

# Warendorf

Mr. I.W. Opstelten  
Minister van Veiligheid en Justitie  
Turfmarkt 147  
2511 DP Den Haag

Koningslaan 42  
1075 AE Amsterdam  
Postbus 75914  
1070 AX Amsterdam  
T +31 (0)20 - 798 82 00  
F +31 (0)20 - 798 82 01  
E [info@warendorf.nl](mailto:info@warendorf.nl)  
[www.warendorf.nl](http://www.warendorf.nl)

Datum 29 mei 2013  
Inzake Zienswijze Wet civielrechtelijk bestuursverbod

M. Kupperman, advocaat  
T +31 (0)20 - 798 82 86  
F +31 (0)20 - 798 82 01  
E [kupperman@warendorf.nl](mailto:kupperman@warendorf.nl)

Excellentie,

Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid een zienswijze te geven op het voorstel voor een Wet civielrechtelijk bestuursverbod.

Warendorf is een kantoor van advocaten en notarissen te Amsterdam, gespecialiseerd in het (internationaal) vennootschapsrecht en het financieel recht. Ik verwijs voor nadere informatie naar onze website [www.warendorf.nl](http://www.warendorf.nl).

De kanttekeningen die wij bij het wetsvoorstel maken, laten de noodzaak van adequate bestrijding van de door u terecht gesignaleerde randverschijnselen, uiteraard onverlet.

## De plaats van het voorstel

1. De eerste kanttekening is dat het wetsvoorstel niet thuis hoort in de Faillissementswet (Fw) maar in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De Faillissementswet gaat grofweg om de gevolgen van het niet langer kunnen betalen van schulden (zie art. 1 Fw), te weten het vereffenen van het vermogen van de schuldenaar door de curator, onder toezicht van een rechter-commissaris teneinde de gezamenlijke schuldeisers zoveel als mogelijk te bevredigen. Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod ziet echter specifiek op de rechtspositie van een bestuurder van een rechtspersoon en zou daarom onderdeel moeten zijn van Boek 2 van het BW (rechtspersonen), bijvoorbeeld in Afdeling 5 (Het bestuur van de vennootschap en het toezicht op het bestuur) van de titels 4 en 5 als respectievelijk de artt. 2:138a en 2:248a BW.

# Warendorf

## Verhouding strafrechtelijke en civielrechtelijke bevoegdheden

2. Een tweede kanttekening betreft de verhouding van het voorstel tot bestaande strafrechtelijke bevoegdheden waaraan u in paragraaf 3 van de memorie van toelichting aandacht besteedt. Toepassing van het strafrecht wordt daar een sluitstuk van de bestrijding van faillissementsfraude genoemd. Dat is vreemd, nu het doel van het wetsvoorstel juist is om faillissementsfraude effectiever te bestrijden en te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen kunnen voortzetten (zie bijna letterlijk de eerste alinea van de memorie van toelichting). Het begrip fraude is een typisch strafrechtelijke notie -zie de artt. 340 tot en met 344 Wetboek van Strafrecht (Sr)- en komt in de doelomschrijving twee keer aan de orde. Handhaving bij overschrijding van strafrechtelijke normen zoals faillissementsfraude is een primaire taak van de overheid.
3. Waarom dan een sluitstuk en niet een begin? Zeker wanneer men de desbetreffende strafbepalingen (en de maximum strafmaten) leest, alsmede de overige gevolgen, lijkt daar een actieve taak voor het openbaar ministerie weggelegd. In de memorie van toelichting wordt niet gemotiveerd waarom het strafrecht kennelijk te kort schiet (of moet worden achtergesteld), maar in de praktijk hoort men wel dat de schoen wringt bij de vervolging. Doordat Nederland het opportuniteitsbeginsel kent, staat het het openbaar ministerie vrij om op gronden aan het algemeen belang ontleend van vervolging af te zien.

## Curator doet aangifte en zet door

4. Over een beslissing om een strafbaar feit niet te vervolgen, kan door een rechtstreeks belanghebbende op grond van art. 12 Wetboek van Strafvordering (Sv) bij het gerechtshof worden geklaagd en langs die weg vervolgens een bevel tot vervolging worden uitgelokt. Het is echter de vraag wie als rechtstreeks in zijn belang getroffen wordt aangemerkt en in dat opzicht ontvankelijk is in zijn klacht. De curator in elk geval niet zonder wettelijke duiding. Ik zal hierna toelichten dat de curator op zich geen belang heeft bij een strafrechtelijke vervolging van een bestuurder, of bij een bestuursverbod (dat overigens niet op grond van art. 349, tweede lid Sr kan worden opgelegd maar op grond van het eerste lid van dat artikel dat kort samengevat bepaalt dat bij veroordeling wegens faillissementsfraude, de schuldige kan worden ontzet van de uitoefening van het beroep waarin hij het misdrijf begaan heeft: er uiteraard van uitgaande dat het zijn van bestuurder als een beroep kan worden beschouwd).

# Warendorf

5. Een derde kanttekening zou dus zijn om de curator daadwerkelijk in de Faillissementswet, als dan niet met voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris, de verplichting te geven bij gerezen verdenking van faillissementsfraude in de zin van het strafrecht, aangifte te doen (zie ook uw brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 26 november 2012) en bij het uitblijven van vervolging de art. 12 Sv procedure te volgen. Dit kan, mits tijdig ingezet, ook in het voordeel van de curator zijn, mocht hij een bestuurder aansprakelijk willen stellen voor de tekorten van de boedel of anderszins en niet beschikken over de bewijsvoordelen van de artt. 2:138, tweede lid en 2:248, tweede lid BW (hierna gezamenlijk art. 2:248 BW te noemen), dan wel afdoende bewijsmiddelen ter zake van de strafbare feiten in de artt. 340 e.v. Sr. In die gevallen kan hij gebruik maken van art. 161 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dat bepaalt dat een in kracht van gewijsde gegaan, op tegenspraak gewezen vonnis waarbij een Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs oplevert van dat feit in een civiele procedure.

## Toegevoegde waarde openbaar ministerie

6. Een vierde kanttekening is dat niet duidelijk is wat de toegevoegde waarde is van de voorgestelde voorziening voor het openbaar ministerie. De straf van art. 349, eerste lid Sr. is een bijkomende en in dat opzicht een echt strafrechtelijk sluitstuk. Tegen deze achtergrond is het maar zeer de vraag wanneer het openbaar ministerie het opportuun zal vinden van de voorgestelde civielrechtelijke bevoegdheid gebruik te maken, onafhankelijk van de gedachten over strafrechtelijke vervolging.

## Rechtsvordering voor iedereen en juist niet de curator

7. Onze vijfde kanttekening is dat, indien het wetsvoorstel zou worden doorgezet, de bevoegdheid om een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod bij de burgerlijke rechter in te dienen wordt toegekend aan het openbaar ministerie en aan iedere belanghebbende en juist niet specifiek aan de curator of aan het openbaar ministerie. Ik verwijs naar art. 2:298 BW waar –kort samengevat- staat dat iedere belanghebbende en het openbaar ministerie de rechtbank kan verzoeken een bestuurder van een stichting die zich –onder meer- schuldig maakt aan wanbeheer, te ontslaan, welk ontslag overigens van rechtswege een bestuursverbod voor elke stichting met zich brengt. Ik verwijs ook naar de eerste kanttekening.
8. De achtergrond van deze vijfde kanttekening is dat het waarschijnlijk juist die derde-belanghebbenden (bijvoorbeeld schuldeisers van de vennootschap waaronder te verstaan werknemers of misschien belangenorganisaties als

# Warendorf

bedoeld in art. 305a van Boek 3 BW) zullen zijn die effectief gebruik zullen maken de geboden voorziening, en niet de curator.

9. De reden hiervoor is eenvoudig. De curator heeft binnen een adequate uitoefening van zijn wettelijke taken geen enkel belang bij het verkrijgen van een bestuursverbod, nadat het faillissement is opgeheven. De taak (en het belang) van de curator is slechts om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers de boedel te vereffenen, waaronder begrepen mogelijke vorderingen op bestuurders en commissarissen op grond van de art. 2:248 BW. Een procedure over een civielrechtelijk bestuursverbod is kostbaar, ook als deze in combinatie met een 2:248 BW procedure wordt gevoerd en zal altijd het boedelactief verminderen zonder dat daar iets tastbaars voor de gezamenlijke crediteuren tegenover staat.
10. De gedachte dat voorafgaand overleg plaats zal vinden tussen de gezamenlijke schuldeisers en de curator over de door de curator in te stellen vordering, verdraagt zich niet met de praktijk en past niet in de wettelijke verhouding tussen gezamenlijke schuldeisers en de curator. Die strekt niet verder dan een openbare –en naar zijn aard globale- rapportage over de toestand van de boedel als bedoeld in art. 73a Fw en de verplichting om, behoudens in het geval van een vereenvoudigde afwikkeling (zie art. 137a e.v. Fw), een verificatievergadering te houden met daarbij behorende openbaarmakingverplichtingen, maar dat gaat uitsluitend om de vraag of en in hoeverre vorderingen van crediteuren worden erkend in het faillissement (zie de vijfde afdeling van de Faillissementswet, inclusief de homologatie van het akkoord).
11. De wetgever heeft eerder in een litigieus model gedacht dan in een overlegmodel. Het is dan ook de vraag of een goed curator machtiging voor een bestuursverbod procedure aan de rechter-commissaris zal vragen en evenzeer de vraag of een goed rechter-commissaris, eenmaal gevraagd, machtiging zal geven voor zulk een procedure. Dat snijdt overigens ook de weg voor schuldeisers af om, zoals in de memorie van toelichting overwogen, uiteindelijk met toepassing van art. 69 Fw (verzoekschrift aan de rechter-commissaris) en vervolgens art. 67 Fw. (hoger beroep bij de rechtbank) een procedure tot het verkrijgen van een bestuursverbod af te dwingen. Ook de rechtbank zal een curator die binnen zijn wettelijke taakomschrijving handelt in redelijkheid niet tot een –binnen het systeem van de Faillissementswet- nodeloze procedure kunnen dwingen.

## Art. 106a, eerste lid onder a Fw (nieuw) kan vervallen

12. Dan de voorgestelde regeling zelf. De opzet, is zeker gezien de aansluiting die wordt gezocht bij art. 2:248 BW, vertrouwd en de regeling geeft dan ook slechts aanleiding tot enkele kanttekeningen.

# Warendorf

13. De algemene norm in art. 106a, eerste lid Fw (nieuw) zal, zeker na de met de recente wijziging van art. 2:9 BW en art. 2:216 BW versterkte aandacht in de literatuur over de vraag wanneer er wel of niet sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, geen vragen oproepen. Dat zelfde geldt voor de disculpatie mogelijkheid van het vierde lid. Schending van de norm, kan lijden tot een rechterlijk bestuursverbod. De wettelijke aannames van onbehoorlijk bestuur in het tweede lid van de nieuwe regeling zijn niet altijd duidelijk. Dat geldt voor de aanname onder a bijvoorbeeld. Daar staat dat er altijd sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien is voldaan aan de voorwaarden van art. 2:248, eerste lid BW. Daar staat echter dat er sprake is van aansprakelijkheid indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dat is een verzwarende omstandigheid ten opzichte van het eerste lid van art. 106a, eerste lid Fw (nieuw), die zeker niet zal zijn beoogd. Ons advies zou luiden om de bepaling van art. 106a, eerste lid onder a Fw (nieuw) te verwijderen.

## En worden vervangen

14. De memorie van toelichting (pag. 9, tweede alinea) neemt overigens een verkeerd uitgangspunt. Het niet voldoen aan de verplichtingen van art. 2:10 BW of 2:394 BW levert een wettelijke aanname (onweerlegbaar vermoeden) van kennelijk onbehoorlijk bestuur op en een weerlegbaar vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit echter alleen in verband met het bepaalde in art. 2:248, eerste lid BW en niet in verband met het bepaalde in art. 106a, eerste lid of onder a Fw. Dat zou expliciet in de wet moeten worden opgenomen. Het enkel niet voldoen aan een adequate boekhoudplicht of tijdige openbaarmaking levert op zich nog niet een vermoeden van onbehoorlijk bestuur op. Het kan uiteraard wel gesteld worden in de procedure, maar geeft dan waarschijnlijk aanleiding tot betwisting, bewijslastverdelingsvraagstukken en in elk geval tot inhoudelijk verweer. Alternatief voor de aanname onder a als voorgesteld dat er altijd sprake is van onbehoorlijk bestuur wanneer (of indien) het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artt. 2:10 BW of 2:394 BW, waarbij de tweede en derde volzin van art. 248, tweede lid BW kunnen worden overgenomen (respectievelijk ten aanzien van vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap waarvan de vennootschap volledig aansprakelijk vennoot is en ten aanzien van een onbelangrijk verzuim dat tot uitzondering lijdt van aansprakelijkheid).

## 106 Fw: praktijk is weerbarstig

15. Bij de aanname van art. 106a, eerste lid onder c Fw (nieuw) -het in ernstige mate tekort schieten van de bestuurder aan informatie- en medewerkingverplichtingen- past slechts de kanttekening het in de praktijk vaak voorkomt dat een bestuurder

# Warendorf

terug treedt en zich uitschrijft uit het handelsregister, voordat het faillissement wordt uitgesproken. Dat maakt dat de verplichting van art. 105 jo. 106 Fw om inlichtingen te verschaffen aan –onder meer- de curator vervalt omdat die verbonden is aan de hoedanigheid van bestuurder. Dat maakt ook dat de aanname van art. 106a, eerste lid onder c Fw (nieuw) niet kan worden toegepast.

Tot zover onze kanttekeningen bij dit goede initiatief, in het vertrouwen bij te kunnen dragen aan verdere verbetering en uitbreiding van de wetgeving op dit onderwerp.

Hoogachtend,

M. Kupperman

