



## Reactie op het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod

31 mei 2013

Aan:

Ministerie van Veiligheid en Justitie

Internetconsultatie Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod

Van:

Loyens & Loeff N.V.

Contact:

Mr I.C.P. Groenland

## **1 Inleiding**

- 1.1 Loyens & Loeff N.V. maakt graag gebruik van de gelegenheid te reageren op het voorontwerp van het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod (“wetsvoorstel”). Wij menen dat het introduceren van een bestuursverbod een goede en gewenste aanvulling kan bieden op de bestaande mogelijkheden om in het kader van de fraudebestrijding, misbruik van rechtspersonen door malafide bestuurders tegen te gaan. Wel hebben wij serieuze twijfels bij de gekozen opzet.
- 1.2 Onze meest fundamentele twijfel houdt verband met het naar onze mening strafrechtelijke karakter van het verbod en de beperkte mate van rechtsbescherming die door het wetsvoorstel wordt geboden aan de bestuurder jegens wie een vordering tot het instellen van een bestuursverbod wordt ingediend. Wij hebben daarnaast aarzelingen over de beoogde rol van de curator en de te verwachten effectiviteit van de regeling in de gekozen opzet. Zowel de effectiviteit van de fraudebestrijding als de rechtszekerheid zijn er naar onze mening bij gebaat indien het toepassingsbereik van de regeling duidelijker wordt vormgegeven.
- 1.3 Wij zullen eerst deze drie conceptuele punten (strafrechtelijk karakter, rol van de curator en effectiviteit) bespreken en daarna artikelsgewijs ingaan op de tekst van het wetsvoorstel.

## **2 Strafrechtelijk karakter en artikel 6 EVRM**

### **2.1 Handhaving openbare orde.**

De vraag is of een bestuursverbod in het civiele recht dient te worden geregeld. Het verbod bevindt zich in de sfeer van handhaving van de openbare orde en heeft naast een preventief ook een sterk punitief karakter. Het strafrecht is daar bij uitstek voor toegerust. De bedoelde werking als uitzonderlijk middel in uitzonderlijke situaties past binnen de strafrechtelijke kaders. Ook de bevoegdheid van het OM vindt zijn wortels in het strafrecht.

### **2.2 Punitief karakter.**

Het punitieve karakter van het bestuursverbod blijkt uit het feit dat – na een geconstateerd kennelijk onbehoorlijke taakvervulling - de betreffende bestuurder een groot aantal functies gedurende een aantal jaren niet meer kan uitoefenen. Dit geldt mogelijk niet alleen voor die functies die door het bestuursverbod worden bestreken, maar aannemelijk is dat ook in dienst treden bij een andere werkgever problemen zal opleveren, indien bekend wordt dat een bestuursverbod is opgelegd. De toegang tot leidinggevende functies kan de facto al zijn afgesneden indien slechts nog de vordering tot het bestuursverbod is ingesteld en de procedure nog loopt. De drempel voor instelling van de vordering door de curator en het OM is in het wetsvoorstel erg laag, en naar onze mening zelfs te laag.

### **2.3 Rechtsbescherming.**

De wettelijke regels voor civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de vennootschap en schuldeisers bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling bevatten een beperkte mate van rechtsbescherming, in vergelijking met het strafrecht. Dit is logisch omdat het civiele recht zich in een andere context bevindt. De regels omtrent het civielrechtelijk bestuurdersaansprakelijkheid

houden verband met de, in het rechtsverkeer als redelijk beschouwde, norm dat in gevallen van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling de daardoor ontstane schade verhaalbaar dient te zijn op de veroorzakers. Dit is een vorm van risicoallocatie in het rechtsverkeer. Het opleggen van een bestuursverbod bevindt zich in een duidelijk andere context, en leidt tot een ingreep door de rechter in bestaande civielrechtelijke rechtsverhoudingen. Dat het wetsvoorstel slechts gericht is op bestrijding van fraude en bedoeld is slechts te worden ingezet als 'uitzonderlijke sanctie in uitzonderlijke situaties' blijkt weliswaar uit de concept memorie van toelichting ("MvT"), maar niet uit het wetsvoorstel zelf. De in artikel 106a lid 2 als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling gedefinieerde feiten doen zich niet alleen voor in uitzonderlijke situaties of in ernstige gevallen van fraude. De aansluiting bij civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de vennootschap of derden bij het opleggen van maatregelen van openbare orde is vanuit oogpunt van rechtsbescherming niet vanzelfsprekend. Het wetsvoorstel bevat, mede door de niet-limitatieve opsomming van gevallen waarin de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een gegeven is, in combinatie met de omkering van de bewijslast in lid 2 van artikel 106a, zeer beperkte mogelijkheden voor de bestuurder om zich te verweren tegen en gevorderd bestuursverbod. Ook de mogelijkheden voor de overige rechtspersonen waarin de bestuurder een functie vervult om zich te verzetten tegen een ontslag van de betreffende bestuurder zijn beperkt. Zij worden slechts in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze naar voren te brengen (artikel 106c lid 2). Naar onze overtuiging dienen ook voor het bestuursverbod de eisen van artikel 6 EVRM in acht worden genomen (cautie, onschuldpresumptie, zwijgrecht, evenredigheidstoets etc.).

#### 2.4 **Conclusie.**

Vanwege het strafrechtelijke karakter van de voorgestelde regeling en de beperkte mate van rechtsbescherming die het wetsvoorstel biedt, hebben wij onze ernstige twijfels over de toelaatbaarheid van het wetsvoorstel in het licht van artikel 6 EVRM. Indien deze zorgen niet terecht zijn, zouden wij graag in de MvT toegelicht willen zien wat de redenen zijn voor de keuze tot plaatsing van het verbod in het civiele recht en op welke wijze de toelaatbaarheid van de wet in het licht van artikel 6 EVRM is gewaarborgd.

### **3 De rol van de curator**

#### 3.1 **Taak van de curator.**

Het lijkt ons dogmatisch onjuist om de curator in faillissement de bevoegdheid te geven om een bestuursverbod te vorderen. Een curator dient te handelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet. Een bestuursverbod zal echter niet snel in het belang zijn van de bestaande schuldeisers van de failliet, maar is meer gericht op het voorkomen van schade bij toekomstige activiteiten van de bestuurder. Het betreft daarmee in onze ogen derhalve een op de toekomst gericht publiek belang. Hoewel de curator blijkens vaste rechtspraak van de Hoge Raad in beperkte mate maatschappelijke belangen mag laten meewegen in zijn taakuitoefening, gaat het naar onze mening te ver om de curator (en daarmee de schuldeisers van de failliet) te belasten met het dienen van (enkel) het publieke belang. Wij realiseren ons evenwel dat juist een curator vaak goed in staat is om te bezien of een bestuurder in aanmerking zou moeten komen voor een bestuursverbod. Juist daarvoor bestaat de mogelijkheid dat de

curator een melding doet bij de het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude van de FIOD indien hij vermoedt dat sprake is van fraude. Wij zijn bekend met het voornemen van de Minister te bezien of de curator belast kan worden met een wettelijke taak met betrekking tot fraudebestrijding,<sup>1</sup> maar hebben onze twijfels bij de wenselijkheid daarvan.

### 3.2 **Kosten.**

Een aanvullend probleem bij het toekennen van de initiërende rol aan de curator is het bekende probleem van de “lege boedels”. Curatoren worden voor hun werkzaamheden betaald uit de opbrengst van de onbezwaarde activa die zich in de boedel bevinden, maar in de praktijk is in zeer veel gevallen sprake van een lege boedel. Dit heeft tot gevolg dat de curator niet (volledig) betaald krijgt voor zijn werkzaamheden. Indien curatoren een rol zouden krijgen in het bestrijden van fraude, past daarbij dat de minister met een oplossing komt voor de lege boedelproblematiek. Het zou immers niet zo moeten zijn dat malafide bestuurders minder risico lopen op een bestuursverbod naar mate de boedel minder activa bevat. Zonder oplossing voor de lege boedelproblematiek, ligt het niet voor de hand dat curatoren actief gebruik zullen maken van de mogelijkheid een bestuursverbod te vorderen. Mogelijk kan dit worden ondergebracht in de Garantstellingsregeling curatoren 2012.

### 3.3 **Bestuursverbod in het Verenigd Koninkrijk.**

Wij hebben met betrekking tot deze onderwerpen gekeken naar ervaringen in het Verenigd Koninkrijk met de Company Director’s Disqualification Act 1986 (de CDDA). Deze wet bestaat sinds 1986 en is een aantal malen aangepast om de effectiviteit daarvan te verhogen. Op basis van de CDDA is de Secretary of State van de Department of Business, Innovation and Skills belast met het vorderen van een bestuursverbod en komen de daarmee verband houdende kosten voor rekening van de staat. De Official Receiver kan betrokken zijn bij het aanleveren van informatie waaruit blijkt of een bestuursverbod gerechtvaardigd is of niet. Wij begrijpen dat schuldeisers niet altijd gelukkig zijn met de onderzoekskosten die gemoeid gaan met het onderzoek door de Official Receiver. Opvallend is dus dat in het Verenigd Koninkrijk het ministerie een belangrijke rol speelt en dat daar gekozen is voor een systeem waarbij de kosten niet voor rekening van de failliete boedel komen, maar worden gedragen door de staat.

### 3.4 **Conclusie.**

Wij menen dat de bevoegdheid tot het vorderen van een bestuursverbod niet bij de curator in een faillissement zou moeten liggen. Dit zowel om dogmatische redenen als vanwege onze overtuiging dat maatregelen van openbare orde niet ten laste van de crediteuren van een gefailleerde vennootschap zouden moeten worden gebracht. Wij verwijzen naar het bestuursverbod in het Verenigd Koninkrijk waar de keuze is gemaakt om de bevoegdheid bij een ministerie leggen en de kosten voor rekening van de staat komen. Wij zouden willen pleiten voor een vergelijkbaar systeem.

---

<sup>1</sup>

Kamerbrief inzake faillissementsfraude 27 november 2012, p.4.

## **4 Effectiviteit**

### **4.1 Uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties.**

Met een bestuursverbod wordt de toegang van bewezen malafide bestuurders tot het bestuur van rechtspersonen verhinderd. Wij begrijpen de wens van de overheid om de bestrijding van misbruik van rechtspersonen en fraude mede vorm te geven in een preventieve maatregel. Het wetsvoorstel voorziet in een krachtig middel, maar met een beperkte reikwijdte (alleen formele bestuursfuncties) en slechts in een beperkt aantal (ernstige) gevallen kan worden toegepast. De ervaringen in het Verenigd Koninkrijk zijn dat het bestuursverbod daar weinig wordt opgelegd.<sup>2</sup> Ook de in Nederland reeds lang bestaande mogelijkheid om een strafrechtelijk beroepsverbod op te leggen, blijkt weinig te worden toegepast. Daar staat tegenover dat de kosten van een procedure tot het opleggen van het bestuursverbod, mede gezien de open normen op basis van welke het verbod uit het wetsvoorstel kan worden opgelegd, betrekkelijk hoog kunnen oplopen.

### **4.2 Doelgroep.**

Het voorgestelde bestuursverbod richt zich op een verbod om gedurende een periode van vijf jaar, of zoveel korter als de rechter bepaalt, een formele positie als bestuurder of commissaris in een Nederlandse rechtspersoon te vervullen. Deze keuze is begrijpelijk uit oogpunt van handhaving, want dit kan eenvoudig worden gehandhaafd door weigering van de inschrijving door de kamer van koophandel. Het verbod kan ook worden opgelegd aan een beleidsbepaler ten aanzien van wie kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in een failliete rechtspersoon is vastgesteld, maar verbiedt voor de toekomst niet het handelen als feitelijk beleidsbepaler in een andere rechtspersoon, of in een andere hoedanigheid dan als formeel bestuurder of commissaris. Dit geeft de malafide bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd betrekkelijk veel ruimte om toch invloed uit te oefenen op de gang van zaken in een rechtspersoon. Wij denken behalve aan de feitelijk beleidsbepaler en gebruikmaking van een stroman, aan het besturen door middel van een buitenlandse entiteit,<sup>3</sup> en een aanstelling als procuratiehouder.

### **4.3 Toegevoegde waarde.**

Wij vragen ons af of het wetsvoorstel, met alle complicaties die het met zich meebrengt, daadwerkelijk het verschil zal maken naast de al bestaande mogelijkheden van de overheid om controle te houden op en in te grijpen in het management van ondernemingen. Wij wijzen op onder meer de artikelen omtrent strafrechtelijke vervolging van bedrieglijke bankbreuk,<sup>4</sup> de reeds bestaande mogelijkheid voor de curator een melding en aangifte te doen bij een vermoeden van faillissementsfraude, de mogelijkheid tot het instellen van een

---

<sup>2</sup> In het Verenigd Koninkrijk kan overigens het bestuursverbod ook worden opgelegd op basis van een transactie met de betreffende bestuurder. De CDDA maakt dit mogelijk met een regeling die wordt aangeduid als 'undertaking'. Een bestuurder of feitelijk leidinggever kan op basis van die regeling zelf aan de Secretary of State aanbieden om een bestuursverbod in te stellen. De meeste bestuursverboden blijken in het Verenigd Koninkrijk op deze wijze tot stand te komen.

<sup>3</sup> Het wetsvoorstel voorziet slechts in controle van de bestuurders van de buitenlandse entiteit bij eerste inschrijving van die entiteit, maar voorziet niet in een toets bij latere bestuurswisselingen in die entiteit.

<sup>4</sup> Artikelen 340-343 Wetboek van Strafrecht.

strafrechtelijk beroepsverbod<sup>5</sup> en de diverse mogelijkheden tot het uitoefenen van verscherpte controle op basis van de Wet controle op rechtspersonen. Over deze laatste wet het volgende. Wij brengen graag in herinnering dat tot 1 juli 2011 de toegang tot NV's en BV's voor malafide bestuurders kon worden verhinderd door de weigering van een ministeriële verklaring van geen bezwaar bij oprichting en statutenwijziging. Dit vereiste is bewust (en, wat ons betreft, terecht) afgeschaft wegens de gebrekkige effectiviteit van het vereiste en de aan de aanvraag verbonden administratieve lasten. Voor het preventief toezicht is in de plaats gekomen een wettelijk vastgelegde mogelijkheid tot het uitvoeren van permanent toezicht door middel van de Wet controle op rechtspersonen, welke wet ruime mogelijkheden biedt tot toepassing van verzwaarde controles door vele, zo niet alle, opsporingsinstanties. Over de effectiviteit van de Wet controle rechtspersonen zijn recent Kamervragen gesteld.<sup>6</sup> Deze vragen hadden niet zozeer betrekking op de inhoud van de wet, maar eerder op een vermoeden van gebrekkige handhaving door de bevoegde instanties. Naar onze overtuiging behoort ook de uitvoering van het bestuursverbod bij die opsporingsinstanties te liggen. Wij denken daarbij aan de FIOD of het OM, die ook reeds diverse andere bevoegdheden hebben. Dit heeft echter slechts toegevoegde waarde indien de door het wetsvoorstel te verkrijgen nieuwe bevoegdheden inderdaad zullen worden uitgeoefend.

#### 4.4 **Conclusie.**

Wij zijn geïnteresseerd in de resultaten die worden verwacht van het wetsvoorstel, gegeven het beperkte (formele) kader waarbinnen het zich bevindt, en gezien de andere mogelijkheden tot controle en handhaving op basis van de bestaande wetgeving. Wellicht kan aan deze vraag in de MvT aandacht worden besteed.

<sup>5</sup>

Artikel 28 jo 251 Wetboek van Strafrecht.

<sup>6</sup>

Kamervragen met antwoorden TK 2012-2013, 829.

## **5 Artikelsgewijze behandeling**

### **5.1 Restrictief kader onvoldoende verwoord.**

Wij onderschrijven het uitgangspunt dat het civielrechtelijk bestuursverbod geen automatisme moet worden en alleen in uitzonderlijke situaties mag worden opgelegd.<sup>7</sup> De tekst van het wetsvoorstel geeft echter onvoldoende blijk van deze restrictieve opvatting. Weliswaar volgt uit lid 1 van artikel 106a dat de rechter het bestuursverbod 'kan' uitspreken, en dus een discretionaire bevoegdheid heeft, maar de verdere redactie van de betreffende bepaling geeft geen aanknopingspunt voor een gewenste terughoudende opstelling van de rechter. De leden 2 en 4 van artikel 106a geven zelfs aan de rechter de mogelijkheid het bestuursverbod ruimhartig toe te kennen. Gesteld kan zelfs worden dat de tekst van lid 4 van artikel 106a slechts ruimte geeft om het gevorderde bestuursverbod te weigeren als de betreffende bestuurder een geslaagd beroep op een disculpatiegrond heeft kunnen doen. Wij pleiten ervoor expliciet in artikel 106a te verduidelijken dat het bestuursverbod slechts kan worden gevorderd indien sprake is van fraude en gevaar bestaat dat zonder oplegging van het bestuursverbod misbruik van rechtspersonen door de bestuurder is te verwachten.

### **5.2 Ernstig en persoonlijk verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling**

Volgens het wetsvoorstel kan de rechter een bestuursverbod opleggen indien – in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement – sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Voor onze conceptuele bezwaren tegen het gebruik van een leerstuk uit het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht, zie paragraaf 2.3. Indien echter wel wordt gekozen voor aansluiting bij het begrip 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' stellen wij in ieder geval het woord 'daaraan toe te voegen dat het moet gaan om die gevallen waarin de (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling ernstig en persoonlijk verwijtbaar is geweest aan de betreffende bestuurder.

### **5.3 Wettelijke vermoedens omzetten in voorbeelden?**

Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming zijn de in het wetsvoorstel als 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' aangeduide gevallen in onze visie een belangrijke oorzaak van onze twijfels over de toelaatbaarheid op grond van het EVRM. Het heeft dan ook onze voorkeur lid 2 uit het wetsvoorstel te schrappen. Wordt het artikellid gehandhaafd dan bepleiten wij de opsomming te formuleren als voorbeelden. De inleidende zin zou dan kunnen worden gewijzigd in:

*'van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan [onder meer] sprake zijn wanneer...'*

### **5.4 Risico van begripsverwarring.**

Op grond van artikel 106 lid 2 is, los van de situatie waarin sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 / 2:138 BW, ook in een viertal andere situaties 'in ieder geval' sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Daarmee heeft het begrip 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' op grond van het wetsvoorstel een ander, namelijk (veel) ruimer, bereik dan het begrip 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' in de zin van artikel 2:248/2:138 BW. Het dient naar onze mening te worden voorkomen dat gelijke begrippen

---

<sup>7</sup> MvT p. 2

een andere betekenis krijgen. Voorkomen dient ook te worden dat het wetsvoorstel reflexwerking krijgt in die zin dat bij de vraag wanneer sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248/ 2:138 BW wordt aangeknoopt bij het bepaalde in de wet civielrechtelijk bestuursverbod.

#### 5.5 **Bewijsvermoedens artikel 2:248/2:138 BW wel of niet van toepassing?**

Artikel 106a lid 2 sub a bepaalt dat 'in ieder geval' sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder indien is voldaan aan de voorwaarden als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 / 2:138 lid 1 BW. Gelet op het feit dat slechts wordt verwezen naar het eerste lid van beide wetsartikelen en gelet op de onvoorwaardelijke disculpatiemogelijkheid in lid 4 van artikel 106a van het wetsvoorstel, geeft de wettekst aanleiding te vermoeden dat de bewijsvermoedens als neergelegd in het tweede lid van artikel 2:248/ 2:138 BW niet van toepassing zijn op de nieuwe regeling. Dat zou betekenen dat in geval van een schending van de publicatieplicht of de schending van een administratieplicht niet reeds onweerlegbaar vaststaat dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van het wetsvoorstel. De MvT geeft echter ruimte voor discussie op dit punt. In de MvT<sup>8</sup> wordt uitdrukkelijk verwezen naar de wettelijke bewijsvermoedens. Naar onze mening zou in geval van schending van het bepaalde in artikel 2:10 BW, en in ieder geval bij schending van de publicatieplicht niet reeds een grond voor oplegging van een bestuursverbod moeten bestaan. Het komt (zeer) regelmatig voor dat een jaarrekening te laat wordt gedeponereerd. Aangezien dit geen uitzonderlijke situatie betreft, zou dit er niet op zichzelf moeten kunnen leiden tot het opleggen van een bestuursverbod. Wij stellen dan ook voor in de MvT te verduidelijken dat de wettelijke bewijsvermoedens van artikel 2:248/138 niet gelden bij toepassing van artikel 106a lid 2 sub a.

#### 5.6 **Geen bestuursverbod op grond van niet naleving inlichtingenplicht jegens curator.**

Sub c van artikel 106a lid 2 maakt het niet naleven van de faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht tot een directe grondslag voor het opleggen van een bestuursverbod. Wij hebben onze sterke bedenkingen bij de toelaatbaarheid van deze bepaling en pleiten ervoor dit onderdeel te schrappen. Het niet voldoen aan deze inlichtingenplicht op zichzelf kan op grond van artikel 6 EVRM naar onze mening niet tegen de bestuurder worden gebruikt als grond voor het opleggen van het bestuursverbod.<sup>9</sup> Ook voor het bestuursverbod moeten de eisen van artikel 6 EVRM in acht worden genomen (cautie, onschuldpresumptie, zwijgrecht, evenredigheidstoets etc.) Het EVRM beperkt zich voor punitieve sancties immers niet tot het strafrecht. Daarnaast zijn er al in bestaande wetgeving naar onze mening reeds voldoende andere mogelijkheden om de naleving van de inlichtingenplicht af te dwingen.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> MvT p. 8/9

<sup>9</sup> Art. 6 EVRM: right not to incriminate oneself. EHRM in de zaak Saunders en in de zaak Kansal van 27-4-2004, NJB 2004, 30. Zie ook HR 27-06-2001, BNB 2002, 27

<sup>10</sup> Artt. 87 en 106 Faillissementswet



### 5.7 **Geen bestuursverbod op grond van onder dwang verstrekte inlichtingen.**

De krachtens de inlichtingenplicht verstrekte inlichtingen<sup>11</sup> zijn op grond van artikel 6 EVRM (*the right not to incriminate oneself*) onbruikbaar als strafrechtelijk bewijs en in het kader van de boeteoplegging tegen de inlichtingenplichtige met betrekking tot een delict waarover hij tot het verstrekken van inlichtingen werd gedwongen<sup>12</sup>. Deze zelfde rechtsbescherming dient naar onze mening ten aanzien van het bestuursverbod te worden gewaarborgd. Wij pleiten er dan ook voor dat zal worden bepaald dat geen bestuursverbod wordt uitgesproken jegens de bestuurder van een rechtspersoon, indien het bewijs voor het kennelijk onbehoorlijk vervullen van zijn taak is gebaseerd op inlichtingen tot welke hij op grond van zijn informatieplicht werd gedwongen te verstrekken of te doen verstrekken of tot welke inlichtingen hij op grond van zijn informatieplicht werd gedwongen te verklaren of te doen verklaren.

### 5.8 **Onduidelijk kader voor betrokkenheid bij eerdere faillissementen.**

Begrijpelijk is dat het wetsvoorstel zich nadrukkelijk richt tot de 'veelplegers'. De omschrijving uit artikel lid 2 sub d is echter niet duidelijk. De bepaling geeft niet aan welke mate van betrokkenheid bedoeld is, en verlangt evenmin dat er enige mate van verwijtbaarheid, causaliteit, of zelfs maar enig verband vereist is. Blijkens de MvT<sup>13</sup> komen faillissementen die zijn te wijten aan een ongelukkige samenloop van omstandigheden niet in aanmerking voor een bestuursverbod, maar daarvan geeft de tekst van het wetsvoorstel geen blijk. Onduidelijk is dan ook hoe de bewijslastverdeling in dergelijke gevallen zal zijn: kan de bestuurder zich slechts disculperen met gebruikmaking van lid 4 van artikel 106a, of ligt de bewijslast bij degene die de vordering instelt? De MvT vermeldt daartegenover als belangrijke uitzondering dat het geval waarin in één keer een concern van enkele rechtspersonen failliet gaat, buiten deze grond valt. De woordkeuze 'in één keer' levert een onnodige beperking op van de uitzondering. In de praktijk kan het voorkomen dat de verschillende onderdelen van een concern niet 'in één keer' maar wel binnen afzienbare tijd na elkaar failleren. Doorslaggevend zou niet moeten zijn dat het faillissement 'in één keer' gebeurt, maar in hoeverre de faillissementen van de verschillende onderdelen van het concern (uiteindelijk) met elkaar verbonden zijn. Ook hier speelt bovendien de vraag naar de bewijslastverdeling.

### 5.9 **Te ruime reikwijdte door aansluiting bij fiscale vergrijpboetes.**

Lid 2 sub e legt een verband tussen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en de vergrijpboetes van Hoofdstuk VIII A van de AWR. Vergrijpboetes zijn een instrument dat veelvuldig wordt ingezet door de belastingdienst, niet alleen in gevallen van "echte belastingfraude", maar ook wanneer de belastingplichtige naar het oordeel van de inspecteur zijn aangifte of afdracht heeft gebaseerd op een zogenaamd niet-pleitbaar standpunt. Zeker bij grotere ondernemingen zijn bestuurders in de praktijk zelden rechtstreeks betrokken bij het innemen van

<sup>11</sup> Inlichtingen zijn mondelinge of schriftelijke verklaringen of bescheiden die de verlangde inlichtingen inhouden of kunnen staven die de rechter-commissaris/curator/inspecteur redelijkerwijs nodig denkt te hebben voor de uitoefening van zijn taak (HR 18-4-2003, BNB 2003, 268)

<sup>12</sup> Zie EHRM in de zaak Saunders en in de zaak Kansal van 27-4-2004, NJB 2004, 30 en HR 27-06-2001, BNB 2002, 27.

<sup>13</sup> MvT p.10

dergelijke standpunten en de technische discussie met de fiscus die daaruit voortvloeit. Bovendien spreekt lid 2 sub e van een boete opgelegd aan de bestuurder of de rechtspersoon. Die formulering bestrijkt mede boetes die zijn opgelegd aan de bestuurder in verband met belastingheffing in de privé sfeer, of boetes die betrekking hebben op zijn handelen als bestuurder of feitelijk-leidinggever van andere ondernemingen dan de failliete rechtspersoon. Dat lijkt verder te gaan dan met het voorstel is beoogd. De beide hierboven gesignaleerde elementen van overkill zouden kunnen worden ondervangen door de voorgestelde regeling te beperken tot gevallen waarin het vergrijp is gepleegd door de failliete rechtspersoon en de boete op basis van artikel 5:1 AWB jo. Artikel 51 Sr is (of had kunnen worden) opgelegd aan de bestuurder als opdrachtgever of feitelijk-leidinggever.

#### 5.10 **Vordering pas in te stellen als de vergrijpboete definitief is?**

Uiteindelijk oordeelt de belastingrechter over geschillen met betrekking tot belastingaanslagen en de daarmee samenhangende boetes. Dat vergt in de praktijk aanzienlijk langer dan drie jaar. Het zal dus vaak zo zijn dat de rechter zal moeten beslissen op een vordering in de zin van het voorgestelde artikel 106a, lid 1, voordat definitief is komen vast te staan of de opgelegde fiscale boete in stand blijft.

#### 5.11 **Drempelbedrag opnemen voor vergrijpboetes?**

Vergrijpboetes variëren van een symbolisch bedrag tot 100% van het bedrag aan belasting waarop het geschil betrekking heeft (in bepaalde gevallen zelfs 300%). De inspecteur en de belastingrechter hebben een ruime bevoegdheid om boetes vast te stellen en te matigen, al naar gelang de ernst van het geconstateerde vergrijp. Wij bepleiten in de context van het wetsvoorstel pas een aanknopng voor kennelijk onbehoorlijke taakvervulling te formuleren inien het vergrijpboetes betreft die een bepaald niveau, bij voorbeeld 50% van het belastingbedrag, overstijgen.

#### 5.12 **Geen omkering bewijslast.**

Het wetsvoorstel kiest in artikel 106a lid 4 voor een omkering van de bewijslast. De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is in bepaalde gevallen een gegeven, en de bestuurder kan zich slechts beroepen op een disculpatiegrond. Deze systematiek sluit aan bij het begrip 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' in literatuur en jurisprudentie in het civiele aansprakelijkheidsrecht. Bedacht dient te worden dat dit een andere context betreft: in het civiele recht geldt als uitgangspunt voor bestuurders de collectieve taakvervulling. Het uitgangspunt bij civielrechtelijke aansprakelijkheid in geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is dat deze alle bestuurders treft. Een bestuurder kan daaraan slechts ontkomen met een beroep op een wettelijke disculpatiegrond. Gezien de persoonlijke en individuele aard van het bestuursverbod, dat eerder zou dienen aan te sluiten bij strafrechtelijke kaders (fraude) dan bij civielrechtelijke aansprakelijkheid voor ontstane schade, lijkt een premisse van collectieve verantwoordelijkheid met een disculpatiegrond niet passend. Indien onze suggestie uit paragraaf 5.2 wordt overgenomen kan lid 4 komen te vervallen. In het andere geval, stellen wij voor de tekst van lid 4 te wijzigen als volgt:

*4. Het bestuursverbod kan slechts worden uitgesproken indien het handelen bedoeld in het eerste en tweede lid persoonlijk en ernstig aan hem te wijten is en/of hij persoonlijk en ernstig verwijtbaar nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.*

### 5.13 **Formulering disculpatiegrond.**

Indien de disculpatiemogelijkheid in artikel 106a lid 4 wordt gehandhaafd, komt de vraag op waarom ter zake geen aansluiting is gezocht bij de (nieuwe) bewoordingen van artikel 2:9 BW (in plaats van artikel 2:138/248 BW). De disculpatiegrond in artikel 2:9 BW luidde voorheen gelijk aan het bepaalde in artikel 2:248 / 2:139 BW. De disculpatiemogelijkheid van artikel 2:9 BW werd echter gewijzigd, mede teneinde de rol van een taakverdeling bij de disculpatie te verduidelijken. Op basis van de nieuwe wettekst van artikel 2:9 BW lijkt de drempel voor de disculpatie bovendien ook (iets) lager te zijn geworden nu de woorden “niet aan hem te wijten” zijn gewijzigd in “geen ernstig verwijt kan worden gemaakt”. Het lijkt, mede gelet op hetgeen hiervoor onder 4.1 staat opgemerkt, het overwegen waard om de nieuwe – verbeterde – disculpatiegrond van artikel 2:9 BW ook in deze wet tot uitgangspunt te nemen.

### 5.14 **Geen aanvang met terugwerkende kracht.**

Het bestuursverbod wordt voorzien van terugwerkende kracht tot 0.00 uur op de dag waarop de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Blijkens de MvT wordt hierbij aangesloten bij artikel 2:298 BW. Wij begrijpen de parallel, maar wijzen er op dat een belangrijk verschil tussen de in artikel 2:298 BW opgenomen regeling en het wetsvoorstel is, dat een bestuursverbod op basis van het wetsvoorstel zich mede uitstrekt over andere rechtspersonen waarin de bestuurder een functie bekleedt. Aan die rechtspersonen hoeft niet bekend te zijn wat de status is van de procedure en derde kunnen al rechtshandelingen met die vennootschap hebben verricht. Wij bepleiten het bestuursverbod pas in te laten gaan na inschrijving in de openbare registers. De rechter zou dit overigens wellicht in individuele gevallen kunnen bepalen op basis van artikel 106b lid 4.

### 5.15 **Geen uitvoerbaarheid bij voorraad.**

Het bestuursverbod treedt in werking zodra de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan (artikel 106b). Blijkens de MvT<sup>14</sup> kan de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Gezien de aard van het verbod hebben wij begrip voor de wens om het verbod waar mogelijk direct na de uitspraak van kracht te laten zijn en niet te laten wachten op de uitkomst van een eventueel hoger beroep. Toch voorzien wij, vooral wanneer het bestuursverbod leidt tot een onmiddellijk ontslag bij andere rechtspersonen, dat een latere vernietiging van de uitspraak bijzondere complicaties met zich meebrengt. Bij vernietiging van het vonnis, wordt de bestuurder met terugwerkende kracht hersteld in zijn functie. Dit kan gevolgen hebben voor de geldigheid van genomen besluiten en verrichte vertegenwoordigings-handelingen. Dit zal vooral het geval zijn, indien bij het opleggen van het verbod tevens een vervangende bestuurder is aangesteld. Indien ook de benoeming van de vervangende bestuurder wordt vernietigd, komt ook diens bevoegdheid met terugwerkende kracht te vervallen. Wij menen dan ook dat het raadzaam is een voorziening op te nemen voor het geval het vonnis waarin een bestuurdersverbod is opgelegd en uitgevoerd, in hoger beroep wordt vernietigd. Bepaald kan worden dat verrichte rechtshandelingen en besluiten in dat geval niettemin van kracht blijven, maar dan zou niettemin een ongedaanmakingsverplichting moeten ontstaan. De facto zou dit ertoe leiden dat de bestuurders die hangende het beroep namens de rechtspersoon rechtshandelingen verrichten rekening moeten houden met de

<sup>14</sup>

MvT p. 13

kans dat de rechtshandelingen (bijvoorbeeld duurovereenkomsten) niet in stand zullen mogen blijven. Dit lijkt in strijd met het belang van het rechtsverkeer. Voorts vragen wij ons af of een bestuurder bij wie het bestuursverbod in hoger beroep wordt vernietigd, door de staat zal worden gecompenseerd voor gedeerde inkomsten. Wij menen dat dit niet ten laste van de vennootschap zou dienen te komen.

#### 5.16 **Aandacht voor arbeidsrechtelijke gevolgen.**

Het bestuursverbod leidt er toe dat de bestuurder zijn functie als bestuurder niet langer kan uitoefenen bij de in de procedure betrokken rechtspersonen. Er dient aandacht te worden besteed aan de arbeidsrechtelijke implicaties hiervan: betekent een dergelijk ontslag, als gevolg van de verwevenheid van de vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke betrekking met de vennootschap, dat de arbeidsovereenkomst van de bestuurder ook automatisch eindigt zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in de zogenaamde 15 april-arresten (HR 15 april 2005, JOR 2005/144 en 145), of is met artikel 106b lid 4 bedoeld dat de rechter dit 'gevolg' kan regelen. Wij vragen ons in dat geval af hoe zich dit verhoudt tot ons gesloten ontslagstelsel. Verder rijst de vraag of de rechter op grond van 106b lid 4 ook een beëindigingsvergoeding kan toekennen, of dat een bestuurder op een andere wijze een vergoeding kan vorderen met name in die situaties waar de arbeidsovereenkomst eindigt met een vennootschap waar de bestuurder zich niet schuldig heeft gemaakt aan onbehoorlijke taakvervulling.<sup>15</sup>

#### 5.17 **Ontheffingsmogelijk ook voor de toekomst?**

Op grond van artikel 106b lid 2 kan de rechter bepaalde bestuursfuncties in stand laten. De MvT<sup>16</sup> noemt daarbij als grond dat het openbaar belang dat met het bestuursverbod is gediend, niet in het geding is bij die functies. Als voorbeelden worden genoemd een positie in de lokale schaakvereniging of de eigen pensioen BV. Wij menen dat hierbij geen onderscheid zou hoeven te worden gemaakt tussen rechtspersonen waarin op het moment van oplegging van het verbod reeds een functie wordt vervuld enerzijds en toekomstige functies anderzijds (bijvoorbeeld in de schaakvereniging waar de bestuurder pas nadien lid is geworden). Wij bepleiten dan ook dat de mogelijkheid tot het verlenen van ontheffing wordt uitgebreid tot toekomstige functies.

#### 5.18 **Openbaarheid register beperken.**

Informatie omtrent strafrechtelijke veroordelingen en opgelegde schadevergoedingsverplichtingen bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is om privacy redenen niet vrij raadpleegbaar in openbare registers. De tekst van de MvT<sup>17</sup> doet vermoeden dat opgelegde bestuursverboden door middel van het centrale register als bedoeld in artikel 106b lid 3 voor iedereen zichtbaar worden, zowel nationaal als internationaal. Wij bepleiten de tekst van de MvT aan te passen en concreet aan te geven of beoogd is met het register een algemeen toegankelijke schandpaal te creëren. Wij zouden menen dat de beschikbaarheid van informatie beperkt zou moeten zijn tot bepaalde instanties die een wettelijke rol hebben in de bescherming van het rechtsverkeer en dat

<sup>15</sup> Overigens is op basis van het wetsvoorstel voor de toewijzing van een bestuursverbod niet vereist dat onbehoorlijke taakvervulling in civielrechtelijke zin is vastgesteld.

<sup>16</sup> MvT p. 14

<sup>17</sup> MvT p. 15

overigens de bescherming van het publiek voldoende wordt gedekt door een – slechts aan de betreffende bestuurder toegelichte- weigering tot inschrijving.

**5.19 Overleggen uittreksel en hoorrecht andere rechtspersonen.**

De tekst van artikel 106c leden 1 en 2 laat ruimte voor de nodige vragen. Heeft de curator toegang tot de vereiste bestanden waarin hij kan nagaan welke bestuursfuncties de bestuurder verder vervult? Betreft dit alle Nederlandse rechtspersonen of ook buitenlandse rechtspersonen, ongeacht of voor al deze rechtspersonen een bestuursverbod wordt gevraagd? Wat is het gevolg als een functie in rechtspersoon over het hoofd is gezien, of als er na instelling van de vordering nieuwe functies zijn ingeschreven? Strekt het bestuursverbod zich alleen maar uit over de rechtspersonen die door de rechter zijn gehoord? Mogen de rechtspersonen die worden gehoord daarbij worden vertegenwoordigd door de persoon jegens wie het verbod is gevorderd?

**5.20 Wat zijn de rechtsgevolgen van de aanstelling van tijdelijke functionarissen?**

Indien tijdelijke bestuurders zijn aangesteld voor rekening van de vennootschap, wie bepaalt dan de bezoldiging en verdere arbeidsvoorwaarden van de tijdelijk bestuurder? Is de tijdelijk bestuurder bevoegd tot alle handelingen of slechts tot beheerstaken. Ten slotte, indien wel een tijdelijk bestuurder is aangesteld, maar het bestuursverbod uiteindelijk niet wordt opgelegd, wat is dan rechtens met verrichte rechtshandelingen, genomen besluiten? Geldt hiervoor hetzelfde antwoord als op de vraag die wij hierover stelden in paragraaf 5.12? Ook geldt hier de vraag naar de financiële compensatie van een bestuurder die achteraf gezien, ten onrechte op non-actief is gesteld.

**5.21 Ook verbod op feitelijk beleid bepalen**

Artikel 106d voorziet er in dat een persoon die aan bepaalde voorwaarden voldoet niet langer tot bestuurder of commissaris van de rechtspersoon kan worden benoemd. Daarmee wordt niet voorkomen dat die persoon – op andere wijze – feitelijk leiding gaat geven aan een rechtspersoon. Wij begrijpen de keuze om redenen van handhaving, maar zien ook dat hier een enorm hiaat in de regeling bestaat. Het effect van de wet zou niet moeten zijn dat de malafide bestuurders die door dit wetsvoorstel zouden moeten worden geraakt, hun werkzaamheden gewoon kunnen voortzetten, maar dan in een niet eenvoudig waarneembare ‘onderstroom’. Teneinde die mogelijkheid tot ontduiking van de regeling te adresseren, lijkt het ons raadzaam indien tevens een bepaling wordt opgenomen die voorkomt dat de persoon aan wie een bestuursverbod is opgelegd feitelijk leiding gaat geven aan een rechtspersoon.

**5.22 Toevoegen van strafrechtelijk kader via WED.**

Binnen het kader van het voorgestelde wettekst is handhaving van het verbod door middel van het handelsregister eenvoudig, maar indien ook het feitelijk leidinggeven onder het verbod komt te vallen, dan kan de vraag worden gesteld in hoeverre een verbod op feitelijk leidinggeven kan worden gehandhaafd. Handhaving door middel van de handelsregisters is in dat geval niet mogelijk, maar sanctionering via het strafrecht wel. Te overwegen is het overtreden van een opgelegd bestuursverbod te kwalificeren als economisch delict onder de Wet op de Economische Delicten. Of sprake zal zijn van een overtreding van het verbod op feitelijk leidinggeven zal moeten worden getoetst op basis van de feiten en omstandigheden van het geval. Hoewel het bewijs daarvan potentieel

lastig kan zijn, menen wij dat dit een extra waarborg kan bieden voor de effectiviteit.

#### 5.23 **Bestuursverbod ook voor niet-uitvoerend bestuurder?**

Het wetsvoorstel beperkt zich tot de mogelijkheid een bestuursverbod op te leggen aan bestuurders van gefailleerde rechtspersonen en niet aan de commissarissen. Een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd, is wel uitgesloten van een functie als bestuurder of commissaris. Lid 2 van artikel 106d bepaalt dat met de bestuurder wordt gelijkgesteld de uitvoerende bestuurder en met de commissaris wordt gelijkgesteld de niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board. Deze bepaling geeft een uitbreiding van de reikwijdte van de wet, maar behelst tevens een beperking. Op basis van de nu voorgestelde tekst van artikel 106d lid 2 is namelijk verdedigbaar dat aan een niet-uitvoerend bestuurder geen bestuursverbod kan worden opgelegd. Dat zou naar onze mening ongewenst zijn en past niet in de door de wetgever gekozen benadering van het monistisch bestuur. Een niet-uitvoerend bestuurder maakt immers (gewoon) deel uit van het bestuur en is aldus verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken en, behoudens disculpatie, aansprakelijk ter zake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

## 6 **Samenvatting**

- 6.1 Hoewel wij beseffen dat het introduceren van een bestuursverbod door het preventieve karakter ervan een belangrijke bijdrage kan leveren aan de bestrijding van misbruik van rechtspersonen door malafide bestuurders, hebben wij diverse kanttekeningen bij de gekozen inbedding in het wettelijk systeem en de technische invulling van het wetsvoorstel.
- 6.2 Onze bezwaren laten zich vertalen in een drietal conceptuele kernpunten en een groot aantal suggesties voor de technische invulling. Als conceptuele bezwaren zien wij allereerst het risico dat het wetsvoorstel, vanwege het punitieve karakter, dient te voldoen aan de vereisten van artikel 6 EVRM, waarbij onze inschatting is dat het wetsvoorstel op essentiële onderdelen niet aan die vereisten voldoet. Dit onderwerp wordt uitgewerkt in hoofdstuk 2. Ons tweede conceptuele bezwaar, behandeld in Hoofdstuk 3, is de voorgestelde rol van de curator. Wij menen dat dit niet alleen om dogmatische redenen niet passend is, maar ook omdat wij menen dat de kosten voor het nemen van maatregelen van openbare orde niet voor rekening van de toevallige crediteuren van een failliet verklaarde vennootschap dienen te worden gebracht. Ons derde conceptuele bezwaar (Hoofdstuk 4) is dat wij niet overtuigd zijn van de doelmatigheid van de regeling, mede in aanmerking genomen dat bestaande mogelijkheden tot controle en handhaving, naar verluidt, onvoldoende worden benut.
- 6.3 In volgorde van de tekst van het wetsvoorstel doen wij in Hoofdstuk 5 een aantal suggesties met betrekking tot de redactie van diverse artikelen en ten aanzien van de inhoud van de MvT. De suggesties betreffen in hoofdzaak de vormgeving van het naar onze mening vereiste restrictieve kader, door nadere explicitering van het doel van het bestuursverbod (voorkoming van misbruik van rechtspersonen in het licht van de fraudebestrijding) en het formuleren van de noodzaak van ernstige en persoonlijke verwijtbaarheid van de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aan de persoon jegens wie het verbod wordt gevorderd. Wij verwijzen naar de paragrafen 5.1, 5.2, 5.3 en 5.12. In datzelfde

kader past ons voorstel de leden 2 en 4 van het voorgestelde artikel 106a te schrappen. Voor het geval die keuze niet wordt gevolgd, hebben wij voorstellen gedaan voor wijzigingen in de tekst (paragrafen 5.3, 5.12 en 5.13). Wij vragen in die context extra aandacht voor de bepalingen die een relatie leggen met de inlichtingenplicht jegens de curator en opgelegde fiscale vergrijpboetes, paragrafen 5.6 tot en met 5.11. In de paragrafen 5.4 en 5.5 wijzen wij, in aanvulling op de in Hoofdstuk 2 aangegeven conceptuele bezwaren tegen de aansluiting bij het begrip 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling', op onduidelijkheden die kunnen rijzen door de verwijzing naar de artikelen 2:248/2:138 BW. Voorts besteden wij aandacht aan de praktische gevolgen welke kunnen voortvloeien uit het gekozen moment van inwerkingtreding van het verbod, in het bijzonder met betrekking tot het onmiddellijk ontslag van de bestuurder als functionaris bij andere rechtspersonen (paragrafen 5.14, 5.15 en 5.19). Wij hebben diverse vragen bij de arbeidsrechtelijke en andere gevolgen van een ontslag op basis van het bestuursverbod en de aanstelling van tijdelijke functionarissen (paragrafen 5.16 en 5.20). Wij bepleiten ook ontheffingen van het bestuursverbod voor de toekomst mogelijk te maken, de openbaarheid van het centrale register aanzienlijk te beperken en de niet-uitvoerend bestuurder voor deze regeling toch als bestuurder te beschouwen (paragrafen 5.17, 5.18 en 5.21). Ten slotte doen wij de suggestie om de reikwijdte van het verbod uit te breiden tot feitelijk beleidsbepalers en de handhaving (extra) te verzekeren door middel van de Wet op de Economische Delicten (paragrafen 5.21 en 5.22).