

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 langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. 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.

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 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. Het gaat dan om alle 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 naadloos 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).

2. Het bestuursverbod in verhouding tot de bestaande civielrechtelijke bevoegdheden

Het bestuursverbod wordt toegevoegd aan de bestaande civielrechtelijke toezichtsinstrumenten. 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. 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 bestuurders aansprakelijkheid te stellen. 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 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 en W.J.M. van Veen, Toezicht op rechtspersonen, in het bijzonder stichtingen, WPNR 10 september 2005, nr. 6633 (2005), p. 656-663).

Het civielrechtelijk bestuursverbod betreft een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties. Een bestuursverbod na een uitgesproken faillissement zal geen automatisme zijn. Het wetsvoorstel bevat op dit punt de nodige waarborgen. Zo is aangesloten bij de norm “kennelijk onbehoorlijk bestuur” uit Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Het gaat dan om handelingen van de bestuurder die ernstig verwijtbaar zijn. In

de tweede plaats is de vormgeving van de procedure zodanig dat de rechter beoordelingsvrijheid heeft om, ook al is er sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur, toch niet tot oplegging van een bestuursverbod over te gaan. Met het oog op de toepasbaarheid van het bestuursverbod in de praktijk, is in de vormgeving van het verbod zoveel mogelijk 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 vorderen. Het openbaar ministerie kan hiertoe overgaan wanneer het algemeen belang in het geding is. Het toekennen van de 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 aan bij het voornemen om fraudebestrijding 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 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 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 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 eerder reeds 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.

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 heeft ook implicaties voor andere rechtspersonen dan de failliete rechtspersoon waar de betrokkene bestuurder is. Deze rechtspersonen zullen in de gelegenheid worden gesteld om in de procedure hun zienswijze naar voren te brengen over het voorgenomen 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. Doordat het bestuursverbod in een openbaar register zal worden geregistreerd, is het voor iedereen eenvoudig vast te stellen of een persoon een bestuursverbod heeft. Een eventuele inschrijving in het handelsregister van de betrokkene als bestuurder zal worden geweigerd. Hiertoe zal het Handelsregisterbesluit 2008 worden aangevuld met een nieuwe weigeringsgrond 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 voorziet het bestuursverbod in het 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. Reden hiervoor is dat het verbod niet verder moet gaan dan het te bereiken doel, namelijk het ontnemen van de mogelijkheid om door middel van een rechtspersoon beperkt aansprakelijk te zijn.

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 vennootschap waarin een bestuurder wordt benoemd die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen. Verder moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat 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 waren zij bestuurders een bestuursverbod kan worden opgelegd. In het verlengde hiervan ligt de omstandigheid dat de inschrijving van buitenlandse rechtspersonen door de Kamer van Koophandel wordt geweigerd, als blijkt dat deze rechtspersoon door iemand wordt bestuurd aan wie in Nederland een bestuursverbod is opgelegd.

Verder zal worden voorzien een inschrijving van buitenlandse rechtspersonen te weigeren wanneer blijkt dat deze door een bestuurder worden 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 straks 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 openbaar register raadpleegbaar is. Bezien wordt nog op welke wijze dit het beste kan worden gerealiseerd (bijv. in het insolventieregister of in het handelsregister). 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

PM

7. Gevolgen voor het bedrijfsleven

PM

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. 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 de procedure tot het verkrijgen van een bestuursverbod voor de curator vorm te geven als een dagvaardingsprocedure. Dit ligt voor de hand, omdat een vordering tot het treffen van een bestuursverbod in de praktijk hand in hand zal kunnen gaan met vordering tot het vaststellen van de aansprakelijkheid van de betrokken

bestuurder. Dit laatste geschiedt nu al in een dagvaardingsprocedure. 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). Voor het voeren van de procedures heeft de curator op grond van artikel 68 Fw machtiging van de rechter-commissaris nodig.

Voorts wordt in het eerste lid de algemene norm gegeven voor de oplegging van een bestuursverbod. Het moet gaan om "een bestuurder [...] die zijn taak tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld". Bij de formulering van deze norm is uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij de bestaande norm die in de artikelen 2:138 en 2:248 BW voor de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement is neergelegd. Het gaat daarbij om bestuurders die deze hoedanigheid hadden op het moment dat het faillissement werd uitgesproken, alsmede om bestuurders die bestuurder waren toen er sprake was van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (Huizink, GS Rechtspersonen, art. 2:138 BW, aant. 11). Het gaat bij de norm "kennelijk onbehoorlijk bestuur" om ernstig verwijtbaar handelen, in die zin, dat geen redelijk denkend bestuurder — onder dezelfde omstandigheden — aldus gehandeld zou hebben (HR 7 juni 1996, NJ 1996, 695 m. nt. J.M.M. Maeijer). Gedacht kan worden aan een rechtspersoon met een volstrekt ondeugdelijke financiële administratie en daaraan gerelateerde schulden, bijvoorbeeld in de vorm van opgelegde boetes. (Rb Arnhem 18 april 2007, LJV BA5588). Verder geldt dat wanneer de bestuurder van een vennootschap bij het aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, er sprake kan zijn van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur (de zgn. "Beklamel-norm", HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286). Aanwijzingen voor kennelijk onbehoorlijk besturen kunnen ook besloten liggen in de aard van de gemaakte schulden. Zo is het selectief onbetaald laten van belastingschulden onder omstandigheden aan te merken als kennelijk onbehoorlijk bestuur (HR 14 oktober 2005, LJV AT6017). Heeft de betrokken rechtspersoon een boete opgelegd gekregen voor valsheid in geschrifte, dan zou dit ook een aanwijzing kunnen zijn dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

De tweede pijler van het bestuursverbod ligt in het feit dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling tijdens het faillissement of in de drie jaren daaraan voorafgaand moet hebben plaatsgevonden. Met de termen "tijdens het faillissement" is beoogd om ook bepaalde handelingen die de bestuurder van de failliete rechtspersoon verricht tijdens het faillissement onder de notie "kennelijk onbehoorlijk bestuur" te kunnen brengen. Het gaat hier niet om handelingen van beheer of beschikking – hiertoe is de bestuurder immers door het ingetreden faillissement onbevoegd –, maar om andere handelingen die de goede afwikkeling van het faillissement kunnen frustreren, zoals het

verduisteren van de boekhouding. In meer algemene zin levert een ernstige schending van de medewerkings- en informatieplichten van de failliet jegens de curator doorgaans kennelijk onbehoorlijk bestuur op.

Er is van af gezien om ook de in artikel 2:248 BW gebruikte zinsnede "aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement" in het eerste lid van het voorgestelde artikel 106a Fw op te nemen. Dit zou de reikwijdte van het bestuursverbod onnodig beperken, omdat dan enkele belangrijke vormen van kennelijk onbehoorlijk bestuur, zoals het verrichten van paulianeuze rechtshandelingen en het niet meewerken aan een behoorlijke afwikkeling van het faillissement, niet zouden worden bestreken.

Opmerking verdient nog dat het bestuursverbod naar zijn aard is gericht op individuele bestuurders, en niet op het bestuur als "geheel". Daarom is, evenals in de artikelen 2:138 en 2:248 BW, erin voorzien dat een bestuurder zich kan disculperen. Een bestuurder is aansprakelijk voor het handelen van zijn bestuur, tenzij hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling 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 (vgl. het voorgestelde vierde lid). Hierbij kan de tussen de bestuursleden getroffen taakverdeling een rol spelen.

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.

Tweede lid

Het tweede lid kleurt het eerste lid in, door te voorzien in enkele specifieke situaties waarin het kennelijk onbehoorlijk bestuur een gegeven is, behoudens disculpatie. De in lid 2 opgenomen lijst is niet limitatief van aard. 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.

De in onderdeel a opgenomen grond hangt samen met de verplichting voor het bestuur om ingevolge de artikelen 2:10 en 2:394 BW een deugdelijke jaarrekening te publiceren. Wordt niet aan deze verplichting voldaan, dan is er op grond van artikel

2:138 lid 2 BW respectievelijk artikel 2:248 lid 2 BW sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur. 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).

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 kunnen worden vernietigd. Deze grond sluit aan bij de artikelen 42 tot en met 46 van de Faillissementswet. Het gaat hier, kort gezegd, om rechtshandelingen die onverplicht (dus niet op grond van een overeenkomst) zijn verricht en waarvan het bestuur wist of behoorde te weten dat de schuldeisers hierdoor zouden worden benadeeld (artikel 42 lid 1 Fw). Vernietiging is slechts mogelijk als de wederpartij van deze benadeling op de hoogte was of had moeten zijn. Met andere woorden, het enkele overdragen van een bedrijfsmiddel om niet hoeft niet per definitie een paulianeuze handeling te zijn. Dat wordt anders als de wederpartij op de hoogte was van de benadeling. De wet voorziet in een aantal rechtsvermoedens, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een schenking aan een familielid van de bestuurder (vgl. m.n. artikel 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. Daartoe volstaat volgens artikel 42 lid 1 Fw een buitengerechtigde verklaring. Verder is het onderdeel beperkt tot de onverplichte rechtshandelingen. Een verwijzing naar artikel 47 Fw is daarom niet in onderdeel b opgenomen.

Als aanvullend criterium voor het opleggen van een bestuursverbod geldt dat "schuldeisers [...] aanmerkelijk zijn benadeeld". Het doel hiervan is te voorkomen dat beperkte vormen van faillissementspauliana, zoals het weggeven van bepaalde bedrijfsmiddelen die bijna zijn afgeschreven aan een familielid, al zouden kunnen leiden tot het opleggen van een bestuursverbod. Strikte criteria zijn niet te geven – de beoordeling is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Elementen die in deze beoordeling een rol zullen spelen zijn de aard en omvang van de benadeling, de omvang van de boedel en de omvang van de vordering. Daarom is gekozen voor een meer open omschrijving, die de ruimte aan de rechter laat voor maatwerkbeoordelingen.

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.

In de hiervoor beschreven gevallen is een voorafgaand verzoek 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).

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. 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 zogenaamde repeterende faillissementen rechtvaardigen een afzonderlijke grond voor een bestuursverbod. 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. Gevallen waarin het huidige of eerdere faillissementen zijn te wijten aan een ongelukkige samenloop van omstandigheden komen voorts niet in aanmerking voor een bestuursverbod. Ook het geval waarin in één keer een concern van enkele rechtspersonen failliet gaat, valt buiten deze grond. In de hiervoor beschreven

gevallen zal de bestuurder op grond van het vierde lid kunnen bewijzen dat er omstandigheden aanwezig zijn die hem disculperen. Hiertoe zou de bestuurder bijvoorbeeld eerdere faillissementsverslagen kunnen overleggen, waaruit valt af te leiden dat het faillissement niet aan de betrokken bestuurder te wijten is, maar bijvoorbeeld aan betalingsweigering van een grote debiteur.

In onderdeel e is een grond opgenomen die betrekking heeft op fiscale fraude gerelateerd aan het faillissement. In de Algemene wet inzake rijksbelastingen (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 d wordt 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 welke op aangifte moet worden voldaan of afgedragen niet, gedeeltelijk niet, dan wel niet binnen de in de belastingwet gestelde termijn is betaald.

Derde 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. Dit komt in de praktijk veel 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 verhullen verschillende 'lagen' rechtspersonen, kunnen worden aangepakt. Bijvoorbeeld, BV Y wordt onder andere bestuurd door NV X. In het bestuur van NV X zit BV Y, waarvan natuurlijke personen bestuurders zijn. Artikel 106a lid 3 Fw voorziet in de mogelijkheid om ook aan de achterliggende personen een bestuursverbod op te leggen, mits uiteraard aan de overige criteria is voldaan.

Vierde lid

Het vierde lid waarborgt dat geen bestuursverbod wordt opgelegd aan een individuele bestuurder die onderdeel is van een bestuur dat – als college – onbehoorlijk heeft gehandeld, terwijl de individuele bestuurder zelf niets of heel weinig te verwijten valt. Deze disculpatiegrond is overgenomen uit de artikelen 2:138 derde lid en 2:248 derde lid BW.

Bij de vraag of een bestuurder zich kan disculperen, kan de onderlinge taakverdeling binnen het bestuur van een rechtspersoon een rol spelen. Bij beslissingen met (aanzienlijke) financiële implicaties, zal er minder ruimte te zijn voor disculpatie (J.M.M. Maeijer, G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, Asser 2-II* - De naamloze en besloten vennootschap, nr. 460). Van een succesvolle disculpatie kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer een bestuurder zijn stem onthoudt aan besluitvorming die zou leiden tot kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en – als dat besluit toch wordt genomen - vervolgens aftreedt.

Vijfde lid

In het voorgestelde artikel 106a, vijfde 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. 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.

Zesde 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 een eenmanszaak of vennootschap onder firma. Hiertoe worden de vorige leden van overeenkomstige toepassing verklaard.

Het concrete effect hiervan is dat via een eenmanszaak of vennootschap onder firma frauderende ondernemer in de toekomst geen bestuurder kan worden van een rechtspersoon. De algemene norm van het eerste lid is van overeenkomstige toepassing, dat wil zeggen dat een ondernemer die een eenmanszaak drijft, een bestuursverbod opgelegd kan krijgen wanneer hij kennelijk onbehoorlijk heeft gehandeld in zijn taak als ondernemer. Verder lenen, behalve onderdeel a, ook de specifieke gronden van het tweede lid zich voor overeenkomstige toepassing.

Onderdeel a is niet van toepassing, omdat de artikelen 2:138 en 2:248 BW slechts van toepassing zijn op bepaalde rechtspersonen, zoals BV's en NV's. Dit laat uiteraard onverlet dat het voeren van een onderneming zonder deugdelijke financiële verslaggeving wel tot de slotsom kan leiden dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Het derde lid is niet van toepassing omdat er bij een eenmanszaak, maatschap, commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma geen sprake kan zijn van een rechtspersoon die een andere rechtspersoon bestuurt.

Artikel 106b

Artikel 106b regelt de gevolgen van een uitgesproken bestuursverbod. Het eerste gevolg is dat een bestuurder geen bestuurder van een rechtspersoon meer kan worden. 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 indien hiertoe aanleiding bestaat. 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). Het is mogelijk dat een verbod eerder wordt geëffectueerd, bijvoorbeeld door een uitvoerbaar bij voorraad verklaring of als gevolg van een voorlopige maatregel. Ook op dit punt wordt bij artikel 2:298 BW aangesloten, zoals uitgelegd in het arrest van de Hoge Raad van 10 november 2006, LJN AY8290, r.o. 3.6.2. Ook in dit geval gaat de periode van vijf jaar lopen vanaf het moment van het onherroepelijk worden van de uitspraak. In voorkomende gevallen, bijvoorbeeld wanneer een procedure lang heeft geduurd en de bestuurder gedurende deze periode was geschorst of het verbod uitvoerbaar bij voorraad was verklaard, kan de rechter bij het bepalen van de termijn waarvoor het bestuursverbod geldt, rekening houden met de verstreken tijd. Een persoon met een bestuursverbod kan evenmin bij de oprichting tot bestuurder worden benoemd (artikel 106b Fw jo. artikel 2:132 resp. artikel 2:242 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 openbaar register moeten 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 kan functioneren bij alle andere rechtspersonen waar hij deze functie bekleedt. Hiervoor kunnen de ingevolge het eerste lid van artikel 106c overgelegde 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 niet tegen dat het bestuursverbod ook gevolgen heeft voor die nieuwe rechtspersonen, mits deze in staat worden gesteld om hun zienswijze in de procedure naar voren te brengen.

Voorstelbaar is overigens dat de rechtbank in zijn uitspraak voor betrokkene ruimte laat om bestuurder te 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.

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 betrokken 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.

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 voor iedereen raadpleegbaar is. Hieraan zal gevolg worden gegeven door registratie in een openbaar 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 register zal na ontvangst van het stuk van de griffier, dadelijk tot uitschrijving van de betrokken bestuurder overgaan. Vanwege het belang voor de rechtszekerheid van een juist en volledige handelsregister is het voorgaande in de wet geëxpliciteerd. Totdat de uitschrijving een feit is, kan een derde die met de betrokken bestuurder handelt, zich immers 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 vennootschap wanneer hij – zonder hiertoe bevoegd te zijn – vertegenwoordigingshandelingen verricht. Terzake kan de bestuurder door de vennootschap 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 invloed uitoefent op het door het bestuur te voeren beleid.

In nadere regelgeving zullen de nodige bepalingen worden opgenomen omtrent de inschrijving van uitspraken, de raadpleegbaarheid alsmede de vorm en inhoud van een openbaar register van bestuursverboden. Met name wordt de mogelijkheid van opname onderzocht in het handelsregister of het faillissementsregister. In het register worden door de rechtbank uitgesproken schorsingen, tijdelijke aanstellingen van een of meer bestuurders en bestuursverboden opgenomen. Ook uitspraken waarbij een schorsing, een tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of de oplegging van een bestuursverbod ongedaan worden gemaakt, worden opgenomen. Het laatste geval zal zich kunnen voordoen als een bestuurder met een bestuursverbod hoger beroep heeft ingesteld en dat beroep gegrond is verklaard. Van belang is voorts dat andere EU-lidstaten via het register kennis kunnen nemen van de in Nederland opgelegde bestuursverboden.

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). 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 zoeken.

Artikel 106c

In artikel 106c is allereerst opgenomen dat bij het verzoek van het openbaar ministerie of 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. Op deze wijze is voor de rechtbank kenbaar bij welke rechtspersonen een betrokkene bestuurder of commissaris is. Wordt een bestuursverbod opgelegd, dan belet het verbod – als hoofdregel – tevens de bestuurder bij deze andere rechtspersonen de functie van bestuurder of commissaris uit te oefenen.

Artikel 106c voorts bevat voorzieningen voor de situatie waarin aan alle bestuurders van een rechtspersoon een bestuursverbod wordt opgelegd. Praktisch gesproken zullen deze voorzieningen 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. 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. De zienswijze van de betrokken derde rechtspersonen zal vooral nuttig zijn bij de vraag wie eventueel als vervangend bestuurder of commissaris kan optreden, indien een bestuursverbod wordt opgelegd. 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 (vgl. het laatste lid van artikel 106b).

Wanneer de derde-rechtspersoon niet zelf anticipeert op een bestuursverbod en nog geen nieuwe bestuurders heeft aangezocht, 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. 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. 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 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 is niet 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.

Artikel 106d

Artikel 106d bepaalt in de eerste plaats dat degene die feitelijk het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald wordt gelijkgesteld met een formele bestuurder, zodat ook hem en niet alleen zijn stroman een bestuursverbod kan worden opgelegd (in dezelfde zin de artikelen 2:138 lid 7 en 248 lid 7 BW). 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 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 speelt de hoeveelheid aandelen die een aandeelhouder in de vennootschap heeft een rol. Verder is van belang hoe de uit de aandelen voortvloeiende zeggenschap wordt aangewend. Zo zal een enig aandeelhouder die het bestuur ontslaat en benoemd 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 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 met een formeel bestuurder (Hof Amsterdam 15 februari 2013, LJV 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, als feitelijk bestuurder, zich 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 wanneer er 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). In het tweede lid wordt het begrip 'bestuurder' voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c 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. 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 hierbij is het tijdstip waarop het faillissement is uitgesproken. Het bestuursverbod kan niet worden gevorderd voor faillissementen die voor de inwerkingtreding van de wet zijn uitgesproken, ook al zijn deze faillissementen nog niet helemaal afgewikkeld. Wordt het faillissement na de inwerkingtreding van de wet uitgesproken, dan kan wel een bestuursverbod worden gevorderd.

Overigens kunnen faillissementen die voor de inwerking van deze wet zijn uitgesproken, worden betrokken bij een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod. In de tweede zin van artikel II wordt dit aldus verduidelijkt, dat voor de toepassing van artikel 106a tweede lid, onderdeel d, ook eerdere faillissementen kunnen worden betrokken – en dat deze faillissementen niet na de inwerkingtreding hoeven te liggen.

Stel dat deze wet in werking treedt op 1 januari 2015, en dat op 6 januari 2015 een faillissement wordt uitgesproken. Het overgangsrecht brengt dan mee dat de curator een bestuursverbod vordert op grond van het feit dat er sprake is van een derde faillissement in drie jaar tijd (onderdeel d van artikel 106a tweede lid Fw), ook al liggen de twee eerdere faillissementen voor de inwerkingtreding van deze wet. Hiervoor is gekozen,

omdat het bestuursverbod anders in geval van repeterende faillissementen pas drie jaar na de inwerkingtreding effectief toegepast zou kunnen worden.

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

De Minister van Veiligheid en Justitie,