

Het civielrechtelijke bestuursverbod van 2016 tot en met 2020

Mr. L. Carrière-Verlinden & mr. D.K. Baas, datum 15-04-2021

Rechters kunnen sinds 1 juli 2016 een civielrechtelijk bestuursverbod voor maximaal vijf jaar opleggen aan ‘malafide’ bestuurders van een failliete rechtspersoon. De gevolgen van een bestuursverbod zijn verstrekking. Het niet mogen vertegenwoordigen van een rechtspersoon geldt niet alleen voor de failliete rechtspersoon, maar ook voor eventuele andere rechtspersonen voor wie bestuurs- of commissarisactiviteiten worden uitgevoerd. Sinds juli 2016 is slechts negen keer door curatoren of het Openbaar Ministerie een civielrechtelijk bestuursverbod gevorderd c.q. verzocht en evenzoveel keren opgelegd: drie keer in 2018, drie keer in 2019 en drie keer in 2020. Die bestuursverboden zijn gebaseerd op verschillende grondslagen en ook van de mogelijkheid tot het opleggen van dwangsommen is gebruikgemaakt. Voornoemd aantal opgelegde bestuursverboden is zeer beperkt, zodat het maar zeer de vraag is in hoeverre het beoogde effect van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod in voldoende mate wordt bereikt. Dat geldt eens te meer omdat het bestuursverbod nog geen (digitaal en openbaar) raadpleegbaar register kent. Een evaluatie van het geheel zou in 2021 moeten plaatsvinden. Wij bespreken in dit artikel het wettelijk kader en de gevolgen van het civielrechtelijke bestuursverbod en analyseren de tot en met 2020 gewezen jurisprudentie.

1. Inleiding

Sinds 1 juli 2016 kunnen rechters op vordering van een curator of op verzoek van het Openbaar Ministerie een civielrechtelijk bestuursverbod opleggen aan een ‘malafide’ bestuurder van een failliete rechtspersoon. Het bestuursverbod zou een uitzonderlijke sanctie voor een uitzonderlijke situatie moeten zijn. Uit jurisprudentieonderzoek over de periode 2016 tot en met 2020 volgt dat negen keer een civielrechtelijk bestuursverbod is gevorderd.^[1] In al die gevallen werd voor meerdere jaren een bestuursverbod opgelegd.

Deze bijdrage bevat een overzicht van het wettelijk kader en de gevolgen van het bestuursverbod (par. 2). Daarnaast wordt ingegaan op de sinds 1 juli 2016 over het civielrechtelijke bestuursverbod gewezen jurisprudentie en onderzoeken de auteurs aan de hand van jurisprudentie in hoeverre en in welke mate het bestuursverbod in de praktijk wordt opgelegd en welke omstandigheden daarbij relevant worden geacht (par. 3). Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (par. 4).

2. Het wettelijk kader en de gevolgen van het civielrechtelijke bestuursverbod

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod (de “Wet”) is per 1 juli 2016 in werking getreden. Dit bestuursverbod is geregeld in art. 106a tot en met 106e Faillissementswet (“Fw”).^[2] Blijkens de memorie van toelichting is het doel zowel het bestrijden van faillissementsfraude en onregelmatigheden als het voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen kunnen voortzetten.^[3] Met een bestuursverbod wordt beoogd verdere schade aan het handelsverkeer te voorkomen.

De grondslag voor het bestuursverbod is gelegen in art. 106a Fw. Het verzoek kan niet alleen worden gedaan voor de huidige bestuurder van een failliete rechtspersoon, maar ook voor een gewezen bestuurder, een (gewezen) feitelijk (mede)beleidsbepaler en een (gewezen) uitvoerend bestuurder (art. 106d Fw).^[4] Daarbij biedt art. 106a lid 2 Fw – in lijn met art. 2:11 BW – de mogelijkheid door te breken naar de natuurlijk-persoon-bestuurder in het geval van tussenschakeling van (een) rechtspersoon-bestuurder(s) sprake is.^[5] De wettekst lijkt er niet aan in de weg te staan dat ook aan een rechtspersoon-bestuurder een bestuursverbod kan worden opgelegd.^[6] Niet zelden is de bestuurder immers zelf een rechtspersoon en ook die zou zonder bestuursverbod alsnog elders als bestuurder kunnen gaan fungeren, waarmee de indirect bestuurder aldus het bestuursverbod negeert.

Uit art. 106a Fw volgt dat een bestuursverbod kan worden opgelegd als tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement van een rechtspersoon zich (op zijn minst) één van de in art. 106a Fw genoemde (limitatieve) situaties voordoet.^[7] De grondslag van die situaties dient daarbij telkens te zijn gelegen in het verwijtbaar handelen of nalaten van de bestuurder.^[8] Een opgelegd bestuursverbod leent zich gelet op het ingrijpende karakter ervan voor toetsing in hoger beroep en cassatie. Hieruit vloeit voort dat alleen aan een onherroepelijk opgelegd verbod de in de wet geregelde gevolgen kunnen worden verbonden. Dat betekent dus ook dat een bestuursverbod niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard (art. 106b lid 6 Fw).^[9] Het bestuursverbod kan voor de duur van maximaal vijf jaar worden opgelegd en verbiedt de betreffende bestuurder voor die periode bestuurder, feitelijk beleidsbepaler, uitvoerend bestuurder, niet-uitvoerend bestuurder of commissaris te zijn. Komt een rechtspersoon tijdens een procedure over een bestuursverbod (als gevolg van schorsing) of als gevolg van een opgelegd bestuursverbod zonder bestuurder of commissaris te zitten, dan

kan de rechtbank in een oplossing voorzien door over te gaan tot tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen (art. 106c lid 3 en 4 Fw). Ter versteviging van de naleving van de uitspraak waarin een bestuursverbod is opgelegd, kan de rechtbank de bestuurder een dwangsom opleggen (art. 106b lid 5 Fw). Een verbeurde dwangsom komt ofwel toe aan de faillissementsboedel (in geval van de curator) ofwel aan de Staat (in geval van het Openbaar Ministerie). In de Wet is expliciet opgenomen dat de Minister van Veiligheid en Justitie ontvangen gelden kan besteden aan nader te bepalen doeleinden van faillissementsfraudebestrijding.

Het is in het voorkomende geval volgens de wetgever primair de taak van een curator om bij de rechtbank te vorderen dat een bestuurder van een failliete rechtspersoon een bestuursverbod krijgt opgelegd.^[11] De curator heeft daarvoor ingevolge art. 68 Fw een machtiging van de rechter-commissaris nodig, zodat lichtzinnig gebruik zoveel mogelijk wordt beperkt. Naast de curator kan ook het Openbaar Ministerie, voor specifieke gevallen waarin het algemeen belang in het geding is,^[12] de rechtbank in een civiele procedure verzoeken een bestuursverbod op te leggen.

De gevolgen van een bestuursverbod zijn verstrekkend. Het verbod geldt immers niet alleen voor de huidige, maar ook voor toekomstige rechtsverhoudingen. Daarnaast vormt een opgelegd bestuursverbod in beginsel ook een beletsel voor de uitoefening van de functie als bestuurder of commissaris bij eventuele andere rechtspersonen (art. 106b lid 2 Fw). Die rechtspersonen waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is, dienen in het voorkomende geval in de gelegenheid te worden gesteld in de procedure waarin het bestuursverbod wordt gevorderd hun zienswijze naar voren te brengen (art. 106c lid 2 Fw). De term 'beletsel' zoals opgenomen in art. 106b lid 2 Fw zou volgens verschillende auteurs voor verwarring zorgen.^[13] 'Beletsel' betekent in ieder geval dat de betrokken bestuurder die rechtspersonen niet langer kan vertegenwoordigen.^[14] Met Kreileman en Bulten zijn wij van mening dat 'beletsel' moet worden uitgelegd als het direct vervallen van de functies die bij andere rechtspersonen worden vervuld en dus staat voor ontslag.^[15]

In eerder verschenen literatuur werd de vraag opgeworpen hoe de situatie van de bestuurder na een opgelegd bestuursverbod vennootschapsrechtelijk en arbeidsrechtelijk dient te worden gekwalificeerd.^[16] Vennootschapsrechtelijk zal de relatie tussen de rechtspersoon en de bestuurder met een onherroepelijk bestuursverbod definitief zijn beëindigd. Een automatische beëindiging van de mogelijk daarnaast bestaande arbeidsrechtelijke verhouding is geen gegeven. In beginsel zal de arbeidsovereenkomst moeten worden ontbonden (art. 7:669 jo. 7:671 BW). Dit zou bijvoorbeeld anders kunnen zijn wanneer tot een beëindiging met wederzijds goedvinden wordt gekomen of een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Daarnaast zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de zogenoemde 15 april-arresten of – zoals Van Solinge en Nieuwe Weme bepleiten – zou het opleggen van een bestuursverbod kunnen worden aangemerkt als een rechterlijk ontslag.^[17] De route van ontslag op staande voet (art. 7:677 BW) ligt vanwege de ernst wellicht in rede, maar onzeker is of in het geval van een civielrechtelijk bestuursverbod aan de eis van onverwijldheid wordt voldaan.^[18] Een benoeming tot bestuurder of commissaris in weerwil van een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod is nietig (art. 106b lid 1 Fw). Indachtig het voorgaande menen wij dat de nietigheid van een benoemingsbesluit in het voorkomende geval rechtstreeks doorwerkt in de arbeidsrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon.^[19]

Een onherroepelijk bestuursverbod dient te worden geregistreerd in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. De griffier van de rechtbank (of het gerechtshof in geval van hoger beroep) biedt de onherroepelijke uitspraak aan de Kamer van Koophandel aan, die daarna dient over te gaan tot registratie en uitschrijving van de betrokken bestuurder (art. 106b lid 3 Fw). Een notaris mag vervolgens niet meewerken aan de oprichting en inschrijving van een rechtspersoon waarbij een bestuurder wordt benoemd aan wie een bestuursverbod is opgelegd.^[20] Voorts is de bedoeling dat eenieder de geregistreerde bestuursverboden (digitaal) kan inzien. Deze openbare registratie heeft tot op heden nog (steeds) geen gevolg gekregen. De wijziging van de Handelsregisterwet 2007 heeft een grondslag gecreëerd voor het publiceren van geldende bestuursverboden.^[21] De betreffende onderdelen kunnen echter pas in werking treden als de bijbehorende uitvoeringsbepalingen – in dit geval het Handelsregisterbesluit 2008 – zijn vastgesteld.^[22] De laatst bekende status is dat de consultatie over het 'Besluit ter uitvoering van enkele aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen (register bestuursverboden, afschermen woonadressen, inputfinanciering e.a.)' op 4 september 2020 is gesloten.^[23]

Ondanks voornoemde ingrijpende gevolgen behelst het *bestuursverbod* volgens de wetgever geen *ondernemingsverbod*. Het verbod ziet op het niet meer mogen besturen van rechtspersonen. Het starten van een eenmanszaak of het zijn van aandeelhouder wordt met een bestuursverbod dus niet beperkt.^[24] Bovendien leidt een enkele misstap of verkeerde beoordeling niet tot het niet meer mogen zijn van bestuurder. Blijkens de memorie van toelichting is het uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever geweest besturen te ontmoedigen. Het bestuursverbod betreft een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties.^[25]

Het is – mede in dit licht – de vraag of een voor eenieder volledig openbaar (digitaal) toegankelijke publicatie van bestuursverboden noodzakelijk is om de door de wetgever geformuleerde doelstellingen te bereiken.^[26] Voorstelbaar is immers ook dat, in elk geval voor bepaalde gegevens, alleen een functioneel register wordt gehanteerd dat toegankelijk is voor bepaalde beroepsgroepen zoals (kandidaat-)notarissen. In lijn met deze gedachte lijkt de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat uit te gaan van een onderscheid in inzichtelijkheid van verschillende gegevens voor

eenieder enerzijds en zogenoemde wettelijke instanties die uit hoofde van hun wettelijke controlerende of toezichtstaak toegang tot de betreffende gegevens moeten krijgen anderzijds.^[27]

3. Analyse jurisprudentie civielrechtelijk bestuursverbod

Voor zover wij kunnen nagaan is sinds juli 2016 negen keer over een civielrechtelijk bestuursverbod geoordeeld. Wij gaan hieronder op de betreffende uitspraken in.^[28]

3.1 Jurisprudentie

Het eerste bestuursverbod is opgelegd in juni 2018 door de rechtbank Den Haag.^[29] De betreffende bestuurders zijn bij verstek veroordeeld tot een bestuursverbod van vijf jaar. Neekilappillai en Pham merken op dat deze kwestie een zogenoemde *test case* is geweest in een geval waarin de curator, de rechter-commissaris, de Belastingdienst en de schuldeisers het erover eens waren dat de betrokken bestuurders een halt moest worden toegeroepen.^[30] De rechtbank Rotterdam^[31] legde in november 2018 een bestuursverbod voor de periode van twee jaar op. De gevorderde dwangsom werd in dit geval afgewezen omdat de curator daarbij volgens de rechtbank geen belang heeft: een eventueel te verbeuren dwangsom komt in mindering op het faillissementstekort en voor dat tekort is de bestuurder al aansprakelijk. De bestuurder is in hoger beroep gekomen van het vonnis. Op 15 december 2020 is een tussenarrest gewezen waarin conform art. 106c lid 2 Fw aan de betrokken vennootschap de gelegenheid is geboden een zienswijze in te dienen.^[32] In december 2018 is door de rechtbank Midden-Nederland^[33] een bestuursverbod voor de duur van vijf jaar opgelegd aan een bestuurder die in de voorbije jaren betrokken is geweest bij maar liefst 109 rechtspersonen waarvan een groot deel is ontbonden of failliet verklaard. Op het moment dat de zaak bij de rechtbank voorlag was belanghebbende bestuurder van vijftien rechtspersonen, waarvan er vier in 2017 en 2018 failliet zijn verklaard. De vijftien rechtspersonen zijn opgeroepen een zienswijze in te dienen, maar daaraan is geen gehoor gegeven. De bestuurder is in de procedure niet verschenen en heeft ook geen verweerschrift ingediend.

De rechtbank Amsterdam^[34] heeft in januari 2019 een bestuursverbod voor de maximale duur van vijf jaar opgelegd, waartegen de betreffende bestuurder in appel is gegaan. Het gerechtshof Amsterdam heeft bij arrest van 10 november 2020 de beschikking van de rechtbank bekrachtigd.^[35] Het ter discussie stellen van de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie leidde niet tot succes. Ook het Openbaar Ministerie kan een verzoek gronden op het niet voldoen aan de informatie- en medewerkingsplicht. Zowel de rechtbank als het gerechtshof oordeelden verder dat een civielrechtelijk bestuursverbod niet kwalificeert als *criminal charge* in termen van art. 6 EVRM en voorts dat het *nemo-tenetur*-beginsel^[36] geen rol speelt. Het bestuursverbod is een maatregel waarbij een toekomstgerichte, preventieve, aanpak centraal staat en de procedure tot het verkrijgen van het verbod strekt niet tot het uitoefenen van dwang ter verkrijging van inlichtingen. De rechtbank Overijssel^[37] kwam in juni 2019 tot het opleggen van een bestuursverbod van vijf jaar. Expliciet werd bepaald dat een verbeurde dwangsom toekomt aan de boedel, behoudens het geval dat de boedel is afgewikkeld. In dat geval komt de verbeurde dwangsom toe aan de Staat. Ook in dit geval verscheen de bestuurder niet bij de mondelinge behandeling en was geen verweer gevoerd. Net voor Kerst 2019 legde de rechtbank Limburg^[38] nog een bestuursverbod voor drie jaar op. De rechtbank wijst in haar motivering op de memorie van toelichting waaruit volgens haar volgt dat art. 106a Fw, naast de enkele bestrijding van faillissementsfraude, mede ten doel heeft de bestrijding van ernstige tegenwerking van de curator, faillissementsrecidive en de benadeling van crediteuren voorafgaand aan een faillissement. Uit het laatste faillissementsverslag (12 mei 2020) volgt dat tussen de bestuurder en de curator een regeling is getroffen waarbij het bestuursverbod is stand is gebleven.^[39] Het faillissement is vervolgens wegens gebrek aan baten opgeheven.

In de kwestie waarover de rechtbank Gelderland^[40] in maart 2020 oordeelde is de bestuurder betrokken geweest bij drie faillissementen waarvan hem een persoonlijk verwijt treft. De rechtbank achtte van belang dat de bestuurder in februari 2020 strafrechtelijk is veroordeeld voor faillissementsfraude, waarvoor een gevangenisstraf en een strafrechtelijk bestuursverbod zijn opgelegd. Dit strafrechtelijke bestuursverbod was ten tijde van de uitspraak nog niet onherroepelijk en de rechtbank achtte het niet aannemelijk dat de bestuurder zonder civielrechtelijk bestuursverbod zijn bestuursactiviteiten zou staken. Zodoende werd (ook) een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd voor de duur van vijf jaar. De rechtbank Overijssel^[41] oordeelde in april 2020 dat de betreffende bestuurder heeft nagelaten de (volledige) digitale en fysieke administratie aan de curator te overhandigen, als gevolg waarvan de curator de verplichtingen van de failliete vennootschap niet kon vaststellen en geen onderzoek kon doen naar eventuele onregelmatigheden in de boekhouding. Deze volgens de rechtbank ernstige mate van tekortschieten rechtvaardigde een bestuursverbod van vijf jaar. Uit het faillissementsverslag van 11 december 2020 volgt dat door de bestuurder appel is ingesteld.^[42] Een oordeel van het gerechtshof is nog niet bekend. Op 31 december 2020 kwam de rechtbank Overijssel^[43] tot het opleggen van een bestuursverbod van vijf jaar. De rechtbank overweegt expliciet dat de bestuurder vanwege het hem te maken persoonlijk verwijt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen heeft geschonden en met de repeterende faillissementen maatschappelijke schade heeft veroorzaakt. Het bestuursverbod moet daarom worden opgelegd uit een oogpunt van algemeen belang.

3.2 Conclusies naar aanleiding van de jurisprudentie

In alle gevallen waarin curatoren vorderden of het Openbaar Ministerie verzocht een bestuursverbod op te leggen, gaf de rechtbank daaraan gevolg. Slechts twee keer werd niet het verzochte maximum van vijf jaar opgelegd (namelijk twee en drie jaar) en dat werd in beide gevallen gemotiveerd met feiten en omstandigheden die zich voor inwerkingtreding van de Wet hadden voorgedaan. In vijf van de in totaal negen gevallen is het verbod door het Openbaar Ministerie verzocht. In die gevallen betrof het steeds het Openbaar Ministerie te Zwolle. Daar is het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude gevestigd. In de andere vier gevallen lagen vorderingen van verschillende curatoren aan de opgelegde bestuursverboden ten grondslag.

Alleen in het eerste geval uit 2018 en het laatste geval uit 2020 waren meerdere bestuurders betrokken. Het ging in 2018 bij de rechtbank Den Haag om een rechtspersoon en twee natuurlijke personen. Bijzonder is dat de rechtbank Den Haag ook aan de rechtspersoon-bestuurder een bestuursverbod heeft opgelegd. In 2020 werd aan de rechtbank Overijssel verzocht het bestuursverbod alleen op te leggen aan de in rechte betrokken natuurlijk-persoon-bestuurder. Ten aanzien van de twee betrokken rechtspersonen werd een onmiddellijke schorsing van die natuurlijke persoon als bestuurder verzocht.

Bestuurders blijken lang niet altijd (schriftelijk en/of mondeling) verweer te voeren en ter zitting te verschijnen en zienswijzen blijken niet veelvuldig te (hoeven) worden ingediend. Hier doemt de vraag op of het er voor 'malafide' bestuurders wel daadwerkelijk toe doet of zij een bestuursverbod krijgen opgelegd. Dat meerdere bestuurders niet in de procedure zijn verschenen biedt voor deze gedachte een aanknopingspunt. Niet ondenkbaar is dat indien men kwaad in de zin heeft, niettemin bijvoorbeeld in geval van grootaandeelhouderschap essentiële invloed uitgeoefend kan blijven worden, waardoor een bestuursverbod feitelijk tot weinig verandering zal leiden.

De gronden waarop bestuursverboden tot dusverre zijn toegewezen betreffen (soms gezamenlijk en voor zover bekend) de a-, c- en d-grond als bedoeld in art. 106a lid 1 Fw. Daar waar werd gedacht dat de fiscale vergrijpboete één van de gronden zouden zijn waarop het Openbaar Ministerie een verzoek tot een bestuursverbod voornamelijk zou gaan baseren, is die in geen van de geanalyseerde uitspraken naar voren gekomen. Ook de b-grond als bedoeld in art. 106a lid 1 Fw komt in de jurisprudentie niet naar voren. Tussen de zaken geïnitieerd door het Openbaar Ministerie enerzijds en curatoren anderzijds bestaat wat betreft de grondslagen van de gevorderde verboden weinig verschil. Wel volgt uit de uitspraken dat het Openbaar Ministerie gebruikmaakt van eerder door curatoren verricht werk, zoals meldingen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude en van verklaringen van curatoren. De curatoren lijken op hun beurt de vordering van een bestuursverbod te combineren met een vordering uit hoofde van onbehoorlijk bestuur ex art. 2:248 BW. Hieraan ligt ongetwijfeld ten grondslag dat in die gevallen een beroep kan worden gedaan op de Garantstellingsregeling curatoren 2012.

Hoewel in alle gevallen de uitspraak gestuurd moet worden aan de Kamer van Koophandel, zal dit voorlopig weinig effect sorteren gelet op het ontbreken van het (openbaar) te raadplegen overzicht. Dit geeft te denken over het nut en de noodzaak van het opleggen van een verbod als er kennelijk vooralsnog vertrouwd dient te worden op de rechtschapenheid van de 'malafide' bestuurder.

Het feitencomplex volgt niet in alle gevallen duidelijk uit de uitspraak en niet iedere uitspraak is even uitgebreid (gemotiveerd), zodat lastig te toetsen is of telkens sprake is van de door de wetgever beoogde 'uitzonderlijke sanctie voor een uitzonderlijke situatie'. Gelet op het soms niet verschijnen van bestuurders in het geding en het in sommige gevallen ontbreken van (uitgebreide) verweren en zienswijzen, is een dergelijke op het eerste gezicht korte motivering niet altijd onbegrijpelijk. Misschien nopen de wettelijke gronden in combinatie met de feiten en omstandigheden van het geval ook niet tot een nadere of meer uitgebreide motivering, maar voor een lezer van de uitspraken is niet altijd even inzichtelijk waarom het een uitzonderlijk geval betreft dat het bestuursverbod meer dan anders rechtvaardigt.

Het verkrijgen van een betrouwbare indicatie over de hoeveelheid opgelegde bestuursverboden in verhouding tot het totaal aantal gevallen van faillissementsfraude – waarvan het voorkomen één van de pijlers van de Wet is – is niet eenvoudig. In 2016 zijn er 4.399 faillissementen van bedrijven en instellingen uitgesproken, in 2017 waren dit er 3.291, in 2018 bedroeg het aantal faillissementen 3.145, in 2019 was sprake van 3.209 faillissementen en in 2020 deden zich 2.703 faillissementen voor.^[44] Uiteraard is bij lang niet alle faillissementen sprake van faillissementsfraude, zodat het zuiverder is om het aantal opgelegde bestuursverboden af te zetten tegen het totaal aantal faillissementsfraudes. Een aanknopingspunt zou de vermelding van het Openbaar Ministerie op zijn website kunnen zijn dat in een kwart van de faillissementen in Nederland sprake zou zijn van fraude.^[45] Het ontbreken van nadere duiding, bijvoorbeeld in jaartallen, maakt het lastig hieraan conclusies te verbinden. Niettemin zou een op het voorgaande gebaseerde vergelijking leiden tot ten minste enkele tientallen tot honderden gevallen van fraude ten opzichte van slechts negen opgelegde bestuursverboden. Een ander aanknopingspunt kan worden gevonden in een door het CBS in 2016 gepubliceerd rapport, waaruit volgt dat het aandeel 'zekere strafbare en of onrechtmatige benadeling' in faillissementen aanzienlijk is (17,3% in 2015).^[46] De auteurs realiseren zich dat dit data van voor de invoering van het civielrechtelijke bestuursverbod betreft, maar vergelijkbare meer recente informatie blijkt niet beschikbaar. Hierop afgaande is het aantal van negen opgelegde bestuursverboden in de periode 2016-2020 verhoudingsgewijs zeer beperkt.

De Afdeling advisering van de Raad van State uitte zich in de wetgevingsfase kritisch en gaf aan dat de curator wordt belast met in essentie publieke taken, waarbij niet is gezegd dat de betreffende faillissementsboedel erbij is gediend.^[47] De regering achtte een verbreding van de taken van een curator vanuit rechtspolitieke overwegingen niettemin voor de hand liggend.^[48] Voor schuldeisers in een faillissement bestaat de mogelijkheid via de rechter-commissaris af te dwingen dat een curator de opdracht krijgt een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen (art. 69 Fw). Te betwijfelen valt of hieraan bij schuldeisers (veelvuldig) behoefte bestaat gelet op het negatieve effect voor de faillissementsboedel. Met een procedure zijn immers tijd en kosten gemoeid, terwijl mogelijk alleen voor de toekomst (en daarbij mogelijk enkel voor andere schuldeisers) resultaat wordt geboekt.^[49] Een soortgelijke mogelijkheid is er bij gebrek aan een wettelijke grondslag niet ingeval het Openbaar Ministerie niet overgaat tot het verzoeken van een bestuursverbod.^[50] Wel zou een curator het Openbaar Ministerie tot een verzoek kunnen proberen te bewegen door melding bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude te doen, zodat de mogelijkheid indirect wel bestaat.

Wij sluiten niet uit dat curatoren en het Openbaar Ministerie niet telkens bedacht zijn op de mogelijkheden en vermoeden dat zij eigen redenen hebben om hiervan geen gebruik te maken. Van Solinge merkte in 2018 op dat de Wet sceptisch werd ontvangen en de verwachtingen laag waren, omdat curatoren zouden hebben laten weten weinig te voelen voor het fungeren als hulpje van het Openbaar Ministerie.^[51] Ook in andere literatuur is kritisch op het (invoeren van het) bestuursverbod gereageerd.^[52] Somberheid over de successen voerde de boventoon. Het Openbaar Ministerie zou over onvoldoende middelen beschikken om in groten getale het opleggen van verboden te verzoeken.^[53] Daarnaast zal het Openbaar Ministerie op de hoogte moeten geraken van een situatie waarin een civielrechtelijk bestuursverbod verzocht zou dienen te worden en vertrouwd moeten worden met civielrechtelijke begrippen.^[54] Anders dan via een aangifte of melding van een curator, lijken die mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie beperkt. Uit de geanalyseerde jurisprudentie volgt dat (voor zover bekend) twee van de negen zaken door het Openbaar Ministerie aan de rechtbank zijn voorgelegd nadat betrokken curatoren melding van vermoedelijke faillissementsfraude hadden gedaan. Curatoren zouden kunnen volstaan met het melden van faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, waarna het Openbaar Ministerie van de eraan gegeven bevoegdheden gebruik kan maken. Het blijft niettemin de vraag of het Openbaar Ministerie telkens in actie komt.

Hoewel curatoren op dit punt slagvaardiger lijken te kunnen optreden – zij beschikken immers veelal over meer informatie, kunnen zich (daarmee) melden bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude en een procedure starten – blijken zij bepaald niet in groten getale bestuursverboden te vorderen. Reden daarvoor zou kunnen zijn dat het primaire belang van curatoren niet is gelegen in het bestrijden van ‘malafide’ bestuurders. Curatoren zijn er primair voor de behartiging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, die op zichzelf niet gebaat zijn bij een bestuursverbod. Daarnaast mogen curatoren weliswaar oog hebben voor zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard, maar die belangen mogen zij ook gemotiveerd naast zich neerleggen.^[55] Bovendien zullen curatoren veelal geen procedure starten (waarin een bestuursverbod zou kunnen worden meegenomen) als de boedel leeg is en zicht op verhaal ontbreekt. Juist een ‘malafide’ bestuurder zal er veel aan gelegen zijn verhaal illusoir te maken. Zou de betreffende bestuurder wel verhaal bieden, dan wordt geregeld buiten rechte tot overeenstemming gekomen. In dat geval worden immers verdere kosten voorkomen, terwijl een bedrag naar de boedel vloeit en het faillissement kan worden gesloten. Niet ondenkbaar is dat dergelijke situaties zich (meer dan enkel in het hiervoor genoemde geval) in de afgelopen jaren hebben voorgedaan, als gevolg waarvan een gepubliceerd vonnis is uitgebleven.

4. Conclusie

Sinds 2016 bestaat voor curatoren en het Openbaar Ministerie in faillissementssituaties de mogelijkheid een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen resp. te verzoeken. In art. 106a Fw zijn verschillende (limitatieve) gronden opgenomen waaraan moet zijn voldaan alvorens een bestuursverbod kan worden opgelegd. Een bestuursverbod kan niet alleen de failliete rechtspersoon treffen, maar ook eventuele andere rechtspersonen waarvan de betrokkene bestuurder is. Het is in meerdere opzichten een ingrijpend middel, dat faillissementsfraude zou moeten voorkomen en het voortzetten van activiteiten door frauduleuze bestuurders zou moeten tegengaan.

Uit de geanalyseerde jurisprudentie blijkt dat het verzoek c.q. de vordering in alle negen gevallen is toegewezen, zij het dat het verbod in twee gevallen niet voor de verzochte maximale duur van vijf jaar is opgelegd. Vier daarvan zijn op instigatie van een curator opgelegd, de andere vijf op verzoek van het Openbaar Ministerie. In de wetgevingsfase zijn vanuit verschillende hoeken kritische gedachten geuit. De curator wordt belast met in essentie publieke taken, terwijl de faillissementsboedel met het vorderen van een bestuursverbod niet direct wordt gediend. Curatoren zouden er weinig voor voelen om als hulpje van het Openbaar Ministerie te fungeren, terwijl het Openbaar Ministerie weinig (financiële) slagkracht lijkt te hebben als het aankomt op de signalering van en het optreden in situaties waarin het civielrechtelijke bestuursverbod zou kunnen worden verzocht. Meldingen van (vermoedelijke) faillissementsfraude door curatoren zouden in dit laatste kader wellicht uitkomst kunnen bieden. Of het Openbaar Ministerie dan telkens – en meer dan de afgelopen jaren – in actie komt is

geen gegeven.

Lastig vast te stellen is of het civielrechtelijke bestuursverbod daadwerkelijk een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties is gebleken en welke omstandigheden bij oplegging ervan relevant worden geacht. Het feitencomplex volgt namelijk niet in alle gevallen duidelijk uit de geanalyseerde jurisprudentie en niet iedere uitspraak is even uitgebreid (gemotiveerd). Daarnaast is, afgaande op beschikbare data over het aantal faillissementen, faillissementsfraudes en 'zekere strafbare en/of onrechtmatige benadelingen', het aantal van negen opgelegde bestuursverboden verhoudingsgewijs zeer beperkt. Het is daarom ook maar zeer de vraag in hoeverre het beoogde effect ervan in voldoende mate wordt bereikt. Dat geldt eens te meer omdat het bestuursverbod nog geen (digitaal en openbaar) raadpleegbaar register kent. Daar waar het doel van het registreren van bestuursverboden de kenbaarheid is van de geldende verboden ten behoeve van de effectieve handhaving daarvan, kan vastgesteld worden dat dit door de wetgever beoogde gevolg van het bestuursverbod vooralsnog niet is ingetreden.

Wij veronderstellen dat bij de aangekondigde evaluatie van de Wet in 2021 onder meer onderzocht zal worden wat de verhouding is tussen enerzijds het aantal faillissementsfraudes, ernstige tegenwerkingen van de curator, faillissementsrecidives en de benadeling van crediteuren voorafgaand aan een faillissement en anderzijds het aantal opgelegde civielrechtelijke bestuursverboden. Daarnaast zou onderzocht moeten worden om welke redenen het Openbaar Ministerie en curatoren tot dusverre slechts in zeer beperkte mate gebruikmaken van hun mogelijkheid ter zake en hoe dat kan worden veranderd. Geconcludeerd kan in elk geval alvast worden dat de aanvankelijke scepsis nog niet volledig kan worden weggenomen.

Voetnoten

[1]

Lieke Carrière-Verlinden en Daan Baas zijn beiden advocaat te Arnhem.

[2]

Deze bijdrage is afgerond op 22 maart 2021. Enkel uitspraken tot en met 2020 zijn verwerkt. De website www.rechtspraak.nl is als zoekmachine gebruikt.

[3]

Stb. 2016, 153 en *Stb.* 2016, 205. De Wet is van toepassing op een faillissement dat na de inwerkingtreding van de Wet is uitgesproken, alsmede op feiten en omstandigheden die na de inwerkingtreding van de Wet zijn gelegen.

[4]

[Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 1 (MvT). Het gaat om privaatrechtelijke rechtspersonen als bedoeld in art. 2:3 BW alsmede om bestuurders, gewezen bestuurders, commissarissen en feitelijk leidinggevend bij een Europees Economisch samenwerkingsverband, een Europese vennootschap en een Europese coöperatieve vennootschap met statutaire zetel in Nederland zoals genoemd in art. 106e Fw.

[5]

Hierna wordt telkens enkel gesproken over bestuurder. Opmerkelijk genoeg kan aan een commissaris geen civielrechtelijk bestuursverbod worden opgelegd, terwijl ook hij betrokken kan zijn bij faillissementsfraude.

[6]

Zie voor een analyse van de (on)mogelijkheid van het tussenschuiven van buitenlandse rechtspersonen: B. Wessels, 'Civielrechtelijk bestuursverbod: procedure, gronden en gevolgen', *TvOB* 2019-5, [Kamerstukken I 2015/16, 34011, D](#), p. 2, G. van Solinge, *Het Financieele Dagblad* 10 december 2018, p. 24, *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/183 en N. Kreileman & C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/109.

[7]

Zie ook N. Kreileman & C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/109.

[8]

Uit de memorie van toelichting volgt dat, ook al is aan een van de gronden die oplegging van een bestuursverbod zouden rechtvaardigen voldaan, de rechter de beoordelingsvrijheid heeft niet tot oplegging over te gaan ([Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 3 en 15-16 (MvT)).

[9]

Voornamelijk repeterende faillissementen en de fiscale vergrijpboete zijn door de wetgever aangemerkt als gronden waarop het Openbaar Ministerie een verzoek tot een bestuursverbod voornamelijk zal kunnen baseren ([Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 4 (MvT)).

[10]

[Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 27. Dat het bestuursverbod niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard, betekent niet dat een onderdeel van de beslissing van de rechtbank – bijv. een schorsing – evenmin uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard, zie hiervoor bijv. Rb. Midden-Nederland 19 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6261.

[11]

Het specifiek in de wet opgenomen verbod voor ontslagen bestuurders van een stichting (art. 2:298 lid 3 BW) wordt buiten beschouwing gelaten. Volstaan wordt met de opmerking dat dit verbod een ander karakter kent en niet specifiek faillissementsgerelateerd is (vgl. [Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 2-3). Naast het civielrechtelijke bestuursverbod kent de wet ook het strafrechtelijke beroepsverbod (vgl. art. 28 lid 1 sub 5 Sr en ook [Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 4 (MvT)). Aan dit verbod wordt verder geen aandacht besteed.

[12]

[Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 4.

[13]

N. Kreileman & C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/109.

[14]

Vgl. bijv. ECLI:NL:GHDHA:2020:2484.

[15]

N. Kreileman & C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/109.

[16]

Vgl. M. ten Broeke & I. Zaal, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: gevolgen voor de bestuurder met een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2015/41, N. Kreileman & C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/109, L. van der Gun, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod van juli 2016 tot nu', *Adv.bl.* 9 april 2019 en C.E.J.M. Hanegraaf, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod: een korte beschouwing', *Bb* 2019/8.

[17]

M. ten Broeke & I. Zaal, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: gevolgen voor de bestuurder met een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2015/41, HR 15 april 2005, *NJ* 2005, 483, HR 15 april 2005, *NJ* 2005, 484, *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/183 en N. Kreileman & C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/109.

[18]

Zou het faillissement al zijn afgewikkeld voordat een bestuursverbod is opgelegd, dan is denkbaar dat een eventuele arbeidsrechtelijke verhouding al door de curator is beëindigd: vgl. M. ten Broeke & I. Zaal, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: gevolgen voor de bestuurder met een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2015/41. In het geval dezelfde persoon ook een bestuurs- of commissarisfunctie bij een andere rechtspersoon bekleedt, dan is denkbaar dat hij daar kan blijven functioneren. Een curator behartigt de belangen van de schuldeisers in een betreffende boedel en zal vermoedelijk niet snel geneigd zijn op kosten van de boedel rechtsgevolgen te bewerkstelligen die niet direct in het belang van de boedel zijn.

[19]

Zie ook: *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/183 en N. Kreileman & C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/109.

[20]

Zie voor andere mogelijke situaties waarin oplettendheid van een notaris is geboden: A.C. Stroeve, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod vanuit notarieel perspectief', *WPNR* 2015/7059.

[21]

Stb. 2019, 280.

[22]

[Kamerstukken I 2019/20, 34687, C](#), p. 1.

[23]

www.internetconsultatie.nl/wijziging_handelsregisterbesluit.

[24]

[Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 5 (MvT). Dat geldt overigens niet andersom: een bestuursverbod kan (met uitzondering van de grond genoemd in art. 106a onder a Fw) ook worden opgelegd aan de persoon die een eenmanszaak, een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap drijft, zie hiervoor art. 106a lid 4 Fw en [Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 23 (MvT).

[25]

[Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3](#), p. 3 (MvT).

[26]

Zie bijv. ook [Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 4](#), p. 8-10.

[27]

Zie [Kamerstukken I 2019/20, 34687, C](#), p. 2 en ook de nota van toelichting bij het Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Handelsregisterbesluit 2008, het Financieel besluit handelsregister 2014 en het Besluit SUWI ter uitvoering van enkele aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen (register bestuursverboden, afschermen woonadresgegevens, inputfinanciering, e.a.) van 24 juli 2020, p. 9. Zie voorts voor de privacyaspecten verbonden aan de registratie van een bestuursverbod: [Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 4](#), p. 10 en 11.

[28]

In 2019 is door M. Neekilappillai en N.T. Pham empirisch kwalitatief onderzoek gedaan naar de tot dat moment gewezen jurisprudentie door bijv. ook de betrokken curatoren te interviewen en de betreffende faillissementsverslagen te bestuderen: zie hiervoor M. Neekilappillai & N.T. Pham, 'Tweede kansen, stigma's en de praktijk van het civielrechtelijk bestuursverbod', *MvO* 2019-7.

[29]

Rb. Den Haag 13 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8801.

[30]

M. Neekilappillai & N.T. Pham, 'Tweede kansen, stigma's en de praktijk van het civielrechtelijk bestuursverbod', *MvO* 2019-7.

[31]

Rb. Rotterdam 14 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9777, *JOR* 2018/177, m.nt. W.J.B. van Nielen (met tussenvonnis: ECLI:NL:RBROT:2018:3747).

[32]

ECLI:NL:GHDHA:2020:2484.

[33]

Rb. Midden-Nederland 19 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6261, *JOR* 2019/56, m.nt. M.E.N. van Haren.

[34]

Rb. Amsterdam 24 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:466, *JOR* 2019/130, m.nt. W.J.B. van Nielen.

[35]

Hof Amsterdam 10 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3092.

[36]

Volgens het *nemo-tenetur*-beginsel is een burger niet verplicht medewerking te verlenen aan zijn eigen veroordeling in een strafproces of in een andere procedure die tot oplegging van een punitieve sanctie kan leiden; zie Rb. Amsterdam 24 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:466.

[37]

Rb. Overijssel 20 juni 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2836.

[38]

Rb. Limburg 24 december 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:11562.

[39]

Te raadplegen via het digitaal raadpleegbare Centraal Insolventieregister en meer specifiek: https://insolventies.rechtspraak.nl/Services/VerslagenService/getPdf/03_lim_17_344_F_V_16.

[40]

Rb. Gelderland 18 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1882.

[41]

Rb. Overijssel 8 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1557.

[42]

Te raadplegen via het digitaal raadpleegbare Centraal Insolventieregister en meer specifiek: https://insolventies.rechtspraak.nl/Services/VerslagenService/getPdf/08_ove_18_258_F_V_17.

[43]

ECLI:NL:RBOVE:2020:4617.

[44]

CBS, www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/02/minder-faillissementen-in-2020.

[45]

Openbaar Ministerie, www.om.nl/onderwerpen/fraude/faillissementsfraude.

[46]

CBS, Faillissementen oorzaken en schulden 2015, p. 6; te raadplegen via: www.cbs.nl/nl-nl/achtergrond/2016/50/faillissementen-oorzaken-en-schulden-2015.

[47]

[Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 4](#), p. 3.

[48]

[Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 4](#), p. 4-5.

[49]

Een succesvol beroep op de Garantstellingsregeling curatoren 2012 ter vergoeding van met een procedure gemoeide kosten, zal voor een curator

vermoedelijk alleen in de rede liggen in het geval de vordering van een bestuursverbod wordt gecombineerd met een rechtsgrond zoals genoemd in art. 2 Garantstellingsregeling curatoren 2012. Zie ook de website van Justis:

www.justis.nl/binaries/Factsheet%20Garantstelling%20curatoren%20definitief_tcm34-475105.pdf.

[50]

Art. 12 Sv ziet alleen op de vervolging van strafbare feiten en dat is een verzoek op grond van art. 106a e.v. Fw niet.

[51]

G. van Solinge, *Het Financieele Dagblad* 10 december 2018, p. 24.

[52]

Zie bijv. F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen', *Ondernemingsrecht* 2015/30 en T. Reker, 'Het gewijzigde wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod', *TvI* 2015/46.

[53]

Vgl. bijv. H. Koster, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: slagvaardig rechtsinstrument of dode letter?', *TvOB* 2015-3.

[54]

Vgl. bijv. D. Doorenbos, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel', *AA* 20140019.

[55]

Vgl. bijv. W.J.P. Jongepier, 'Andere zwaarwegende belangen', *FIP* 2018-5, nr. 271 en de Insolad Praktijkregels voor curatoren (herzien april 2019).