

COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

Datum: 8 januari 2014

De Minister van Veiligheid en Justitie
mr. I. W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Excellentie,

Graag doe ik u hierbij het advies van de Commissie vennootschapsrecht toekomen over de vennootschapsrechtelijke aspecten van het voorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod).

Het voorstel introduceert de mogelijkheid om bestuurders die faillissementsfraude plegen of zich schuldig hebben gemaakt aan wanbeheer in de aanloop naar een faillissement, langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Hiermee wordt beoogd om faillissementsfraude effectiever te kunnen bestrijden en om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten. Het voorstel vormt een aanvulling op bestaande toezichtinstrumenten en is preventief van aard.

De voorgestelde regeling strekt zich uit tot alle in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersonen – verenigingen, stichtingen, NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.

De rechter kan samengevat een bestuursverbod opleggen als een bestuurder aansprakelijk is gehouden als bedoeld in art. 2:138/248 BW, als de bestuurder doelbewust paulianeus heeft gehandeld, als hij ernstig tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator, als hij ten minste tweemaal eerder persoonlijk verwijtbaar betrokken is geweest bij een faillissement of als hem een boete wegens bepaalde fiscale vergrijpen is opgelegd. Het bestuursverbod geldt voor ten hoogste vijf jaar en vormt een beletsel voor het verkrijgen dan wel behouden van een functie als bestuurder of commissaris bij andere rechtspersonen. Het

bestuursverbod wordt ingeschreven in een centraal register en leidt tot uitschrijving van de bestuurder in het Handelsregister.

De Commissie maakt de volgende opmerkingen over het voorstel:

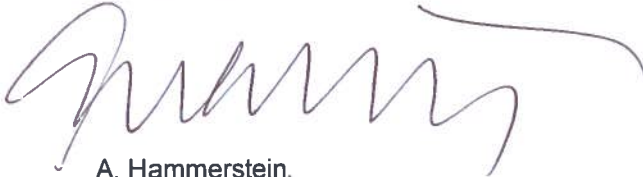
- Gegeven de strekking van het voorstel, kan de Commissie zich vinden in de keuze om het bestuursverbod neer te leggen in de Faillissementswet en om het openbaar ministerie en de curator de bevoegdheid toe te kennen om een bestuursverbod te vorderen of te verzoeken. De Commissie neemt aan dat de curator de rechter-commissaris zal betrekken bij de beoordeling of er voldoende aanleiding bestaat om een bestuursverbod te vorderen, waardoor ook wordt voorkomen dat de vordering door de curator als ongeoorloofd drukmiddel wordt gebruikt.
- De Commissie constateert dat het bestuursverbod zich beperkt tot Nederlandse rechtspersonen. De Commissie wijst erop dat bestuurders en commissarissen van een buitenlandse rechtspersoon die hier vennootschapsbelastingplichtig is, aansprakelijk kunnen zijn op grond van art. 2:138/248 BW, indien deze rechtspersoon in Nederland failliet wordt verklaard (art. 10:121 BW). De Commissie adviseert om deze bepaling te betrekken bij het wetsvoorstel dan wel in de memorie van toelichting hiervan melding te maken. Voorts geeft de Commissie in overweging om in het buitenland opgelegde bestuursverboden als factor mee te laten wegen bij het opleggen van een bestuursverbod bij Nederlandse rechtspersonen.
- Met betrekking tot de reikwijdte van de regeling adviseert de Commissie te expliciteren dat de regeling zich ook uitstrekt tot de SE, de SCE en het EESV met statutaire zetel in Nederland en dat kerkgenootschappen buiten de regeling vallen. Voorts lijkt het de Commissie raadzaam om in de memorie van toelichting op te nemen dat de vereniging van eigenaars niet onder de regeling valt.
- De Commissie constateert dat in art. 106a, eerste lid, onder a, Fw wordt voorgesteld dat het bestuursverbod kan worden uitgesproken, indien een bestuurder aansprakelijk is gehouden als bedoeld in art. 2:138/248 BW. De Commissie geeft in overweging om artikel 9 aan artikel 2:138/248 BW toe te voegen, omdat curatoren ook een beroep doen op deze grond voor aansprakelijkheid. Voorts merkt de Commissie op dat het ongeclausuleerd aansluiten bij artikel 2:138/248 BW het risico met zich brengt dat een niet-opzettelijk nalatige bestuurder wegens het bewijsvermoeden van niet (tijdig) deponeren als belangrijke oorzaak van het faillissement een bestuursverbod krijgt opgelegd. Dit acht de Commissie niet wenselijk.
- De Commissie constateert dat het bestuursverbod kan worden uitgesproken jegens bestuurders en feitelijke beleidsbepalers. De Commissie begrijpt voorts artikel 106d, tweede lid, Fw aldus, dat een bestuursverbod niet kan worden uitgesproken jegens de niet-uitvoerende bestuurder. Het lijkt de Commissie uit oogpunt van consistentie raadzaam om uitdrukkelijk te bepalen dat een bestuursverbod ook kan worden uitgesproken jegens de (gewezen) commissaris c.q. niet-uitvoerende bestuurder. Deze kan immers ook aan de voorgestelde gronden van artikel 106a, eerste lid, Fw voldoen.

- De Commissie adviseert om te verduidelijken dat ook de vennoten in een maatschap, VOF of CV onder de regeling in artikel 106a, eerste lid, onder d, alsmede het vierde lid, Fw vallen.
- De Commissie adviseert om te verduidelijken welke gevolgen aan het bestuursverbod zijn verbonden voor nieuwe en bestaande rechtsverhoudingen. De Commissie meent dat de uitspraak tot oplegging van een bestuursverbod zou moeten leiden tot ontslag van rechtswege bij bestaande rechtspersonen en tot niet-benoembaarheid bij nieuwe rechtspersonen. Het besluit tot benoeming in strijd met een bestuursverbod moet ingevolge de wet nietig zijn wil het verbod effectief zijn. De Commissie merkt op dat het ontslag als bestuurder volgens de huidige jurisprudentie tevens leidt tot het einde van de arbeidsovereenkomst. De Commissie meent dat een bestuursverbod zich niet zou moeten uitstrekken tot het kunnen aangaan van een arbeidsovereenkomst.
- De Commissie adviseert om nader te verduidelijken dat onder de "in de procedure betrokken rechtspersonen" in artikel 106b, tweede lid, ook vallen de rechtspersonen die weliswaar in de gelegenheid zijn gesteld om hun zienswijze naar voren te brengen, maar van deze gelegenheid geen gebruik hebben gemaakt.
- De Commissie adviseert om de noodzaak van openbaarmaking in een centraal register en de verhouding tussen het Handelsregister en het centraal register nader te verduidelijken. De Commissie meent dat het Handelsregister leidend zou moeten zijn. Derden moeten erop kunnen vertrouwen dat zij handelen met de bestuurder zoals die in het Handelsregister is vermeld. Noodzakelijke raadpleging van een ander register leidt tot praktische problemen. Het is bovendien de vraag of dit zich verdraagt met artikel 2 onder d jo artikel 3 Richtlijn 2009/101/EG. Indien verschillende registers moeten worden geraadpleegd, is geen sprake meer van een centraal register.
- De Commissie constateert dat in artikel 106c, tweede lid, Fw wordt voorgesteld dat de overige rechtspersonen hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod naar voren kunnen brengen en dat zij daarbij niet kunnen worden vertegenwoordigd door de bestuurder jegens wie een bestuursverbod is gevorderd of verzocht. De Commissie wijst erop dat in veel gevallen een rechtspersoon één aandeelhouder/bestuurder heeft, zoals bijvoorbeeld een pensioen-BV. De Commissie adviseert om te bepalen dat in deze gevallen de bestuurder de BV wel mag vertegenwoordigen.
- In artikel 106c, eerste lid, staat dat door de Kamer van Koophandel een uittreksel uit het handelsregister wordt overgelegd. De Commissie wijst erop, dat in artikel 28 lid 3 van de Handelsregisterwet een limitatieve opsomming is gegeven van de verzoekgerechtigden bij het verstrekken van gegevens omtrent rechtspersonen gerangschikt naar natuurlijke personen. Deze lijst behoeft volgens de Commissie aanvulling, teneinde het uittreksel, bedoeld in artikel 106c, eerste lid, te mogen verkrijgen. De Commissie meent dat het openbaar ministerie of, na machtiging daartoe van de rechter-commissaris, de curator een dergelijk verzoek zou moeten doen.
- De Commissie wijst erop dat een rechtspersoon waarvan de enige bestuurder een bestuursverbod krijgt opgelegd, niet in alle gevallen financieel in staat zal zijn om een tijdelijk

aangestelde bestuurder te betalen. De Commissie adviseert om de gevolgen van een tijdelijke aanstelling nader toe te lichten.

- De Commissie constateert dat in de memorie van toelichting (p. 6) een volmacht die is verleend aan een persoon met een bestuursverbod als nietig wordt aangemerkt, omdat deze persoon in de positie van feitelijk bestuurder wordt geplaatst. Dit standpunt lijkt de Commissie niet houdbaar. De verlening van een volmacht is een vertegenwoordigingshandeling van bestuurders. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (art. 2:130/240 BW). Een beperking tot het verlenen van volmachten zou derhalve uit de wet moeten voortvloeien. Dit acht de Commissie evenwel niet wenselijk. Een derde moet kunnen afgaan op een verleende volmacht en zou niet steeds het register behoeven te raadplegen om na te gaan of de betrokkene een bestuursverbod heeft. De Commissie meent dat de problematiek adequaat kan worden geadresseerd door in de memorie van toelichting bij artikel 106d Fw te vermelden dat onder 'degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder' mede wordt verstaan degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd en die krachtens één of meer volmachten handelt als ware hij bestuurder of commissaris.
- De Commissie adviseert om nader in te gaan op de verhouding tussen het al bestaande bestuursverbod in het stichtingenrecht (artikel 2:298 lid 3 BW) en het onderhavige bestuursverbod.
- Overige opmerkingen van louter technische aard staan in de bijlage.

Hoogachtend,



A. Hammerstein,
Voorzitter

Bijlage

Opmerkingen van louter technische aard:

- In artikel 106a, eerste lid, staat “een bestuursverbod uitspreken” en in artikel 106b, eerste lid, en artikel 106c, eerste lid, gaat het over het “opleggen” van een bestuursverbod. De Commissie adviseert om deze met elkaar in overeenstemming te brengen en spreekt daarbij een voorkeur uit voor het opleggen van een bestuursverbod.
- In artikel 106a, eerste lid, onder d, staat ‘faillissement van een onderneming’. De Commissie merkt op dat uitsluitend van het faillissement van een natuurlijk persoon of een rechtspersoon kan worden gesproken en adviseert om de tekst aan te passen.
- In de Memorie van Toelichting staat tweemaal ‘verzoekschriftenprocedure’ (p. 18 en 19). Dat moet zijn: verzoekschriftprocedure.

