

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

het wetsvoorstel 34 011, wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (wet civielrechtelijk bestuursverbod), hierna: “het Wetsvoorstel”

1. Inleiding

In dit advies geeft de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (hierna: Gecombineerde Commissie) haar bevindingen weer met betrekking tot het Wetsontwerp voor een wet ter invoering van het civielrechtelijke bestuursverbod. De Gecombineerde Commissie meent dat het Wetsontwerp verbeterd is ten opzichte van het Voorontwerp, waar de Gecombineerde Commissie over heeft geadviseerd in haar advies van 23 mei 2013 ("het Advies Voorontwerp"). Helaas heeft de Gecombineerde Commissie moeten constateren dat niet op alle punten van de overwegende bezwaren en opmerkingen die de Gecombineerde Commissie in het Advies Voorontwerp heeft gemaakt duidelijkheid is verschaft of de zorg is weggenomen. Het Advies Voorontwerp wordt voor het gemak als bijlage bij dit advies meegezonden.

Algemeen

Zoals de Gecombineerde Commissie al aangaf in het Advies Voorontwerp, onderkent zij het (maatschappelijk) belang dat is gediend met het voorkomen en het bestrijden van misbruik van en fraude met rechtspersonen. Zij onderstreept echter het feit dat een nieuwe wet alleen niet zal helpen dit tegen te gaan. Van groot belang is dat ook daadwerkelijk van de geboden wettelijke ruimte tot aanpak gebruik zal worden gemaakt. Dat geldt ook voor de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging, zoals voorzien in het wetsvoorstel 33 994 "Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude" ("WSF").

De Gecombineerde Commissie meent overigens dat de wetgever deze twee en andere wetten die (mogelijk nog) op stapel staan om fraude en andere onregelmatigheden bij rechtspersonen aan te pakken goed op elkaar moet afstemmen en in onderling verband moet testen en beoordelen. Zo lijkt

het nu mis te gaan met de nummering van de wetsartikelen. Art. 106a Fw is in het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ("WBTR") gereserveerd voor de bepalingen die thans zijn opgenomen in art. 2:138/248 BW, terwijl nu ook het Wetsvoorstel een art. 106a Fw bevat.

Nu het Handelsregister voor de uitvoering van verschillende bepalingen in het Wetsvoorstel van groot belang is en in de MvT in dat kader steeds wordt verwezen naar wijzigingen in de Handelsregisterwet, lijkt het de Gecombineerde Commissie voor de hand te liggen deze laatstbedoelde wijzigingen meteen mee te nemen in het Wetsvoorstel. Alleen dan kunnen de voorgestelde wettelijke bepalingen in onderlinge samenhang bekeken worden.

In dat kader is het de Gecombineerde Commissie nog niet helemaal duidelijk hoe transparant het bestuursverbod eigenlijk is voor de buitenwereld. Kan een rechtspersoon voorafgaande aan de benoeming van een bestuurder of commissaris bij het Handelsregister verifiëren of tegen de beoogde kandidaat een bestuursverbod is ingesteld? Kan een willekeurige derde dat ook als hij met een natuurlijk persoon zaken doet als onderdeel van zijn betrouwbaarheidstoets op de wederpartij?

De Gecombineerde Commissie meent te kunnen opmaken uit hetgeen staat weergegeven op pagina 26 van de MvT (indien wordt bedoeld dat de centrale registratie waarnaar verwezen wordt daadwerkelijk openbaar beschikbaar is) dat het bestuursverbod inderdaad volledig openbaar is en door een ieder is te raadplegen in het Handelsregister. Hiermee krijgt het opgelegde bestuursverbod wel een hoog stigmatiserend gehalte, in sommige gevallen terecht, maar mogelijk in andere gevallen wel erg zwaar.

Het bestuursverbod duurt maximaal vijf jaar. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of na afloop van die termijn de naam van degene voor wie het bestuursverbod gold op dat punt dan volledig uit de registratie van het Handelsregister wordt verwijderd. Komt het bestuursverbod nog naar boven als een historisch onderzoek wordt ingesteld?

Verder meent de Gecombineerde Commissie dat ook de terminologie in de verschillende wetten op orde en consequent moet zijn. Zo zou eerst nagedacht dienen te worden of het toezichthoudende orgaan, zoals nu opgenomen in art. 9a WBTR zo zal blijven heten en dus een meer generieke aanduiding zal zijn van welk toezichthoudend orgaan dan ook binnen een rechtspersoon en of zijn leden dan een bijzondere aanduiding hebben of niet. Of dat besloten wordt voor het toezichthoudend orgaan een andere aanduiding te kiezen, afhankelijk van de rechtspersoon, zoals "raad van toezicht" met de aanduiding van de leden als "commissarissen", zoals bijvoorbeeld voorgesteld in art. 30 Wetsvoorstel (Wijziging van) de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting of raad van commissarissen zoals nu bepaald voor de BV en NV. Als de eerste route wordt gekozen, dan zou dit ook naar voren moeten komen in het Wetsvoorstel en zou naast "commissaris" ook "lid van een toezichthoudend orgaan" moeten worden vermeld.¹

¹ Zie in dit verband ook de opmerking van de Gecombineerde Commissie in haar advies inzake het Voorontwerp WBTR, onder 2.1 en noot 1 op pag. 2.

Ook vraagt de Gecombineerde Commissie aandacht voor mogelijke samenloop van bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht en het WSF met de voorgestelde wijzigingen in de Faillissementswet. Zo wordt op pagina 4 van de MvT opgemerkt:

"Bij strafrechtelijke vervolging wegens faillissementsfraude kan naast een gevangenisstraf en geldboete in voorkomende gevallen als bijkomende straf ook een strafrechtelijk beroepsverbod worden opgelegd (artikel 349, tweede lid, Sr). Een dergelijk beroepsverbod kan inhoudelijk een bestuursverbod behelzen."

Uit de parlementaire geschiedenis bij de "Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen"² blijkt dat de term beroep voldoende ruim is om de verschillende functies die in de door de rechtspersoon in stand gehouden onderneming(en) kunnen worden bekleed, zoals accountants, financieel adviseurs, juristen et cetera, te omvatten. De term beroep is – aldus de MvT – ook voldoende ruim om personen die als bestuurders en commissarissen deel uitmaken van de organen van de rechtspersoon (waaronder naast kapitaalvennootschappen tevens stichtingen en verenigingen) als beroepsbeoefenaren aan te merken.

De Gecombineerde Commissie vraagt zich af hoe deze twee mogelijkheden tot bestuursverbod zich tot elkaar verhouden. In de Faillissementswet wordt een gedetailleerde regeling over de werking van het bestuursverbod en de positie van andere rechtspersonen waar de desbetreffende bestuurder een band als bestuurder of commissaris mee heeft opgenomen, terwijl het bestuurs-/beroepsverbod op grond van het Wetboek van Strafrecht deze procedure niet kent. Dat lijkt de Gecombineerde Commissie een ongewenste situatie.

De Gecombineerde Commissie meent dat hetgeen in de MvT staat niet op alle punten ook in de voorgestelde wettelijke bepalingen tot uitdrukking komt. Zo staat in de MvT op p. 5:

"Doordat het bestuursverbod zal worden geregistreerd, is het eenvoudig vast te stellen of een persoon een bestuursverbod heeft. Een eventuele inschrijving in het Handelsregister van de betrokkene als bestuurder zal in de toekomst worden geweigerd. Dat geldt eveneens voor de inschrijving van een met een bestuursverbod strijdige algemene volmacht."

En op p. 24 van de MvT wordt vermeld:

"Een persoon met een bestuursverbod kan niet bij de oprichting tot bestuurder worden benoemd (artikel 106b Fw jo. artikel 2:132 resp. artikel 2:242 BW) noch statutair een daaraan equivalente volmacht krijgen (art. 106d Fw jo. de artt. 3:60 e.v. en het te wijzigen Handelsregisterbesluit 2008)."

² *Kamerstukken II*, 31 386, nr. 3, p. 14 ev

Blijkbaar houdt het bestuursverbod volgens de minister ook een verbod in om krachtens (al dan niet statutaire) algemene volmacht op te treden? Dat is niet terug te vinden in het Wetsvoorstel. De Gecombineerde Commissie meent dat hoewel een algemene volmacht vaak grote betrokkenheid bij de rechtspersoon zal impliceren, dit niet altijd reden zal zijn om de bewuste persoon te kwalificeren als feitelijk beleidsbepaler, waarmee deze persoon onder art. 106d zou komen te vallen. Op p. 30 van de MvT wordt terecht vermeld dat dit afhangt van de omstandigheden van het geval. Indien het de bedoeling is ook deze hoedanigheid te weren, dan moet dat in de wet worden opgenomen. Overigens merkt de Gecombineerde Commissie op dat zich dan een probleem blijft voordoen bij de beperkte, doch uitgebreide volmacht.

De rol van buitenlandse rechtspersonen in de Nederlandse samenleving blijft een lastig punt als het gaat om de aanpak van ongewenst bestuurlijk gedrag. De vraag of een bestuurder aansprakelijk is voor zijn handelen als bestuurder van een rechtspersoon wordt beheerst door het recht dat de rechtspersoon beheerst (art. 3, aanhef en onder e, Wet conflictenrecht corporatie). Dat heeft ook gevolgen voor de vraag of een tweede graads bestuurder aansprakelijk is op grond van art. 2:11 BW. De Hoge Raad overwoog in het D-group arrest³:

"Dit brengt mee dat Nederlands recht als het incorporatierecht van D Freight tevens de aansprakelijkheid van D Group als bestuurder van deze vennootschap beheerst en dat art. 2:11 BW binnen deze vennootschapsrechtelijke verhouding van toepassing is. Dit laat onverlet, ...dat de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen D Group en háár bestuurder(s), worden beheerst door Belgisch recht als het incorporatierecht van D Group."

Een en ander neemt volgens de Gecombineerde Commissie echter niet weg dat een buitenlandse rechtspersoon zelf wel een bestuursverbod opgelegd kan krijgen voor Nederlandse rechtspersonen als bedoeld in art. 2:3 BW. Ook kan een buitenlandse persoon als zodanig dit verbod opgelegd krijgen. De Gecombineerde Commissie vraagt zich echter af of de bedoeling van de wetgever voor de volgende situatie wel gelukkig is.

Op pagina 6 van de MvT wordt opgemerkt :

"In het verlengde hiervan ligt dat de inschrijving van buitenlandse rechtspersonen straks door de Kamer van Koophandel zal worden geweigerd, als blijkt dat deze rechtspersoon door iemand wordt bestuurd aan wie in Nederland een bestuursverbod is opgelegd."

Niet duidelijk is waarom wordt besloten tot weigering van de gehele inschrijving van die rechtspersoon – welke weigering overigens niet terug te vinden valt in enige relevante bepalingen in het Wetsvoorstel.⁴ Het bestuursverbod geldt duidelijk niet voor bestuurders van buitenlandse rechtspersonen. Het lijkt de Gecombineerde Commissie juist beter om deze rechtspersonen wel in

3 HR 18 maart 2011, RO 2011/38

4 De voorkeur van de Gecombineerde Commissie zou een bepaling in de Faillissementswet, i.p.v. de Handelsregisterwet.

te schrijven, maar melding te maken van het feit dat er tegen een van de bestuurders in Nederland een bestuursverbod geldt. Dit komt ook meer in lijn met de later op deze pagina van de MvT genoemde eerlijkheid in het handelsverkeer en het in staat moeten zijn om te zien met wie je zaken doet.

2. Artikelsgewijs commentaar

- Art. 106a: In de MvT, pagina 15 staat:

“Het eerste lid brengt tot uitdrukking dat de oplegging van een bestuursverbod beperkt is tot faillissementgerelateerde situaties. Het moet gaan om feiten en omstandigheden die hebben plaatsgevonden tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement.”

Zo bezien zit in het slot van de aanhef van lid 1 jo. onderdeel a een fout. In de (3) jaren voorafgaand aan een faillissement kan een rechter niet oordelen dat een bestuurder aansprakelijk is als bedoeld in art. 138/248 omdat de rechtspersoon dan niet failliet is en de bepaling in die periode niet van toepassing is.

Onderdeel a zou als volgt kunnen luiden:

“de bestuurder op zodanige wijze zijn taak bij die rechtspersoon heeft vervuld dat hij aansprakelijk is als bedoeld in de artikelen 138 of 248 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en zulks door de rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak is vastgesteld.”

Overigens valt op dat met de in de MvT op p. 15 genoemde termijn een verschil ontstaat met art. 2:138/248 BW indien aan het faillissement een surseance is vooraf gegaan: voor art. 106a Fw blijft dan relevant de periode van drie jaar voor het faillissement, voor art. 2:138/248 BW de periode van drie jaar voor het intreden van de surseance (art. 249 lid 1 sub 1° Fw).

- 106a lid 1 a: in het verlengde van de hiervoor gemaakte opmerking, art. 2:138/248 BW is nu nog niet van toepassing op alle art. 2:3 BW rechtspersonen. Begrijpt de Gecombineerde Commissie art. 106a WBTR goed, dan is het de bedoeling een met art. 2:138/248 vergelijkbare bepaling op te nemen in de Faillissementswet voor alle rechtspersonen. Het lijkt voor de hand te liggen in deze bepaling hiermee rekening te houden.
- 106a lid 1 b: Het gaat in deze bepaling om rechtshandelingen die de bestuurder doelbewust namens de rechtspersoon heeft verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt, waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld, mits die rechtshandelingen door de rechter ex art. 42 of 47 Fw zijn vernietigd.

De Gecombineerde Commissie wil hierover het volgende opmerken.

Afgezien van de vraag wat onder de term ”doelbewust” moet worden verstaan (zie hierna) is het de Gecombineerde Commissie niet duidelijk waarop de doelbewustheid ziet. Is dit a) op de rechtshandeling, zoals de huidige formulering lijkt te suggereren of is dat b) op de benadeling, hetgeen uit de MvT lijkt te volgen (pag. 18: "Het kwalificeert het bestreden handelen van de betrokken bestuurder door het intentionele karakter van de benadeling van

crediteuren te benadrukken") en meer voor de hand ligt. Indien de laatste mogelijkheid beoogd is, dan zou de wettekst verduidelijkt moeten worden.

Verder vraagt de Gecombineerde Commissie in dit kader aandacht voor de van elkaar verschillende (bewoordingen voor) bewustzijnsvereisten bij toepassing van verschillende bepalingen die de bestuurder kunnen treffen bij onbehoorlijk bestuur, paulianeuze of onrechtmatige handelingen. De Gecombineerde Commissie vreest voor onduidelijkheid over de inhoud van die normen, in vergelijking met elkaar maar ook in onderling verband. Een bepaalde rechtshandeling kan aan verschillende wettelijke bepalingen getoetst worden, waarbij dan de vraag rijst of de daarin opgenomen normen inhoudelijk verschillen en als dat zo is, wat dan de rechtvaardiging daarvan is.

Zo is de betekenis van de term doelbewust niet geheel duidelijk. Dit is een term die niet in de Faillissementswet (daarin komt wel de term "desbewust" voor) en ook niet in boek 2 BW voorkomt, hetgeen de vraag oproept wat hieronder precies verstaan moet worden. In de MvT (pag. 18) wordt hierover opgemerkt dat de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt moet treffen. Verwezen wordt naar art. 6:193g, onderdeel m, BW, waar deze term tot uitdrukking komt. Dat is wel een onderwerp dat heel ver verwijderd is van het onderwerp dat hier aan de orde komt. Het woord "doelbewust" wordt in de context van de desbetreffende oneerlijke handelspraktijk gebruikt in de zin van opzettelijk. Op pag. 18 van de MvT wordt gewag gemaakt van "het intentionele karakter van de benadeling", een synoniem van "opzettelijk." Dat daarop volgt dat de bestuurder, "met andere woorden, een ernstig persoonlijk verwijt (moet) treffen", is echter verwarrend. Voor "ernstig persoonlijk verwijt" is immers geen opzet vereist.

Art. 106a lid 1 sub b vereist echter ook een (gerechtelijke) vernietiging van de rechtshandeling op grond van art. 42 of 47 Fw. De Gecombineerde Commissie wijst er op dat art 42 Fw als bewustzijnsniveau vereist: "wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn."

Voor dat laatste geldt na ABN AMRO/ Van Dooren q.q. III⁵:

HR 3.8. "(...) dat de faillissementscurator die op de voet van art. 42 F. een rechtshandeling vernietigt in beginsel de bewijslast draagt van feiten en omstandigheden die meebrengen dat het faillissement en een tekort daarin met *een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien* voor de schuldenaar en degene met of jegens wie hij de rechtshandeling verrichtte (...)"

Maar er kunnen nog meer bepalingen met eigen "bewustzijnsniveau" op de rechtshandeling van toepassing zijn. Een voorbeeld. Bij een uitkering aan aandeelhouders van een BV geldt art 2:216 lid 2 BW. De benodigde goedkeuring van het bestuur, kan alleen dan worden geweigerd indien het bestuur *wist of redelijkerwijs behoort te voorzien* dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. M.a.w. de wettekst geeft aan dat bij de afweging de positie van de schuldeisers ernstig in overweging moet worden genomen. Indien de BV na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden, dan zijn de bestuurders die dit op het moment van de uitkering wisten of behoorden

⁵ HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. NEDF.

te voorzien, verbonden jegens de BV voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, aldus art. 2:216 lid 3 BW.⁶

De goedkeuring in het kader van een uitkering kan worden gezien als een rechtshandeling en als daarna een faillissement volgt, kan door toepassing van art. 42 e.v. Fw de rechtshandeling worden vernietigd. Kwalificeert deze situatie bij voorbaat voor een bestuursverbod? Op pag. 19 van MvT staat:

"Worden de bestreden rechtshandelingen vernietigd (op grond van de pauliana, GCV) dan staat vast dat de bestuurder in kwestie doelbewust heeft gehandeld in de wetenschap dat de benadeling van schuldeisers het gevolg was of, sterker nog, dat er sprake was van samenspanning. Kortom, zijn eventuele poging tot disculpatie is niet geslaagd."

Deze passage staat haaks op die van pag. 18, waar wordt vermeld dat het niet de bedoeling is om iedere paulianeuze handeling bij voorbaat te laten kwalificeren voor een bestuursverbod; het moet twee extra kwalificerende elementen in zich dragen: (i) intentionele/opzettelijke benadeling en (ii) aanmerkelijke benadeling. De Gecombineerde Commissie beveelt aan dat verduidelijkt wordt dat het eerste extra kwalificerende element "opzettelijke benadeling" is en verder om de geciteerde passage op p. 19 te corrigeren met de opmerking dat vernietiging door de rechter wegens pauliana als zodanig niet vast doet staan dat de bestuurder doelbewust heeft gehandeld.

De volgende vraag is of in een dergelijk geval dit dan ook betekent dat aan het bestanddeel "wetende dat" in het voorgestelde art. 343 Sr WSF is voldaan⁷, welk artikel onder meer van toepassing kan zijn na het doen van een uitkering aan aandeelhouders, daar het gaat over het onttrekken van goederen aan de boedel. Op pagina 14 MvT WSF, wordt hierover opgemerkt:

"Het gaat in artikel 341 Sr om gedragingen die opzet vereisen. In de huidige redactie wordt in dat verband in de bepalingen nog gesproken van 'ter bedrieglijke verkorting'. Hiermee wordt een aanvullend opzet tot uitdrukking gebracht. Lange tijd werd ervan uitgegaan dat dit de vorm van 'het oogmerk op' had, hetgeen een sterke wil van de verdachte op het benadelen van schuldeisers verlangde (anders: Hilverda 2009, p. 193-198). Recente rechtspraak van de Hoge Raad geeft aanleiding om

⁶ Hoe deze norm moet worden uitgelegd is ook nog niet geheel duidelijk. Bier heeft betoogd dat gekeken kan worden naar de jurisprudentie die is gewezen in het kader van onrechtmatig handelen door bestuurders. Zo verwijst zij naar Hoge Raad van 4 april 2014 NJ 2014/195, inzake Air Holland, waarbij de Hoge Raad overwoog dat voor een ernstig verwijt in het kader van een onrechtmatige daadsactie, voldoende is dat de bestuurder ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten *ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat ondanks de gestelde tegenvordering een vordering op de vennootschap zou resteren*, TvJ 2014/4. Zie verder over de (on)juistheid van deze norm in het kader van uitkeringen: Boschma/Schutte Ondernemingsrecht 2012/116 en J. Barneveld Flexibele regels inzake uitkeringen: over doorbraak, restitutie & aansprakelijkheid, in WPNR 2009/6809, p. 695 en Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders, Serie vanwege het Vander Heijden Instituut, deel 120, Kluwer 2014 19.5.4.2.

⁷ Wetsvoorstel 33 994, nr. 2 - Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude) Artikel 343: Met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld: 1°. voor de intreding van het faillissement, indien dit is gevolgd, of tijdens het faillissement enig goed aan de boedel heeft onttrokken of onttrekt;....

definitief van deze lezing van het bestanddeel af te stappen. In een tweetal arresten heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat voor het vervullen van delictsbestanddeel ‘ter bedrieglijke verkorting’ zogenoemd *voorwaardelijk opzet volstaat; het bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat door de gedraging schuldeisers benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden*. (Zie Hoge Raad 11 mei 2010, LJN: BL7662 en Hoge Raad 9 februari 2010, NJ 2010, 104) (...) Voorgesteld wordt mede in het licht van deze jurisprudentiële ontwikkelingen, in de nieuwe formulering van artikel 341 Sr te kiezen voor een andere meer gebruikelijke formulering van het subjectieve bestanddeel – ‘wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld’. Daardoor wordt ook in de wettekst duidelijk tot uitdrukking gebracht dat dit subjectieve bestanddeel tevens voorwaardelijk opzet omvat.” (cursivering GCV)

In de vergelijking "bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat door de gedraging schuldeisers benadeeld worden" met "dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien" dan wel met "wist of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden" rijst de vraag: zijn dit inhoudelijk verschillende bewustheidsgradaties van de bestuurder en zo ja, waarin zijn deze verschillen gelegen of is er eigenlijk sprake van één norm? Meer specifiek: wordt onder "het intentionele karakter van de benadeling" ook voorwaardelijk opzet begrepen? Het lijkt raadzaam dat hierover meer duidelijkheid wordt geschapen.

Tot slot merkt de Gecombineerde Commissie op, dat nu voor de toepassing van dit artikellid sub b vernietiging door de rechter een voorwaarde is, de curator bij een geringe boedel wellicht geneigd zal zijn deze stap niet te zetten.

- Art. 106a lid 1 sub d:

Een vereiste is dat de bestuurder een persoonlijk verwijt treft van het faillissement van de rechtspersoon waar hij bij betrokken was. De Gecombineerde Commissie meent dat deze bepaling expliciet zou moeten bepalen dat het verwijt bij onherroepelijk geworden uitspraak gegrond is bevonden. Verder lijkt de tekst te suggereren dat bij eerdere betrokkenheid bij twee faillissementen (onduidelijk is of voor beide faillissementen de eerdergenoemde verwijtbaarheid nodig is), een derde faillissement, waar de persoon bestuurder is, ongeacht de verwijtbaarheid voldoende is voor het bestuursverbod. Is dat de bedoeling of dient ook voor het derde faillissement de verwijtbaarheid aanwezig te zijn?

- Art. 106a lid 2 vindt de Gecombineerde Commissie wat onduidelijk geformuleerd. Volgens de MvT gaat het over toepassing van art. 2:11 BW. Wellicht kan de verduidelijking daar in bestaan dat tot uitdrukking wordt gebracht dat het slechts gaat om een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:3 BW die bestuurder is van een in art. 2:3 BW genoemde rechtspersoon.

- Art. 106b lid 1: De Gecombineerde Commissie meent dat zou moeten worden toegevoegd na "een bestuurder": "of een persoon als bedoeld in art 106a lid 4". Verder vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of de laatste zin van dit lid – de nietigheid van de benoeming – in alle gevallen van dwingend recht is, althans voor de niet bij de procedure betrokken rechtspersonen, waar de persoon na de uitspraak bedoeld in de eerste zin benoemd

zou worden. Dit hangt kennelijk af van de precieze inhoud van de uitspraak, gelet op de passage in de MvT op pagina 25, waar men leest dat de rechter blijkbaar kan bepalen dat voor betrokkene ruimte wordt gelaten "om bestuurder te worden" van bepaalde niet-commerciële rechtspersonen waarbij het openbaar belang doorgaans niet in het geding is. De Gecombineerde Commissie meent dat indien de mogelijkheid van een dergelijke partiële ontheffing beoogd is, zulks uit de wettekst zou moeten blijken. De rechterlijke vrijheid van lid 2 lijkt slechts te zien op: "bij de procedure betrokken rechtspersonen". De in de MvT bedoelde partiële ontheffing valt – zonder nadere toelichting, die ontbreekt, ook niet onder het regelen van de "overige gevolgen" van lid 4.

- Art. 106b lid 2: het bestuursverbod vormt een beletsel voor uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris bij betrokken rechtspersonen. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af waarom niet wordt bepaald dat als een bestuursverbod onherroepelijk wordt uitgesproken de persoon bij die andere bij de procedure betrokken rechtspersonen meteen van rechtswege defungeert uit zijn functie van statutair bestuurder of commissaris? De Gecombineerde Commissie laat hierbij de arbeidsrechtelijke gevolgen onbesproken.
- Art. 106b lid 3, Geldt de uitschrijving van de bestuurder alleen voor de rechtspersoon die failliet is gegaan of voor al zijn functies, ook voor de bij de procedure betrokken rechtspersonen en ook voor niet statutaire functies, zoals de algemene volmacht (zie hiervoor) of als procuratiehouder?
- Art. 106b lid 5 bepaalt dat de rechtbank ter naleving van haar uitspraak een dwangsom kan opleggen. Nieuwe benoemingen zijn echter nietig, aldus lid 1. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af waarom dan nog een dwangsom nodig is. De Gecombineerde Commissie ziet hiervoor meer ruimte bij een feitelijke beleidsbepaler, die in weerwil van het verbod als zodanig optreedt en daarmee dan het verbod van art. 106d lid 1 schendt. Hoort de bepaling niet in dat artikel thuis?
- Art. 106c lid 1: Uiteraard werkt de voorgestelde regeling slechts indien het handelsregister in staat is een lijst te geven van alle vennootschappen waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is, dan wel, met het oog op art 106a lid 1 sub d waar hij staat ingeschreven als eigenaar van een onderneming (eenmanszaak/vof). Met het oog op de toepassing van art. 106a lid 1 en de inschatting die de curator moet maken, lijkt het handig dat ook voor het verleden (althans na de inwerkingtreding van deze wet) op naam in het handelsregister kan worden gezocht, teneinde een lijst te krijgen waaruit ook blijkt bij welke art. 2:3 BW rechtspersonen de betrokkenen bestuurder of commissaris was. Deze mogelijkheid zal dan ook in de (Handelsregister)wet moeten worden opgenomen.
- Art. 106c lid 2: Uit de wet blijkt niet wat er gebeurt als (per ongeluk) niet alle rechtspersonen worden opgeroepen omdat niet alle uittreksels worden overgelegd. Wat is dan de status van de bestuurder waarvoor het verbod wordt gevraagd ten opzichte van die andere, niet opgeroepen rechtspersonen? De MvT op pagina 25 is hier enigszins onduidelijk over. Uit het gebruik van "voorwaarde" lijkt te volgen dat een rechtspersoon die niet in de gelegenheid is gesteld haar zienswijze kenbaar te maken niet kan worden getroffen. Eenzelfde vraag kan gesteld worden in het kader van benoemingen die plaats vinden hangende de procedure, maar voor de definitieve uitspraak. Ook deze rechtspersonen zijn niet in de procedure betrokken.

- Art. 106c lid 3: na "commissaris" zou moeten worden ingevoegd, "zo er een raad van commissarissen is ingesteld bij deze rechtspersoon" (of met het oog op toekomstige wetgeving: toezichthoudend orgaan en lid van een toezichthoudend orgaan).
- Art. 106c lid 4: volgens de MvT is de schorsing beperkt tot "gedurende het geding". Dit zou ook in deze bepaling opgenomen moeten worden.
- Art. 106d lid 1 bepaalt dat de feitelijke beleidsbepaler voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c als bestuurder wordt aangemerkt. Het zal in de praktijk niet altijd makkelijk zijn om dit ook daadwerkelijk toe te passen. Anders dan bij de statutaire bestuurder zal eerst het zijn van feitelijk beleidsbepaler bij andere rechtspersonen dan die bedoeld in artikel 106a aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden vastgesteld, waarschijnlijk in een afzonderlijke procedure. Daarna kan het verbod eventueel kracht worden bijgezet met de eerder genoemde dwangsom. De opmerking in de MvT op pagina 30: "De hier voorgestelde gelijkstelling tussen statutair en feitelijk bestuurder betekent tevens dat een bestuursverbod kan meebrengen dat iemand ook geen feitelijk bestuurder meer *kan* worden" lijkt vooral een "*leap of faith*". Het kan wel, maar het mag niet. Overigens vraagt de Gecombineerde Commissie zich af hoe de volgende opmerking in de MvT, p. 30 moet worden geïnterpreteerd:

"Niettemin is onder omstandigheden denkbaar dat een aandeelhouder feitelijk het beleid bepaalt. Daarbij is bijvoorbeeld van belang hoe de uit de aandelen voortvloeiende zeggenschap wordt aangewend. Zo zal een enig aandeelhouder die het bestuur ontslaat en benoemt en actief gebruik maakt van zijn instructierecht sneller als feitelijk beleidsbepaler worden aangemerkt dan een minderheidsaandeelhouder die zich niet actief inlaat met het beleid van het bestuur."

Meent de minister dat in een dergelijk geval de enig aandeelhouder de facto als feitelijk beleidsbepaler moet worden aangemerkt of hangt dat af van de verdere omstandigheden van het geval en wat zijn de consequenties voor de enig aandeelhouder als hij wel als feitelijk beleidsbepaler wordt aangemerkt? Mag hij dan bijvoorbeeld nog wel gebruik maken van zijn stemrecht?

- Art. 106 e: De bepaling zoals deze nu is geformuleerd zou gelezen kunnen worden in de zin dat art 106a niet alleen van toepassing is op bestuurders, maar ook op commissarissen van de daar genoemde rechtspersonen. Dat lijkt niet de bedoeling. Voor die commissarissen zouden alleen de artikelen 106b, 106c en 106d lid 2 dienen te gelden.

Den Haag, 23 oktober 2014