

## Reactie Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) op internetconsultatie over Wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod)

NVB ondersteunt het offensief van de minister van Veiligheid en Justitie, het Openbaar Ministerie en de opsporingsdiensten tegen malafide bestuurders en hun stromannen. NVB is er voorstander van dat deze personen aangepakt worden zodat zij zich niet meer kunnen verschuilen achter rechtspersonen. Op deze manier wordt grote financiële en maatschappelijke schade voorkomen.

NVB heeft geconstateerd dat er ook kritische kanttekeningen worden geplaatst bij het wetsvoorstel. Zo worden vraagtekens gezet bij de rol van de curator en bestaat de vrees dat het bestuursverbod boven het hoofd komt te hangen van bonafide bestuurders voor wie de wet niet is bedoeld.

NVB maakt in deze reactie een aantal op- en aanmerkingen over punten die heroverweging of verduidelijking behoeven en doet een aantal suggesties die bedoeld zijn om een breed draagvlak voor het civielrechtelijk bestuursverbod te krijgen.

### Samenvatting

NVB ondersteunt het offensief van de minister van Veiligheid en Justitie, het Openbaar Ministerie en de opsporingsdiensten tegen malafide bestuurders en hun stromannen. NVB is er voorstander van dat deze personen aangepakt worden zodat zij zich niet meer kunnen verschuilen achter rechtspersonen. Op deze manier wordt grote financiële en maatschappelijke schade voorkomen.

Om een breed draagvlak voor het wetsvoorstel te krijgen, vraagt NVB aandacht voor het volgende:

- Verruiming van de voorwaarden en expliciet in de wet aangeven op welke misstanden het bestuursverbod primair ziet: misbruik van rechtspersoonlijkheid, katvangers, ontbreken van administratie en weigeren informatie te verstrekken aan de curator. Met name een ruim geformuleerde bepaling over het ontbreken van een administratie maakt het voor het Openbaar Ministerie en de curator aanzienlijk eenvoudiger malafide bestuurders aan te pakken dan thans onder de artikelen 341 en 342 WvSr mogelijk is;
- Omdat deze bepaling over het ontbreken van administratie ruim geformuleerd is en eenvoudig toepasbaar is op bestuurders van alle rechtspersonen, stelt NVB voor de verwijzing naar de artikelen 2:138 en 2:248 BW - die enkel zien op N.V.'s en B.V.'s - te laten vallen. Hiermee wordt ook rekening gehouden met de bezwaren vanuit o.a. het bedrijfsleven;
- Het is voor het bedrijfsleven belangrijk dat het bestuursverbod niet te ver reikt en boven het hoofd komt te hangen van bonafide bestuurders voor wie de wet niet is bedoeld. NVB is van mening dat de eisen voor het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod strenger moeten zijn dan de eisen die gelden voor bestuurdersaansprakelijkheid. Om dit te bereiken zou bij het criterium '*kennelijk onbehoorlijk vervullen van taak*' expliciet bepaald kunnen worden dat de schending van de gedragsnorm (onbehoorlijke taakvervulling) aan de bestuurder persoonlijk moet kunnen worden toegerekend (persoonlijk ernstig verwijt);
- Zorgen over lichtvaardige toepassing van de procedure kunnen worden weggenomen door de rechter-commissaris - voordat het bestuursverbod gevorderd kan worden - zowel de curator als de bestuurder te laten horen en inhoudelijk te laten toetsen of aannemelijk is dat sprake is van een zodanige schending van de gedragsnorm (onbehoorlijke taakvervulling) en de toerekening aan de bestuurder (ernstig verwijt) dat een bestuursverbod rechtvaardigt;
- Naast de voorafgaande toetsing van een verzoek tot schorsing door de rechter-commissaris, verdient het de voorkeur de schorsing - net als bij de schorsing van een bestuurder van een stichting ex artikel 2:298 BW - bij wege van voorlopige voorziening op te leggen. Op die manier heeft de bestuurder vóór het eindvonnis nog een rechtsmiddel voorhanden (artikel 337 Rv).

#### *Faillissementswet of Burgerlijk Wetboek?*

Aangezien bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (artikelen 2:138 en 2:248 BW) en het bestuursverbod bij stichtingen (artikel 2:298 lid 3 BW) in het Burgerlijk Wetboek is geregeld, vraagt NVB zich af waarom het civielrechtelijk bestuursverbod in de Faillissementswet opgenomen gaat worden en niet in het Burgerlijk Wetboek. Systematisch gezien lijkt het passender het civielrechtelijk bestuursverbod in het Burgerlijk Wetboek op te nemen.

Ook vraagt NVB zich af of de wijze van registratie van het civielrechtelijk bestuursverbod (register, aantekening door Kamer van Koophandel) ook gaat gelden voor het bestuursverbod bij stichtingen (artikel 2:298 lid 3 BW). Op dit moment ontbreekt centrale registratie van bestuursverboden bij stichtingen. Ook heeft het bestuursverbod bij stichtingen thans geen effect op reeds lopende zittingstermijnen bij andere stichtingen. NVB vraagt zich af wat de minister voornemens is op dit punt te zullen gaan doen.

#### *Artikel 106a lid 1 Fw: voorwaarden bestuursverbod*

In artikel 106a lid 1 Fw wordt bepaald dat een bestuursverbod kan worden uitgesproken jegens de bestuurder van een rechtspersoon die zijn taak tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. In lid 2 wordt nader ingevuld wanneer sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het criterium kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt in de huidige wetgeving gebruikt voor aansprakelijkheid in faillissement van B.V.'s en N.V.'s. Artikel 2:298 BW kent bijvoorbeeld wanbeheer als criterium voor een bestuursverbod bij stichtingen.

Aangezien het wetsvoorstel als doel heeft malafide bestuurders en hun katvangers aan te pakken en niet primair ziet op bonafide bestuurders die wat steken hebben laten vallen, zouden de bezwaren vanuit o.a. het bedrijfsleven weggenomen kunnen worden door de voorwaarden voor het opleggen van een bestuursverbod in artikel 106a lid 1 Fw enerzijds te verruimen om malafide bestuurders en hun katvangers beter aan te kunnen pakken en anderszijds te beperken ten behoeve van bestuurders die buiten die categorie vallen.

Met verruiming van de voorwaarden kan in de wet expliciet aangegeven worden op welke misstanden het bestuursverbod primair ziet: misbruik van rechtspersoonlijkheid, katvangers, ontbreken van administratie en weigeren informatie te verstrekken aan de curator. Met name de ruim geformuleerde bepaling over het ontbreken van een administratie maakt het voor Openbaar Ministerie en curator aanzienlijk eenvoudiger malafide bestuurders aan te pakken dan thans onder de artikelen 341 en 342 WvSr mogelijk is. De drempel is ook lager dan de artikelen 2:138 en 2:248 BW omdat niet vereist is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Uitgangspunt is dat bij een verdwenen administratie een bestuursverbod opgelegd kan worden; zonder dat daarbij met een bewijsvermoeden van onbehoorlijk bestuur gewerkt hoeft te worden. Met deze bepalingen wordt voldaan aan het uitgangspunt van de minister: eenvoudiger malafide bestuurders en katvangers aanpakken.

Anderzijds is het voor het bedrijfsleven belangrijk dat het bestuursverbod niet te ver reikt en boven het hoofd komt te hangen van bonafide bestuurders voor wie de wet niet is bedoeld. Ondernemerschap moet - zeker in deze tijd van crisis - niet ontmoedigd worden. In de Memorie van Toelichting (MvT) geeft de minister aan dat het civielrechtelijk bestuursverbod een uitzonderlijke sanctie is voor uitzonderlijke situaties. In het wetsvoorstel is dit niet expliciet opgenomen. Het uitzonderlijke karakter van het civielrechtelijke bestuursverbod moet zich volgens NVB uiten in strengere wettelijke voorwaarden in vergelijking tot de voorwaarden die gelden voor bestuurdersaansprakelijkheid. In dit verband zou bij het criterium '*kennelijk onbehoorlijk vervullen van taak*' expliciet bepaald kunnen worden dat de schending van de gedragsnorm (onbehoorlijke taakvervulling) aan de bestuurder persoonlijk moet kunnen worden toegerekend (persoonlijk ernstig verwijt). De term 'persoonlijk ernstig verwijt' wordt bijvoorbeeld ook gebruikt in artikel 2:9 BW dat voor alle rechtspersonen geldt. Daarnaast zou met een materialiteitsbepaling als opgenomen in artikel 2:248 lid 2 BW ("*Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen*") de proportionaliteit kunnen worden gewaarborgd.

Met deze aanpassingen zou artikel 106a Fw aldus komen te luiden:

*Artikel 106a nieuw*

1. *Op verzoek van het openbaar ministerie of op vordering van de curator kan de rechtbank een bestuursverbod uitspreken jegens de (voormalig) bestuurder van een rechtspersoon:*
  - a. *die misbruik heeft gemaakt van de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon waarvan hij direct of indirect bestuurder is [misbruik rechtspersoon];*
  - b. *die geen materiële invulling heeft gegeven aan zijn taak als bestuurder [katvanger bepaling];*
  - c. *indien niet is voldaan aan de in artikel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 15i, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of artikel 5, eerste lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen in samenhang met artikel 10, eerste lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek danwel aan de in artikel 52 Algemene wet inzake rijksbelastingen omschreven verplichtingen of dat de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, waarmee volgens die artikelen administratie gevoerd is, en de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die ingevolge die artikelen zijn bewaard, niet in ongeschonden staat worden te voorschijn gebracht [ontbreken administratie];*
  - d. *die ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen, bedoeld in deze wet, jegens de curator [informereren curator; artikel 106a lid 2 sub c Fw]; of*
  - e. *die persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij zijn taak tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Een onbelangrijk verwijt, verzuim of overschrijding van een norm wordt niet in aanmerking genomen.*
  
2. *Een bestuurder wordt vermoed zijn taak kennelijk onbehoorlijk te hebben vervuld wanneer:*
  - a. *rechtshandelingen zijn verricht die op grond van één of meer van de artikelen 42 tot en met 46 zijn vernietigd en één of meerdere schuldeisers hierdoor aanmerkelijk zijn benadeeld;*
  - b. *de bestuurder, in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement van de rechtspersoon, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, tweemaal betrokken is geweest bij een eerder faillissement; of*
  - c. *aan de bestuurder of de rechtspersoon een bestuurlijke boete wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd.*

*Kennelijk onbehoorlijk vervullen van taak door bestuurder*

Gezien het nieuw voorgestelde artikel 106a lid 1 sub c Fw dat ruim geformuleerd is en eenvoudig toepasbaar is op bestuurders van *alle* rechtspersonen, stelt NVB voor de verwijzing naar de artikelen 2:138 en 248 BW - die enkel zien op N.V.'s en B.V.'s - te laten vallen. Hiermee wordt ook rekening gehouden met de bezwaren vanuit o.a. het bedrijfsleven.

Als artikel 106a lid 2 Fw gelezen wordt in combinatie met de artikelen 2:138 lid 1 en 2:248 lid 1 BW geldt dat een *bestuurder* van een N.V. of B.V. zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (in de zin van artikel 106a Fw) indien het *bestuur* van de N.V. of B.V. zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (in de zin van artikelen 2:138 en 2:248 BW). Het is onduidelijk of hierbij de eis geldt dat aannemelijk moet zijn dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Aldus vindt geen persoonlijke toerekening plaats; de bestuurder wordt vereenzelvigd met het bestuur. Wel is disculpatie mogelijk als de bestuurder op grond van artikel 106a lid 4 Fw bewijst dat hem persoonlijk geen verwijt treft.

NVB vraagt zich verder af hoe artikelen 106a-d Fw zich in de praktijk gaan verhouden tot de artikelen 2:138 en 2:248 BW. Het risico bestaat dat de normen van de artikelen 106a-d Fw van het wetsvoorstel ook toegepast zullen worden bij bestuurdersaansprakelijkheid. Als dit leidt tot risico aansprakelijkheid - waarbij de bestuurder veelal zal moeten bewijzen dat zijn handelen niet een belangrijke oorzaak van het faillissement is<sup>1</sup> - zullen bestuurders mogelijk vaker (juridische) kosten moeten maken om dat te bewijzen. Deze kosten zullen 1 op 1 worden doorberekend in de kosten van beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen. Ook bestaat het risico dat bestuurders vaker geen dekking zullen hebben onder hun beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor handelingen die vallen onder de artikelen 106a-d Fw.

#### *Toetsing door rechter-commissaris*

Ondernemers en bestuurders maken zich zorgen dat deze procedure - waarin bij aanvang al een tijdelijke bestuursverbod kan worden opgelegd - lichtvaardig kan worden ingezet, waardoor zij met hoge advocaatkosten geconfronteerd kunnen worden en ook het risico lopen een bestuursverbod opgelegd te krijgen als er geen sprake is van faillissementsfraude. Ook zijn zij er niet gerust op dat curatoren onder dreiging van een kostbare procedure bestuurders voor wie deze wetgeving niet is bedoeld onder druk zullen proberen te zetten om aanzienlijke bedragen als schikking te betalen.

Deze zorg kan worden weggenomen door een voorafgaande toets te laten plaatsvinden. Dit zou kunnen door de rechter-commissaris - voordat het bestuursverbod gevorderd kan worden - zowel de curator als de bestuurder te laten horen en inhoudelijk te laten toetsen of aannemelijk is dat sprake is van een zodanige schending van de gedragsnorm (onbehoorlijke taakvervulling) en de toerekening aan de bestuurder (ernstig verwijt) dat een bestuursverbod rechtvaardigt.

Deze voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris is ook wenselijk als de curator schorsing ex artikel 106c lid 5 Fw wil verzoeken. In de MvT staat dat bij een schorsing van een bestuurder of commissaris *niet* nodig is dat de bestuurder of commissaris vooraf wordt gehoord. Dit heeft de vraag opgeroepen of dit past binnen de eisen van behoorlijke procesgang en/of in internationale context, de eisen van 'fair trial'. In de MvT wordt verwezen naar HR 20 april 2007, JOR 2007, 171. In dit arrest ging het om de schorsing van een bestuurder ex artikel 2:298 lid 2 BW. De Hoge Raad bekrachtigde de overweging van het Hof dat geen rechtsregel bestaat op grond waarvan de betreffende bestuurder voorafgaand aan zijn schorsing op grond van artikel 2:298 BW diende te worden gehoord. Het Hof wees er bij zijn oordeel op dat de bestuurder op een later tijdstip in de procedure in de gelegenheid is geweest zijn standpunt met betrekking tot de voorlopige voorziening in de vorm van een schorsing kenbaar te maken. Op grond van de aangehaalde passage uit de MvT lijkt de bestuurder bij schorsing niet later in de procedure de kans te krijgen zijn standpunt met betrekking tot de schorsing kenbaar te maken. Lichtvaardige of oneigenlijke toepassing van deze bepaling geeft zorgen bij het bedrijfsleven. De curator heeft jegens de onwelwillende bestuurder immers een eenvoudig dwangmiddel: hij kan de rechtbank op elk moment verzoeken de bestuurder voor de duur van het geding te schorsen bij alle niet-failliete rechtspersonen waarvan hij bestuurder is, waarbij de bestuurder zich niet kan verweren.

Naast de voorafgaande toetsing van een verzoek tot schorsing door de rechter-commissaris verdient het de voorkeur de schorsing - net als bij de schorsing van een bestuurder van een stichting ex artikel 2:298 BW - bij wege van voorlopige voorziening op te leggen. Op die manier heeft de bestuurder vóór het eindvonnis nog een rechtsmiddel voorhanden (artikel 337 Rv).

---

<sup>1</sup> Zie HR 30 november 2007 (*Blue Tomato*): het is de bestuurder toegestaan het rechtsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW te weerleggen

#### Overig

- Artikel 106a lid 2 sub b Fw

Ten aanzien van de bepalingen over faillissementspauliana waarnaar wordt verwezen in artikel 106a lid 2 sub b Fw blijkt niet of het gaat om door de bestuurder verrichte rechtshandelingen of dat ook rechtshandelingen van derden hieronder vallen. Indien dit laatste het geval is, moeten die handelingen de bestuurder toegerekend kunnen worden. Ook hier dient de bestuurder een ernstig verwijt te kunnen worden gemaakt en dient sprake te zijn van proportionaliteit. Het zou bijvoorbeeld niet moeten gelden voor een bestuurder die kort voor faillissement gelden aan zijn onderneming heeft onttrokken om wel zijn personeel, maar niet andere crediteuren te betalen. Verder is het belangrijk dat de vernietiging van de rechtshandeling onherroepelijk is. Anders geeft de enkele buitengerechtelijke vernietiging door de curator voldoende basis om een bestuursverbod te vorderen.

- Artikel 106a lid 6 Fw

Met betrekking tot artikel 106a lid 6 en de norm die geldt ten aanzien van de natuurlijke persoon die handelt in beroep of bedrijf spreekt de MvT in dit verband - *naast* de specifieke gronden van het tweede lid behalve onderdeel a - van een (overig) "*kennelijk onbehoorlijke taakvervulling*" als ondernemer. Het is NVB niet duidelijk wat met deze in algemene zin aangehaalde "*taak als ondernemer*" wordt bedoeld. Daarnaast is het de vraag of het bestuursverbod voor een eenmanszaak in feite een ondernemingsverbod/verbod tot een eigen onderneming betekent.

- Artikel 106d Fw

Artikel 106d Fw breidt de toepassing van de regeling uit tot o.a. "*degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald*". De vraag is of het verbod dat aan een dergelijke "beleidsbepaler" wordt opgelegd zich beperkt tot het beleid bepalen van de rechtspersoon die kennelijk onbehoorlijk is bestuurd of wordt uitgebreid naar (i) het bestuur (in enge zin) van andere rechtspersonen of (ii) degenen die het beleid bepalen van andere rechtspersonen? Met betrekking tot dat laatste is het de vraag, hoe wordt aangetoond (en of dit moet worden aangetoond) dat de beleidsbepaler ook in andere rechtspersonen het beleid bepaalt. In de MvT staat op pagina 17 dat een belangrijke adviseur eveneens beleidsbepaler in de zin van artikel 106d Fw kan zijn. Betekent dit dat de curator de rechtbank kan verzoeken dat een belangrijke adviseur (die kwalificeert als beleidsbepaler) van een rechtspersoon stopt met advisering aan andere rechtspersonen die hij/zij in dezelfde mate van belangrijk (en beleidsbepalend) advies voorziet?

In het wetsvoorstel wordt gesproken over bestuurders en commissarissen. Is het de bedoeling van de minister het bestuursverbod ook te laten gelden voor andere toezichthouders, zoals bijvoorbeeld leden van de Raad van Toezicht van een stichting?

Degenen aan wie een bestuursverbod is opgelegd, zouden ook niet in staat moeten zijn om bestuurder te worden van een buitenlandse vennootschap. De minister bepleit in dit verband terecht een Europese registratie. Is de minister voornemens te bespoedigen het bestuursverbod ook werking te laten hebben in het Koninkrijk buiten Nederland om te voorkomen dat personen met een bestuursverbod gebruik gaan maken van Antilliaanse vennootschappen?

Tot slot vraagt NVB zich af of de minister overwogen heeft een ontheffingsmogelijkheid op te nemen, zoals gesuggereerd in het artikel 'Het bestuursverbod' van M. Bras en J. Winter in *Ondernemingsrecht* 2004, 121. Met een ontheffingsmogelijkheid kan de rechter toestaan dat de gediskwalificeerde persoon weer een bestuurlijke functie kan bekleden, eventueel onder aanvullende voorwaarden of door de werking van het bestuursverbod te beperken. De ontheffing biedt uitkomst indien gedurende de looptijd van het bestuursverbod feiten opkomen of op andere gronden wordt aangenomen dat het bestuursverbod niet langer is gewenst.

Amsterdam, 31 mei 2013