



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

**Naar een effectieve vormgeving van het civielrechtelijk
bestuursverbod. Lessen uit de Engelse Company Directors
Disqualification Act 1986**

Neekilappillai, M.

Citation

Neekilappillai, M. (2014). Naar een effectieve vormgeving van het civielrechtelijk bestuursverbod. Lessen uit de Engelse Company Directors Disqualification Act 1986. *Ondernemingsrecht*, 2014(8), 411-416. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58521>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58521>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Deze bijdrage is gepubliceerd in *Ondernemingsrecht* 2014/84, afl. 8, p. 411-416.

*Marishka Neekilappillai*¹

Naar een effectieve vormgeving van het civielrechtelijk bestuursverbod *Lessen uit de Engelse Company Directors Disqualification Act 1986*

1. Inleiding

In maart 2013 publiceerde de Minister van Veiligheid en Justitie het concept-wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod (hierna: concept-wetsvoorstel).² Met de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod wil de minister uitvoering geven aan één van de actiepunten uit het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht, namelijk het bestrijden van faillissementsfraude. Beoogd is dat een civielrechtelijk bestuursverbod de bestrijding van faillissementsfraude effectiever maakt, en frauduleuze bestuurders hindert in het voortzetten van hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen.³ De samenleving wordt op deze wijze beschermd tegen frauduleuze bestuurders die rechtspersonen met beperkte aansprakelijkheid willen misbruiken. Een onderbelicht element in de concept-Memorie van Toelichting (hierna: concept-MvT) bij het concept-wetsvoorstel is dat de voorgestelde norm ertoe leidt dat niet slechts frauderende bestuurders, maar eveneens bestuurders die maatschappelijk onwenselijk gedrag vertonen met een civielrechtelijk bestuursverbod geconfronteerd kunnen worden.

In het Verenigd Koninkrijk bestaat al geruime tijd ervaring met het bestrijden van frauduleus en onbehoorlijk bestuur. Zowel de frauduleuze bestuurder als de onbehoorlijke bestuurder, de zogenaamde *unfit director*, kunnen in het Verenigd Koninkrijk worden getroffen door een civielrechtelijk bestuursverbod. Dit civielrechtelijk bestuursverbod is neergelegd in de *Company Directors Disqualification Act 1986* (hierna: CDDA).⁴ In 2012-2013 hebben 1031 personen in het Verenigd Koninkrijk een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd gekregen.⁵ De Britse Minister van *Business, Innovation & Skills* heeft in juli 2013 voorstellen

¹ M. Neekilappillai is onderzoeksmasterstudent aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zij dankt prof.dr. H.E. Boschma en Erwin de Vries voor hun waardevolle en scherpzinnige commentaar.

² Het concept-wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod, de gewijzigde Faillissementswet en de concept-Memorie van Toelichting zijn te raadplegen op: www.internetconsultatie.nl/civielbestuursverbod. Tot juni 2013 kregen burgers, ondernemers en organisaties de mogelijkheid om opmerkingen in te sturen over het concept-wetsvoorstel. Inmiddels is het concept-wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod ter advies voorgelegd aan de Raad van State. Zie www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/wetsvoorstellen/2013/11/05/wetsvoorstel-civielrechtelijk-bestuursverbod. Alle verwijzingen naar websites in deze bijdrage zijn laatstelijk geraadpleegd op 6 mei 2014.

³ Concept-MvT, p. 1.

⁴ De CDDA is van toepassing op Engeland, Schotland en Wales, en geldt voor rechtspersonen met beperkte aansprakelijkheid zoals *limited liability partnerships*.

⁵ Department for Business, Innovation & Skills, *Discussion Paper 'Transparency and Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business'*, 2013, p. 58. Het document kan worden geraadpleegd op: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/212079/bis-13-959-transparency-and-trust-enhancing-the-transparency-of-uk-company-ownership-and-increasing-trust-in-uk-business.pdf.

gepubliceerd om het civielrechtelijk bestuursverbod effectiever te maken.⁶ Een analyse van een aantal aspecten van het Engelse civielrechtelijk bestuursverbod kan daarom dienen ter inspiratie voor het doen van aanbevelingen voor een meer effectieve vormgeving van het Nederlandse civielrechtelijk bestuursverbod.⁷

In deze bijdrage zal ik enkele onderdelen van de CDDA toelichten en daarbij de in het concept-wetsvoorstel voorgestelde bepalingen betrekken. Hierbij staat de vraag centraal welke wijzigingen in het concept-wetsvoorstel kunnen leiden tot een meer effectieve vormgeving van het Nederlandse civielrechtelijk bestuursverbod. Allereerst wordt in paragraaf 2 het concept-wetsvoorstel beknopt uiteengezet. Paragraaf 3 behandelt een aantal aspecten van de CDDA. Tot slot geef ik in paragraaf 4 op grond van het onderzoek naar het Engelse civielrechtelijk bestuursverbod vier aanbevelingen om het Nederlandse civielrechtelijk bestuursverbod effectiever vorm te geven.

2. Het concept-wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod

In het strafrecht bestaat ingevolge art. 28 lid 1 sub 5 Sr reeds de mogelijkheid om een bestuursverbod aan een persoon op te leggen. Van deze mogelijkheid wordt maar zelden gebruik gemaakt.⁸ Het concept-wetsvoorstel beoogt het frauduleus handelen van bestuurders langs civielrechtelijke weg te bestrijden.

Faillissementsfraude ondermijnt namelijk het vertrouwen in het handelsverkeer, verstoort de concurrentieverhoudingen en leidt tot grote financiële schade voor de samenleving. De omvang van deze schade kan worden herleid uit de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) over het jaar 2010 inzake faillissementen van een rechtspersoon, BV, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap. Een bedrag van bijna € 4 miljard aan ongedekte schulden blijft over, waarvan bijna € 700 miljoen voortkomt uit faillissementen waarin volgens het CBS sprake is van strafbare benadeling.⁹

De kern van het civielrechtelijk bestuursverbod wordt neergelegd in art. 106a Fw. Ingevolge het eerste lid kan de rechtbank op verzoek van het Openbaar Ministerie of op vordering van de curator een bestuursverbod uitspreken jegens de bestuurder van een rechtspersoon die zijn taak tijdens, of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement, kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Ingevolge art. 106a lid 6 Fw vallen ook ondernemers met een eenmanszaak en ondernemers die deelnemen in personenvennootschappen onder de reikwijdte van het concept-

⁶ Department for Business, Innovation & Skills, *Discussion Paper* 2013. De consultatieronde is op 16 september 2013 gesloten. De consultatiereacties van onder meer bedrijven, non-gouvernementele organisaties en academici en de reactie van het Britse kabinet op de uitkomst van de consultatieronde kunnen worden geraadpleegd op: www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper.

⁷ Voor een eerste verkenning van het fenomeen *director disqualification* naar Engels, Australisch en Amerikaans recht, zie M. Bras en J. Winter, 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2004/121. Eerder verscheen een bijdrage over het concept-wetsvoorstel waarin onder meer een vergelijking wordt gemaakt met de CDDA, zie R.J. Philips, 'Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2013/4.

⁸ D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2008/124, paragraaf 9.

⁹ Concept-MvT, p. 1; Centraal Bureau voor de Statistiek, *Faillissementen: oorzaken en schulden* 2010, 2011, p. 11 en 18-19. Het rapport kan worden geraadpleegd op: www.cbs.nl/NR/rdonlyres/7B82ABBF-23FD-45E0-B8A9-7C922BF00640/0/2011faillissementenoorzakenenschuldenin2010art.pdf. Zie voor een kritische analyse van deze CBS-cijfers D.R. Doorenbos, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel', *Ars Aequi* 2014/1, paragraaf 3.

wetsvoorstel. Voorts is het concept-wetsvoorstel van toepassing op de beleidsbepaler (art. 106d lid 1 Fw) en de indirecte bestuurder (art. 106a lid 3 Fw).

Krachtens art. 106a lid 2 Fw heeft een bestuurder zijn taak in ieder geval kennelijk onbehoorlijk vervuld wanneer (a) is voldaan aan de voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid ingevolge art. 2:138/248 lid 1 BW; (b) paulianeuze rechtshandelingen zijn verricht die één of meerdere schuldeisers aanmerkelijk hebben benadeeld; (c) de bestuurder, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator; (d) de bestuurder, in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement van de rechtspersoon, tweemaal betrokken is geweest bij een eerder faillissement; of (e) aan de bestuurder of de rechtspersoon een fiscale vergrijpboete is opgelegd. Gelet op de gronden die in art. 106a lid 2 Fw worden opgesomd, bestrijdt het voorgestelde bestuursverbod niet uitsluitend strafbaar gedrag, namelijk het plegen van faillissementsfraude, maar eveneens het vertonen van maatschappelijk ongewenst gedrag. Het is om deze reden dan ook aan te bevelen om in het definitieve wetsvoorstel te spreken over het bestrijden van frauduleus en maatschappelijk onwenselijk gedrag van bestuurders. Dit repareert het thans ambivalente karakter van het concept-wetsvoorstel.¹⁰

Een bestuursverbod wordt niet uitgesproken jegens de bestuurder die bewijst dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (art. 106a lid 4 Fw). Als de bestuurder dit niet kan bewijzen, kan de rechtbank een bestuursverbod opleggen van maximaal vijf jaar (art. 106b lid 1 Fw). Het bestuursverbod vormt een beletsel voor de betrokkene om de functie van bestuurder of commissaris uit te oefenen (art. 106b lid 2 Fw). De rechtbank kan evenwel in zijn uitspraak bepalen dat de betrokkene bijvoorbeeld nog als bestuurder bij een lokale schaakvereniging of pensioen-BV kan fungeren.¹¹

De uitspraak van de rechtbank waarin het bestuursverbod is opgelegd wordt door de griffier in een centraal openbaar register ingeschreven. Hierdoor kan iedereen eenvoudig kennisnemen van een bestuursverbod dat is opgelegd aan een persoon.¹² De uitspraak wordt verder aan het Handelsregister aangeboden, zodat de betreffende persoon wordt uitgeschreven als bestuurder (art. 106b lid 3 Fw).

3. De Engelse Company Directors Disqualification Act 1986

3.1 Punitief of civiel karakter van het civielrechtelijk bestuursverbod

Het karakter van het voorgestelde Nederlandse civielrechtelijk bestuursverbod roept de nodige vragen op in de Nederlandse literatuur en consultatiereacties.¹³ Onder andere wordt de vraag opgeworpen of het voorgestelde civielrechtelijk bestuursverbod moet worden beschouwd als een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM. Over het karakter van het civielrechtelijk bestuursverbod is in het Verenigd

¹⁰ Doorenbos 2014, paragraaf 3.

¹¹ Concept-MvT, p. 14.

¹² Concept-MvT, p. 4.

¹³ Doorenbos 2014, paragraaf 4; F.E. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115, paragraaf 4.2; R.J. Boswijk en N. Vreede, 'Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013/27, paragraaf 3; consultatiereactie Loyens & Loeff, p. 2; consultatiereactie VNO-NCW en MKB-Nederland, p. 3; consultatiereactie Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie, nr. 2.2.

Koninkrijk veel gediscussieerd. Zo stelt Griffin dat op een abstract niveau een civielrechtelijk bestuursverbod enige gelijkenis vertoont met een gevangenisstraf. Zowel de bestuurder met bestuursverbod als de veroordeelde die een gevangenisstraf moet uitzitten worden tijdelijk uit hun sociale omgeving verwijderd. De samenleving wordt op deze wijze tijdelijk beschermd tegen potentieel schadelijke gedragingen van zowel de bestuurder als de veroordeelde.¹⁴

Finch maakt onderscheid tussen twee perspectieven op het Engelse civielrechtelijk bestuursverbod, namelijk de *rights approach* en de *privilege approach*. In de *rights approach* wordt het besturen van een vennootschap beschouwd als een waardevol bezit c.q. beschermenswaardig recht in de uitoefening van ondernemerschap. In deze benadering wordt de bestuurder beschouwd als degene die de ondernemersrisico's neemt, binnen het kader van een ondernemingsrecht dat oog heeft voor de vrijheid om te ondernemen en dit faciliteert, in plaats van bestuursbesluiten onderwerp te maken van gerechtelijke oordelen. Inmenging met het recht om een rechtspersoon met beperkte aansprakelijkheid te besturen mag indien sprake is van *culpability*. De duur van een bestuursverbod wordt aan de hand *culpability* bepaald. Het karakter van een bestuursverbod wordt als bestraffend gezien. De *unfitness* van een bestuurder dient bewezen te worden naar de maatstaven van strafrechtelijke bewijsvoering.

In de *privilege approach* wordt ondernemen met beperkte aansprakelijkheid beschouwd als een privilege dat moet worden afgezet tegen het publieke belang. Deze visie kan worden gezien als een uiting van de maatschappelijke verantwoordelijkheid die besloten ligt in het ondernemingsrecht, namelijk dat het niet slechts gaat om de belangen van investeerders, bestuurders en crediteuren maar ook de oprechte noden van het publiek, de consument en de werknemer. Een dergelijke opvatting past meer in het in Nederland gehanteerde Rijnlandse model, waarin de vennootschap wordt beschouwd als een knooppunt van belangen die allen erkenning verdienen.¹⁵ Het karakter van een bestuursverbod wordt in de *privilege approach* niet als bestraffend beschouwd. Het uitgangspunt is de bescherming van de samenleving. De *unfitness* van een bestuurder dient aan de hand van civielrechtelijke bewijsvoering aannemelijk gemaakt te worden; bewijs van incompetent gedrag is voldoende. Volgens Finch blijkt uit de Engelse rechtspraak dat de rechterlijke macht niet consistent kiest voor de *rights approach* of de *privilege approach* in beslissingen aangaande Section 6 van de CDDA. In sommige rechterlijke beslissingen wordt slechts de *rights approach* of de *privilege approach* toegepast, terwijl in andere uitspraken beide benaderingen worden gehanteerd.¹⁶

3.2 Disqualification order en disqualification undertaking

Een civielrechtelijk bestuursverbod (*disqualification order*) onder Section 1 van de CDDA houdt in dat:

“[i]n the circumstances specified below in this Act a court may, and under section 6 shall, make against a person a disqualification order, that is to say an order that for a period specified in the order (a) he shall not be a director of a company, act as receiver of a company's property or in any way, whether directly or indirectly, be

¹⁴ S. Griffin, *Personal Liability and Disqualification of Company Directors*, Oxford: Hart Publishing 1999, p. 131.

¹⁵ M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 66.

¹⁶ V. Finch, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 721-723.

concerned or take part in the promotion, formation or management of a company unless (in each case) he has the leave of the court, and (b) he shall not act as an insolvency practitioner.”

De minister kan het verzoek tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod indienen bij de rechtbank.¹⁷ Op initiatief van een bestuurder kan de minister daarnaast krachtens Section 1A van de CDDA met de bestuurder overeenkomen dat deze gedurende een bepaalde periode niet langer een bestuursfunctie mag vervullen. Deze overeenkomst wordt een *disqualification undertaking* genoemd. Een dergelijke overeenkomst heeft hetzelfde effect als een *disqualification order*.¹⁸ Krachtens Section 18 van de CDDA is de minister verplicht om een register in te stellen waarin zowel *disqualification orders* als *disqualification undertakings* worden opgenomen. Voorts worden onder meer de duur en de grondslag van een opgelegd bestuursverbod in dit register vermeld.¹⁹ Het register is toegankelijk voor het publiek.²⁰

Indien een persoon een *disqualification order* of een *disqualification undertaking* niet naleeft, dan pleegt hij ingevolge Section 13 CDDA een strafbaar vergrijp en is hij ingevolge Section 15 lid 1 sub a CDDA persoonlijk aansprakelijk voor de schulden die de rechtspersoon tijdens zijn bestuursperiode heeft gemaakt. Ingevolge Section 15 lid 1 sub b CDDA is de persoon die bij het besturen van een rechtspersoon is betrokken, en handelt of bereidwillig is te handelen op instructies van een bestuurder met een bestuursverbod aan wie geen dispensatie is verleend, eveneens persoonlijk aansprakelijk voor de schulden die de rechtspersoon aangaat gedurende de periode waarin deze persoon wist dat de bestuurder een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen.²¹ Op deze wijze wordt het gebruik van een stroman door een bestuurder met bestuursverbod ontmoedigd.

Gedurende 2011-2012 zijn 1151 bestuurders geconfronteerd met een civielrechtelijk bestuursverbod, waarvan 80 procent (920) tot stand is gekomen middels een *disqualification undertaking*.²² De aanleiding voor de invoering van de *disqualification undertaking* was onder meer de oplopende financiële druk op de staatskas als gevolg van *disqualification order* procedures en de tijd die hiermee gemoeid was.²³ Voor zowel de minister als de bestuurder blijven gerechtelijke kosten door het sluiten van een *disqualification undertaking* achterwege.

¹⁷ Dit geldt ook voor de schaduwbestuurder. Voor informatie over de benoeming van een *official receiver* in insolventiezaken door de Minister van *Business, Innovation and Skills* verwijs ik naar voetnoot 45 van Philips 2013.

¹⁸ Er zijn andere mogelijke rechtsgevolgen voor een persoon die onderworpen is aan een civielrechtelijk bestuursverbod, bijvoorbeeld het verbod om als *school governor* werkzaam te zijn. Zie The Insolvency Service, *Effects of a Disqualification Order*, 2011, p. 4. Het document kan worden geraadpleegd op: bis.gov.uk/assets/insolvency/docs/publication-word/effects-of-a-disqualification.doc.

¹⁹ Companies House, *Disqualified Directors Register FAQs*, www.companieshouse.gov.uk/infoAndGuide/faq/ddr.shtml.

²⁰ Companies House, *Disqualified Directors Register*, <http://wck2.companieshouse.gov.uk/dirsec>.

²¹ F. Tolmie, *Corporate & Personal Insolvency Law*, Londen: Cavendish Publishing 2003, p. 246-247.

²² The Insolvency Service, *Annual Report and Accounts 2011-2012*, p. 30. Het rapport kan worden geraadpleegd op: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/229053/0358.pdf.

²³ D. Milman, *National Corporate Law in a Globalised Market. The UK Experience in Perspective*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2009, p. 44; The Insolvency Service, *Evaluation of the Insolvency Act*, 2006, p. 2. Het document kan worden geraadpleegd op:

In het Nederlandse concept-wetsvoorstel is uitsluitend de rechtbank bevoegd om op verzoek van het Openbaar Ministerie of op vordering van de curator een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. Gelet op het grote succes van het sluiten van *disqualification undertakings* ten opzichte van het voeren van gerechtelijke *disqualification* procedures in het Verenigd Koninkrijk lijkt het raadzaam om de mogelijkheid van het sluiten van een consensuele overeenkomst tussen het Openbaar Ministerie en een bestuurder te overwegen.

3.3 Gronden die tot een civielrechtelijk bestuursverbod leiden

De CDDA noemt vele gronden die tot een bestuursverbod van een persoon kunnen leiden. Section 11 van de CDDA betreft een automatisch bestuursverbod ingeval de persoon failliet is verklaard. Section 12 leidt ook tot een automatisch bestuursverbod indien niet is voldaan aan een betalingsverplichting krachtens een *county court administration order*. Voorts leidt het bestaan van een Noord-Ierse *disqualification order* ingevolge Section 12A tot een automatisch bestuursverbod. De overige gronden voor een bestuursverbod in de CDDA vereisen de tussenkomst van autoriteiten.²⁴ In het algemeen kunnen personen die ongewenst gedrag vertonen waarbij zij gebruikmaken van een rechtspersoon, geconfronteerd worden met een civielrechtelijk bestuursverbod op de volgende gronden: *disqualification* wegens veroordeling voor een misdrijf (Section 2); *disqualification* voor de voortdurende schendingen van het ondernemingsrecht (Section 3); *disqualification* wegens fraude (Section 4); *disqualification* wegens *summary conviction* (Section 5); *disqualification* na onderzoek van een rechtspersoon (Section 8); *disqualification* wegens inbreuk op het mededingingsrecht (Section 9A, 9B, 9C en 9D); en *disqualification* wegens participeren in *wrongful trading* (Section 10).

In de praktijk worden opgelegde bestuursverboden het vaakst gebaseerd op Section 6 van de CDDA. De norm in Section 6 is vergelijkbaar met de norm ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in het voorgestelde art. 106a Fw. Ik zal daarom de overige gronden voor een civielrechtelijk bestuursverbod buiten beschouwing laten. Ingevolge Section 6 CDDA is de rechtbank verplicht om een bestuursverbod van twee tot vijftien jaren aan een persoon op te leggen indien is voldaan aan twee voorwaarden. Ten eerste moet de persoon bestuurder of schaduwbestuurder zijn (geweest) van een rechtspersoon die failliet is geraakt. Ten tweede dient sprake te zijn van gedragingen van de bestuurder in het kader van zijn bestuursfunctie bij de onderhavige rechtspersoon of bij eerdere bestuursfunctie(s), die hem *unfit* maken om zich in te laten met het besturen van een rechtspersoon.²⁵ Een niet-limitatieve lijst van gronden die relevant zijn voor de rechtbank bij de vaststelling of sprake is van *unfitness*, is te vinden in Section 9 jo. Schedule 1 van de CDDA.

Een analyse van de in 2011-2012 opgelegde civielrechtelijke bestuursverboden op grond van Section 6 van de CDDA geeft een interessant inzicht in het type en aantal beschuldigingen aan het adres van bestuurders: niet-betaling van belastingschulden (635), zaken gerelateerd aan een ondeugdelijke boekhouding (200), transacties die schadelijk zijn voor crediteuren (161), strafrechtelijke vergrijpen (102), verduistering van bedrijfsmiddelen (56), zaken gerelateerd aan het schenden van wettelijke verplichtingen (52), bewust of onbewust handelen in strijd

www.bis.gov.uk/assets/insolvency/docs/insolvency%20profession/evaluation%20reports/eval-insolvency-act-2000-march-2006.doc.

²⁴ D. Milman, ‘Disqualification of directors: an evaluation of current law, policy and practice in the UK’, *Company Law Newsletter* 2013, p. 2.

²⁵ Tolmie 2003, p. 248.

met het recht op het moment dat de rechtspersoon in staat van faillissement verkeert (7) en *Phoenix* ondernemingen of meerdere falende ondernemingen (2).²⁶ Het type beschuldigingen kan grotendeels in de niet-limitatieve lijst van Schedule 1 worden gevonden. Hoewel de gronden in Schedule 1 doorgaans ruim zijn geformuleerd, wordt in de *Guidance Notes for the Completion of Statutory Reports and Returns* uiteengezet welke gedragingen onder de gronden van Schedule 1 kunnen vallen. De *Guidance Notes* is een handleiding voor *Insolvency Practitioners* die op grond van de wet verplicht zijn om *unfit* gedragingen aan de minister te rapporteren, maar is zelf geen wettelijke regeling.²⁷

De Nederlandse Minister van Veiligheid en Justitie geeft in de concept-MvT aan dat art. 106a lid 1 Fw een algemene norm scheidt voor de oplegging van een bestuursverbod.²⁸ Er is uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij de bestaande norm voor de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement van een NV of BV, die in art. 2:138/248 BW is neergelegd. De norm ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ betreft ernstig verwijtbaar handelen, in die zin, dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben.²⁹ Daarbij kan onder meer worden gedacht aan een rechtspersoon met een volstrekt ondeugdelijke financiële administratie en daaraan gerelateerde schulden, of het selectief betalen van belastingschulden.³⁰ De vraag kan worden opgeworpen of het voor het Nederlandse wetsvoorstel wellicht raadzaam is om – naar voorbeeld van de bepalingen en Schedule 1 van de CDDA – een niet-limitatieve lijst van diskwalificatiegronden op te stellen. Een overzicht van gronden die kunnen leiden tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod schept duidelijkheid voor het Openbaar Ministerie, de curator en de rechtbank, maar, belangrijker nog, het biedt ook voor de betrokken bestuurders een duidelijkere richtlijn welk gedrag in ieder geval niet door de beugel kan. De huidige aansluiting bij de norm ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ zou daarbij eveneens als grond kunnen worden opgenomen. Daarnaast is het overwegenswaardig om automatische diskwalificatiegronden onderdeel te maken van het wetsvoorstel ingeval van ernstige vergrijpen, zoals het plegen van faillissementsfraude.

3.4 Duur van het civielrechtelijk bestuursverbod

De duur van een civielrechtelijk bestuursverbod is afhankelijk van de grond in de CDDA. In 2011-2012 was de gemiddelde duur van *disqualification undertakings* en *disqualification orders* 5,9 jaar.³¹ Tolmie verwijst onder meer naar twee zaken van de *Court of Appeal* waarin wordt aangegeven hoe de vaststelling van de duur van een bestuursverbod dient te worden benaderd.³² Ten eerste wordt de duur van een bestuursverbod niet bepaald aan de hand van de te verwachten toekomstige gedragingen van de betrokkene, maar aan de hand van de ernst van de gedraging waaraan hij zich in het verleden schuldig heeft gemaakt. In de zaak *Sevenoaks Stationers Ltd*³³ heeft de *Court of Appeal* richtlijnen gegeven over de gepaste duur

²⁶ Department for Business, Innovation & Skills, *Discussion Paper* 2013, p. 76.

²⁷ The Insolvency Service, *Company Directors Disqualification Act 1986. Guidance Notes for the Completion of Statutory Reports and Returns*, 2012, p. 4 en 14-28. Het document kan worden geraadpleegd op: www.bis.gov.uk/assets/insolvency/docs/publication-word/guidance-notes-completion-of-stat-reports.doc.

²⁸ Concept-MvT, p. 7.

²⁹ HR 7 juni 1996, *NJ* 1996/695, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ontvanger/Van Zoolingen*).

³⁰ Concept-MvT, p. 7.

³¹ The Insolvency Service, *Annual Report and Accounts 2011-2012*, p. 30.

³² Tolmie 2003, p. 258-259.

³³ [1990] BCC 765.

van een bestuursverbod. Een bestuursverbod van tien jaar of meer moet voorbehouden zijn aan ernstige gevallen, zoals het geval waarin een bestuurder al eerder een bestuursverbod heeft opgelegd gekregen. Voor minder ernstige gevallen is de duur van een bestuursverbod van zes tot tien jaar geschikt. Een bestuursverbod van twee tot vijf jaar is geschikt voor situaties waarin het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod verplicht is, maar de gedraging in kwestie niet heel onbehoorlijk is.

In de zaak *Re Westmid Packing Services Ltd; Secretary of State for Trade and Industry v. Griffiths*³⁴ overweegt de *Court of Appeal* dat de juiste benadering is om te beginnen met een beoordeling welke duur passend is in het licht van de ernst van de gedraging. De duur moet ook afschrikwekkende elementen bevatten. Vervolgens kunnen verzachtende omstandigheden in acht worden genomen. Tolmie wijst een aantal relevante factoren aan, zoals de algemene reputatie van de bestuurder en zijn gedragingen in het kader van het vervullen van zijn ambt, zijn leeftijd of staat van gezondheid. Het gegeven dat de rechtbank geneigd is de bestuurder dispensatie te verlenen onder Section 17 CDDA is geen relevante factor om de duur van het opgelegde bestuursverbod tot het minimum te beperken.³⁵

Het is niet duidelijk waarom in het Nederlandse concept-wetsvoorstel is gekozen voor een maximumduur van slechts vijf jaar. Juist nu de rechtbank ingevolge art. 106a lid 1 Fw een grote discretionaire bevoegdheid heeft, bestaat er geen beletsel om een langere duur voor een bestuursverbod mogelijk te maken. De ervaringen in het Verenigd Koninkrijk laten zien dat er redenen kunnen bestaan om een bestuursverbod voor langer dan vijf jaar op te leggen. Naar mijn mening kunnen ernstige vergrijpen, zoals faillissementsfraude, een langere duur van een bestuursverbod rechtvaardigen.

3.5 Dispensatie onder Section 17 CDDA

Een persoon die onderworpen is aan een *disqualification order* of een *disqualification undertaking* kan ingevolge Section 17 CDDA de rechtbank om dispensatie verzoeken. Zonder dispensatie van de rechtbank is het voor een persoon met een bestuursverbod verboden om langer werkzaam te zijn als bestuurder van een rechtspersoon. Elk verzoek om dispensatie moet vergezeld worden van een *undertaking order* of een *disqualification order* met een schema of rechterlijke uitspraak waarin een beschrijving staat van de gedraging waarvoor de persoon een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen.³⁶ Als de rechtbank een verzoek om dispensatie toewijst, dan is het civielrechtelijk bestuursverbod nog steeds van kracht, maar is het de betrokkene toegestaan om deel uit te maken van het bestuur van een rechtspersoon. De CDDA biedt geen aanwijzingen voor de rechtbank op welke wijze een verzoek om dispensatie beoordeeld dient te worden. De beoordelingscriteria voor een verzoek om dispensatie zijn daarom in de rechtspraak ontwikkeld.³⁷

De rechtbank dient het verzoek om dispensatie te beoordelen in het licht van de doeleinden van de CDDA, namelijk de bescherming van het publiek, inclusief alle in acht te nemen belanghebbenden, zoals aandeelhouders, werknemers, klanten, verschaffers van vreemd vermogen en andere crediteuren. Volgens Tolmie laat de rechtspraak zien dat de rechter de volgende belangrijke factoren in overweging

³⁴ [1998] 2 ALL ER 124.

³⁵ A. Belcher, 'What Makes a Director Fit? An Analysis of the Workings of Section 17 of the Company Directors Disqualification Act 1986', *The Edinburgh Law Review* 2012, p. 401.

³⁶ Belcher 2012, p. 402.

³⁷ Belcher 2012, p. 399.

neemt, namelijk het risico voor het publiek dat gepaard gaat met het verlenen van dispensatie, en de noodzaak, in het bijzonder voor de betrokken onderneming of ondernemingen om bestuurd te worden door de persoon met een bestuursverbod.³⁸ Deze maatstaf wordt ook wel het ‘*concept of need and protection*’ genoemd.³⁹ De zaak *Re Majestic Recording Studios*⁴⁰ is een voorbeeld waarin de noodzaak voor dispensatie aanwezig was. De bestuurder werd gezien als de ‘*moving spirit*’ achter de onderneming, en derhalve kreeg hij dispensatie tijdens zijn vijf jaar durend bestuursverbod om als bestuurder op te treden. De reden hiervoor was dat de onderneming anders zou moeten staken en 55 werknemers op straat zouden staan. De toewijzing van de dispensatie ging gepaard met voorzorgsmaatregelen in de vorm van een aangetrokken onafhankelijke accountant die tevens als bestuurder zou optreden, en het organiseren van deugdelijke controle op de administratie van de voorgaande jaren. In de zaak *Re Grayan Services Ltd*⁴¹ komt naar voren dat de vraag of het waarschijnlijk is dat de bestuurder in herhaling zal vallen van groot belang is voor de vraag of hij dispensatie zal krijgen. In de zaak *Re Britannia Homes Centres Ltd, Official Receiver v. McCahill*⁴² en de zaak *Secretary for Trade and Industry v. Barnett*⁴³ komt naar voren dat het onwaarschijnlijk is dat dispensatie wordt verleend aan een persoon die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen in verband met het voeren van een *one-man business* en graag bestuurder wil worden van een vergelijkbare onderneming. Het risico voor het publiek zou te groot zijn. De betrokkene moet daarom ondernemen zonder het voordeel van beperkte aansprakelijkheid van een rechtspersoon.

Zoals al aan bod is gekomen in de zaak *Re Majestic Recording Studios* kan dispensatie gepaard gaan met voorwaarden. Menig verzoeker om dispensatie biedt tegelijkertijd vrijwillig voorwaarden aan die het publiek zouden kunnen beschermen. Deze suggesties worden vaak omgezet in voorwaarden die met dispensatie gepaard gaan. Dikwijls zijn de voorwaarden voor de dispensatie een combinatie van vrijwillig aangeboden voorwaarden en voorwaarden die bedacht zijn door de rechtbank. Uit onderzoek aangaande verleende dispensaties blijkt dat de opgelegde voorwaarden in drie categorieën onder te verdelen zijn, namelijk: (I) personen: doorgaans een bij naam genoemde persoon die aangesteld wordt of aanblijft voor een specifiek doel, zoals het uitoefenen van toezicht of controle, (II) boekhoudkundig toezicht: bijvoorbeeld het medeondertekenen van cheques of het waarborgen van tijdige betaling van crediteuren, en (III) toezicht op de naleving van de voorwaarden die de rechtbank heeft opgesteld door het verlenen van korte dispensatieperioden.⁴⁴

Dankzij Section 17 CDDA kan in het Verenigd Koninkrijk een bestuursverbod op maat worden gemaakt. In het Nederlandse concept-wetsvoorstel is geen bepaling opgenomen op grond waarvan een persoon met een bestuursverbod op een later moment aan de rechtbank om dispensatie kan verzoeken. Uit de concept-MvT blijkt wel dat de minister het voorstelbaar vindt dat de rechtbank in zijn uitspraak voor de betrokkene ruimte laat om bestuurder te blijven van bijvoorbeeld zijn eigen pensioen-BV of een lokale schaakvereniging, omdat het openbaar belang dat met het uitspreken van een bestuursverbod wordt gediend daarbij evident niet in

³⁸ Tolmie 2003, p. 259-260.

³⁹ Belcher 2012, p. 409; *Re Gibson Davies Ltd*, [1995] BCC 11.

⁴⁰ [1989] BCLC 1.

⁴¹ [1995] 3 WLR 1.

⁴² [2001] 2 BCLC 63.

⁴³ [1998] 2 BCLC 64.

⁴⁴ Belcher 2012, p. 404.

het geding is.⁴⁵ Er lijkt niet gedacht te zijn aan een bepaling zoals Section 17 CDDA. De vormgeving van Section 17 CDDA en het ‘*concept of need and protection*’ kunnen als voorbeeld dienen voor een dergelijke Nederlandse regeling, omdat er, zoals ik hiervoor heb aangegeven, ruimte is voor een breed scala aan mogelijkheden om onbillijke of economisch destructieve gevolgen van een civielrechtelijk bestuursverbod weg te nemen.

4. Aanbevelingen voor het concept-wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod

Het onderzoek naar het civielrechtelijk bestuursverbod in het Verenigd Koninkrijk laat zien dat er sprake is van een grote gelijkenis in de doelstelling en vormgeving met het Nederlandse concept-wetsvoorstel. De CDDA is in het Verenigd Koninkrijk echter wel nauwkeuriger uitgewerkt. Daarnaast zijn in de Engelse rechtspraak normen en criteria ontwikkeld die het bestuderen waard zijn. Op grond van mijn onderzoek kom ik dan ook tot de volgende aanbevelingen:

1. De *disqualification undertaking* in het Verenigd Koninkrijk is een groot succes. Gelet op de beweegredenen voor de invoering hiervan is het raadzaam om hier ook over na te denken bij het wetsvoorstel. Anders zou over een aantal jaren dezelfde problematiek kunnen spelen zoals zich aftekende in het Verenigd Koninkrijk, namelijk dat de kosten voor handhaving de pan uit rijzen. In Nederland zou de *disqualification undertaking* kunnen worden vormgegeven door het Openbaar Ministerie deze bevoegdheid te verlenen.
2. Betwijfeld kan worden of het aansluiten bij de norm ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ een goed idee is. Beter is om, naar het voorbeeld van het Verenigd Koninkrijk, een overzicht van gronden te bieden die kunnen leiden tot een civielrechtelijk bestuursverbod. Dit is van belang voor de rechtszekerheid, en vergroot wellicht de preventieve werking van het wetsvoorstel. Aansluiting bij de norm ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ zou nog wel kunnen dienen als restcategorie. Daarnaast zouden gronden in het leven geroepen kunnen worden die automatisch leiden tot een bestuursverbod, zoals het plegen van faillissementsfraude.
3. Het is niet duidelijk waarom in het concept-wetsvoorstel is gekozen voor een maximumduur van slechts vijf jaar. De grote discretionaire bevoegdheid van de rechtbank ingevolge art. 106a lid 1 Fw kan voorkomen dat sprake is van een te hardvochtige regeling. Er bestaat dan ook geen beletsel voor het mogelijk maken van een bestuursverbod voor een langere duur. De ervaringen in het Verenigd Koninkrijk laten zien dat er redenen kunnen bestaan om een bestuursverbod voor langer dan vijf jaar op te leggen. Ernstige vergrijpen, zoals faillissementsfraude, kunnen een langere duur van een bestuursverbod rechtvaardigen.
4. Ten onrechte is er geen bepaling in het concept-wetsvoorstel opgenomen die het voor de betrokkene mogelijk maakt om op een later moment aan de

⁴⁵ Concept-MvT, p. 14.

rechtbank om dispensatie te verzoeken. De regeling in het Verenigd Koninkrijk laat zien dat op deze wijze een op maat gemaakt bestuursverbod kan worden opgelegd, zodat onbillijke gevolgen zoveel mogelijk vermeden kunnen worden. De overwegingen van de concept-wetsvoorsteller dat hiervoor ruimte bestaat ten tijde van de oplegging onderkent onvoldoende dat gedurende de periode waarin het bestuursverbod van kracht is, zaken in het leven van de betrokkene tot afwijking kunnen nopen.

Hoewel het concept-wetsvoorstel kan rekenen op veel kritische reacties, laat de regeling in het Verenigd Koninkrijk zien dat er wel degelijk legitieme gronden zijn om een civielrechtelijk bestuursverbod te willen opleggen. Enerzijds kan het civielrechtelijk bestuursverbod worden beschouwd als een sanctie die gesteld is op ‘onbehoorlijk ondernemerschap’, en anderzijds kan worden gezegd dat het civielrechtelijk bestuursverbod ertoe leidt dat de samenleving voor een bepaalde periode ‘verlost’ is van malafide bestuurders. Het lijkt mij dat, wanneer aandacht wordt geschonken aan de knelpunten die in de literatuur en consultatiereacties worden genoemd, het civielrechtelijk bestuursverbod van meerwaarde is in het Nederlandse recht.