

## Reactie VNO-NCW en MKB-Nederland 30 mei 2013

### op consultatie civielrechtelijk bestuursverbod

#### Algemeen

##### *Inleiding*

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn het eens met de gedachte dat een effectieve en krachtige bestrijding van faillissementsfraude van groot belang is om het bedrijfsleven en de samenleving in het algemeen te vrijwaren van schade die wordt toegebracht aan burgers en bedrijven door frauduleuze gedragingen in en rond faillissement. Zij menen echter dat de in het voorontwerp voorgestelde regeling van een civielrechtelijk bestuursverbod op vordering van het OM of de curator daarvoor niet het juiste instrument is.

Een ernstig bezwaar tegen het voorontwerp is dat niet langer de nauwkeurige normen van het strafrecht de grondslag vormen voor een door de rechter op te leggen sanctie, maar dat wordt aangehaakt bij de veel meer open normen voor de *civielrechtelijke* gronden voor aansprakelijkheid van bestuurders van een rechtspersoon en dat deze ook worden gebruikt buiten de sfeer van rechtspersonen. VNO-NCW en MKB-Nederland vrezen voor een oneigenlijke reflexwerking op en in feite uitbreiding van de gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid. Dit is een onaanvaardbare vermenging van straf- en civiel recht die een ernstige inbreuk maakt op de rechtszekerheid voor ondernemers. Bovendien is sprake van een onaanvaardbare stapeling van rechtsmiddelen.

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat een grondige probleemanalyse ontbreekt en dat onvoldoende is aangetoond dat met de bestaande strafrechtelijke middelen niet hetzelfde gewenste (snelle) resultaat kan worden bereikt en fraude bestreden kan worden. Onvoldoende duidelijk wordt gemaakt waarom en in welke opzichten de bestaande regelgeving niet effectief en afdoende is voor de fraudebestrijding. Daarom wordt ook niet duidelijk waarom een oplossing voor het gepercipieerde maar niet helder aangeduide probleem in het civiele recht zou kunnen of moeten worden gezocht en welke effecten daarvan kunnen of moeten worden verwacht. Bovendien menen zij dat de kennelijk gepercipieerde traagheid van de huidige middelen niet mag leiden tot onaanvaardbare vermindering van rechtsbescherming en evenmin mag worden afgewenteld op de curator: een curator is geen opsporingsambtenaar en het past dan ook niet hem een in feite strafrechtelijke taak toe te bedelen. Bestrijding van crimineel handelen is bij uitstek een taak van de overheid via het strafrecht met alle waarborgen die het strafprocesrecht biedt en niet van de burger of private partijen via het civiele recht.

Van curatoren wordt met regelmaat de klacht gehoord dat op hun meldingen over faillissementsfraude vaak niet tijdig en adequaat wordt gereageerd door het OM. De Memorie van Toelichting maakt niet duidelijk in hoeveel gevallen thans het OM tot vervolging van faillissementsfraude overgaat en hoe vaak door het OM een - strafrechtelijk - bestuursverbod wordt gevorderd en door de rechter opgelegd. Uit onderzoek blijkt dat in zijn algemeenheid het OM niet vaak gebruik maakt van zijn bevoegdheid om ontzegging uit een functie te

vorderen<sup>1</sup>.

De taak van de curator is zo veel mogelijk de belangen van de schuldeisers te behartigen. Die belangen van schuldeisers worden hier echter ondergeschikt gemaakt aan een maatschappelijk belang. De kosten die de curator ter uitvoering van de hem nieuw toebedeelde taak moet gaan maken zullen ten laste komen van de boedel en komen dus in mindering op het aan schuldeisers toekomende bedrag. Er is geen enkele reden waarom zij op die wijze - terwijl het strafrechtelijke instrument ook voorhanden is - zouden moeten worden gedwongen bij te dragen aan de financiering van bestrijding van faillissementsfraude. Als de boedel ontoereikend is zal een curator naar verwachting überhaupt geen procedure beginnen of zal de rechter-commissaris geen toestemming daarvoor geven. Over deze problematiek ontbreekt iedere toelichting bij het voorontwerp, zodat er van moet worden uitgegaan dat die volstrekt ten onrechte niet in de besluitvorming is betrokken.

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dan ook dat in het voorontwerp veel te lichtvaardig de stap naar een nieuw civielrechtelijk middel wordt gezet, zonder dat is aangetoond óf en waar het bestaande strafrechtelijke instrument tekort zou schieten. Aan de nadelen van 'criminalisering' van privaatrechtelijke normen en procedures gaat het voorontwerp in feite geheel voorbij. Alles in aanmerking nemend menen VNO-NCW en MKB-Nederland derhalve dat het voorgestelde civiele bestuursverbod niet proportioneel is, een verkeerd middel en het begin van een hellend vlak op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid. Het civiele bestuursverbod zou dan ook niet moeten worden ingevoerd.

Onverlet deze conclusie wordt in de bijlage nader ingegaan op de afzonderlijke artikelen van het ontwerp.

---

<sup>1</sup> Strafrechtelijke ontzetting uit beroep of ambt, oplegging en naleving in de periode 1995-2008, onderzoek – op verzoek van de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie - van het Nederlands studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving (NSCR) oktober 2009, p. 66 e.v. : 38% van OM heeft ooit ontzetting gevorderd, 62 % nooit (respons enquête was 20%).

## **Bijlage bij reactie VNO-NCW en MKB-Nederland 30 mei 2013**

### **Algemeen**

#### *Strafrechtelijke bestuursverbod versus civielrechtelijk bestuursverbod*

Blijkens het algemene deel van de toelichting beoogt het voorontwerp een belangrijk instrument tot fraudebestrijding te introduceren: een bestuursverbod verhindert malafide bestuurders een rechtspersoon te besturen ‘waardoor zij geen gebruik kunnen maken van de beperkte aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt’. VNO-NCW en MKB-Nederland onderschrijven dat fraudebestrijding van groot belang is. Het OM beschikt echter reeds over specifieke instrumenten om zodanig crimineel gedrag te vervolgen. Aangifte kan worden gedaan door de faillissementscurator. Afgezien van andere meer specifieke strafbedreigingen, wordt faillissementsfraude in het Wetboek van Strafrecht uitdrukkelijk en gedetailleerd strafbaar gesteld (artikelen 340-348). Bij veroordeling kan de rechter behalve gevangenisstraf ook een ‘bestuursverbod’ opleggen en openbaarmaking van het vonnis gelasten (‘naming and shaming’) (artikel 349). Het biedt daarmee een effectief sluitstuk op de bestrijding van faillissementsfraude.

Kernargument in het voorontwerp voor invoering van het voorgestelde civielrechtelijke bestuursverbod is dat via die weg sneller dan via de strafrechtelijke weg passende maatregelen kunnen worden genomen jegens bestuurders die verwijtbaar hebben gehandeld. Het verbod kan niet alleen door het OM, maar ook door een faillissementscurator worden verzocht respectievelijk gevorderd ook zonder dat een vermoeden van strafrechtelijk handelen leidt tot vervolging, laat staan berechting. Verwacht wordt, aldus de toelichting,<sup>2</sup> dat de vordering van een curator tot een bestuursverbod in de praktijk hand in hand zal gaan met een vordering tot vaststellen van aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement. Zo lijkt het voorontwerp het accent te verleggen van vervolging en handhaving van strafrechtelijk geregelde faillissementsfraude naar een privaatrechtelijke actie waarmee de strafrechtelijke beoordeling uit beeld verdwijnt. Het voorontwerp maakt een algemeen privaatrechtelijke norm voor bestuurdersaansprakelijkheid tot grond voor een bestuursverbod met een penaal karakter. Daarop is die norm niet gericht. Dit bergt bovendien het gevaar in zich van reflexwerking op de basisregels voor bestuurdersaansprakelijkheid waaraan de gronden voor het bestuursverbod zijn ontleend maar die daarmee in een geheel andere, immers penale context worden geplaatst. Daarbij gaat het voorontwerp dan nog weer een stap verder: het verzuimen van het verstrekken van informatie aan de curator vormt een extra grond voor het opleggen van een bestuursverbod. Ook zal de curator de mogelijkheid van het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen gebruiken als drukmiddel om te komen tot een schikking.

VNO-NCW en MKB-Nederland betwifelen óf het voorgestelde civielrechtelijke bestuursverbod wel de snelheid van handelen biedt waar kennelijk van wordt uitgegaan. De aanname daarbij is kennelijk dat een aansprakelijkheidsprocedure tegen een bestuurder snel tot een finale veroordeling leidt, die op haar beurt de grondslag zou moeten vormen voor het opleggen van een bestuursverbod. Dergelijke procedures duren echter vaak jaren, zeker als hoger beroep en cassatie worden ingesteld. Bovendien zal de curator eerst grondig onderzoek moeten doen naar de oorzaken van het faillissement voordat hij een dergelijke procedure kan beginnen. Ook dat kan geruime tijd duren. Dat onderzoek naar de feiten zal (mede) de basis (kunnen) vormen voor een aangifte en voor een vervolging door het OM. Als bestrijding van

---

<sup>2</sup> Memorie van Toelichting p 6

strafbaar gestelde faillissementsfraude het hoofddoel blijft rijst dus de vraag: zal de curator wel zo veel sneller kunnen handelen dan het OM?<sup>3</sup>

VNO-NCW en MKB-Nederland betwijfelen voorts of een strafrechtelijk bestuursverbod op vordering van het OM wel zo veel langer op zich laat wachten en als dat het geval is wat daar de oorzaak van is en of die niet op andere wijze en in het strafrecht zelf kan worden weggenomen. Het OM dient - snel - over informatie over frauduleuze gedragingen van rechtspersonen te kunnen beschikken zodat zij tot vervolging kan overgaan, al dan niet op aangifte van de curator. Voor de beschikbaarheid van informatie is van belang dat op 1 juli 2011 de wet controle rechtspersonen in werking is getreden. Doel van de wet is om misbruik van rechtspersonen, waaronder faillissementsfraude, te voorkomen en te bestrijden en de opsporing en vervolging van strafbare feiten die met rechtspersonen zijn gepleegd of dreigen te worden gepleegd te vergemakkelijken. Daaraan gekoppeld is Radar, een computersysteem dat aan de hand van wijzigingen in het handelsregister permanent toezicht moet houden op bv's, nv's, stichtingen, verenigingen en buitenlandse ondernemingen met een vestiging in Nederland. Radar zou volgens diverse Kamerbrieven en stukken van het Ministerie ook preventief moeten werken. Radar is pas op 1 januari 2012 in werking getreden, naar verluidt door ontwikkelingsproblemen. De doorlopende controle functioneert nog steeds niet afdoende, is nog verder in ontwikkeling en onduidelijk is welke rechtspersonen precies worden gescreend<sup>4</sup>. Om die reden lijkt het OM daardoor (nog) niet snel over essentiële informatie te kunnen beschikken en als gevolg daarvan ook minder snel op vermoede fraudeproblemen te kunnen reageren. Hier is dus sprake van een uitvoeringsprobleem van bestaande wetgeving. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat dit uitvoeringsprobleem in de sfeer van het strafrecht niet door invoering van nieuwe privaatrechtelijke wetgeving als de onderhavige moet worden opgelost. Zij menen dan ook dat (i) Radar verder moet worden doorontwikkeld en de doorlopende controle afdoende dient te functioneren (ii) nader onderzoek dient plaats te vinden naar de opvolging van fraudemeldingen van curatoren en (iii) moet worden onderzocht in hoe veel gevallen onder de huidige regelgeving een bestuursverbod wordt gevorderd en opgelegd. Zolang van dat alles geen sprake is, zijn er onvoldoende gronden om een veel verdergaand en voor de praktijk ook disproportioneel bedreigend civielrechtelijk bestuursverbod te rechtvaardigen.

#### *Ontbreken van waarborgen*

Ondanks het sterk penale karakter van de voorgestelde regeling ontbreken voor degenen die van fraude worden verdacht de gebruikelijke strafprocesrechtelijke waarborgen, zoals het beginsel dat een verdachte niet gehouden is mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Dat is des te zorgelijker omdat een beroepsgang ontbreekt. Hierdoor komen de rechten van de bestuurder (en andere mogelijke verdachten) in de knel. Hierbij dient bedacht te worden dat een onterecht opgelegd bestuursverbod een disproportionele sanctie lijkt omdat die grote persoonlijke, financiële en bedrijfsschade kan opleveren. Het kan bovendien een doorstart bemoeilijken.

---

<sup>3</sup> Zie ook Frauke van de Beek in FD 29 april 2013, pagina 11: fraudebestrijding op kosten van schuldeisers

<sup>4</sup> Uit onderzoek van het FD in november 2012 bleek dat Radar niet goed werkte en bovendien voorlopig alleen bv's en nv's screende. Na kritische vragen uit de Kamer stuurde de Minister een brief aan de kamer over faillissementsfraude (27 nov 2012 - 29911, 74) waarin hij echter niet inging op de problematiek van Radar, maar toezegde dat verbeteringen zouden worden aangebracht. In januari berichtte de Minister de Kamer opnieuw (31 januari 2013 - 29911, 77) en gaf hij aan dat een stijgende lijn zichtbaar in het aantal risicomeldingen en in het aantal onderzoeken die tot een risicomelding kunnen leiden en dat Radar wordt doorontwikkeld. Onduidelijk bleef welke rechtspersonen gescreend worden.

### *Enquêterecht*

Sinds 1 januari 2013 heeft een curator reeds een extra middel voor het verrichten van een nader onderzoek, namelijk doordat hij een enquêteverzoek kan indienen. Dat biedt hem reeds de mogelijkheid om te verzoeken om een voorlopige voorziening tot schorsing of ontslag van een bestuurder. Het voorontwerp maakt niet duidelijk wat de samenloop is met de thans voorgestelde regeling. Niet wordt uitgelegd welk effect daarvan wordt verwacht noch ook waarom niet eerst ervaring met deze nieuwe bevoegdheid van de curator wordt opgedaan alvorens hem weer nieuwe bevoegdheden toe te kennen.

### *Zorgvuldige oplossing vereist*

Focus bij het denken over bestrijding van faillissementsfraude dient te zijn een snelle, maar zorgvuldige (interim)oplossing, waardoor betrokkene niet voort kan gaan met benadeling van crediteuren waarna vervolgens in een met waarborgen omkleed proces de exacte – strafrechtelijke – schuldvraag en desgewenst de - civiele - aansprakelijkheidsvraag aan de orde kunnen komen. Schorsing van bestuurders op vordering van het OM bij ernstige vermoedens van faillissementsfraude zou een passender remedie zijn.

### **Artikelgewijs commentaar**

#### *Artikel 106a*

*Lid 2 aanhef en sub a* Er is sprake van kennelijk onbehoorlijk taakvervulling indien is voldaan aan de voorwaarden van 138 lid1 en 248lid 1 te weten:

- Onbehoorlijk taakvervulling
- Aannemelijk dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement

Een definitie waarin het te definiëren begrip door referentie voorkomt schept geen duidelijkheid. Meer principieel is het bezwaar dat hier aangesloten wordt bij een norm die een bestuurder *jegens de rechtspersoon* in acht moet nemen bij zijn handelen als ‘ondernemer’. Het is en blijft primair aan de rechtspersoon zelf te beoordelen of en in hoeverre hij aan die taak heeft voldaan en hem naar eigen inzicht te dechargeren, dan wel in het geval dat de bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld hem aansprakelijk te stellen voor de geleden schade. Van strafrechtelijk bedreigde ‘fraude’ hoeft hier in het geheel geen sprake te zijn. Het is daarom volstrekt onjuist het op het algemeen belang gerichte penale karakter van het voorgestelde bestuursverbod te verwarren met het privaatrechtelijke oordeel van de rechtspersoon over het instellen van een actie tot vergoeding van de door hem geleden schade.

Het begrip “kennelijk onbehoorlijk” lijkt aan te sluiten bij privaatrechtelijke gronden voor aansprakelijkheid, terwijl hier dan ook juist gedacht zou moeten worden aan verzwaarde strafrechtelijke gronden.

Volgens de Memorie van Toelichting hangt deze grond samen met de verplichting voor het bestuur om ingevolge de artikelen 2:10 en 2:394 BW een deugdelijke jaarrekening te publiceren. Als niet aan deze verplichting wordt voldaan, dan is op grond van artikel 2:138 lid 2 BW respectievelijk artikel 2:248 lid 2 BW sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Reeds het enkele niet publiceren van een jaarrekening kan in een faillissementssituatie dus grond zijn voor een bestuursverbod. Te gemakkelijk wordt hier aangesloten bij de civielrechtelijke gronden. De regel van artikel 248 lid 2 BW gaat reeds op zich genomen al erg ver. Om daaraan behalve aansprakelijkheid voor het tekort in het

faillissement ook een penaal bestuursverbod te verbinden is, nog afgezien van de ineffectiviteit, een onaanvaardbare stapeling van rechtsmiddelen. Zelfs de bestaande strafbedreiging in de artikelen 242/243 WvSr omvatten niet het verzuim van art. 2:128/248 lid 2 BW. Dit alles klemt temeer nu een bestuursverbod verregaande gevolgen heeft voor het verdere functioneren van de ‘bestrafte’ bestuurder. De bepaling van 106 a lid 2 sub a dat het ontbreken van de jaarrekening per definitie als oorzaak van het faillissement wordt aangemerkt, gaat dan ook te ver en dient te worden geschrapt.

*Lid 2 sub c* Van kennelijk onbehoorlijk vervulling van zijn taak door de bestuurder is sprake indien hij niet mee werkt aan verzoeken van de curator om informatie. Hier worden de gronden die primair aanhaken bij mogelijke aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon uitgebreid met een regel die uitsluitend ziet op informatieverschaffing binnen faillissement. Dat verwatert de rechtsbescherming van de aangesproken bestuurder. Volgens de Memorie van Toelichting (p.3) kunnen beide procedures worden gecombineerd. Het gevaar dreigt dat deze uitbreiding van gronden voor oplegging van een bestuursverbod doorwerken in de grondslag voor aansprakelijkheid. Hiermee wordt bovendien ernstig afbreuk gedaan aan de strafrechtelijke waarborg dat een verdachte niet verplicht is mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Het gaat niet aan dergelijke waarborgen te omzeilen door een strafrechtelijk vergrijp in het civiele recht te bestraffen met een identieke straf als in een strafproces kan worden opgelegd, maar dan zonder de waarborgen die aan het strafproces wel zijn verbonden. Vergelijk ook EHRM 5 april 2012 (zaak Chambaz vs. Zwitserland, waarin werd bepaald dat het recht om te zwijgen en het recht om niet aan een eigen veroordeling mee te werken algemeen erkende internationale normen zijn).

Het verzoek van de curator is bovendien volgens de Memorie van Toelichting vormvrij en “laat hiermee de mogelijkheid open dat het verzoek op elektronische wijze wordt verstuurd” (p10). Gezien de verregaande consequenties die aan het niet reageren op een verzoek van de curator zijn verbonden, waarbij bovendien de bewijslast van het tegendeel in lid 4 geheel bij de bestuurder is gelegd, past het niet de verzending van het verzoek niet met waarborgen te omkleden. Het verzoek zou dan ook altijd bij aangetekend schrijven dienen te geschieden.

*Lid 2 sub d* Van kennelijk onbehoorlijk vervulling van zijn taak door de bestuurder is sprake als hij de drie aan het faillissement voorafgaande jaren twee maal betrokken is geweest bij een eerder faillissement. Volgens de Memorie van Toelichting<sup>5</sup> komen “gevallen waarin het huidige of eerdere faillissementen zijn te wijten aan een ongelukkige samenloop van omstandigheden [komen] voorts niet in aanmerking voor een bestuursverbod.”. In geval zal de bestuurder op grond van het vierde lid kunnen bewijzen dat er sprake is van disculperende omstandigheden, aldus de Memorie van Toelichting. Het voorontwerp gaat er geheel aan voorbij dat, zoals thans op grote schaal blijkt, externe marktomstandigheden voortzetting van een onderneming mogelijk maken. Het voorstel maakt dat de betrokken bestuurder de schijn tegen heeft. Dat leidt tot verder stigmatisering en bemoeilijkt zo een nieuwe start en de financieringsmogelijkheden van een ‘herstarter’. Een vage norm als “ongelukkige samenloop van omstandigheden” maakt bewijsvoering uitermate lastig en is gezien de verregaande consequenties van het niet kunnen bewijzen van disculperende omstandigheden niet aanvaardbaar.

Anders dan de opmerking<sup>6</sup> dat het geval waarin in één keer een concern van enkele rechtspersonen failliet gaat buiten deze grond valt, wordt voorts onvoldoende rekening

---

<sup>5</sup> Memorie van Toelichting p 10

<sup>6</sup> Memorie van Toelichting p 10

gehouden met innovatiefaillissementen, concernverhoudingen en externe marktomstandigheden Een faillissement is allerminst reeds op zich een strafbaar of een verwijtbaar feit.

*Lid 2 sub e* Van kennelijk onbehoorlijk vervulling van zijn taak door de bestuurder is sprake als aan de bestuurder óf de rechtspersoon een boete wegens een vergrijp uit hoofde van bepaalde vergrijpen van de Algemene wet inzake de rijksbelastingen zijn opgelegd. Het betreft gevallen van onjuiste aangifte, geen aangifte, opzet en grove schuld. In de gevallen onjuiste aangifte of geen aangifte kan het gaan om bagatellen. Bijvoorbeeld in geval van een slapende bv en waarin vergeten is aangifte te doen. In ieder geval had in dit artikel een recidivebepaling moeten zijn opgenomen: ‘bij herhaling’ met motivering in de toelichting. Een keer onjuiste belasting te hebben opgegeven, al dan niet onwetend of door een accountant, rechtvaardigt niet meteen een civielrechtelijk bestuursverbod. Er is geen reden het instrumentarium dat de fiscus ter beschikking staat uit te breiden. Er is al een boete opgelegd. Met een civielrechtelijk bestuursverbod daarbovenop is ook hier sprake van stapeling van rechtsmiddelen. Noch is er een reden om de geheimhoudingsplicht van de fiscus op te heffen ten behoeve van een privaatrechtelijk bestuursverbod.

*Lid 3* Een bestuursverbod kan mede worden uitgesproken jegens de bestuurder van één of meer rechtspersonen die bestuurder is van een andere rechtspersoon. Geen rekening wordt gehouden met concernverhoudingen.

*Lid 4* Disculpatie mogelijkheid voor de bestuurder die bewijst dat het kennelijk onbehoorlijk besturen niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest om maatregelen te treffen om de gevolgen daarvan af te wenden. Met het proportionaliteitsbeginsel is bij deze bepaling ten onrechte geen rekening gehouden.

Verwezen wordt naar het commentaar hierboven. De bestuurder is al in een procedure verwickeld en de schade aan bestuurder (en onderneming) – de naming en shaming - heeft dus al plaatsgevonden ook als de disculpatie slaagt. De curator heeft daarmee een sterk – en oneigenlijk – pressiemiddel in handen. Het resulteert in verdere uitholling van de rechtsbescherming van bestuurders.

*Lid 5* De rijksbelastingdienst verstrekt aan het openbaar ministerie of de curator gegevens of aan de bestuurder of de rechtspersoon een bestuurlijke boete wegens een vergrijp Op grond van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat het niet passend is dat de curator in de sfeer van het privaatrecht recht krijgt op informatie van de belastingdienst die niet openbaar is en daar ook geen onderbouwing voor wordt gegeven.

*Lid 6* Zoals hiervoor reeds opgemerkt geeft lid 6 een volstrekt ongerechtvaardigde uitbreiding aan de kring van personen aan wie een bestuursverbod kan worden opgelegd. Niet valt in te zien waarom ook eenmansondernemers (ook ZZP-ers) daaronder zouden moeten vallen nu van misbruik van rechtspersonen per definitie geen sprake is. Zie Memorie van Toelichting, p. 12/13.

#### *Artikel 106b*

*Lid 3* de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd wordt ingeschreven in een centraal register en bij het handelsregister die de bestuurder uitschrijft.

Volgens de toelichting is het centrale register voor iedereen raadpleegbaar<sup>7</sup>. De Nederlandse wet kent geen andere vergelijkbare naming en shaming registers. Indien de uitschrijving uit het handelsregister onverwijld geschiedt, is voor een openbaar register ook geen noodzaak. Terecht wordt in de Memorie van Toelichting aangegeven dat juist vanwege het belang van een juist en volledig handelsregister de uitschrijving van de bestuurder in de wet is geëxpliciteerd. Totdat de uitschrijving een feit is, zo zegt de Memorie van Toelichting, kan een derde die met de bestuurder handelt zich op de daarin opgenomen feiten beroepen. Dat maakt nog niet duidelijk waarom daarnaast nog een openbaar register noodzakelijk is. Het benadrukt slechts dat het handelsregister snel de aangeboden informatie dient te verwerken. Indien een centraal (niet openbaar) register wordt aangelegd dat uitsluitend toegankelijk is voor het Handelsregister kan bij iedere inschrijving van nieuwe bestuurders door het Handelsregister worden gecheckt of zij zijn opgenomen in dat centrale register. Indien dat het geval is wordt de inschrijving in het Handelsregister geweigerd. Openbaarheid van het centrale register is dan niet nodig.

Onduidelijk is vooralsnog (in afwachting van de AMvB) hoe wordt gewaarborgd dat de registratie van een bestuursverbod in een centraal register na vijf jaar wordt doorgehaald. Gezien het belang voor de bestuurders, zou op zijn minst in de wet zelf een verplichting aan moeten worden opgelegd dat die doorhaling na afloop van de termijn van vijf jaar plaatsvindt en moet dit niet worden overgelaten aan een uitvoeringsmaatregel in een AMvB.

De regeling maakt geen onderscheid tussen zware en lichte gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur die leiden tot een bestuursverbod. In lichte gevallen is opname in een centraal register een disproportioneel zwaar middel. Het kan het onmogelijk maken een andere functie te vinden of als zelfstandige activiteiten te gaan ontplooiën omdat geen financiering zal kunnen worden verkregen.

De uitspraak waarbij het bestuursverbod wordt opgelegd moet in ieder geval kracht van gewijsde hebben voordat tot inschrijving in enig register mag worden overgegaan.

Onduidelijk is wat de status is van de uitgeschreven bestuurder. Weliswaar is hij uitgeschreven, maar zijn benoeming is niet geëindigd.

#### *Artikel 106c*

Gemist wordt een bepaling over de mogelijkheid van hoger beroep. Ook wordt niet ingegaan op de schorsingsprocedure.

#### *Artikel 106d*

*Lid 1* de feitelijke beleidsbepaler wordt gelijk gesteld met een bestuurder. Geen rekening wordt gehouden met concernverhoudingen. Vast dient te staan dat bij de uitleg van dit begrip volledig wordt aangesloten bij het thans bestaande recht en dat het voorontwerp niet leidt tot verdere verwatering van rechtsbescherming. Dat zou in strijd zijn met de nog maar net in werking getreden wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. De BV is immers de meest gebruikte rechtsvorm in het midden- en kleinbedrijf.

#### *Artikel II Overgangsrecht*

---

<sup>7</sup> Memorie van Toelichting p 15



Voor de vaststelling of sprake is van twee of meer faillissementen in de afgelopen drie jaar (art 106a lid 2 onder d) worden ook faillissementen in aanmerking genomen die voor inwerkingtreding van de wet zijn uitgesproken. Argument daarvoor is volgens de Memorie van Toelichting dat “het bestuursverbod anders in geval repeterende faillissementen pas drie jaar na de inwerkingtreding effectief kan worden toegepast”.

Gezien de (zware) bewijslast die ligt op bestuurders die zich op grond van artikel 106a lid 4 willen disculperen zou dit onderdeel van de overgangsregeling geschrapt dienen te worden. Wellicht hebben gefailleerde bestuurders in de periode sinds het faillissement voorafgaand aan inwerkingtreding van de wet materiaal dat van belang had kunnen zijn voor de disculpatie vernietigd, waardoor zij niet meer of minder goed tot disculpatie in staat zijn. De positie van de bestuurder moet in dit geval zwaarder wegen dan de wens om het effect van de wet zo snel mogelijk te laten ingaan.