

Ministerie van Veiligheid en Justitie

> Retouradres Postbus 20301 2500 EH Den Haag

Aan de Koning

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/venj

T 070 370 79 11

Ons kenmerk
545165

*Bij beantwoording de datum
en ons kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.*

Datum 27 augustus 2014
Onderwerp Nader rapport inzake het wetsvoorstel tot invoering van een
civielrechtelijk bestuursverbod

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 13 november 2013, nr. 2013002322, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 24 januari 2014, nr. W03.13.0401/II, bied ik U hierbij aan. Het voorstel geeft de Afdeling advisering aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

1. Doel van het voorstel

De Afdeling constateert dat in het wetsvoorstel en in de toelichting de noties faillissementsfraude en kennelijk onbehoorlijke taakvervulling of wanbeheer in de aanloop naar een faillissement soms door elkaar worden gebruikt, hoewel het verschillende en elkaar niet volledig overlappende begrippen zijn. Daardoor bestaat er, aldus de Afdeling, een discrepantie tussen de doelstelling van het wetsvoorstel, zoals geformuleerd in de toelichting, en de wettekst zelf.

Terecht merkt de Afdeling op dat beoogd is om aan het wetsvoorstel een breder bereik te geven dan de enkele bestrijding van faillissementsfraude. Het gaat ook om de bestrijding van aperte onregelmatigheden in of rondom een faillissement, zoals ernstige tegenwerking van de curator, faillissementsrecidive en de benadeling van crediteuren voorafgaand aan een faillissement. Tegen deze achtergrond wordt het begrip faillissementsfraude gebruikt als een specifieke exponent van de bredere noties kennelijk onbehoorlijke taakvervulling of wanbeheer in faillissementsgerelateerde situaties. De toelichting is op dit punt nader verduidelijkt.

2. Rol van de curator; conflicterende belangen

Onder verwijzing naar het feit dat de primaire taak van de curator op grond van de Faillissementswet (Fw) het beheer en de vereffening is van de failliete boedel (artikel 68 lid 1 Fw) in het belang van de crediteuren van de failliete onderneming, merkt de Afdeling op dat de nu voorgestelde bevoegdheid van de curator om bij de rechter een bestuursverbod te vragen een aanmerkelijke verbreding van de taak van de curator betekent. Naar het oordeel van de Afdeling

wordt hiermee het belang van schuldeisers in het betrokken faillissement niet gediend, en zijn belangenconflicten denkbaar. Ook kan een procedure tot vordering van een bestuursverbod leiden tot hogere lasten voor de boedel, zonder dat in de toelichting –aldus de Afdeling- concreet wordt ingegaan op het kostenaspect voor de curator. Ten slotte vraagt de Afdeling zich af of een curator aansprakelijk zou kunnen worden gesteld door derden voor schade die zij door een faillissement lijden, in geval de curator in een eerder faillissement met betrokkenheid van dezelfde bestuurder ondanks de mogelijkheid daartoe geen bestuursverbod heeft gevorderd.

Inderdaad betekent het onderhavige wetsvoorstel een verbreding van de taak van de curator. Anno 2014 acht de regering een dergelijke verbreding ten bate van faillissementsfraudebestrijding en het tegengaan van onregelmatigheden in en rondom een faillissement vanuit rechtspolitieke overwegingen voor de hand liggend. Het is immers de curator die als eerste en daarmee beste kan beoordelen of er al dan niet sprake is of kan zijn van een frauduleus faillissement. Het gaat in dit tijdsgewricht niet aan zijn wetenschap en expertise onbenut te laten of hem vorderingsmogelijkheden ter bestrijding hiervan te ontzeggen. De curator mag bovendien, zoals de Afdeling terecht opmerkt, naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ook zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard in zijn afwegingen betrekken (HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*) en HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou*). Onder dit dynamische begrip kunnen niet alleen de continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid, maar ook de sanctie van ernstige onregelmatigheden in of rondom een faillissement worden gebracht. Het risico van potentieel conflicterende belangen wordt ondervangen door het toezicht van de rechter-commissaris op de curator. Over een schikking met de betrokken bestuurder waarbij wordt afgezien van een verzoek tot het instellen van een bestuursverbod is de curator verantwoordelijk verschuldigd aan de rechter-commissaris. Overweegt de curator daarentegen een dergelijke actie juist wel in te stellen, dan heeft hij daartoe de voorafgaande toestemming nodig van de rechter-commissaris (artikelen 64 en 73a Fw respectievelijk artikel 68 Fw). Het is daarbij de taak van de rechter-commissaris en de rechtbank om het beleid van de curator in volle omvang te toetsen (Hoge Raad 10 mei 1985, NJ 1985/793). Ontbreekt de voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris tot het instellen van een actie ex art. 106a Fw, dan kan dat leiden tot aansprakelijkheid van de curator jegens de gefailleerde en de schuldeisers (art. 72 lid 1 Fw). Omgekeerd ligt het niet voor de hand om de curator aansprakelijk te achten voor de eventuele nadelige consequenties van het niet instellen van een bestuursverbodvordering. Het is en blijft immers de betreffende bestuurder van de failliete onderneming die verantwoordelijk is voor de insolventie, de eventuele (ernstige) onregelmatigheden daarbij en de daardoor aan derden toegebrachte schade. Het gaat niet aan die verantwoordelijkheid af te wentelen op de curator, die geen rechtsplicht heeft tot het instellen van een actie op grond van het voorgestelde artikel 106a Fw. Dit laatste aspect is in de toelichting verduidelijkt.

Ten aanzien van de belangen van schuldeisers zij het volgende opgemerkt. Drie van de in artikel 106a lid 1 Fw genoemde gronden voor de oplegging van een bestuursverbod hebben direct betrekking op de positie van de crediteuren in het betrokken faillissement, t.w. de aanwezigheid van bestuurdersaansprakelijkheid (onderdeel a), de paulianeuze benadeling van schuldeisers (onderdeel b) en manifeste tegenwerking van de curator (onderdeel c). Zij kunnen er concreet belang bij hebben dat daartegen door de curator ook specifiek met een vordering tot instelling van een bestuursverbod kan worden opgetreden. Verder zijn er de nodige signalen dat schuldeisers vaak met opeenvolgende of samenhangende

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum
27 augustus 2014

Ons kenmerk
545165

frauduleuze faillissementen van dezelfde (feitelijke) bestuurder worden geconfronteerd. Zij kunnen ook om die reden een concreet belang bij de oplegging van een bestuursverbod hebben. Daarnaast hebben schuldeisers er in meer algemene zin belang bij dat malafide bestuurders een tijdelijk bestuursverbod kunnen krijgen. Van het bestuursverbod kan een opschonende en preventieve werking uitgaan. Bovendien draagt het bij aan een eerlijk handelsklimaat en de bestrijding van toekomstige faillissementsfraude door dezelfde bestuurder. Gelet op dit alles is het niet onredelijk om de kosten van een vordering ex artikel 106a Fw ten laste van een batige boedel te brengen. Dat geldt te meer, als wordt bedacht dat de betrokken vordering in de praktijk vaak gecombineerd zal worden met een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de artikelen 2:138 of 2:248 BW, waardoor de extra kosten van een verzoek tot oplegging van een bestuursverbod naar verwachting zeer gering zullen zijn. Ten slotte zal de rechter-commissaris bij zijn beslissing over de al dan niet toestemming om een actie ex art. 106a Fw in te stellen meewegen of de curator een juiste afweging heeft gemaakt tussen, enerzijds, de kosten en de belangen die met de vordering van een bestuursverbod zijn gemoeid en, anderzijds, het belang van boedelmaximalisatie ten bate van de gezamenlijke schuldeisers (art. 68 Fw). Voor het door de Afdeling aangestipte kostenaspect zij overigens verwezen naar de geactualiseerde paragrafen 8 (g) en 9 van de toelichting.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum
27 augustus 2014

Ons kenmerk
545165

3. Beoordeling door de rechter

De Afdeling merkt op dat onvoldoende duidelijk blijkt welke criteria de rechter zou moeten hanteren bij de beantwoording van de vraag of, als aan een of meer van de gronden opgenomen in het voorgestelde artikel 106a lid 1 Fw is voldaan, een bestuursverbod gerechtvaardigd kan zijn, en adviseert om de rechter ter zake nadere aanknopingspunten te bieden.

De regering onderkent de meerwaarde hiervan. De toelichting bij het voorgestelde artikel 106a lid 1 Fw is daartoe verduidelijkt. Factoren die de rechter kan meewegen bij zijn besluit om al dan niet een bestuursverbod op te leggen, of om de duur ervan te bepalen, zijn bijvoorbeeld: de aard van de gedragingen die aanleiding hebben gevormd voor vaststelling van de bestuurdersaansprakelijkheid (artikelen 2:138/248 BW), de wijze waarop en de mate waarin de crediteuren zijn benadeeld, de vraag of er al dan niet al sprake is van een nog lopend bestuursverbod als gevolg van een ontslag van een stichtingsbestuurder op last van de rechter (artikel 2:298 lid 3 BW), de duur van een eventuele schorsing gedurende het geding (art. 106c leden 4 en 5 Fw), de wijze waarop, de regelmaat waarmee en de mate waarin de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator zijn geschonden, de vraag of er na de oplegging van een bestuursverbod mogelijk sprake zal zijn van rechtspersonen die over onvoldoende middelen beschikken om langdurig een tijdelijk aangestelde bestuurder te kunnen betalen evenals de ernst van de sociale, economische en/of maatschappelijke gevolgen van repeterende faillissementen. In deze illustratieve lijst komt tot uitdrukking dat de rechter rekening moet houden met alle omstandigheden van het concrete geval. De proportionaliteit van de maatregel wordt hiermee gewaarborgd.

4. Bestuursverbod voor een groot- of enig aandeelhouder

De Afdeling vraagt naar aanleiding van het voorgestelde artikel 106d Fw aandacht voor de mogelijke beperking van de uitoefening van de aan het

aandeelhouderschap verbonden rechten als sprake is van de oplegging van een bestuursverbod aan een groot- of enig aandeelhouder die weliswaar geen bestuursfunctie vervult, maar wel feitelijk doorzettingmacht heeft. De Afdeling vraagt om een nadere afweging van de eventuele consequenties voor het ongestoorde eigendomsgenot in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

Ingevolge artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM heeft de Staat het recht om de wetten toe te passen die het noodzakelijk acht om het gebruik van eigendom te reguleren uit hoofde van het algemeen belang. Het bestuursverbod voor een groot- of enig aandeelhouder ziet niet op ontneming, maar op regulering van eigendom, en is in overeenstemming met het algemeen belang. Het beoogde +civielrechtelijke bestuursverbod zou namelijk ernstig aan effectiviteit inboeten als het eenvoudig zou kunnen worden omzeild door in een bestaande of nieuwe onderneming geen statutair bestuurder te worden, maar een groot- of enig aandeelhouder die zich vervolgens gedraagt als ware hij feitelijk bestuurder. Het aangrijpingspunt is hierbij niet het loutere aandeelhouderschap, maar het feit dat dat kan worden aangewend om via een feitelijk bestuurderschap een opgelegd bestuursverbod te omzeilen. Het voorgestelde artikel 106d Fw strekt ertoe dit te voorkomen voor alle gevallen van feitelijk leiding geven, ongeacht of daaraan al dan niet een groot- of enig aandeelhouderschap ten grondslag ligt. Dat brengt voor degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd uiteraard de nodige (tijdelijke) beperkingen met zich mee. Dat is juist de *raison d'être* van een bestuursverbod. Door voldoende ruimte te laten voor het aandeelhouderschap, maar tegelijk te bepalen dat dit in het individuele geval niet mag worden uitgeoefend op een wijze die ertoe leidt dat een opgelegd bestuursverbod wordt omzeild, wordt op proportionele wijze een legitiem doel gediend. Daarmee is een 'fair balance' gevonden tussen algemene en individuele belangen (vgl. bijv. EHRM 21 oktober 2010, *Benet Czech, Spol. S.R.O./Tsjechië* (appl. No. 31555/05), par. 35) en wordt recht gedaan aan artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De toelichting bij het voorgestelde artikel 106d Fw is in deze zin aangevuld.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum
27 augustus 2014

Ons kenmerk
545165

5. Privacy

Ten aanzien van de privacyaspecten die zijn verbonden aan de opname van een bestuursverbod (art. 106b lid 3 Fw) en de schorsing of tijdelijke aanstelling van een bestuurder (art. 106c lid 6 Fw) in een centraal register maakt de Afdeling een aantal kanttekeningen. Allereerst adviseert de Afdeling een rechtvaardiging te geven voor de hiermee gemoeide inbreuk op de persoonlijke levenssfeer in het licht van de artikelen 10 Grondwet en 8 EVRM. Verder acht de Afdeling het, mede gelet op artikel 10 Grondwet, van belang dat de belangrijkste elementen van een regeling, zoals bewaartermijnen, de inrichting en de toegankelijkheid van het register evenals regels inzake schoning, op het niveau van de wet in formele zin worden geregeld. Ten slotte meent de Afdeling dat de doelbinding voor de verwerking van persoonsgegevens ontbreekt, en wordt gevraagd naar de noodzaak van een register dat breder toegankelijk is dan nodig voor met name de toezichthoudende rol van de notaris en de Kamer van Koophandel.

Transparantie is een belangrijke waarborg voor een effectieve handhaving van het bestuursverbod. Een registratie van opgelegde bestuursverboden is daarvoor van groot belang. Zo is het voor bijvoorbeeld de Kamer van Koophandel en de notaris van belang om te kunnen weten wie voor hoe lang een bestuursverbod heeft opgelegd gekregen. Alleen op die wijze kan immers worden voorkomen dat iemand met een bestuursverbod zich weer met een nieuw bedrijf of als

bestuurder bij een ander bedrijf laat inschrijven. Verder brengt de eerlijkheid van het handelsverkeer mee dat burgers en bedrijven in staat moeten zijn om na te gaan met wie men van doen heeft. Dat is onder andere van belang in die gevallen waarin mensen door derden, die wellicht kwalificeren als feitelijk bestuurder, worden benaderd om formeel bestuurder van een vennootschap te worden. Voor een juiste weging van een dergelijk verzoek moeten zij in staat worden gesteld om na te gaan of men al dan niet van doen heeft met iemand aan wie een bestuursverbod is opgelegd. Die registratie vormt een belangrijk instrument bij de bestrijding van faillissementsfraude, in het bijzonder van de zogenaamde 'katvangerproblematiek'. In die zin strekt registratie ook tot bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Het gaat bij deze aspecten van transparantie, effectieve handhaving van het bestuursverbod, bestrijding van faillissementsfraude en de katvangerproblematiek, de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en de eerlijkheid in het handelsverkeer, ieder voor zich en in onderlinge samenhang bezien, om zwaarwegende maatschappelijke belangen. Daarmee is de doelbinding bij de verwerking van persoonsgegevens, als bedoeld in artikel 7 van de Wet bescherming persoonsgegevens, gegeven en verzekerd. De genoemde overwegingen rechtvaardigen een inbreuk op de privacy van de betrokken bestuurder, waarbij moet worden bedacht dat het bij het bestuursverbod om een uitzonderlijke sanctie in uitzonderlijke gevallen gaat. Er moet, kortom, sprake zijn van evident wanbestuur door betrokkene.

Aan de eis van proportionaliteit wordt voldaan doordat het bestuursverbod slechts centraal raadpleegbaar zal worden geregistreerd voor de duur waarvoor het is opgelegd. Bijgevolg zal de registratie per definitie tijdelijk zijn. Voorwaarde is verder dat de uitspraak houdende oplegging van een bestuursverbod onherroepelijk moet zijn geworden. Daarmee wordt voorkomen dat iemand naar achteraf blijkt ten onrechte met een bestuursverbod bij het Handelsregister is opgenomen, omdat hij in hoger beroep alsnog in het gelijk is gesteld. Daardoor zou hij onnodig in zijn persoonlijke levenssfeer worden geschaad.

Gelet hierop zijn er legitieme en zwaarwegende redenen die de registratie van bestuursverboden rechtvaardigen, terwijl aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan doordat de opname tijdelijk is, nl. voor de duur van het verbod, en is beperkt tot die gevallen waarin het betrokken vonnis onherroepelijk is geworden. Omdat het voorgestelde artikel 106b lid 3 Fw een expliciete wettelijke basis biedt, is de registratie voorts voorzienbaar en kenbaar. Mitsdien is de registratie naar het oordeel van de regering gerechtvaardigd in het licht van de artikelen 10 Grondwet en 8 EVRM. Ook Zweden en het Verenigd Koninkrijk kennen overigens een registratie van bestuursverboden in een openbaar register. Omdat het Handelsregister in het dagelijkse handelsverkeer het leidende register voor alle betrokkenen is, ligt het voor de hand om bestuursverboden bij het Handelsregister te registreren. Derden moeten er op kunnen vertrouwen dat zij handelen met de bestuurder zoals die daar staat opgenomen.

Met de 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 die nu in voorbereiding is in verband met de instelling van een centraal aandeelhoudersregister (Kamerstukken II 2012/13, 32 608, nr. 5). Daarnaast is nog nadere uitwerking in het Handelsregisterbesluit 2008 nodig. Daarbij zal uiteraard het College bescherming persoonsgegevens worden betrokken.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum
27 augustus 2014

Ons kenmerk
545165

De toelichting is in deze zin aangevuld door invoeging van een nieuwe paragraaf zes.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

6. Overige opmerkingen

Datum
27 augustus 2014

De Afdeling adviseert de onderdelen a en e van het voorgestelde artikel 106a lid 1 Fw te relateren aan het faillissement van de rechtspersoon in het kader waarvan het bestuursverbod wordt gevorderd.

Ons kenmerk
545165

Dienovereenkomstig zijn de tekst van het wetsvoorstel en de artikelsgewijze toelichting aangepast. Verduidelijkt is dat het moet gaan om de aansprakelijkheid van een bestuurder "voor zijn handelen of nalaten bij die rechtspersoon" (onderdeel a) respectievelijk om een fiscale vergrijpboete die is opgelegd aan de betrokken rechtspersoon "of de bestuurder ervan".

Omdat de Afdeling verder niet aanstonds duidelijk is wat in het voorgestelde artikel 106a lid 1 onderdeel d Fw onder "betrokken" bij een faillissement moet worden volstaan, adviseert de Afdeling om deze bepaling toe te spitsen op een faillissement van de rechtspersoon waar de bestuursfunctie (on)middellijk wordt uitgeoefend, dan wel van de bestuurder als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

De woorden "betrokken bij" een faillissement zijn ingegeven door de omstandigheid dat het, in geval van een rechtspersoon, de betrokken rechtspersoon en niet de bestuurder qualitate qua is die failliet wordt verklaard. De artikelsgewijze toelichting is in de door de Afdeling voorgestane zin aangepast.

Ten slotte is, overeenkomstig het advies van de Afdeling, in het voorgestelde artikel 106a lid 1 onderdelen a en b Fw en de bijbehorende toelichting tot uitdrukking gebracht dat de daar genoemde gronden alleen de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen rechtvaardigen als de betrokken rechterlijke uitspraken onherroepelijk zijn geworden.

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn overgenomen. Tevens is de toelichting geactualiseerd en is van de gelegenheid gebruik gemaakt om het wetsvoorstel en de toelichting nader te verduidelijken naar aanleiding van de ontvangen adviezen van de Commissie vennootschapsrecht en van het College van Procureurs-Generaal.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Veiligheid en Justitie,

I.W. Opstelten