

# JBN 2015(4) 19 Civielrechtelijk bestuursverbod

24-04-2015

Auteur(s): Bosse, W.

*In wetsvoorstel 34 011 tot Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod) wordt aan de curator de bevoegdheid gegeven om een bestuursverbod op te leggen aan een bestuurder van een failliete rechtspersoon. Of hiervan in de praktijk gebruik zal worden gemaakt, is zeer de vraag.*

## 1. Inleiding

Naast het reeds bestaande strafrechtelijk bestuursverbod (artikel 28 lid 1 Wetboek van Strafrecht (Sr), artikelen 194 Sr, 235 Sr en 349 Sr), zal een civielrechtelijk bestuursverbod worden ingevoerd ingevolge wetsvoorstel 34011, Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod). Het civielrechtelijk bestuursverbod heeft ten opzichte van het strafrechtelijk beroepsverbod volgens de minister een belangrijke toegevoegde waarde. Het biedt de mogelijkheid om in geval van faillissement snel passende maatregelen te nemen jegens bestuurders die verwijtbaar hebben gehandeld; een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden verzocht of gevorderd ook onafhankelijk van de vraag of misstanden rond een faillissement uiteindelijk aanleiding geven tot strafrechtelijke vervolging, bijvoorbeeld wegens oplichting, bedrieglijke bankbreuk, verduistering of valsheid in geschrifte (*Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3, p. 4 (memorie van toelichting (MvT))*).

Het doel van het civielrechtelijk bestuursverbod is om faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement effectiever te kunnen bestrijden en om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten (*Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3, p. 1 (MvT)*).

Dit wetsvoorstel is een van drie pijlers van het wetgevingsprogramma 'Herijking van het faillissementsrecht' dat zich richt op de verbetering van de bestrijding van faillissementsfraude. De twee andere wetsvoorstellen van de pijler fraudebestrijding zijn: een wetsvoorstel tot versterking van de positie van de curator en een voorstel tot herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht.

Een analyse van de bestrijding van faillissementsfraude in de praktijk en de knelpunten die zich daarin voordoen (C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude, waar een wil is...* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 9-24) wijst onder meer uit dat signalen van fraude om diverse redenen vaak niet door de curator, noch door de opsporing worden opgepakt. Verbetering van de wettelijke regeling moet volgens de wetgever eraan bijdragen dat dit in het vervolg wél kan en zal gebeuren. Zo wordt uitdrukkelijk in de wet opgenomen dat de curator de opdracht heeft te onderzoeken of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt of het tekort in het faillissement hebben vergroot (in het wetsvoorstel tot versterking van de positie van de curator). De curator krijgt tevens voldoende bevoegdheden om deze opdracht uit te voeren. Een van deze bevoegdheden – die naast de curator ook toekomt aan de officier van justitie – richt zich op het kunnen weren van personen die betrokken zijn bij frauduleuze faillissementen uit bestuursfuncties van ondernemingen, via het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod (*Kamerstukken II 2013/14, 33994, p. 3 (MvT)*). Het civielrechtelijk bestuursverbod geldt voor de in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersonen.

## 2. Het opleggen van civielrechtelijk bestuursverbod

Bij stichtingen bestaat al de mogelijkheid tot het instellen van een bestuursverbod gedurende een periode van vijf jaar voor door de rechtbank ontslagen bestuurders wegens financieel wanbeheer of een doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten (artikel 2:298 lid 3 BW). Dit verbod is echter anders van aard dan de nu voorgestelde regeling, omdat de gronden voor de rechtvaardiging van het bestuursverbod bij stichtingen niet specifiek faillissementsgerelateerd zijn. Voorts is het bestuursverbod in het stichtingenrecht beperkter dan het nu voorgestelde bestuursverbod, omdat artikel 2:298 lid 3 BW specifiek het verbod behelst om bestuurder van een stichting te worden. Daarentegen ziet het nu voorgestelde civielrechtelijke bestuursverbod op bestuurders van alle rechtspersonen, en leidt de oplegging ervan ertoe dat iemand noch commissaris noch (on)middelrijk bestuurder van welke rechtspersoon dan ook kan worden.

Het civielrechtelijk bestuursverbod zal een plaats krijgen in de Faillissementswet (Fw). Het wetsvoorstel introduceert vijf nieuwe artikelen (artikel 106-106e Fw) in titel 1.4 ('Van de voorzieningen na faillietverklaring en van het beheer des curators').

Een civielrechtelijk bestuursverbod kan uitsluitend worden opgelegd nadat een faillissement van de rechtspersoon is uitgesproken (artikel 106a Fw). Bovendien kan een verbod alleen worden opgelegd ter zake van gedragingen die hebben plaatsgevonden in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement of die de afwikkeling van het faillissement frustreren.

Lid 1 van artikel 106a Fw geeft een limitatieve opsomming van de vijf gronden voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod:

- a. door de rechter is bij onherroepelijk geworden uitspraak geoordeeld dat hij voor zijn handelen of nalaten bij die rechtspersoon aansprakelijk is, als bedoeld in de artikelen 2:138 of 2:248 BW;
- b. de bestuurder heeft doelbewust namens de rechtspersoon rechtshandelingen verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en die overeenkomstig de artikelen 42 Fw of 47 Fw bij onherroepelijk geworden uitspraak door de rechter zijn vernietigd;
- c. de bestuurder is, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen, bedoeld in deze wet, jegens de curator;

- d. de bestuurder was, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ten minste tweemaal eerder betrokken bij een faillissement van een rechtspersoon en hem treft daarvan een persoonlijk verwijt; of
- e. aan de rechtspersoon of de bestuurder ervan is een boete opgelegd wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd en deze beschikking is onherroepelijk.

Het bestuursverbod kan worden opgelegd aan een bestuurder van een failliete rechtspersoon. Indien sprake is van een rechtspersoon die bestuurder is, kan een bestuursverbod ook worden opgelegd aan de natuurlijke persoon die indirect bestuurder van de failliete rechtspersoon is (artikel 106a lid 2 Fw). Een bestuursverbod kan verder worden opgelegd aan een natuurlijk persoon die handelt in beroep of bedrijf (artikel 106a lid 4 Fw) en aan degene die het beleid van een rechtspersoon heeft bepaald als ware hij bestuurder (artikel 106d Fw).

De curator is de eerst aangewezen om een bestuursverbod te vorderen. Voor het voeren van de procedure tot het opleggen van een bestuursverbod is een machtiging van de rechter-commissaris vereist (artikel 68 Fw).

Daarnaast krijgt het openbaar ministerie de zelfstandige bevoegdheid om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Deze bevoegdheid is bedoeld om te worden ingezet in die specifieke gevallen waarin het algemeen belang in het geding is. Te denken valt aan seriële beroepsfraudeurs die met repeterende faillissementen een grote maatschappelijke schade veroorzaken. Artikel 106a lid 1 Fw kent twee gronden die in de praktijk voor het openbaar ministerie vooral van belang zijn: het bestaan van repeterende faillissementen of van fiscale vergrijpboetes (onderdelen d en e) (*Kamerstukken II, 2013/14, 33994, p. 4 (MvT)*).

De rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod aanhangig is, kan de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het openbaar ministerie of op vordering van de curator schorsen en zo nodig voorzien in de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen. De schorsing of de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen wordt, voor de duur van de schorsing of tijdelijke aanstelling, ingeschreven in het Handelsregister.

### 3. Civielrechtelijke gevolgen van het bestuursverbod

De kembepaling van het civielrechtelijk bestuursverbod is artikel 106b Fw, waarvan lid 1 luidt:

*“1. Een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd, kan gedurende vijfjaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald, niet tot bestuurder of commissaris van een in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersoon worden benoemd. Een benoeming tot bestuurder of commissaris in weerwil van een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod is nietig.”*

Bijkomend gevolg van de wettelijke belemmering om te fungeren als bestuurder, is dat de betrokken bestuurder niet langer de rechtspersoon – als bestuurder – kan vertegenwoordigen. Dit rechtsgevolg kan ook implicaties hebben voor andere rechtspersonen dan de failliete rechtspersoon waar de betrokkene bestuurder is. Deze rechtspersonen zullen daarom op grond van het voorgestelde artikel 106c lid 2 Fw in de gelegenheid worden gesteld om in de procedure hun zienswijze naar voren te brengen over het gevorderde bestuursverbod.

Een belangrijk gevolg is verder dat de bestuurder niet opnieuw tot bestuurder kan worden benoemd. Wordt in strijd hiermee gehandeld, dan is een besluit tot benoeming van een bestuurder of commissaris op grond van het voorgestelde artikel 106b lid 1 Fw nietig. Doordat het bestuursverbod zal worden geregistreerd (zie hierna, paragraaf 6), 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. Hiertoe zal het Handelsregisterbesluit 2008 worden aangevuld met nieuwe weigeringsgronden voor inschrijving. Het voorgaande betekent ook dat een persoon met een bestuursverbod niet in de akte van de oprichting als bestuurder kan worden benoemd.

Verder kent het bestuursverbod als gevolg dat de betrokkene niet tot commissaris kan worden benoemd. Dat gevolg voorkomt de paradoxale situatie dat iemand, die zelf geen bestuurder mag zijn, wel toezicht mag houden op het bestuur. Bovendien wordt voorkomen dat de betrokkene vanuit de functie van commissaris alsnog aanzienlijke invloed heeft op het door het bestuur te voeren beleid.

Het verbod is toegespitst op het besturen van rechtspersonen. Het betreft geen algeheel verbod om te ondernemen of een verbod op aandeelhouderschap. Dit betekent onder meer dat een persoon aan wie een bestuursverbod is opgelegd nog wel een eenmanszaak met persoonlijke aansprakelijkheid mag drijven. Zou ook deze vorm van economische activiteit worden verboden, dan zou volgens de minister sprake zijn van onverenigbaarheid met het proportionaliteitsbeginsel, omdat het bestuursverbod dan niet beperkt zou zijn tot bestuursfuncties, maar de facto zou neerkomen op een totaal ondernemingsverbod. En daarmee zou betrokkene wel heel veel mogelijkheden worden ontnomen om in zijn onderhoud te voorzien (*Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3, p. 4-5 (MvT)*).

### 4. Handhaving

In de eerste plaats zullen de notaris en de Kamer van Koophandel in de handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod een rol hebben. Zij mogen niet meewerken aan de oprichting en inschrijving van een rechtspersoon waarin een bestuurder wordt benoemd die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen. Verder moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat een frauduleus iemand formeel niet, maar de facto wel leiding gaat geven aan een rechtspersoon. Om te voorkomen dat een opgelegd bestuursverbod zo kan worden onzeild, bijvoorbeeld door constructies met stromannen waarin de rechtspersoon feitelijk door iemand anders wordt bestuurd, is het van belang dat ook aan personen die het beleid bepalen als waren zij bestuurders een bestuursverbod kan worden opgelegd (vgl. het voorgestelde artikel 106a lid 1 Fw).

Voortzetting van de gewraakte bedrijfsactiviteiten via feitelijk bestuurderschap van een andere of nieuwe rechtspersoon kan worden tegengegaan door de mogelijkheid van de oplegging van een dwangsom (aldus het voorgestelde artikel 106b lid 5 Fw).

Ook de inschrijving van buitenlandse rechtspersonen zal straks door de Kamer van Koophandel worden geweigerd, als blijkt dat deze rechtspersoon door iemand wordt bestuurd aan wie in Nederland een bestuursverbod is opgelegd. Volgens het Nederlands internationaal privaatrecht wordt bij de oprichting van een rechtspersoon gekeken naar de benoembaarheid van de bestuurders volgens het recht van het land waar de rechtspersoon wordt opgericht. Wanneer een buitenlandse rechtspersoon echter in Nederland actief wil zijn, zal zij zich moeten inschrijven in het Handelsregister bij de Kamer van Koophandel. Blijkt een bestuurder in Nederland een bestuursverbod te hebben, dan zal die inschrijving in de toekomst worden geweigerd. Hiertoe zal het Handelsregisterbesluit 2008 worden aangepast (*Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3, p. 6 (MvT)*).

## 5. Registratie van bestuursverboden

De registratie van bestuursverboden bij het Handelsregister is voorzien in het voorgestelde artikel 106b lid 3 Fw. Met de voorziene registratie bij het Handelsregister vormt de Handelsregisterwet het formeel-wettelijke kader voor de opslag, verwerking, verstrekking en verwijdering van persoonsgegevens alsmede voor privacyaspecten. De benodigde aanpassingen van de Handelsregisterwet zullen worden meegenomen bij de wijziging van de Handelsregisterwet in verband met de instelling van een centraal aandeelhoudersregister (*Kamerstukken II 2012/13, 32608, nr. 5*). Daarnaast is nog nadere uitwerking in het Handelsregisterbesluit 2008 nodig. Daarbij zal het College bescherming persoonsgegevens worden betrokken (*Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3, p. 7 (MvT)*).

## 6. Evaluatie

In vrijwel alle reacties op het voorstel wordt opgemerkt dat het initiëren van een bestuursverbod niet past bij de taken die de curator heeft te vervullen, omdat niet valt in te zien welk belang 'de boedel' en de gezamenlijke schuldeisers daarbij hebben (zie de literatuurverwijzingen in noot 1 van: F.E. Keizer en M.L. Lennarts, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: geen medicijn maar een placebo', in: D. Busch e.a., *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2014, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 124).

Het bestuursverbod is toekomstgericht, maar zal de bij het faillissement betrokken partijen verder niets opleveren. Integendeel zelfs: de curator die deze nieuwe taak op zich neemt, zal vooral kosten maken. Dit oogt geenszins aantrekkelijk en de vraag is dan ook waarom het initiëren van een bestuursverbod niet aan het Openbaar Ministerie kan worden overgelaten. Maar wie onder fraude ook civielrechtelijk onrechtmatig, onbehoorlijk of anderszins ongewenst gedrag begrijpt, zedelt het Openbaar Ministerie op met een begrippenkader waarmee deze organisatie niet vertrouwd is. Het Openbaar Ministerie kan daar weinig mee en de door hem aangestuurde opsporingsambtenaren kunnen daar nog minder mee: zij werken met strafrechtelijke begrippen in een strafrechtelijke omgeving (D.R. Doorenbos, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel', *AA 2014*, p. 22-23).

De praktische bezwaren aan de effectivering van een bestuursverbod door de curator brengen Keizer en Lennarts in hun bovengenoemde bijdrage aan het preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2014, p. 125, zelfs tot het advies om dit wetsvoorstel in te trekken.

*W. Bosse*

Copyright 2019 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.