

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

het wetsvoorstel wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (wet civielrechtelijk bestuursverbod), hierna: “het Voorontwerp”

1. Inleiding en samenvatting

In dit advies geeft de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (hierna: Gecombineerde Commissie) haar eerste bevindingen weer met betrekking tot het Voorontwerp voor een wet ter invoering van het civielrechtelijke bestuursverbod. Zoals in het navolgende zal blijken heeft de Gecombineerde Commissie nogal wat bezwaren tegen het Voorontwerp. Die bezwaren hebben meer in het bijzonder betrekking op het volgende. Het bestuursverbod kan zo ingrijpend zijn voor degenen die het treft – zowel de persoon van bestuurder als ook de rechtspersonen voor wie het bestuursverbod geldt – dat een wettelijke regeling dienaangaande voldoende waarborgen en rechtsbescherming dient te bevatten. Het Voorontwerp schiet daarin naar de mening van de Gecombineerde Commissie ernstig tekort. De Gecombineerde Commissie acht de figuur van het bestuursverbod zelfs van dien aard dat de Gecombineerde Commissie het strafrecht meer aangewezen vindt waarbinnen deze rechtsfiguur geplaatst dient te worden. Voorts stelt de Gecombineerde Commissie veel vraagtekens bij de rol die in het Voorontwerp aan de curator wordt toegekend. Het vorderen van een bestuursverbod past naar de mening van de Gecombineerde Commissie niet binnen de taken van de curator. En hoe dan ook zullen de door de curator te maken kosten niet ten laste van de boedel mogen komen en dus geen nadeel voor de crediteuren mogen opleveren. Indien een bestuursverbod (ook) een civielrechtelijke basis zou moeten hebben, dan zou de desbetreffende wettelijke regeling naar de mening van de Gecombineerde Commissie bij voorkeur in Boek 2 BW dienen te worden opgenomen en niet in de Faillissementswet.

Vanwege de zwaarte van de sanctie is de Gecombineerde Commissie van mening dat de in het Voorontwerp opgenomen drempels voor het opleggen van een bestuursverbod te laag zijn.

2. Algemeen

2.1 De Gecombineerde Commissie onderkent het (maatschappelijk) belang dat is gediend met het voorkomen en het bestrijden van misbruik van en fraude met rechtspersonen . En daarin kunnen in bepaalde mate ook bestuursverboden passen. In de toelichting op het Voorontwerp wordt overigens niet vermeld of onderzocht is of in de praktijk behoefte bestaat aan een civielrechtelijk bestuursverbod en/of in buitenlandse rechtstelsels die een dergelijk bestuursverbod kennen – de Gecombineerde Commissie is er via de verwijzing in de toelichting naar publicaties van Bras & Winter en van Van Veen mee bekend dat Engeland, de Verenigde Staten en ook Australië een dergelijk bestuursverbod kennen – dit als effectief instrument wordt ervaren ter bestrijding van misbruik van rechtspersonen en faillissementsfraude. De Gecombineerde Commissie vraagt zich vooralsnog af of er voldoende reden is om naast het reeds bestaande wettelijke instrumentarium – meer in het bijzonder ook het strafrechtelijke bestuursverbod – een civielrechtelijk bestuursverbod in het leven te roepen zoals in het Voorontwerp is opgenomen.

Indien het bestaande strafrechtelijke bestuursverbod in de praktijk onvoldoende adequaat mocht zijn, zou het dan niet meer voor de hand liggen om deze strafrechtelijke regelgeving aan te passen en/ of de activiteiten van het justitiële apparaat met betrekking tot de toepassing ervan uit te breiden, zodat de effectiviteit van deze strafrechtelijke regeling wordt verhoogd? Indien in het bestaande strafrecht niet een adequate delictsomschrijving zou bestaan op overtreding waarvan een bestuursverbod als sanctie kan gelden, dan zou te overwegen zijn om een dergelijke delictsomschrijving in het leven te roepen. Die zou dan overigens specifiek geënt moeten worden op (bepaalde vormen van) faillissementsfraude. Faillissementsfraude is immers – zo blijkt ook uit de toelichting – de rode draad in het Voorontwerp en hetgeen de opsteller van het Voorontwerp wil “bestrafen” cq beteugelen.

De Gecombineerde Commissie voegt hier meteen aan toe dat een van haar belangrijke bezwaren tegen het Voorontwerp is dat het in artikel 106a genoemde handelen of nalaten dat tot een bestuursverbod kan leiden bepaald niet altijd en zelfs zeer vaak niet is te kwalificeren als fraude. En ook meer in het algemeen vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of de nu in artikel 106a opgenomen open norm zonder een duidelijke ondergrens wel aanvaardbaar is om daaraan een handelen of nalaten te toetsen met een zo strenge sanctie als het bestuursverbod. De in artikel 106a opgenomen drempels zijn – overwegend – wel erg laag. De Gecombineerde Commissie meent dat ook in de norm tot uitdrukking moet komen dat het moet gaan om een uitzonderlijke sanctie in een uitzonderlijke situatie en zou er meer voor voelen dat sprake moet zijn van handelen of nalaten als bestuurder met opzet of met bewuste roekeloosheid. Dat zou dan overigens zowel voor een strafrechtelijke delictsomschrijving waarop als sanctie een bestuursverbod wordt gesteld alsook voor een civielrechtelijk bestuursverbod – indien het Voorontwerp zal leiden tot een wetsontwerp – moeten gelden.

Overigens zal, ook ingeval van een civielrechtelijk bestuursverbod, de opzet c.q. bewuste roekeloosheid bewezen moeten worden en zal, zo vindt de Gecombineerde Commissie, niet gewerkt kunnen worden met een onweerlegbaar vermoeden als in artikel 2:138/248 lid 2 BW is opgenomen.

Zoals hiervoor al opgemerkt plaatst de opsteller van het Voorontwerp het civielrechtelijk bestuursverbod zeer overwegend in de sleutel van de faillissementsfraude. Fraude is ook

overwegend een strafrechtelijk begrip. Het bestuursverbod in het Voorontwerp heeft voorts een zeer punitief karakter. Het opleggen van de sanctie van een bestuursverbod dient naar de mening van de Gecombineerde Commissie gepaard te gaan met uiterst zorgvuldige waarborgen ten behoeve van de justiabalen die het aangaat. De Gecombineerde Commissie heeft de nodige twijfels of in het Voorontwerp die waarborgen wel voldoende tot uitdrukking komen. Het strafrecht biedt dergelijke waarborgen wel. Een en ander zou er ook voor pleiten het bestuursverbod niet buiten de strafrechtelijke sfeer te hanteren.

- 2.2 Bij het voorgaande overweegt de Gecombineerde Commissie ook dat het naar haar mening niet is uit te sluiten dat het voorgestelde bestuursverbod - ook al wordt het gekwalificeerd als een civielrechtelijk bestuursverbod – aangemerkt zou kunnen worden als een strafrechtelijke sanctie en dus als een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Het valt de Gecombineerde Commissie op dat in de toelichting op het Voorontwerp hieraan geen enkele aandacht wordt geschonken. Ook is het naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie niet uit te sluiten dat het bestuursverbod is aan te merken als een inmenging in het eigendomsrecht van artikel 1 1^e protocol bij het EVRM. Ook hieraan wordt in de toelichting op het Voorontwerp geen enkele aandacht besteed.

De Gecombineerde Commissie meent dat ook afgezien van de vraag of het civielrechtelijk bestuursverbod als strafrechtelijke sanctie op grond van het EVRM en/of als een inmenging in het eigendomsrecht op grond van het Eerste Protocol moet worden aangemerkt, het Voorontwerp onvoldoende aandacht besteedt aan de rechtsbescherming van de betrokken (rechts)personen en partijen en aan procedurele aspecten.

- 2.3 Als het bestuursverbod ook buiten het strafrecht een plaats zou moeten krijgen dan plaats de Gecombineerde Commissie grote vraagtekens bij het voornemen van de opsteller van het Voorontwerp om de curator in een faillissement een preponderante rol te geven bij het verkrijgen van civielrechtelijke bestuursverboden. De primaire taak van de curator is de belangen te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde rechtspersoon. Het vorderen van een bestuursverbod past naar de mening van de Gecombineerde Commissie op geen enkele wijze binnen deze taak. Een bestuursverbod dient op geen enkele wijze het belang van de schuldeisers van de desbetreffende gefailleerde rechtspersoon en draagt dus ook niet bij aan een boedelactief ten gunste van de schuldeisers. Een bestuursverbod is ook niet relevant voor de gefailleerde rechtspersoon zelf. Immers komt door het faillissement al automatisch een einde aan in elk geval het materiële bestuurderschap van de bestuurder. Als het gaat om een bestuursverbod bij andere rechtspersonen dan is zelfs onder omstandigheden denkbaar dat een dergelijke bestuursverbod ten nadele werkt van de boedel van de gefailleerde rechtspersoon.

In het kader van het bovenstaande komt ook de vraag op wie de kosten zal dragen die gepaard gaan met het door de curator te vorderen bestuursverbod. Moeten die ten laste komen van het boedelactief en dus ten laste van de schuldeisers, hoewel uit een toewijzing van de vordering geen enkele bate voor de schuldeisers zal voortvloeien? Zullen de kosten ten laste komen van de overheid, waarvoor de rechtvaardiging dan zou kunnen zijn dat met het bestuursverbod het algemeen belang gediend is?

De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit dat gedurende de gehele procedure – en dus tot de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan – de curator die de procedure aanhangig heeft gemaakt de hoedanigheid van curator zal moeten hebben en dat dus ook al die tijd het faillissement niet afgewikkeld / beëindigd kan worden, tenzij de curator de vordering intrekt. Dit kan tot een onnodige stijging van de kosten van het faillissement leiden en ook overigens tot ongewenste gevolgen leiden indien er – afgezien van het bestuursverbod – geen andere belangen zijn gediend met het voortduren van het faillissement. De bestaande garantieregeling biedt hiervoor geen oplossing.

- 2.4 Omdat er voor de curator geen (civielrechtelijk) belang bestaat bij het vorderen van een bestuursverbod en omdat het ook niet tot de taak van de curator kan worden gerekend komt de vraag aan de orde of derden het tot een civielrechtelijk bestuursverbod zouden moeten kunnen leiden. Dat zou dan primair het Openbaar Ministerie kunnen zijn die deze rol ook naast de curator in het onderhavige Voorontwerp krijgt toebedeeld. Maar dan zou het naar de mening van de Gecombineerde Commissie nog maar een kleine en eigenlijk ook volkomen logische en rechtens ook te prefereren stap zijn dat het Openbaar Ministerie deze rol vervult binnen haar – eigen – strafrechtelijke taak. De Gecombineerde Commissie verwijst ook naar hetgeen zij hiervoor in de paragrafen 2.1 en 2.2 heeft opgemerkt.

Uit het voorgaande moge duidelijk zijn dat de Gecombineerde Commissie er niet bepaald een voorstander van is om andere derden het recht te geven een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen, bijvoorbeeld naar analogie van artikel 2:298 BW. Maar dat overweegt de wetgever ook niet en zal, zo neemt de Gecombineerde Commissie aan, de wetgever ook niet gaan overwegen.

In het licht van het bovenstaande is de Gecombineerde Commissie er geen voorstander van dat – zoals blijkt uit de toelichting op het Voorontwerp wel de bedoeling is van de opsteller van het Voorontwerp – de schuldeisers via de rechter-commissaris de curator kunnen bewegen om een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen. Terzijde merkt de Gecombineerde Commissie in dit verband op dat uit de toelichting die ook de gezamenlijke schuldeisers noemt, niet helemaal duidelijk wordt of hier inderdaad bedoeld wordt op de gezamenlijke schuldeisers waarvoor de wet geen bijzondere organisatievorm kent, of dat uitsluitend een rol wordt toebedeeld aan een commissie uit de schuldeisers (die slechts zelden wordt ingesteld) of aan iedere schuldeiser. Uit de verwijzing in de toelichting naar artikel 69 Fw zou kunnen worden afgeleid dat ook individuele schuldeisers hier een rol zouden kunnen vervullen. Dit laatste zou de Gecombineerde Commissie sowieso onwenselijk vinden. Als dit recht van de (commissie uit de) schuldeisers toch gehandhaafd zou blijven dan komt overigens de vraag op of de curator zo nodig met instemming van de rechter-commissaris op enig moment geheel buiten de schuldeisers om de vordering ook weer kan intrekken, bijvoorbeeld indien een voortduren van de procedure tot onnodige vertragingen bij de afwikkeling van het faillissement en daarmee ook tot extra faillissementskosten zou leiden.

In dit verband – en ook dit min of meer terzijde – vraagt de Gecombineerde Commissie zich nog af of de opsteller van het Voorontwerp nog overweegt om, indien het Voorontwerp zal worden gevolgd door een wetsvoorstel, artikel 2:298 BW nog zal worden aangepast.

- 2.5 Indien in weerwil van het bovenstaande wordt overgaan tot het voorstellen van een civielrechtelijk bestuursverbod, dan is het voor de Gecombineerde Commissie de vraag of dit dan een regeling moet krijgen in de Faillissementswet of in Boek 2 BW. De Gecombineerde Commissie zou willen pleiten voor een regeling in Boek 2 BW, overigens ook indien de in het Voorontwerp opgenomen rol van de curator gehandhaafd mocht blijven. Ter argumentatie hiervan merkt de Gecombineerde Commissie het volgende op.
- Voor het civielrechtelijke bestuursverbod zoekt de opsteller van het Voorontwerp in zeer overwegende mate aanknoping bij artikel 2:138 / 248 BW over de aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement. Dat geldt ook voor het in het Voorontwerp gekozen begrippenkader, zozeer zelfs dat de aanhef van artikel 106a lid 2 en subonderdeel a van dat lid elkaar overlappen nu artikel 2:138/248 lid 1 ook als voorwaarde stelt dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling sprake is geweest. Dat verandert niet indien, zoals de Gecombineerde Commissie hiervoor heeft bepleit, de eis wordt gesteld dat bij het kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake is geweest van opzet of grove nalatigheid. Ook wetsystematisch pleit veel ervoor om de regeling van het civielrechtelijke bestuursverbod in Boek 2 BW op te nemen. Zo is denkbaar dat het faillissement dat tot het opleggen van het bestuursverbod aanleiding was is geëindigd en zich daarna redenen voordoen die een wijziging van de getroffen maatregel noodzakelijk en/of gewenst maken.
- Voorts is ook het feit dat de curator ter verkrijging van een bestuursverbod een vordering dient in te stellen en dus de dagvaardingsprocedure dient te hanteren een vreemde eend in de bijt van de Faillissementswet, waarin de curator al zijn rechten – in de vorm van verzoeken – dient geldend te maken bij verzoekschrift.
- Hierna, in punt 3.1, zal de Gecombineerde Commissie nog aan de orde stellen of het bestuursverbod (in beginsel) voor alle rechtspersonen zal moeten gelden of slechts voor die rechtspersonen waarvoor ook de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement geldt. Indien die vraag in laatst bedoelde zin beantwoord zou moeten worden zou dat een argument te meer zijn om het bestuursverbod een regeling te geven in Boek 2 BW.
- 2.6 Naast bovenstaande meer algemene opmerkingen heeft de Gecombineerde Commissie nogal wat commentaar op de uitwerking van het Voorontwerp en dus op de afzonderlijke artikelen. Dit commentaar volgt hierna, waarbij de Gecombineerde Commissie overigens in dit stadium nog niet streeft naar volledigheid.
3. Artikelsgewijs commentaar
- 3.1 Artikel 106a lid 1.
- 3.1.1 De Gecombineerde Commissie meent dit artikel 106a lid 1 zo te moeten lezen dat een bestuurder van elke rechtspersoon die failliet wordt verklaard kan worden getroffen door een bestuursverbod en dus niet alleen bestuurders van N.V.'s en B.V.'s, ook al wordt in artikel 106a

lid 2 sub a verwezen naar een bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikelen die gelden voor de N.V. en B.V. Vervolgens zal een opgelegd bestuursverbod in beginsel op grond van artikel 106b gelden voor alle rechtspersonen. Indien de wetgever zou willen blijven opteren voor de naar de mening van de Gecombineerde Commissie (te) lage drempels van artikel 106a en meer in het bijzonder dus ook voor een koppeling aan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van artikel 2:138 / 248 BW, dan zou de Gecombineerde Commissie zich kunnen voorstellen dat het bestuursverbod beperkt blijft tot bestuurders van die rechtspersonen voor wie in geval van faillissement de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling geldt. Dus voor de N.V. op grond van artikel 2:138, voor de B.V. op grond van artikel 2:248, voor verenigingen (met in begrip van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen) en stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen op grond van artikel 2:50a en 2:300a. Dat betekent dan dus dat alleen maar bestuurders van dergelijke gefailleerde rechtspersonen een bestuursverbod opgelegd kunnen krijgen en dat dat bestuursverbod vervolgens dus ook alleen maar geldt voor deze rechtspersonen, dus N.V.'s en B.V.'s en aan de vennootschapsbelasting onderworpen verenigingen en stichtingen. De motivering hiervoor ontleent de Gecombineerde Commissie onder andere aan de toelichting zelf op het Voorontwerp waar wordt opgemerkt dat het civielrechtelijke bestuursverbod “een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties” betreft. En als motivering geldt natuurlijk ook dat bij het bestuursverbod zo nauw wordt aangeknoopt bij de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement. Volgens diezelfde toelichting beoogt de opsteller van het Voorontwerp met het bestuursverbod faillissementsfraude te beteugelen, faillissementsfraude die “het vertrouwen in het handelsverkeer ondermijnt, de concurrentieverhoudingen verstoort en voor grote financiële schade zorgt.” Dat alles speelt natuurlijk nauwelijks bij de meeste andere rechtspersonen. Met uitzondering dan wellicht van grote instellingen die geen N.V. of B.V. zijn en ook niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, zoals bepaalde woningcorporaties en sommige grote culturele instellingen e.d. Maar als dan het bestuursverbod ook voor dergelijke rechtspersonen/ondernemingen zou moeten gelden dan zou er zeker zo veel reden zijn om dergelijke rechtspersonen/ondernemingen ook te onderwerpen aan een bestuurdersaansprakelijkheidsregiem van artikel 2:138 BW.

Mocht daarentegen de wetgever ervoor kiezen de drempels voor een bestuursverbod duidelijk hoger te leggen en dus bijvoorbeeld pas in geval van opzettelijk handelen en nalaten dan wel handelen en nalaten met een bewuste roekeloosheid een bestuursverbod mogelijk te maken (zie ook hiervoor paragraaf 2.1), dan zou de Gecombineerde Commissie er minder bezwaar tegen hebben indien een bestuursverbod zich in beginsel uitstrekt tot alle rechtspersonen.

- 3.1.2 Voor de Gecombineerde Commissie is het niet duidelijk welke rechtbank, genoemd in artikel 106a lid 1, bevoegd is. Is dit de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken? Of de rechtbank die bevoegd is in procedures op grond van de artikelen 2:138 c.a.? Of de rechtbank die bevoegd zou zijn inzake vernietigingsacties als bedoeld in artikel 106a lid 2 sub b? Of bevoegd zou zijn in procedures verband houdende met bestuurlijke boetes als bedoeld in artikel 106a lid 2 sub e?

3.1.3 In meer algemene zin veronderstelt de Gecombineerde Commissie dat op de in artikel 106a lid 1 genoemde procedures de procedureregels in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering van toepassing zijn. Het verdient aanbeveling dat dit in het Voorontwerp tot uitdrukking wordt gebracht. De Gecombineerde Commissie verwijst in dit verband ook naar haar hierna nog volgende opmerkingen met betrekking tot artikel 106c lid 2.

3.2 Artikel 106a lid 2

Dit lid geeft een opsomming van situaties waarin sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Blijkens de woorden “in ieder geval” is die opsomming niet limitatief. De Gecombineerde Commissie heeft daar, zoals uit haar algemene opmerkingen duidelijk zal zijn, grote moeite mee. Juist ook vanwege de uitzonderlijke en zware sanctie en het punitieve karakter van de sanctie grenzend ook aan een strafrechtelijke sanctie dient volkomen duidelijk te zijn in welke gevallen een dergelijke sanctie kan worden opgelegd. Indien de opsomming niet limitatief is, ziet de Gecombineerde Commissie ook geen goede reden waarom deze voorbeelden in de wet en niet ter illustratie in de toelichting genoemd zouden worden.

3.3 Artikel 106a lid 2 sub a

De eerste grond voor het opleggen van een bestuursverbod is dat voldaan is aan de voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:138 lid 1 / 248 lid 1 BW. Als de wetgever uiteindelijk toch geen hogere drempels wil opnemen dan de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling (zie ook paragraaf 2.1) dan wil de Gecombineerde Commissie bepleiten dat voor het opleggen van een bestuursverbod vereist is dat aan alle voorwaarden zoals die op grond van artikel 2:138 lid 1 / 248 lid 1 BW en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie gelden is voldaan. Dat betekent dan dus ook dat voldaan dient te zijn aan het vereiste dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

Dus alleen indien de rechter vaststelt dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van artikel 2:138 / 248 BW kan – als het ware als bijkomende “sanctie” – een bestuursverbod worden opgelegd. Dit lijkt de Gecombineerde Commissie ook een praktische gang van zaken. De Gecombineerde Commissie verwacht dat indien de curator al een actie wil instellen die moet leiden tot een bestuursverbod, de curator dat (doorgaans) slechts zal doen in combinatie met een actie op grond van artikel 2:138 / 248 BW. Dat vergt dan ook niet of nauwelijks extra kosten e.d. Als dan de vordering op grond van artikel 2:138 / 248 door de rechter wordt toegewezen kan de rechter tevens een bestuursverbod opleggen.

Ook dit draagt bij aan de duidelijkheid en rechtszekerheid die met betrekking tot het bestuursverbod gewenst is. Daarnaast zouden eventueel dan nog de afzonderlijke omstandigheden genoemd sub b tot en met e als grond voor een bestuursverbod kunnen gelden, met de kanttekeningen overigens die hierna nog zullen volgen.

In de toelichting wordt opgemerkt dat het vereiste dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling niet de oorzaak hoeft te zijn geweest van het faillissement niet is gesteld omdat dan de twee andere normen waarvan de overtreding tot een bestuursverbod kan leiden – namelijk de normen genoemd in artikel 106a lid 2 sub b en c – niet zouden worden bestreken. De Gecombineerde Commissie is van mening dat deze redenering niet op gaat, althans indien – wat de

Gecombineerde Commissie uiterst wenselijk acht – de in lid 2 genoemde normen een limitatief karakter hebben.

3.4 Artikel 106a lid 2 sub b

3.4.1 De Gecombineerde Commissie plaatst vraagtekens bij de in artikel 106a lid 2 sub b genoemde handelingen als zelfstandige grond voor een civielrechtelijk bestuursverbod naast de sub a genoemde grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Naar de mening van de Gecombineerde Commissie zou dergelijk paulianeus handelen slechts een bestuursverbod rechtvaardigen indien dat handelen tevens is te kwalificeren als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:138 / 248 BW. Sub b van dit artikel 106a lid 2 vermeldt niet door wie de daar genoemde rechtshandelingen moeten zijn verricht. De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit - en acht het wenselijk – dat het uitsluitend dient te gaan om door de desbetreffende bestuurder verrichte of mogelijk gemaakte of niet verhinderde rechtshandelingen.

3.4.2 Voorts acht de Gecombineerde Commissie het beter dat in dit artikel 106a lid 2 sub b niet wordt gesproken over “één of meerdere schuldeisers” maar meer in algemene zin over “de schuldeisers”. Dat sluit ook aan bij de sub b genoemde artikelen 42 t/m 46 (bedoeld zal zijn “artikelen 42 tot en met 45”; immers artikel 46 bestaat niet en blijkens de toelichting wordt uitdrukkelijk niet verwezen naar artikel 47) waar ook het vereiste is gesteld dat “de schuldeisers” worden benadeeld. Terzijde en min of meer ook in het verlengde van haar opmerkingen in de voorgaande paragraaf 2.3 merkt de Gecombineerde Commissie op dat het ook niet de taak van de curator is om voor de belangen van een individuele schuldeiser op te komen.

3.4.3 In meer algemene zin vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of deze in artikel 106a lid 2 sub b afzonderlijk genoemde grond wel nodig en gewenst is naast de sub a genoemde grond. Daar komt nog bij dat naar de mening van de Gecombineerde Commissie artikel 106a lid 2 sub b in twee opzichten erg ongelukkig is geformuleerd. In de eerste plaats is het mogelijk dat bij een rechtshandeling anders dan om niet de wetenschap van benadeling wel bij de bestuurder maar niet bij zijn wederpartij bestond. In dat geval is vernietiging niet mogelijk en wordt daarmee niet voldaan aan het vereiste sub b, terwijl het handelen wel onder de norm van lid 1 zou kunnen vallen. Dat is vragen om moeilijkheden. In de tweede plaats rijst de vraag of indien een rechtshandeling door de curator op grond van de artikelen 42 tot en met 45 succesvol is vernietigd, er nog wel van benadeling sprake kan zijn. Die benadeling is in dat geval immers opgeheven door de vernietiging.

3.5 Artikel 106 a lid 2 sub c

De Gecombineerde Commissie vindt de sanctie van een bestuurdersverbod op overtreding van de in artikel 106a lid 2 sub c genoemde norm (het geven van onvoldoende informatie en medewerking aan de curator) wel erg zwaar. De Gecombineerde Commissie wijst er in dit verband ook op dat onder andere artikel 87 van de Fw de curator al de nodige middelen verschaft om de bestuurder tot de hier bedoelde medewerking te bewegen.

3.6 Artikel 106a lid 2 sub d

3.6.1 In meer algemene zin vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of het feit alleen al dat een bestuurder van een gefailleerde vennootschap in een periode van drie jaar voorafgaande aan dat faillissement betrokken is geweest bij een faillissement een bestuursverbod kan rechtvaardigen. In geen van die faillissementen hoeft sprake te zijn geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. En daarvan zal zelfs geen sprake zijn geweest; immers zou er wel sprake van zijn geweest dan zou al toepassing kunnen worden gegeven aan artikel 106 b lid 1 sub a.

3.6.2 Uit de toelichting blijkt dat voor de toepassing van artikel 106a lid 2 sub d met elkaar samenhangende faillissementen zoals gelijktijdig uitgesproken faillissementen van rechtspersonen die tot een concern behoren niet als afzonderlijke faillissementen meetellen. Naar de mening van de Gecombineerde Commissie zou dit ook in de wet opgenomen moeten worden.

3.7 Artikel 106a lid 2 sub e

Uit de toelichting maakt de Gecombineerde Commissie op dat in artikel 106a lid 2 sub e bedoeld is dat die boetes ook in een bepaalde periode - van 3 jaar – voorafgaande aan het faillissement moeten zijn opgelegd. De Gecombineerde Commissie vindt dat dit ook in de wettekst moet worden opgenomen.

Als overigens het sub e bepaalde als een afzonderlijke grond voor een bestuursverbod dient te gelden, dan zal het des te meer zijn aangewezen dat dat bestuursverbod dan strafrechtelijk gekoppeld wordt aan sancties op de daargenoemde vergrijpen.

3.8 Artikel 106a lid 6

De Gecombineerde Commissie kan de laatste zin van de toelichting op artikel 106a lid 6 niet goed plaatsen voor zover daarmee voorbij wordt gegaan aan het feit dat ook rechtspersonen met het bestuur van een maatschap, commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma belast kunnen zijn.

3.9 Artikel 106b lid 1 en lid 2

3.9.1 Anders dan met betrekking tot artikel 106b lid 2 (op het moment van opleggen van het bestuursverbod bestaande andere bestuurderschappen) bestaat met betrekking tot artikel 106b lid 1 (het gaan vervullen van toekomstige bestuurderschappen na het opleggen van het bestuursverbod) geen mogelijkheid voor de rechter om uitzonderingen te creëren. Dit is een gemis in de voorgestelde regeling. In de lacune zou kunnen worden voorzien samen met de door de Gecombineerde Commissie hierna in paragraaf 3.9.4 bepleite voorziening.

3.9.2 Uit de toelichting blijkt dat het vonnis waarbij een bestuursverbod wordt opgelegd uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Dat betekent dus dat een bestuursverbod (aanzienlijk) langer kan duren dan 5 jaar. Immers wordt de maximale periode van 5 jaar in artikel 106b gerelateerd aan het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak. De Gecombineerde Commissie zou willen

voorstellen om op de maximum periode van 5 jaar in mindering te brengen de daaraan voorafgaande periode dat het bestuursverbod reeds werking heeft gehad.

3.9.3 De Gecombineerde Commissie zou het wenselijk vinden dat in de wet dan wel in de toelichting nader wordt aangegeven wat de situatie is c.q. de rechtsgevolgen zullen zijn indien een in een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis opgelegd bestuursverbod (en eventueel ook een bij wijze van voorlopige voorziening opgelegd bestuursverbod) door een latere rechterlijke beslissing ongedaan wordt gemaakt. De Gecombineerde Commissie denkt daarbij dan zowel aan de persoonlijke (financiële) gevolgen voor de desbetreffende bestuurder alsook aan de (rechtspersonenrechtelijke) rechtsgevolgen binnen de rechtspersonen waar het bestuursverbod op grond van artikel 106b lid 2 is gaan gelden. Hierbij rijst bijvoorbeeld de vraag of een dergelijke vernietiging ex tunc of ex nunc werkt.

3.9.4 De Gecombineerde Commissie constateert dat in het Voorontwerp geen voorziening is opgenomen die het mogelijk maakt dat het bestuursverbod voortijdig wordt opgeheven of beperkt. Er zijn naar de mening van de Gecombineerde Commissie situaties denkbaar waarin een dergelijke voorziening wenselijk is.

3.10 Artikel 106b lid 3

3.10.1 De Gecombineerde Commissie veronderstelt dat met “de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd” niet uitsluitend wordt bedoeld op de in kracht van gewijsde gegane uitspraak. Als dat zo is dan wil de Gecombineerde Commissie bepleiten dat in elk geval nog niet in het centraal register wordt ingeschreven een niet-uitvoerbaar verklaard vonnis waarin een bestuursverbod is opgelegd. Anders treedt *de facto* het verbod in werking. En er is ook een gerede kans dat een dergelijke inschrijving tot verwarring aanleiding kan geven.

Overigens plaatst de Gecombineerde Commissie meer in het algemeen kanttekeningen bij het bepaalde in artikel 106b lid 3 dat opgelegde bestuursverboden dienen te worden ingeschreven in een centraal register. Dat maakt de sanctie van het civielrechtelijke bestuursverbod nog eens extra zwaar en diffamerend. Een dergelijke voor het publiek toegankelijke inschrijving is niet (eens) verbonden aan het strafrechtelijke bestuursverbod.

De Gecombineerde Commissie mist iedere afweging van de openbaarheid van het bestuursverbod tegen de privacy van de betrokkenen.

3.10.2 Meer in het algemeen ontbreekt in het Voorontwerp een regeling van de gevolgen van een vernietiging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard bestuursverbod of van een als voorlopige voorziening opgelegd bestuursverbod na het aanwenden van een rechtsmiddel. Zo wordt niet voorzien in de inschrijving van beslissingen waarbij een ingeschreven bestuursverbod is vernietigd. En ook worden de vennootschapsrechtelijke gevolgen van een vernietiging niet geregeld zodat onduidelijk is of besluiten geldig blijven ondanks het feit dat de betrokkene niet heeft kunnen deelnemen aan de besluitvorming en mogelijk alleen door de rechter (ten onrechte) benoemde tijdelijke bestuurders het besluit hebben genomen en de rechtspersoon hebben vertegenwoordigd. Ook wordt niet geregeld of de betrokken bestuurder en de rechtspersoon aanspraak hebben op schadevergoeding en jegens wie.

3.11 Artikel 106c lid 1

De Gecombineerde Commissie merkt met betrekking tot artikel 106c lid 1 op dat het voor de curator en het Openbaar Ministerie een moeilijke zo niet onmogelijke opgave zal zijn om uittreksels uit het handelsregister te produceren van de overige rechtspersonen waarvan de bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd bestuurder of commissaris is. In het handelsregisters kan niet, althans niet op eenvoudige wijze worden gerechercheerd op namen van bestuurders en commissarissen.

3.12 Artikel 106c lid 2

De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of de processuele positie van de in artikel 106c lid 2 bedoelde rechtspersonen wel voldoende gewaarborgd is met het recht van die rechtspersonen hun “zienswijze” naar voren te brengen. Het belang dat die rechtspersonen hebben bij het al dan niet opleggen van een bestuursverbod aan hun bestuurders zou rechtvaardigen dat die rechtspersonen het recht hebben om zich in de procedure waarin het bestuursverbod wordt gevorderd te voegen dan wel in die procedure tussen te komen. Dit past ook in de dagvaardingsprocedure waarmee de curator de vordering dient in te stellen. In de verzoekschriftprocedure – die het Openbaar Ministerie dient te volgen – ligt het voor de hand dat de rechter de desbetreffende rechtspersonen oproept als belanghebbenden en dat die rechtspersonen alsdan een verzoekschrift kunnen indienen.

Kunnen die rechtspersonen ook hun zienswijze geven over de aangelegenheden genoemd in de leden 3, 4, en 5 van artikel 106c? Op basis van de bestaande tekst is dat niet vanzelfsprekend.

3.13 Artikel 106c lid 3

Met betrekking tot de tijdelijke aanstelling door de rechtbank van bestuurders of commissarissen in artikel 106c lid 3 en lid 4 zou de Gecombineerde Commissie een nadere regeling wensen over de rechtspositie van die tijdelijke bestuurders en meer in het bijzonder ook over de aansprakelijkheid van die bestuurders.

De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit dat het de rechter is die de bezoldiging van de tijdelijke bestuurders zal vaststellen. Dit blijkt echter niet uit de wet. De Gecombineerde Commissie stelt voor dit in de wet op te nemen.

De Gecombineerde Commissie wil in herinnering roepen de discussie in het kader van de wijziging van het enquêterecht over de aansprakelijkheidsrisico's en het risico dat door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen kosten van juridische bijstand moeten maken.

Bij de benoeming van tijdelijke bestuurders en ander functionarissen overeenkomstig het Voorontwerp rijzen dezelfde vragen die aan de orde zijn in de hiervoor genoemde discussie. Een afdoende bescherming tegen dergelijke risico's zal in belangrijke mate bepalend zijn voor de mogelijkheid die de rechter heeft personen bereid te vinden een dergelijke functie te aanvaarden.

3.14 Artikel 106c lid 4

De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of er wel goede redenen zijn om voorlopige voorzieningen mogelijk te maken. Ieder normatief kader voor dergelijke voorzieningen ontbreekt in het Voorontwerp en de toelichting daarop. Voorlopige voorzieningen vormen naar hun aard ordemaatregelen. Goede redenen om een ordemaatregel te treffen bij een andere rechtspersoon waarvan de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon direct of indirect bestuurder is, zijn er naar de mening van de Gecombineerde Commissie niet echt, zeker niet zolang niet in rechte is vastgesteld dat de betrokken bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Indien de opsteller van het Voorontwerp van mening is dat een bestuurder uit zijn taak ontheven zou moeten kunnen worden ook indien nog niet vaststaat dat hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, dan lijkt een ander soort wettelijke regeling meer aangewezen.

3.15 Artikel 106c lid 5

3.15.1 De Gecombineerde Commissie veronderstelt dat aan de eerste zin van artikel 106c lid 5 na het woord “verzocht” dient te worden toegevoegd “c.q. gevorderd”. Is voor een dergelijk verzoek/vordering een afzonderlijk verzoekschrift/dagvaarding nodig?

Kan de in lid 5 genoemde schorsing en tijdelijke aanstelling ook verzocht c.q. gevorderd worden in een appelprocedure indien in de eerste instantie het bestuursverbod niet is opgelegd, met andere woorden: wordt met “het geding” uitsluitend bedoeld het geding in eerste instantie en dus voor de rechtbank?

3.15.2 De in dit artikel aan de orde zijnde voorlopige voorzieningen betreffen steeds - en per definitief - andere rechtspersonen dan de gefailleerde rechtspersoon. Zou dit geen reden geven om die rechtspersonen een meer gedegen procesrechtelijke positie te geven, waarbij de Gecombineerde Commissie denkt aan de positie van de rekwestreerde c.q. gedaagde? Overigens geldt hetgeen de Gecombineerde Commissie hier opmerkt naar haar mening in gelijke mate voor artikel 106b lid 2. De Gecombineerde Commissie verwijst ook naar hetgeen zij hiervoor in punt 3.11 met betrekking tot artikel 106c lid 2 heeft opgemerkt.

3.16 Artikel II

Dient de bestuurlijke boete, genoemd in artikel 106a sub e, ook opgelegd te zijn na de inwerkingtreding van de wet, wil die als grond voor een bestuursverbod in aanmerking kunnen komen?

's-Gravenhage, 23 mei 2013