worden. In andere EU-landen komen langere en kortere termijnen voor. Een termijn van vijf jaar komt ook in het Duitse recht voor.

In een expliciete mogelijkheid van tussentijdse beëindiging of voortijdige opheffing is niet voorzien, omdat de bevoegdheid van de rechter om hierin te voorzien ligt besloten in art. 106b lid 4 Fw, op grond waarvan de rechtbank zonodig de gevolgen van een door haar uitgesproken bestuursverbod regelt. Daarbij kan rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. De periode vangt aan op de dag dat de uitspraak van de rechter onherroepelijk wordt. Dit sluit aan bij het bestaande verbod om bestuurder te worden van een stichting als gevolg van een door de rechter uitgesproken ontslag (artikel 2:298 BW).

De schorsing brengt mee dat de bestuurder zijn bevoegdheden niet kan en mag uitoefenen, en kan ten hoogste voor de duur van het geding worden uitgesproken. Het voorgestelde artikel 106b lid 4 Fw geeft de rechter de bevoegdheid om de periode van schorsing in mindering te brengen op de duur van het eventueel op te leggen bestuursverbod. De schorsing wordt conform art. 2:302 BW als "voorziening in het bestuur" in het Handelsregister ingeschreven.

Een persoon met een bestuursverbod kan niet bij de oprichting tot bestuurder worden benoemd (artikel 106b Fw jo. artikel 2:132 resp. artikel 2:242 BW) noch statutair een daaraan equivalente volmacht kunnen krijgen (art. 106d Fw jo. de artt. 3:60 e.v. en 2:14 BW). Een notaris zal niet meewerken aan een rechtshandeling die in strijd is met de wet (artikel 21, tweede lid, Wet op het notarisambt).

Om te voorkomen dat een bestuurder, ondanks een verbod, toch tot bestuurder wordt benoemd in een nieuw op te richten rechtspersoon, zal de notaris, voorafgaand aan de oprichting van een rechtspersoon, een register moeten kunnen raadplegen. Voorts zal de inschrijving van de betrokken bestuurder in het Handelsregister worden geweigerd. Hiermee wordt het doel van het bestuursverbod bereikt, omdat zonder inschrijving in het Handelsregister bestuurders hoofdelijk verbonden zijn voor schulden die tijdens hun bestuur opeisbaar worden (vgl. artikel 2:30, tweede en vierde lid, BW jo. artikel 2:53a BW voor verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen, de artikelen 2:69 en 2:180 BW voor NV's en BV's en artikel 2:289 BW voor stichtingen).

Het uitspreken van een bestuursverbod door de rechtbank houdt, ten derde, ook in dat de bestuurder niet langer als statutair bestuurder of commissaris kan functioneren bij alle andere rechtspersonen waar hij deze functie bekleedt. Hiervoor kunnen de ingevolge het eerste lid van artikel 106c over te leggen uittreksels uit het Handelsregister als basis worden gebruikt. Blijkt na indiening van het verzoekschrift of het uitbrengen van de dagvaarding dat de betrokken bestuurder nog meer rechtspersonen bestuurt – omdat deze rechtspersonen bijvoorbeeld tijdens de procedure zijn opgericht – dan verzet niets zich er tegen dat het bestuursverbod ook gevolgen heeft voor die nieuwe rechtspersonen, mits deze in staat zijn gesteld om hun zienswijze in de procedure naar voren te brengen conform art. 106c lid 2 Fw.

Voorstelbaar is overigens dat de rechtbank in zijn uitspraak voor betrokkene ruimte laat om bestuurder te worden of blijven van bijvoorbeeld diens eigen pensioen BV of de lokale schaakvereniging, omdat het openbaar belang dat met het uitspreken van een bestuursverbod wordt gediend daarbij meestal niet in het geding is. De wettelijke regeling biedt hiermee de mogelijkheid voor een op de omstandigheden van het geval toegesneden werkingssfeer van het bestuursverbod. Dat komt tot uitdrukking in de zinsnede “Tenzij in de uitspraak anders is bepaald”. Dat geeft de rechter voldoende armslag om alle omstandigheden van het geval mee te wegen, waaronder bijvoorbeeld ook –zoals Holland Quaestor- terecht heeft opgemerkt, het feit dat de Nederlandse Bank in het kader van het door haar uitgeoefende toezicht al maatregelen heeft getroffen tegen bepaalde trustkantoren in geval van een eventueel faillissement van een cliëntvennootschap.

Door de zinsnede “vormt het bestuursverbod voor betrokkene tevens een beletsel voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder” wordt bereikt dat de bestuurder niet langer als zodanig bij de hiervoor genoemde rechtspersonen kan fungeren. Los daarvan bestaat de vraag of en onder welke voorwaarden een rechtspersoon het dienstverband met betrokkene op een andere wijze dan als formeel of feitelijk bestuurder wil voortzetten. Dat is een arbeidsrechtelijke vraag waar dit wetsvoorstel niet in treedt. Dat is vooral een kwestie tussen de betrokken bestuurder en de betreffende rechtspersoon.

Het bestuursverbod brengt ook mee dat de bestuurder niet langer de rechtspersoon in een bestuursfunctie mag vertegenwoordigen. Doet de bestuurder dat toch, dan is hij op grond van artikel 3:70 BW verplicht de daardoor ontstane schade aan een derde te vergoeden (HR 26 juni 2009, NJ 2010, 664, m. nt. Hijma, r.o. 3.4.2.). Onder omstandigheden is het denkbaar dat de achterliggende rechtspersoon wordt gebonden, bijvoorbeeld als deze door handelen van andere personen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid jegens de derde heeft gewekt.

Doordat een bestuurder een rechtspersoon niet meer rechtsgeldig kan vertegenwoordigen, is het van belang dat een uitspraak houdende een bestuursverbod eenvoudig raadpleegbaar is. Hieraan zal gevolg worden gegeven door registratie in een register. Zodra de uitspraak is gedaan, zal de griffier met bekwame spoed het vonnis of de beschikking bij het in te stellen register moeten aanbieden. Het Handelsregister zal na ontvangst van het stuk van de griffier dadelijk tot uitschrijving van de betrokken bestuurder overgaan. Totdat de

uitschrijving een feit is, kan een derde die met de betrokken bestuurder handelt zich op de in het Handelsregister opgenomen feiten beroepen – en zal die derde te goeder trouw zijn (artikel 25 Handelsregisterwet 2007). Wel handelt de bestuurder in beginsel onrechtmatig jegens de rechtspersoon wanneer hij – zonder hiertoe bevoegd te zijn – vertegenwoordigingshandelingen verricht. Ter zake kan de bestuurder door de rechtspersoon op grond van onrechtmatige daad worden aangesproken. Evenals het geval is bij de bestuurder, vormt het bestuursverbod ook een beletsel om tot commissaris te worden benoemd of als commissaris te fungeren. Dit voorkomt de paradoxale situatie dat een persoon met een bestuursverbod toezicht houdt op het bestuur en vanuit die functie toch invloed kan uitoefenen op het door het bestuur te voeren beleid.

In nadere regelgeving zullen de nodige bepalingen worden opgenomen omtrent de opzet, wijze van raadpleegbaarheid en mate van inzage in het register van bestuursverboden. Met name wordt de mogelijkheid van opname onderzocht in het Handelsregister of het faillissementsregister. Daarbij zal ook worden gezien hoe om te gaan met het feit dat nu voor bestuursverboden die wegens wanbeheer bij stichtingen worden uitgesproken geen registratieplicht geldt (art. 2:298 lid 3 BW). In ieder geval zal een passend evenwicht moeten worden gevonden tussen de privacy van degenen aan wie een bestuursverbod is opgelegd, het belang tot raadpleging door bepaalde instanties, zoals de notaris, het Openbaar Ministerie en de Kamer van Koophandel alsmede de meer algemene openbaarheid van het register. Van belang is voorts dat andere EU-lidstaten via het register kennis kunnen nemen van de in Nederland opgelegde bestuursverboden. Bij de concrete invulling hiervan zal advies worden gevraagd aan het College bescherming persoonsgegevens.

In het vierde lid is, tot slot, een vrij ruime bevoegdheid neergelegd voor de rechter om in de overige (rechts)gevolgen van het bestuursverbod te voorzien. Een vergelijkbare bevoegdheid is opgenomen in het enquêterecht (artikel 2:357 lid 2 BW) en bij het ontslag van stichtingsbestuurders wegens, samengevat, wanbeheer (art. 2:298 lid 2 BW). Deze bevoegdheid geeft de rechter bijvoorbeeld de mogelijkheid om de rechtsgevolgen van bepaalde besluiten te schorsen of om te bepalen dat een bestuursverbod pas intreedt na een bepaalde periode. Dit laatste kan nodig zijn om derde-rechtspersonen enige tijd te gunnen om nieuwe bestuurders aan te trekken. Ook kan worden gedacht aan de mogelijkheid van voortijdige beëindiging of voortijdige opheffing.

Krachtens het vijfde lid kan de rechter de naleving van het bestuursverbod via de oplegging van een dwangsom bevorderen. Wordt deze verbeurd, dan komt de dwangsom toe aan de faillissementsboedel, als deze nog niet is afgewikkeld, en anders aan de staat. De Minister van Veiligheid en Justitie kan de aldus ontvangen gelden besteden aan door de Minister nader te bepalen doeleinden van faillissementsfraudebestrijding. In soortgelijke zin bepaalt artikel 18 lid 4 van de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten dat de Minister bepaalde gelden –in casu bestuurlijke boetes– kan aanwenden voor nader te bepalen doeleinden van auteursrechtbeleid in brede zin.

In het voorontwerp was er sprake van dat een bestuursverbod zou kunnen worden geëffectueerd door een uitvoerbaar bij voorraad verklaring. In de consultatie, met name door de NOvA, de KNB, Loyens/Loeff en de Raad voor de rechtspraak is op goede gronden aangevoerd dat dit tot zeer ongewenste complicaties in de sfeer van vooral het arbeids-, aansprakelijkheids- en het vennootschapsrecht kan leiden in al die gevallen waarin een vordering tot een bestuursverbod in een later stadium zou worden afgewezen. Daarom wordt thans in artikel 106b lid 6 Fw, en in afwijking van art. 233 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, voorzien in het feit dat een vonnis houdende oplegging van een bestuursverbod niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. De mogelijkheid om een bestuurder hangende het onderzoek door de rechtbank te schorsen, zoals thans in aansluiting aan artikel 2:298 lid 2 BW wordt

voorgesteld in artikel 106c leden 4 en 5 Fw, volstaat, zeker in combinatie met het feit dat de naleving van een vonnis waarbij een bestuursverbod is opgelegd kan worden verzekerd via de oplegging van een dwangsom (vgl. het voorgestelde art. 106b lid 6).

Artikel 106c

In artikel 106c Fw is allereerst bepaald dat bij het verzoek van het openbaar ministerie of het verzoek dan wel de vordering van de curator tot het opleggen van een bestuursverbod een uittreksel uit het Handelsregister wordt overgelegd van andere dan de failliete rechtspersonen waar de betrokkene tevens bestuurder of commissaris is. Het maakt daarbij niet uit wat de activiteiten van deze rechtspersoon of rechtspersonen behelzen, en of zij al dan niet bestuurder zijn van een andere rechtspersoon (vgl. het voorgestelde art. 106a lid 2 Fw). Van belang is dat het voor de rechtbank kenbaar is bij welke andere rechtspersonen betrokkene eventueel bestuurder of commissaris is. Het betrokken uittreksel wordt door de Kamer van Koophandel verstrekt.

Wordt een bestuursverbod opgelegd, dan belet het verbod – als hoofdregel – de betrokkene tevens om bij deze andere rechtspersonen de functie van bestuurder of commissaris uit te oefenen. Artikel 106c Fw bevat een voorziening voor de situatie waarin aan alle bestuurders van een rechtspersoon een bestuursverbod wordt opgelegd. Praktisch gesproken zal deze voorziening worden toegepast bij rechtspersonen die de bestuurder bestuurt die (nog) niet failliet zijn gegaan. Hoewel de procedure inzake een bestuursverbod in eerste instantie speelt tussen de bestuurder en de curator c.q. het Openbaar Ministerie, hebben de andere (dan de failliete) rechtspersonen waar de bestuurder is aangesteld, eveneens een belang bij de uitkomst: zij kunnen immers een bij hen benoemde bestuurder 'verliezen'. Daarom worden zij volgens het tweede lid in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze naar voren te brengen.

Het begrip 'zienswijze' laat het uitdrukkelijk toe om een schriftelijke procedure te volgen. Die zienswijze kan zowel betrekking hebben op het gevorderde bestuursverbod als op de mogelijke gevolgen daarvan. Daarmee kunnen de betrokken (andere) rechtspersonen hun zienswijze geven op alle aangelegenheden die zijn genoemd in de leden 3, 4 en 5 van artikel 106c Fw. Er is bewust van afgezien om de andere rechtspersonen formeel in de procedure te betrekken via bijvoorbeeld voeging of als gedaagde, zoals in de consultatie wel is bepleit. Dat zou tot een onnodige bureaucratisering van het geding voeren en onnodig afleiden van het feit dat het in feite gaat om de vraag of en in welke mate bepaald gedrag van een (malafide) bestuurder kwalificeert voor de oplegging van een bestuursverbod. Daarnaast zou het de boedel onnodig belasten waar het gaat om door de curator gevoerde procedures en op zich niet veel toevoegen aan het feit dat de betrokken rechtspersonen hun mening kunnen geven over in feite alle aspecten die zij van belang achten.

De zienswijze van de betrokken derde rechtspersonen zal vooral nuttig zijn bij de beoordeling van de vraag of men met de 'gewraakte bestuurder' verder wil en, zo niet, wie zonedig als vervangend bestuurder of commissaris kan optreden, als een bestuursverbod wordt opgelegd. Alsdan stelt de rechtbank, zoals bepleit door de NOVA en de KNB, de bezoldiging ten laste van de betrokken rechtspersoon vast. Ook kan de rechtspersoon in de zienswijze de rechtbank bepaalde aanvullende voorzieningen in overweging geven, zoals het toekennen van uitgestelde werking aan de belemmering om als bestuurder of commissaris te functioneren bij die betreffende rechtspersoon. Inherent hieraan is dat de rechtspersonen van wie de zienswijze wordt gevraagd niet kunnen worden vertegenwoordigd door de bestuurder tegen wie het bestuursverbod wordt gevorderd (vgl. thans art. 106c lid 2 Fw).

Wanneer de derde-rechtspersoon niet zelf anticipeert op een bestuursverbod en nog geen nieuwe bestuurders heeft gevonden, kan het gebeuren dat zij zonder bestuurders raakt als een bestuursverbod wordt

opgelegd. Dit is een onwenselijke situatie, met name omdat het gaat om rechtspersonen die niet in staat van faillissement zijn. Dit kan zich voordoen wanneer een bestuurder meerdere bestuursfuncties bekleedt en als gevolg van een bestuursverbod uit al zijn bestuursfuncties wordt ontheven. In deze situatie kunnen door de rechtbank een of meer tijdelijke bestuurders worden aangesteld (art. 106c lid 3). Ook kan de rechtbank bepalen dat de in het bestuur benoemde tijdelijke bestuurders aanblijven tot een nieuw bestuur is gevormd. In beide gevallen dient de rechtbank de termijn te bepalen gedurende welke de tijdelijke bestuurders in functie zullen blijven. De rechtspersoon dient er dan voor zorg te dragen dat binnen die termijn een nieuw bestuur wordt gevormd. Het voorgaande is van overeenkomstige toepassing op de rechtspersoon die als gevolg van het bestuursverbod zonder commissarissen komt te verkeren.

Het vierde en het vijfde lid regelen de schorsing van de bestuurder of commissaris tegen wie een verzoek tot oplegging van een bestuursverbod aanhangig is alsmede de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders door de rechtbank. Het laatste is noodzakelijk als door het opleggen van een schorsing de rechtspersoon zonder bestuurders of commissarissen zou achterblijven. Deze verzoeken kunnen worden gedaan in de inleidende dagvaarding c.q. het inleidend verzoekschrift, maar uiteraard ook, als de noodzaak daartoe tijdens de procedure mocht blijken, gedurende het geding.

Het middel van de schorsing zal in de praktijk vooral worden gebruikt bij niet-failliete rechtspersonen die de betrokkene bestuurt. Een schorsing kan in elke stand van het geding op verzoek van het openbaar ministerie of op verzoek dan wel vordering van de curator worden opgelegd indien daartoe aanleiding bestaat, bijvoorbeeld wanneer uit bankafschriften blijkt dat er financiële middelen aan de rechtspersoon zijn onttrokken die zijn doorgesluisd naar een andere rechtspersoon waar de betrokkene bestuurder is. Het verdient zonder meer aanbeveling, maar is in uitzonderlijke gevallen niet per definitie nodig, dat de bestuurder of commissaris vooraf over zijn schorsing gehoord wordt (HR 20 april 2007, JOR 2007, 171).

De schorsing en de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen gelden ten hoogste voor de duur van het geding. In dit opzicht in aansluiting gezocht bij de schorsingsbevoegdheid van de rechtbank met betrekking bestuurders van tot stichtingen, bedoeld in artikel 2:298 lid 2 BW. De door de rechtbank tijdelijk aangestelde bestuurder of commissaris vervangt tijdelijk de gedaagde bestuurder. De benoeming van een tijdelijk bestuurder of commissaris heeft tot gevolg dat hij voor de duur van zijn benoeming alle bevoegdheden heeft die de wet en de statuten van de betrokken rechtspersoon aan de betrokken bestuurder c.q. commissaris toekennen. Hij behoort van zijn bevoegdheden in zoverre een terughoudend gebruik te maken dat hij in beginsel niet meer doet dan past bij de hem tijdelijk opgedragen taak en noodzakelijk is voor het behoorlijke bestuur van de rechtspersoon. Dat kan betekenen dat hij zich in eerste instantie beperkt tot zaken die geen uitstel kunnen verdragen, maar dit is niet per definitie het geval (HR 19 februari 2010, JOR 2010/92). Ook in deze opzichten kan worden aangesloten bij het leerstuk dat op basis van art. 2:298 BW is ontwikkeld.

De NOvA en de KNB hebben aandacht gevraagd voor de vraag hoe het zit met de aansprakelijkheid van tijdelijk aangestelde bestuurders of commissarissen. Daarover is tijdens de parlementaire behandeling van het enquête-recht opgemerkt dat iemand die tijdelijk bestuurder (of commissaris) wordt van een vennootschap, behoort te vallen onder hetzelfde aansprakelijkheidsregime als de andere bestuurders. Er is geen reden voor een tweedeling, nu ook die bestuurders moeten handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Ook de Commissie vennootschapsrecht heeft in een advies van 10 oktober 2010 aangegeven dat een beperking van de aansprakelijkheid niet aan de orde is voor –in casu door de Ondernemingskamer- tijdelijk aangestelde bestuurders en commissarissen

(Kamerstukken II 2011/12, 32 887, nr. 6 p. 3/4). In veel, zo niet de meeste gevallen zal overigens een beroepsaansprakelijkheidsverzekering uitkomst kunnen bieden.

Het zesde lid correspondeert met artikel 106b lid 3 Fw. Ook van de schorsing en eventuele benoeming van vervangende bestuurders of commissarissen moet, zo heeft de PraktijkGenerator in de consultatie terecht opgemerkt, inschrijving in een centraal register plaatsvinden. Daarin wordt thans voorzien. Bij het opstellen van de betrokken AMvB zal advies worden gevraagd aan het College bescherming persoonsgegevens.

Tot slot zij nog opgemerkt dat de bevoegdheid van de rechtbank tot het treffen van tijdelijke maatregelen op grond van artikel 106c Fw niet kan samenvallen met de bevoegdheid van de rechter om op grond van art. 29 lid 1 Wet op de economische delicten (WED) voorlopige maatregelen te gelasten. De mogelijkheid tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod valt immers buiten het strafrechtelijke bestek van de WED.

Artikel 106d

Artikel 106d bepaalt in de eerste plaats dat de feitelijk bestuurder wordt gelijk gesteld met de statutaire bestuurder, zodat ook hem - en niet alleen zijn stroman - een bestuursverbod kan worden opgelegd (vgl. ook de artikelen 2:138 lid 7 en 248 lid 7 BW). De in art. 106d lid 1 Fw gekozen formulering bepaalt niet alleen aan wie een bestuursverbod kan worden opgelegd. De hier voorgestelde gelijkstelling tussen statutair en feitelijk bestuurder betekent tevens dat een bestuursverbod kan meebrengen dat iemand ook geen feitelijk bestuurder meer kan worden. Daarmee wordt bereikt, wat ook in de doctrine⁹ en consultatie is geopperd, namelijk dat moet worden voorkomen dat iemand aan wie een bestuursverbod is opgelegd feitelijk leiding gaat geven aan een rechtspersoon. De mogelijkheid om de naleving van een bestuursverbod via een dwangsom af te dwingen kan juist in dit geval uitkomst bieden (art. 106b lid 5 Fw).

Of er sprake is van een feitelijk beleidsbepaler hangt af van de omstandigheden van het geval. Men kan denken aan het geval waarin een functionaris een algemene volmacht heeft verkregen waarin hij feitelijk dezelfde bevoegdheden krijgt als de statutaire bestuurders. Het bestuursverbod betreft geen verbod op aandeelhouderschap. Niettemin is onder omstandigheden denkbaar dat een aandeelhouder feitelijk het beleid bepaalt. Daarbij is bijvoorbeeld van belang hoe de uit de aandelen voortvloeiende zeggenschap wordt aangewend. Zo zal een enig aandeelhouder die het bestuur ontslaat en benoemt en actief gebruik maakt van zijn instructierecht sneller als feitelijk beleidsbepaler worden aangemerkt dan een minderheidsaandeelhouder die zich niet actief inlaat met het beleid van het bestuur. Een belangrijke adviseur kan eveneens beleidsbepaler in de zin van artikel 106d Fw zijn. Zo overwoog de Ondernemingskamer dat een adviseur die door zijn adviezen een belangrijke invloed had op beslissingen van het bestuur, deelnam aan bestuursvergaderingen en werknemers aannam en ontsloeg, gelijk te stellen was aan een formeel bestuurder (Hof Amsterdam 15 februari 2013, LJN BZ1149, r.o. 9.4.1. e.v.).

Wanneer een bestuurder in weerwil van een bestuursverbod toch feitelijk bestuurt kan dit leiden tot aansprakelijkheid van die bestuurder of de vennootschap. Voorts kan degene die zich, als feitelijk bestuurder, intensief bezig houdt met de bedrijfsvoering en in feite de volledige zeggenschap heeft over de rechtspersoon, ook op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn jegens de contractspartner van die rechtspersoon als sprake is van wanprestatie (J.M.M. Maeijer, G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, Asser 2-II* - De naamloze en besloten vennootschap, nr. 469).

⁹ Philips, op. cit. par. 2.4, onder verwijzing naar de Engelse Company Director Disqualification Act 1986.

In het tweede lid wordt het begrip 'bestuurder' voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c Fw nader verduidelijkt voor het geval er een taakverdeling is tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Deze taakverdeling is aan de orde bij een rechtspersoon met een monistische bestuursstructuur. De taak van de uitvoerende bestuurder in het monistische bestuursstelsel stemt overeen met de taak van de 'traditionele' bestuurder in een dualistisch stelsel, terwijl de taak van de niet-uitvoerende bestuurder sterke gelijkenis kent met die van de commissaris. Daarom worden deze uitvoerende bestuurders voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c gelijkgesteld met de 'traditionele' bestuurder. De niet-uitvoerende bestuurders worden voor de toepassing van de genoemde artikelen gelijk gesteld met de commissaris.¹⁰ Dit betekent concreet dat een persoon aan wie een bestuursverbod is opgelegd niet tot niet-uitvoerend bestuurder kan worden benoemd.

Artikelen II, III en IV

Artikel II regelt het overgangsrecht. Uitgangspunt is dat de wet van toepassing is op faillissementen die na de inwerkingtreding van deze wet zijn uitgesproken. Het bestuursverbod kan niet worden gevorderd voor faillissementen die voor de inwerkingtreding van de wet zijn uitgesproken, ook al zijn deze faillissementen op het moment van inwerkingtreding nog niet helemaal of helemaal niet afgewikkeld.

Wordt het faillissement na de inwerkingtreding van de wet uitgesproken, dan kan uiteraard wel een bestuursverbod worden gevorderd. Daarbij kan de rechter slechts feiten en omstandigheden in aanmerking nemen die na inwerkingtreding van deze wet zijn gelegen.

Het aanvankelijke voorontwerp voorzag in een gedifferentieerdere regeling, op grond waarvan voor de toepassing van artikel 106a eerste lid, onderdeel d (reputerende faillissementen), ook eerdere, voor de inwerkingtreding van deze wet gelegen faillissementen konden worden betrokken. Door de NOvA en de KNB is de vraag gesteld hoe het overgangsrechtelijk dan zit met de fiscale vergrijpboetes, als bedoeld in artikel 106a lid 1 onderdeel e. Voorts hebben VNO-NCW en MKB-Nederland gepleit voor louter "toekomstige werking", omdat de failliet mogelijk niet meer beschikt over belangrijke disculpatiebescheiden.

Gelet hierop is er thans voor gekozen om de wet uitsluitend voor de toekomst te laten gelden. Aldus worden mogelijke uitvoeringsproblemen voorkomen, ontstaat er een helder kader voor de toepassing van de wet ratione temporis en wordt recht gedaan aan het feit dat het civielrechtelijke bestuursverbod een ingrijpend nieuw instrument is.

Artikel III betreft de gebruikelijke inwerkingtredebepaling. Artikel IV bevat de citeertitel.

De Minister van Veiligheid en Justitie,

¹⁰ Voor een nadere toelichting op het onderscheid tussen uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders wordt verwezen naar Kamerstukken II 2008/09, 31 763 nr. 3.