

Faillissementsfraude; Big Business

*Een onderzoek naar de huidige en toekomstige bestrijding van
faillissementsfraude.*

Auteur: Ossenblok M.M.C.
Studentnummer: 2037944

Afstudeerorganisatie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant, locatie Breda
Afstudeerbegeleider: Mevr. Mr. N.L. Lambregts-Brouwers

Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys, HBO-Rechten
Eerste begeleider: Mevr. Mr. J.A. Pop
Tweede begeleider: Dhr. Mr. A.J.M. van Dooren

Afstudeerperiode: september 2013 – januari 2014

BREDA, JANUARI 2014

Faillissementsfraude; Big Business

*Een onderzoek naar de huidige en toekomstige bestrijding van
faillissementsfraude.*

Auteur: Ossenblok M.M.C.

Studentnummer: 2037944

Afstudeerorganisatie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant, locatie Breda

Afstudeerbegeleider: Mevr. Mr. N.L. Lambregts-Brouwers

Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys, HBO-Rechten

Eerste begeleider: Mevr. Mr. J.A. Pop

Tweede begeleider: Dhr. Mr. A.J.M. van Dooren

Afstudeerperiode: september 2013 – januari 2014

BREDA, JANUARI 2014

Voorwoord

Deze scriptie heb ik geschreven in het kader van de afronding van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Tevens vormt het de afsluiting van een leuke en leerzame periode, waarin mijn belangstelling voor het insolventierecht zich (verder) heeft ontwikkeld. Het onderzoek voor het schrijven van deze scriptie is verricht bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.

Hierbij wil ik van de gelegenheid gebruik maken om een aantal personen te bedanken. Allereerst gaan mijn dank uit naar de Rechtbank Zeeland-West-Brabant die mij de mogelijkheid heeft geboden om binnen de organisatie af te kunnen studeren. Daarnaast wil ik Niki Lambregts-Brouwers bedanken voor haar begeleiding. De collega's van de afdeling Insolventierecht verdienen hier ook een vermelding voor hun hulp, tips en afleiding bij inspiratiegebrek. In het bijzonder wil ik Eva Melhem bedanken voor haar opbouwende commentaar en aanstekelijke motivatie. Ook gaat mijn dank uit naar Erik Boerma. Met zijn hulp heb ik een cursusdag faillissementsfraude kunnen bijwonen, waar ik veel kennis heb opgedaan. Daarnaast wil ik het thuisfront bedanken voor de hulp tijdens stressvolle momenten. Tot slot gaat mijn dank uit naar Jenny Pop, mijn eerste afstudeerdocent, voor de ondersteuning en kritische blik.

Met veel plezier heb ik mij verdiept in het verschijnsel faillissementsfraude en een klein stukje van de Belgische wetgeving omtrent het beroepsverbod.

Ik wens u veel leesplezier!

Marloes Ossenblok

Breda, januari 2014

Inhoudsopgave

SAMENVATTING

LIJST VAN AFKORTINGEN

1. INLEIDING	1
1.1 Afstudeerorganisatie	1
1.2 Aanleiding	1
1.3 Probleembeschrijving	2
1.4 Vraagstelling	3
1.5 Doelstelling	3
1.6 Onderzoeksstrategieën	3
1.6.1 Onderzoek van het recht	3
1.6.2 Onderzoek van de praktijk	4
1.7 Bronnen, methoden en verantwoording	4
1.7.1 Bronnen	4
1.7.2 Methoden en verantwoording	4
1.8 Leeswijzer	5
2. FAILLISEMENTSFRAUDE	6
2.1 Definitie	6
2.1.1 Benadelingshandeling	6
2.2 Soorten fraudeurs en faillissementsfraude	6
2.2.1 Soorten fraudeurs	7
2.2.2 Vormen van faillissementsfraude	7
2.3 Omvang en gevolgen	7
2.4 Aanpak van faillissementsfraude	8
2.5 Rol van de curator	9
2.6 Rol van de rechter-commissaris	9
2.7 Behandeling bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant	10
3. DE BESTRIJDING VAN FAILLISEMENTSFRAUDE IN HET HUIDIGE RECHT	11
3.1 Bestrijding middels het civiele recht	11
3.1.1 Intern toezicht	11
3.1.2 Bestuurdersaansprakelijkheid	11
3.1.2.1 Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement	11
3.1.2.2 Wet Bestuurdersaansprakelijkheid	12
3.1.2.3 Onrechtmatige daad	12
3.1.3 Actio Pauliana	12
3.1.4 Ontbinding van een rechtspersoon	13
3.1.5 Boekhoudingsverplichting	13
3.1.6 Wet Controle op rechtspersonen	13
3.1.7 Garantenstellingsregeling curatoren	14
3.2 Bestrijding middels het faillissementsrecht	14
3.2.1 Nader onderzoek	14
3.2.1.1 Systeem Vennoot	14
3.2.1.2 Centraal Insolventieregister	14
3.2.2 Faillissementspauliana	15
3.2.3 Horen	15
3.2.3.1 Inlichtingenplicht	15
3.2.3.2 Inbewaringstelling en gijzeling	15
3.2.4 Paspoortsignalering	16
3.3 Bestrijding middels het strafrecht	16

3.3.1 Eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk	16
3.3.2 Overige delictsomschrijvingen	16
3.3.3 Strafrechtelijk bestuursverbod	16
3.3.4 Aanwijzing Opsporing en Vervolging Faillissementsfraude	17
3.3.5 Fraudemeldpunt	17
4. NIEUWE MAATREGELEN TER BESTRIJDING VAN FAILLISEMENTSFRAUDE	18
4.1 Wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'	18
4.2 Civielrechtelijk bestuursverbod	19
4.2.1 Wijziging van het Handelsregisterbesluit	19
4.3 Herziening strafrechtelijk faillissement	19
4.4 Continuïteit van ondernemingen, faillissementsakkoord en stille bewindvoering	20
4.4.1 Wet continuïteit ondernemingen I: Stille bewindvoering en Pre-pack	20
4.4.2 Wet continuïteit ondernemingen II: Dwangakkoord buiten faillissement	20
4.4.3 Wet continuïteit ondernemingen III	21
4.5 Centraal aandeelhoudersregister	21
4.6 Versterking positie curator	21
4.6.1 Fraudebestrijding wettelijk taak curator	22
4.6.2 Informatie- en medewerkingsplicht failliet	22
4.7 Modernisering faillissementsprocedures	22
5. HET CIVIELRECHTELIJK BESTUURSVERBOD	23
5.1 Bestuursverboden	23
5.1.1 Civielrechtelijk vs. strafrechtelijk	23
5.2 Het voorontwerp Wet civielrechtelijk bestuursverbod	23
5.2.1 Doel en rechtsgevolgen	24
5.2.2 Handhaving	25
5.2.3 Reikwijdte	25
5.2.4 Het openbaar register	25
5.3 Wet civielrechtelijk bestuursverbod in vogelvlucht	26
5.3.1 Normen en elementen	26
5.3.2 Termijn	27
5.3.3 Overgangsrecht en inwerkingtreding	27
5.4 Partijen	27
5.4.1 Openbaar Ministerie	27
5.4.2 Curator	27
5.4.3 Rechtbank	28
5.4.4 Rechter-commissaris	28
5.4.5 Schuldeisers	28
5.4.6 Bestuurder	29
5.4.7 Notaris	29
5.4.8 Derde rechtspersoon	29
6. KRITISCHE KANTTEKENINGEN BIJ HET VOORONTWERP WET CIVIELRECHTELIJK BESTUURSVERBOD	30
6.1 Internetconsultatie, Raad voor de rechtspraak en juridische vakliteratuur	30
6.2 De Kritiekpunten	30
6.2.1 De rol van de curator	30
6.2.1.1 Faillissementsfraude als taak van de curator	31
6.2.1.2 Kosten van de procedure en de lege boedel problematiek	32
6.2.1.4 Dagvaardingsprocedure	33
6.2.1.5 Overige opmerkingen	33
6.2.2 Positionering van het verbod	34
6.2.3 Publicatie en registratie	34
6.2.4 Werklast	35

6.3 Gevolgen van de consultatie	35
7. HET BELGISCHE BESTUURSVERBOD	36
7.1 De Belgische wetgeving en het verbod	36
7.2 Het Koninklijk besluit nr. 22	36
7.2.1 Inhoud en reikwijdte	36
7.2.2 Normen	37
7.2.3 Termijn	37
7.2.4 Bevoegdheid rechtbank	37
7.2.5 Sanctie bij overtreden verbod	38
7.2.6 Partijen	38
7.2.7 Inwerkingtreding en beëindiging van het verbod	38
7.2.8 Bekendmaking van het verbod	38
7.3 Doelstelling	38
8. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	39
8.1 Conclusies	39
8.1.1 Faillissementsfraude	39
8.1.2 Bestrijding van faillissementsfraude in het huidige recht	39
8.1.3 Wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'	39
8.1.4 Het civielrechtelijk bestuursverbod	40
8.1.4.1 Rechtsgevolgen	40
8.1.2.2 Relatie met het strafrechtelijk bestuursverbod	41
8.1.2.3 Kritiek op het civielrechtelijk bestuursverbod	41
8.1.5 Bestrijding faillissementsfraude bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant	42
8.1.6 Het Belgische bestuursverbod	42
8.1.7 Slotconclusie	43
8.2 Aanbevelingen	44
9. EVALUATIE VAN HET ONDERZOEK	45
LITERATUURLIJST	46
BIJLAGEN	49
A Behandeling soorten faillissementsfraude bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant	49
B Overzicht instrumentarium bij faillissementsfraude	50
C Voorstellen die voortvloeien uit het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'	51
D Stroomschema procedure Wet civielrechtelijk bestuursverbod	52

Samenvatting

In de wet wordt er geen definitie van faillissementsfraude gegeven. De literatuur gebruikt echter wel een begripsbepaling om dit verschijnsel aan te duiden. Van faillissementsfraude is sprake als schuldeisers op wederrechtelijk wijze opzettelijk (dreigen te) worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden door gedragingen die vóór of tijdens een faillissement kunnen plaatsvinden. De bestrijding van faillissementsfraude verbeteren staat al jaren op de agenda van de Tweede Kamer. In de afgelopen twintig jaar zijn er verschillende maatregelen getroffen om de frequentie van dit verschijnsel te laten afnemen. Ondanks deze acties is er tot op heden nog geen effectieve en doortastende aanpak.

Minister Opstelten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie heeft per brief aangekondigd dat hij faillissementsfraude beter wil opsporen en harder gaat aanpakken. Het voorgaande wil hij bereiken met het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'. In dit programma zijn verschillende voorstellen opgenomen, die het faillissementsrecht de komende jaren mogelijk zullen veranderen. In het wetgevingsprogramma staan drie elementen centraal: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, modernisering van de Faillissementswet en fraudebestrijding. De invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod vloeit voort uit het laatste element van het wetgevingsprogramma. Door oplegging van dit verbod kan een frauderende bestuurder (tijdelijk) niet opnieuw aan de slag als bestuurder van een rechtspersoon. Het doel van dit verbod is het voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen kunnen voortzetten. Een civielrechtelijk bestuursverbod kan maximaal voor de duur van vijf jaar worden opgelegd.

Op het voorontwerp van het wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod zijn verschillende reactie gekomen. Burgers, ondernemers en organisaties hebben tijdens de (internet)consultatie kunnen reageren op het wetsvoorstel en de bijbehorende Memorie van Toelichting. Daarnaast heeft de Raad voor de rechtspraak over het voorgaande advies gegeven aan minister Opstelten. Hierin worden tevens kritische gekeken naar het voorstel omtrent een civielrechtelijk bestuursverbod. Ook in de juridische vakliteratuur zijn verschillende reacties naar voren gekomen. In voormelde bronnen van kritiek komen een aantal punten veelvuldig voor. Zo worden er bij de volgende onderwerpen vraagtekens gezet: de rol die de curator krijgt bij het bestrijden van faillissementsfraude, de positionering van het verbod in de Faillissementswet en de manier van publicatie en registratie van een verbod.

In de wetgeving van verschillende Europese landen komt een variant van het civielrechtelijk bestuursverbod al voor. Landen als Engeland, Duitsland en België zijn reeds bekend met zo'n verbod. In de Belgische wetgeving is het verbod opgenomen in het Wetboek van Koophandel. De titel van dit verbod luidt als volgt: *'Het Koninklijk besluit nr. 22 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen'*.

De afdeling Insolventie van de rechtbank Zeeland-West-Brabant behandelt op dit moment geen zaken die betrekking hebben op de bestrijding van faillissementsfraude. Deze zaken worden namelijk behandeld door de afdeling Handelsrecht. Het wetsvoorstel geeft niet aan welke afdeling van de rechtbank of welke rechter de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod dient uit te spreken. Of een civielrechtelijk bestuursverbod ervoor zorgt dat de frequentie van faillissementsfraude afneemt, is echter nog af te wachten. Dit zal de praktijk moeten uitwijzen. Tevens staat nog niet vast of de behandeling van het verbod wordt weggelegd bij de afdeling Insolventie van de rechtbank Zeeland-West-Brabant.

Lijst van afkortingen

art.	Artikel
AOVF	Aanwijzing Opsporing en Vervolging Faillissementsfraude
AWR	Algemene Wet Rijksbelastingen
bv	Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CIR	Centraal Insolventieregister
(de) Commissie	Commissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten
COR	Wet controle op rechtspersonen
EU	Europese Unie
FIOD	Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst
FMP	Fraudemeldpunt
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HSI	Hugo Sinzheimer Instituut
INSOLAD	Vereniging Insolventierecht Advocaten
jo.	Juncto
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
KvK	Kamer van Koophandel
MKB-Nederland	Midden- en Kleinbedrijf Nederland
MVenJ	Ministerie van Veiligheid en Justitie
MvT	Memorie van Toelichting
NEVOA	Beroepsorganisatie Bedrijfsjuridische Adviseurs
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
nv	Naamloze Vennootschap
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
OM	Openbaar Ministerie
Opstellen	Minister I.W. Opstellen
p.	Pagina
(de) Raad	Raad voor de rechtspraak
rb.	Rechtbank
RC	Rechter-commissaris
RvS	Raad van State
Recofa	Werkgroep rechters-commissarissen in faillissementen
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VEB	Vereniging van Effectenbezitters
VNO-NCW	Verbond Nederlandse Ondernemingen-Nederlands Christelijk Werkgeversverbond
VOF	Vennootschap onder firma
WBA	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid
WBF	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WSNP	Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen
WvK	Wetboek van Koophandel

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt kort iets beschreven over de afstudeerorganisatie. Vervolgens wordt de aanleiding van het onderzoek weergegeven. Daarna volgt de uiteenzetting van de vraagstelling, de gekozen onderzoeksstrategieën en de bronnen, methoden en verantwoording van de gekozen onderzoeksmethodiek. Tot slot is in dit hoofdstuk een leeswijzer opgenomen.

1.1 Afstudeerorganisatie

Op 1 januari 2013 is, uit een fusie tussen de voormalige rechtbanken Breda en Middelburg, de rechtbank Zeeland-West-Brabant ontstaan. Zij is in haar arrondissement bevoegd om in eerste aanleg recht te spreken. Dit betekent dat de rechtbank Zeeland-West-Brabant de eerste instantie is die een juridisch oordeel over een zaak of conflict geeft. Na deze uitspraak kan een procespartij in hoger beroep gaan. Rechtbank Zeeland-West-Brabant kent verschillende locaties, namelijk Breda, Middelburg, Bergen op Zoom en Tilburg. Er worden bestuurs-, civiele, kanton en strafzaken behandeld. Tevens heeft de rechtbank Zeeland-West-Brabant een mediationbureau.¹

Het team insolventie is belast met de behandeling van –en de beslissing op– verzoeken op het gebied van het Insolventierecht. Het Insolventierecht wordt uitgewerkt in de Faillissementswet. In de Faillissementswet worden drie verschillende procedures onderscheiden, namelijk het faillissement, de surseance van betaling en de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP). Het team insolventie houdt zich onder andere bezig met verzoekschriften tot faillietverklaring, waaronder eigen aangiftes tot faillietverklaring, verzoeken tot surseance van betaling en verzoekschriften betreffende de aanvraag tot toelating in de WSNP. Tevens krijgt het team insolventie verzoeken tot een voorlopige voorziening in de WSNP-regeling en verzoeken tot omzetting van een faillissement naar de WSNP.

1.2 Aanleiding

In 2012 is er een recordaantal faillissementen uitgesproken, namelijk 11.235. In vergelijking met andere jaren levert dit een forse stijging op. Het voorgaande heeft het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) in een persbericht gemeld.² Mede door deze stijging staat het bestrijden van faillissementsfraude (opnieuw) in de schijnwerpers. Deze vorm van fraude is de afgelopen twintig jaar regelmatig besproken en zijn er verschillende oproepen geweest om de wetgeving op dit punt te verbeteren.

In 2011 en 2012 heeft minister I.W. Opstelten (Opstelten) in de Tweede Kamer een aantal maatregelen toegezegd over de aanpak van faillissementsfraude. Het betreft de volgende instrumenten:

- De herziening van de Garantenstellingsregeling Faillissementscuratoren;
- De inrichting van een centraal meldpunt faillissementsfraude dat is ondergebracht bij de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (FIOD) en;
- Het opstellen van een richtlijn voor de aanpak van eenvoudige fraudezaken om de opsporing door de politie te faciliteren.

Per brief van 23 november 2012 heeft de minister aangegeven dat deze maatregelen zijn ingevoerd. Ook heeft hij in deze brief voorgenomen maatregelen bekendgemaakt die bijdragen aan de bestrijding van faillissementsfraude.³

Opstelten heeft op 26 november 2012 het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' aangekondigd. De aanleiding van dit programma is dat de huidige

¹ Over de rechtbank < <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/Zeealand-West-Brabant/OverDeRechtbank/Pages/default.aspx> > geraadpleegd op 12 september 2013.

² Centraal Bureau voor de Statistiek 23 januari 2013, 'Recordaantal faillissementen in 2012'.

³ Kamerstukken II 2011/12, 29 911 nr. 74.

wetgeving is verouderd en de economische crisis om modernisering roept. Met het programma wil hij verbeterpunten in het faillissementsrecht verkennen en uitwerken. De onderwerpen die in het wetgevingsprogramma centraal staan zijn: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, modernisering van de huidige wetgeving en fraudebestrijding. Aan het laatste onderwerp is voorrang gegeven.⁴

De minister heeft zowel civielrechtelijke als strafrechtelijke maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude geopperd. De voorstellen die voortvloeien uit het programma zijn het opnemen van een civielrechtelijk bestuursverbod, de herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht, versterking van de positie van de curator en de instelling van een centraal aandeelhoudersregister.⁵

1.3 Probleembeschrijving

Niet de rechtbank, maar de curator is doorgaans de eerste die ontdekt dat er mogelijk sprake is van faillissementsfraude in een betreffende zaak. Voordat hij hiervan aangifte kan doen, heeft hij toestemming van de rechter-commissaris (RC) nodig, zodat een dergelijke procedure kan worden gestart.⁶ Het voorgaande betreft een strafrechtelijke procedure. Middels de civiele weg kan een curator ook faillissementsfraude bestrijden, namelijk op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, actio pauliana en vorderingen uit onrechtmatige daad.⁷ Ook om deze procedure te starten heeft de curator toestemming van de RC nodig. De RC heeft geen actieve rol in het onderzoek naar faillissementsfraude in een bepaalde zaak. Art. 64 van de Faillissementswet bepaalt namelijk dat de RC toezicht houdt op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator. De RC gaat na of de curator zich houdt aan de grenzen van de wet, of hij handelt in het belang van de boedel en of hij zijn taak behoorlijk vervult.⁸

Door de huidige wetgeving, omtrent de instrumenten ter bestrijding van faillissementsfraude, speelt een dergelijke procedure zich niet af bij het team insolventie van de rechtbank. Deze procedures zijn namelijk ondergebracht bij de straf- of de handelskamer van de rechtbank. Omdat een procedure betreffende faillissementsfraude elders is geplaatst, heeft het team insolventie weinig zicht op de procedures in het huidige en (mogelijk) toekomstige recht. Dit is echter wel wenselijk zodat de samenwerking tussen de rechtbank en de curatoren wordt versterkt om zo faillissementsfraude beter te bestrijden.

Het sanctie-instrumentarium ter bestrijding van faillissementsfraude wordt door de komst van de aangekondigde maatregelen door de minister vergroot. Om deze veranderingen helder te krijgen, wenst de rechtbank Zeeland-West-Brabant een overzicht van de huidige en de toekomstige instrumenten ter bestrijding van faillissementsfraude. Hierbij is mede van belang dat de spelers die betrokken zijn bij een dergelijke procedure in kaart worden gebracht. De rechtbank Zeeland-West-Brabant wil met name dat het wetsvoorstel betreffende het civielrechtelijk bestuursverbod en de memorie van toelichting op dit voorstel onderzocht worden. Naar verwachting wordt dit instrument op 1 juli 2014 ingevoerd.⁹ De rechtbank Zeeland-West-Brabant probeert in te spelen op de toepassing van dit mogelijke toekomstige instrument.

De rechtbank Zeeland-West-Brabant wenst meer duidelijkheid te krijgen over een civielrechtelijk bestuursverbod in een faillissementsprocedure. Daarnaast is het thans voor de rechtbank onduidelijk wat het wetsontwerp inhoudt en welke gevolgen dit heeft voor de bestaande werkwijze.

⁴ Kamerstukken II 2012/13, 33 695 nr.1.2

⁵ Kamerstukken II 2012/13, 33 695 nr.1 en Kamerstukken II 2012/13, 29 991 nr. 74.

⁶ Art. 68 van de Faillissementswet.

⁷ R. Knecht, e.a., 'Faillissementsfraude en de rol van de curator', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2006, 19.

⁸ MvT bij de Faillissementswet.

⁹ Antwoord voor bedrijven 'Invoering civielrechtelijk bestuursverbod'

<<http://www.antwoordvoorbedrijven.nl/wetswijziging/invoering-civielrechtelijk-bestuursverbod>> geraadpleegd op 5 september 2013.

Op het voorstel tot de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod is kritiek gekomen. Deze kritiek komt zowel uit de media als uit de consultatieperiode van het wetsvoorstel. Burgers, bedrijven en koepelorganisaties, zoals onder andere de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB), hebben hun commentaar bekend gemaakt. Voor de rechtbank Zeeland-West-Brabant is het commentaar van deze groeperingen van belang. Het voorgaande kan aanpassingen aan het voorontwerp van het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod opleveren. Hierdoor wenst de rechtbank de kritiek te inventariseren.

Tot slot vraagt de rechtbank Zeeland-West-Brabant zich af hoe een dergelijk verbod elders binnen de Europese Unie (EU) in de wet is opgenomen. De minister heeft namelijk te kennen gegeven dat landen als Duitsland, Engeland en België al een vorm van een civielrechtelijk bestuursverbod kennen. Door dit te bekijken kan een vergelijking worden gemaakt die eventueel kan leiden tot opname van handelingen in een nieuwe werkwijze voor de rechtbank.

1.4 Vraagstelling

De centrale vraag van dit onderzoek luidt: *‘Op welke wijze kan faillissementsfraude nu en in de toekomst worden bestreden en welke plaats neemt het toekomstige wetsvoorstel betreffende het civielrechtelijk bestuursverbod daarbij in, mede gelet op de taakverdeling binnen de rechtbank Zeeland-West-Brabant en de Belgische wetgeving omtrent een dergelijk verbod?’*

Aan de hand van de volgende deelvragen zal de centrale vraag worden beantwoord:

1. Wat is faillissementsfraude?
2. Op welke wijze wordt faillissementsfraude in het huidige recht bestreden?
3. a. Welke nieuwe voorstellen heeft minister I.W. Opstelten aangekondigd en wat houden deze voorstellen in?
b. Welke kritiek bestaat er op het wetsontwerp civielrechtelijk bestuursverbod?
4. Hoe ziet de taakverdeling er binnen de rechtbank Zeeland-West-Brabant uit indien het civielrechtelijk bestuursverbod wordt opgenomen in de wet zoals beschreven in het voorontwerp?
5. Hoe verloopt een procedure tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod op grond van de Belgische wetgeving?

1.5 Doelstelling

Het doel is om op 6 januari 2014 het onderzoeksrapport over de bestrijding van faillissementsfraude te hebben afgerond en ingeleverd, zodat er duidelijkheid ontstaat voor de medewerkers van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, team insolventie over de maatregelen en mogelijke veranderingen die voortvloeien uit het wetsontwerp civielrechtelijk bestuursverbod.

1.6 Onderzoeksstrategieën

In dit onderzoek worden het recht en de praktijk onderzocht.

1.6.1 Onderzoek van het recht

Tijdens onderzoek van het recht zal voornamelijk gebruik worden gemaakt van rechtsbronnen- en literatuur. Deze schriftelijke bronnen die gevonden worden ten behoeve van het onderzoek, worden geanalyseerd, vergeleken en geïnterpreteerd.

1.6.2 Onderzoek van de praktijk

Het betreft een kwalitatief onderzoek. Het gaat om het begrijpen van een gebeurtenis, situatie, proces of een ander verschijnsel uit de sociale werkelijkheid. In het onderzoek

worden de casestudy en survey gebruikt als kwalitatieve onderzoeksstrategieën. In de casestudy wordt het civielrechtelijk bestuursverbod bestudeerd als geheel in relatie met faillissementsfraude en het huidige recht dat de rechtelijke macht hanteert.

1.7 Bronnen, methoden en verantwoording

Om gegevens en kennis op te doen wordt informatie verzameld ten behoeve van faillissementsfraude, het civielrechtelijk bestuursverbod en andere relevante onderwerpen. Deze gegevens en kennis zijn te vinden in verschillende soorten bronnen. Het gebruik van meerdere soorten bronnen wordt ook wel triangulatie genoemd.

1.7.1 Bronnen

Bronnen die tijdens het onderzoek gebruikt worden zijn: rechtsbronnen, literatuur, documenten en media. Hieronder worden de bronnen per deelvraag weergegeven.

1. Wat is faillissementsfraude?

Om antwoord te kunnen geven op deze deelvraag worden rechtsbronnen als de Wet en jurisprudentie gebruikt. Tevens wordt literatuur geraadpleegd in de vorm van handboeken en tijdschriftartikelen.

2. Op welke wijze wordt faillissementsfraude in het huidige recht bestreden?

Voor de te raadplegen bronnen, zie deelvraag 1.

3a. Welke nieuwe voorstellen heeft minister I.W. Opstelten aangekondigd en wat houden deze voorstellen in?

Ter beantwoording van deze deelvraag zullen voornamelijk documenten (Kamerstukken) worden gebruikt.

b. Welke kritiek bestaat er op het wetsontwerp civielrechtelijk bestuursverbod?

Om de kritiek op het wetsontwerp civielrechtelijk bestuursverbod in kaart te kunnen brengen zijn documenten nodig. Dit zijn documenten in de vorm van brieven die naar de minister zijn gestuurd als reactie op het wetsontwerp. Daarnaast is veel kritiek gevonden in de media en deze zal dan ook als bron fungeren.

4. Hoe ziet de taakverdeling er binnen de rechtbank Zeeland-West-Brabant uit indien het civielrechtelijk bestuursverbod wordt opgenomen in de wet zoals beschreven in het voorontwerp?

Voor de beantwoording van deze deelvraag worden bronnen als het wetsontwerp civielrechtelijk bestuursverbod en de Memorie van Toelichting op dit ontwerp gebruikt. Verder zullen personen ter beantwoording van deze deelvraag als bron fungeren.

5. Hoe verloopt een procedure tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod op grond van de Belgische wetgeving?

Om deze deelvraag te kunnen beantwoorden, is de Belgische wetgeving de belangrijkste schakel. Eerst dient te worden uitgezocht onder welke sector het faillissementsrecht in België valt. Tevens zal bekeken moeten worden waar het civielrechtelijke bestuursverbod is ondergebracht. Vervolgens zal deze wetgeving doorzocht moeten worden.

1.7.2 Methoden en verantwoording

Om de deelvragen te kunnen beantwoorden worden bronnen gebruikt die besproken zijn in paragraaf 7.1. De betrouwbaarheid van het onderzoek wordt gewaarborgd, doordat er gebruik wordt gemaakt van betrouwbare bronnen. Als het rapport antwoordt geeft op de centrale vraag en de gestelde deelvragen, zal het rapport als valide kunnen worden beschouwd. In deze paragraaf wordt aangegeven op welke methode de voormelde bronnen worden gehanteerd.

1. **Documenten;** De documenten die als bron fungeren om een antwoord te kunnen vormen op de voormelde deelvragen zijn onder andere: Kamerstukken, het

wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod, de Memorie van Toelichting bij dit wetsvoorstel, adviesrapporten en brieven van burgers en instanties die tijdens de consultatie van het wetsvoorstel hierop hebben gereageerd.

2. **Handboeken;** De handboeken die gebruikt worden voor dit onderzoek worden vermeld in de literatuurlijst bij dit onderzoek.
3. **Media;** Met de bron media wordt met name de elektronische bron 'het internet' bedoeld. Hierbij zal de informatie van betrouwbare, kwalitatief goede en geldige websites komen. Om dit te bereiken wordt de informatie van het besloten deel van het internet gehaald. Deze informatie wordt verkregen door middel van *Porta Iuris*, de elektronische databank voor de rechtspraak. De verkregen informatie kan zo als betrouwbaar, geldig en kwalitatief goed worden beoordeeld omdat deze gecontroleerd wordt door een redactie. De overige informatie die niet afkomstig is van het *deep web*, wordt beoordeeld op betrouwbaarheid, geldigheid en kwaliteit. De informatie die afkomstig is van deze bronnen zal niet als hoofdinformatie worden gebruikt. Wel kan deze informatie ondersteuning bieden aan informatie die gevonden wordt op het *deep web*.
4. **Personen;** Indien personen als bron worden gebruikt ter beantwoording van een deelvraag, zullen dit deskundige zijn. Het betreft hier niet één individu maar een groep personen. Deze groep wordt ook wel als het onderhoudsteam aangeduid. Het onderhoudsteam is een samenstelling van medewerkers uit alle geledingen. Dit zorgt voor draagvlak en inzicht in de effecten die nieuwe werkprocessen of aanpassingen van werkprocessen met zich mee brengen.

1.8 Leeswijzer

Ter uitwerking van de centrale vraag en de bijbehorende deelvragen, wordt in het tweede hoofdstuk (kort) ingegaan op faillissementsfraude. Zo zal het begrip faillissementsfraude, dat centraal staat in deze scriptie, nader worden gedefinieerd. Verder zal onder andere worden ingegaan op de te onderscheiden soorten van faillissementsfraude en komen en de gevolgen van faillissementsfraude (kort) aan de orde. In hoofdstuk drie zal gaan over de bestrijding van faillissementsfraude. Hierin komt het instrumentarium ter bestrijding van faillissementsfraude aan bod, dat op grond van de huidige wetgeving bestaat. Deze middelen vinden hun grondslag in het civielrecht, maar ook het strafrecht speelt hierbij een belangrijke rol. Het voornemen van Minister Opstelten om faillissementsfraude beter aan te pakken, wordt in het vierde hoofdstuk behandeld. Er wordt ingegaan op het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'. Dit programma heeft een aantal aspecten die invloed kunnen hebben op de bestrijding van faillissementsfraude. Het vijfde hoofdstuk zal inzoomen op het conceptwetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod. De procedure, handhaving, aanpak en de actoren die een rol spelen bij een civielrechtelijk bestuursverbod zijn elementen die in dit hoofdstuk centraal staan. Gezien het feit dat het wetsvoorstel nog in de ontwerpfase bekend is gemaakt, hebben verschillende bedrijven, instanties en personen hierop kunnen reageren tijdens de internetconsultatie. Uit deze reacties en uit de media blijkt dat er een aantal kritische opmerkingen bij het wetsvoorstel te maken zijn. Een aantal van deze kanttekeningen zullen in het zesde hoofdstuk worden weergegeven. In hoofdstuk zeven wordt een vergelijking gemaakt tussen het civielrechtelijk bestuursverbod dat reeds in de Belgische wetgeving is geïmplementeerd en een dergelijk verbod dat mogelijk in Nederland wordt ingevoerd. De laatste twee hoofdstukken behelzen de conclusies en aanbeveling en de evaluatie van het onderzoek.

Hoofdstuk 2 Faillissementsfraude

Als een schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, dan kan hij bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement worden verklaard.¹⁰ Tijdens het faillissement wordt het vermogen van de failliet verrekend over zijn schuldeisers.¹¹ Naar schatting wordt in een kwart tot een derde van de faillissementen een vorm van fraude gepleegd.¹² In paragraaf 1.2 is vermeld dat de Tweede Kamer in het verleden verschillende maatregelen ter verbetering van de bestrijding van faillissementsfraude heeft getroffen. Ondanks deze pogingen heeft Minister Opstelten op 30 juni 2011 aangegeven dat dit nog steeds een veel voorkomend probleem is. In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op de definitie van faillissementsfraude. Vervolgens worden de soorten, gevolgen en de aanpak van verschijnsel besproken. Daarna komt de rol van de curator en die van de RC aanbod. Tenslotte zal de behandeling van faillissementsfraude bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant worden besproken.

2.1 Definitie

In de wet wordt geen specifieke definitie van faillissementsfraude gegeven. De literatuur gebruikt echter wel een begripsbepaling om deze vorm van fraude aan te duiden. Er is sprake van faillissementsfraude als schuldeisers op wederrechtelijke wijze opzettelijk (dreigen te) worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden door gedragingen die vóór of tijdens een faillissement plaats kunnen vinden. De bedoelde gedragingen uit de voormelde definitie zorgen er doorgaans voor dat het vermogen van de failliet afneemt. Hierdoor is het vermogen (nog meer) ontoereikend geworden om alle schuldeisers af te betalen.¹³ Ook Opstelten heeft een omschrijving van faillissementsfraude gegeven. Hij is van mening dat faillissementsfraude zich voordoet als er misbruik wordt gemaakt van een faillissementsprocedure om financieel gewin te behalen.¹⁴ Daarnaast heeft het Hof 's-Hertogenbosch tevens een formulering geschetst: *'bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard'*.¹⁵ De omschrijving van het begrip faillissementsfraude komt in de voormelde bronnen neer op gedragingen van de failliet die schuldeisers benadelen. Tevens kan uit de omschrijvingen worden afgeleid dat faillissementsfraude zowel civiele- als strafrechtelijke aspecten kent.¹⁶

2.1.1 Benadelingshandeling

Het benadelen van schuldeisers in of vóór een faillissementsprocedure geschiedt middels een benadelingshandeling. Onder deze handelingen vallen daden van personen of instanties die betrokken zijn bij een faillietverklarde onderneming en/of bij het faillissement van die onderneming. De gevolgen van deze daden zijn (potentieel) nadelig voor andere personen of instanties die aanspraak kunnen maken op de faillissementsboedel.¹⁷ Er zijn verschillende gedragingen aan te merken als benadelingshandeling, die gezien kunnen worden als faillissementsfraude. Deze zullen in paragraaf 2.2.2 worden besproken.

2.2 Soorten fraudeurs en faillissementsfraude

Er zijn verschillende soorten van faillissementsfraude die kunnen worden onderverdeeld naar type fraude, maar ook naar type fraudeur. In de volgende twee paragrafen zullen de vormen van faillissementsfraude, respectievelijk de soorten fraudeurs worden behandeld.

¹⁰ Art. 1 lid 1 Fw.

¹¹ Polak/Pannevis 2011, p. 2.

¹² Hilverda 2009, p. 5 en CBS '3.9 miljard euro onbetaalde schulden bij faillissementen', <<http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/artikelen/archief/2011/2011-3491-wm.htm>> geraadpleegd op 10 oktober 2013.

¹³ Hilverda 2012, p. 3-4 en Knecht e.a. 2005, p. 3.

¹⁴ Kamerstukken II, 2010/11, 29 911, nr. 52, p.1

¹⁵ Hof 's-Hertogenbosch, 13 december 2010, LJN BO7571.

¹⁶ C.M. Hilverda, 'De nationale politie', NJB 2012, 2239, p.1-8.

¹⁷ R. Knecht e.a. 2005, p.3-4.

2.2.1 Soorten fraudeurs

Bij de soorten fraudeurs kan een onderscheid gemaakt worden tussen gelegenheids- en beroepsfraudeurs. De gelegenheidsfraudeur wil een wederrechtelijk voordeel halen uit een niet vooropgezet faillissement. Zij doen dit door bijvoorbeeld niet alle bezittingen op te geven aan de curator, het wegsluizen van activa, nepvorderingen te betalen aan bestuurders of hun familieleden en/of vorderingen van de rechtspersoon te betalen op de privérekening van de bestuurder.¹⁸ Deze frauduleuze handelingen doet de activa van de failliete rechtspersoon afnemen.

Bij de beroepsfraudeurs is het faillissement juist een doelbewust instrument om op onrechtmatige wijzen vermogen aan de boedel te onttrekken. Deze fraudeurs trekken de onderneming bijvoorbeeld leeg zodra 'de grond onder de voeten te heet wordt'. Vervolgens worden de activiteiten voortgezet in een andere onderneming.¹⁹

2.2.2 Vormen van faillissementsfraude

In de praktijk worden drie verschillende hoofdvormen van faillissementsfraude onderscheiden:²⁰

1. Faillissementsfraude: Bij deze vorm worden schuldeisers opzettelijk benadeeld door onregelmatigheden die plaatsvinden vóór of tijdens een faillissement. Een benadelingshandeling die gehanteerd wordt is het onttrekken van activa aan de boedel van de rechtspersoon. Hierdoor neemt de te verdelen opbrengst onder de schuldeisers af. Ook kan het zo zijn dat de schuldeisers worden benadeeld doordat bepaalde crediteuren nog snel worden betaald, wat ten koste gaat van de (overige) schuldeisers. Daarnaast komt het voor dat een faillissement een vooropgezet plan was om de schuldeisers te benadelen. Bij de oprichting of aankoop van een rechtspersoon ligt het plan er al dat zij niet aan haar betalingsverplichtingen gaat voldoen. Deze vorm wordt dikwijls gehanteerd door beroepsfraudeurs.

2. Misbruik van faillissement: bij de tweede vorm gebruikt de rechtspersoon het faillissement om zich te ontdoen van zakelijke verplichtingen, bijvoorbeeld arbeids- en huurovereenkomsten. De continuïteit van de rechtspersoon geeft hier echter geen aanleiding voor. Door het aanvragen van het faillissement of door uitlokking hiervan, kan een rechtspersoon onder ongewenste verplichtingen uitkomen of een bestaande onrendabele situatie vroegtijdig beëindigen.

3. Onbehoorlijk handelend bestuur: hierbij is het faillissement het gevolg van ondeskundig, slordig of nalatig gedrag van de bestuurder. De bestuurder kan, voor het schadebedrag dat overblijft na verdeling van de boedel, aansprakelijk worden gesteld.

Meestal gaat faillissementsfraude, in welke vorm dan ook, samen met het niet (goed) bijhouden, bewaren of ongeschonden tevoorschijn brengen van een correcte boekhouding. De fraudeur heeft er namelijk belang bij dat de gepleegde fraude niet is te achterhalen.²¹

2.3 Omvang en gevolgen

Uit cijfers van het CBS blijkt dat er 4,3 miljard euro aan schuld is achtergebleven bij afgewikkelde faillissementen van bedrijven en instellingen. Daarvan bleef 3,9 miljard euro onbetaald, waarvan bijna 700 miljoen euro uit faillissementen komt waarin sprake is van

¹⁸ C.M. Hilverda, 'De economische malaise: een zegen voor de faillissementsfraudebestrijding?!', *Nederlands Juristenblad* 2012, afl.3, p. 185.

¹⁹ Hilverda 2012, p. 4.

²⁰ O.a. door het OM en R. Knecht 2005.

²¹ Hilverda 2012, p.5.

strafbare schuldeiserbenadeling. Tevens meld het CBS dat in bijna een kwart van de faillissementsgevallen sprake is van fraude.²² Hieruit kan worden opgemaakt dat faillissementsfraude een veel voorkomend en schadelijk fenomeen is.

Als gevolg van de frequentie waarop faillissementsfraude voorkomt, kreeg de bestrijding daarvan steeds meer aandacht in de politiek. Naast het besef dat dit fenomeen enorme materiële schade met zich meebrengt, groeide het inzicht in de ondermijnende effecten die faillissementsfraude op de samenleving heeft.²³

Alle vormen van faillissementsfraude dragen gevolgen met zich mee. Deze gevolgen treffen verschillende groeperingen. Ten eerste heeft het invloed op het handelsverkeer. Voor een gezond en bloeiend handelsverkeer zijn het vertrouwen dat kredieten worden voldaan en schulden worden afgelost belangrijke factoren. Faillissementsfraude schendt dit vertrouwen omdat aan deze normen niet kan worden voldaan. Het gevolg hiervan is dat fraudeurs (doorgaans) vrijuit gaan en de bereidheid van slachtoffers vermindert om zich wel aan de regels te houden.²⁴

Daarnaast is het voor de schuldeisers in een faillissement van essentieel belang dat er zoveel mogelijk activa in de boedel blijft gedurende het faillissement. Hun vordering op de failliet wordt hier namelijk uit betaald. Als fraudeurs er in slagen om activa aan de boedel te onttrekken, dan zijn het de schuldeisers die daardoor geld mislopen. Ook komt het voor dat een schuldeiser wordt meegesleurd in een eigen faillissement doordat de faillissementsfraudeur niet aan hem betaald. Naast de twee voormelde groepen treft faillissementsfraude ook de werknemers van de failliete rechtspersoon. Zij kunnen niet (meer) worden uitbetaald voor de gewerkte uren. Tevens verliezen zij door het faillissement hun baan.²⁵

Tenslotte heeft faillissementsfraude ook gevolgen voor de samenleving. De Belastingdienst en het Uitkeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) zijn vaak schuldeisers in een faillissement. Deze organen worden gefinancierd met overheidsgeld, afkomstig van de samenleving. Hierdoor komen er ook kosten voor rekening van de belastingbetaler.²⁶

2.4 Aanpak van faillissementsfraude

Gezien de lage pakkans van 2,5% is er nog veel winst te behalen op de bestrijding van faillissementsfraude.²⁷ Faillissementsfraude is een typisch ketenprobleem, dat effectief kan worden aangepakt indien alle betrokken partijen samenwerken.²⁸ Om de bestrijding van faillissementsfraude zo effectief mogelijk te maken dient er aandacht te zijn voor zowel preventie, bestuurlijk toezicht als voor civielrechtelijk verhaal en strafrechtelijke handhaving. Om deze combinatie van middelen doeltreffend in te zetten is een goede samenwerking tussen alle betrokken organisaties van belang. Iedere partner vormt een onmisbare schakel in de keten en partijen stemmen de aanpak met elkaar af, zodat optimaal gebruik wordt gemaakt van elkaars capaciteit, informatie, deskundigheid en bevoegdheden. Bij de bestrijding van faillissementsfraude wordt een combinatie van verschillende instrumenten en maatregelen ingezet. Door samenspel van deze middelen worden zij aangevuld en versterkt.²⁹ In hoofdstuk drie worden de verschillende instrumenten ter bestrijding van faillissementsfraude besproken, net als de bijbehorende spelers.

²² CBS '3.9 miljard euro onbetaalde schulden bij faillissementen', <<http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/artikelen/archief/2011/2011-3491-wm.htm>> geraadpleegd op 10 oktober 2013.

²³ R. Knecht 2005, p.136-137.

²⁴ C.M. Hilverda, 'De economische malaise: een zegen voor de faillissementsfraudebestrijding?!', *Nederlands Juristenblad* 2012, afl. 3, p. 186.

²⁵ *Kamerstukken II*, 2011/12, 29 911 nr. 52, p.1.

²⁶ Hilverda 2012, p. 6.

²⁷ Knecht e.a. 2005, p.136-137.

²⁸ *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 1230.

²⁹ *Kamerstukken II*, 2012/13, 29 911, nr. 57 p. 2-5.

2.5 Rol van de curator

De rechtbank stelt een curator aan in het vonnis van faillietverklaring.³⁰ Het is de taak van een faillissementscurator (curator) om, onder toezicht van de RC en de rechtbank, het faillissement af te wikkelen en een rechtvaardige verdeling van de failliete boedel te verwezenlijken. Indien hij het voorgaande als gevolg van faillissementsfraude niet kan volbrengen, zal hij moeten proberen om de negatieve effecten ongedaan te maken. Dit kan de curator doen door de weggesluisde activa terug te halen en de fraudeurs aansprakelijk te stellen voor de door de fraude veroorzaakte schade.³¹

De curator is doorgaans de eerste die in een faillissement signalen van faillissementsfraude constateert.³² Het is in dergelijke gevallen belangrijk dat de curator melding maakt van signalen van (mogelijke) fraude. Het voorgaande kan namelijk tot opsporing en vervolging leiden. Faillissementscuratoren hebben verschillende middelen tot hun beschikking ter bestrijding van faillissementsfraude. Deze middelen zijn echter alleen zinvol indien vermogensbestanddelen te achterhalen zijn. Doorgaans is dit niet mogelijk doordat de fraudeur het onttrokken vermogen uit de boedel reeds heeft uitgegeven en is er voor de curator geen traceerbare verhaalsactiva meer. De inzet van middelen tegen de frauderende rechtspersoon dient de curator af te wegen tegen de kans van slagen, de opbrengst en de kosten die het ingezette middel met zich meebrengt.³³

Uit onderzoek blijkt echter dat curatoren geen actieve houding hebben bij het signaleren en eventueel bestrijden van faillissementsfraude.³⁴ De curator wordt namelijk betaald uit de faillissementsboedel. In het geval van faillissementsfraude is er vaak geen of onvoldoende activa in de boedel beschikbaar. Hierdoor komt het doen van onderzoek naar faillissementsfraude door de curator, vaak voor eigen rekening. Daarnaast is de pakkans bij faillissementsfraude erg klein, waardoor de curator doorgaans niet ijverig is met het doen van onderzoek.³⁵

2.6 Rol van de rechter-commissaris

Er zijn verschillende manieren waarop de RC een rol kan spelen bij de opsporing en bestrijding van faillissementsfraude door de curator. Ten eerste kan de RC invloed uitoefenen door middel van de benoeming van een curator. Als de RC tijdens de zitting al vermoedt dat er mogelijk sprake zou kunnen zijn van faillissementsfraude, dan kan hij dit meenemen bij de benoeming van een curator. Hij kan dan een curator aanwijzen die veel ervaring heeft en deskundig is op het terrein van de bestrijding van faillissementsfraude. Daarnaast kan de RC een rol spelen bij de bestrijding van faillissementsfraude door het uitoefenen van toezicht op en aansturing van de curator. Tijdens een faillissementsprocedure houdt de RC namelijk toezicht op de werkzaamheden van de curator. Voornamelijk krijgt dit vorm op grond van de periodieke verslagen die de curator doet toekomen aan de RC. Het is mogelijk dat de RC uit de periodieke verslagen een vermoeden van faillissementsfraude opdoet. Indien hij constateert dat de curator geen actie onderneemt om dit te bestrijden, dan kan hij de curator daarop wijzen. De RC kan hier zijn toezichthoudende functie gebruiken om de curator opdracht te geven om bepaalde handelingen te verrichten.³⁶

³⁰ Art. 14 lid 1 Fw.

³¹ C.M. Hilverda, 'De economische malaise: een zegen voor de faillissementsfraudebestrijding?', *Nederlands Juristenblad* 2012, afl. 3, p. 187.

³² Memorie van Toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod p.3.

³³ C.M. Hilverda, 'De economische malaise: een zegen voor de faillissementsfraudebestrijding?', *Nederlands Juristenblad* 2012, afl. 3, p. 187.

³⁴ Kamerstukken II, 2005,06, 27 244, nr. 25 en Knecht e.a. 2005, p. 75-78.

³⁵ C.M. Hilverda, 'De economische malaise: een zegen voor de faillissementsfraudebestrijding?', *Nederlands Juristenblad* 2012, afl. 3, p. 186.

³⁶ Knecht e.a. 2005, p. 87-89.

2.7 Behandeling bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant

De rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft de bevoegdheid om een zaaksverdeling vast te stellen. Hierin worden de soort zaken onderverdeeld over de afdelingen binnen de rechtbanken.³⁷ Op dit moment komen er geen zaken die vallen onder de soorten faillissementsfraude behandeld door de afdeling Insolventie. Aangelegenheden omtrent de faillissementspauliana, de onrechtmatige daad en onbehoorlijk handelend bestuur komen voor rekening van de afdeling Handel. Misbruik van faillissement worden tezamen met overige strafrechtelijke bepalingen behandeld door de strafrechter.

In **Bijlage A** wordt weergegeven bij welke afdeling de soorten faillissementsfraude wordt behandeld. De indeling van paragraaf 2.2.2 zal hierbij worden toegepast.

³⁷ Art. 21 Wet op de rechterlijke organisaties.

Hoofdstuk 3 De bestrijding van faillissementsfraude in het huidige recht

In het vorige hoofdstuk is beschreven dat de Tweede Kamer in het verleden verschillende initiatieven heeft genomen om faillissementsfraude tegen te gaan. Deze strijd levert een overlapping van rechtsgebieden op. Het verschijnsel kan namelijk bestreden worden middels het faillissementsrecht, meerdere onderdelen van het privaatrecht (goederen-, contracten-, rechtspersonen- en vennootschapsrecht) en het strafrecht. In dit hoofdstuk worden de belangrijkste middelen ter bestrijding van faillissementsfraude weergegeven. Middelen en de betreffende spelers uit het civiele recht, waaronder het faillissementsrecht, en het strafrecht worden gepresenteerd.

3.1 Bestrijding middels het civiele recht

Bij de bestrijding van faillissementsfraude staat een civielrechtelijke aanpak voorop. In het civiele recht zijn immers middelen opgenomen die met name gericht zijn op preventie of het terugbrengen van het vermogen in de boedel van de betreffende failliet.³⁸ In de hierop volgende subparagrafen worden de belangrijkste middelen uit het civiele recht besproken. Middelen die specifiek onder het faillissementsrecht vallen worden in paragraaf 3.2 behandeld.

3.1.1 Intern toezicht

Het civielrechtelijk instrumentarium bestaat ten eerste uit toezicht op het bestuur door een ander orgaan binnen de rechtspersoon. Voorbeelden van organen die intern toezicht houden zijn onder andere de algemene vergadering van aandeelhouders en de raad van commissarissen. Een volgende mogelijkheid om in sommige gevallen een enquêteprocedure te starten.³⁹

3.1.2 Bestuurdersaansprakelijkheid

Een bestuurder van een rechtspersoon is in beginsel niet zelf aansprakelijk voor de (rechts)handelingen die hij verricht in de hoedanigheid van bestuurder. Deze aansprakelijkheid komt dan voor rekening van de rechtspersoon zelf. Aangezien bestuurders echter ook ongeoorloofde gedragingen kunnen verrichten, zijn er een aantal uitzonderingen die gelden op deze exclusieve aansprakelijkheid.⁴⁰

Art. 2:9 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat een bestuurder gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Het tweede lid van voormeld artikel geeft aan dat een bestuurder aansprakelijk is voor handelingen die vallen onder onbehoorlijk bestuur. Deze bepaling geldt niet als aan hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur te voorkomen. De volgende paragrafen behelzen de middelen waarmee een bestuurder aansprakelijk gesteld kan worden. Deze instrumenten kunnen ingezet worden om ongeoorloofde verhaalsbenadelingen tegen te gaan.⁴¹

3.1.2.1 Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement

De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF) is te vinden in art. 2:138 jo. art. 2:248 BW. Een bestuurder kan op grond van voormelde artikelen hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Hiervoor is vereist dat het bestuur of de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is

³⁸ Kamerstukken II, 2011/12, 29 911 nr. 52, p. 3-5.

³⁹ Memorie van Toelichting wet civielrechtelijk bestuursverbod p.2.

⁴⁰ D. Steffens 2007, p. 5.

⁴¹ D. Steffens 2007, p. 21.

van het faillissement.⁴² De onbehoorlijke taakvervulling moet hebben plaatsgevonden in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement.⁴³ Ook hier geldt dat deze bepaling komt te vervallen indien hem of hen geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.⁴⁴ Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake als niet is of wordt voldaan aan de vereisten uit art. 2:10 of art. 2:394 BW. Dit zijn onder andere het voeren van een deugdelijke administratie en het openbaar maken van de jaarrekening. Daarnaast heeft de Hoge Raad (HR) bepaald dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien *“geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben”*.⁴⁵ Aan de curator komt de bevoegdheid tot het instellen van een vordering op grond van de WBF toe.⁴⁶

3.1.2.2 Wet Bestuurdersaansprakelijkheid

Een aantal specifieke schuldeisers hebben de bevoegdheid om een bestuurder aansprakelijk te stellen. Dit kan op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA). De specifieke schuldeisers die hiertoe bevoegd zijn, zijn de Belastingdienst, het UWV, en de bedrijfspensioenfondsen.⁴⁷ Bestuurders kunnen aansprakelijk worden gesteld als aannemelijk is dat het niet betalen gevolg is van het aan hen te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Deze gestelde norm is overeenkomstig met die van de WBF.⁴⁸

3.1.2.3 Onrechtmatige daad

Naast de WBA en de WBF kan een bestuurder aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 6:162 BW, de onrechtmatige daad. Aan de vereisten die voormeld artikel noemt, moet worden voldaan om een succesvol beroep te kunnen doen op de onrechtmatige daad.⁴⁹ Een dergelijke vordering kan bijvoorbeeld worden ingesteld als de bestuurder namens de rechtspersoon een overeenkomst aangaat, waarbij hij wist of redelijkerwijs behoorde te weten, dat de rechtspersoon niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Tevens wist of behoorde de bestuurder te weten dat de voormelde handeling zou leiden tot het onmogelijk verhalen van de geleden schade die hij bij de wederpartij heeft aangericht. De curator kan namens de gezamenlijke schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad instellen. Daarnaast ligt deze mogelijkheid open voor elke individuele schuldeiser.⁵⁰

3.1.3 Actio Pauliana

In art. 3:45 e.v. BW is de Actio Pauliana terug te vinden. Dit middel stelt individuele schuldeisers in staat om rechtshandelingen van de bestuurder te vernietigen. Zij dienen door de rechtshandeling in hun verhaalsmogelijkheden te zijn benadeeld.⁵¹ De Actio Pauliana kan slechts leiden tot vernietiging van rechtshandelingen van de bestuurders, die ten behoeven van de individuele schuldeiser zijn en niet verder gaan dan nodig is ter

⁴² Art. 2:50a, art. 2:53a, art. 2:138 lid, art. 2:248 en art. 2:300a BW.

⁴³ Art. 2:138 lid 6 jo. art. 2:248 lid 6 BW.

⁴⁴ Art. 2:138 lid 3 jo. art. 2:248 lid 3 BW.

⁴⁵ HR 7 juni 1996, *JOR*, 68 (Ontvanger/Van Zoolingen) en HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171 (Gilhuis q.q./Hamelinck).

⁴⁶ Art. 2:138 lid 8 jo. art. 2:248 lid 8 BW.

⁴⁷ Art. 36 Invorderingswet 1990, art. 16d Coördinatiewet sociale verzekeringen en art. 18 Wet verplichte deelnemingen in een bedrijfspensioenfonds.

⁴⁸ D. Steffens, p.13.

⁴⁹ Vereisten; daad, onrechtmatig, toerekenbaar, schade, causaal verband en er moet voldaan zijn aan de relativiteitseis uit art. 6:163 BW.

⁵⁰ Knecht e.a. 2005, p. 26.

⁵¹ Art. 3:45 lid 1 BW.

opheffing van de door hem ondervonden benadeling.⁵² Het kan gaan om onverplichte rechtshandelingen en om rechtshandelingen anders dan om niet. Het eerste lid van art. 3:45 BW bepaalt dat voor de vernietiging van onverplichte rechtshandelingen de bestuurder wist of behoorde te weten dat door zijn handeling een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld. Een rechtshandeling om niet kan slechts worden vernietigd als de wederpartij op de hoogte was of had moeten zijn van de benadeling van schuldeisers.⁵³ De Faillissementswet kent een 'eigen' vorm van de Actio Pauliana, namelijk de Faillissementspauliana. Dit middel zal in paragraaf 3.2.2 worden besproken.

3.1.4 Ontbinding van een rechtspersoon

Art. 2:19 lid 1 sub d en f BW bepaalt dat een rechtspersoon onder andere kan worden ontbonden door de Kamer van Koophandel (KvK) en/of de rechter. De ontbinding van een rechtspersoon door de KvK is verder geregeld in art. 2:19a BW. Om de rechtspersoon daadwerkelijk te kunnen ontbinden, dient er aan tenminste twee van de opgesomde omstandigheden te zijn voldaan. Is het doel of zijn de werkzaamheden van een onderneming in strijd met de openbare orde, dan kan de rechtbank – op verzoek van het Openbaar Ministerie (OM) – een rechtspersoon ontbinden.⁵⁴

3.1.5 Boekhoudverplichting

Een ieder die een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefent of een bestuurder is, heeft de verplichting om van zijn vermogenstoestand en van alles betreffende zijn bedrijf of beroep, een administratie te voeren. Daarnaast geldt hierbij de verplichting dat de daartoe behoorde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze moeten worden bewaard, dat te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend.⁵⁵ De overtreding van deze verplichting is geregeld in art. 194 Wetboek van Strafrecht (Sr).

3.1.6 Wet Controle op rechtspersonen

Op 1 juli 2011 is een nieuwe wijze van toezicht op rechtspersonen in werking getreden, namelijk de Wet controle op rechtspersonen (COR). Deze wet maakt het mogelijk dat op relevante levenslooppunten van een rechtspersoon, een screening wordt uitgevoerd op eventueel misbruik door de Dienst Justis van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Deze momenten kunnen een verhuizing, omzetting, bestuurderswissel, fusie, splitsing, faillissement of anders omvatten. Op verzoek of op eigen initiatief kan de Dienst Justis informatie of risicomeldingen verstrekken. Ook stichtingen en buitenlandse bedrijven worden meegenomen in het nieuwe toezicht. Door de Dienst Justis is een nieuw werkproces en een ondersteunend systeem (Radar) gerealiseerd op grond waarvan het – kort samengevat – mogelijk wordt om grote hoeveelheden informatie over rechtspersonen automatisch en in samenhang te bekijken en daarmee rechtspersonen doorlopend te screenen. De screening zal bestaan uit een automatische analyse en een andere analyse. Als uit de aanvullende analyse blijkt dat er inderdaad een verhoogd risico is op misbruik van rechtspersonen, verstuurt de Dienst Justis een risicomelding aan relevante organisaties zoals de Belastingdienst, Politie, de bijzonder opsporingsdiensten, Arbeidsinspectie en het OM. Het systeem voorkomt dat veroordeelde faillissementsfraudeurs opnieuw een rechtspersoon kunnen oprichten. Deze doorlopende controle van rechtspersonen zorgt voor een effectieve en efficiënte bestrijding en voorkoming van financieel-economische criminaliteit en faillissementsfraude. Het levert daarmee een positieve bijdrage aan het Nederlands ondernemingsklimaat.⁵⁶

⁵² Art. 3:45 lid 4 BW.

⁵³ Art. 3:45 lid 2 BW.

⁵⁴ Art. 2:20 BW.

⁵⁵ Art. 3:15i lid 1 jo. Art. 2:10 lid 1 BW.

⁵⁶ *Kamerstukken II*, 2012/13, 29 911 nr. 74 p. 6-7 en J. Hendriks, 'Faillissementsfraude tegengaan? Verhoog de pakkans', *Notariaat magazine* 2013, afl. 1, p. 20.

3.1.7 Garantenstellingsregeling curatoren

In 2011 is de Garantenstellingsregeling Curatoren 2005 herzien en wordt nu aangehaald als Garantenstellingsregeling Curatoren 2012. Deze regeling is bedoeld om faillissementscuratoren in staat te stellen een rechtsvordering te starten op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana.⁵⁷ Tevens wordt het hierdoor mogelijk gemaakt om, indien de curator een lege boedel treft, daar onderzoek naar te verrichten. De overheid staat garant voor de kosten van de curator die hij in bovengenoemde gevallen maakt. De curator kan hier een beroep op doen indien hij een gerechtelijke procedure wil voeren en de boedel ontoereikend is. Dit is echter niet in alle omstandigheden mogelijk. De Garantenstellingsregeling Curatoren 2012 biedt de mogelijkheid aan de curator om een (ex)bestuurder aansprakelijk te stellen bij vermoeden van onbehoorlijk bestuur of fraude.⁵⁸ Het moet echter wel aannemelijk zijn dat door voormelde acties activa terugvloeien naar de faillissementsboedel. De Garantenstellingsregeling Curatoren 2012 vloeit voort uit de WBA en de WBF en is alleen van toepassing op civielrechtelijke acties.⁵⁹

3.2 Bestrijding middels het faillissementsrecht

Het faillissementsrecht maakt onderdeel uit van het civiele recht, maar kent een aantal specifieke bepalingen om handelingen van een bestuurder ongedaan te maken. Hierdoor is het mogelijk dat fraude, vóór of tijdens een faillissementsprocedure gepleegd, kan worden bestreden. Daarnaast bevat de Fw preventieve middelen om faillissementsfraude tegen te gaan. In paragraaf 3.2.1 tot en met 3.2.4 worden de middelen besproken die op grond van de Faillissementswet (Fw) kunnen worden ingezet.

3.2.1 Nader onderzoek

De curator heeft de bevoegdheid om bij de Belastingdienst, het UWV, de accountant van de vennootschap, (ex-)werknemers en crediteuren informatie in te winnen. Daarnaast heeft hij de mogelijkheid tot het doen van boekenonderzoek. Hiervoor staan middelen als het systeem Vennoot en het Centraal Insolventieregister tot zijn beschikking. Door middel van boekenonderzoek krijgt de curator een beeld van de administratieve status van de rechtspersoon, de verrichte transacties en van de jaarrekening (mits deze is gepubliceerd). In deze fase kan de curator mogelijke fraude ontdekken en een beslissing nemen omtrent de middelen die hij hiertegen kan inzetten.⁶⁰

3.2.1.1 Systeem Vennoot

Door middel van het Systeem Vennoot kan fraude, waaronder faillissementsfraude, worden opgespoord en aangepakt. Dit systeem bevat gegevens over vennootschappen en de natuurlijke personen die daarmee in verband staan. Zij worden getoetst op betrouwbaarheid en integriteit. Tevens worden met dit systeem relaties tussen rechtspersonen en natuurlijke personen inzichtelijk. Systeem Vennoot helpt bij het onthullen van verbanden tussen de failliete rechtspersoon, andere (failliete) rechtspersonen en natuurlijke personen. Dit systeem is ingesteld door het Ministerie van Veiligheid en Justitie (MVenJ).⁶¹

3.2.1.2 Centraal Insolventieregister

Via de website www.rechtspraak.nl is het Centraal Insolventieregister (CIR) te raadplegen. Dit register bevat gegevens van faillissementen, surseances van betaling en schuldsanering van natuurlijke personen die in lokale registers bij de verschillende rechtbanken worden bijgehouden. Al deze insolventiegegevens zijn te

⁵⁷ Art. 2:138 en art. 2:248 lid 10 BW jo art. 2:9 BW jo art. 42 en 47 Fw.

⁵⁸ *Kamerstukken II*, 2012/13, 29 911, nr.74, p. 5.

⁵⁹ Knegt e.a. 2005, p. 29.

⁶⁰ Knegt e.a. 2005, p. 23.

⁶¹ Knegt e.a. 2005, p. 24.

raadplegen indien zij zijn gepubliceerd na 1 januari 2005. Tevens kan men die gegevens tot zes maanden na beëindigen van de insolventie in het CIR opzoeken. Door het raadplegen van het CIR krijgen afnemers van rechtspersonen meer zekerheid over de risico's die zij mogelijk nemen.⁶²

3.2.2 Faillissementspauliana

In een faillissementsprocedure geldt een bijzondere vorm van de Actio Pauliana, te weten de faillissementspauliana. Deze vernietigingsgrond is opgenomen in art. 42 e.v. Fw. De faillissementspauliana beschermt schuldeisers tegen benadeling door de failliet. Na het uitspreken van het faillissement is het alleen voor de curator mogelijk om onverplichte verrichte benadelende rechtshandelingen ten behoeve van de boedel te vernietigen.⁶³ Er kan een geslaagd beroep op de faillissementspauliana worden gedaan indien er sprake is van een onverplichte verrichte rechtshandeling die ervoor zorgt dat schuldeisers worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Daarnaast dient de bestuurder wetenschap te hebben van het feit dat hij door zijn handeling schuldeisers benadeelt.⁶⁴ Een rechtshandeling anders dan om niet kan vernietigd worden als de bevoordeelde wist of behoorde te weten dat door de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers zou volgen.⁶⁵

3.2.3 Horen

De RC is bevoegd om ter opheldering van alle omstandigheden, betreffende het faillissement, getuigen te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen. Dit kan de RC tevens doen als de curator voornemens is om een procedure tegen de getuigen te starten.⁶⁶ Ook is de RC bevoegd om de failliet te horen.⁶⁷ De failliet is verplicht om te voldoen aan deze inlichtingenplicht.

3.2.3.1 Inlichtingenplicht

De gefailleerde heeft een inlichtingenplicht jegens de RC, curator of de commissie uit de schuldeisers.⁶⁸ De reikwijdte van deze plicht gaat tot alle inlichtingen en medewerking die de voormelde partijen nodig hebben voor de uitoefening van hun taak of beroep. Een essentieel onderdeel van deze plicht is het overleggen van de administratie.

3.2.3.2 Inbewaringstelling en gijzeling

Indien de failliet niet voldoet aan zijn inlichtingenplicht, kan deze worden afgedwongen met behulp van wettelijke dwangmiddelen. Een van deze dwangmiddelen is de inbewaringstelling. De curator kan op grond van art. 105 (jo. art. 106) Fw de bestuurder ten overstaan van de RC horen. Het kan voor komen dat de RC – indien noodzakelijk – de gefailleerde oproept per aangetekende post. In die oproep staat vermeld dat de gefailleerde de sanctie inbewaringstelling (gijzeling) opgelegd kan krijgen, indien hij niet voldoet aan de inlichtingenplicht. Ook tijdens het verhoor wordt op de mogelijkheid van gijzeling gewezen indien aanwijzingen bestaan dat er feiten of omstandigheden worden achtergehouden.⁶⁹

3.2.4 Paspoortsignalering

Art. 91 Fw bepaalt dat de gefailleerde gedurende het faillissement niet zonder toestemming van de RC zijn woonplaats mag verlaten. Deze bepaling is opgenomen

⁶² Website rechtspraak.nl, <http://insolventies.rechtspraak.nl/>

⁶³ Art. 49 lid 1 Fw.

⁶⁴ Art. 42 lid 2 Fw.

⁶⁵ Art. 42 lid 3 Fw.

⁶⁶ Art. 66 Fw.

⁶⁷ Art. 105 Fw.

⁶⁸ Art. 105 Fw.

⁶⁹ W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tv* 2013/13, p. 7-8.

zodat de gefailleerde of de bestuurder van een faillietverklarde rechtspersoon zich aan zijn verplichtingen uit het faillissement onttrekt door naar elders te vertrekken. Dit artikel wordt in de praktijk vooral toegepast als voorwaarde van een schorsing van de inbewaringstelling.

Aan de RC komt de bevoegdheid toe om het paspoort van de gefailleerde natuurlijke persoon of de bestuurder van de faillietverklarde rechtspersoon in te nemen.⁷⁰ Dit heeft als doel de gefailleerde of de bestuurder aan wie de RC een verbod heeft opgelegd om zijn woonplaats of het land te verlaten, ook daadwerkelijk onmogelijk wordt gemaakt. Als een gefailleerde of een bestuurder onvindbaar is of het land niet mag verlaten, kan de RC het agentschap Basisadministratie Persoonsgegevens en Reisdocumenten van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verzoeken om een paspoortsignalering van de gefailleerde dan wel de bestuurder van de rechtspersoon.⁷¹

3.3 Bestrijding middels het strafrecht

Het uitgangspunt is dat er pas strafrechtelijke maatregelen worden toegepast indien preventie en bestrijding via civielrechtelijke middelen niet doeltreffend blijken te zijn of als de ernst van de fraude een strafrechtelijke aanpak vergt.⁷²

In het Sr wordt faillissementsfraude aangeduid als bankbreuk. Titel XXVI, genaamd '*Benadeling van schuldeisers of rechthebbenden*', van het Sr stelt faillissementsfraude strafbaar.⁷³ Daarnaast is ook in art. 194 Sr een strafbaarstelling van faillissementsfraude te vinden. De bepalingen in deze titel hebben drie belangen: beschermen van het openbaar krediet (vertrouwen in de kredietverlening), beschermen van het vermogen van de schuldeisers en het beschermen van het openbaar gezag. Het Sr onderscheidt eenvoudige bankbreuk en bedrieglijke bankbreuk. Tevens zijn er andere delictsomschrijvingen in het Sr die een rol kunnen spelen bij de strafrechtelijke vervolging van faillissementsfraude.⁷⁴

3.3.1 Eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk

Eenvoudige bankbreuk is strafbaar gesteld in de artikelen 340 en 342 Sr en gaat uit van grove onvoorzichtigheid (culpa). De strafbaarstelling van bedrieglijke bankbreuk is geregeld art. 341 en 343 Sr en zijn gebaseerd op materieel opzet. Handelingen die kunnen leiden tot benadeling van de schuldeisers zijn in voormelde artikelen strafbaar gesteld.

3.3.2 Overige delictsomschrijvingen

Naast titel XXVI van het Sr zijn er nog andere delictsomschrijvingen die een bijdrage kunnen leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude. Dit zijn delicten als: valsheid in geschrift (art. 225 Sr), het niet geven van inlichtingen door de bestuurder terwijl deze daar wettelijk toe is opgeroepen (art. 194 Sr) en flessentrekkerij (art. 326a Sr).

3.3.3 Strafrechtelijk bestuursverbod

Indien een bestuurder in ernstige mate zijn verplichtingen heeft geschonden, kan aan hem in het kader van een strafrechtelijk onderzoek – naast andere sancties – een strafrechtelijk bestuursverbod worden opgelegd. Met zo'n verbod is het mogelijk om bestuurders van een rechtspersoon voor bepaalde tijd het recht te ontfemen om, hetzij direct of indirect, invloed uit te oefenen op het beleid van een rechtspersoon.⁷⁵ Deze sanctie is met name gericht op preventie; het wordt de fraudeurs onmogelijk gemaakt om een onderneming te besturen, zodat ze geen faillissementsfraude meer kunnen plegen.⁷⁶

⁷⁰ Art. 25 lid 1 Paspoortwet.

⁷¹ W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13, p. 8-9.

⁷² *Kamerstukken II*, 2011/12, 29 911, nr. 52 p. 5.

⁷³ Art. 340 t/m 349 Sr.

⁷⁴ Knecht e.a. 2005, p. 30.

⁷⁵ Art. 349 lid 2 Sr.

⁷⁶ *Kamerstukken II*, 2011/12, 29 911, nr. 52 p.5.

3.3.4 Aanwijzing Opsporing en Vervolging Faillissementsfraude

De Aanwijzing Opsporing en Vervolging Faillissementsfraude (AOVF) bevat regels voor het OM bij de opsporing en vervolging van misdrijven op het gebied van faillissementsfraude. In de AOVF wordt een onderscheidt gemaakt tussen eenvoudige- en complexe faillissementszaken. De eenvoudige zaken dienen te worden behandeld door de regiopolitie. De FIOD zal de complexere fraudezaken voor zijn rekening nemen. De meldingen en aangiften van faillissementsfraude worden gemeld en geregistreerd in het Fraudemeldpunt (FMP).⁷⁷

3.3.4.1 Fraudemeldpunt

Het FMP is bedoeld om de weerbaarheid van bedrijven en burgers in het handelsverkeer te vergroten en geeft meldingen van mogelijke faillissementsfraude door aan onder andere de FIOD en politie.⁷⁸

⁷⁷ Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude (2009A001).

⁷⁸ 'Faillissementsfraude', NJ 2012, 2523.

Hoofdstuk 4 Nieuwe maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude

*In dit hoofdstuk worden de maatregelen weergegeven die Opstelten per brief op 27 juni 2013 aan de Tweede Kamer heeft aangekondigd. Om een totaal overzicht weer te kunnen geven van de plannen van de minister die betrekking hebben op wijzigingen van de Fw, zal ten eerste het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' worden aangehaald. Daarna worden de voorstellen, die uit het programma voortvloeien, kort besproken. Indien het van de voorstellen bekend is wanneer de 'volgende stap' gezet zal gaan worden, dan is dit vermeld. Deze voorstellen worden behandeld zodat mogelijk toekomstige middelen ter bestrijding van faillissementsfraude inzichtelijk worden gemaakt. In **Bijlage B** is een overzicht opgemaakt met de voorstellen van Opstelten.*

4.1 Wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'

Opstelten van het MvJ wil, met aanpassingen van de Fw, faillissementsfraude harder aanpakken.⁷⁹ Volgens hem is verbetering en modernisering van de Fw nodig om het voorgaande te kunnen realiseren.⁸⁰ Om dit te kunnen bereiken heeft de minister het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' aangekondigd. De voornemens die de minister heeft zijn in dit programma opgenomen. Door deze voorstellen uit te werken en in te voeren, wordt een gezond ondernemingsklimaat in Nederland bevordert en moderniseert de Fw.⁸¹ Het doel van het wetgevingsprogramma bestaat uit drie elementen: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, modernisering van de Fw en fraudebestrijding.

Het eerste element betreffende de versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven heeft als doel faillissementsfraude zoveel mogelijk te voorkomen. Hierbij wordt gewerkt aan maatregelen om reorganisatie, herstructurering en doorstart buiten faillissement mogelijk te maken. Door het voorgaande worden ondernemers gestimuleerd om tijdig hulp te zoeken indien zij in betalingsmoeilijkheden verkeren of dreigen te verkeren. Ook maatregelen om continuering van de onderneming in een onvermijdelijk faillissement te bevorderen en om een doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement te bespoedigen zijn onderdeel bij dit element.⁸²

De Fw is toe aan modernisering, dit is dan ook het tweede element in het wetgevingsprogramma. Dat de wet aan modernisering toe is, komt niet zozeer doordat deze uit het jaar 1893 stamt, maar door de manier waarop theorie en praktijk tegen onderneming en financiering aankijken. Dit laatste is in de afgelopen jaren aanzienlijk veranderd. Modernisering ziet op het elektronische procesverloop en meer deskundigheid bij rechters. Met het reorganiserend vermogen wil de minister tegengaan dat individuele schuldeisers een voorstel-akkoord kunnen blokkeren.⁸³

Het derde element, te weten de fraudebestrijding, omvat het voorstel om een civielrechtelijk bestuursverbod in te voeren.⁸⁴ Dat er nog ruimte is om de focus op het derde element te versterken blijkt uit de pakkans. Deze ligt namelijk erg laag, naar verwachting op twee en een half procent.⁸⁵ Tevens is verbetering nodig bij de inrichting en aansturing van de opsporing op dit terrein.⁸⁶

⁷⁹ Rijksoverheid, *Opstelten pakt faillissementsfraude aan*, Den Haag: Rijksoverheid 2012, <www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/11/27/opstelten-pakt-faillissementsfraude-aan.html>.

⁸⁰ *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 1230.

⁸¹ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 695, nr.1.

⁸² *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 695, nr. 3, p. 3-4.

⁸³ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 695, nr. 3, p. 4.

⁸⁴ I.P. van Rossen, 'Het reorganiserend vermogen van slecht lopende bedrijven, dát heeft de hoogste prioriteit!', *Modus Vivendi* 2013, p. 14.

⁸⁵ J. Hendriks, 'Faillissementsfraude tegengaan? Verhoog de pakkans', *Notariaat magazine* 2013, afl. 1, p. 20.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 52, p. 2.

In de volgende paragrafen worden het civielrechtelijk bestuursverbod, herziening strafrechtelijk faillissement, continuïteit van ondernemingen, faillissementsakkoord, stille bewindvoering, versterking van de positie van de curator en de modernisering van de faillissementsprocedures behandeld. Dit zijn de voorstellen die voortvloeien uit het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'.

4.2 Civielrechtelijk bestuursverbod

Het wetsvoorstel voor de opnemings van een civielrechtelijk bestuursverbod is op 1 maart 2013 in consultatie gegaan. Het doel van dit verbod is het voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen kunnen voortzetten. Door middel van het verbod kan een frauduleuze bestuurder voor de duur van vijf jaar de functie van bestuurder niet meer uitvoeren. Ook wordt het voor deze bestuurders onmogelijk om zich te registreren in het Handelsregister. Het voorontwerp ligt momenteel ter advisering bij de Raad van State (RvS).⁸⁷ Het vijfde hoofdstuk zal verder ingaan op het ontwerpvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod.

4.2.1 Wijziging van het Handelsregisterbesluit

Zodra aan een bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd, dan wordt dit (door de griffie van de rechtbank) ingeschreven in een openbaar register. Zo is het voor iedereen mogelijk om eenvoudig vast te stellen of een persoon een bestuursverbod heeft. Indien de betrokken bestuurder zich wil inschrijven in het Handelsregister, dan wordt dit geweigerd. Om dit te kunnen bewerkstelligen zal het Handelsregisterbesluit 2008 aangevuld moeten worden met een nieuwe weigeringsgrond voor inschrijving. Verder zal het Handelsregisterbesluit 2008 zodanig worden aangepast dat een buitenlandse rechtspersoon met een bestuurder die in Nederland een bestuursverbod heeft opgelegd gekregen, geweigerd zal worden. Deze rechtspersoon kan zich dan niet inschrijven in het register waardoor oprichting in Nederland niet mogelijk zal zijn.⁸⁸

4.3 Herziening strafrechtelijk faillissement

Opstellen wil het mogelijk maken dat er (bijtids) strafrechtelijk gereageerd kan worden op frauduleus handelen, ook als deze handelingen vóór het faillissement plaatsvinden. Hierbij gaat het onder andere om het aanpakken van bestuurders die voor het faillissement allerlei buitensporige uitgaven hebben gedaan. Hij wil het voorgaande aanpakken door de reikwijdte van de faillissementsdelicten uit te breiden. Daarnaast is de minister voornemens om het mogelijk te maken dat strafrechtelijk kan worden opgetreden tegen een onderneming die geen toegankelijke en deugdelijke administratie voert. Om dit tegen te gaan komt er een aparte strafbaarstelling van overtredingen van de administratieplicht bij faillissementen met een maximum van twee jaar gevangenisstraf. Deze regeling biedt een handvat om de gang van zaken rond een faillissement te onderzoeken en eventuele fraudepraktijken bloot te leggen. Een voorwaarde voor vervolging is dat in dergelijke gevallen het faillissement daadwerkelijk is ingetreden.⁸⁹

Het voorontwerp van dit voorstel is op 24 juli jl. in consultatie gegaan. Hierdoor kan een ieder reageren op het concept-wetsvoorstel en de concept-memorie van toelichting. Op 1 oktober 2013 is de consultatieperiode geëindigd. Minister Opstellen streeft ernaar om het wetsvoorstel begin 2014 aan de Afdeling advisering van de RvS voor te leggen.⁹⁰

4.4 Continuïteit van ondernemingen, faillissementsakkoord en stille bewindvoering

De minister wil door middel van dit onderdeel van het wetgevingsprogramma zoveel mogelijk faillissementen voorkomen en als dit niet mogelijk blijkt te zijn een doorstart te

⁸⁷ *Kamerstukken II 2012/13*, 33 695, nr. 3, p. 3.

⁸⁸ Memorie van Toelichting Wet civielrechtelijk bestuursverbod p.3-5.

⁸⁹ *Kamerstukken II 2012/13*, 29 911, nr. 74, p. 2.

⁹⁰ *Kamerstukken II 2012/13*, 33 695, nr. 3, p. 3.

vergemakkelijken. De onderstaande maatregelen richten zich op het faciliteren van reorganisatie, herstructurering en doorstart van op zichzelf gezonde ondernemingen.⁹¹

4.4.1 Wet continuïteit ondernemingen I: Stille bewindvoering en Pre-pack

Met dit eerste wetsvoorstel wordt de mogelijkheid gecreëerd om in een faillissement stille bewindvoering toe te passen. De regeling is bedoeld om de afwikkeling van faillissementen te faciliteren en de doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement te bespoedigen zodat waarde en werkgelegenheid behouden kunnen blijven: de Pre-packprocedure.

Het doel van de invoering van een stille bewindvoerder is om een bedrijf dat in financiële problemen verkeerd, een doorstart mogelijk te maken om op die manier een faillissement te voorkomen. Het voorgaande kan worden bereikt door middel van het aanstellen van een stille bewindvoerder. Deze wordt benoemd door de rechter. De stille bewindvoerder adviseert en begeleidt de onderneming in de omgang met zijn schuldeisers en bij het vinden van een oplossing voor de financiële problemen. Indien een voorstel zal worden aangenomen door de schuldeisers, dan zal de stille bewindvoerder het akkoord begeleiden en afwickelen.⁹²

Bij een Pre-packprocedure wordt er vóór een onvermijdelijk faillissement al een doorstart voorbereid. Met dit voorstel wil Opstellen ervoor zorgen dat curatoren over voldoende middelen beschikken om de kansen op een doorstart zo goed mogelijk in kaart te brengen. Met de Pre-pack kan het doorstarten van op zichzelf gezonde bedrijfsonderdelen worden gerealiseerd. Deze procedure verschilt niet veel met de voormelde procedure van de stille bewindvoering. De afwijking zit in het feit dat bij stille bewindvoering alles is gericht op het voorkomen van een faillissement, terwijl bij de Pre-packprocedure het faillissement onvermijdelijk is.⁹³

Het voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I is op 22 oktober jl. in consultatie gegeven. De einddatum van deze consultatie staat op 21 januari 2014. Tot deze datum kunnen burgers, ondernemingen en organisaties hun visie geven op het voorontwerp en de ontwerp toelichting bij voormelde wet.⁹⁴

4.4.2 Wet continuïteit ondernemingen II: Dwangakkoord buiten faillissement

De Wet continuïteit ondernemingen II behelst de invoering van een dwangakkoord buiten faillissement. Het dwangakkoord buiten faillissement is bedoeld als maatregel om een faillissement te voorkomen. Hiervoor dienen de schulden van een onderneming terug te worden gebracht naar beheersbare omvang. Om het voorgaande te kunnen bereiken kan het betekenen dat schuldeisers een gedeelte van hun vordering moeten afschrijven. Momenteel biedt het Nederlandse recht daarvoor mogelijkheden in een faillissement. De mogelijkheden om schuldeisers hun vordering af te schrijven buiten een faillissement is beperkt. Het dwangakkoord buiten faillissement zal deze handelswijze uitbreiden.⁹⁵

Door middel van deze regeling kunnen schuldeisers of aandeelhouders die onredelijk dwarsliggen bij een door de meerderheid van de schuldeisers of aandeelhouders ondersteunde sanering van de schulden van de betreffende onderneming, worden gedwongen aan een zodanige sanering mee te werken indien daardoor een faillissement

⁹¹ Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1, p. 4.

⁹² Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1, p. 4-5.

⁹³ Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1, p. 5.

⁹⁴ Reacties internetconsultatie <http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i> geraadpleegd op 10 oktober 2012.

⁹⁵ Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1, p. 6.

kan worden voorkomen. Begin 2014 zal het voorontwerp Wet continuïteit ondernemingen II in consultatie worden gegeven.⁹⁶

4.4.3 Wet continuïteit ondernemingen III

Het laatste wetsvoorstel zal verschillende maatregelen bevatten ten behoeve van de voortzetting van de onderneming in faillissement. Onder andere zal een doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen en diensten vorm krijgen. Het derde deel van de Wet continuïteit ondernemingen zal naar verwachting in het voorjaar van 2014 in consultatie worden gegeven.⁹⁷

4.5 Centraal aandeelhoudersregister

Door het instellen van een aandeelhoudersregister wordt het mogelijk om inzicht te krijgen wie als aandeelhouders betrokken zijn bij een bv of een bij een niet-beursgenoteerde nv zijn. Het voorgaande kan toegevoegde waarde hebben bij het (preventieve) toezicht op rechtspersonen, bij het voorkomen en bestrijden van fraude en witwassen en het afpakken van crimineel vermogen.⁹⁸ Op dit moment wordt alleen de enig aandeelhouder van een bv of een niet-beursgenoteerde nv geregistreerd in het Handelsregister.⁹⁹ Een centraal aandeelhoudersregister met daarin een overzicht van alle aandeelhouders bestaat (nog) niet. Hierdoor is het lastig en kost het veel tijd voor toezichthouders en opsporingsdiensten om te achterhalen wie zich schuilhouden achter een bv, een niet-beursgenoteerde nv of een constructie met meerdere vennootschappen. Opstellen heeft aan de Tweede Kamer laten weten dat het centraal aandeelhoudersregister wordt ondergebracht bij het Handelsregister dat beheerd wordt door de KvK. Door het centraal aandeelhoudersregister onder te brengen bij de KvK is de informatie over rechtspersonen, hun bestuurders en aandeelhouders op één centrale plaats te raadplegen. Opsporingsdiensten en toezichthouders kunnen op deze manier sneller over de informatie beschikken die zij nodig achten bij de aanpak van financieel-economische fraude. Daarnaast beperkt, het bij de KvK onderbrengen van het beoogde register, de lasten voor burgers en het bedrijfsleven. Dit komt doordat er gebruik wordt gemaakt van de bestaande constructie. Opstellen wil eind 2013 tezamen met de minister van Economische Zaken een voorstel naar de Tweede Kamer sturen met daarin de wijzigingen van het Handelsregisterbesluit. In dit voorstel zullen nadere regels worden gesteld voor het centraal aandeelhoudersregister.¹⁰⁰

4.6 Versterking positie curator

Een volgende maatregel die de minister heeft aangekondigd is het versterken van de positie van de curator. Deze maatregelen dienen er onder andere toe dat mogelijke fraude bij faillissementen eerder kunnen worden gesignaleerd, omdat zij daar middelen voor krijgen toebedeeld.¹⁰¹ Daarnaast draagt dit voornemen in belangrijke mate bij aan de intelligencefunctie van de politie en het OM. Door de meldingen van de curatoren betreffende een vermoeden van faillissementsfraude, kunnen politie en OM hun intelligencefunctie nader vorm geven en onderzoek starten.¹⁰² In de onderstaande subparagrafen wordt omschreven op welke wijze de minister de positie van de curator wil versterken.

⁹⁶ Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 3, p. 4.

⁹⁷ Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 3, p. 4.

⁹⁸ Faillissementsfraude', *Nederlands Juristenblad* 2012, 2523.

⁹⁹ Kamerstukken II 2012/13, 32 608, nr. 4.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2012/13, 32 608, nr. 5.

¹⁰¹ Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr.1, p. 6-7.

¹⁰² Kamerstukken II, 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 5.

4.6.1 Fraudebestrijding wettelijke taak curator

De oplegging van een wettelijke taak aan de curator betreffende fraudebestrijding is het eerste onderdeel van de maatregel om de positie van de curator te versterken.¹⁰³ Dit voornemen is al eerder door de minister geopperd.¹⁰⁴

4.6.2 Informatie- en medewerkingsplicht failliet

Het tweede element in het voorstel om de positie van de curator te versterken is door de failliet een algemene informatie- en medewerkingsplicht – ten aanzien van de curator – op te leggen. Hiertoe behoort tevens de verplichting om de curator medewerking te verschaffen betreffende het verkrijgen van toegang tot eventuele buitenlandse banktegoeden en/of versleutelde digitale bestanden.¹⁰⁵

Er bestaat reeds een dergelijke inlichtingenplicht voor failliet.¹⁰⁶ Het is – volgens de minister – echter wenselijk om deze reikwijdte van de inlichtingenplicht expliciet op te nemen in de Faillissementswet. Deze expliciete opneming biedt de praktijk namelijk duidelijkheid over de informatiepositie van de curator.¹⁰⁷

Hoe de minister het voorgaande denkt vorm te gaan geven is nog niet bekend. De streven is om het wetsvoorstel betreffende de voormelde maatregelen in het najaar van 2013 in consultatie te geven.¹⁰⁸

4.7 Modernisering faillissementsprocedures

Tot slot is Opstellen voornemens om de faillissementsprocedures te moderniseren. Zo dienen deze procedures efficiënter en transparanter te worden. Verder dienen voormelde procedures te voldoen aan de eisen van de moderne digitale tijd en moeten zij binnen een behoorlijke termijn worden afgewikkeld. Het elektronisch berichtenverkeer en de mogelijkheden die het internet biedt, zullen door dit voorstel beter worden gebruikt. De minister is voornemens om de volgende vier onderwerpen in dit onderdeel van het wetgevingsprogramma te behandelen:

1. Het instrumentarium van de curator beter afstemmen op de eisen van de moderne digitale tijd;
2. De rechter meer maatwerkmogelijkheden geven bij de afwikkeling van een faillissement;
3. De faillissementsprocedures meer in lijn te brengen met de technische ontwikkelingen en mogelijkheden;
4. Een betere kennisopbouw bij de rechterlijke macht bewerkstelligen.

¹⁰³ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 695, nr.1, p. 7.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II*, 2012/13, 29 911, nr. 76.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 695, nr.1, p. 7 en *Faillissementsfraude*, *Nederlands Juristenblad* 2012, 2523.

¹⁰⁶ Art. 105 jo. 106 Fw.

¹⁰⁷ W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13, p. 2.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 695, nr.1, p. 7.

Hoofdstuk 5 Het civielrechtelijk bestuursverbod

De gedachte om een civielrechtelijk bestuursverbod op te nemen in de Nederlandse wetgeving speelt al enige tijd. In 2005 is een mogelijke vorm van het verbod in de Tweede Kamer besproken.¹⁰⁹ Tevens wordt in Kamerstukken benoemd dat een civielrechtelijke bestuursverbod in ontwikkeling is.¹¹⁰ Dit hoofdstuk gaat in op de civielrechtelijke variant van het bestuursverbod zoals beschreven in het voorontwerp Wet civielrechtelijk bestuursverbod. De belangrijkste verschillen tussen het civielrechtelijke- en het strafrechtelijke bestuursverbod worden uitgelegd. Vervolgens worden het doel, de rechtsgevolgen, de handhaving, aanpak en de partijen besproken.

5.1 Bestuursverboden

In de huidige Nederlandse wetgeving bestaan thans twee vormen van een bestuursverbod. In art. 2:298 lid 3 BW is vastgelegd dat indien een bestuurder die door de rechtbank is ontslagen, voor de duur van vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van een stichting mag worden. Deze civielrechtelijke variant van het bestuursverbod is echter alleen van toepassing op bestuurders van stichtingen. Ook bestaat er, zoals aangehaald in paragraaf 3.3.3, een strafrechtelijk bestuursverbod. Dit verbod kan worden opgelegd indien de bestuurder is veroordeeld voor een van de misdrijven genoemd in titel XXVI van het Sr. Aan een bestuurder kan, voor bepaalde tijd, het recht worden ontzegt om direct of indirect invloed uit te oefenen op het beleid van een rechtspersoon.¹¹¹

5.1.1 Civielrechtelijk vs. strafrechtelijk

Het strafrechtelijke bestuursverbod, dat hierboven is besproken, kent een aantal verschillen ten opzichte van de civielrechtelijke variant als bedoeld in het voorontwerp Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Het eerste verschil is dat het strafrechtelijke verbod alleen kan worden verzocht of gevorderd indien de bestuurder strafrechtelijk is vervolgd voor misstanden rond het faillissement. Voor de oplegging van het civielrechtelijk verbod is vervolging echter niet noodzakelijk.¹¹² Daarnaast verschilt de aanvang van beide verboden. Het strafrechtelijk verbod wordt namelijk pas actief zodra het strafproces is afgerond en de bestuurder daadwerkelijk is veroordeeld.¹¹³ Het civielrechtelijk bestuursverbod hoeft de afronding van een strafzaak niet af te wachten, maar kan tijdens een procedure worden opgelegd. Op deze manier kunnen snel en passende maatregelen worden getroffen ten aanzien van een frauduleuze bestuurder die – op welke manier dan ook – zijn schuldeisers benadeelt.¹¹⁴ Deze twee vormen – zijn volgens de Memorie van Toelichting (MvT) – de belangrijkste reden om naast een strafrechtelijk verbod tevens een civielrechtelijke variant op te nemen in de wet.

5.2 Het voorontwerp Wet civielrechtelijk bestuursverbod

Op 26 november 2012 is door de MvJ het civielrechtelijk bestuursverbod aangekondigd.¹¹⁵ Vervolgens is het voorontwerp van dit wetsvoorstel in consultatie gegeven via internet. Op 31 mei 2013 is deze consultatie geëindigd. De Ministerraad heeft op 5 november 2013 bekend gemaakt dat zij akkoord zijn met het wetsvoorstel van de minister. Tot op heden ligt het voorontwerp nog voor advies bij de Raad van State.¹¹⁶

Het civielrechtelijk bestuursverbod is toekomstgericht en preventief van aard.¹¹⁷ Door oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod kan een frauderende bestuurder (tijdelijk)

¹⁰⁹ Kamerstukken II, 2005/06, 27 244, nr. 5, p.4.

¹¹⁰ O.a. Kamerstukken II 2007/08, 31 444, nr. 1, p. 60 en Kamerstukken II, 2012/13, 29 911 nr. 57, p.5.

¹¹¹ Art. 349 Sr.

¹¹² MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.4.

¹¹³ Aanhangsel Handelingen II, 2010/11, 1230.

¹¹⁴ Kamerstukken II, 2011/12, 29 911, nr. 52, p. 5.

¹¹⁵ Kamerstukken II, 2012/13, 29 911, nr. 74.

¹¹⁶ Op het moment dat deze rapportage wordt geschreven.

¹¹⁷ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.2.

niet opnieuw aan de slag als bestuurder van een rechtspersoon. Hierdoor kan hij geen gebruik maken van de beperkte aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt en zal hij zijn kwaadwillige activiteiten niet voortzetten. Dit voorkomt verdere schade aan het handelsverkeer.¹¹⁸

5.2.1 Doel en rechtsgevolgen

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod is bedoeld om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en nieuwe rechtspersonen (en beperkte aansprakelijkheid) ongehinderd kunnen voortzetten. Op deze wijze wordt de bestrijding van faillissementsfraude tevens verbeterd.¹¹⁹

Het civielrechtelijk bestuursverbod kent een aantal gevolgen om het voormelde doel te bereiken, namelijk:

- De betrokken bestuurder kan zijn taak niet langer uitoefenen bij de failliete rechtspersoon en bij eventuele andere rechtspersonen waar hij bestuurder is. Indien hij het voorgaande schendt, dan kan de bestuurder door de vennootschap op grond van de onrechtmatige daad worden aangesproken.
- De betrokken bestuurder kan niet opnieuw tot bestuurder worden benoemd zolang het verbod van toepassing is. Zodra een bestuurder met een verbod toch wordt benoemd, dan is dit besluit nietig op grond van art. 2:14 van het BW. Tevens is het niet mogelijk dat de bestuurder in een akte van oprichting tot bestuurder kan worden benoemd. Dit komt door het feit dat de inschrijving in het handelsregister van een bestuurder met een bestuursverbod geweigerd zal worden.
- De betrokken bestuurder kan niet tot commissaris worden benoemd. Daardoor is het niet mogelijk dat de bestuurder met het verbod toezicht mag houden op het bestuur. Deze situatie is onwenselijk omdat de betrokken bestuurder dan invloed kan uitoefenen op het door het bestuur te voeren beleid. In de voorgaande situatie kan de betrokken bestuurder alsnog zijn kwaadwillende handelingen blijven verrichten.¹²⁰

De oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod betekent niet dat de betrokkene geen eenmanszaak (meer) mag drijven, een vennoot in een vennootschap onder firma, maatschap of commanditaire vennootschap mag zijn. Het verbod is immers geen algeheel verbod om te ondernemen of een verbod op aandeelhouderschap.¹²¹

Het voorgaande is bepaald, omdat het verbod niet verder mag gaan dan het te bereiken doel; het ontnemen van de mogelijkheid om door middel van een rechtspersoon beperkt aansprakelijk te zijn.¹²²

Naast deze situaties waarop het verbod niet van toepassing is, kan de rechtbank beslissen dat het verbod ook niet van toepassing is op een bestuurlijke functie bij bijvoorbeeld de lokale schaakvereniging of voor de pensioen bv van betrokkene. Bij deze functies is het openbaar belang echter niet in het geding, waardoor oplegging van het verbod het doel voorbij schiet.¹²³

5.2.2 Handhaving

In de MvT bij het voorontwerp worden verschillende manieren aangegeven waarop de handhaving van een dergelijk verbod kan worden gewaarborgd. Deze manieren zullen hieronder worden opgesomd.

¹¹⁸ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.4.

¹¹⁹ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.1.

¹²⁰ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.5.

¹²¹ H. Koster, 'Voorontwerp wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod', *TvI* 2013, 32, p.4.

¹²² MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.5.

¹²³ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.14.

1. Handhaving binnen- en buitenlandse rechtspersonen

De notaris en de KvK mogen niet meewerken aan de oprichting en inschrijving van een vennootschap waarin een bestuurder wordt benoemd die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen. Tevens wordt de inschrijving door de KvK geweigerd indien het een buitenlandse rechtspersoon behelst, die bestuurd wordt door een persoon aan wie in Nederland een bestuursverbod is opgelegd.

2. Handhaving door middel van transparantie

Als een bestuurder een bestuursverbod opgelegd krijgt, dan wordt dit opgenomen in een openbaar register. Daardoor is het mogelijk om te controleren aan wie een dergelijk verbod is opgelegd. In paragraaf 5.2.4 komt het openbaar register uitgebreider aan bod.

3. Handhaving Europese Unie

In beginsel heeft een bestuursverbod dat is opgelegd door een nationale rechter alleen werking binnen de landsgrenzen. Een bestuurder die in Nederland een bestuursverbod heeft opgelegd gekregen wordt er niet van weerhouden om in andere landen rechtspersonen te besturen. Als een buitenlandse bestuurder in zijn eigen land een verbod opgelegd heeft gekregen vormt dit voor hem geen belemmering om in Nederland bestuurder te zijn van een rechtspersoon. Op deze manier kunnen frauduleuze bestuurders hun malafide praktijken voort blijven zetten.¹²⁴ Daarom heeft Nederland gepleit voor Europese kenbaarheid van bestuursverboden die door de lidstaten van de EU zijn opgelegd. Dit kan mogelijk worden gemaakt via een koppeling van nationale registers. De lidstaten van de Europese Unie kunnen hierdoor op de hoogte worden gebracht van opgelegde bestuursverboden in andere lidstaten. Op deze manier worden kwaadwillende bestuurders ontmoedigd om hun frauduleuze praktijken over de grens in een ander land van de EU voort te zetten.¹²⁵

5.2.3 Reikwijdte

Een civielrechtelijk bestuursverbod ziet op alle rechtspersonen; bv's, nv's, verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, aldus de memorie van toelichting. Indien de betrokken bestuurder bewijst dat het bedoelde kennelijk onbehoorlijk handelen niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, dan kan hem geen civielrechtelijk bestuursverbod worden opgelegd.¹²⁶

5.2.4 Het openbaar register

In de MvT van het voorontwerp Wet Civielrechtelijk bestuursverbod is vermeld dat de nodige bepalingen omtrent het openbaar register in nadere regelgeving zal worden opgenomen. Het is nog niet duidelijk of het verbod in het Handels- of het Faillissementsregister zal worden geregistreerd. Het uitgesproken verbod door de rechtbank, tijdelijke aanstellingen van een of meer bestuurders en bestuursverboden worden opgenomen in dit register. Tevens zullen uitspraken worden geregistreerd die een van de voormelde beslissingen vernietigen. Een vernietiging kan plaatsvinden doordat de bestuurder in hoger beroep gaat en dat zijn beroep vervolgens gegrond wordt verklaard.¹²⁷ De opnemings van het verbod en/of nadere bepalingen heeft als doel dat iedereen kan achterhalen of een persoon rechtmatig optreedt namens een rechtspersoon.

¹²⁴ D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2008/12, p. 4.

¹²⁵ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.5-6.

¹²⁶ Art. 106a lid 4 Fw.

¹²⁷ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.15.

Tevens wordt het inzichtelijk of dat een persoon als bestuurder of commissaris van een rechtspersoon mag worden aangesteld.¹²⁸

5.3 Wet civielrechtelijk bestuursverbod in vogelvlucht

Het wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod voegt een aantal (sub)artikelen aan de Faillissementswet toe. De huidige Faillissementswet wordt aangevuld met art. 106a tot en met art. 106d. In deze paragrafen worden deze artikelen kort behandeld.

5.3.1 Norm en elementen

De algemene norm voor de oplegging van een bestuursverbod wordt gegeven in art. 106a lid 1 Fw. Dit artikel bepaalt dat het voor de oplegging van een bestuursverbod moet gaan om *“een bestuurder die zijn taak, tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement, kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld”*. Deze norm vindt aansluiting bij de bepalingen die opgenomen zijn in art. 2:138 en art. 2:248 van het BW. Dit zijn bepalingen omtrent bestuurdersaansprakelijkheid.

Deze algemene norm bevat twee elementen, namelijk “kennelijk onbehoorlijk bestuur” en “tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement”. Het art. geeft een niet limitatieve opsomming van situaties waarin kennelijk onbehoorlijk bestuur een gegeven is;

- a. Er is voldaan aan de voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid, zoals bedoeld in art. 2:138 lid 1 of art. 2:248 lid 1 van het BW (ondeugdelijke financiële administratie);
- b. Er rechtshandelingen zijn verricht die op grond van één of meer van de artikelen 42 tot en met 46 Fw zijn vernietigd en één of meerdere schuldeisers hierdoor aanmerkelijk zijn benadeeld (faillissementspauliana: is beperkt tot de onverplichte rechtshandelingen. Voor deze voorwaarden is voor de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod van belang dat de handeling daadwerkelijk is vernietigd¹²⁹);
- c. De bestuurder, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen, bedoeld in deze wet, jegens de curator;
- d. De bestuurder, in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement van de rechtspersoon, hetzij als zodanig, hetzij al natuurlijk persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, tweemaal betrokken is geweest bij een eerder faillissement; of
- e. Aan de bestuurder of de rechtspersoon een bestuurlijke boete wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) is opgelegd (fiscale fraude).

Het tweede element, tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement, ziet op de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder plaatsvindt. Bij gedragingen tijdens het faillissement dient het te gaan om handelingen die de goede afwikkeling van het faillissement kunnen belemmeren. De term ‘tijdens het faillissement’ is bewust opgenomen, zodat handelingen die de goede afwikkeling van het faillissement kunnen frustreren binnen de reikwijdte van de voorgestelde wet vallen. Voorbeelden van handelingen die het faillissement kunnen frustreren zijn: een ernstige schending van de medewerkings- en informatieplichten van failliet jegens de curator en het verduisteren van de boekhouding.¹³⁰

5.3.1 Termijn

Een civielrechtelijk bestuursverbod kan maximaal voor de duur van vijf jaar worden opgelegd. De rechtbank is bevoegd om deze termijn in te korten als daar aanleiding voor

¹²⁸ R-J. Boswijk & N. Vreede, ‘Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht’, *TvI* 2013, 27, p.8-14.

¹²⁹ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 8.

¹³⁰ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 7-8.

is. Het verbod is van kracht op de dag dat de uitspraak van de rechter onherroepelijk is geworden. Een verbod kan door een uitvoerbaar bij voorraadverklaring of als gevolg van een voorlopige maatregel eerder in werking treden.¹³¹ Tijdens de procedure betreffende de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod, kan het OM of de curator verzoeken om de betrokken bestuurder te schorsen. Deze schorsing zorgt ervoor dat de betrokken bestuurder zijn functie bij een derde rechtspersoon niet kan voortzetten, tot de rechtbank een beslissing omtrent het verbod heeft genomen. De schorsing kan dus maximaal voor de duur van het geding worden opgelegd.¹³²

5.3.3 Overgangsrecht en inwerkingtreding

Het vorderen of verzoeken van een civielrechtelijk bestuursverbod is niet mogelijk indien een faillissement voor de inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod zijn uitgesproken, ook al zijn deze faillissementen nog niet volledig afgewikkeld.

Faillissementen die zijn uitgesproken voor de inwerkingtreding kunnen wel worden betrokken bij een vordering tot oplegging van een bestuursverbod. Dit kan belangrijk zijn als een bestuurder, in de drie jaren voorafgaande aan het faillissement van de rechtspersoon, tweemaal betrokken is geweest bij een eerder faillissement.¹³³ Voor deze constructie is gekozen zodat het bestuursverbod direct effectief kan worden toegepast. Wanneer faillissementen die uitgesproken zijn voor de inwerkingtreding niet betrokken kunnen worden, is het bestuursverbod pas die jaren na de inwerkingtreding doeltreffend.¹³⁴

Naar verwachting gaat de Wet civielrechtelijk bestuursverbod in per 1 juli 2014. De datum van inwerkingtreding is nog niet definitief.¹³⁵

5.4 Partijen

Bij de procedure tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod zijn een aantal partijen betrokken. Deze partijen worden in de onderstaande subparagrafen besproken.

5.4.1 Openbaar Ministerie

Het OM dient – als het algemeen belang in het geding is – bij de rechtbank een verzoek in tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aan een bestuurder. De voorgaande bevoegdheid sluit aan bij andere bepalingen in het rechtspersonenrecht.¹³⁶ Het OM kan een dergelijke procedure starten met een verzoekschrift. Tevens is het OM bevoegd om, in elke stand van het geding, een verzoek tot schorsing van de desbetreffende bestuurder te doen.¹³⁷

5.4.2 Curator

De curator heeft ook de mogelijkheid om een procedure tot de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aanhangig te maken. Hij dient dit te doen met behulp van een dagvaarding. De curator is hiervoor bevoegd als hij in het betreffende faillissement is benoemd. Deze bevoegdheid komt te vervallen zodra zijn werkzaamheden zijn volbracht. Net als het OM is de curator bevoegd om, in elke stand van het geding, een vordering tot schorsing van de desbetreffende bestuurder in te dienen.¹³⁸

¹³¹ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 13.

¹³² MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 17.

¹³³ Zoals bedoelt in artikel 106a lid 1 sub d wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod.

¹³⁴ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 18-19.

¹³⁵ Invoering civielrechtelijk bestuursverbod <<http://www.antwoordvoorbestedrijven.nl/wetswijziging/invoering-civielrechtelijk-bestuursverbod>> geraadpleegd op 18 september 2013.

¹³⁶ Bijvoorbeeld art. 2:20, art. 2:298 en art. 2:185 BW.

¹³⁷ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.17.

¹³⁸ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.17.

5.4.3 Rechtbank

De rechter krijgt de bevoegdheid om, waar nodig, een passende maatregel op te leggen aan een frauduleuze bestuurder. De rechtbank heeft tevens de bevoegdheid om nieuwe-tijdelijke – bestuurders te benoemen. Het voorgaande is van toepassing zodra een rechtspersoon, door oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aan zijn bestuurder, zonder bestuurder(s) komt te zitten.¹³⁹ Mocht de rechtbank tijdelijke bestuurders of commissarissen benoemen, dan dient zij daarvoor een termijn vast te stellen. De derde rechtspersoon dient namelijk een nieuw bestuur te vormen.¹⁴⁰ Ook kan de rechter bepalen dat de termijn waarvoor het civielrechtelijk bestuursverbod geldt wordt ingekort doordat een procedure lang heeft geduurd en de bestuurder gedurende deze periode geschorst was of het verbod uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.¹⁴¹

Op grond van art. 106b lid 4 van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod heeft de rechter de bevoegdheid om in de overige (rechts)gevolgen van het bestuursverbod te voorzien. Hierbij valt te denken aan de beslissingen die rechtsgevolgen van bepaalde besluiten schorsen of dat het bestuursverbod pas na een bepaalde periode intreedt. De laatst genoemde beslissing kan nodig zijn als derde-rechtspersonen tijd nodig hebben om nieuwe bestuurders te zoeken.¹⁴²

Daarnaast kan de rechtbank de desbetreffende bestuurder schorsen. Hiervoor dient een verzoek tot oplegging van een bestuursverbod aanhangig te zijn, net als de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders door de rechtbank. Dit middel zal voornamelijk worden gebruikt bij niet-failliete rechtspersonen die de betrokkene bestuurd. De schorsing loopt ten hoogste voor de duur van het geding.¹⁴³

5.4.4 Rechter-Commissaris

De curator heeft toestemming nodig van de RC om een procedure te starten tijdens het faillissement.¹⁴⁴ Deze toestemming heeft hij dus ook nodig voor het starten van een procedure tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod.

5.4.5 Schuldeisers

Het kan voor komen dat de gezamenlijke schuldeisers wensen om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. Dit kunnen zij dan kenbaar maken aan de curator. Indien de curator geen gehoor geeft aan de wil van de gezamenlijke schuldeisers, dan kunnen zij zicht tot de RC wenden.¹⁴⁵ De RC hoort dan eerst de curator.

Vervolgens beslist de RC of hij de curator opdracht geeft om een vordering tot oplegging van een bestuursverbod dient in te stellen.¹⁴⁶ Gezien het voorgaande hebben de schuldeisers ook zeggenschap tot de mogelijkheid om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen.

5.4.6 Bestuurder

Het gebruikte begrip 'bestuurder' in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting daarop, sluit aan bij de terminologie van Boek 2 van het BW. Als art. 2:129a van het BW van toepassing is op de rechtspersoon, dan valt de uitvoerende bestuurder ook onder het begrip bestuurder volgens de Wet civielrechtelijk bestuursverbod.

Het bestuursverbod ziet niet op het bestuur als geheel, maar op individuele bestuurders. Als een bestuurder kan bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te

¹³⁹ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.4.

¹⁴⁰ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.16.

¹⁴¹ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.13.

¹⁴² MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.15.

¹⁴³ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.17.

¹⁴⁴ Art. 68 Fw.

¹⁴⁵ Art. 69 Fw.

¹⁴⁶ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p.3.

wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, is hij niet aansprakelijk.¹⁴⁷

In art. 106d van het wetsvoorstel wordt het begrip bestuurder uitgebreid. Degene die namelijk feitelijk het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald, wordt gelijkgesteld met een formele bestuurder. Dit is in de volgende situaties denkbaar;

- Een functionaris heeft een volmacht verkregen waarin hij feitelijk dezelfde bevoegdheden krijgt als de statutaire bestuurders;
- Een aandeelhouder bepaalt feitelijk het beleid;
- Een adviseur die door zijn adviezen belangrijke invloed heeft op beslissingen van het bestuur, deelneemt aan bestuursvergaderingen en werknemers aanneemt of ontslaat.¹⁴⁸

Al deze situaties zijn gelijkgesteld met een feitelijk bestuurder, waardoor ook aan hen een bestuursverbod kan worden opgelegd.

5.4.7 Notaris

Om de rechtsgevolgen te kunnen handhaven is door de wetgever een belangrijke taak weggelegd bij de notaris. Zo dient hij – om te voorkomen dat een bestuurder ondanks een civielrechtelijk bestuursverbod toch tot bestuurder wordt benoemd in een nieuw op te richten rechtspersoon – voorafgaand aan de oprichting van een rechtspersoon een openbaar register te raadplegen.

5.4.8 Derde rechtspersoon

Bij een derde rechtspersoon vervult de betrokken bestuurder, aan wie mogelijk een bestuursverbod wordt opgelegd, tevens de functie van bestuurder of commissaris. Door de rechtsgevolgen van het bestuursverbod is het voor de bestuurder (zoals reeds genoemd) niet meer mogelijk om zijn functie als bestuurder of commissaris bij andere rechtspersonen voort te zetten. De derde rechtspersoon heeft hierdoor eveneens belang bij de eventuele oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod.

Gezien het voorgaande krijgt de derde rechtspersoon de mogelijkheid om zijn zienswijze naar voren te brengen. De zienswijze zal vooral nuttig zijn bij de vraag wie eventueel als vervangend bestuurder of commissaris kan optreden, indien een bestuursverbod wordt opgelegd. Ook het voordragen van bepaalde aanvullende voorzieningen is in deze zienswijze mogelijk.¹⁴⁹

¹⁴⁷ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 8.

¹⁴⁸ Hof Amsterdam 15 februari 2013, *LJN* BZ1149.

¹⁴⁹ MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod, p. 16.

Hoofdstuk 6 Kritische kanttekeningen bij het voorontwerp Wet civielrechtelijk bestuursverbod

In dit hoofdstuk worden de kritiekpunten op het voorontwerp Wet civielrechtelijk bestuursverbod behandeld. Deze kritiekpunten komen naar voren in de reacties van de internetconsultatie, het advies van de Raad voor de rechtspraak en in juridische vakliteratuur. De kritische kanttekeningen die het meest zijn genoemd in de voorgaande bronnen zullen hieronder worden besproken.

6.1 Internetconsultatie, Raad voor de rechtspraak en juridische vakliteratuur

In het vorige hoofdstuk is het voorontwerp Wet civielrechtelijk bestuursverbod behandeld. Hierin is reeds beschreven dat zowel het voorontwerp als de MvT in internetconsultatie zijn gegeven. Burgers, ondernemers en organisaties zijn hierdoor in de gelegenheid gesteld om een reactie te geven op de mogelijk in te voeren wet. Het is gezien de complexiteit van het wetgevingsprogramma raadzaam om diverse partijen ruimte te bieden om – in de voorbereidende fase van het voorstel – inbreng te leveren. Hierdoor kan bij het wetsvoorstel een gedegen zelfstandige politieke weging plaatsvinden.¹⁵⁰

In totaal zijn er zestien reacties tijdens de internetconsultatie openbaar gemaakt.¹⁵¹ Uit deze reacties op het voorontwerp is gebleken dat 50% voor de invoering van het een civielrechtelijk bestuursverbod is, al dan niet met aanpassingen van de voorgestelde regeling. Zo'n 18,8% is tegen de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod. Zij achten het verbod niet het juiste middel ter bestrijding van faillissementsfraude, dat met het verbod – volgens de MvT – wordt bestreden. Uit 31,2% van de reacties blijkt dat de schrijver geen standpunt inneemt of twijfelt over de invoering van het verbod.

Naast de reacties uit de voormelde bron, heeft de Raad voor de rechtspraak (de Raad) diverse kritiek geuit in haar adviesbrief van 2 juli 2013. In haar advies neemt de Raad voornamelijk punten mee die gevolgen hebben voor de organisatie en werklust van de gerechten. Daarnaast beoordeelt de Raad op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid van de voorgenen regeling.¹⁵² De Raad heeft een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak.¹⁵³

Ook in de juridische vakliteratuur is kritisch geoordeeld op het civielrechtelijk bestuursverbod zoals omschreven in het voorontwerp. Het commentaar komt veelal overeen met de punten die naar voren zijn gekomen in de reacties op de internetconsultatie. Daarnaast zijn sommige punten tevens in overeenstemming met die uit het advies van de Raad. In de literatuur wordt het kritiek echter meer onderbouwd.

6.2 De kritiekpunten

In deze paragraaf worden de op- en aanmerkingen uit de internetconsultatie, het advies van de Raad voor de rechtspraak en uit de juridische vakliteratuur behandeld.

6.2.1 De rol van de curator

Het toewijzen van een taak aan de curator bij de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod, is een onderwerp dat veelal in voormelde bronnen voor komt. Er is niet alleen kritiek gekomen op het toewijzen van deze taak, maar ook op de invulling hiervan.

¹⁵⁰ Kamerstukken II, 2012/13, 33 695, nr. 3, p. 2.

¹⁵¹ Internetconsultatie Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod
<www.internetconsultatie.nl/civilbestuursverbod>

¹⁵² Raad voor de rechtspraak, 'Advies voorontwerp wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod', Den Haag: 2013, p.1.

¹⁵³ Art. 95 Wet op de rechterlijke organisatie.

6.2.1.1 Faillissementsfraude als taak van de curator

De vraag of de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude een taak toebedeelt behoort te krijgen, komt in de reacties op de internetconsultatie regelmatig naar voren. De correspondenten stellen dat de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient te behartigen. Dit baseren zij op art. 68 Fw.¹⁵⁴ Het voorgaande wordt ook gesteld in de juridische vakliteratuur.¹⁵⁵

Het bestuursverbod zoals beschreven in het voorontwerp en de MvT hierbij, zal echter niet snel in het belang van de bestaande schuldeisers zijn. Het verbod richt zich namelijk op het voorkomen van schade bij toekomstige activiteiten van de betreffende bestuurder.¹⁵⁶ Naar mening van de correspondenten is de oplegging van een bestuursverbod dan ook in het algemeen belang. De bescherming van dit belang ligt volgens hen bij de overheid (OM).¹⁵⁷ Uit de reactie van Verbond Nederlandse Ondernemingen-Nederlands Christelijk Werkgeversverbond (VNO-NCW) en Midden- en Kleinbedrijf - Nederland (MKB-Nederland) blijkt dat zij van mening zijn dat faillissementsfraude onder crimineel handelen valt en dat het bestrijden hiervan een taak van de overheid is. Zij betogen dat de curator geen opsporingsambtenaar is en dat het toe bedelen van de taak tot opsporing van faillissementsfraude niet bij hem past.

Ook in de literatuur wordt deze (mogelijk) nieuwe taak voor de curator omstreden. Veelal komen betogers met dezelfde argumenten als zojuist beschreven. Zij zien faillissementsfraude tevens als criminaliteitsbestrijding, welke onder de taak van de overheid valt.¹⁵⁸ R. Knecht, J.R. Popma en I. Zaal zijn van mening dat fraudebestrijding een maatschappelijke taak is.¹⁵⁹ Volgens C.M. Hilverda hebben curatoren bij de bestrijding van faillissementsfraude een centrale rol.¹⁶⁰ Zij acht het voornemen van de minister om de curator een taak te geven bij de bestrijding van faillissementsfraude dan ook gepast.¹⁶¹

Een tweetal correspondenten – te weten de Commissie Insolventierecht van de NOvA (de Commissie) en Loyens & Loeff – benoemen jurisprudentie waarin de Hoge Raad heeft aanvaard dat de curator echter ook rekening dient te houden met zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard, zoals continuïteit van ondernemingen en de werkgelegenheid. In het algemeen wordt aangenomen dat in dit licht bezien ook het doen van aangifte bij het vermoeden van een strafbaar feit kan behoren tot de taak van de curator. De curator dient daarbij echter wel rekening te houden met de kosten die verband houden met de aangifte en zijn rol als belangen behartiger van de gezamenlijk schuldeisers.¹⁶² Hieruit kan volgens de Commissie worden opgemaakt dat de curator af en toe ook kosten mag maken ter behartiging van bepaalde zwaarwegende maatschappelijke belangen.

De aangehaalde jurisprudentie betreffende het meewegen van het maatschappelijk belang door de curator wordt ook besproken in de literatuur.¹⁶³

¹⁵⁴ Reactie Loyens & Loeff, p. 3, reactie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht en reactie NEVOA p. 2.

¹⁵⁵ F. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115, p. 4, W.J.B. Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13, p. 5 en R. Knecht e.a., 'Faillissementsfraude en de rol van de curator', *Tvl* 2006/19, p.8.

¹⁵⁶ Reactie Loyens & Loeff, p. 3.

¹⁵⁷ Reactie NEVOA, p.2.

¹⁵⁸ Zie voetnoot 155.

¹⁵⁹ R. Knecht e.a., 'Faillissementsfraude en de rol van de curator', *Tvl* 2006/19, p.8.

¹⁶⁰ C.M. Hilverda is Hoogleraar Faillissementsfraude aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen en Senior raadsheer bij het Gerechtshof Den Bosch.

¹⁶¹ C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,.....*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9

¹⁶² HR 12 mei 1989, NJ 1990, 130, HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 en HR 19 april 1996, NJ 1996, 727.

¹⁶³ O.a. M.L. Lennarts, 'Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!', *Tvl* 2013/26 en F.E. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115.

Hier wordt aangehaald dat de HR weliswaar de curator de taak heeft gegeven om mede de belangen van maatschappelijke aard te betrekken in zijn beleidsafweging. W.J.B. Nielen stelt dat hieruit niet mag worden afgeleid dat de belangen van maatschappelijke aard prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁶⁴ Dit komt ook naar voren in andere literatuur. Hierin wordt beschreven dat de Fw het belang van de gezamenlijke schuldeisers duidelijk voorop stelt.¹⁶⁵

De Raad geeft in haar advies aan dat zij met het ingrijpen door zowel de curator als door het OM, de effectiviteit van de maatregel ziet toenemen. De curator heeft namelijk doorgaans als eerste zicht op fraude gevallen in faillissementsprocedures. Daarnaast wordt het strafrechtelijke instrumentarium van het OM uitgebreid met een preventief civielrechtelijke middel.¹⁶⁶

6.2.1.2 Kosten van de procedure en de lege boedel problematiek

Aanvullend op het toekennen van een rol aan de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude, speelt het probleem van de lege boedel. Curatoren worden betaald uit de faillissementsboedel en ook de kosten voor het voeren van een procedure komen ten laste van de boedel. Bij faillissementsfraude zal het echter in veel gevallen niet haalbaar zijn om actie te ondernemen, omdat er te weinig of geen activa in de boedel aanwezig is. Hierdoor kunnen de procedurele kosten niet worden voldaan.¹⁶⁷ Alvorens een procedure gestart kan worden heeft de curator toestemming nodig van de RC. De Commissie haalt aan dat bij het ontbreken van kenbare verhaalsbestanddelen de RC doorgaans geen machtiging aan de curator zal verlenen. De kosten die gemoeid zijn met het treffen van de rechtsmaatregel tegen de bestuurder zullen niet opwegen tegen de te verwachte baten. Zij is van mening dat de RC wel een machtiging zal verlenen indien de kosten voor het vorderen van een bestuursverbod niet ten laste van de boedel komen, maar van overheidswege worden vergoed. Een kostenvergoedingsregeling heeft de minister – naar mening van de Commissie – niet opgenomen in het voorontwerp. Zij draagt aan dat de bestaande Garantenstellingsregeling Curatoren 2012, in haar huidige vorm, geen soelaas biedt voor de betreffende problematiek. Dit komt doordat deze regeling is gericht op enig verhaal, waaraan het vorderen van een bestuursverbod niet voldoet.¹⁶⁸ Ook uit de reactie van Loyens & Loeff komt naar voren dat de Garantenstellingsregeling Curatoren 2012 mogelijk een gepast middel kan zijn om de vergoedingsmaatregel in onder te brengen.¹⁶⁹

De Vereniging van Effectenbezitters (VEB) is van mening dat een curator alleen actie onderneemt als de boedel daar baat bij heeft en als er nog middelen in de boedel aanwezig zijn zodat de curator betaald kan worden.¹⁷⁰ Een regeling treffen die de kosten van de procedure tot oplegging van een bestuursverbod (deels) dekt, kan op die manier de effectiviteit van de beoogde regeling vergroten.

Hilverda noemt tevens de Garantenstellingsregeling. Deze regeling acht zij echter nog niet geschikt doordat deze alleen van toepassing is voor vorderingen op grond van de WBF of een bepaalde categorie van de Actio Pauliana. Daarnaast geldt als eis dat de te verwachten opbrengst vier keer zo hoog is als het gevraagde bedrag.

¹⁶⁴ W.J.B. Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13, p. 4.

¹⁶⁵ M.L.S. Kalf e.a., *'De Integere Curator'*, Deventer: Kluwer 2007, p. 4.

¹⁶⁶ Advies Raad voor de rechtspraak, p. 2.

¹⁶⁷ Knecht e.a. 2005, p.20 – 24 en Hilverda 2012, p. 10-11.

¹⁶⁸ Reactie Commissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten, p.5.

¹⁶⁹ Reactie Loyens & Loeff, p. 4.

¹⁷⁰ Reactie VEB NCVB, p. 5.

Hilverda pleit voor een basisvergoeding voor curatoren.¹⁷¹ Naast Hilverda is ook Nielen van mening dat de Garantenstellingsregeling in de huidige vorm niet geschikt voor de curator om een vergoeding te verkrijgen.¹⁷² Hieruit is op te maken dat de huidige Garantenstellingsregeling curatoren 2012 (nog) niet geschikt is als vergoedingsmaatregel voor het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod.

Uit literatuur in vakbladen wordt de vraag of de vergoeding betreffende het vorderen van een bestuursverbod uit de bestaande Garantenstellingsregeling moet komen onbeantwoord. De meningen lopen op dit gebied uiteen. Dat een vergoeding hiervoor reëel is, wordt in de literatuur wel duidelijk.¹⁷³ Nielen meent dat een extra taak van de curator op het gebied van fraudebestrijding niet met zich mee kan brengen dat de curator op eigen kosten en risico extra werkzaamheden moet verrichten.¹⁷⁴

6.2.1.4 Dagvaardingsprocedure

De bepaling dat het OM én de curator bevoegd zijn om oplegging van het verbod te verzoeken respectievelijk te vorderen, valt niet bij iedereen in goede aarde. Het voorontwerp bepaalt dat het OM een verzoekschrift in moet dienen om een procedure betreffende de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aanhangig te maken. De curator dient dit echter bij dagvaarding te doen. De Raad geeft aan dat zij het niet duidelijk acht waarom dit onderscheidt is gemaakt.¹⁷⁵ Een enkeling benoemt dit onderscheidt in zijn reactie op de internetconsultatie.

Mr. R. Dufour van Vlaskamp Advocaten vraagt zich af waarom voor deze constructie is gekozen. Gezien de kosten is het naar zijn mening minder gecompliceerd en kostbaar om ook de curator het geding te starten middels een verzoekschrift. In de overige reacties die ingezonden zijn tijdens de internetconsultatie komt dit onderwerp niet of nauwelijks voor.

In juridische vakbladen komt dit onderwerp in geringe mate voor¹⁷⁶. Het wordt zo nu en dan wel benoemd, maar een argumentatie tegen de procedurevorm blijft uit.

6.2.1.5 Overige opmerkingen

In de reactie van de beroepsorganisatie Bedrijfsjuridisch Adviseurs (NEVOA) komt naar voren dat zij vrezen dat het civielrechtelijk bestuursverbod er voor zorgt dat de curator de failliet dwingt om mee te werken aan acties waartoe hij niet verplicht is.¹⁷⁷ Ook Loyens & Loeff vreest hiervoor.¹⁷⁸ In het juridisch vakblad Ondernemingsrecht komt deze zorg ook naar voren. F. Keijzer deelt deze mening van NEVOA en Loyens & Loeff.¹⁷⁹

6.2.2 Positionering van het verbod

In veel reacties op de internetconsultatie wordt kritiek geuit op de positionering van het verbod. Het voorontwerp bepaalt (namelijk) dat er vier artikelen aan de Faillissementswet worden toegevoegd. Volgens een talrijk aantal correspondenten is plaatsen van het civielrechtelijk bestuursverbod in boek twee van het BW een logischere keuze. Dat men deze positie passender vindt komt ten eerste doordat het verbod ziet op de rechtspositie

¹⁷¹ C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,.....*, Deventer: Kluwer 2012, p.10-11.

¹⁷² W.J.B. Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13, p.13-14.

¹⁷³ O.a. R. Knecht, e.a., 'Faillissementsfraude en de rol van de curator', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2006, 19, H. Koster, 'Voorontwerp wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 32 en W.J.B. Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13.

¹⁷⁴ W.J.B. Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13, p.4.

¹⁷⁵ Advies van de Raad voor de rechtspraak, p. 2-3.

¹⁷⁶ O.a. H. Koster, 'Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/32, p. 1.

¹⁷⁷ Reactie NEVOA, p.2.

¹⁷⁸ Reactie Loyens & Loeff, p. 9.

¹⁷⁹ F. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115, p. 4.

van een bestuurder van een rechtspersoon. Het tweede boek van het BW ziet per slot van rekening op rechtspersonen. Boek twee van het BW wordt immers betiteld als 'Rechtspersonen'. Daarnaast knoopt het voorontwerp aan bij de artikelen betreffende bestuurdersaansprakelijkheid¹⁸⁰, dat tevens is geregeld in het tweede boek van het BW. Ook is in dit boek een bestuursverbod bij stichtingen¹⁸¹ opgenomen.¹⁸² Stichting VEB beargumenteert dat als het bestuursverbod wordt opgenomen in het tweede boek van het BW, deze ook van toepassing is in gevallen buiten een faillissement.¹⁸³ Ook in juridische vakbladen komt regelmatig naar voren dat plaatsing van het verbod in het BW een betere optie is. F. Keijzer geeft aan dat de positionering van het civielrechtelijk bestuursverbod in de Fw, niet logisch is. Boek twee van het BW regelt namelijk de positie van bestuurders rondom hun benoeming en defungeren.¹⁸⁴ Loyens & Loeff is echter van mening dat het civielrechtelijk bestuursverbod in het strafrecht geplaatst dient te worden. Zij beargumenteren dit als volgt: *"het verbod bevindt zich in de sfeer van handhaving van de openbare orde en heeft naast een preventief ook een sterk punitief karakter. Het strafrecht is daar bij uitstek voor toegerust. De bedoelde werking als uitzonderlijk middel in uitzonderlijke situaties past binnen de strafrechtelijke kaders. Ook de bevoegdheid van het OM vindt zijn wortels in het strafrecht"*.¹⁸⁵

6.2.3 Publicatie en registratie

Art. 106b lid 3 van het voorontwerp bepaalt dat de uitspraak waarin het bestuursverbod wordt opgelegd, door de griffier van de rechtbank wordt ingeschreven in een centraal register. De Raad geeft aan dat de griffier echter alleen een aantekening kan maken in een register waarvan de Rechtspraak houder is. In het de MvT van het voorontwerp wordt geopperd om een bestuursverbod in te schrijven in het Handelsregister. De Rechtspraak is van dit register echter geen houder. Zal de opneming toch geschieden in het Handelsregister, dan zal moeten worden bezien op welke wijze de griffier een dergelijk verbod kan inschrijven.

De Raad geeft in haar advies aan dat zij met opname en publicatie van het verbod in het CIR geen bezwaar heeft. Er dient echter wel rekening te worden gehouden met de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die de publicatie van het verbod via internet met zich mee kan brengen. Naar mening van de Raad is verdere uitwerking van dit de inbreuk op grondrecht in het voorontwerp dan ook van belang.¹⁸⁶

Uit de reacties op de internetconsultatie blijkt dat men de mening van de Raad deelt. De correspondenten geven aan dat zij liever zien dat de openbaarheid van een register waarin het bestuursverbod gepubliceerd en geregistreerd wordt, wordt beperkt. Op deze wijze kan een 'algemeen toegankelijke schandpaal' worden tegengegaan.¹⁸⁷ De Gecombineerde Commissie vindt dat de inschrijving en publicatie in een centraal register de sanctie van het civielrechtelijk bestuursverbod nog eens extra zwaar maakt. Deze voor het publiek toegankelijke inschrijving is niet eens verbonden aan de strafrechtelijke variant van het civielrechtelijke bestuursverbod. De Gecombineerde Commissie geeft aan dat zij iedere afweging omtrent de openbaarheid van het bestuursverbod tegen de privacy van betrokkenen mist.¹⁸⁸

VNO-NCW en MKB-Nederland dragen in hun reactie op het voorontwerp een mogelijke oplossing aan om de uitspraak van een bestuursverbod niet in een openbaar register te publiceren. Zij achten een centraal register dat toegankelijk is voor het Handelsregister

¹⁸⁰ Art. 2:138 jo 2:248 BW.

¹⁸¹ Art. 2:298 lid 3 BW.

¹⁸² O.a. reactie Praktijk generator, p.1, reactie Warendorf, p.1, reactie VEB NCVB, p.5, reactie Nederlandse Vereniging van Banken, p. 2 en reactie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, p. 5.

¹⁸³ Reactie VEB NCVB, p. 5.

¹⁸⁴ F. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115, p. 3.

¹⁸⁵ Reactie Loyens & Loeff, p.2.

¹⁸⁶ Advies van de Raad voor de rechtspraak, p. 3.

¹⁸⁷ Reactie Loyens & Loeff, p. 12-13.

¹⁸⁸ Reactie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, p. 10.

voldoende. Op deze manier kan bij iedere inschrijving van nieuwe bestuurders door het Handelsregister worden gecontroleerd of zij zijn opgenomen in dit betreffende register.¹⁸⁹

In de juridische vakbladen wordt de publicatie- en registratieprocedure, zoals beschreven in het voorontwerp, veelal afkeurend beschreven. Zo kan het registreren van het verbod en/of nadere bepalingen leiden tot ernstige leedtoevoeging in de vorm van reputatieschade van de betrokken bestuurder.¹⁹⁰ Daarnaast wordt in deze bron geschreven dat de openbaarmaking van de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod zorgt voor een (nog) zwaardere werking. Het openbaar maken van een rechtelijke uitspraak geldt als een zelfstandige bijkomende straf.¹⁹¹

6.2.4 Werklast

De werklast bij de Rechtspraak zal naar zeggen van de Raad niet in grote mate toenemen. Zij verwacht namelijk dat een procedure tot oplegging van een bestuursverbod hooguit enkel tientallen keren per jaar zal voorkomen.

Hierbij spelen een lege boedel, animo van de curator en de werklast bij het OM een rol. De lege boedel zal de curator niet uitdagen om een procedure te starten, omdat hij zelf opdraait voor de kosten. Tevens vraagt de Raad zich af of het te verwachten is dat het OM, gezien de bezuinigingen en de huidige werklast, zich zal inzetten om bestuursverboden te verzoeken.¹⁹² Ook in de reacties op de internetconsultatie en in de juridische vakliteratuur wordt gesproken over de drukte bij het OM. De vraag die rijst is waarom te verwachten valt dat het OM haar toebedeelde taken bij de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod actief zal gaan oppakken. Daarnaast komt de vraag op of hiervoor extra budget wordt vrijgemaakt?¹⁹³

6.3 Gevolgen van de consultatie

Per brief van 15 november jl. heeft de minister aangegeven dat de uitvoerige reacties uit de consultatie aanleiding hebben gegeven om sommige onderdelen van het voorstel te wijzigen. Zo zijn de gronden waarop het bestuursverbod gevorderd kan worden duidelijker geformuleerd. Aan het uitgangspunt – dat malafide bestuurders een bestuursverbod voor een periode van maximaal vijf jaar opgelegd kunnen krijgen – wordt echter niets veranderd.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Reactie VNO-NCW en MKB-Nederland, p. 8.

¹⁹⁰ R.-J. Boswijk & N. Vreede, 'Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 27, p. 3.

¹⁹¹ D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2008, 124 p.7. en F. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115, p. 5.

¹⁹² Advies van de Raad voor de rechtspraak, p. 4.

¹⁹³ O.a. H. Koster, 'Voorontwerp wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 32, p.1 en reactie Warendorf, p. 3.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 695, nr. 3, p. 2.

Hoofdstuk 7 Het Belgische bestuursverbod

In de wetgeving van verschillende Europese landen komt een variant van het civielrechtelijk bestuursverbod al voor.¹⁹⁵ In de wetgeving die van toepassing is op Engeland, Wales en Schotland is de 'Company Directors Disqualification Act 1986' opgenomen.¹⁹⁶ Duitsland kent de 'Untersagung von die Ausübung eines Gewerbes'. Ook in de Belgische wetgeving is een (civielrechtelijk) bestuursverbod opgenomen.¹⁹⁷ In dit hoofdstuk zal het Belgische bestuursverbod worden besproken. Aan de hand daarvan kan dit verbod worden vergeleken met het verbod uit het voorontwerp Wet civielrechtelijk bestuursverbod.

7.1 De Belgische wetgeving en het verbod

In de Belgische wetgeving maakt het faillissementsrecht onderdeel uit van het handelsrecht. Bij de wet van 8 augustus 1997 is dit onderdeel van het recht grondig hervormd. Het faillissementsrecht is hierdoor als aparte wet opgenomen in het Wetboek van Koophandel (WvK). De rechtbank van Koophandel is bevoegd om de faillietverklaring van een rechtspersoon uit te spreken.¹⁹⁸

Het Koninklijk besluit nr. 22 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen bevat een civielrechtelijk bestuursverbod (Beroepsverbod). Dit Beroepsverbod is, net als de Faillissementswet, opgenomen in het WvK.

7.2 Het Koninklijk besluit nr. 22

Het Beroepsverbod dateert van 24 oktober 1934. Met ingang van 1 september 1998 is dit verbod herzien.¹⁹⁹ Door deze herziening mag een verbod, op grond van het Besluit, niet meer van rechtswege worden opgelegd aan niet in eer herstelde gefailleerden en bepaalde veroordeelden. Een niet in eer herstelde gefailleerde is een persoon die op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en wiens krediet geschokt is, die zich in staat van faillissement bevindt en die een kennelijk grove fout heeft begaan, die evenwel niet noodzakelijk van strafrechtelijke aard is en die tot zijn faillissement heeft bijgedragen.²⁰⁰ Het verbod is alleen nog maar als een facultatieve bijkomende straf op te leggen. Voor de rechtbank van koophandel blijft het echter mogelijk om een niet in eer herstelde gefailleerde natuurlijk persoon een verbod op te leggen om enig koopmansbedrijf uit te oefenen. Door de herziening kan het verbod worden opgelegd met een maximale termijn. Voorheen gold het verbod definitief tot rehabilitatie plaats zou vinden. Om rehabilitatie te verkrijgen dient de gefailleerde alle door hem verschuldigde bedragen (hoofdsom, rente en kosten) geheel te hebben voldaan.²⁰¹

7.2.1 Inhoud en reikwijdte

Op grond van het Beroepsverbod mag een veroordeelde of een niet in eer herstelde gefailleerde niet langer persoonlijk of door een tussenpersoon de functie van bestuurder, commissaris of zaakvoerder in een vennootschap op aandelen, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een coöperatieve vennootschap bekleden. Daarnaast is het voor hem verboden om, enige functie waarbij macht wordt verleend om een van de voormelde vennootschappen te verbinden, te vervullen. Ook mag hij het beroep van effectenmakelaar of correspondent-effectenmakelaar niet uitoefenen.²⁰² Het uitoefenen van deze beroepen of werkzaamheden in Europees economisch samenwerkingsverband, in een economisch samenwerkingsverband of in een Belgische

¹⁹⁵ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 695, nr. 1, p. 3 en D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2008, 124, p. 7.

¹⁹⁶ Griffin 2002, p. 219.

¹⁹⁷ *Kamerstukken II*, 2005/06, 27 244, nr. 25, p. 4.

¹⁹⁸ P. de Vroede 2007, p. 546.

¹⁹⁹ B.S. 22 augustus 1998.

²⁰⁰ Art. 2 Fw.

²⁰¹ Art. 110 Fw.

²⁰² Art. 1 Beroepsverbod.

vestiging van dergelijke samenwerkingsverbanden is tevens strafbaar gesteld middels het verbod.²⁰³

Art. 1 Beroepsverbod geeft een opsomming van de gedragingen waarop het Beroepsverbod van toepassing is. Valsheid en gebruik van valsheid in geschriften, diefstal, afpersing, verduistering of misbruik van vertrouwen zijn voorbeelden van gedragingen die onder deze bepaling vallen. In de gevallen van art. 1 en 1 bis wordt het beroepsverbod opgelegd door de strafrechter en is het een bijkomende straf.²⁰⁴

In art. 3 Beroepsverbod is bepaald dat het verbod ook van toepassing is op niet in eer herstelden gefailleerde, zelfs indien de toestand van faillissement (in de gebieden die onder Belgisch gezag of bestuur hebben gestaan of) in het buitenland is ontstaan. De inhoud van art. 3, 3bis en 3ter ziet specifiek op de oplegging van het verbod aan gefailleerden en is civielrechtelijk van aard. Het verbod op grond van deze artikelen wordt uitsproken door de rechtbank van koophandel. De bepalingen van deze artikelen worden dan ook gebruikt in dit hoofdstuk.

7.2.2 Normen

Om het verbod op te kunnen leggen moet aan de volgende normen worden voldaan:

1. Het betreft een gefailleerde of een persoon die daarmee gelijk wordt gesteld:
 - a. De beheerders en zaakvoerders van een in staat van faillissement verklaarde handelsvennootschap wiens ontslag niet een jaar voor de faillietverklaring in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt;
 - b. Enig ander persoon die geen beheerder of zaakvoerder is, maar werkelijk de bevoegdheid heeft gehad om de in staat van faillissement verklaarde vennootschap te beheren.²⁰⁵
 - c. Een zaakvoerder van een Europees economisch samenwerkingsverband of van een economisch samenwerkingsverband die in staat van faillissement is verklaard.²⁰⁶
2. Er is sprake van een kennelijk grove fout van de gefailleerde of de daaraan gelijkgestelde die heeft bijgedragen tot het faillissement.²⁰⁷

Art. 3bis lid 2 Beroepsverbod bepaalt dat dan naast het verbod om bepaalde beroepen of werkzaamheden uit te voeren, een verbod kan worden opgelegd om persoonlijk of door een tussenpersoon enig koopmansbedrijf uit te oefenen.

7.2.3 Termijn

De duur van het verbod wordt vastgesteld door de rechter. Deze termijn mag vanaf 2 april 2009 niet meer dan tien jaar bedragen. Daarvoor kende het verbod een termijn van minimaal drie jaar.²⁰⁸ De minimale duur is geschrapt.²⁰⁹

7.2.4 Bevoegdheid rechtbank

Het verbod kan door de rechtbank van koophandel, die het faillissement heeft uitgesproken, aan een niet in eer herstelde gefailleerde worden opgelegd. Als het faillissement in het buitenland is uitgesproken, dan is de rechtbank van koophandel te Brussel bevoegd tot het opleggen van het Beroepsverbod.

²⁰³ Art. 3ter Beroepsverbod.

²⁰⁴ E. de Neve, 'Het beroepsverbod', www.elfri.be geraadpleegd op 14 oktober 2013 (zoeken op *beroepsverbod*).

²⁰⁵ Art. 3bis lid 1 Beroepsverbod.

²⁰⁶ Art. 3ter Beroepsverbod.

²⁰⁷ Art. 3bis lid 2 en 3 Beroepsverbod.

²⁰⁸ Art. 3bis lid 4 Beroepsverbod.

²⁰⁹ E. de Neve, 'Het beroepsverbod', www.elfri.be geraadpleegd op 14 oktober 2013 (zoeken op *beroepsverbod*).

7.2.5 Sanctie bij overtreden verbod

Indien de persoon aan wie een beroepsverbod is opgelegd dit verbod schendt, kan een gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar worden opgelegd. Daarnaast kan hij worden veroordeeld tot het betalen van een geldboete van €1.000,- tot €10.000,-. Ook de persoon die een ander met een beroepsverbod aanstelt of in functie houdt kan tot bovenstaande straffen worden veroordeeld.²¹⁰

7.2.6 Partijen

De gefailleerde, of een persoon die daarmee gelijk wordt gesteld, wordt gedagvaard voor de rechtbank van koophandel. Het OM of een van de schuldeisers die niet werd betaald uit het faillissement, kan het verbod vorderen.²¹¹

7.2.7 Inwerkingtreding en beëindiging van het verbod

Zodra de beslissing omtrent het verbod in kracht van gewijsde is gegaan, treedt het verbod in werking. Het verbod komt te vervallen als het vonnis van faillietverklaring wordt ingetrokken, de gefailleerde homologatie van een gerechtelijk akkoord verkrijgt of als de gefailleerde rehabilitatie verkrijgt.²¹²

7.2.8 Bekendmaking van het verbod

De vonnissen en arresten die op grond van art. 3bis Beroepsverbod zijn gewezen, worden gemeld in het handelsregister. Deze melding geschiedt middels het toezenden van de uitspraken naar het centraal handelsregister.²¹³

7.3 Doelstelling

Voorafgaande aan het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 is een verslag naar de Koning gestuurd betreffende de bepalingen die in het Beroepsverbod zijn opgenomen. Uit dit verslag komt de volgende doelstelling naar voren: *“Om het vertrouwen in de bedoelde rechtspersonen te versterken komt het erop aan het bestuur, het toezicht en het beheer er van te ontfangen aan onwaardige personen, wier gebrek aan rechtschapenheid duidelijk blijkt of aan personen, zoals gefailleerden, die, waar ze zich ondergeschikt hebben betoond om hun eigen zaken te beheren, niet zonder gevaar geroepen kunnen worden om andermans belangen waar te nemen”*.²¹⁴

De bovenstaande oorspronkelijke doelstelling is bij de wet van 4 augustus 1978 uitgebreid. Het Beroepsverbod heeft door de uitbreiding tevens het doel *“de strijd tegen de koppelbazen aan te gaan en meer algemeen voor de gezondmaking van de handelsfunctie”*. De wetgever wil iedere beheerder, zaakvoerder of andere persoon die werkelijk de bevoegdheid hebben gehad over de rechtspersoon, wiens kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot de faling van hun vennootschap, uit het handelscircuit bannen. Om deze doelstelling te kunnen bereiken is art. 3bis Beroepsverbod ingevoerd. Dit artikel heeft betrekking op personen die niet strafrechtelijk zijn veroordeeld, maar aan wie een burgerlijke fout wordt verweten.²¹⁵

²¹⁰ Art. 4 Beroepsverbod.

²¹¹ Art. 3bis lid 5 Beroepsverbod.

²¹² Art. 3bis lid 8 Beroepsverbod.

²¹³ Art. 3bis lid 9 Beroepsverbod.

²¹⁴ Belgisch Staatsblad 27 oktober 1934, p. 5768-5769.

²¹⁵ Parl. St. Senaat 1977/78, nr. 415-1, p. 46.

Hoofdstuk 8 Conclusies en aanbevelingen

In het eerste hoofdstuk is een centrale vraag opgenomen. Om deze te beantwoorden zijn deelvragen opgesteld die tezamen leiden tot het antwoord op de centrale vraag. In dit hoofdstuk worden ten eerste de deelvragen beantwoord. Daarna zullen deze antwoorden met elkaar in verband worden gebracht en worden beargumenteerd. Vervolgens zal er antwoord worden gegeven op de centrale vraag: 'Op welke wijze kan faillissementsfraude nu en in de toekomst worden bestreden en welke plaats neemt het toekomstige wetsvoorstel betreffende het civielrechtelijk bestuursverbod daarbij in, mede gelet op de taakverdeling binnen de rechtbank Zeeland-West-Brabant en de Belgische wetgeving omtrent een dergelijk verbod?' Tot slot worden er – naar aanleiding van het onderzoek- aanbevelingen gedaan.

8.1 Conclusies deelvragen

In de volgende subparagrafen worden de deelvragen beantwoord.

8.1.1 Faillissementsfraude

Het item faillissementsfraude was de afgelopen jaren dikwijls op de agenda van de Tweede Kamer terug te vinden. In het verleden zijn er verschillende maatregelen genomen ter bestrijding van faillissementsfraude. Anno 2013 is dit echter nog steeds een 'hot item'. Van faillissementsfraude is sprake als schuldeisers opzettelijk en wederrechtelijk (dreigen te) worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden door gedragingen die vóór of tijdens een faillissement plaats kunnen vinden. Dit geschiedt door middel van een benadelingshandeling. De plegers van deze handelingen kunnen worden verdeeld in twee groepen: de gelegenheid- en beroepsfraudeurs. Faillissementsfraude komt in de volgende vormen voor: onbehoorlijk handelend bestuur, misbruik van faillissement en (overige) faillissementsfraude. Gezien de omvang en gevolgen van faillissementsfraude is bestrijding hiervan van groot belang.

8.1.2 Bestrijding van faillissementsfraude in het huidige recht

Het huidige recht kent verschillende maatregelen om faillissementsfraude te voorkomen en te bestrijden. Deze instrumenten zijn afkomstig uit het civiele recht, waaronder het faillissementsrecht, en het strafrecht. In **bijlage A** is een overzicht opgenomen met de verschillende instrumenten uit de verschillende rechtsgebieden. Dit overzicht is opgesteld als resultaat van het onderzoek. Ondanks het huidige (en talrijke) instrumentarium, blijkt bestraffing van faillissementsfraude nog altijd problematisch. De pakkans bedraagt namelijk (maar) twee en een half procent.

Doordat faillissementsfraude via het civiele- en het strafrecht wordt behandeld, is het nodig dat alle betrokken actoren de juiste kennis hebben die van toepassing is bij dit verschijnsel. Om de kennis van alle actoren optimaal te benutten is een goede samenwerking van belang. Daarnaast moet de kennis ook actueel blijven.

8.1.3 Wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'

In het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' heeft minister Opstelten verschillende voorstellen aangekondigd. Een aantal van deze voorstellen zien op een betere bestrijding van faillissementsfraude. In **bijlage B** zijn de voorstellen schematisch opgenomen. Dit schema is aan de hand van de resultaten van het onderzoek opgesteld. De voornemens zien op de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod, waar het wijzigen van het Handelsregisterbesluit 2008 een onderdeel van is. Dit verbod wordt in paragraaf 8.1.4 verder besproken. Daarnaast heeft de minister het voornemen om het strafrechtelijke faillissement te herzien. Met name het aanpakken van bestuurders die buitensporige uitgaven hebben gedaan vóór het faillissement, worden hiermee aangepakt. Om voormeld doel te bereiken wordt de reikwijdte van de faillissementsdelicten opgerekt. Ook wordt de strafbaarstelling op het niet voeren van een deugdelijke administratie verhoogd. Ook de continuïteit van ondernemingen verbeteren, maakt onderdeel uit van

het wetgevingsprogramma. Het voorkomen van faillissementen en het vergemakkelijken van een doorstart indien een faillissement onvermijdelijk is, vormen de hoofdelementen. Deze elementen monden uit in onderwerpen en wetsvoorstellen betreffende stille bewindvoering en pre-pack, dwangakkoord buiten een faillissement en een doorleveringsverplichting voor leveranciers voor essentiële goederen en diensten aan een bijna failliete of doorgestarte rechtspersoon.

Het instellen van een centraal aandelhoudersregister is een volgend voorstel van de minister. Hiermee moet het inzichtelijk worden wie als aandeelhouder betrokken is bij een bv of een niet beursgenoteerde nv. Dit kan zorgen voor preventief toezicht op rechtspersonen bij het voorkomen en bestrijden van fraude, witwassen en afpakken van crimineel vermogen. Daarnaast wil Opstellen de positie van de curator versterken door middel van het invoeren van een informatie- en medewerkingsplicht voor de failliet en door de opnemings van een wettelijke bepaling om de curator een taak te geven bij de bestrijding van faillissementsfraude.

De modernisering van de faillissementsprocedures is het laatste punt op het wetgevingsprogramma. Hierbij zal het gaan om het instrumentarium van de curator beter af te stemmen op de eisen van de moderne digitale tijd, de rechter meer maatwerk mogelijkheden te geven bij de afwikkeling van een faillissement, de faillissementsprocedures meer in lijn te brengen met de technische ontwikkelingen en mogelijkheden en betere kennisopbouw bij de rechterlijke macht te bewerkstelligen.

Uit het voorgaande valt op te maken dat de minister veel voornemens heeft die onder andere de bestrijding van faillissementsfraude moeten bevorderen. Voordat deze voornemen daadwerkelijk inwerking zullen treden, dient er nog veel te gebeuren. Het zal dan ook nog enige tijd duren voordat de praktijk gebruik kan maken van deze middelen.

8.1.4 Het civielrechtelijk bestuursverbod

Zoals in de vorige paragraaf aangegeven behelst een van de voorstellen uit het wetgevingsprogramma de invoering van een van een civielrechtelijk bestuursverbod. Hiermee kan aan een frauduleuze bestuurder een verbod worden opgelegd, waardoor hij niet via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen zijn activiteiten kan voortzetten. Op deze manier wil minister Opstellen faillissementsfraude effectiever bestrijden. Als de Wet civielrechtelijk bestuursverbod wordt aangenomen, dan zal de huidige Fw worden aangevuld met art. 106a t/m 106d.

8.1.4.1 Rechtsgevolgen

Het civielrechtelijk bestuursverbod kent een aantal rechtsgevolgen om zijn doel te bereiken, namelijk:

- De betrokken bestuurder kan zijn taak niet langer uitoefenen bij de failliete rechtspersoon waar hij bestuurder is. Indien hij het voorgaande schendt, kan de rechtspersoon hem aanspreken op grond van de onrechtmatige daad;
- De betrokken bestuurder kan niet opnieuw tot bestuurder worden benoemd zolang het verbod van toepassing is. Zodra een bestuurder met een verbod toch wordt benoemd, dan is dit besluit nietig op grond van art. 2:14 van het Burgerlijk Wetboek. Tevens is het niet mogelijk dat de bestuurder in een akte van oprichting tot bestuurder kan worden benoemd. Dit komt door het feit dat de inschrijving in het handelsregister van een bestuurder met een bestuursverbod geweigerd zal worden;
- De betrokken bestuurder kan niet tot commissaris worden benoemd. Daardoor is het niet mogelijk dat de bestuurder met het verbod toezicht mag houden op het bestuur. Deze situatie is onwenselijk, omdat de betrokken bestuurder dan invloed kan uitoefenen op het door het bestuur te voeren beleid. In de voorgaande situatie kan de betrokken bestuurder alsnog zijn kwaadwillende handelingen blijven verrichten.

8.1.4.2 Relatie met het strafrechtelijk bestuursverbod

De Nederlandse wetgeving kent reeds een strafrechtelijke bestuursverbod. Dit verbod is geregeld in art. 349 lid 1 Sr. Het strafrechtelijke verbod kan aan een bestuurder worden opgelegd als hij strafrechtelijk is veroordeeld voor een misdrijf dat is opgenomen in titel XXVI 'Benadeling van schuldeisers of rechthebbenden'. Deze strafrechtelijke veroordeling maakt het verschil tussen het strafrechtelijke- en het civielrechtelijke verbod. In de MvT van het civielrechtelijk bestuursverbod wordt uitgelegd dat dit verbod de mogelijkheid biedt om in geval van faillissement snel en passende maatregelen te nemen. De civielrechtelijke variant kan worden verzocht of gevorderd zonder dat de bestuurder strafrechtelijk is veroordeeld. Tevens is het civiele verbod actief zodra de rechter dit heeft uitgesproken. Bij het strafrechtelijke verbod is dit anders: dat verbod wordt pas actief zodra het strafproces tegen de bestuurder is afgerond.

De inwerkingtreding van het civiele verbod – zonder strafrechtelijke veroordeling en al tijdens de procedure – geeft een waardevolle aanvulling aan het huidige instrumentarium. Malafide bestuurders worden meteen gestopt in het uitvoeren van hun frauduleuze handelingen. Hierdoor kunnen zij het actief uit de faillissementsboedel niet meer wegsluizen. Dit voordeel is echter niet aanwezig als de bestuurder de boedel voor het faillissement heeft leeggetrokken. Het verbod kan er in de laatste situatie wel voor zorgen dat de betreffende bestuurder geen onderneming meer kan opzetten waarmee hij dezelfde handelingen verricht. Deze preventieve werking van het verbod beschermt de maatschappij in de toekomst tegen de betreffende bestuurder.

8.1.4.3 Kritiek op het civielrechtelijk bestuursverbod

Voor het onderzoek zijn een aantal kritiekbronnen bekeken: het advies van de Raad voor de Rechtspraak, reacties uit de internetconsultatie en publicaties uit juridische vakliteratuur. De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude wordt veel besproken. Er worden met name vraagtekens gezet bij de kosten die voor rekening komen voor de curator. Het wetsvoorstel heeft hiervoor namelijk geen regeling getroffen. Men is het niet eens met het feit dat de curator het onderzoek naar faillissementsfraude en de vordering van het verbod op eigen kosten moet verrichten. Uit de bronnen komt naar voren dat hierdoor de effectiviteit van het verbod afneemt. Curatoren zullen gezien het kostenplaatje doorgaans geen onderzoek starten of het verbod vorderen. Ook de positionering van het verbod zorgt voor veel opspraak. De meerderheid acht plaatsing in boek 2 van het BW een betere optie. Zij beargumenteren dit met het feit dat het tweede boek van het BW de positie van bestuurders rondom hun benoeming en hun defungeren regelt. Daarnaast wijst de Raad voor de Rechtspraak erop dat de wijze van publicatie en registratie van het verbod verder moet worden uitgewerkt. Het voorontwerp gaat hier nauwelijks op in. De wijze van publiceren en registreren zoals is opgenomen in het voorontwerp, kan inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken bestuurder. Dit kritiekpunt komt in alle voormelde bronnen van kritiek voor.

In het onderzoek is naar voor gekomen dat de curator doorgaans de eerste is die faillissementsfraude ontdekt. Het is dan ook van belang dat hij op een juiste wijze wordt betrokken bij de bestrijding van dit verschijnsel. Als de curator geen aangifte doet, dan zal vervolging in de praktijk meestal uitblijven. Het voorontwerp geeft de curator de mogelijkheid om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen, maar gaat niet verder in op het kostenplaatje voor de curator. Het verrichten van onderzoek en het doen van aangifte is niet kosteloos. Als de boedel van een failliete rechtspersoon leeg is, betekent het voor de curator dat deze kosten voor zijn rekening komen. Een lege boedel is meer regel dan uitzondering bij faillissementsfraude. Wil het civielrechtelijk bestuursverbod daadwerkelijk

doeltreffend zijn, dan zal de problematiek van de lege boedel moeten worden bekeken. Ook als fraudebestrijding een wettelijke taak van de curator wordt, kan niet van hem verwacht worden dat hij zonder enige vergoeding onderzoek en/of aangifte zal doen. Hij heeft tenslotte andere prioriteiten en moet zijn onderneming draaiende houden.

Als de regeling omtrent het civielrechtelijk bestuursverbod wordt geplaatst in het BW, dan valt de regeling buiten de bevoegdheid van de faillissementsrechter. Aangezien het verbod tijdens het faillissement kan worden opgelegd, is behandeling door de betrokken faillissementsrechter aannemelijk. Daarnaast beschikt hij over de benodigde kennis om te kunnen oordelen of het verbod moet worden opgelegd. Het punt betreffende de publicatie en registratie komt veelvuldig voor in de bronnen van kritiek. Daarom is het noodzakelijk dat de minister hier opheldering en verduidelijking over verschaft. De publicatie en registratie van het verbod kunnen de effectiviteit ervan bevorderen. In deze situaties geeft transparantie inzicht aan ondernemers en andere betrokken partijen die mogelijk zaken willen doen met de betreffende bestuurder. Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat er op dit moment een centraal insolventieregister bestaat. Daarin worden onder andere faillissementen geregistreerd zonder dat dit strijd oplevert met de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Registratie van het verbod op deze manier leidt tevens niet tot strijd met de persoonlijke levenssfeer van de betrokken bestuurder. Daarnaast is de publicatie van het Belgische verbod eveneens geregeld door opname in een centraal handelsregister dat voor iedereen te raadplegen is. Over de exacte manier van publiceren en registreren heeft de minister echter nog geen besluit genomen. Of de wijze van publiceren en registreren in strijd is met de persoonlijke levenssfeer van betrokkene kan nog niet worden vastgesteld. De minister kan in zijn besluit waarborgen voegen, waardoor de wijze van publiceren en registreren geen strijd oplevert met de persoonlijke levenssfeer van de betrokken bestuurder.

8.1.5 Bestrijding faillissementsfraude bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant

De rechtbank Zeeland-West-Brabant verdeelt haar zaken zoals is vastgesteld in de zaaksverdeling (zie paragraaf 2.8 en bijlage B). Hieruit blijkt dat onderdelen van de bestrijding van faillissementsfraude worden behandeld bij de afdeling Handelsrecht. Dit zijn zaken betreffende bestuurdersaansprakelijkheid en de faillissementspauliana. De afdeling Insolventierecht behandelt geen zaken omtrent faillissementsfraude. Sanctie op grond van strafrechtelijke bepalingen omtrent faillissementsfraude worden ten uitvoer gebracht door het OM. Vorderingen inzake de onrechtmatige daad en de actio pauliana worden behandeld door de sector Kanton. Indien de Wet civielrechtelijk bestuursverbod wordt aangenomen, zal de behandeling – volgens de MvT – plaatsvinden bij ‘de rechtbank’. In het voorontwerp en de MvT is niet opgenomen welke afdeling van de rechtbank het verbod behoort te behandelen.

In paragraaf 8.1.4.3 is reeds vermeld dat het gezien de kennis van de faillissementsrechter aannemelijk is dat de beslissing omtrent het bestuursverbod terecht komt bij de afdeling Insolventie. De regelingen omtrent de faillissementspauliana en de bestuurdersaansprakelijkheid in en buiten faillissement, komen echter niet bij deze afdeling. Kennis van het faillissementsrecht is hierbij ook vereist. Gezien het voorgaande en het feit dat de rechtbanken zelf een taakverdeling opstellen, is het onzeker waar de behandeling van het verbod zal worden ondergebracht.

8.1.6 Het Belgische bestuursverbod

De Belgische wetgeving kent sinds 1998 een civiele vorm van een bestuursverbod. Het verbod is opgenomen in het Koninklijk Besluit nr. 22 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of

werkzaamheden uit te oefenen. Het besluit is vastgelegd in het wetboek van Koophandel. Het civiele bestuursverbod ziet op niet in eer herstelde gefailleerde. Zij mogen door oplegging van het verbod niet langer persoonlijk of door een tussenpersoon de functie van bestuurder, commissaris of zaakvoerder in een vennootschap op aandelen, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een coöperatieve vennootschap bekleden. Het verbod kan worden opgelegd als er sprake is van een kennelijk grove fout van de gefailleerde of de daaraan gelijkgestelde die heeft bijgedragen tot het faillissement. Het OM of een schuldeiser die niet werd betaald uit het faillissement, kan het verbod vorderen. De duur van het verbod wordt door de rechter vastgesteld, maar kent een maximale termijn van tien jaar. De rechtbank van koophandel die het faillissement heeft uitgesproken, is de bevoegde rechtbank om het bestuursverbod uit te spreken. Wordt het verbod geschonden, dan kan een gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar worden opgelegd. Tevens kan de betrokkene worden veroordeeld tot het betalen van een geldboete van € 1.000,- tot € 10.000,-. De doelstelling van het bestuursverbod is het vertrouwen in de bedoelde rechtspersonen versterken. Dit wordt bereikt doordat onwaardige personen ontzegging kunnen krijgen voor toezichthoudende en beherende functies. Daarnaast is het verbod ingevoerd om de strijd met koppelbazen aan te gaan en meer algemeen voor de gezondmaking van de handelsfunctie. De Belgische wetgever wil iedere beheerder, zaakvoerder of andere persoon die daadwerkelijk de bevoegdheid hebben gehad over de rechtspersoon, wiens kennelijk grove fout heeft bijgedragen aan de faling van hun vennootschap, uit het handelscircuit bannen.

Een verschil tussen het toekomstige Nederlandse en huidige Belgische bestuursverbod is dat het Belgische verbod in een apart besluit is opgenomen. Daarnaast kent dat verbod zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke bepalingen waarop het verbod van toepassing is. Wat opvallend is, is dat het verbod gevorderd kan worden door het OM en een schuldeiser die niet uit het faillissement is betaald. Bij de aanvraag en oplegging van een dergelijk verbod is geen rol weggelegd voor de curator. Een voordeel bij deze keuze is dat de faillissementsboedel niet wordt aangetast door het voeren van een procedure. Het is echter af te vragen of het OM daadwerkelijk de capaciteit en kennis heeft, om onderzoek te doen en deze taak actief uit te voeren.

Daarnaast is in de Belgische regeling een strafbepaling opgenomen die van toepassing is als het verbod wordt geschonden. In het voorontwerp voor het Nederlandse verbod is een dergelijke bepaling niet beschreven. Dit verdient nog aandacht van de minister. Als er geen straf kan worden opgelegd bij het overtreden van een verbod, dan zal de effectiviteit ervan afnemen. Het geeft de betrokkene aan wie een bestuursverbod is opgelegd geen reden om zich aan de regeling te houden.

8.1.7 Slotconclusie

Ondanks het grote instrumentarium om faillissementsfraude te bestrijden, is er nog geen effectieve en doortastende aanpak die dit verschijnsel kan terugdringen of uitbannen. De invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod kan een toevoeging geven aan het huidige instrumentarium. Hiervoor moeten problemen als geen vergoeding voor de curator bij het doen van onderzoek en aangifte, de lage capaciteit bij onder andere het OM en de kennis bij alle betrokken actoren worden aangepakt. Daarnaast is het voor de effectiviteit van de regeling van belang dat de minister verder ingaat op de wijze van publicatie en registratie van het verbod. Ook verdient een strafbepaling voor het overtreden van het verbod aandacht.

Dat faillissementsfraude moet worden aangepakt lijkt geen twijfel. Of een civielrechtelijk bestuursverbod zorgt voor afname van het verschijnsel is echter nog af te wachten. Ook welke afdeling de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod gaat behandelen staat nog niet vast. Het valt nog te bezien of het voorontwerp in zijn huidige vorm zal worden doorgevoerd. Rekening houdende met de (voornamelijk) terechte kritiek die is

geuit op het voorontwerp, zal de Wet civielrechtelijk bestuursverbod worden aangepast. Als de regeling wordt ingevoerd, dan zal de praktijk uitwijzen of deze effectief is. Op dit moment kunnen fraudeurs hun gang gaan en winst behalen uit deze malafide handelingen, vaak zonder dat zij daarvoor worden gestraft; big business dus!

8.2 Aanbevelingen

Naar aanleiding van de conclusies kan het volgende worden aanbevolen:

Indien het voorontwerp in werking zal treden, kan de maatregel effect hebben op de werkwijze van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, team Insolventierecht. Of de behandeling van het civielrechtelijk bestuursverbod daadwerkelijk bij dit team terecht komt is echter nog af te wachten. Het voorontwerp kent namelijk (nog) geen specifieke bepaling. Daarnaast hebben rechtbanken de bevoegdheid om een zaaksverdeling voor de sectoren en afdelingen vast te stellen. Wordt het voorontwerp niet aangepast, dan is het aan de rechtbank Zeeland-West-Brabant om de behandeling van het verbod toe te wijzen aan een van haar afdelingen. Als er een nieuwe zaaksverdeling is gemaakt, dan dient de huidige versie daarvan op rechtspraak.nl te worden aangepast. Tevens moet deze wijziging onder het personeel bekend worden gemaakt. Hiervoor is INTRO(intranet) een geschikt middel. Voordat hierover een besluit genomen moet worden, is het raadzaam om het advies van de Raad van State af te wachten. Zodra zij advies over het voorontwerp heeft uitgebracht, dient de regeling opnieuw te worden bekeken.

In paragraaf 8.1.2 is gesproken over een goede samenwerking tussen de actoren die betrokken zijn bij de opsporing en vervolging van faillissementsfraude. De kennis actualiseren en optimaal benutten kan door middel van het instellen van een fraudespreekuur. De rechtbank Den Haag maakt hier al één jaar gebruik van. Het fraudespreekuur geeft de curator de gelegenheid om aan partijen als de RC en het OM advies te vragen. Een curator zal hiervan gebruikmaken als hij een vermoeden heeft van faillissementsfraude, maar (nog) geen concrete bewijsmiddelen heeft. Hij kan dan om advies vragen over de kansen van vervolging, waarnaar hij een afweging kan maken of verder onderzoek raadzaam is. Ook kan de curator bespreken welke stappen hij kan ondernemen tegen een frauduleuze bestuurder. Een aanbeveling is om in gesprek te gaan met de Haagse collega's over hun beleid betreffende faillissementsfraude. Het opstellen van dit beleid bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant of het instellen van een onderzoek hiernaar, kan eventueel een taak zijn voor een volgende stagiaire.

Een volgende aanbeveling is, nadat het voorontwerp enige tijd in werking is getreden, een onderzoek te verrichten naar de daadwerkelijk ingetreden gevolgen en/of problemen. Ook dit onderzoek kan mogelijk verricht worden door een volgende stagiaire. Deze kan dan met behulp van jurisprudentie en literatuur de verschillen onderzoeken tussen het – nu nog – huidige recht en het toekomstige recht. Daardoor kan gekeken worden of de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod frequent voorkomt en onder welke omstandigheden dit is. Tevens kunnen uit de jurisprudentie bij het verbod mogelijk 'vaste regels' worden ontdekt die andere rechtbanken hanteren bij de oplegging van een dergelijk verbod. Hierdoor kan de rechtbank Zeeland-West-Brabant een vergelijking maken met haar beleid en die van andere rechtbanken. Dit kan leiden tot eventuele aanpassingen van haar beleid.

Voor nu is het van belang om de voorstellen van minister Opstelten nauwlettend in de gaten te houden. Dat kan worden gedaan door een medewerker van het team Insolventierecht. Mocht de status van een voorstel veranderen, dan verdient het de aanbeveling om andere collega's hierover te informeren. Deze informatie kan bijvoorbeeld in het wekelijkse overleg (RC-overleg en/of overleg juridisch medewerkers) worden behandeld.

Hoofdstuk 9 Evaluatie van het onderzoek

In dit hoofdstuk zal het verloop van het onderzoek kort worden geëvalueerd.

In het stadium voor het onderzoek deed zich het eerste probleem voor: het bedenken van een onderzoeksonderwerp bleek lastiger dan gedacht. Bij de afdeling Insolventie van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, was in het eerste opzicht geen probleem dat onderzocht diende te worden. Uiteindelijk is besloten om het eerste wetsvoorstel uit het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementswet te onderzoeken. Het wetsvoorstel betreffende het civielrechtelijk bestuursverbod was echter geen op zich zelf staand onderwerp. Daarom is besloten om een breder onderwerp te kiezen, namelijk faillissementsfraude. Want het bestuursverbod heeft als doel om dit verschijnsel (preventief) aan te pakken.

Nadat het onderwerp voor het onderzoek gekozen was, moest er een onderzoeksplan worden opgesteld. Het formuleren van een centrale vraag die alle elementen bevat die de rechtbank Zeeland-West-Brabant onderzocht wilde hebben, was lastig. Na een paar gesprekken met Niki Lambregts-Brouwers en Jenny Pop is de uiteindelijke centrale vraag gevormd.

Tijdens het onderzoek hebben zich een aantal problemen voorgedaan. Een probleem dat naar voren kwam, vloeide voort uit het feit dat faillissementsfraude door middel van verschillende rechtsgebieden kan worden bestreden. Hierdoor ken het verschijnsel aanzienlijk veel onderwerpen. Gezien het tijdsbestek, was het niet haalbaar om diep in te gaan op onderwerpen als bestuurdersaansprakelijkheid en alle maatregelen die genomen kunnen worden ter bestrijding van faillissementsfraude.

Ook het Belgische recht vormde een knelpunt in het onderzoek. De benodigde regeling omtrent een civielrechtelijk bestuursverbod, was namelijk lastig te vinden. Dit kwam onder andere doordat de Belgisch handboeken niet te verkrijgen waren in de Nederlandse bibliotheken. Daarnaast waren de curatoren en advocaten die benaderd zijn, niet bereid mee te werken aan het onderzoek. De reden hiervoor is dat zij het erg druk hebben. Met behulp van het internet, de bibliotheek van Antwerpen en de bibliotheek van de universiteit Tilburg, is de benodigde informatie uiteindelijk gevonden.

Tevens kent het Belgische recht andere benamingen voor een aantal termen in de Nederlandse wetgeving.

De genoemde cijfers in het onderzoek betreffende de frequentie van faillissementsfraude, zijn geen concrete cijfers. Het is namelijk niet vast te stellen in hoeveel zaken er exact sprake is van dit verschijnsel. Het voorgaande komt doordat niet alle fraudegevallen aan het licht worden gebracht. Het opstellen van een totaal overzicht van de schade is hierdoor niet mogelijk. De cijfers zijn opgesteld aan de hand van de gevallen die zijn blootgelegd. Onderzoekers – waaronder Tineke Hilverda – zijn van mening dat faillissementsfraude veel vaker voorkomt dan nu is vastgesteld.

Op het voorontwerp is veel kritiek uit verschillende bronnen gekomen. Niet alle kritiekpunten zijn in het onderzoek besproken omdat deze veel uiteenlopende onderwerpen bevatten. Gezien het tijdsbestek was het niet mogelijk om op al deze onderwerpen in te gaan. Daarnaast zijn alleen de gepubliceerde reacties die tijdens de internetconsultatie gegeven zijn, behandeld. Mogelijk zijn er meer reacties met daarin kritiekpunten gekomen op het voorontwerp tijdens de consultatieperiode. Ook niet alle juridische vakbladen zijn onderzocht, maar alleen de vakbladen die zien op het insolventierecht en het ondernemingsrecht.

Literatuurlijst

Jurisprudentie

- Hof 's-Hertogenbosch, 13 december 2010, *LJN* BO7571.
- Hof Amsterdam 15 februari 2013, *LJN* BZ1149.
- HR 7 juni 1996, *JOR*, 68 (Ontvanger/Van Zoolingen).
- HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171 (Gilhuis q.q./Hamelinck).
- HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 130.
- HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472.
- HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727.

Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 1.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 5.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 76.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 67.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 57.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 52.
- *Kamerstukken II* 2007/08, 31 386, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2005/06, 27 244, nr. 25.
- Wet Civielrechtelijk bestuursverbod (MvT).
- *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 1230.

Kamerstukken België

- Parl. St. Senaat 1977/78, nr. 415-1.
- Belgisch Staatsblad 27 oktober 1934.

Literatuur

Aerts 2006

W. Aerts e.a., *Ongeoorloofde gedragingen. Actio pauliana, verrekening, bestuurdersaansprakelijkheid en fraude*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Buchem-Spapens & Pouw 2013

A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Monografieën Privaatrecht. Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2013.

Groot 2011

E.F. Groot, *Studiereeks burgerlijk procesrecht. Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Hilverda 2009

C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, Deventer: Kluwer 2009.

Hilverda 2012

C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,.....*, Deventer: Kluwer 2012.

Kalff 2007

M.L.S. Kalff e.a., *'De Integere Curator'*, Deventer: Kluwer 2007.

Knegt e.a. 2005

R. Knegt e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, WODC ministerie van Justitie 2005.

Polak & Pannevis 2011

N.J. Polak (bewerkt door M. Pannevis), *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Scharenborg 2005

M.H.G. Scharenborg, *Fraude en faillissement*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Steffens 2007

D. Steffens, *Onrechtmatige daadvordering en aansprakelijkheid van bestuurders. De samenloop van de onrechtmatige daadvordering met bijzondere wettelijke aansprakelijkheidsgronden en de actio Pauliana*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2007.

Vroede & Gorus 2007

P. de Vroede & J. Gorus, *Inleiding tot het recht*, Mechelen: Kluwer 2007.

De Weijs 2010

R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolencies*, Deventer: Kluwer 2010.

Artikelen**Aerts 2005**

W. Aerts, 'De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005, 3.

Boswijk & Vreede 2013

R-J. Boswijk & N. Vreede, 'Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 27.

Doorenbos 2008

D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod', *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2008,12.

Griffin 2002

Stephen Griffin, 'The disqualification of unfit directors and the protection of the public interest', *Northern Ireland Legal Quarterly* 2002, Vol. 53 No. 3.

Hendriks 2013

J. Hendriks, 'Faillissementsfraude tegengaan? Verhoog de pakkans', *Notariaat magazine* 2013, afl. 1.

Hilverda 2012

C.M. Hilverda, 'Het bedrieglijke van de bankbreuk ontrafeld', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012, 9.

Hilverda 2012

C.M. Hilverda, 'De nationale politie', *NJB* 2012, 2239.

Hilverda 2012

C.M. Hilverda, 'De economische malaise: een zegen voor de faillissementsbestrijding?!', *Nederlands Juristenblad* 2012, afl. 3.

Keijzer 2013

F.E. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115.

Knegt 2006

R. Knegt, e.a., 'Faillissementsfraude en de rol van de curator', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2006, 19.

Koster 2013

H. Koster, 'Voorontwerp wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 32.

Lennarts 2013

M.L. Lennarts, 'Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!', *Tvl* 2013/26.

Nielen 2013

W.J.B. Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13.

Rijksoverheid 2012

Rijksoverheid, *Opstellen pakt faillissementsfraude aan*, Den Haag: Rijksoverheid 2012, <www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/11/27/opstellen-pakt-faillissementsfraude-aan.html>.

Rossen 2013

I.P. van Rossen, 'Het reorganiserend vermogen van slecht lopende bedrijven, dat heeft de hoogste prioriteit!', *Modus Vivendi* 2013.

Van Nielen 2013

W.J.B. van Nielen, 'Midden van de curator bij faillissementsfraude', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 13.