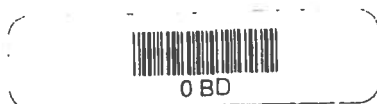




de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

De minister van Veiligheid en Justitie
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag



datum 2 juli 2013
contactpersoon
e-mail
telefoonnummer
ons kenmerk
uw kenmerk 376884
onderwerp Advies voorontwerp wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod

Directie Strategie en
Ontwikkeling

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 0000
f (088) 361 0022
www.rechtspraak.nl

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 25 april 2013, kenmerk 376884 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de "Raad") advies uit te brengen inzake het voorontwerp wetsvoorstel Wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod - het "Wetsvoorstel").

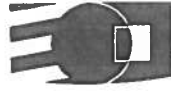
Het Wetsvoorstel introduceert de mogelijkheid voor de rechter om, naar aanleiding van een faillissement, een bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. Het bestuursverbod zorgt ervoor dat een bestuurder maximaal vijf jaar geen rechtspersoon kan besturen. Doel van het bestuursverbod is te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen kunnen blijven voortzetten.

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

Hoofdpijnen van het advies

- De Raad steunt de strekking van het Wetsvoorstel, namelijk het mogelijk maken van het optreden tegen bestuurders die stelselmatig misbruik maken van rechtspersonen om daarmee persoonlijke aansprakelijkheid af te wenden en tegelijkertijd fraude te plegen.
- Het verdient naar het oordeel van de Raad aanbeveling om ook de curator de mogelijkheid te geven een verzoek tot oplegging van een bestuursverbod bij verzoekschrift te doen, naast de mogelijkheid dat bij dagvaarding te doen.

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechterlijke zaken zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

07/03/2013 10:04 01

datum 2 juli 2013
kenmerk
pagina 2 van 5

- De Raad heeft enkele praktische opmerkingen met betrekking tot de registratie van de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd.
- De Raad adviseert voorts om in te gaan op de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die registratie in een via internet raadpleegbaar centraal register met zich meebrengt, terwijl de betrokkene nog hoger beroep kan instellen en dit beroep gegrond kan worden verklaard.

Advies

1. Strekking en te verwachten effectiviteit van het Wetsvoorstel

De Raad steunt de strekking van het Wetsvoorstel, namelijk het mogelijk maken van het optreden tegen bestuurders die stelselmatig misbruik maken van rechtspersonen om daarmee persoonlijke aansprakelijkheid af te wenden en tegelijkertijd fraude te plegen, door hetzij schulden bewust niet te voldoen hetzij bijna faillierende ondernemingen in het oog van het faillissement 'leeg' te halen. Vaak worden daarvoor zogenaamde katvangers naar voren geschoven of stelselmatig vennootschappen overgenomen en opgekocht. In de praktijk kan daarbij niet of nauwelijks worden gesproken van reële bedrijfsvoering of ondernemerschap.

De Raad begrijpt dan ook dat deze - in het handelsverkeer - ingrijpende maatregelen worden genomen, in het bijzonder om stelselmatig misbruik te voorkomen en ingrijpen mogelijk te maken. Dat dit ingrijpen door zowel de curator - die vaak als eerste zicht heeft op deze situaties - als door het Openbaar Ministerie in gang kan worden gezet, lijkt de effectiviteit te vergroten. Bovendien kan het Openbaar Ministerie naast het gebruikelijke strafrechtelijke instrumentarium op grond van de voorgestelde bepalingen straks ook op een andere, civielrechtelijke, manier, en ook deels preventief, zijn handhavingsdoel bereiken.

Ook de bepalingen die betrekking hebben op de situatie dat het verbod of de schorsing kan plaatsvinden in geval van samenhangende rechtspersonen lijken te zullen bijdragen aan de effectiviteit van de regeling. Hiermee kan worden voorkomen dat bijvoorbeeld een katvanger die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen ondertussen nog steeds bestuurder is bij andere rechtspersonen, waarvoor dan steeds separate procedures moeten worden opgestart om de betreffende persoon als bestuurder te laten ontslaan of uitschrijven.

2. Verzoekschrift versus dagvaarding

Ingevolge het voorgestelde artikel 106a, lid 1 van de Faillissementswet, kan de rechtbank *op verzoek van het Openbaar Ministerie of op vordering van de curator* een bestuursverbod uitspreken. Het is de Raad niet duidelijk waarop het onderscheid is gebaseerd dat de vordering bij verzoekschrift (Openbaar Ministerie) of bij dagvaarding (curator) dient te worden ingesteld. De Raad vraagt om in de Memorie van Toelichting nader in te gaan op het hier gemaakte onderscheid.

De Raad merkt verder op dat de effectiviteit van de procedure bij dagvaarding naar verwachting minder groot zal zijn in die gevallen waarin de desbetreffende bestuurder de boedel van de gefailleerde



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

67/03/2013

10:04

01

datum 2 juli 2013
kenmerk
pagina 3 van 5

onderneming heeft 'leeggetrokken'. De curator zal in dat geval immers hetzij op eigen kosten moeten procederen in het algemene belang, hetzij een beroep moeten doen op de Garantierегeling. Een bestuursverbod vragen bij verzoekschrift zal in die gevallen eenvoudiger zijn en lagere kosten (griffierechten) met zich meebrengen. Het verdient naar het oordeel van de Raad daarom aanbeveling om ook de curator de mogelijkheid te geven een verzoek tot oplegging van een bestuursverbod bij verzoekschrift te doen, naast de mogelijkheid dat bij dagvaarding te doen.

De Raad merkt voorts op dat niet duidelijk is hoe de in artikel 106a, lid 2 voorgestelde zienswijze in een dagvaardingsprocedure moet worden vormgegeven. Wordt hier voeging bedoeld? De Raad vraagt om verduidelijking op dit punt.

3. Registratie en publicatie

Ingevolge artikel 106b, lid 3 wordt de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd, door de griffier ingeschreven in een centraal register. Deze uitspraak wordt voorts aangeboden aan het Handelsregister dat tot uitschrijving van de bestuurder overgaat. Hieromtrent worden bij algemene maatregel van bestuur nadere regels gegeven. In de MvT wordt dit toegelicht. Als mogelijkheden voor een centraal register waarin de griffier de uitspraken kan inschrijven noemt de Memorie het Faillissementsregister en het Handelsregister.

De Raad wijst erop dat de griffier zelf slechts aantekening kan maken in een register waarvan de Rechtspraak houder is. Dit is niet het geval met het Handelsregister dat bij de Kamers van Koophandel berust. De Raad heeft geen bezwaar tegen aantekening van het bestuursverbod in het Faillissementsregister en daarmee opname en publicatie in het Centraal Insolventieregister (hierna: CIR).

De Raad wijst erop dat indien aanpassingen aan dit register benodigd zijn dit zo spoedig mogelijk kenbaar moet worden gemaakt in verband met de benodigde doorlooptijd om de wijzigingen in de it-systemen te realiseren. Indien gekozen wordt voor het Handelsregister zal bezien moeten worden op welke wijze de griffier hier de uitspraken en aanverwante gegevens kan inschrijven, aangezien de Rechtspraak niet de houder is van dit register.

De Raad wijst er voorts op dat bij invoering van personen in een centraal register geen misverstand mag bestaan welke bestuurder precies het verbod opgelegd heeft gekregen door exacte personalia en verwijzing naar de insolventie waar het om ging.

Verder roept publicatie van het bestuursverbod vragen op bij de uitvoerbaar verklaring bij voorraad. Het CIR, maar ook het Handelsregister, is raadpleegbaar via internet. De Raad adviseert om in te gaan op de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die publicatie van het bestuursverbod door middel van dit medium met zich meebrengt terwijl de betrokkene nog hoger beroep kan instellen en dit beroep gegrond kan worden verklaard. Een eerder gegeven publicatie op internet kan in dat geval in het bronregister worden verwijderd, maar de systematiek van het internet brengt met zich mee dat de informatie reeds zal zijn (her)gebruikt door meerdere afnemers van insolventiegegevens.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

07/03/2013 10:04 013

datum 2 juli 2013
kenmerk
pagina 4 van 5

Werklast

Met betrekking tot de werklastgevolgen voor de Rechtspraak heeft de Raad de volgende opmerkingen.

Het aantal gefailleerde rechtspersonen bedraagt ongeveer 5.200 per jaar (gemiddelde 2006 t/m 2011). De vraag is in hoeveel daarvan een bestuurder zijn taak zodanig onbehoorlijk heeft vervuld dat daarop een verzoek of vordering tot een bestuursverbod kan worden gegrond.

Aansprakelijkstelling op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissementen (WBF) kan plaatsvinden bij kennelijk onbehoorlijk bestuur, wanneer dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Uit onderzoek² blijkt (zie ook MvT pagina 2) dat in 13% van de gevallen waarin een rechtspersoon failliet is gegaan gronden aanwezig waren om de bestuurder aansprakelijk te stellen. In 19% was er volgens de curator sprake van onrechtmatig of paulianeus handelen dan wel bestuurdersaansprakelijkheid.

Uit ander onderzoek³ blijkt dat van de gefailleerde rechtspersonen:

- bij 26% sprake was van tekortkomingen in de administratie;
- bij 19% sprake was van onbehoorlijk bestuur;
- tussen de 11% en 12% was opgezet of gebruikt voor benadeling.

Hoeveel faillissementen voldoen aan de criteria van het Wetsvoorstel om een vordering of verzoek tot een bestuursverbod in te stellen van deze cijfers valt niet met precisie vast te stellen. De cijfers suggereren wel dat bij tussen de 10% en 20% sprake is van onbehoorlijk bestuur. Wanneer wij uitgaan van een voorzichtige schatting van 10% van de gefailleerde rechtspersonen, komen circa 520 faillissementszaken per jaar in aanmerking voor een bestuursverbod van (voormalige) bestuurders.

Hoe vaak zal de curator of het Openbaar Ministerie een bestuursverbod-actie ondernemen op grond van het Wetsvoorstel, wanneer dat is ingevoerd? De vordering tot een bestuursverbod levert de boedel geen opbrengsten op maar wel kosten. Er is verder, o.a. uit boven aangehaalde onderzoeken, gebleken dat er bij curatoren weinig animo is een actie te ondernemen op plaatsgevonden onttrekkingen aan de boedel, vooral omdat er veelal niets op de bestuurder viel te verhalen. Waar er activa waren onttrokken aan de boedel heeft de curator in slechts één op de vijf gevallen een actie ingesteld: dat is in circa 4% van de gefailleerde rechtspersonen.

Het helpt niet mee dat de curator in geval van een civiele procedure griffierecht dient te betalen en als de boedel leeg is - wat geregeld het geval is - zal er wegens gebrek aan baten geen procedure gevoerd worden.

In hoeverre het Openbaar Ministerie er veel werk van gaat maken om bestuursverboden te verzoeken, valt niet te voorspellen. De Raad gaat er echter vooralsnog vanuit dat het niet om een groot aantal verzoeken zal gaan, zeker gezien de bezuinigingen die er op het Openbaar Ministerie afkomen.

² Lutikhuis en Timmermans, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2007.

³ Knecht e.a., Fraude en misbruik bij faillissement, Amsterdam HSI 2005.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 2 juli 2013
kenmerk
pagina 5 van 5

07/07/2013 16:04 01

Al met al is er reden om aan te nemen dat een procedure met als inzet een bestuursverbod naar aanleiding van een faillissement, hooguit enkele tientallen keren per jaar gevoerd zal worden, zoals nu ook het geval is met het aansprakelijk stellen van bestuurders op grond van de WBF. Dergelijke zaken zullen dan waarschijnlijk vaak gecombineerd worden met een rechtszaak over bestuurdersaansprakelijkheid.

Dit zal vervolgens leiden tot enkele hoger beroepszaken per jaar, uitgaande van een gemiddeld hoger beroepspercentage van 20% bij civiele zaken met verweer.

Omdat de Raad verwacht dat oplegging van een bestuursverbod vooral zal worden gevraagd bij faillissementen van rechtspersonen waarin een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld op grond van de WBF, zal invoering van het Wetsvoorstel waarschijnlijk niet leiden tot een substantiële toename van rechtszaken inzake bestuurdersaansprakelijkheid.

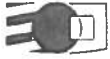
Wel zal invoering van het Wetsvoorstel voor die WBF-zaken een aanzienlijke werklastverzwaring met zich meebrengen voor de behandeling van dit type zaken. Naar schatting zal een zaak waarbij de aansprakelijkheid van een bestuurder gecombineerd wordt met een vordering tot een bestuursverbod ongeveer twee keer zoveel werk met zich meebrengen als een zaak waarbij uitsluitend de bestuurdersaansprakelijkheid speelt. Omdat het echter om relatief weinig zaken per jaar gaat, zullen de totale kosten voor de Rechtspraak beperkt zijn tot een verwacht bedrag van **€ 256.000,- per jaar**.

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er op prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

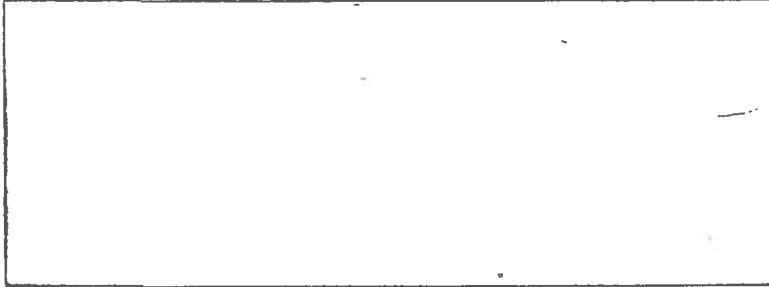
Hoogachtend,

mr. F.C. Bakker
Voorzitter



de Rechtspraak

07/03/2013
PostNL
Port Betaald
Port Payé
Pays-Bas



10:04

015

Gezien scankamer
VBJ
03 JULI 2013

FMHaaglanden
03 JULI 2013
Ontvangen



POSTADRES Postbus 93374, 2509 AJ Den Haag BEZOEKADRES Juliana van Stolberglaan 4-10
 TEL 070 - 88 88 500 FAX 070 - 88 88 501 INTERNET www.cbweb.nl www.mijnprivacy.nl

AAN De Minister van Veiligheid en Justitie
 I.W. Opstelten
 Postbus 20301
 2500 EH DEN HAAG

DATUM 4 juni 2013

ONS KENMERK

CONTACTPERSOON

Door Reg.	kopie gezonden
aan	DW JZ

UW BRIEF VAN 25 april 2013

UW KENMERK

ONDERWERP Adviesaanvraag voorontwerp wetsvoorstel
 civielrechtelijk bestuursverbod

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 25 april 2013 heeft u het College bescherming persoonsgegevens (CBP) gevraagd op grond van het bepaalde in artikel 51, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) te adviseren over het voorontwerp van het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod (hierna: het voorontwerp). Het CBP zal in dit stadium van het voorontwerp geen advies uitbrengen. Graag licht ik dit toe.

De adviserende taak van het CBP is neergelegd in artikel 51, tweede lid, Wbp. De regering is verplicht het CBP advies te vragen over voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur die geheel of voor een belangrijk deel betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens. Deze adviesverplichting vloeit voort uit artikel 28, tweede lid, van de Europese richtlijn bescherming persoonsgegevens.

Om een kwalitatief goed en gedegen advies uit te brengen conform artikel 51, tweede lid, Wbp acht het CBP het noodzakelijk dat het kan adviseren over een afgeronde versie van een concept wetsvoorstel. In het recente verleden is gebleken dat concept wetsvoorstellen welke nog onderwerp zijn van een brede (internet-)consultatie en die tegelijkertijd ook (reeds) aangeboden worden voor advies bij het CBP, onvoldoende voldragen zijn, dan wel nog vatbaar voor soms wezenlijke wijzigingen. Het CBP dreigt in dergelijke gevallen te adviseren over een concept wetsvoorstel waarvan de tekst op relevante punten kan afwijken van de tekst zoals deze naar de ministerraad zal gaan en waarover het CBP geen advies meer heeft uitgebracht. Bedoelde wijzigingen kunnen alsdan niet meer getoetst worden door de hiervoor aangewezen wetgevingsadviseur. Dit leidt tot een uitholling van de wettelijke adviesverplichting van het CBP, waardoor het CBP de uit de wet voortvloeiende adviesverplichting niet adequaat kan uitvoeren.

Het CBP zal om de hiervoor genoemde redenen in beginsel geen advies conform artikel 51, tweede lid, Wbp uitbrengen op concept wetsvoorstellen, waarbij de open (internet-)consultatieronde nog niet tot een aangepaste tekst heeft geleid.

DATUM 4 juni 2013

ONS KENMERK

Met betrekking tot het onderhavige voorontwerp van wet is de internetconsultatie van 29 maart 2013 tot en met 31 mei 2013 opengesteld, waarbij iedereen in de gelegenheid wordt gesteld op het voorontwerp van wet te reageren. Na ommekomst van die termijn wil het CBP, als de opmerkingen van de internetconsultatie zijn verwerkt, conform artikel 51, tweede lid, Wbp graag advies uitbrengen.

Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd en zie het (eventueel) aangepaste conceptwetsvoorstel graag tegemoet.

Hoogachtend,
Het College bescherming persoonsgegevens,
Voor het College,

Mr. W.B.M. Tomesen
Lid van het College

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

het wetsvoorstel wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (wet civielrechtelijk bestuursverbod), hierna: “het Voorontwerp”

1. Inleiding en samenvatting

In dit advies geeft de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (hierna: Gecombineerde Commissie) haar eerste bevindingen weer met betrekking tot het Voorontwerp voor een wet ter invoering van het civielrechtelijke bestuursverbod. Zoals in het navolgende zal blijken heeft de Gecombineerde Commissie nogal wat bezwaren tegen het Voorontwerp. Die bezwaren hebben meer in het bijzonder betrekking op het volgende. Het bestuursverbod kan zo ingrijpend zijn voor degenen die het treft – zowel de persoon van bestuurder als ook de rechtspersonen voor wie het bestuursverbod geldt – dat een wettelijke regeling dienaangaande voldoende waarborgen en rechtsbescherming dient te bevatten. Het Voorontwerp schiet daarin naar de mening van de Gecombineerde Commissie ernstig tekort. De Gecombineerde Commissie acht de figuur van het bestuursverbod zelfs van dien aard dat de Gecombineerde Commissie het strafrecht meer aangewezen vindt waarbinnen deze rechtsfiguur geplaatst dient te worden. Voorts stelt de Gecombineerde Commissie veel vraagtekens bij de rol die in het Voorontwerp aan de curator wordt toegekend. Het vorderen van een bestuursverbod past naar de mening van de Gecombineerde Commissie niet binnen de taken van de curator. En hoe dan ook zullen de door de curator te maken kosten niet ten laste van de boedel mogen komen en dus geen nadeel voor de crediteuren mogen opleveren. Indien een bestuursverbod (ook) een civielrechtelijke basis zou moeten hebben, dan zou de desbetreffende wettelijke regeling naar de mening van de Gecombineerde Commissie bij voorkeur in Boek 2 BW dienen te worden opgenomen en niet in de Faillissementswet.

Vanwege de zwaarte van de sanctie is de Gecombineerde Commissie van mening dat de in het Voorontwerp opgenomen drempels voor het opleggen van een bestuursverbod te laag zijn.

2. Algemeen

2.1 De Gecombineerde Commissie onderkent het (maatschappelijk) belang dat is gediend met het voorkomen en het bestrijden van misbruik van en fraude met rechtspersonen . En daarin kunnen in bepaalde mate ook bestuursverboden passen. In de toelichting op het Voorontwerp wordt overigens niet vermeld of onderzocht is of in de praktijk behoefte bestaat aan een civielrechtelijk bestuursverbod en/of in buitenlandse rechtstelsels die een dergelijk bestuursverbod kennen – de Gecombineerde Commissie is er via de verwijzing in de toelichting naar publicaties van Bras & Winter en van Van Veen mee bekend dat Engeland, de Verenigde Staten en ook Australië een dergelijk bestuursverbod kennen – dit als effectief instrument wordt ervaren ter bestrijding van misbruik van rechtspersonen en faillissementsfraude. De Gecombineerde Commissie vraagt zich vooralsnog af of er voldoende reden is om naast het reeds bestaande wettelijke instrumentarium – meer in het bijzonder ook het strafrechtelijke bestuursverbod – een civielrechtelijk bestuursverbod in het leven te roepen zoals in het Voorontwerp is opgenomen.

Indien het bestaande strafrechtelijke bestuursverbod in de praktijk onvoldoende adequaat mocht zijn, zou het dan niet meer voor de hand liggen om deze strafrechtelijke regelgeving aan te passen en/ of de activiteiten van het justitiële apparaat met betrekking tot de toepassing ervan uit te breiden, zodat de effectiviteit van deze strafrechtelijke regeling wordt verhoogd? Indien in het bestaande strafrecht niet een adequate delictsomschrijving zou bestaan op overtreding waarvan een bestuursverbod als sanctie kan gelden, dan zou te overwegen zijn om een dergelijke delictsomschrijving in het leven te roepen. Die zou dan overigens specifiek geënt moeten worden op (bepaalde vormen van) faillissementsfraude. Faillissementsfraude is immers – zo blijkt ook uit de toelichting – de rode draad in het Voorontwerp en hetgeen de opsteller van het Voorontwerp wil “bestrafen” cq beteugelen.

De Gecombineerde Commissie voegt hier meteen aan toe dat een van haar belangrijke bezwaren tegen het Voorontwerp is dat het in artikel 106a genoemde handelen of nalaten dat tot een bestuursverbod kan leiden bepaald niet altijd en zelfs zeer vaak niet is te kwalificeren als fraude. En ook meer in het algemeen vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of de nu in artikel 106a opgenomen open norm zonder een duidelijke ondergrens wel aanvaardbaar is om daaraan een handelen of nalaten te toetsen met een zo strenge sanctie als het bestuursverbod. De in artikel 106a opgenomen drempels zijn – overwegend – wel erg laag. De Gecombineerde Commissie meent dat ook in de norm tot uitdrukking moet komen dat het moet gaan om een uitzonderlijke sanctie in een uitzonderlijke situatie en zou er meer voor voelen dat sprake moet zijn van handelen of nalaten als bestuurder met opzet of met bewuste roekeloosheid. Dat zou dan overigens zowel voor een strafrechtelijke delictsomschrijving waarop als sanctie een bestuursverbod wordt gesteld alsook voor een civielrechtelijk bestuursverbod – indien het Voorontwerp zal leiden tot een wetsontwerp – moeten gelden.

Overigens zal, ook ingeval van een civielrechtelijk bestuursverbod, de opzet c.q. bewuste roekeloosheid bewezen moeten worden en zal, zo vindt de Gecombineerde Commissie, niet gewerkt kunnen worden met een onweerlegbaar vermoeden als in artikel 2:138/248 lid 2 BW is opgenomen.

Zoals hiervoor al opgemerkt plaatst de opsteller van het Voorontwerp het civielrechtelijk bestuursverbod zeer overwegend in de sleutel van de faillissementsfraude. Fraude is ook

overwegend een strafrechtelijk begrip. Het bestuursverbod in het Voorontwerp heeft voorts een zeer punitief karakter. Het opleggen van de sanctie van een bestuursverbod dient naar de mening van de Gecombineerde Commissie gepaard te gaan met uiterst zorgvuldige waarborgen ten behoeve van de justiablelen die het aangaat. De Gecombineerde Commissie heeft de nodige twijfels of in het Voorontwerp die waarborgen wel voldoende tot uitdrukking komen. Het strafrecht biedt dergelijke waarborgen wel. Een en ander zou er ook voor pleiten het bestuursverbod niet buiten de strafrechtelijke sfeer te hanteren.

- 2.2 Bij het voorgaande overweegt de Gecombineerde Commissie ook dat het naar haar mening niet is uit te sluiten dat het voorgestelde bestuursverbod - ook al wordt het gekwalificeerd als een civielrechtelijk bestuursverbod – aangemerkt zou kunnen worden als een strafrechtelijke sanctie en dus als een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Het valt de Gecombineerde Commissie op dat in de toelichting op het Voorontwerp hieraan geen enkele aandacht wordt geschonken. Ook is het naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie niet uit te sluiten dat het bestuursverbod is aan te merken als een inmenging in het eigendomsrecht van artikel 1 1^e protocol bij het EVRM. Ook hieraan wordt in de toelichting op het Voorontwerp geen enkele aandacht besteed.

De Gecombineerde Commissie meent dat ook afgezien van de vraag of het civielrechtelijk bestuursverbod als strafrechtelijke sanctie op grond van het EVRM en/of als een inmenging in het eigendomsrecht op grond van het Eerste Protocol moet worden aangemerkt, het Voorontwerp onvoldoende aandacht besteedt aan de rechtsbescherming van de betrokken (rechts)personen en partijen en aan procedurele aspecten.

- 2.3 Als het bestuursverbod ook buiten het strafrecht een plaats zou moeten krijgen dan plaats de Gecombineerde Commissie grote vraagtekens bij het voornemen van de opsteller van het Voorontwerp om de curator in een faillissement een preponderante rol te geven bij het verkrijgen van civielrechtelijke bestuursverboden. De primaire taak van de curator is de belangen te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde rechtspersoon. Het vorderen van een bestuursverbod past naar de mening van de Gecombineerde Commissie op geen enkele wijze binnen deze taak. Een bestuursverbod dient op geen enkele wijze het belang van de schuldeisers van de desbetreffende gefailleerde rechtspersoon en draagt dus ook niet bij aan een boedelactief ten gunste van de schuldeisers. Een bestuursverbod is ook niet relevant voor de gefailleerde rechtspersoon zelf. Immers komt door het faillissement al automatisch een einde aan in elk geval het materiële bestuurderschap van de bestuurder. Als het gaat om een bestuursverbod bij andere rechtspersonen dan is zelfs onder omstandigheden denkbaar dat een dergelijke bestuursverbod ten nadele werkt van de boedel van de gefailleerde rechtspersoon.

In het kader van het bovenstaande komt ook de vraag op wie de kosten zal dragen die gepaard gaan met het door de curator te vorderen bestuursverbod. Moeten die ten laste komen van het boedelactief en dus ten laste van de schuldeisers, hoewel uit een toewijzing van de vordering geen enkele bate voor de schuldeisers zal voortvloeien? Zullen de kosten ten laste komen van de overheid, waarvoor de rechtvaardiging dan zou kunnen zijn dat met het bestuursverbod het algemeen belang gediend is?

De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit dat gedurende de gehele procedure – en dus tot de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan – de curator die de procedure aanhangig heeft gemaakt de hoedanigheid van curator zal moeten hebben en dat dus ook al die tijd het faillissement niet afgewikkeld / beëindigd kan worden, tenzij de curator de vordering intrekt. Dit kan tot een onnodige stijging van de kosten van het faillissement leiden en ook overigens tot ongewenste gevolgen leiden indien er – afgezien van het bestuursverbod – geen andere belangen zijn gediend met het voortduren van het faillissement. De bestaande garantieregeling biedt hiervoor geen oplossing.

- 2.4 Omdat er voor de curator geen (civielrechtelijk) belang bestaat bij het vorderen van een bestuursverbod en omdat het ook niet tot de taak van de curator kan worden gerekend komt de vraag aan de orde of derden het tot een civielrechtelijk bestuursverbod zouden moeten kunnen leiden. Dat zou dan primair het Openbaar Ministerie kunnen zijn die deze rol ook naast de curator in het onderhavige Voorontwerp krijgt toebedeeld. Maar dan zou het naar de mening van de Gecombineerde Commissie nog maar een kleine en eigenlijk ook volkomen logische en rechtens ook te prefereren stap zijn dat het Openbaar Ministerie deze rol vervult binnen haar – eigen – strafrechtelijke taak. De Gecombineerde Commissie verwijst ook naar hetgeen zij hiervoor in de paragrafen 2.1 en 2.2 heeft opgemerkt.

Uit het voorgaande moge duidelijk zijn dat de Gecombineerde Commissie er niet bepaald een voorstander van is om andere derden het recht te geven een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen, bijvoorbeeld naar analogie van artikel 2:298 BW. Maar dat overweegt de wetgever ook niet en zal, zo neemt de Gecombineerde Commissie aan, de wetgever ook niet gaan overwegen.

In het licht van het bovenstaande is de Gecombineerde Commissie er geen voorstander van dat – zoals blijkt uit de toelichting op het Voorontwerp wel de bedoeling is van de opsteller van het Voorontwerp – de schuldeisers via de rechter-commissaris de curator kunnen bewegen om een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen. Terzijde merkt de Gecombineerde Commissie in dit verband op dat uit de toelichting die ook de gezamenlijke schuldeisers noemt, niet helemaal duidelijk wordt of hier inderdaad bedoeld wordt op de gezamenlijke schuldeisers waarvoor de wet geen bijzondere organisatievorm kent, of dat uitsluitend een rol wordt toebedeeld aan een commissie uit de schuldeisers (die slechts zelden wordt ingesteld) of aan iedere schuldeiser. Uit de verwijzing in de toelichting naar artikel 69 Fw zou kunnen worden afgeleid dat ook individuele schuldeisers hier een rol zouden kunnen vervullen. Dit laatste zou de Gecombineerde Commissie sowieso onwenselijk vinden. Als dit recht van de (commissie uit de) schuldeisers toch gehandhaafd zou blijven dan komt overigens de vraag op of de curator zo nodig met instemming van de rechter-commissaris op enig moment geheel buiten de schuldeisers om de vordering ook weer kan intrekken, bijvoorbeeld indien een voortduren van de procedure tot onnodige vertragingen bij de afwikkeling van het faillissement en daarmee ook tot extra faillissementskosten zou leiden.

In dit verband – en ook dit min of meer terzijde – vraagt de Gecombineerde Commissie zich nog af of de opsteller van het Voorontwerp nog overweegt om, indien het Voorontwerp zal worden gevolgd door een wetsvoorstel, artikel 2:298 BW nog zal worden aangepast.

- 2.5 Indien in weerwil van het bovenstaande wordt overgegaan tot het voorstellen van een civielrechtelijk bestuursverbod, dan is het voor de Gecombineerde Commissie de vraag of dit dan een regeling moet krijgen in de Faillissementswet of in Boek 2 BW. De Gecombineerde Commissie zou willen pleiten voor een regeling in Boek 2 BW, overigens ook indien de in het Voorontwerp opgenomen rol van de curator gehandhaafd mocht blijven. Ter argumentatie hiervan merkt de Gecombineerde Commissie het volgende op.
- Voor het civielrechtelijke bestuursverbod zoekt de opsteller van het Voorontwerp in zeer overwegende mate aanknopng bij artikel 2:138 / 248 BW over de aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement. Dat geldt ook voor het in het Voorontwerp gekozen begrippenkader, zozeer zelfs dat de aanhef van artikel 106a lid 2 en subonderdeel a van dat lid elkaar overlappen nu artikel 2:138/248 lid 1 ook als voorwaarde stelt dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling sprake is geweest. Dat verandert niet indien, zoals de Gecombineerde Commissie hiervoor heeft bepleit, de eis wordt gesteld dat bij het kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake is geweest van opzet of grove nalatigheid. Ook wetsystematisch pleit veel ervoor om de regeling van het civielrechtelijke bestuursverbod in Boek 2 BW op te nemen. Zo is denkbaar dat het faillissement dat tot het opleggen van het bestuursverbod aanleiding was is geëindigd en zich daarna redenen voordoen die een wijziging van de getroffen maatregel noodzakelijk en/of gewenst maken.
- Voorts is ook het feit dat de curator ter verkrijging van een bestuursverbod een vordering dient in te stellen en dus de dagvaardingsprocedure dient te hanteren een vreemde eend in de bijt van de Faillissementswet, waarin de curator al zijn rechten – in de vorm van verzoeken – dient geldend te maken bij verzoekschrift.
- Hierna, in punt 3.1, zal de Gecombineerde Commissie nog aan de orde stellen of het bestuursverbod (in beginsel) voor alle rechtspersonen zal moeten gelden of slechts voor die rechtspersonen waarvoor ook de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement geldt. Indien die vraag in laatst bedoelde zin beantwoord zou moeten worden zou dat een argument te meer zijn om het bestuursverbod een regeling te geven in Boek 2 BW.
- 2.6 Naast bovenstaande meer algemene opmerkingen heeft de Gecombineerde Commissie nogal wat commentaar op de uitwerking van het Voorontwerp en dus op de afzonderlijke artikelen. Dit commentaar volgt hierna, waarbij de Gecombineerde Commissie overigens in dit stadium nog niet streeft naar volledigheid.

3. Artikelsgewijs commentaar

3.1 Artikel 106a lid 1

- 3.1.1 De Gecombineerde Commissie meent dit artikel 106a lid 1 zo te moeten lezen dat een bestuurder van elke rechtspersoon die failliet wordt verklaard kan worden getroffen door een bestuursverbod en dus niet alleen bestuurders van N.V.'s en B.V.'s, ook al wordt in artikel 106a

lid 2 sub a verwezen naar een bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikelen die gelden voor de N.V. en B.V. Vervolgens zal een opgelegd bestuursverbod in beginsel op grond van artikel 106b gelden voor alle rechtspersonen. Indien de wetgever zou willen blijven opteren voor de naar de mening van de Gecombineerde Commissie (te) lage drempels van artikel 106a en meer in het bijzonder dus ook voor een koppeling aan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van artikel 2:138 / 248 BW, dan zou de Gecombineerde Commissie zich kunnen voorstellen dat het bestuursverbod beperkt blijft tot bestuurders van die rechtspersonen voor wie in geval van faillissement de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling geldt. Dus voor de N.V. op grond van artikel 2:138, voor de B.V. op grond van artikel 2:248, voor verenigingen (met in begrip van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen) en stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen op grond van artikel 2:50a en 2:300a. Dat betekent dan dus dat alleen maar bestuurders van dergelijke gefailleerde rechtspersonen een bestuursverbod opgelegd kunnen krijgen en dat dat bestuursverbod vervolgens dus ook alleen maar geldt voor deze rechtspersonen, dus N.V.'s en B.V.'s en aan de vennootschapsbelasting onderworpen verenigingen en stichtingen. De motivering hiervoor ontleent de Gecombineerde Commissie onder andere aan de toelichting zelf op het Voorontwerp waar wordt opgemerkt dat het civielrechtelijke bestuursverbod "een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties" betreft. En als motivering geldt natuurlijk ook dat bij het bestuursverbod zo nauw wordt aangeknoopt bij de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement. Volgens diezelfde toelichting beoogt de opsteller van het Voorontwerp met het bestuursverbod faillissementsfraude te beteugelen, faillissementsfraude die "het vertrouwen in het handelsverkeer ondermijnt, de concurrentieverhoudingen verstoort en voor grote financiële schade zorgt." Dat alles speelt natuurlijk nauwelijks bij de meeste andere rechtspersonen. Met uitzondering dan wellicht van grote instellingen die geen N.V. of B.V. zijn en ook niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, zoals bepaalde woningcorporaties en sommige grote culturele instellingen e.d. Maar als dan het bestuursverbod ook voor dergelijke rechtspersonen/ondernemingen zou moeten gelden dan zou er zeker zo veel reden zijn om dergelijke rechtspersonen/ondernemingen ook te onderwerpen aan een bestuurdersaansprakelijkheidsregiem van artikel 2:138 BW.

Mocht daarentegen de wetgever ervoor kiezen de drempels voor een bestuursverbod duidelijk hoger te leggen en dus bijvoorbeeld pas in geval van opzettelijk handelen en nalaten dan wel handelen en nalaten met een bewuste roekeloosheid een bestuursverbod mogelijk te maken (zie ook hiervoor paragraaf 2.1), dan zou de Gecombineerde Commissie er minder bezwaar tegen hebben indien een bestuursverbod zich in beginsel uitstrekt tot alle rechtspersonen.

- 3.1.2 Voor de Gecombineerde Commissie is het niet duidelijk welke rechtbank, genoemd in artikel 106a lid 1, bevoegd is. Is dit de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken? Of de rechtbank die bevoegd is in procedures op grond van de artikelen 2:138 c.a.? Of de rechtbank die bevoegd zou zijn inzake vernietigingsacties als bedoeld in artikel 106a lid 2 sub b? Of bevoegd zou zijn in procedures verband houdende met bestuurlijke boetes als bedoeld in artikel 106a lid 2 sub e?

3.1.3 In meer algemene zin veronderstelt de Gecombineerde Commissie dat op de in artikel 106a lid 1 genoemde procedures de procedureregels in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering van toepassing zijn. Het verdient aanbeveling dat dit in het Voorontwerp tot uitdrukking wordt gebracht. De Gecombineerde Commissie verwijst in dit verband ook naar haar hierna nog volgende opmerkingen met betrekking tot artikel 106c lid 2.

3.2 Artikel 106a lid 2

Dit lid geeft een opsomming van situaties waarin sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Blijkens de woorden “in ieder geval” is die opsomming niet limitatief. De Gecombineerde Commissie heeft daar, zoals uit haar algemene opmerkingen duidelijk zal zijn, grote moeite mee. Juist ook vanwege de uitzonderlijke en zware sanctie en het punitieve karakter van de sanctie grenzend ook aan een strafrechtelijke sanctie dient volkomen duidelijk te zijn in welke gevallen een dergelijke sanctie kan worden opgelegd. Indien de opsomming niet limitatief is, ziet de Gecombineerde Commissie ook geen goede reden waarom deze voorbeelden in de wet en niet ter illustratie in de toelichting genoemd zouden worden.

3.3 Artikel 106a lid 2 sub a

De eerste grond voor het opleggen van een bestuursverbod is dat voldaan is aan de voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:138 lid 1 / 248 lid 1 BW. Als de wetgever uiteindelijk toch geen hogere drempels wil opnemen dan de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling (zie ook paragraaf 2.1) dan wil de Gecombineerde Commissie bepleiten dat voor het opleggen van een bestuursverbod vereist is dat aan alle voorwaarden zoals die op grond van artikel 2:138 lid 1 / 248 lid 1 BW en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie gelden is voldaan. Dat betekent dan dus ook dat voldaan dient te zijn aan het vereiste dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

Dus alleen indien de rechter vaststelt dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van artikel 2:138 / 248 BW kan – als het ware als bijkomende “sanctie” – een bestuursverbod worden opgelegd. Dit lijkt de Gecombineerde Commissie ook een praktische gang van zaken. De Gecombineerde Commissie verwacht dat indien de curator al een actie wil instellen die moet leiden tot een bestuursverbod, de curator dat (doorgaans) slechts zal doen in combinatie met een actie op grond van artikel 2:138 / 248 BW. Dat vergt dan ook niet of nauwelijks extra kosten e.d. Als dan de vordering op grond van artikel 2:138 / 248 door de rechter wordt toegewezen kan de rechter tevens een bestuursverbod opleggen.

Ook dit draagt bij aan de duidelijkheid en rechtszekerheid die met betrekking tot het bestuursverbod gewenst is. Daarnaast zouden eventueel dan nog de afzonderlijke omstandigheden genoemd sub b tot en met e als grond voor een bestuursverbod kunnen gelden, met de kanttekeningen overigens die hierna nog zullen volgen.

In de toelichting wordt opgemerkt dat het vereiste dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling niet de oorzaak hoeft te zijn geweest van het faillissement niet is gesteld omdat dan de twee andere normen waarvan de overtreding tot een bestuursverbod kan leiden – namelijk de normen genoemd in artikel 106a lid 2 sub b en c – niet zouden worden bestreken. De Gecombineerde Commissie is van mening dat deze redenering niet op gaat, althans indien – wat de

Gecombineerde Commissie uiterst wenselijk acht – de in lid 2 genoemde normen een limitatief karakter hebben.

3.4 Artikel 106a lid 2 sub b

3.4.1 De Gecombineerde Commissie plaatst vraagtekens bij de in artikel 106a lid 2 sub b genoemde handelingen als zelfstandige grond voor een civielrechtelijk bestuursverbod naast de sub a genoemde grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Naar de mening van de Gecombineerde Commissie zou dergelijk paulianeus handelen slechts een bestuursverbod rechtvaardigen indien dat handelen tevens is te kwalificeren als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:138 / 248 BW. Sub b van dit artikel 106a lid 2 vermeldt niet door wie de daar genoemde rechtshandelingen moeten zijn verricht. De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit - en acht het wenselijk – dat het uitsluitend dient te gaan om door de desbetreffende bestuurder verrichte of mogelijk gemaakte of niet verhinderde rechtshandelingen.

3.4.2 Voorts acht de Gecombineerde Commissie het beter dat in dit artikel 106a lid 2 sub b niet wordt gesproken over “één of meerdere schuldeisers” maar meer in algemene zin over “de schuldeisers”. Dat sluit ook aan bij de sub b genoemde artikelen 42 t/m 46 (bedoeld zal zijn “artikelen 42 tot en met 45”; immers artikel 46 bestaat niet en blijkens de toelichting wordt uitdrukkelijk niet verwezen naar artikel 47) waar ook het vereiste is gesteld dat “de schuldeisers” worden benadeeld. Terzijde en min of meer ook in het verlengde van haar opmerkingen in de voorgaande paragraaf 2.3 merkt de Gecombineerde Commissie op dat het ook niet de taak van de curator is om voor de belangen van een individuele schuldeiser op te komen.

3.4.3 In meer algemene zin vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of deze in artikel 106a lid 2 sub b afzonderlijk genoemde grond wel nodig en gewenst is naast de sub a genoemde grond. Daar komt nog bij dat naar de mening van de Gecombineerde Commissie artikel 106a lid 2 sub b in twee opzichten erg ongelukkig is geformuleerd. In de eerste plaats is het mogelijk dat bij een rechtshandeling anders dan om niet de wetenschap van benadeling wel bij de bestuurder maar niet bij zijn wederpartij bestond. In dat geval is vernietiging niet mogelijk en wordt daarmee niet voldaan aan het vereiste sub b, terwijl het handelen wel onder de norm van lid 1 zou kunnen vallen. Dat is vragen om moeilijkheden. In de tweede plaats rijst de vraag of indien een rechtshandeling door de curator op grond van de artikelen 42 tot en met 45 succesvol is vernietigd, er nog wel van benadeling sprake kan zijn. Die benadeling is in dat geval immers opgeheven door de vernietiging.

3.5 Artikel 106 a lid 2 sub c

De Gecombineerde Commissie vindt de sanctie van een bestuurdersverbod op overtreding van de in artikel 106a lid 2 sub c genoemde norm (het geven van onvoldoende informatie en medewerking aan de curator) wel erg zwaar. De Gecombineerde Commissie wijst er in dit verband ook op dat onder andere artikel 87 van de Fw de curator al de nodige middelen verschaft om de bestuurder tot de hier bedoelde medewerking te bewegen.

3.6 Artikel 106a lid 2 sub d

3.6.1 In meer algemene zin vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of het feit alleen al dat een bestuurder van een gefailleerde vennootschap in een periode van drie jaar voorafgaande aan dat faillissement betrokken is geweest bij een faillissement een bestuursverbod kan rechtvaardigen. In geen van die faillissementen hoeft sprake te zijn geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. En daarvan zal zelfs geen sprake zijn geweest; immers zou er wel sprake van zijn geweest dan zou al toepassing kunnen worden gegeven aan artikel 106 b lid 1 sub a.

3.6.2 Uit de toelichting blijkt dat voor de toepassing van artikel 106a lid 2 sub d met elkaar samenhangende faillissementen zoals gelijktijdig uitgesproken faillissementen van rechtspersonen die tot een concern behoren niet als afzonderlijke faillissementen meetellen. Naar de mening van de Gecombineerde Commissie zou dit ook in de wet opgenomen moeten worden.

3.7 Artikel 106a lid 2 sub e

Uit de toelichting maakt de Gecombineerde Commissie op dat in artikel 106a lid 2 sub e bedoeld is dat die boetes ook in een bepaalde periode - van 3 jaar – voorafgaande aan het faillissement moeten zijn opgelegd. De Gecombineerde Commissie vindt dat dit ook in de wettekst moet worden opgenomen.

Als overigens het sub e bepaalde als een afzonderlijke grond voor een bestuursverbod dient te gelden, dan zal het des te meer zijn aangewezen dat dat bestuursverbod dan strafrechtelijk gekoppeld wordt aan sancties op de daargenoemde vergrijpen.

3.8 Artikel 106a lid 6

De Gecombineerde Commissie kan de laatste zin van de toelichting op artikel 106a lid 6 niet goed plaatsen voor zover daarmee voorbij wordt gegaan aan het feit dat ook rechtspersonen met het bestuur van een maatschap, commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma belast kunnen zijn.

3.9 Artikel 106b lid 1 en lid 2

3.9.1 Anders dan met betrekking tot artikel 106b lid 2 (op het moment van opleggen van het bestuursverbod bestaande andere bestuurderschappen) bestaat met betrekking tot artikel 106b lid 1 (het gaan vervullen van toekomstige bestuurderschappen na het opleggen van het bestuursverbod) geen mogelijkheid voor de rechter om uitzonderingen te creëren. Dit is een gemis in de voorgestelde regeling. In de lacune zou kunnen worden voorzien samen met de door de Gecombineerde Commissie hierna in paragraaf 3.9.4 bepleite voorziening.

3.9.2 Uit de toelichting blijkt dat het vonnis waarbij een bestuursverbod wordt opgelegd uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Dat betekent dus dat een bestuursverbod (aanzienlijk) langer kan duren dan 5 jaar. Immers wordt de maximale periode van 5 jaar in artikel 106b gerelateerd aan het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak. De Gecombineerde Commissie zou willen

voorstellen om op de maximum periode van 5 jaar in mindering te brengen de daaraan voorafgaande periode dat het bestuursverbod reeds werking heeft gehad.

3.9.3 De Gecombineerde Commissie zou het wenselijk vinden dat in de wet dan wel in de toelichting nader wordt aangegeven wat de situatie is c.q. de rechtsgevolgen zullen zijn indien een in een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis opgelegd bestuursverbod (en eventueel ook een bij wijze van voorlopige voorziening opgelegd bestuursverbod) door een latere rechterlijke beslissing ongedaan wordt gemaakt. De Gecombineerde Commissie denkt daarbij dan zowel aan de persoonlijke (financiële) gevolgen voor de desbetreffende bestuurder alsook aan de (rechtspersonenrechtelijke) rechtsgevolgen binnen de rechtspersonen waar het bestuursverbod op grond van artikel 106b lid 2 is gaan gelden. Hierbij rijst bijvoorbeeld de vraag of een dergelijke vernietiging *ex tunc* of *ex nunc* werkt.

3.9.4 De Gecombineerde Commissie constateert dat in het Voorontwerp geen voorziening is opgenomen die het mogelijk maakt dat het bestuursverbod voortijdig wordt opgeheven of beperkt. Er zijn naar de mening van de Gecombineerde Commissie situaties denkbaar waarin een dergelijke voorziening wenselijk is.

3.10 Artikel 106b lid 3

3.10.1 De Gecombineerde Commissie veronderstelt dat met “de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd” niet uitsluitend wordt bedoeld op de in kracht van gewijsde gegane uitspraak. Als dat zo is dan wil de Gecombineerde Commissie bepleiten dat in elk geval nog niet in het centraal register wordt ingeschreven een niet-uitvoerbaar verklaard vonnis waarin een bestuursverbod is opgelegd. Anders treedt *de facto* het verbod in werking. En er is ook een gerede kans dat een dergelijke inschrijving tot verwarring aanleiding kan geven.

Overigens plaatst de Gecombineerde Commissie meer in het algemeen kanttekeningen bij het bepaalde in artikel 106b lid 3 dat opgelegde bestuursverboden dienen te worden ingeschreven in een centraal register. Dat maakt de sanctie van het civielrechtelijke bestuursverbod nog eens extra zwaar en diffamerend. Een dergelijke voor het publiek toegankelijke inschrijving is niet (eens) verbonden aan het strafrechtelijke bestuursverbod.

De Gecombineerde Commissie mist iedere afweging van de openbaarheid van het bestuursverbod tegen de privacy van de betrokkenen.

3.10.2 Meer in het algemeen ontbreekt in het Voorontwerp een regeling van de gevolgen van een vernietiging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard bestuursverbod of van een als voorlopige voorziening opgelegd bestuursverbod na het aanwenden van een rechtsmiddel. Zo wordt niet voorzien in de inschrijving van beslissingen waarbij een ingeschreven bestuursverbod is vernietigd. En ook worden de vennootschapsrechtelijke gevolgen van een vernietiging niet geregeld zodat onduidelijk is of besluiten geldig blijven ondanks het feit dat de betrokkene niet heeft kunnen deelnemen aan de besluitvorming en mogelijk alleen door de rechter (ten onrechte) benoemde tijdelijke bestuurders het besluit hebben genomen en de rechtspersoon hebben vertegenwoordigd. Ook wordt niet geregeld of de betrokken bestuurder en de rechtspersoon aanspraak hebben op schadevergoeding en jegens wie.

3.11 Artikel 106c lid 1

De Gecombineerde Commissie merkt met betrekking tot artikel 106c lid 1 op dat het voor de curator en het Openbaar Ministerie een moeilijke zo niet onmogelijke opgave zal zijn om uittreksels uit het handelsregister te produceren van de overige rechtspersonen waarvan de bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd bestuurder of commissaris is. In het handelsregisters kan niet, althans niet op eenvoudige wijze worden gerechercheerd op namen van bestuurders en commissarissen.

3.12 Artikel 106c lid 2

De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of de processuele positie van de in artikel 106c lid 2 bedoelde rechtspersonen wel voldoende gewaarborgd is met het recht van die rechtspersonen hun “zienswijze” naar voren te brengen. Het belang dat die rechtspersonen hebben bij het al dan niet opleggen van een bestuursverbod aan hun bestuurders zou rechtvaardigen dat die rechtspersonen het recht hebben om zich in de procedure waarin het bestuursverbod wordt gevorderd te voegen dan wel in die procedure tussen te komen. Dit past ook in de dagvaardingsprocedure waarmee de curator de vordering dient in te stellen. In de verzoekschriftprocedure – die het Openbaar Ministerie dient te volgen – ligt het voor de hand dat de rechter de desbetreffende rechtspersonen oproept als belanghebbenden en dat die rechtspersonen alsdan een verweerschrift kunnen indienen.

Kunnen die rechtspersonen ook hun zienswijze geven over de aangelegenheden genoemd in de leden 3, 4, en 5 van artikel 106c? Op basis van de bestaande tekst is dat niet vanzelfsprekend.

3.13 Artikel 106c lid 3

Met betrekking tot de tijdelijke aanstelling door de rechtbank van bestuurders of commissarissen in artikel 106c lid 3 en lid 4 zou de Gecombineerde Commissie een nadere regeling wensen over de rechtspositie van die tijdelijke bestuurders en meer in het bijzonder ook over de aansprakelijkheid van die bestuurders.

De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit dat het de rechter is die de bezoldiging van de tijdelijke bestuurders zal vaststellen. Dit blijkt echter niet uit de wet. De Gecombineerde Commissie stelt voor dit in de wet op te nemen.

De Gecombineerde Commissie wil in herinnering roepen de discussie in het kader van de wijziging van het enquêterecht over de aansprakelijkheidsrisico's en het risico dat door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen kosten van juridische bijstand moeten maken. Bij de benoeming van tijdelijke bestuurders en ander functionarissen overeenkomstig het Voorontwerp rijzen dezelfde vragen die aan de orde zijn in de hiervoor genoemde discussie. Een afdoende bescherming tegen dergelijke risico's zal in belangrijke mate bepalend zijn voor de mogelijkheid die de rechter heeft personen bereid te vinden een dergelijke functie te aanvaarden.

3.14 Artikel 106c lid 4

De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of er wel goede redenen zijn om voorlopige voorzieningen mogelijk te maken. Ieder normatief kader voor dergelijke voorzieningen ontbreekt in het Voorontwerp en de toelichting daarop. Voorlopige voorzieningen vormen naar hun aard ordemaatregelen. Goede redenen om een ordemaatregel te treffen bij een andere rechtspersoon waarvan de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon direct of indirect bestuurder is, zijn er naar de mening van de Gecombineerde Commissie niet echt, zeker niet zolang niet in rechte is vastgesteld dat de betrokken bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Indien de opsteller van het Voorontwerp van mening is dat een bestuurder uit zijn taak ontheven zou moeten kunnen worden ook indien nog niet vaststaat dat hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, dan lijkt een ander soort wettelijke regeling meer aangewezen.

3.15 Artikel 106c lid 5.

3.15.1 De Gecombineerde Commissie veronderstelt dat aan de eerste zin van artikel 106c lid 5 na het woord “verzocht” dient te worden toegevoegd “c.q. gevorderd”. Is voor een dergelijk verzoek/vordering een afzonderlijk verzoekschrift/dagvaarding nodig?

Kan de in lid 5 genoemde schorsing en tijdelijke aanstelling ook verzocht c.q. gevorderd worden in een appelprocedure indien in de eerste instantie het bestuursverbod niet is opgelegd, met andere woorden: wordt met “het geding” uitsluitend bedoeld het geding in eerste instantie en dus voor de rechtbank?

3.15.2 De in dit artikel aan de orde zijnde voorlopige voorzieningen betreffen steeds - en per definitief - andere rechtspersonen dan de gefailleerde rechtspersoon. Zou dit geen reden geven om die rechtspersonen een meer gedegen procesrechtelijke positie te geven, waarbij de Gecombineerde Commissie denkt aan de positie van de rekwesreerde c.q. gedaagde? Overigens geldt hetgeen de Gecombineerde Commissie hier opmerkt naar haar mening in gelijke mate voor artikel 106b lid 2. De Gecombineerde Commissie verwijst ook naar hetgeen zij hiervoor in punt 3.11 met betrekking tot artikel 106c lid 2 heeft opgemerkt.

3.16 Artikel II

Dient de bestuurlijke boete, genoemd in artikel 106a sub e, ook opgelegd te zijn na de inwerkingtreding van de wet, wil die als grond voor een bestuursverbod in aanmerking kunnen komen?

's-Gravenhage, 23 mei 2013



De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum

25 juni 2013

Uw kenmerk

376879

Contactpersoon

Onderwerp

Advies op het concept-wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 25 april 2013, met kenmerk 376879, is de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) namens u om advies gevraagd over het concept-wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod. Dit advies is voorbereid door leden van de vereniging en is vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

Aard en strekking wetsvoorstel

Met het wetsvoorstel 'Wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod' (Wet civielrechtelijk bestuursverbod) wordt het mogelijk om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Volgens de memorie van toelichting strekt het concept-wetsvoorstel tot doel te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen blijven voortzetten.

Algemene beschouwing

Omschrijving bestuursverbod

Het bestuursverbod is een verbod om - voor bepaalde tijd - een rechtspersoon te besturen. Een dergelijk verbod is aan de orde indien de betrokkene in ernstige mate de op hen rustende verplichtingen met betrekking tot het bestuur van de betreffende rechtspersoon heeft geschonden. Het gaat dan om ernstig verwijtbaar handelen. Het opleggen van een bestuursverbod maakt het mogelijk in te grijpen in die gevallen waarin interne controle en correctiemechanismen (kennelijk) niet hebben gewerkt of er niet zijn. Daarmee vormt het één van de instrumenten van de overheid om misbruik van rechtspersonen te bestrijden en te voorkomen. Met het bestuursverbod wordt beoogd preventieve maatregelen te treffen. Bestuurders die misbruik maken van hun positie als leidinggevende en (daarmee) van de

rechtspersoon of personen die zich lenen als stroman voor de oprichting van een rechtspersoon, kunnen uit de leiding van de rechtspersoon worden geweerd. De cyclus van faillierende en herrijzende frauderende rechtspersonen kan worden doorbroken door het repeterende faillissementsfraudeurs gedurende een periode onmogelijk te maken weer als bestuurder op te treden.

Huidige wettelijke mogelijkheden

Thans kent de wet reeds een aantal mogelijkheden voor het toepassen van een beroepsverbod waaronder ook het besturen van een rechtspersoon kan worden begrepen. Deze mogelijkheden zijn met name strafrechtelijk van aard.

De grondslag voor een strafrechtelijk bestuursverbod is artikel 28, eerste lid, sub 5 van het Wetboek van Strafrecht (Sr). Het biedt de discretionaire mogelijkheid om een beroepsverbod op te leggen, als bijkomende straf bij bepaalde delicten die zijn begaan tijdens de uitoefening van dat beroep. Hierin is opgenomen dat de schuldige *in de bij de wet bepaalde gevallen* bij rechterlijke uitspraak kan worden ontzet. De strafrechter kan pas tot ontzetting overgaan, indien deze sanctie op overtreding van de betrokken strafbepaling is gesteld. Gevallen die in de wet zijn bepaald betreffen onder meer – voor zover hier relevant - art. 235, eerste lid, Sr (valsheidsdelicten), art. 325, tweede lid, Sr (verduistering), art. 339, eerste lid, Sr (bedrog), artikel 349, eerste lid, Sr (benadeling van schuldeisers of rechthebbenden door middel van bankbreuk, aangaan van een sluipakkoord, meewerken aan verboden transacties en onttrekking aan rechthebbenden), 417ter Sr (begunstiging) en 420quinquies (witwassen) alsmede gevallen die genoemd zijn in de Wet op de economische delicten (WED) op basis van art. 7 WED, een beroeps- c.q. bestuursverbod op te leggen. Art. 9 lid 5 Sr. laat oplegging in plaats van een hoofdstraf toe. Bij afzonderlijke oplegging regelt art. 31 lid 1 sub 4 de duur. Overtreding van een opgelegd beroepsverbod is strafbaar op grond van art. 195 Sr. Art. 33 WED bepaalt dat handelen in strijd met straffen en maatregelen opgelegd bij die wet, een economisch delict oplevert.

Het strafrechtelijk beroepsverbod is niet bedoeld als een ontorende maatregel, maar als een wijze van speciale preventie. De straf heeft een functionele strekking en wordt door de rechter opgelegd als hij dat doelmatig en rechtvaardig acht. Als regel is de ontzetting beperkt tot het beroep waarin het delict is begaan. Voorts is niet zelden voor oplegging recidive vereist. Deze voorwaarden laten zich verklaren uit het zeer ingrijpende karakter van de sanctie.

Een civielrechtelijke mogelijkheid van het opleggen van een bestuursverbod jegens een bestuurder van een stichting is neergelegd in art. 2:298, derde lid, BW. Art. 2:298 BW maakt het mogelijk om op verzoek van het OM of een belanghebbende een bestuurder van een stichting op bepaalde gronden te ontslaan, zoals op grond van het handelen in strijd met de wet, de statuten of wanbeheer, al dan niet nadat door het OM bij de betreffende stichting eerst inlichtingen zijn ingewonnen op basis van het bepaalde in art. 2:297 BW. De bestuurder kan, hangende het onderzoek van de rechtbank, door de rechtbank worden geschorst. Wordt een bestuurder van een stichting ontslagen, betekent dat, dat de ontslagene gedurende maximaal vijf jaar geen bestuurder van een stichting meer mag zijn. Wordt deze bestuurder opnieuw bestuurder maar dan van een andere stichting, heeft het OM de mogelijkheid om te vorderen dat die persoon ook uit die andere functie wordt ontslagen. De wetgever heeft met de toekenning van de bevoegdheid aan de rechter om de bestuurder van een stichting te ontslaan niet bedoeld om een algemene controle op het beleid van de bestuurders van stichtingen in te voeren, maar heeft slechts een controle op de rechtmatigheid van dat beleid voor ogen gehad.

Belang van een civiel bestuursverbod

Het onderhavige concept-wetsvoorstel komt voort uit de Herijking faillissementswet. Het invoeren van het civiele bestuursverbod past voorts in de trend die eerder is ingezet met de herziening van de toezicht op rechtspersonen (HTR) c.q. ter bestrijding van misbruik van



rechtspersonen, waarbij wordt geïnvesteerd in de opsporing van financieel-economische criminaliteit en in het vaker en effectiever afnemen van crimineel vermogen om de aanpak van georganiseerde misdaad en de financieel-economische criminaliteit verder te versterken. De aanpak van financieel-economische criminaliteit is specifiek gericht op verschillende vormen van fraude, witwassen, corruptie en op het vaker afnemen van crimineel vermogen. Effectieve bestrijding van deze vormen van criminaliteit en misbruik van rechtspersonen vraagt om een integrale aanpak. Ook wordt gewerkt aan intensivering van internationale samenwerking en uitwisseling van informatie over rechtspersonen en hun bestuurders met het oog op het voorkomen en tegengaan van grensoverschrijdend misbruik van rechtspersonen. Het civiele bestuursverbod past in de hiervoor genoemde integrale aanpak. Het huidige en hierboven geschetste juridisch kader met betrekking tot de mogelijkheden om een bestuursverbod in te zetten bevat thans lacunes die misbruik van rechtspersonen of de voortzetting ervan nog steeds mogelijk maken, waardoor forse maatschappelijke en financieel-economische schade kan worden aangericht. De genoemde bestaande mogelijkheden hebben immers alle een beperkte strekking en worden niet vaak gevorderd en opgelegd. Als sanctie en ter voorkoming van recidive dienen bepaalde personen te worden uitgesloten van het formeel en feitelijk besturen van rechtspersonen. De huidige juridische mogelijkheden kunnen dit niet afdoende, waardoor niet alle onwenselijke gedragingen op adequate wijze kunnen worden aangepakt. Concreet moet hierbij bijvoorbeeld gedacht worden aan stromannen en notoire faillissementsfraudeurs. Het voorliggende civiele bestuursverbod kan deze wettelijke lacune in faillissementsfraude dichten. Het civielrechtelijk bestuursverbod heeft bovendien meerwaarde ten opzichte van een strafrechtelijk beroepsverbod voor gevallen waarin niet tot een strafrechtelijke veroordeling kan worden gekomen. De NVvR onderschrijft dan ook het belang van het invoeren van het civielrechtelijk bestuursverbod.

Advisering

Plaats in het wetboek

Voorgesteld wordt om het civiele bestuursverbod op te nemen in de faillissementswet. Daardoor richt het civiele bestuursverbod zich op gevallen waarin een faillissement aan de orde is. De hiervoor genoemde beleidsdoelen die betrekking hebben op de aanpak van misbruik van rechtspersonen en het bestrijden van financieel-economische criminaliteit is daartoe echter niet beperkt. Het opleggen van een bestuursverbod kan ook in andere gevallen dan in gevallen van faillissement aangewezen zijn. Misbruik van rechtspersonen, en daarmee gepaarde gaande schadelijke effecten voor het economisch klimaat en het handelsverkeer beperken zich niet uitsluitend tot gevallen waarin de rechtspersoon uiteindelijk in staat van faillissement is komen te verkeren. Het concept-wetsvoorstel mist, door het alleen in de faillissementswet op te nemen, een ruimer relevant toepassingsbereik dan gewenst en wellicht eerder beoogd is. Ook in gevallen waarin bijvoorbeeld een rechtspersoon is verboden verklaard en/of is ontbonden kan het opleggen van een bestuursverbod gewenst zijn. De vraag rijst daarom reeds of het in te voeren wet civiel bestuursverbod beperkt moet zijn tot de faillissementswet. Vanuit het hiervoor in het kort geschetste beleidsperspectief en de maatregelen die reeds genomen zijn valt een dergelijk beperkte invoering niet goed te verklaren. Invoering van het civiele bestuursverbod in Boek 2 BW – al dan niet náást de mogelijkheid van een bestuursverbod in de faillissementswet - zou daarom reeds meer voor de hand liggen. Gedacht zou kunnen worden aan eenzelfde systematiek als thans in het strafrecht is te vinden en hierboven is weergegeven: een in boek 2 BW opgenomen wettelijke bepaling die de grondslag vormt voor het opleggen van een bestuursverbod, zoals de strafrechtelijke variant van art. 28 Sr, en een nadere uitwerkingen in bij wet bepaalde gevallen.

Door het civiele bestuursverbod op te nemen in de faillissementswet ontstaat bovendien een versnipperd en weinig samenhangend beeld van de instrumenten die thans kunnen worden



ingezet ten behoeve van de toezicht op rechtspersonen en de bestrijding van het misbruik daarvan. Het OM heeft reeds diverse civielrechtelijke mogelijkheden om op te treden in de richting van rechtspersonen. Deze mogelijkheden zijn met name geconcentreerd in boek 2 BW. Op grond van de faillissementswet heeft het OM daarnaast de mogelijkheid om de rechter te verzoeken de faillietverklaring uit te spreken om redenen van openbaar belang. Gelet op de concentratie van bevoegdheden van het OM in boek 2 sluit opname van het bestuursverbod in boek 2 beter aan bij het bestaande civielrechtelijk instrumentarium van het OM.

Daarnaast sluit het wetsvoorstel aan bij de bepalingen van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:138, eerste lid, en 2:248, eerste lid, BW. Ook om die reden ligt inbedding van het bestuursverbod in boek 2 meer voor de hand.

De voorgestelde regeling strekt zich voorts uit over niet-failliete rechtspersonen. Indien een bestuursverbod wordt verzocht of gevorderd kan dit ertoe leiden dat een niet-failliete rechtspersoon zonder bestuurder komt te zitten. Het voorgestelde art. 106c voorziet in dergelijke gevallen: de rechter kan dan overgaan tot een tijdelijke aanstelling van een bestuurder. Daarmee strekt de faillissementswet zich uit tot niet failliete rechtspersonen, hetgeen moeilijk valt te rijmen met de reikwijdte van de faillissementswet. Ook om deze redenen past inbedding in boek 2 BW beter bij de reikwijdte van de voorstelde regeling. Daarnaast moet worden opgemerkt dat het niet onwaarschijnlijk is dat de niet failliete rechtspersoon eveneens door de malafide bestuurder onbehoorlijk wordt bestuurd, zo niet misbruikt, indien daarvan bij de failliete rechtspersoon ook sprake is. De mogelijkheid van een tijdelijke bewindvoering, zoals ook bij de ontbinding is geregeld (art. 2:22 BW), zou dan wellicht in de praktijk te verkiezen zijn boven het benoemen van een bestuurder. Aansluiting zou gezocht kunnen worden bij de huidige bepaling van art. 2:22 BW.

Handhaving

De NVvR meent dat het bestuursverbod staat of valt bij een effectieve handhaving. In de memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel is hieraan ook aandacht besteed. Volgens de memorie van toelichting wordt de handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod op verschillende manieren geborgd. Zo mogen de notaris en de Kamer van Koophandel niet meewerken aan de oprichting en inschrijving van een (al dan niet buitenlandse) vennootschap waarin een bestuurder wordt benoemd die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen. Daarnaast moet de mogelijkheid bestaan dat aan personen die het beleid bepalen als ware zij bestuurders eveneens een bestuursverbod opgelegd kunnen krijgen, om de constructies met stromannen het hoofd te kunnen bieden. Het concept-wetsvoorstel voorziet daarin. Naast de genoemde manieren zal een register ertoe leiden dat eenvoudig kan worden gecontroleerd of een bestuursverbod wordt nageleefd. Ook deze mogelijkheid kan een bijdrage leveren om te komen tot een effectieve handhaving van het verbod een rechtspersoon te besturen.

De NVvR vraagt zich evenwel af of de genoemde borging voldoende effectief zal blijken te zijn in de praktijk. Zo zal een malafide 'beleidsbepaler' van een rechtspersoon gebruik kunnen maken van steeds verschillende en elkaar opvolgende stromannen. Weliswaar zal deze malafide beleidsbepaler, indien hij ook zelf een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen, zich blootstellen aan strafvervolgning op grond van art. 195 Sr, doch de strafbedreiging staat niet bepaald in verhouding tot de financiële opbrengsten die met deze malafide praktijken kunnen worden bereikt. Degene die een beroepsverbod overtreedt kan op grond van art. 195 Sr worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie (€ 7.800,-). Op grond van art. 33 WED kan een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren en/of een geldboete van de vierde categorie (€19.500,-) worden opgelegd. Gelet op de hoogte van de gevangenisstraf is bij verdenking wegens dit feit voorlopige hechtenis niet toegelaten, behoudens het geval waarin van de verdachte geen vaste woon- of verblijfplaats in Nederland kan worden vastgesteld.

De NVvR verwacht dat van de genoemde strafbedreiging op overtreding van het bestuursverbod thans onvoldoende afschrikwekkende werking uitgaat. Bovendien laat zich de vraag stellen of de strafbedreiging in verhouding staat tot de ernst van het delict en de



schade die in het handelsverkeer kan worden aangericht. De NVvR geeft derhalve met het oog op een zo effectief mogelijke handhaving van het bestuursverbod de minister in overweging de strafbedreiging in de genoemde strafbepalingen aan te passen.

Duur van het verbod

In het onderhavige concept-wetsvoorstel is opgenomen dat een verbod kan worden opgelegd voor de duur van vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald. Daarmee is de duur gelijk aan het bestuursverbod ex art. 2:298 BW. Op grond van art. 31, vierde lid, Sr geldt als minimale duur 2 jaren en als maximale duur 5 jaren. Op grond van de WED kan een verbod worden opgelegd voor minimaal 6 maanden en maximaal 6 jaren. Het strafrechtelijk bestuursverbod kent derhalve een minimumtermijn. Zowel in art. 2:298 BW als in het onderhavige concept-wetsvoorstel is een dergelijk minimum niet opgenomen. Deze verschillen laten zich niet goed verklaren. De NVvR verzoekt de minister hierop in de memorie van toelichting nader in te gaan, en daarbij tevens aan te geven waarom bij het civiele bestuursverbod geen minimumtermijn is genoemd en bij het strafrechtelijk bestuursverbod wel, alsmede voorbeelden te geven van gevallen die oplegging van langere duur rechtvaardigen en gevallen van minder langere duur.

Niet-limitatief omschreven gevallen

Het wetsvoorstel voorziet in het uitspreken van een bestuursverbod in de gevallen waarin sprake is van het kennelijk onbehoorlijk uitvoeren van de taken door de rechtspersoon tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement. Het dient daarbij te gaan, volgens de memorie van toelichting, om ernstig verwijtbaar handelen. Voorts kan uit de memorie van toelichting worden opgemaakt dat het moet gaan om uitzonderlijke situaties. Het wetsvoorstel biedt volgens de memorie van toelichting tevens de nodige waarborgen, zoals de beoordelingsvrijheid van de rechter om, ook al is er sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur, toch niet tot oplegging van een bestuursverbod over te gaan. In het tweede lid worden de gevallen genoemd waarin van onbehoorlijk bestuur in ieder geval sprake is. Afgaande op de formulering van het tweede lid is deze opsomming niet limitatief. Hoewel de NVvR het belang van de rechterlijke beoordelingsvrijheid in het bijzonder onderschrijft, vraagt het zich af, gelet op het ingrijpende karakter van het bestuursverbod, of een niet-limitatieve opsomming in het licht van de beoogde waarborgen die het wetsvoorstel tevens beoogt te bieden, wenselijk moet worden geacht. De NVvR geeft de minister daarom in overweging de gevallen waarin het opleggen van het bestuursverbod mogelijk is te beperken tot een meer limitatieve dan wel scherper omlijnde opsomming.

Het Openbaar Ministerie

Aan het OM is een belangrijke – hoewel geen exclusieve – rol in de implementatie van het civiele bestuursverbod toebedacht. Het concept-wetsvoorstel biedt een aanvulling op de civiele taken die het OM reeds ten aanzien van rechtspersonenrecht heeft. Het OM treedt op indien het algemeen belang daarom vraagt, zo is opgenomen in de memorie van toelichting. Daarmee sluit het aan bij het 'openbaar belang'-criterium die geldt bij de inzet van de andere civiele bevoegdheden door het OM, zoals in geval van de ontbinding van rechtspersonen, het uitoefenen van het enquêterecht of het vorderen van een faillissement. Een dergelijk instrument als het bestuursverbod vormt een aanvulling op het huidige civielrechtelijke instrumentenpakket van het OM. Een civiel bestuursverbod kan bij gelegenheid van een voorlopige voorziening een slagvaardig instrument blijken te zijn, waarin het strafrecht niet uitdrukkelijk voorziet.

Gelet op de ingrijpendheid van een dergelijk verbod en het diffamerende effect dat een dergelijke procedure voor de betrokkene kan hebben, alsmede het belang van de samenleving bij de bestrijding van misbruik van rechtspersonen, belangen van eventuele werknemers en dergelijke, dient een zorgvuldige belangenafweging te worden gemaakt, alvorens een dergelijke procedure bij de civiele rechter wordt geïnitieerd. Een afweging die



het OM als overheidsorgaan en onderdeel van de rechterlijke macht gehouden en gewend is te maken.

De NVvR meent dan ook dat op goede gronden een dergelijke bevoegdheid juist aan het OM kan worden toebedeeld.

De curator

Het wetsvoorstel kent de bevoegdheid aan de curator toe om een bestuursverbod te vorderen. De achterliggende gedachte is blijkens de memorie van toelichting dat de curator in de praktijk de eerste is die in een faillissement op signalen van fraude stuit. Bovendien zou het toekennen van deze bevoegdheid aan de curator aan sluiten bij het voornemen om fraudebestrijding een wettelijke taak te maken van de curator.

Bij het toekennen van de bevoegdheid tot het vorderen van een bestuursverbod aan de curator heeft de NVvR bedenkingen. De vraag is welk belang de curator heeft bij het vorderen van een bestuursverbod en of de belangen van de boedel en die van de schuldeisers voldoende in overeenstemming zijn met de aard en het karakter van een bestuursverbod. Immers, het primaire belang van een curator ziet op de afwikkeling van de boedel en het primaire belang van de schuldeisers is dat de schuld wordt voldaan. Het belang van het bestuursverbod is – zoals hierboven is beschreven – een geheel andere. Vanuit de “point d’interêt, point d’action”-gedachte hebben de curator of de schuldeisers dan ook geen actie. Bovendien dreigt het gevaar dat de vordering van een bestuursverbod in de praktijk uitwerkt als een incassomaatregel, waarvoor het niet bedoeld is.

Het toekennen van een dergelijke bevoegdheid aan een curator zou – naar het zich laat aanzien – slechts stroken met een aan de curator toegekende publieke taak. Kennelijk bestaat ook thans het voornemen om aan de curator een wettelijke taak toe te kennen bij de bestrijding van faillissementsfraude. Een dergelijk publieke taak heeft de curator (thans) echter niet. Een dergelijke invalshoek zou een fundamentele herbezinning vragen van de positie van de curator in zijn algemeenheid. Het wetsvoorstel neemt hierop reeds een voorschot. De NVvR vraagt zich af of de tijd hiervoor rijp is nu het toekennen van bevoegdheden die zien op de fraudebestrijding als wettelijke taak van de curator thans nog slechts de contouren hebben aangenomen van een voornemen. Naar het de NVvR voorkomt ware het dan ook beter eerst de mogelijke toekomstige positie van de curator nader te beschouwen, alvorens dergelijk ingrijpende bevoegdheden als het bestuursverbod op voorhand toe te kennen.

Ten slotte

Het wetsvoorstel betekent voor het OM een taakuitbreiding. In zijn algemeenheid dringt de vraag op of een dergelijke taakuitbreiding op voldoende draagvlak binnen de organisatie kan rekenen, vooral ook met het oog op het mogelijke capaciteitsbeslag, omdat de effectiviteit van dit instrument staat of valt met de nodige commitment aan de zijde van het OM. Indien aan het OM de mogelijkheid van een civielrechtelijke bestuursverbod wordt toegekend, rijst de vraag naar de mogelijke neveneffecten en consequenties daarvan voor de organisatie. Is een toestroom van zaken te verwachten? Zijn daarmee tevens financiële en personele consequenties te verwachten? En indien deze vragen bevestigend beantwoord worden, is dit in evenwicht met de te verwachten effectiviteit van de bewuste civiele procedures. De concept-memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel van het civiele bestuursverbod geeft aanknopingspunten voor het capaciteitsbeslag waarvan in bepaalde gevallen sprake zal zijn. Er kan worden geoordeeld op basis van de inhoud van een reeds bestaand faillissementsdossier. De bewijslastverdeling zoals die thans in het wetsvoorstel is opgenomen lijkt op een acceptabel niveau te liggen. Afhankelijk van de grond waarop het civiele bestuursverbod wordt verzocht, kan het desondanks enige voorbereiding vergen. Het capaciteitsbeslag kan echter worden gerechtvaardigd door de directe werking ervan. Bovendien zou sprake kunnen zijn van capaciteitsbesparing op het strafrechtelijke terrein, indien de civiele weg in bepaalde gevallen als alternatieve route kan worden gekozen, indien op die manier notoire recidivisten kunnen worden uitgeschakeld. Het effect van de inzet van het civiele bestuursverbod kan groot zijn en het beslag op de capaciteit acceptabel, als de



inzet goed wordt georganiseerd en de voorbereiding van de zaken op een centraal punt waar bij uitstek de expertise op het terrein van de bestrijding van financieel-economische criminaliteit is belegd, het Functioneel Parket, wordt verzorgd, hoewel dit enige investering zal kosten om in de dagelijkse praktijk op een aangepast niveau te komen.

Daarmee is de vraag echter nog niet beantwoord hoe dit zich verhoudt tot de forse bezuinigingen waar het OM zich thans mee geconfronteerd ziet.

De NVvR verzoekt de minister op de voor het OM te verwachten organisatorische effecten van het wetsvoorstel, tegen de achtergrond van de genoemde forse bezuinigingen, nader in te gaan in de memorie van toelichting.



Namens het bestuur van de NVvR,
de Wetenschappelijke Commissie

M.E. de Meljer
voorzitter

