

Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2014

Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het
bestuursverbod

Prof. mr. D. Busch

Mr. A.J.A.D. van den Hurk

Mr. F.E. Keijzer

Prof. mr. M.L. Lennarts

Prof. mr. F.M.J. Verstijlen

Prof. mr. R.D. Vriesendorp

Zutphen 2014



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-62510-41-8
NUR 827

© 2014 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Inleiding — Prof. mr. H.J. de Kluiver / 9

1 Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack —
Prof. mr. F.M.J. Verstijlen / 13

DEEL I TO PRE-PACK OR NOT TO PRE-PACK

- 1.1 Inleiding / 14
- 1.2 De opmars van de pre-pack / 15
 - 1.2.1 Verenigde Staten van Amerika / 15
 - 1.2.2 Verenigd Koninkrijk, in het bijzonder Engeland / 16
 - 1.2.3 Frankrijk / 18
 - 1.2.4 Nederland / 21
- 1.3 To pre-pack or not to pre-pack / 21

DEEL II PRE-PACKING IN NEDERLAND

- 1.4 De start van de pre-pack / 29
 - 1.4.1 Het huidige recht / 29
 - 1.4.2 De WCO I / 32
- 1.5 Aan de slag met de pre-pack / 35
 - 1.5.1 Het huidige recht / 35
 - 1.5.2 De WCO I / 38
- 1.6 Het eindspel / 39
 - 1.6.1 Het huidige recht / 39
 - 1.6.2 De WCO I / 41

DEEL III DE POSITIE VAN DE BETROKKENEN BIJ DE PRE-PACK

- 1.7 De schuldenaar / 43
- 1.8 De beoogd curator / 45
 - 1.8.1 De rechtspositie van de beoogd curator / 45
 - 1.8.2 Bindt de beoogd curator de curator? / 46
 - 1.8.3 De beoogd curator aan de slag / 48
 - 1.8.4 Remuneratie van de beoogd curator / 51
- 1.9 De beoogd rechter-commissaris / 51
- 1.10 De werknemers / 53
 - 1.10.1 De werknemers 'gepre-packt' / 53
 - 1.10.2 Wat is het probleem? / 55
 - 1.10.3 Overgang van werknemers vanuit 'gepre-packte' faillissementen? / 56
 - 1.10.4 Medezeggenschap in de pre-pack? / 60
- 1.11 De 'pre-packcrediteuren' / 61
- 1.12 Tot slot / 65

2	Het buitengerechtelijk akkoord en het conceptvoorstel WCO II — Prof. mr. R.D. Vriesendorp / 67
2.1	Inleiding / 68
2.2	Hoofdpijnen van de WCO II / 69
2.2.1	Opzet van het consultatiedocument / 69
2.2.2	Doel en achtergronden van het voorstel / 69
2.2.3	Voorgeschiedenis / 72
2.3	De regeling van de WCO II / 75
2.3.1	Inleiding / 75
2.3.2	Eerste fase: voorstel voor een akkoord en stemming (art. 368-372) / 75
2.3.2.1	De procedure / 75
2.3.2.2	Indeling in klassen / 79
2.3.2.3	Geschillen / 82
2.3.2.4	De stemming over het akkoordvoorstel en de gevolgen daarvan / 85
2.3.3	Tweede fase: verzoek tot algemeenverbindendverklaring (art. 373-384) / 89
2.3.3.1	Inleiding / 89
2.3.3.2	De procedure / 90
2.3.3.3	De beslissing / 95
2.3.3.4	Rechtsmiddelen / 99
2.3.3.5	Gevolgen van de algemeenverbindendverklaring / 100
2.3.3.6	Internationale aspecten / 102
2.4	Opmerkingen, vragen, mogelijke verbeterpunten / 103
2.4.1	Indeling in klassen: toch nog geen maximale flexibiliteit / 103
2.4.2	Algemeenverbindendverklaring: toch aansluiten bij <i>Chapter 11</i> ? / 105
2.4.3	De rechtbanken, of toch de Ondernemingskamer? / 108
2.5	Tot besluit / 110
2.6	Bijlage wettekst WCO II / 111
3	Het civielrechtelijk bestuursverbod: geen medicijn maar een placebo — Mr. F.E. Keijzer en prof. mr. M.L. Lennarts / 123
3.1	Inleiding / 124
3.2	Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod / 125
3.3	Aanpassingen ten opzichte van het voorontwerp / 127
3.3.1	Criteria / 127
3.3.2	Bestuursverbod voor zelfstandig ondernemers / 131
3.3.3	De rol van de curator / 132
3.3.4	Waarborgen / 134
3.3.5	Handhaving / 135
3.3.6	Gevolgen / 138
3.3.7	Toepassingsbereik / 139
3.4	Het civielrechtelijk bestuursverbod en art. 6 EVRM / 140
3.4.1	Het civielrechtelijk bestuursverbod en het <i>nemo tenetur</i> -beginsel / 140
3.4.2	Reasonable time / 146
3.5	De strafrechtelijke pendant van het civielrechtelijk bestuursverbod / 148
3.5.1	Strafrechtelijk kader / 149
3.5.2	Toepassing in de praktijk / 149
3.5.3	Aanpassing van het strafrechtelijk bestuursverbod / 150
3.5.4	Suggesties voor een betere aansluiting tussen strafrecht en civiel recht / 151

3.5.5	Toegevoegde waarde civielrechtelijk bestuursverbod / 153
3.6	Conclusie / 155
4	Bestuursverboden en toetsing van beleidsbepalers in de financiële sector — Prof. mr. D. Busch en mr. A.J.A.D. van den Hurk / 157
4.1	Inleiding / 158
4.2	Civielrechtelijk bestuursverbod / 158
4.2.1	Algemeen / 158
4.2.2	Doelstelling / 158
4.2.3	‘Trigger’-moment / 159
4.2.4	Reikwijdte / 161
4.2.5	Bevoegdheid oplegging / 161
4.2.6	Rechtsbescherming / 161
4.2.7	Gevolgen / 162
4.3	CRD IV / 166
4.3.1	Algemeen / 166
4.3.2	Doelstelling / 167
4.3.3	‘Trigger’-moment / 167
4.3.4	Reikwijdte / 171
4.3.5	Bevoegdheid oplegging / 172
4.3.6	Rechtsbescherming / 174
4.3.7	Gevolgen / 176
4.4	BRRD, SRM & Interventiewet / 183
4.4.1	Algemeen / 183
4.4.2	Doelstelling / 187
4.4.3	‘Trigger’-moment / 188
4.4.4	Reikwijdte / 190
4.4.5	Bevoegdheid oplegging / 191
4.4.6	Rechtsbescherming / 195
4.4.7	Gevolgen / 200
4.5	Geschiktheid en betrouwbaarheid / 203
4.5.1	Algemeen / 203
4.5.2	Doelstelling / 204
4.5.3	‘Trigger’-moment / 205
4.5.4	Reikwijdte / 214
4.5.5	Bevoegdheid oplegging / 216
4.5.6	Rechtsbescherming / 218
4.5.7	Gevolgen / 224
4.5.8	Vergelijking / 226
4.5.8.1	Vergelijking met civielrechtelijk bestuursverbod / 226
4.5.8.2	Vergelijking met functieverbod ex art. 1:87 Wft / 228
4.5.8.3	Vergelijking met BRRD en Interventiewet / 229
4.6	Concluderende opmerkingen / 230

Inleiding

Prof. mr. H.J. de Kluiver

De Vereeniging 'Handelsrecht' presenteert met groot genoegen de preadviezen 2014 aan haar leden en aan alle geïnteresseerden in de onderwerpen die dit jaar aan de orde komen. De vragen hoe de continuïteit van ondernemingen veiliggesteld kan worden en hoe bevorderd kan worden dat ondernemingen adequaat worden bestuurd, interesseren velen en zijn zowel in theorie als praktijk boeiend. Die vragen strekken zich ook uit over meerdere rechtsterreinen met inbegrip van het ondernemingsrecht, het insolventierecht en het financieel recht. Dit alles komt tot uitdrukking in de mooie preadviezen die in deze bundel zijn opgenomen en die op 31 oktober 2014 in een vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' besproken zullen worden.

In het eerste preadvies bespreekt prof. Verstijlen de voor- en nadelen van de diverse varianten van pre-packs die erop gericht zijn om reeds voorafgaande aan een faillissement dat faillissement zodanig soepel te laten verlopen dat een doorstart kan worden gerealiseerd. In een rechtsvergelijkend perspectief wordt aandacht besteed aan de Nederlandse praktijk tot nu toe en aan de voorgenomen wetgeving ter zake. Verstijlen is in de kern positief over een pre-pack aanpak. Dat is een interessant, en overigens door Verstijlen ruim gemotiveerd, tegengeluid tegen opvattingen die de pre-pack als vooral negatief zien. Tegelijkertijd wijst hij op een aantal aspecten die zijns inziens verbetering behoeven waarbij hij ook aangeeft wat die verbetering zou moeten inhouden. Daarbij beperkt hij zich overigens niet tot de voorgenomen wetgeving, maar laat hij ook niet na sommige aspecten van de huidige Faillissementswet kritisch te bezien (zoals de aantasting van de rechtspositie van werknemers in faillissement). Zowel de wetgever als de praktijk zullen met zijn grondige doordenking van de pre-pack zeer hun voordeel kunnen doen.

Het tweede preadvies is van de hand van prof. Vriesendorp die het vizier richt op het buitengerechtelijk akkoord en het conceptwetsvoorstel dat daarop ziet. Ook Vriesendorp heeft een doorwrocht preadvies geschreven dat in internationaal perspectief de materie zowel in de breedte als in de diepte belicht. De crux van de voorgenomen wetgeving is dat buiten faillissement een buitengerechtelijk akkoord door de rechter algemeen verbindend kan worden verklaard. Vriesendorp belicht indringend hoe deze procedure werkt en wat de gevolgen daarvan zijn. Interessant is dat behalve typisch insolventierechtelijke regelingen, het voorstel ook voorziet in vooral ondernemingsrechtelijke regelingen die bijvoorbeeld de bevoegdheid van de algemene vergadering ter zake beperken en de speelruimte van het bestuur van een rechtspersoon vergroten. Helder zet Vriesendorp uiteen hoe de systematiek van het voorstel werkt (met inbegrip van de diverse klassen van schuldeisers die kunnen worden onderscheiden en hoe die kunnen worden ingedeeld) en waar in de praktijk zoal rekening mee zal moeten worden gehouden. Ten slotte sluit hij af met een overzicht van verbeteringen die in het voorstel kunnen worden aangebracht

en waarvan de wetgever, naar ik aanneem, met bijzondere belangstelling zal kennisnemen.

Vervolgens wordt in de daaropvolgende preadviezen de aandacht wat meer gericht op de vraag hoe een adequaat bestuur van ondernemingen kan worden bevorderd en hoe bereikt kan worden dat bestuurders die evident ongeschikt zijn gebleken om een onderneming te leiden, daarvan kunnen worden weerhouden. Daartoe is inmiddels bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod ingediend. Daarenboven bestaan in Europees verband regelingen die bestuurders van financiële ondernemingen ook het uitoefenen van een functie in een dergelijke onderneming kan verbieden. De facto geldt in Nederland al zo'n specifiek 'bestuursverbod' via de regels die zien op de toetsing van bestuurders in de financiële sector.

Mr. Keijzer en prof. Lennarts buigen zich over het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod en nemen dat kritisch onder de loep. In een grondige analyse leggen zij de vinger op de diverse zwakke punten in het wetsvoorstel. Die punten variëren van de vraagtekens die geplaatst kunnen worden bij de bevoegdheid en de rol die de curator zijn toebedeeld als degene die het bestuursverbod kan vragen tot het belichten van technisch-juridische tekortkomingen en de vraag naar de waarborgen waarop de bestuurder een beroep kan doen. In het bijzonder wijzen zij erop dat de regeling die het wetsvoorstel geeft voor de schorsing van bestuurders qua waarborgen zwaar onder de maat is. Voorts gaan zij in op de regeling van de registratie van eventuele bestuursverboden en de vragen die dat oproept en wordt in het bijzonder aandacht gevraagd voor de spanning van het wetsvoorstel met het nemo tenetur-beginsel en de grondrechtelijke catalogus van het EVRM. Na een bespreking van de strafrechtelijke pendant van het bestuursverbod (in art. 28 Wetboek van Strafrecht) en suggesties voor aanpassing van die regeling, concluderen zij uiteindelijk dat zeer de vraag is of ook na eventuele verbetering van het wetsvoorstel dit een effectief medicijn zal zijn tegen faillissementsfraude of dat slechts sprake is van een placebo.

Ten slotte nemen prof. Busch en mr. Van den Hurk in het laatste preadvies de wetgeving en praktijk met betrekking tot de de facto bestuursverboden in de financiële sector onder de loep. Gelet op de brede en vergaande, maar weinig specifiek gereguleerde, bevoegdheden van de toezichthouders in de financiële sector om bestuurders te diskwalificeren en de praktijk waarin deze bevoegdheden met regelmaat, zij het niet altijd zichtbaar, worden uitgeoefend, bestaat aan een beschouwing over dit onderwerp grote behoefte. Dat geldt eens te meer nu in nieuwe EU-regelgeving (de Capital Requirements Directive IV en de nieuwe regelgeving inzake een Resolution Mechanism voor banken) de bevoegdheden voor een 'functieverbod' nader worden verankerd. Dit Europees kader en de Nederlandse implementatiewetgeving worden indringend belicht. Vervolgens wordt uitgebreid stilgestaan bij de rechtsbescherming tegen beslissingen van de financiële toezichthouders (zoals DNB en AFM) ter zake van de vermeende 'geschiktheid' en/of 'betrouwbaarheid' en de vraag of die adequaat en passend is. Ook hier wordt kritisch gesignaleerd dat, net als in het geval van een civielrechtelijk bestuursverbod, de rechtsbescherming tegen een aanwijzing tot schorsing zeer beperkt is.

Uit het voorgaande is hopelijk reeds duidelijk geworden dat het bestuur van de Vereniging 'Handelsrecht' bijzonder ingenomen is met de preadviezen zoals die dit jaar voorliggen. De beschouwingen van de preadviseurs zijn niet alleen reeds nu boeiend en prikkelend, maar zullen ook in de toekomst hun waarde behouden voor eenieder die met de aangesneden onderwerpen te maken zal krijgen. Het bestuur is de preadviseurs bijzonder erkentelijk voor alle tijd en moeite die zij aan de preadviezen hebben besteed.

Prof. mr. Harm-Jan de Kluiver
Voorzitter Vereniging 'Handelsrecht'

Hoofdstuk 1

Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack

Prof. mr. F.M.J. Verstijlen^{*}

* Prof. mr. F.M.J. Verstijlen is hoogleraar privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en als advocaat verbonden aan NautaDutilh N.V. te Amsterdam.

DEEL I. TO PRE-PACK OR NOT TO PRE-PACK

1.1 Inleiding

De ‘pre-pack’ is een weinig vastomlijnd begrip.¹ De concepttoelichting voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: concept-MvT) lijkt daaronder te verstaan ‘een voorafgaand aan de faillietverklaring met betrokkenheid van de beoogd curator voorbereide en na de faillietklaring geëffectueerde doorstart’.²

In zijn nog prille bestaan, is de pre-pack een splijtzwam in het insolventierecht gebleken. Is hij volgens sommigen een waardevolle toevoeging aan het insolventierecht, die bijdraagt aan waarde maximalisatie en behoud van ondernemingen en werkgelegenheid, volgens anderen vertegenwoordigt hij het slechtste van het insolventierecht, waarmee de toch al beperkte waarborgen van het faillissement worden omzeild en de schuldenaar de gelegenheid wordt geboden in achterkamertjes activa voor een habbekrats naar een *puppet company* weg te sluizen.

De pre-pack houdt niet alleen in Nederland de gemoederen bezig. Hij past in een internationale trend van toenemende aandacht voor de fase vóór de opening van een formele insolventieprocedure. De grenzen tussen de insolventieprocedures en buitengerechtelijke herstructureringen vervagen. Nieuwe ‘mildere’ procedures worden geïntroduceerd, al dan niet als voortraject voor de traditionele insolventieprocedures; buitengerechtelijke arrangementen worden gecombineerd met formele procedures.

We begeven ons met de pre-pack op de grens tussen praktijk en wetenschap, ‘gewoon’ privaatrecht en insolventierecht, solventie en insolventie. De pre-pack voltrekt zich ‘in the shadow of insolvency’; de betrokken partijen – schuldenaar, ‘beoogd curator’ en ‘beoogd rechter-commissaris’ – treden op op een moment dat insolventie al is ingetreden of imminent is, zonder dat het mechanisme van een insolventieprocedure beschikbaar is om de daaraan verbonden problemen in goede banen te leiden. De normale regels van het privaatrecht vinden toepassing, waarbij de (dreigende) insolventie evenwel een zeer relevante factor is. Dat privaatrecht moet een kernfunctie van het recht vervullen: het beschermen van de zwakkere en het verdelen van schaarste.

Alle reden om de pre-pack nader onder de loep te nemen.

Dit preadvies bestaat uit drie delen. Dit eerste deel behandelt de opmars van de pre-pack. De oorsprong en de verscheidenheid van de pre-pack worden in kaart gebracht. In dat kader komt het recht in de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Nederland aan de orde. Ik besteed ook aandacht aan de kritiek op de pre-pack en de voordelen die eraan worden toegeschreven en maak de balans op van wenselijkheid van het instrument. In deel II richt ik het

1. Stephanie Ben-Ishai & Stephen J. Lubben, ‘Sales or Plans: A Comparative Account of the “New” Corporate Reorganization’, 56 *McGill L.J.* 591 (2011), p. 593, spreken van ‘a term which has developed a wealth of meanings’.
2. Het consultatiedocument is te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Aldaar wordt op p. 8 vermeld: ‘In navolging van de Engelse regeling, waarbij een doorstart na faillissement door een “administrator” voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid, wordt deze oplossing in de praktijk ook wel aangeduid met de term “pre-pack”.’ Ik laat daar dat in Engeland van een ‘regeling’ in eigenlijke zin geen sprake is en er vóór de ‘faillietverklaring’ c.q. *administration* nog geen *administrator* is.

vizier op de chronologie van de pre-pack in Nederland, van het verzoek dat de pre-pack inleidt tot de afloop ervan. In het derde en laatste deel staat de rechtspositie van (het belangrijkste deel van) de onderscheidene betrokkenen centraal: de schuldenaar, de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris, de werknemers en de zogenaamde 'pre-packcrediteuren'.

1.2 De opmars van de pre-pack

1.2.1 Verenigde Staten van Amerika

De opmars van de pre-pack begint in de VS, het gidsland bij uitstek op het terrein van het insolventierecht. Het instituut doet volgens de overlevering zijn intrede in 1986, met de pre-pack van Crystal Oil.³

De *pre-packaged reorganization* heeft in de VS de vorm van een *reorganization plan* waarover reeds voor de opening van een reorganisatieprocedure op de voet van *Chapter 11* wordt onderhandeld of zelfs gestemd.⁴ Op deze manier kan tijdswinst worden geboekt. *Chapter 11* kent een periode van in beginsel 120 respectievelijk 180 dagen waarin de schuldenaar exclusief een *plan* kan voorstellen en proberen aanvaard te krijgen.⁵ Indien de instemming van voldoende schuldeisers al voor de opening is verkregen,⁶ kan de periode waarin de schuldenaar aan een formele procedure is onderworpen aanzienlijk worden verkort. Zo wordt een gemiddelde duur voor het verblijf in *Chapter 11* in pre-packs gemeld van 1,9 maanden, tegen 20,4 of 30 maanden — de cijfers verschillen — in traditionele *Chapter 11*-procedures.⁷

3. Zie Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, 'Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 136, die evenwel vermelden dat de techniek volgens sommigen bij kleinere ondernemingen al eerder werd gebruikt.

4. Zie Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, 'Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 138 en Lijie Qi, 'The rise and fall of pre-packaged corporate rescue on both sides of the Atlantic', *Insolv. Int.* 2007, 20(9), 129-136, p. 132. Anderen beperken het begrip tot de situatie dat de stemming vóór de opening van de procedure heeft plaatsgevonden en spreken voor de gevallen dat slechts onderhandelingen hebben plaatsgevonden van 'pre-arranged' of 'pre-negotiated cases'. Zie bijv. Stephen J. Lubben, 'The direct costs of corporate reorganization: an empirical examination of professional fees in large Chapter 11 cases', 74 *Am. Bankr. L.J.* 509 (2000), p. 516 en John D. Ayer, Michael L. Bernstein & Jonathan Friedland, 'Out-of-court workouts, prepacks and pre-arranged cases: a primer', 24-APR *Am. Bankr. Inst. J.* 16 (2000).

5. 11 USC § 1121.

6. 11 USC § 1126(b) biedt de mogelijkheid van een stemming vóór de opening van de procedure: '(b) For the purposes of subsections (c) and (d) of this section, a holder of a claim or interest that has accepted or rejected the plan before the commencement of the case under this title is deemed to have accepted or rejected such plan, as the case may be, if (1) the solicitation of such acceptance or rejection was in compliance with any applicable nonbankruptcy law, rule, or regulation governing the adequacy of disclosure in connection with such solicitation; or (2) if there is not any such law, rule, or regulation, such acceptance or rejection was solicited after disclosure to such holder of adequate information, as defined in section 1125(a) of this title.'

7. Zie Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, 'Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 131-143. Het betreft 'pre-voted plans'. De tijdsduur voor 'post-voted plans' is 6,0 maanden. Indien het voortraject wordt meegenomen — dat wil zeggen, de tijd tussen de aankondiging van een herstructurering tot *confirmation* van het *plan* — is het verschil minder groot: 21,6 maanden voor alle pre-packs (pre- en post-voted) en 28,5 maanden voor traditionele procedures.

Ook de directe kosten zouden minder zijn: 1,85% van de (boek)waarde van de activa voor pre-pack tegen 2,8% bij traditionele procedures.⁸

Op de keper beschouwd, verschilt deze vorm van een pre-pack niet vreselijk veel van een reguliere procedure: het, al dan niet vooraf aangenomen, *plan* moet nog steeds door de rechter van een *confirmation* worden voorzien, met alle waarborgen die daarin liggen besloten.⁹

Een aan de pre-pack verwante discussie betreft de zogenaamde ‘363-sale’, waarmee, net als met een *pre-packaged reorganization plan*, tijdswinst kan worden geboekt.¹⁰

11 USC § 363 schept de mogelijkheid dat de onderneming niet volgens een door de schuldeisers aanvaard *plan* wordt gereorganiseerd (of overgedragen), maar voortijdig op grond van (slechts) een rechterlijke beslissing aan een derde wordt overgedragen. Schuldeisers worden van het voornemen van zo’n ‘363-sale’ op de hoogte gesteld en kunnen daartegen bezwaren aanvoeren, in welk geval een zitting plaatsvindt. Een dergelijke overdracht kan natuurlijk worden voorbereid vóór de opening van de procedure van *Chapter 11*,¹¹ maar dat speelt in de discussie geen rol; het gaat erom dat de overdracht wordt gerealiseerd buiten het kader van een *plan*. De drijvende kracht van deze ‘363-sales’ is ook niet de wens de doorstart in kannen en kruiken te hebben voordat de buitenwereld weet heeft van de financiële problemen, maar het gaat er veeleer om de activa relatief snel — zonder de omslachtige procedurele verwickelingen van de reguliere *plan procedure* — en ‘free and clear’ te kunnen vervreemden.¹²

De ‘363-sale’ is niet vrij van kritiek.¹³

1.2.2 Verenigd Koninkrijk, in het bijzonder Engeland¹⁴

Een grotere invloed op de ontwikkelingen in Nederland heeft de Engelse pre-pack, die als inspiratie diende voor het voorontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen.

8. Zie Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, ‘Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies’, *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 143-144. Zie evenwel Stephen J. Lubben, *Measuring The Costs Of Chapter 11 Cases* (diss. Groningen), 2010, p. 50 en dezelfde, ‘What we “know” about Chapter 11 cases is wrong’, 17 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 141 (2012), p. 178, die opmerkt dat in de genoemde cijfers slechts de kosten gedurende de toepassing van *Chapter 11* zijn opgenomen en concludeert: ‘Prepackaged cases are only “cheaper” chapter 11 cases in the sense that the fees recorded after the petition is filed are lower.’

9. Zie 11 USC § 1128 en 1129.

10. Zie N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tvl* 2011/23, paragraaf 3.

11. Zie Shinjiro Takagi, ‘Recent Developments of Restructuring Schemes and Practices in the Western Developed Countries and Inauguration of the East Asian Association of Insolvency and Restructuring’, 2012 *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency* 4, onder het (vette) kopje ‘Stalking Horse Bidding’.

12. Zie Jason Brege, ‘An efficiency model of section 363(b) sales’, 92 *Va. L. Rev.* 1639 (2006), p. 1648-1649, Lijie Qi, ‘The rise and fall of pre-packaged corporate rescue on both sides of the Atlantic’, *Insolv. Int.* 2007, 20(9), 129-136 en Stephanie Ben-Ishai & Stephen J. Lubben, ‘Sales or Plans: A Comparative Account of the “New” Corporate Reorganization’, 56 *McGill L.J.* 591 (2011), p. 596-597. De verkrijging ‘free and clear’ beschermt de verkrijger van aanspraken — ook die *in personam* — die het toepasselijke materiële recht in het leven kunnen roepen. Zie daarover — kritisch — Patrick M. Birney, ‘Section 363 Sale Orders: May Sales Be Made Free and Clear of Successor Liability Claims?’, 22 *J. Bankr. L. & Prac.* 4 (2013).

13. Zie paragraaf 1.3.

14. De pre-pack is bekend in alle vier de landen van het Verenigd Koninkrijk. Ik refereer hieronder slechts aan Engeland, maar dezelfde of vergelijkbare regelgeving geldt in Wales, Schotland en Noord-Ierland.

mingen I (hierna: WCO I).¹⁵ In Engeland betreft het een informeel arrangement, dat niet als zodanig in wetgeving is geregeld. Graham hanteert in haar in opdracht van de ‘Secretary of State for Business, Innovation and Skills’ vervaardigde rapportage (hierna: ‘Graham Review’)¹⁶ de werkdefinitie:¹⁷

‘Arranging the sale of all or part of a company’s undertaking before formal insolvency is entered, with the sale to be executed at or soon after the appointment of an administrator.’

In deze definitie ontbreekt het element van de betrokkenheid bij de voorbereiding van de later als *administrator* aan te stellen persoon, maar die betrokkenheid is er vaak wel; zij vormt een van de zorgpunten van de Engelse pre-pack.¹⁸ Een zekerheidsgerechtigde of de schuldenaar kan zelf een *administrator* aanstellen en de desbetreffende persoon dus ook in het voorstadium inschakelen.¹⁹ De ongesecureerde schuldeisers noch de rechter komen eraan te pas; ook niet als gedurende de *administration* uitvoering wordt gegeven aan de overdracht.²⁰

Er bestaat aldus een spanningsveld tussen de rol van de *administrator*, die het belang van de gezamenlijke schuldeisers moet behartigen en de bemoeienissen van dezelfde persoon vóór de opening van de *administration* c.q. diens aanstelling als zodanig. Het instituut pre-pack wordt stevig bekritiseerd.²¹ Om aan deze kritiek tegemoet te komen, hebben de regulerende autoriteiten het Statement of Insolvency Practice 16 (hierna: SIP 16) het licht doen zien,²² met daarin vooral verslagleggingsverplichtingen. Het SIP 16 betekende — zoals in paragraaf 1.3 nog aan de orde komt — niet het eind van de discussie.

15. Zie p. 8-9 concept-MvT.

16. Teresa Graham CBE, ‘Graham Review into Pre-pack Administration’, Report to The Rt Hon Vince Cable MP, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

17. P. 14. In dezelfde zin de definitie onder 1 van het hierna te noemen Statement of Insolvency Practice 16 (versie 1 november 2013), te raadplegen via [www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_\(effective_from_1_November_2013\).pdf](http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_(effective_from_1_November_2013).pdf) (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Zie ook Peter Walton, ‘Pre-packaged administrations — trick or treat?’, *Insolv. Int.* 2006, 19, 113, p. 114 en Vanessa Finch, ‘Pre-packaged administrations: bargains in the shadow of insolvency or shadowy bargains?’, *J.B.L.* 2006, Sep., 568, p. 569-570 en Kate Creighton-Selvay, ‘Pre-packaged administrations: an empirical social rights analysis’, *I.L.J.* 2013, 42(2), 85-121, p. 86.

18. Zie Vanessa Finch, ‘Pre-packaged administrations: bargains in the shadow of insolvency or shadowy bargains?’, *J.B.L.* 2006, Sep., 568, p. 573-574, Lijie Qi, ‘The rise and fall of pre-packaged corporate rescue on both sides of the Atlantic’, *Insolv. Int.* 2007, 20(9), 129-136, p. 134; Peter Walton, ‘When is pre-packaged administration appropriate? — a theoretical consideration’, (2011) 20 *Nott L.J.* 1, p. 12-13 en Bo Xie, ‘Regulating pre-packaged administration — a complete agenda’, *J.B.L.* 2011, 5, 513-527, p. 522-524.

19. Zie s. 14 resp. 22 Insolvency Act 1986, Schedule B1.

20. Zie onder meer In re T. & D. Industries Plc. and Another [2000] 1 *W.L.R.* 646, volgens welke de *administrator* zonder rechterlijke betrokkenheid en voorafgaand aan de crediteurenvergadering die zich volgens s. 24 Insolvency Act 1986 moet uitspreken over voorstellen van de *administrator*, mag beschikken over ‘some or even all of the assets’. In dezelfde zin In re Transbus International Ltd [2004] 1 *W.L.R.* 2654. Uit deze uitspraken blijkt overigens niet dat daar sprake was van een pre-pack. Zo’n pre-pack was wel expliciet aan de orde in *DKLL Solicitors v. HM Revenue & Customs* [2007] *B.C.C.* 908, waarin de rechter de verzochte *administration order* gaf en aldus medewerking gaf aan de uitvoering van de pre-pack, zelfs tegen de wil van een meerderheidsschuldeiser die de voorstellen van de *administrator* in een crediteurenvergadering zou kunnen wegstemmen.

21. Zie over deze kritiek en de naar aanleiding daarvan ondernomen actie paragraaf 1.3.

22. Zie noot 17.

1.2.3 Frankrijk

In Frankrijk is het faillissementsrecht sinds jaar en dag sterk gericht op het behoud van de onderneming, althans de ondernemingsactiviteiten. Reeds de *Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, noemde in art. 1, al. 1 als doel van de procedure ‘la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi et l’apurement du passif’.²³ In de daaropvolgende decennia was sprake van een permanente herziening van het faillissementsrecht, met toenemende aandacht voor de periode voordat er sprake is van een faillissementstoestand (‘cessation des paiements’).

De huidige *procédure de sauvegarde* staat open voor de schuldenaar met ‘difficultés qu’il n’est pas en mesure de surmonter’ en heeft tot doel ‘faciliter la réorganisation de l’entreprise afin de permettre la poursuite de l’activité économique, le maintien de l’emploi et l’apurement du passif’.²⁴ De Franse verschijningsvorm van de pre-pack is gericht op deze procedure.

Alvorens deze zogenaamde *procédure de sauvegarde accélérée* te behandelen, is het nodig in te gaan op twee rechtsfiguren die nog vroeger in het voorstadium kunnen worden ingezet.

Mandataire ad hoc

Volgens art. L611-3 Code de Commerce kan ‘[l]e président du tribunal (...), à la demande d’un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission’. Het betreft de codificatie van een in de praktijk gegroeide rechtsfiguur.²⁵ De *mandataire ad hoc* wordt dus aangesteld op verzoek van de schuldenaar. Dat verzoek kan geschieden met het oog op bijvoorbeeld conflicten binnen de onderneming, problemen met een leverancier of financiële perikelen.²⁶ De hem door de *président* gegeven opdracht kan bijvoorbeeld zijn het onderzoeken van de mogelijkheden van een vergelijk of het daarover met schuldeisers onderhandelen.

De wetgever heeft het aantrekkelijk voor de schuldenaar gemaakt door de hulp van een *mandataire ad hoc* in te roepen.²⁷ De schuldenaar behoudt zijn bevoegdheden; de *mandataire ad hoc* beschikt niet over dwangmiddelen, maar moet het hebben van zijn overtuigingskracht.²⁸ Hij wordt van zijn taak ontheven op verzoek van de schuldenaar.²⁹ Hij heeft een *obligation de confidentialité* en aan zijn aanstelling wordt geen publiciteit gegeven.³⁰

Het instituut is succesvol gebleken in de praktijk; vaak gaat de aanstelling van een *mandataire ad hoc* vooraf aan een *procédure de conciliation* of de al genoemde *procédure de sauvegarde*.³¹

23. Zie thans art. L631-1 Code de Commerce.

24. Art. L626-1 Code de Commerce.

25. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 307.

26. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 308.

27. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 307.

28. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 309.

29. Art. R611-21 Code de Commerce: ‘Lorsque le débiteur en fait la demande, le président du tribunal met fin sans délai à la mission du mandataire ad hoc.’

30. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 313.

31. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 313.

Procédure de conciliation

De *procédure de conciliation* is een procedure die is gericht op de redding van de onderneming door middel van een akkoord met (een deel van) de schuldeisers.³² De procedure wordt geopend door de *président du tribunal* op verzoek van de schuldenaar,³³ maar is gericht op een contractueel arrangement.³⁴ Voorwaarden voor opening zijn dat de schuldenaar een commerciële of ambachtelijke activiteit of een onafhankelijk beroep uitoefent en dat hij in juridische, economische of financiële mogelijkheden verkeert of voorzienbaar is dat hij daarin zal komen te verkeren, zonder dat al langer dan 45 dagen sprake is van een materiële faillissementsstoestand;³⁵ voorts wordt wel een impliciete voorwaarde ingelezen dat de mogelijkheid bestaat dat de desbetreffende onderneming kan worden gered.³⁶

Een *conciliateur* wordt aangesteld, hetgeen evenwel geen afbreuk doet aan de bevoegdheden van de schuldenaar. Hij heeft als taak 'de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise'.³⁷ Maar, sinds 1 juli 2014, '[i]l peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire'.

Een akkoord hoeft niet aan alle schuldeisers te worden aangeboden of door alle schuldeisers te worden aanvaard. De totstandkoming ervan geschiedt op basis van vrijwilligheid; het bindt slechts degenen die het hebben aanvaard. Er is geen 'cram down'. Het hoeft ook niet te worden gehomologeerd. Het wordt 'geconstateerd' door de *président du tribunal*, die het ook executoriale kracht geeft.³⁸ Homologatie is wel mogelijk, mits de schuldenaar niet (meer) in een faillissementsstoestand verkeert, het voortbestaan van de ondernemingsactiviteiten is verzekerd en geen afbreuk wordt gedaan aan de belangen van degenen die het niet hebben aanvaard.³⁹ Homologatie heeft bepaalde voordelen, onder meer op het terrein van (het equivalent van) de faillissementspauliana en de rang van degenen die 'nieuw geld' inbrengen.⁴⁰

32. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 314.

33. Art. L611-6 Code de Commerce.

34. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 314: 'Fondamentalement, l'accord amiable est une convention de droit privé, un acte collectif, marqué d'intuitu personae et à caractère onéreux.'

35. Zie art. L611-4 en art. L611-5.

36. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 8e édition, 2013, nr. 317 en 322. Zij acht dit besloten liggen in art. L611-6 en art. 611-7 Code de Commerce, waar wordt opgemerkt dat het verzoekschrift van de debiteur 'exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face' respectievelijk dat de *conciliateur* de totstandkoming van een akkoord dient te bevorderen 'destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise'.

37. Art. L611-7 Code de Commerce. Aldaar is ook bepaald dat hij voorstellen kan doen voor het behoud van de onderneming(sactiviteiten) en werkgelegenheid.

38. Art. L611-8, al. 1 Code de Commerce.

39. Art. L611-8, al. 2 Code de Commerce.

40. Zie art. L631-8, al. 2 resp. art. L611-11 Code de Commerce.

De ‘*prépack à la française*’:⁴¹ *procédure de sauvegarde accélérée*

De Franse variant van de pre-pack sluit aan bij de *procédure de conciliation*. Indien een akkoord niet tot stand komt, kan de *procédure de sauvegarde* worden versneld, de zogenaamde *procédure de sauvegarde accélérée*. Zij staat slechts open voor grote(re) ondernemingen,⁴² en de gedachte is dat het ‘l’accord prénégocié en conciliation’ bij wijze van *plan* — mits dat is gericht op het behoud van de onderneming — wordt voorgelegd aan (een deel van) de schuldeisers, verenigd in ‘comités’.⁴³ Die *comités* bestaan (slechts) uit, kort gezegd, kredietinstellingen respectievelijk de belangrijkste leveranciers. Ook de obligatiehouders worden verenigd, in een ‘assemblée générale’, die zich over het *plan* kan uitspreken.⁴⁴ Het voordeel ten opzichte van de *procédure de conciliation* is dat in het kader van de *procédure de sauvegarde accélérée* een twee derde meerderheid volstaat om het *plan* aangenomen te krijgen.⁴⁵

Hoewel slechts de bedoelde kredietinstellingen, leveranciers en obligatiehouders door het akkoord worden gebonden, heeft de *procédure de sauvegarde accélérée* — evenals de gewone *procédure de sauvegarde* — ook gevolgen voor (bijna) alle andere schuldeisers.⁴⁶ Ook zij mogen door de schuldenaar niet langer betaald worden, verliezen hun individuele executiemiddelen en moeten hun vorderingen ter verificatie indienen; zij kunnen evenwel, anders dan bij een *plan* in een ‘gewone’ *procédure de sauvegarde*, geen betalingsuitstel opgedrongen krijgen.⁴⁷

In de *procédure de sauvegarde accélérée* wordt de *conciliateur* in beginsel als *administrateur judiciaire* of *mandataire judiciaire* aangesteld.⁴⁸ Het tijdsbestek is in beginsel drie maanden; indien het *plan* slechts wordt voorgelegd aan kredietinstellingen en obligatiehouders — in de zogenaamde *procédure de financière sauvegarde accélérée* — is het tijdsbestek zelfs slechts één maand.⁴⁹

Sinds 1 juli 2014 is ook voorzien in de mogelijkheid van een pre-pack die een overdracht van (een deel van) de onderneming inhoudt. In het verlengde van de zojuist genoemde uitgebreide taakopdracht van de *conciliateur*, kan in een *liquidation judiciaire* die volgt op een mislukte *procédure de conciliation*, de rechtbank besluiten geen termijn te bepalen voor het doen van biedingen, maar een bod aan de *conciliateur* in een *plan de cession* neer te leggen.⁵⁰ Hetzelfde geldt voor een bod aan de

41. In deze termen Philippe Roussel Galle, ‘Adoption du plan de la première accélérée’, JCP E 2013, 1326, over een voorloper van de huidige *procédure de sauvegarde accélérée*.

42. Volgens art. D628-3 Code de Commerce moet sprake zijn van ‘vingt salariés, 3 000 000 euros de chiffre d’affaires hors taxe et 1 500 000 euros pour le total du bilan’. Die eisen zijn aanmerkelijk minder zwaar dan voorheen. Zie daarvoor Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 925.

43. Zie art. L628-4 jo. art. L626-29 e.v. Code de Commerce. Tot 1 juli 2014 werd het *plan* slechts voorgelegd aan kredietinstellingen en obligatiehouders in de zogenaamde *procédure de financière sauvegarde accélérée*. Zie daarover Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 928.

44. Zie L626-32 Code de Commerce.

45. Zie art. L626-30-2 en art. L626-32 Code de Commerce.

46. Art. L628-6 Code de Commerce. Werknemers worden niet door deze procedure getroffen. Zie ook Gérard Notte, ‘Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives; Ord. no 2014-326, 12 mars 2014’, JCP E 2014, 230 en Philippe Pétel, ‘Entreprises en difficulté: encore une réforme!’, JCP E 2014, 1223.

47. Art. L628-8, al. 3 jo. art. L626-18 Code de Commerce.

48. Art. L628-3 Code de Commerce. Beide functionarissen vervullen functies die vergelijkbaar zijn met die van onze curator.

49. Art. L628-8 jo. art. L628-10 Code de Commerce.

50. Art. L642-2 Code de Commerce.

eerdergenoemde *mandataire ad hoc*. De wetgever heeft daarbij voorzien dat dit ‘pouvait avoir pour effet de substituer un processus de sélection opaque au processus public inhérent à la procédure collective’; reden waarom is bepaald dat het openbaar ministerie hierover dient te adviseren.⁵¹

1.2.4 Nederland

De Nederlandse pre-pack is beïnvloed door de ontwikkelingen in het buitenland, maar niet in sterke mate. Het buitenlandse recht vormde een bron van inspiratie, zonder dat een van de hiervoor geschetste varianten als zodanig voor het Nederlandse recht is overgenomen. Daarvoor verschillen de desbetreffende rechtsstelsels te veel.

De stoot tot de Nederlandse pre-pack gaf Tollenaar in een publicatie uit 2011.⁵² Hij schetste daarin de voordelen van de Amerikaanse en de Engelse pre-pack en riep de Nederlandse faillissementsrechters op dit concept te omarmen. Tollenaars pleidooi viel in vruchtbare aarde, in kringen van het parket,⁵³ maar ook bij degenen aan wie hij zijn pleidooi in eerste instantie richtte: de faillissementsrechters.⁵⁴ Het gros van de rechtbanken in Nederland pleegt medewerking aan een pre-pack te geven. Doet een rechtbank dat, dan geeft zij aan wie zij voornemens is als curator aan te stellen, al dan niet met een verkapte taakopdracht, waarna deze persoon in de aanloop van een faillissements(aanvraag) wordt betrokken bij de voorbereiding van een doorstart, die na de faillietverklaring wordt gefinaliseerd, alles zonder dat daarvoor een specifieke wettelijke basis bestaat.

Ten slotte is ook de wetgever ingenomen voor de pre-pack. Hij deed een voorontwerp het licht zien bij wijze van consultatiedocument.⁵⁵ Inmiddels is het voorontwerp tot een wetsvoorstel geworden, dat voor advies aan de Raad van State is voorgelegd.⁵⁶

Het is ten tijde van de sluitingsdatum voor dit preadvies nog niet openbaar.

In het volgende deel komt de Nederlandse pre-pack in meer detail aan de orde, waarbij ik telkens eerst op het huidige recht inga en vervolgens op het voorontwerp. Maar eerst is aandacht op zijn plaats voor de wenselijkheid van het instituut ‘pre-pack’ als zodanig.

1.3 To pre-pack or not to pre-pack

De zegetocht van de pre-pack is niet zonder weerstand gebleven. De kritiek richt zich in grote lijnen op het omzeilen van de waarborgen die de reguliere insolventieprocedure biedt en – meer in het bijzonder – het gebrek aan transparantie. De kritiek is dan ook heviger naar mate de verschillen tussen de pre-pack en de reguliere insolventieprocedure groter zijn.

51. Philippe Pétel, ‘Entreprises en difficulté: encore une réforme!’, *JCP E* 2014, 1223.

52. N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tvl* 2011/23.

53. J.L.R.A. Huydecoper, ‘Pre-pack-liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?’, *Tvl* 2013/5. Deze advocaat-generaal schreef – natuurlijk – op persoonlijke titel.

54. Zie paragraaf 1.4.1.

55. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

56. Zie de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 15 juli 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33695, 5, p. 4.

Betrekkelijk mild is de kritiek in de Verenigde Staten, waar, zoals gezegd, een *pre-packaged reorganization plan* in wezen een regulier *plan* is waarover vóór de opening van de *Chapter 11*-procedure wordt onderhandeld en/of gestemd, maar dat, net als een 'gewoon' *reorganization plan* de procedure van *confirmation* moet doorlopen. De kritiek richt zich vooral op de hiervoor behandelde '363-sale', die niet specifiek de pre-pack betreft maar zich ook in een onvoorbereide procedure ex *Chapter 11* kan voordoen.

Deze '363-sale' wordt wel gezien als een verkapte 'foreclosure' door gesecureerde schuldeisers, die onder het regime van *Chapter 11* worden getroffen door de 'automatic stay', maar in de praktijk wegen hebben gevonden om de schuldenaar te sturen in de richting van een '363-sale'.⁵⁷ Deze route ontnemt de schuldeisers de beslissingsmacht die zij onder de reguliere procedure hebben. Zij zou zich lenen voor manipulatie en leiden tot minder hoge opbrengsten dan wanneer de onderneming zou reorganiseren op basis van een *plan*.⁵⁸ De rechter die over de '363-sale' oordeelt, pleegt een valide reden vereist te stellen voor zo'n verkoop, aanvankelijk bestaande uit een 'emergency', later afgezwakt tot een 'business justification'.⁵⁹ Die 'business justification' wordt niet slechts gerelateerd aan de verkoop als zodanig maar ook wel aan de normale procedure: is het gerechtvaardigd dat de regels en eisen van de reguliere procedure worden omzeild.⁶⁰

Ook in Frankrijk is relatief weinig kritiek op de *procédure de sauvegarde accélérée*, waarmee in wezen de gewone procedure wordt doorlopen, alleen sneller. In het kader van de mogelijkheid tot een 'pre-packaged' *plan de cession* wordt opgemerkt dat deze 'n'ont pas toujours été citées en modèles d'opérations loyales et respectueuses des intérêts en présence'.⁶¹ De rechter wordt aangespoord tot voorzichtigheid bij het gebruik van de bevoegdheid 'qui leur est ainsi donné de "court-circuiter" le processus normal de sélection des offres'.

In Engeland krijgen *pre-packaged administrations* sinds jaar en dag een slechte pers. Ze zouden lijden aan een gebrek aan transparantie, de belangen van de schuldeisers onvoldoende beschermen en concurrentievervalsend werken. De House of Commons

57. Zie Stephen J. Lubben, 'No big deal: the GM and Chrysler cases in context', 83 *Am. Bankr. L.J.* 531 (2009), p. 535-536 en Stephanie Ben-Ishai & Stephen J. Lubben, 'Sales or Plans: A Comparative Account of the "New" Corporate Reorganization', 56 *McGill L.J.* 591 (2011), p. 598-599 en vgl. In re Gulf Coast Oil, 404 B.R. 407 (Bankr. S.D. Tex. 2009), p. 428: 'In this case, the essence of the proposed transaction is a foreclosure supplemented materially by a release, by assignment of executory contracts (but only the contracts chosen by the secured lender), by a federal court order eliminating any successor liability, and by preservation of the going concern. Congress provided a process by which these benefits could be obtained. That scheme requires bargaining, voting, and a determination by the Court that Bankruptcy Code § 1129 requirements are met. The Court sees no authority to provide the benefits of the Congressional scheme in this case without compliance with Congressional requirements.'

58. Lynn M. LoPucki & Joseph W. Doherty, 'Bankruptcy fire sales', 106 *Mich. L. Rev.* 1 (2007), rapporteren (op p. 3-4 en p. 44) dat een verkoop gemiddeld 35% van de boekwaarde zou realiseren, terwijl een reorganisatie meer dan het dubbele zou opleveren. Hun analyse is niet onweersproken gebleven. Zie Jared A. Wilkerson, 'Defending the current state of section 363 sales', 86 *Am. Bankr. L.J.* 591 (2012).

59. Zie vooral In re Lionel Corp., 722 F.2d 1063 (2d Cir. 1983). Zie voorts Jason Brege, 'An efficiency model of section 363(b) sales', 92 *Va. L. Rev.* 1639 (2006), p. 1650-1653 en Jared A. Wilkerson, 'Defending the current state of section 363 sales', 86 *Am. Bankr. L.J.* 591 (2012), p. 600.

60. In re Gulf Coast Oil, 404 B.R. 407 (Bankr. S.D. Tex. 2009), p. 423. Stephen J. Lubben, 'No big deal: the GM and Chrysler cases in context', 83 *Am. Bankr. L.J.* 531 (2009), p. 533-535, wijst op wisselende rechtspraak in de verschillende 'circuits'.

61. Philippe Pétel, 'Entreprises en difficulté: encore une réforme!', *JCP E* 2014, 1223.

Business and Enterprise Committee rapporteerde in het ‘Sixth Report of Session 2008-09’ op basis van onder meer in hoorzittingen afgelegde verklaringen:⁶²

‘There is, however, evidence that unsecured creditors fare worse during a pre-pack, recovering 1% of their debts on average compared to 3% as part of a standard business sale. Moreover, there are suggestions that pre-pack administrations adversely affect competitors, who will continue to carry costs which the phoenix company has shed. Criticisms of pre-packs are at their sharpest where existing management buy back the business following private negotiations with an insolvency practitioner and then continue to trade clear of the original debts through a new “phoenix” company. This means that unsecured creditors are initially kept in the dark and then left empty handed. The phoenix company may also have some advantage over competitors who honour their financial obligations. The anecdotal evidence in media reports and confidential letters to the Committee suggest that “phoenix” pre-packs affecting smaller companies with high levels of unsecured trade creditors cause particular concern and are more likely to damage the supplier base without corresponding broader benefits to the overall economy.’

De kritiek is – het komt naar voren in het citaat – op zijn hevigst in die gevallen waarin de pre-pack inhoudt dat de onderneming aan een ‘connected party’ wordt overgedragen (‘phoenixing’). Illustratief is een van de verklaringen die ten grondslag lagen aan het zojuist bedoelde rapport, van Jonathan Williams, eigenaar en bestuurder van een transportbedrijf, die over een bepaald geval opmerkt:⁶³

‘The facts of the case were as follows: At the end of January a company called Bulmers Logistics went into pre-pack administration and re-emerged the following day, with the same management team, trading as Bulmers Transport.

(...)

Pre-pack administration has prevented other transport operators benefiting from Bulmers’ demise, to help them in difficult market conditions, but most concerning, it has propped up a failed business and actually placed it in a more advantageous position to compete against other operators, which is not what pre-packaged administration is designed to do.

I find it incredible that the directors have been allowed to set up overnight and recommence trading as if nothing had happened at all. Given these circumstances, how is it that a failed business and management team is able to effectively continue to operate without first a rigorous assessment of its viability and assurances that the same management team will not leave a further trail of liabilities in its wake?

(...)

62. P. 11, te raadplegen via www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmberr/198/198.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Voetnoten en accentueringen zijn in het citaat verwijderd.

63. Bijlage 53 van het zojuist bedoelde rapport.

In a case like Bulmers, pre-pack sends out absolutely the wrong message. It makes a mockery of professionally run companies who work exceptionally hard to create sustainable businesses only to find they are competing with organisations that can potentially behave recklessly, walk away from their obligations to creditors and make a comeback with no obvious restrictions or changes in management. This is a practice that should only be available to companies that pass the most stringent viability tests, otherwise we're opening the floodgates for all to jump on this bandwagon. (...) I know I'm not alone in reaching the conclusion that for the owner to state in his press release that he is leading a management buyout and to purchase his business for £ 1, leaving behind £ 10m debts, is an offence to any company trying to succeed in these very difficult times and pre-pack has enabled him to do it.⁶⁴

Het antwoord op de kritiek is het al genoemde SIP 16, dat de *administrator* verplicht verslag uit te brengen over zijn rol voorafgaand aan zijn aanstelling als zodanig, de redenen voor de keuze voor een pre-pack, andere in overweging genomen handelwijzen, de wijze waarop contact is gelegd, marketinginspanningen, taxatie, de kopende partij, diens relatie tot de schuldenaar enz.

Het heeft de kritiek niet kunnen doen verstommen. Wetgeving werd aangekondigd, maar ook weer afgeblazen.⁶⁵ De regering gaf opdracht tot een review van de pre-packpraktijk. De 'Graham Review' verscheen afgelopen juni en is overwegend positief. Pre-packs sparen werkgelegenheid,⁶⁶ zijn goedkoper dan reguliere procedures,⁶⁷ hebben — gecorrigeerd voor beeld versturende factoren — een hogere slagingskans dan 'gewone' *administrations*.⁶⁸ Van andere orde: het soepele insolventieregime heeft in internationaal verband een wervende kracht en brengt economisch voordeel.⁶⁹

64. Met Bulmers Transport lijkt het overigens niet goed te zijn afgelopen. Uit berichtgeving in *The Northern Echo* van 7 februari 2011, 'Bulmers Transport boss devastated over redundancies', te raadplegen via www.thenorthernecho.co.uk/news/8836588.Boss_devastated_over_firm_s_redundancies/ (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), begrijp ik dat het bedrijf twee jaar later alsnog (of: nogmaals) over de kop is gegaan.

65. Zie het 'written ministerial statement' van 26 januari 2012, te raadplegen via www.publications.parliament.uk/pa/cm201212/cmhansrd/cm120126/wmstext/120126m0001.htm (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

66. Aldus p. 24-25 'Graham Review', in voorzichtige bewoordingen.

67. P. 26.

68. P. 33-35 en 51. Duidelijkheidshalve: de kans dat een willekeurige doorstart na een pre-pack slaagt is kleiner dan bij een gewone *administration*, maar dat komt doordat relatief meer doorstarts geschieden door gelieerde partijen en gepaard gaan met een uitgestelde betaling van (een deel van) de koopsom. Indien voor deze oververtegenwoordiging wordt gecorrigeerd, komen pre-packs gunstiger uit de bus.

69. P. 27. Dat moet niet worden overschat: 6 van de 499 in het onderzoek betrokken vennootschappen waren van buitenlandse origine waarvan er 5 tot dezelfde groep behoorden (te weten tot de 'infamous Hellas Communications group of companies', aldus het rapport van de University of Wolverhampton, Final Report to the Graham Review April 2014 prepared by Professor Peter Walton and Chris Umfreville with the assistance of Dr Paul Wilson, te raadplegen via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

Maar een deel van de kritiek wordt bevestigd: het gebrek aan transparantie,⁷⁰ ondermaatse marketingactiviteiten,⁷¹ gemankeerde taxaties,⁷² te weinig aandacht voor de levensvatbaarheid van het doorstartende bedrijf.⁷³

Per saldo is Graham positief. Zij adviseert (vooralsnog) geen wetgeving, maar ‘flankerend beleid’, zoals het creëren van een ‘pool of experienced business people’ aan wie gelieerde doorstarters hun plannen kunnen voorleggen,⁷⁴ een door deze partijen op vrijwillige basis op te stellen ‘viability review’,⁷⁵ verbetering van de marketingactiviteiten,⁷⁶ taxatie door een taxateur met aansprakelijkheidsverzekering,⁷⁷ alsmede aanpassing van het SIP 16 met het oog op de andere aanbevelingen.⁷⁸ Eerst indien deze maatregelen niet voldoende effect sorteren, beveelt Graham wetgeving aan.⁷⁹

De kritiek in Nederland echoot tot op zekere hoogte die in Engeland. Ook hier wordt geageerd tegen het gebrek aan transparantie en de risico’s van een suboptimale prijsvorming en concurrentievervalsing, met name in sectoren die onder druk staan.⁸⁰ Uitermate kritisch is de Nederlandse Orde van Advocaten in haar advies over het voorontwerp.⁸¹

‘Een faillissement gevolgd door een “doorstart” van het failliete bedrijf wordt door schuldeisers, contractspartijen (zoals verhuurders, leveranciers, afnemers) en werknemers ervaren als ontneming van hun rechten. Schuldeisers zonder zekerheidsrechten zullen in veruit de meeste gevallen niets uit het faillissement ontvangen. Het komt er op neer dat zij hun vordering verliezen. Contractspartijen verliezen hun wederpartij en werknemers hun baan zonder een behoorlijke afvloeiingsregeling. Dit alles terwijl het bedrijf (of een deel ervan) wel wordt voortgezet, vaak met dezelfde aandeelhouders en onder leiding van dezelfde directie. (...) Een dergelijke ontneming zou in de regeling van het voorontwerp in stilte (“achterkamertjes”) worden voorbereid en (zeer) kort na het uitspreken van het vaak bij verrassing uitgesproken faillissement worden gerealiseerd. Het beeld dat de bedoelde schuldeisers, contractspartijen en werknemers

70. P. 8.

71. P. 43-48, soms geheel afwezig of beperkt tot ‘enquiries made within the insolvency practitioner firm’ of bij het bestuur van de gefailleerde vennootschap.

72. P. 48.

73. P. 9.

74. P. 59-60.

75. P. 62-63.

76. P. 64-66.

77. P. 66.

78. P. 63-64 en Annex A.

79. P. 67-68. Om druk op de ketel te zetten, geeft zij de regering een ‘reserve legislative power’ in overweging, opdat snel kan worden ingegrepen indien de praktijk zich niet aanpast. In lijn hiermee wordt in de ‘Small Business, Enterprise and Employment Bill’ (onder nr. 117) voorgesteld de ‘Secretary of State’ de bevoegdheid te geven regelgeving voor (onder meer) de “sale of property [...] to a connected person” uit te vaardigen. Dit wetsvoorstel is te raadplegen via www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2014-2015/0011/15011.pdf (laatstelijk geraadpleegd 15 september 2014).

80. Zie onder meer B.J. Tideman, ‘Kritische kanttekeningen bij de pre-pack’, *FIP* 2014, p. 190-193 en Gerhard Gispén, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: *40XL* (liber amicorum M.J.M. Franken), 2013, p. 85-86 en 89.

81. Advies d.d. 21 januari 2014, onder 2.4 en 2.5, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

van een onder de voorgestelde regeling gerealiseerde “doorstart” zullen hebben is dat zij “overnight” in een door hun schuldenaar/contractspartij/werkgever en de (beoogd) curator “bekokstoofde” opzet van al hun rechten zijn beroofd. De vraag is daarom of de voorgestelde regeling wel voldoende maatschappelijk draagvlak zal hebben.’

Het zijn terechte zorgen. Niet voor niets gaan de grote pre-packs vaak gepaard met conflicten en rechtszaken.⁸²

De tegenover deze bedenkingen staande voordelen zijn onzeker. De gedachte is dat de pre-pack de schuldenaar in staat stelt een betere prijs te bedingen. De financiële problemen liggen nog niet op straat. De onderneming gaat niet gebukt onder het odium van het faillissement en loopt minder gevaar te desintegreren onder de middelpuntvliedende krachten die er binnen het faillissement op worden uitgeoefend. Er is minder tijdsdruk om overeenstemming te bereiken en – daarmee samenhangend – de (beoogd) curator heeft meer gelegenheid een informatiepositie op te bouwen.

Maar de kracht van de pre-pack is ook zijn zwakte. De beslotenheid van de pre-pack – het ontbreken van publiciteit en de ondoorzichtigheid ervan – kunnen de opbrengst drukken.⁸³ De markt functioneert suboptimaal als het aanbod slechts aan een beperkt aantal kandidaten bekend wordt gemaakt en niet de volledige vraag wordt aangeboord. Het gevaar is nog groter indien bestuurders of aandeelhouders kandidaat zijn voor de overname. Dat gaat gepaard met belangenconflicten. Zij hebben er belang bij de kring van kandidaten zo beperkt mogelijk te houden en hun informatievoorsprong – op de andere kandidaten én de beoogd curator – kan hen in staat stellen het onderhandelingsproces te manipuleren. Het is de vraag of de beoogd curator zich hiertegen teweer kan stellen, te meer waar het gevaar bestaat dat hij wordt ‘ingekapseld’ in het groepsproces of in een afhankelijkheidsrelatie komt te verkeren met de schuldenaar, die zijn rekeningen moet voldoen.⁸⁴

Wat valt uit dit alles te concluderen wat betreft de wenselijkheid van de pre-pack?

82. Zie bijv. *Het Financieele Dagblad* 17 oktober 2013, p. 15, ‘Gedupeerden in actie’ (*Schoenenreus*); *Het Financieele Dagblad* 22 juli 2014, p. 12, ‘Vakbonden dagen garnalenbedrijf Heiploeg vanwege flitsfaillissement’, *Het Financieele Dagblad* 19 augustus 2014, p. 2, ‘Abvakabo FNV stapt naar de rechter over kinderopvangbedrijf Estro’.

83. Zie Peter Walton, ‘When is pre-packaged administration appropriate? – a theoretical consideration’, (2011) 20 *Nott L.J.* 1, p. 3; Gerhard Gispén, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: 40*XL* (liber amicorum M.J.M. Franken), 2013, p. 86 en B.J. Tideman, ‘Kritische kanttekeningen bij de pre-pack’, *FIP* 2014, p. 191-192. Vgl. Philippe Pétel, ‘Entreprises en difficulté: encore une réforme!’, *JCP E* 2014, 1223.

84. Zie het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 4.14, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), Gerhard Gispén, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: 40*XL* (liber amicorum M.J.M. Franken), 2013, p. 85-86 en 89. B.J. Tideman, ‘Kritische kanttekeningen bij de pre-pack’, *FIP* 2013, p. 192 heeft het zelfs over ‘een soort “Stockholmsyndroom”’ en M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Kosten’. Vgl. J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgever-schap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013/38, onder ‘Pre-pack’.

Allereerst dat we onvoldoende weten voor een definitief antwoord op deze vraag. Een onderzoek als de ‘Graham Review’ ontbreekt voor Nederland.⁸⁵ Maar dit gebrek aan informatie leidt mij niet tot de conclusie dat we de pre-pack niet moeten invoeren. Er is immers evenmin reden te denken dat onvoorbereide doorstarts (of het achterwege blijven van doorstarts) leiden tot een optimaal resultaat.

Ik zou de vraag pragmatisch willen benaderen. Er is niets wat de schuldenaar zonder pre-pack niet kan doen wat hij met een pre-pack wel kan doen. Ook zonder pre-pack kan de schuldenaar de onderneming proberen te ‘vermarkten’ onder een groep die zo groot en klein is als hij zelf wil. Hij kan de onderneming overdragen aan een gelieerde partij. Hij kan ook aansturen op een bepaald onderhandelingsresultaat — bijvoorbeeld een soort van ‘putoptie’ voor een bepaalde prijs — om vervolgens het faillissement aan te vragen en de curator ervan proberen te overtuigen dat onderhandelingsresultaat over te nemen — de ‘putoptie’ uit te oefenen. Van de andere kant beschouwd, bestaan de gevaren die kleven aan de pre-pack ook in een ‘gewoon’ faillissement, al dan niet voorafgegaan door een surseance.⁸⁶ Ook dan kan de curator terechtkomen in een groepsdynamiek, gericht op het ‘redden’ van de onderneming. Belangenconflicten en informatieasymmetrie zijn gemeengoed in faillissement. En de transparantie in een doorsneefaillissement is betrekkelijk. Doorstarts plegen onder tijdsdruk, binnen dagen of weken, tot stand te komen, en het valt te betwijfelen dat het gegeven dat het faillissement is uitgesproken steeds in de gehele markt is doorgedrongen. ‘Stakeholders’ als schuldeisers of werknemers hebben niet of nauwelijks een rol en vernemen in de regel eerst achteraf van de doorstart.

Ook het argument van de concurrentievervalsing kan evengoed — misschien zelfs *a fortiori* — in stelling worden gebracht tegen een doorstart vanuit een faillissement zonder voorafgaande pre-pack. Ik moet overigens zeggen bedenkingen te hebben bij de kracht van dit argument. Ik begrijp dat het frustrerend moet zijn dat marktpartijen worden geconfronteerd met een onderneming die zich na een faillietverklaring ‘in een oogwenk’ weer in de concurrentiestrijd mengt, maar nu bevrijd van bovenmatige schulden, slechte contracten en boventallig personeel; met name in een marktsegment met overcapaciteit zal die frustratie bestaan.⁸⁷ Maar ik zie niet dat dat concurrentievervalsing is indien de doorstartende partij ‘de prijs’ voor de overgenomen onderneming betaalt, ongeacht of die doorstartende partij gelieerd is aan de gefailleerde. Marktpartijen hebben er geen aanspraak op — ook niet in

85. Naar verluidt, geeft een eerste onderzoek, uitgevoerd door L. Noordman en R. Aalbers, op basis van gesprekken met twintig betrokkenen aan dat met een pre-pack ‘een hoger rendement van 10% of meer’ wordt behaald. Zie *Het Financieel Dagblad* 7 juli 2014, p. 13, ‘Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelverkoop’.

86. Zie M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Ontbreken van de normale marktwerking bij het verkoopproces’, ‘Voordeel van de pre-pack’ en ‘De pre-pack werkt’ en J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 383 en 385.

87. In Nederland uitte Ad Doorneveld, ‘topman’ van een concurrent van Estro, soortgelijke kritiek als hiervoor (zie noot 63) geciteerd van Jonathan Williams, een concurrent van een door een pre-pack doorgestarte onderneming in de transportsector: ‘Als dit de praktijk wordt, dan gaan we een nieuwe periode in. Dan kunnen bedrijven eens in de zoveel jaar even een “Estroetje doen” en vrolijk verder gaan. Dit is niet alleen voor onze branche een gevaar. Ook in andere sectoren gaat het gebeuren als het zo makkelijk wordt.’ Zie *Het Financieel Dagblad* 3 september 2009, p. 2-3, ‘De doorstart van Estro lijkt het meest op diefstal’.

een markt met overcapaciteit — dat falende ondernemingen blijvend van de markt worden verwijderd of dat nieuwe toetreders worden geweerd.

Het probleem is te bepalen wat ‘de prijs’ is en te voorkomen dat ‘insiders’ hun (kennis)voorsprong gebruiken om het proces oneigenlijk te manipuleren. Dat is niets anders dan het zojuist genoemde probleem van belangenconflicten en informatieasymmetrie. Het betreft hier kortom niet een separaat probleem.

Tegen deze achtergrond van het voorgaande zou ik menen dat de aanstelling van een beoogd curator voorafgaand aan het faillissement de situatie alleen maar kan verbeteren, althans dat de kans dat die aanstelling verbetering brengt, groter is dan het tegendeel. Hij heeft de mogelijkheden invloed uit te oefenen, bijvoorbeeld door erop aan te dringen dat met meer partijen wordt onderhandeld,⁸⁸ zonder dat hij per se gebonden is aan het resultaat dat voor de faillietverklaring is bereikt. Indien hij van mening is dat een (principe)overeenkomst met een overnamepartij niet op zodanige wijze tot stand is gekomen dat de hoogst mogelijke opbrengst is gerealiseerd, dan kan hij die overeenkomst als curator naast zich neerleggen. Het is mogelijk dat voor de onderneming geen of nauwelijks andere gegadigden in de markt zijn — misschien zelfs geen andere dan de aandeelhouder zelf — in welk geval zijn betrokkenheid vóór de faillietverklaring nog steeds betere mogelijkheden biedt de transactie te beoordelen en tot een beter resultaat kan leiden dan ingeval hij in de hectiek van het faillissement zelf overeenstemming moet bereiken met de desbetreffende partij.

Het staat of valt allemaal — met of zonder pre-pack — met de onafhankelijkheid en standvastigheid van de (beoogd) curator. Een behaagzieke beoogd curator met een tunnelvisie op het redden van de onderneming, die zijn oren laat hangen naar het bestuur dat zijn rekeningen betaalt, kan schade aanrichten (maar dat geldt denkelijk ook indien hij meteen als curator zou worden aangesteld). De gezamenlijke schuldeisers zouden dan beter af zijn zonder pre-pack. Een beoogd curator die stevig in zijn schoenen staat en het bestuur waar nodig bijstuurt, een open oog houdt voor alternatieven — inclusief liquidatie — en geen verwachtingen wekt die niet door voldoende betrouwbare informatie worden gedekt, kan de boedel voordeel brengen boven een faillissement zonder voorafgaande pre-pack.

In Nederland zijn de uitgangspunten niet ongunstig. De beoogd curator wordt aangesteld door de rechtbank en niet door de schuldenaar of de zekerheidsgerechtigde uitgekozen, zoals in Engeland het geval is,⁸⁹ met alle gevaren voor loyaliteits-

88. Vgl. de curator inzake *Estro* in zijn verslag, www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro_stille_bewindvoering_.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), onder 5.9: ‘Wel heeft de stille bewindvoerder kenbaar gemaakt dat hij gegeven het gemankeerde verkoopproces alleen zou overwegen om (de rechter-commissaris te vragen om uitbreiding van zijn mandaat teneinde) mee te werken aan een beoogde pre-pack indien de voordelen van een beoogde pre-pack wel zeer evident zijn. De stille bewindvoerder heeft aan *Estro* groep verklaard dat hij zich uitsluitend voor een pre-pack zou willen inspannen indien door *HIG* een zodanig hoog bod zou worden gedaan dat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat een beter bod voor de onderneming niet had kunnen worden verkregen.’ Het is de vraag of dat voldoende effect heeft gehad, nu de zojuist bedoelde concurrent, naar eigen zeggen, een hoger bod overwoog — de waarde van *Estro* werd op meer dan het viervoudige van de overnameprijs geschat — en zich bij *Estro* meldde, maar niet werd gehoord. Zie *Het Financieele Dagblad* 3 september 2009, voorpagina, ‘Concurrent van failliet *Estro* in geweer tegen reddingsplan’.

89. Zie s. 14 resp. 22 *Insolvency Act* 1986, Schedule B1. Vgl. N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrechtlers van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tvl* 2011/23, paragraaf 6.10.

conflicten van dien.⁹⁰ De rechtbank put daarbij uit dezelfde ‘pool’ als waaruit curatoren worden aangesteld en kan bij haar keuze voor de beoogd curator profiteren van ervaringen uit het verleden. En in gevallen dat zij er op voorhand geen vertrouwen in heeft dat een pre-pack voordeel brengt, kan zij van de aanstelling van een beoogd curator afzien.

Kortom, ik beoordeel de mogelijkheid van een pre-pack als positief, mits met bedachtzaamheid gehanteerd.

DEEL II. PRE-PACKING IN NEDERLAND

1.4 De start van de pre-pack

1.4.1 Het huidige recht

De pre-pack is in de praktijk gegroeid, ‘bottom-up’. Al voordat de pre-pack als rechtsfiguur op de kaart stond, werd geëxperimenteerd met ‘pre-packachtige’ constructies. Dat konden informele arrangementen zijn, waarbij de aanstaande aanstelling van een curator werd aangekondigd.⁹¹ Soms werd (en wordt) een deskundige benoemd om in het kader van een faillissementsaanvraag te rapporteren over het bestaan van een faillissementstoestand met de aantekening dat de deskundige tot curator zou worden aangesteld indien het faillissement uiteindelijk zou worden uitgesproken.⁹²

Heden ten dage gaan rechtbanken minder omzichtig te werk en doen zij simpelweg weten wie zij voornemens zijn als curator aan te stellen en als rechter-commissaris te benoemen.⁹³ Soms gaat dat gepaard met een verkapte taakopdracht. Zo bijvoorbeeld in de affaire-*Heiploeg*, waar werd overwogen:⁹⁴

‘Doel van deze regeling is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De aanwijzing van de stille bewindvoerders biedt een mogelijkheid om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te bereiden.’

90. Zie onder meer Peter Walton, ‘Pre-packaged administrations — trick or treat?’, *Insolv. Int.* 2006, 19, 113, p. 116-119 en Bo Xie, ‘Regulating pre-packaged administration — a complete agenda’, *J.B.L.* 2011, 5, 513-527, p. 522-524.

91. Zie J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 384, die vermeldt dat de curatoren van Fokker en Daf reeds vóór het faillissement aan de slag zijn gegaan.

92. Rb. ‘s-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375 en Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, *JOR* 2014/115. Vgl. Hof ‘s-Hertogenbosch 4 juli 2012, *JOR* 2013/26, waar de deskundige (‘forensic mediator’) vooral als taak had de mogelijkheden voor betaling of een schikking te beproeven en pas in tweede instantie onderzoek gericht op het bestaan van een faillissementstoestand moest doen, zonder dat overigens op voorhand werd aangegeven dat de deskundige als curator zou worden aangesteld. Rb. Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63 zag geen mogelijkheid tot het benoemen van een deskundige in de situatie dat reeds uit de stellingen van de schuldenaar in diens aangifte voortvloeide dat hij in de toestand verkeerde van te hebben opgehouden te betalen.

93. Zie M.H.F. van Vugt, ‘De Nederlandse pre-pack: *time out, please!*’, *FIP* 2014, p. 28-29. Dit zou plegen te geschieden per brief van ‘een rechter’ verbonden aan de desbetreffende rechtbank.

94. Geciteerd door de curatoren, www.dorhout.nl/nieuws/pre-pack-heiploeg/114 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

Een variant was aan de orde in het faillissement van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis, waar de curatoren in hun verslag opmerkten:⁹⁵

‘De rechtbank heeft daarbij aangegeven dat het doel van de prepack is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van RPZ alsmede het beperken van maatschappelijke schade. De aanwijzing van een stille bewindvoerder biedt een mogelijkheid om in relatieve rust en op voortvarende wijze een doorstart uit insolventie voor te bereiden.’

Een ‘bescheiden’ pre-pack initieerde de Rechtbank Amsterdam inzake *Estro*. Het verzoek van *Estro* om aanwijzing van een ‘stille bewindvoerder’ die een oordeel zou kunnen geven over een voorgestane doorstart werd afgewezen, maar de rechtbank was wel bereid:⁹⁶

‘(...) te laten weten wie zij als curator/bewindvoerder zal benoemen, op het moment dat de insolventieprocedures zouden worden geopend.’

Estro zou dan:

‘(...) de beoogd curator/bewindvoerder (hierna: de beoogd curator) kunnen informeren over de situatie van de onderneming, zodat hij op het moment dat de faillissementen worden uitgesproken beter beslagen ten ijs komt dan wanneer hij pas door de rechtbank wordt benaderd op de dag dat een insolventieprocedure wordt geopend. De beoogd curator zou ook kennis kunnen nemen van een eventuele door een of meer betrokken partijen beoogde doorstart, maar heeft als gezegd geen enkele instructie om voor het openen van insolventieprocedures een standpunt in te nemen over een dergelijke doorstart.’

In alle arrondissementen op drie na worden pre-packs uitgevoerd.⁹⁷ Dat leidt tot enig ‘forumshopping’: naar verluidt ging aan de pre-pack inzake *Estro* een zetelverplaatsing van Amersfoort naar Amsterdam vooraf omdat de in de oorspronkelijke vestigingsplaats bevoegde Rechtbank Midden-Nederland geen medewerking pleegde te geven aan pre-packs.⁹⁸

Daaruit blijkt dat de huidige praktijk niet zonder controverse is. Met name Van Vugt uit bedenkingen. Die praktijk zou in strijd zijn met art. 12 en/of art. 23 lid 2 Wet RO.⁹⁹ Art. 12 Wet RO bepaalt dat ‘[d]e rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, de senior-gerechtsauditeurs en gerechtsauditeurs, de rechterlijke ambtenaren

95. Geciteerd in Rb. Midden-Nederland 12 februari 2014, *JOR* 2014/187.

96. Geciteerd in faillissementsverslag 1a, kenbaar via www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro_stille_bewindvoering_.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

97. Zie M.H.F. van Vugt, ‘De Nederlandse pre-pack: *time out, please!*’, *FIP* 2014, p. 26-27 en www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Vier-vragen-over-de-stille-bewindvoerder.aspx (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). De Rechtbanken Overijssel, Midden-Nederland en Limburg verlenen geen medewerking.

98. Zie *Het Financieel Dagblad* 9 juli 2014, ‘Noodlijgend *Estro* omzeilt dwarse rechtbank via truc’ (voorzijde pagina).

99. M.H.F. van Vugt, ‘De Nederlandse pre-pack: *time out, please!*’, *FIP* 2014, p. 28-29.

in opleiding en de griffier en substituut-griffier van de Hoge Raad (...) zich niet op enige wijze [mogen] inlaten met partijen of hun advocaten of gemachtigden over enige voor hen aanhangige geschillen of geschillen waarvan zij weten of vermoeden dat die voor hen aanhangig zullen worden'. De bepaling wordt gezien in de context van het waarborgen van de onpartijdigheid van de rechter.¹⁰⁰

Loesberg ziet hier minder problemen.¹⁰¹ 'Het verbod van art. 23 [bedoeld zal zijn: art. 12; FMJV] van de Wet RO', aldus Loesberg, 'richt zich tot de persoon van de rechter die niet met partijen (in privé) over een (aanhangige) zaak mag spreken'.¹⁰²

Hij trekt de vergelijking met de rechter die na een mondelinge behandeling van een later ingetrokken eigen aangifte, diezelfde schuldenaar, al dan niet op verzoek van een schuldeiser, failliet verklaart. Voorts zou met het honoreren van het verzoek om een pre-pack volgens Loesberg 'in zoverre' nog geen sprake zijn van een beslissing, omdat daarmee (nog) niet vaststaat dat de schuldenaar insolvent is.

Is het met art. 12 Wet RO in strijd dat de desbetreffende rechtbank (de advocaat van) de schuldenaar doet weten wie zij voornemens is als curator aan te stellen of als rechter-commissaris te benoemen? Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Vooropgesteld zij dat het een in art. 5 Grondwet verankerd recht is om schriftelijke verzoeken tot 'het bevoegd gezag' te richten. Het staat een schuldenaar vrij de rechtbank te verzoeken zich uit te laten over de vraag wie zij voornemens is als curator aan te stellen, ongeacht of die schuldenaar al aangifte heeft gedaan. Ik zie er ook weinig graten in dat de rechtbank die vraag beantwoordt. Dat is niet wezenlijk anders dan wanneer de rechtbank een voorlopig oordeel over een bepaalde kwestie geeft.¹⁰³ Het kennisgeven van deze (voorlopige) beslissing van de rechtbank door de griffier of een rechter aan de schuldenaar of diens advocaat lijkt mij evenmin problematisch. Dit is niet het 'zich inlaten' – 'betrekkingen aanknopen'¹⁰⁴ – met een der partijen in een aanhangig (te maken) geschil.

Een andere zaak is of het op zijn plaats is dat 'een rechter' – en niet 'de rechtbank' – die beslissing neemt, zoals volgens Van Vugt en Loesberg wel voorkomt. Terecht stelt Van Vugt dat de rechtbank aan zo'n beslissing niet is gebonden.¹⁰⁵

Overigens komt het mij voor dat de rechtbank ook indien zij zelf op het verzoek beslist niet is gebonden aan haar voornemen. Er kunnen goede redenen zijn om van dat voornemen af te wijken, bijvoorbeeld omdat de beoogd curator zich te weinig onafhankelijk tegenover de schuldenaar blijkt op te stellen.

100. Zie P. Smits, *Art. 6 EVRM en de civiele procedure*, 2008, p. 262-263.

101. Egbert Loesberg, 'Hoe gaat het met de pre-pack?', *TOP* 2014/309.

102. P. Smits, *Art. 6 EVRM en de civiele procedure*, 2008, p. 263, zal daar anders over denken, waar hij stelt dat (onder meer) art. 12 Wet RO zowel betrekking heeft op de rechterlijke macht als instituut als op de rechter als persoon.

103. Vgl. ook de – wisselende – praktijk van het 'grijs maken' van een beslag.

104. Van Dale, online versie, geraadpleegd 22 augustus 2014. Vgl. de oude formulering van het toenmalige art. 24 Wet RO: 'zich in enig bijzonder onderhoud of gesprek inlaten met partijen of derzelver advocaten, procureurs of gemachtigden, noch enige bijzondere onderrichting, memorie of schriften aannemen'. De huidige tekst artikel is 'redactioneel gemoderniseerd'; een inhoudelijk andere invulling is niet beoogd. Zie de memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1999/2000, 27181, 3, p. 44.

105. M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time out, please!', *FIP* 2014, p. 29.

Art. 23 lid 2 Wet RO — het andere artikel waarmee Van Vugt strijd ziet — bepaalt dat '[b]ij de uitvoering van de taken, bedoeld in het eerste lid,¹⁰⁶ (...) het bestuur niet [treedt] in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken'. Van Vugts bezwaren richten zich vooral tegen de situatie dat een teamvoorzitter, met van het bestuur afgeleide bevoegdheden, de desbetreffende brief aan de verzoeker van de pre-pack opstelt. Ik deel die bezwaren niet, alleen al niet omdat de desbetreffende persoon dan niet handelt bij de uitvoering van de in art. 23 lid 1 Wet RO bedoelde bestuurstaken. Indien hij buiten het kader van die bestuurstaken kennisgeeft van een beslissing van de rechtbank vind ik dat net zo min bezwaarlijk als wanneer een willekeurige andere rechter of een griffier dat doet.

Indien hij de daadwerkelijke beslissing neemt, is er nog steeds geen strijd met art. 23 lid 2 Wet RO — het betreft dan nog steeds geen bestuurstaak — maar dan geldt wel de zojuist behandelde bedenking over 'een rechter' die een beslissing neemt waaraan 'de rechtbank' niet is gebonden.

De huidige praktijk is, zoals gezegd, gegroeid zonder expliciete wettelijke basis. De bevoegdheid om een verzoek om een pre-pack al dan niet te honoreren, is dan ook in hoge mate discretionair. De verzoeker heeft niet eens recht op een beslissing.¹⁰⁷

De beslissing op een verzoek speelt zich evenwel niet helemaal in het luchtledige af. Het te verwachten faillissement werpt zijn schaduw vooruit. De pre-pack loopt daarop vooruit en de rechtbank zal haar beslissing afstemmen op het normenkader van het faillissement. De hiervoor aangehaalde beslissingen waarbij werd verwezen naar de gezamenlijke schuldeisers sluit daarbij aan. Het ligt, in het verlengde daarvan, niet voor de hand dat de rechtbank een pre-pack goedkeurt indien duidelijk is dat een doorstart niet tot de mogelijkheden behoort en er ook overigens geen voordelen zijn te verwachten tegenover de kosten die een pre-pack genereert. Naarmate de WCO I dichterbij komt, ligt het meer voor de hand dat de rechtbank op de inwerkingtreding daarvan anticipeert.

1.4.2 De WCO I

Het voorontwerp voor de WCO I biedt een summiere regeling. Volgens het voorontwerp wordt een titel IV toegevoegd aan de Faillissementswet, getiteld 'Aanwijzing van een beoogd curator of een beoogd bewindvoerder en een beoogd rechter-commissaris'. Volgens art. 363 lid 1 (ontwerp-)Fw 'kan' de rechtbank op verzoek van een schuldenaar 'een of meer personen aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld als curator of in geval van verlening van surseance van betaling als bewindvoerder'. Ook wordt een beoogd rechter-commissaris aangewezen.¹⁰⁸

Waar de rechtbank, zoals zojuist aan de orde kwam, naar huidig recht soms een verkapte, in algemene bewoordingen gestelde 'taakopdracht' geeft, gaat de concept-

106. Dit eerste lid luidt: 'Het bestuur is belast met de algemene leiding, de organisatie en de bedrijfsvoering van het gerecht. In het bijzonder draagt het bestuur zorg voor: a. automatisering en bestuurlijke informatievoorziening; b. de voorbereiding, vaststelling en uitvoering van de begroting; c. huisvesting en beveiliging; d. de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze van het gerecht daaronder begrepen de externe gerichtheid; e. personeelsaangelegenheden; f. overige materiële voorzieningen.'

107. Art. 5 Gw waarborgt het recht van petitie, maar niet meer dan dat.

108. Art. 367 lid 1 (ontwerp-)Fw.

MvT uit van de mogelijkheid van een ‘specifieke opdracht’ aan de beoogd curator, in de vorm van een voorwaarde bij de aanwijzing.¹⁰⁹ Als voorbeeld wordt genoemd de opdracht ‘om binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding te zoeken naar een andere potentiële koper van de levensvatbare delen van de onderneming’. Het ‘kan’ in art. 363 lid 1 (ontwerp-)Fw suggereert dat — net als onder het huidige recht — sprake is van een discretionaire bevoegdheid, maar dat is schijn. De tweede volzin van art. 363 lid 1 (ontwerp-)Fw geeft nadere criteria voor de beoordeling. Volgens deze bepaling dient de schuldenaar aannemelijk te maken dat:

- ‘a) met de aanwijzing het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers is gediend
- of
- b) belangen van maatschappelijke aard, zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers, gebaat is of zijn bij de aanwijzing.’

Wordt het een noch het ander aannemelijk, dan komt het verzoek kennelijk niet voor toewijzing in aanmerking. Daarenboven bepaalt het tweede lid imperatief:¹¹⁰

- ‘De rechtbank gaat over tot de aanwijzing als bedoeld in het eerste lid indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen dat zich een situatie voordoet als bedoeld in dat lid onder a of b.’

Kortom, onder het regime van het voorontwerp heeft de rechter geen discretionaire bevoegdheid meer. De schuldenaar heeft *recht* op een pre-pack als aan de voorwaarden is voldaan. Wel kunnen aan de aanwijzing voorwaarden worden verbonden, zoals een waardering door een onafhankelijke deskundige of een uitgewerkt plan.¹¹¹ Het valt niet te verwachten dat er ‘op de werkvloer’ veel verschil zal bestaan met de huidige praktijk — behalve in de arrondissementen die thans niet aan de pre-pack willen¹¹² — omdat (i) ook naar huidig recht de rechter zich zal richten naar (vooral) het belang van de gezamenlijke schuldeisers, en de maatschappelijke belangen, die, zoals hierna aan de orde komt, reeds decennia geleden hun intrede in het insolventierecht hebben gedaan; en (ii) het antwoord op de vraag of de belangen van de schuldeisers of de maatschappelijke belangen zijn gediend een waardering van de feiten vergt, op welk terrein de rechtbank een niet geringe beoordelingsvrijheid heeft.

Het eerste in art. 363 lid 1 (ontwerp-)Fw genoemde criterium wekt weinig verbazing. Het faillissement is naar zijn aard gericht op allereerst het belang van de gezamen-

109. P. 18. Kritisch hierover J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 387.

110. Zie ook de concept-MvT, p. 3: ‘De rechtbank zal [cursivering; FMJV] positief beslissen op het verzoek indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen dat voldaan is aan de voorwaarden voor de aanwijzing zoals genoemd in artikel 363 lid 1.’

111. Art. 363 lid 3 (ontwerp-)Fw. De voorbeelden worden genoemd op p. 18 van de concept-MvT.

112. Zie paragraaf 1.4.1.

lijke schuldeisers. Indien dan in het voortraject die belangen op voorhand door de aanstelling van een beoogd curator worden gediend, op verzoek van de schuldenaar zelf – die dus ook zijn eigen belang met de pre-pack ziet gediend – is er alle reden tot die aanstelling over te gaan. In de onder het huidige recht geïnitieerde pre-packs wordt wel naar dit belang verwezen.¹¹³

Het tweede criterium is opmerkelijker. Het is vaste rechtspraak dat belangen van maatschappelijke aard een rol spelen bij faillissement. De curator dient bij zijn beleid rekening te houden met deze belangen.¹¹⁴ Tot dusver werd in de rechtspraak verwezen naar economisch getinte belangen zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het desbetreffende bedrijf van de gefailleerde werkzaam waren, maar die omschrijving was niet limitatief.¹¹⁵ Het is derhalve geen breuk dat het voorontwerp ook het belang van ‘de openbare orde en veiligheid’ als maatschappelijke belangen noemt.

Tegen deze achtergrond valt te billijken dat deze maatschappelijke belangen een pre-pack kunnen rechtvaardigen. Maatschappelijke belangen kunnen door het gehele privaatrecht hun invloed hebben op private verhoudingen;¹¹⁶ daarvoor is te meer ruimte in het insolventierecht, dat van oudsher ook algemene belangen dient. Tekenend is dat het Openbaar Ministerie ‘om redenen van openbaar belang’ het faillissement van een schuldenaar kan aanvragen.¹¹⁷

Het valt niet in te zien waarom het problematisch zou zijn dat een pre-pack wordt geopend als slechts de bedoelde maatschappelijke belangen zijn gediend; dat wil zeggen, als het belang van de gezamenlijke schuldeisers daar indifferent tegenover staat. Het getuigt juist van een goede rechtsbedeling indien door een soepele overgang naar het faillissement maatschappelijke schade kan worden voorkomen. Men denke aan patiëntveiligheid die in gevaar zou kunnen komen indien een ziekenhuis van het ene moment op het andere in een faillissement zou geraken, met gevolgen voor tal van cruciale contracten of de bevoegdheden over medicijnen, medische apparatuur, enz.;¹¹⁸ of de stabiliteit van het elektriciteitsnetwerk, die niet gegarandeerd is indien een zeer grote producent of afnemer van elektriciteit niet handelt conform eerder ingediende energieprogramma's.

De in het oog springende vraag is natuurlijk of er plaats is voor een pre-pack indien het belang van de gezamenlijke schuldeisers er niet alleen indifferent tegenover staat maar wordt geschaad. Rechtvaardigt het maatschappelijk belang dan nog steeds een pre-pack? Naar heersende opvatting kunnen in het faillissementsrecht die belangen geen afbreuk doen aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.¹¹⁹

De tekst van art. 363 (ontwerp-)Fw opent wel de mogelijkheid van een pre-pack

113. Zie noot 94 en 95 hiervoor.

114. Zie HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*) en vgl. HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou*) en HR 19 december 2003, NJ 2004/293 (*Mobell*).

115. Zie voor de vraag of het behoud van nationaal cultuurbezit zo'n belang oplevert B. Wessels, 'Bescherming van het Fokker erfgoed als maatschappelijk belang?', *Tvl* 1997/6, p. 169-170.

116. Vgl. art. 3:12 BW.

117. Art. 1 lid 2 Fw.

118. Vgl. het faillissement van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis, waar de pre-pack mede ten doel had 'het beperken van maatschappelijke schade'. Zie noot 95.

119. Zie onder meer E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en Faillissement*, 1991, p. 236, C.M. van der Heijden, *Insolventie en rechtspersoon* (diss. Amsterdam), 1996, p. 27-31, F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg) 1998, p. 151-163 en B. Wessels, *Insolventierecht IV*, 2010, par. 4221-4224a.

indien de maatschappelijke belangen worden gediend ten detrimente van het belang van de gezamenlijke schuldeisers, schrijft dat zelfs dwingend voor.

Maar toch meen ik dat, zelfs ingeval het voorontwerp ongewijzigd tot wet wordt, het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de beslissing op een verzoek tot een pre-pack leidend is. Immers, de pre-pack loopt vooruit op het faillissement, sluit daarop aan, wijkt niet af van de normale faillissementsrechtelijke regels en beginselen. De beoogd curator neemt volgens art. 365 lid 1 (ontwerp-)Fw de taak van de curator tot uitgangspunt.¹²⁰ Het heeft weinig zin een pre-pack te openen en een beoogd curator aan te stellen om de maatschappelijke belangen te dienen, indien die beoogd curator met het oog op het belang van de gezamenlijke schuldeisers die maatschappelijke belangen niet *mag* dienen.

De grens lijkt mij kortom dezelfde te zijn als voor de behartiging van maatschappelijke belangen binnen faillissement: een pre-pack kan alleen ten koste van de gezamenlijke schuldeisers worden geopend indien het achterwege laten ervan de betrokken maatschappelijke belangen in een manifest onevenredige mate zou treffen.¹²¹

1.5 Aan de slag met de pre-pack

1.5.1 Het huidige recht

Naar huidig recht is de pre-pack een realiteit die niet bestaat. De Faillissementswet noch enige andere wet voorziet in een regeling. Strikt genomen, is het enige wat er geschiedt, dat vanwege de rechtbank de naam van een persoon wordt genoemd, die zij voornemens is als curator aan te stellen, alsmede die zij verwacht als rechter-commissaris te benoemen. In voorkomende gevallen gaat het noemen van de namen vergezeld met een doelomschrijving of een suggestie wat de betrokkenen 'zouden kunnen doen'.¹²²

Bij gebreke van een wettelijke regeling zullen de betrokkenen zelf een regeling moeten treffen. Daarbij is het uitgangspunt de het privaatrecht eigen partijautonomie c.q. contractvrijheid. Maar bij de invulling van die vrijheid zullen de partijen zich er rekenschap van geven en moeten geven dat de werkzaamheden van de beoogd curator voorsorteren op het faillissement, waarin de beoogd curator naar verwachting als curator zal worden aangesteld met alle verplichtingen en verantwoordelijkheden die dat meebrengt. De schuldenaar is per slot van rekening niet op zoek naar een (insolventie)advocaat of adviseur, wiens diensten heel wat gemakkelijker zijn te verkrijgen dan die van een beoogd curator. De beoogd curator kan zich van zijn kant niet committeren als advocaat of andersoortig adviseur van de schuldenaar, omdat hij zich daarmee zou diskwalificeren als curator, terwijl het hele doel van de exercitie juist is degene die als curator zal fungeren al in het voorstadium bij het faillissement te betrekken.

Hoe dit kan uitwerken, toont de 'modelovereenkomst stille bewindvoering' die door Tollenaar als bijlage bij een publicatie is gevoegd.¹²³ Volgens art. 1.1 heeft de

120. Zie paragraaf 1.5.2.

121. Vgl. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg) 1998, p. 151-163.

122. Zie paragraaf 1.4.1.

123. N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 212-213.

als ‘Stille Bewindvoerder’ aangeduide beoogd curator ‘louter tot taak om zich te laten informeren en zich een oordeel te vormen over de gang van zaken bij de Onderneming voorafgaande aan een eventueel verzoek tot faillietverklaring’ en ‘slaat [hij] daarbij uitsluitend acht op de belangen van de gezamenlijke crediteuren’. Daar wordt aan toegevoegd dat hij geen adviseur is, geen positie of bevoegdheden binnen de onderneming heeft en tegenover haar geen enkele verplichting heeft, behalve die tot geheimhouding (art. 1.2), dat hij geen aanwijzingen van de onderneming hoeft op te volgen (art. 1.3), dat hij informatie bij de onderneming kan opvragen en suggesties kan doen, maar dat ingeval de onderneming daar geen gevolg aan wenst te geven, de beoogd curator en de onderneming de overeenkomst kunnen beëindigen (art. 1.4). Benadrukt wordt dat de beoogd curator onafhankelijk is en dat de onderwerpelijke overeenkomst geen belemmering voor de aanstelling als curator oplevert (art. 1.5). Maar de onderneming is geenszins verplicht het faillissement aan te vragen of beperkt in haar vrijheid een oplossing buiten faillissement na te streven (art. 1.6).

De bepaling is sterk geënt op de concept-MvT bij het voorontwerp en regelt een ‘lichte’ beoogd curator — de, zoals het heet, ‘fly on the wall’ — die weinig meer doet dan kijken en luisteren en hooguit eens een suggestie doet.¹²⁴ Er staat mijns inziens niets aan in de weg dat de beoogd curator ‘steviger’ wordt neergezet en bijvoorbeeld een rol krijgt toegekend bij het voeren van onderhandelingen met een potentiële overnemer of financier, mits ook daarbij de belangen van de te constitueren gezamenlijkheid van schuldeisers vooropstaan.

De overeenkomst is niet de enige bron van verplichtingen. Men bedenke dat die overeenkomst als bron van verplichtingen *jegens de gezamenlijke schuldeisers* sowieso problematisch is. De verplichting in de zojuist genoemde modelovereenkomst ‘uitsluitend acht te slaan op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers’ is een verplichting jegens de schuldenaar. Leest men hierin een derdenbeding,¹²⁵ dan geldt nog steeds dat ‘de gezamenlijke schuldeisers’ ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog niet bestaan. En wanneer zij zoals bij de faillietverklaring wel als zodanig worden geconstitueerd, vormen zij naar heersende opvatting geen rechtspersoon, die het beding zou kunnen aanvaarden.

Wat daar van zij, de aanwijzing van de beoogd curator is op zichzelf van betekenis; overeenkomst of niet. Iemand die aan zo’n aanwijzing gevolg geeft en als zodanig gaat fungeren, neemt daarmee ook zonder overeenkomst een zekere rol op zich. Die rol loopt vooruit op — is een voorafschaduwning van — zijn verwachte aanstelling als curator en hetzelfde geldt voor zijn verantwoordelijkheden. Hij dient uit hoofde daarvan een zekere zorgvuldigheid jegens de belangen van die gezamenlijkheid in acht te nemen. Dit is niet anders dan invulling van de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, ‘gevoed’ door diens (uitvoering van de) aanwijzing als beoogd curator, al dan niet met een (verkapte) taakopdracht als hiervoor geschetst.¹²⁶ Deze wijze van invulling van de zorgvuldigheidsnorm is niet veel anders dan die voor de curator zelf, de zogenaamde ‘Maclou-norm’, volgens welke ‘de curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezet-

124. Zie paragraaf 1.5.2.

125. Deze lezing wordt in art. 3.2 van de bedoelde modelovereenkomst uitdrukkelijk uitgesloten.

126. Zie paragraaf 1.4.1.

heid en inzet verricht'.¹²⁷ Ook bij de curator gaan de verplichtingen verder dan die welke de Faillissementswet hem oplegt. Zo volgt uit *Maclou* zelf reeds dat op de curator de verplichting kan rusten individuele schuldeisers van het faillissement op de hoogte te stellen, een verplichting die de Faillissementswet niet kent. Niet alleen bestaan de onderwerpelijke verplichtingen, zoals gezegd, ook zonder overeenkomst, de overeenkomst kan daar ook niet aan afdoen. Een met de schuldenaar overeengekomen exoneration — zoals opgenomen in de bedoelde modelovereenkomst¹²⁸ — doet niet af aan de aansprakelijkheid die op de persoon van de beoogd curator kan rusten wegens zijn rol bij (het niet voorkomen van) een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden.

Hoe de rol van de beoogd curator ook is ingevuld, de pre-pack zal er vaak op gericht zijn te komen tot een verkoop van (een deel van) de onderneming. Denkbaar is dat wordt voorgesorteerd op een akkoord, waarmee de pre-pack meer zou lijken op het *pre-packaged reorganization plan* uit het Amerikaanse *Chapter 11*,¹²⁹ maar zo'n akkoord is in Nederland hoge uitzondering. Misschien dat de aangekondigde Wet Continuïteit Ondernemingen II, met een regeling voor een akkoord buiten insolventie,¹³⁰ daarin verandering brengt, maar daar valt niet meteen van uit te gaan. Het zal voorlopig veelal een verkoop van de onderneming *going concern* blijven. Ook als de beoogd curator de rol van 'fly on the wall' krijgt toebedeeld, zal zijn invloed realiter vaak groter zijn dan die de benaming suggereert. Want het is natuurlijk weliswaar een voordeel dat de beoogd curator zich al kan verdiepen in de onderneming en de voorstellen voor een doorstart of financiering — de 'minimum-variant' van de pre-pack — de schuldenaar en meer nog diens wederpartij zijn natuurlijk uit op een rechtsgeldige overeenkomst. Die zullen zij niet zelf kunnen sluiten, althans uitvoeren, zonder de voordelen te verliezen van het faillissement. Zij zullen op zoek zijn naar bevestiging van de beoogd curator dat hij de beoogde overeenkomst voor zijn rekening zal kunnen en willen nemen en zich richten naar diens suggesties.

Bij gebreke van een wettelijke regeling, kan de beoogd curator de boedel c.q. de curator evenwel niet binden, ook niet wanneer hij zelf als curator wordt aangesteld.¹³¹ Maar ook zonder juridische binding, zal een beoogd curator die zich heeft uitgesproken over een bepaalde overeenkomst of — al dan niet door het doen van 'suggesties' — die overeenkomst zelfs mede vorm heeft gegeven, niet als curator opeens een volledig andere mening ontwikkelen, althans niet zonder dat hem nieuwe informatie bereikt. Hetzelfde geldt voor een 'beoogd rechter-commissaris' die zich over een bepaalde kwestie heeft uitgesproken.

De verwachting dat de curator en rechter-commissaris zullen handelen zoals vóór de faillietverklaring aangegeven, zal veelal voldoende zekerheid bieden. Volledige zekerheid biedt dat niet, ook al niet omdat bijvoorbeeld een schuldeiser zich kan verzetten via een verzoek ex art. 69 Fw; althans in theorie; realiter is dat vaak uit-

127. HR 19 april 1996, NJ 1996/727.

128. Art. 3.1.

129. Zie paragraaf 1.2.1.

130. Zie hierover het preadvies van R.D. Vriesendorp.

131. Zie N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 209.

gesloten omdat alles al in kannen en kruiken is op het moment dat de schuldeisers van de desbetreffende transactie vernemen.¹³²

1.5.2 De WCO I

Wat voor wijzigingen brengt de WCO I?

Verrassend weinig. De pre-pack zal niet langer ‘een realiteit die niet bestaat’ zijn, maar een wettelijke regeling hebben. Maar die wettelijke regeling heeft weinig inhoud. Zij is bedoeld als een kaderregeling, die nadere invulling moet krijgen in de praktijk, waarvoor wordt verwezen naar Recofa, de organisatie van rechters-commissarissen in faillissementszaken.¹³³

Over wat de beoogd curator daadwerkelijk moet doen, is het voorontwerp rijkelijk vaag. Art. 365 lid 1 (ontwerp-)Fw bepaalt:

‘De beoogd curator (...) neemt bij zijn handelen steeds de taak van (...) de curator (...) als uitgangspunt.’

Hij verricht zijn taak, zo wordt toegelicht, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en richt zich niet op de belangen van een of meer bepaalde schuldeisers.¹³⁴ Daaruit wordt natuurlijk niet duidelijk wat dat ‘op de werkvloer’ betekent, te minder nu dat ‘handelen’ van de beoogd curator op cruciale punten verschilt van dat van de curator. De beoogd curator ontbeert de bevoegdheden van het faillissement, kan als zodanig de schuldenaar of ‘de boedel’ niet binden, beheert geen vermogen, vereffent geen vermogen, deelt niets uit, enz. Elders is de concept-MvT concreter:¹³⁵

‘De beoogd curator is geen adviseur van de onderneming, heeft geen betrekking of bevoegdheden binnen de onderneming en heeft aan de onderneming geen enkele verplichting, met uitzondering van de verplichting tot geheimhouding. Hij treedt ook niet op als toezichthouder. De beoogd curator heeft louter tot taak om mee te kijken, zich te (laten) informeren en zich een oordeel te vormen over de gang van zaken binnen de onderneming.’

Kortom, een minimale invulling van de taak van de beoogd curator: de beoogd curator als ‘fly on the wall’ die kijkt, luistert en zwijgt.

Wel kan de beoogd curator volgens de concept-MvT een ‘specifieke opdracht’ krijgen.¹³⁶ Deze is dan evenwel niet zozeer vormgegeven als een verplichting van de beoogd curator, maar als een voorwaarde voor de aanwijzing van de beoogd curator. Met andere woorden, de sanctie is dat de aanwijzing van de baan is en dat een ander als curator wordt aangesteld.

132. Een eenmaal rechtsgeldig door de curator gesloten overeenkomst kan niet langs de weg van art. 69 Fw worden ongedaan gemaakt. Zie HR 9 april 1943, NJ 1943/351 en HR 20 december 2013, NJ 2013/152 (*Zalco II*).

133. P. 5 concept-MvT.

134. P. 11 concept-MvT.

135. P. 4.

136. P. 18. Zie ook paragraaf 1.4.2.

Toch meen ik dat onder de WCO I de taak van de beoogd curator, ook zonder ‘specifieke opdracht’ een verdergaande invulling kan krijgen en doorgaans moet en zal krijgen. Van groter gewicht dan de zojuist geciteerde passage acht ik de uitwerking in de toelichting op art. 365 lid 1 (ontwerp-)Fw.¹³⁷

‘Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is dat in de fase voorafgaand aan een eventueel faillissement zodanig wordt gehandeld dat bij faillissement de vorderingen van alle schuldeisers voor een zo groot mogelijk gedeelte kunnen worden voldaan.’

Kijken, luisteren en zwijgen, schieten tekort als de schuldenaar afstevent op een resultaat dat de gezamenlijke schuldeisers schaadt en praten, suggereren, overtuigen, flemen of dreigen, de schuldenaar op een profijtelijker koers kan zetten.¹³⁸ Het is dan niet per se voldoende dat hij als curator het onderhandelingsresultaat naast zich neerlegt of zelfs zijn functie als beoogd curator neerlegt. Degene die dan als curator wordt aangesteld, staat immers weer op punt nul. De voordelen van de pre-pack worden (ook) de schuldeisers onthouden terwijl de met de pre-pack gemoeide kosten wel voor hun rekening komen. De beoogd curator is niet slechts ‘fly on the wall’ maar ook ‘luis in de pels’ of zelfs ‘horzel’.

Los daarvan, ongetwijfeld zullen schuldenaren en hun wederpartijen weinig waarde hechten aan een overeenkomst die de curator naast zich neerlegt. Zij zullen de beoogd curator een standpunt proberen te ontlokken. Op dat punt biedt het voorontwerp wél iets nieuws. Kan de beoogd curator naar huidig recht de curator niet binden, volgens art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw kan de beoogd curator op verzoek van de schuldenaar een verklaring afleggen over bijvoorbeeld de vraag of ‘verwacht mag worden’ dat de curator een bepaalde transactie niet zal vernietigen op grond van de Pauliana of onder welke voorwaarden hij goederen zal vervreemden. Een dergelijke verklaring zou de curator volgens de concept-MvT in beginsel binden, maar het is de vraag of dat standhoudt.¹³⁹ De eveneens aangewezen beoogd rechter-commissaris kan dan weer op verzoek van de beoogd curator ‘van zijn zienswijze doen blijken’ over de desbetreffende verklaring, maar een juridische binding van de rechter-commissaris aan die zienswijze lijkt niet beoogd.¹⁴⁰

Het belang van de vraag naar de juridische binding van de curator of rechter-commissaris moet niet worden overschat; er zijn weinig aanwijzingen dat de huidige praktijk op dit punt tekortschiet.¹⁴¹

1.6 Het eindspel

1.6.1 Het huidige recht

De pre-pack zal doorgaans eindigen in het faillissement. De pre-pack sorteert immers voor op een faillissement. Niettemin is het geen automatisme dat het faillissement

137. P. 11 concept-MvT.

138. Vgl. J.V. Maduro, ‘Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?’, *FTP* 2013, p. 281. Zie nader paragraaf 1.8.3.

139. Zie paragraaf 1.8.2.

140. Art. 367 lid 2 (ontwerp-)Fw.

141. Zie paragraaf 1.5.1 en 1.8.2.

wordt uitgesproken. Indien het mogelijk blijkt de financiële problemen zonder een faillissement tot een oplossing te brengen, heeft dat de voorkeur. De beoogd curator kan daar een rol in spelen. Indien de beoogd curator bijvoorbeeld aangeeft niet te voelen voor een voorgestelde 'intraconcern' overdracht, kan dat een prikkel zijn voor het concern additionele middelen beschikbaar te stellen om het voortbestaan van de schuldenaar te verzekeren.

Voorts is denkbaar — maar niet waarschijnlijk — dat de conclusie wordt bereikt dat een surseance van betaling voldoende is om tot een herstructurering te komen; ook als aanvankelijk om aanwijzing van een beoogd curator in plaats van een beoogd bewindvoerder is verzocht.¹⁴²

Komt er een faillissement noch een surseance van betaling, dan sterft de pre-pack in schoonheid. Het door de rechtbank uitgesproken voornemen de beoogd curator als curator aan te stellen, krijgt geen vervolg. De beoogd curator wordt bedankt (en betaald) voor zijn diensten. Allen gaan huns weegs. Dit is de best mogelijke uitkomst. Het kan door de beoogd curator als wrang worden ervaren dat juist in dat geval niemand zal weten van dit succes, behalve wellicht de rechtbank.

Veelal zal de toestand van de schuldenaar zodanig zijn dat het faillissement op relatief korte termijn volgt. Hoewel er strikt genomen geen verplichting bestaat de beoogd curator als curator aan te stellen — per slot van rekening is er niets anders gebeurd dan dat de rechtbank een voornemen heeft uitgesproken — zal de normale situatie zijn dat de beoogd curator inderdaad curator wordt. Het betreft de essentie van de pre-pack; met de aanstelling van een ander gaan de voordelen van de pre-pack verloren en zijn de daarmee gemoeide kosten voor niets geweest.

Het een en ander geldt mutatis mutandis voor de beoogd rechter-commissaris die in de regel als rechter-commissaris zal worden benoemd.

Is het faillissement eenmaal uitgesproken dan onderscheidt het zich weinig van een faillissement dat niet vooraf is gegaan door een pre-pack. De curator heeft dezelfde taak en bevoegdheden. Het verschil is slechts dat hij voorkennis heeft van de onderneming en de plannen c.q. onderhandelingsresultaten. Hij kan sneller en beter beslissingen nemen. Dat betekent mijns inziens — in zoverre heeft de voorafgaande pre-pack wel invloed — dat de lat voor de curator hoger ligt. De tijdsdruk is immers minder. Die tijdsdruk is een van de omstandigheden die de nogal soepele zorgvuldigheidsnorm uit *Maclou* kan verklaren: in een tussenzin in het arrest wordt gerefereerd aan de omstandigheid dat de beslissingen van de curator 'vaak geen uitstel kunnen lijden'.¹⁴³

Hiervoor kwam al aan de orde dat de curator naar huidig recht niet gebonden is aan zijn uitlatingen als beoogd curator. Hij is vrij het door de schuldenaar bereikte onderhandelingsresultaat over te nemen, om dat resultaat als basis voor verdere onderhandelingen te gebruiken of om het geheel naast zich neer te leggen, bijvoorbeeld omdat hem een beter bod is gedaan. Het ligt in de lijn der verwachting dat de curator vaker dan niet met de 'opgelijnde' doorstarter in zee zal gaan en het onderhandelingsresultaat zal overnemen, zeker indien hij daaraan actief mede vorm heeft gegeven. Het is immers tot stand gekomen in gunstiger omstandigheden dan waarin hijzelf na de faillietklaring verkeert. Maar dat kan natuurlijk anders

142. Zie J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 386-387.

143. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727. Dat de *Maclou*-norm nogal mild uitpakt, ook in haar toepassing, blijkt ook uit HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515 (*X./Gips*).

zijn in het – vermoedelijk nogal onwaarschijnlijke – geval dat de schuldenaar de suggesties van de beoogd curator in de wind heeft geslagen of er bij diens aantreden als beoogd curator al een kant-en-klare ‘deal’ lag die onder bedenkelijke omstandigheden tot stand was gekomen.

Goed gebruik is dat de curator kort na diens aanstelling verslag uitbrengt van de gebeurtenissen gedurende de pre-pack.¹⁴⁴ Dat is een belangrijk voordeel van de pre-pack en draagt bij aan het maatschappelijk draagvlak ervoor. Het verslag geeft in zekere mate de transparantie aan de pre-pack, die zonder pre-pack volledig ontbreekt. Reële, directe invloed zullen de schuldeisers aan dat verslag niet kunnen ontlenen. De snelheid van handelen waartoe de pre-pack de curator in staat stelt, is fenomenaal. Binnen uren kan de doorstart geregeld zijn. De schuldeisers hebben het nakijken. Dit laatste blijft een zwak punt van het huidige faillissement, met of zonder pre-pack.

1.6.2 De WCO I

De WCO I zal in dit alles weinig wijziging brengen. Evenmin als thans zal het een automatisme zijn dat de pre-pack eindigt in een faillissement. Slaagt de schuldenaar erin de problemen buiten faillissement op te lossen, dan wordt de beoogd curator nimmer curator. De beoogd curator wordt obsoleet: met het faillissement afgewend, is het duidelijk dat er geen gezamenlijkheid van schuldeisers komt, voor wier belangen hij moet waken.

In sommige gevallen zal er een duidelijk eindpunt zijn aan zijn verantwoordelijkheden, te weten indien de rechtbank aan zijn aanwijzing een termijn ex art. 363 lid 3 (ontwerp-)Fw heeft verbonden (en die termijn niet wordt verlengd). Zonder zo’n termijn ligt het voor de hand dat de beoogd curator de rechtbank ex art. 364 lid 1 (ontwerp-)Fw vraagt van zijn taken te worden ontheven. Het zal immers niet altijd zeker zijn dat een faillissement daadwerkelijk uitblijft en de beoogd curator heeft belang bij duidelijkheid over het eindigen van de verantwoordelijkheden voortvloeiend uit zijn wettelijke taak. Mocht het reddingsplan buiten faillissement alsnog mislukken, dan zal hij niet in een positie willen verkeren dat een betrokkene zich op het standpunt kan stellen dat hij ook na het tot stand komen of het implementeren van het reddingsplan voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers moest blijven waken.

Wordt het faillissement wel uitgesproken, dan zal in de regel de beoogd curator als curator worden aangesteld. Dat ligt om dezelfde redenen voor de hand als hiervoor geschetst, maar is ook neergelegd in art. 14a (ontwerp-)Fw:

‘Indien aan de faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator als bedoeld in artikel 363 en een beoogd rechter-commissaris als bedoeld

144. Zie bijvoorbeeld de verslagen inzake de *Schoenenreus* (<http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=01.obr.13.80.F.V.01>), *Heiploeg* (www.dorhout.nl/downloads/Verslag_stille_bewindvoering.20140204.PDF), de *Speelwerk Groep* (www.dehaanlaw.nl/attachments/article/92343/Verslag%201%20Speelwerkgroep.pdf), *Estro* (www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro_stille_bewindvoering_.pdf) en *Neckermann* (<http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=02.zwb.14.458.F.V.01>) en <http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=02.zwb.14.458.F.V.02>), alle laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014. Komt er geen faillissement, dan zal van zo’n verslag geen sprake zijn. Het ligt dan wel voor de hand dat de rechtbank, al dan niet via de beoogd rechter-commissaris, op de hoogte van de ontwikkelingen wordt gesteld.

in artikel 367 vooraf is gegaan, stelt de rechtbank de aangewezen persoon of personen aan als curator en benoemt zij het aangewezen lid van haar rechtbank als rechter-commissaris in het faillissement, tenzij de rechtbank gewichtige redenen aanwezig acht om een andere curator aan te stellen dan wel een andere rechter-commissaris te benoemen.’

Met de eis van ‘gewichtige redenen’ wordt beoogd dat terughoudend gebruik van deze mogelijkheid wordt gemaakt.¹⁴⁵ De voordelen van de pre-pack gaan immers verloren indien een ander dan de beoogd curator als curator wordt aangesteld. De concept-MvT geeft slechts het voorbeeld van een vertrouwensbreuk tussen schuldenaar en beoogd curator.¹⁴⁶ Het komt mij evenwel voor dat ingeval die vertrouwensbreuk er nog niet toe heeft geleid dat de beoogd curator eerder van diens taak is ontheven en de nood kennelijk toch zo hoog is dat het faillissement wordt uitgesproken – zonder dat eerst een nieuwe beoogd curator is aangewezen – er niet snel sprake zal zijn van een voldoende ‘gewichtige reden’. Daargelaten of een harmonieuze verhouding met de schuldenaar voor de beoogd curator cruciaal is,¹⁴⁷ voor de curator is zij geen noodzakelijkheid. De minder dan harmonieuze verhouding tussen beoogd curator en schuldenaar is niet per se prohibitief voor de aanstelling van de beoogd curator als curator. Bepalend is allereerst het belang van de gezamenlijke schuldeisers en dat kan zeer wel beter zijn gediend met een ingewerkte curator die een gespannen verhouding met de schuldenaar heeft dan met een onvoorbereide curator van wie nog moet blijken wat diens verhouding met de gefailleerde zal zijn.

Men bedenke voorts dat het geven van de mogelijkheid aan de schuldenaar om de aanstelling van de beoogd curator als curator te verhinderen door de vertrouwenskwesctie te stellen – wat neerkomt op het toekennen van een ‘quasi-vetorecht’ – tot onwenselijke prikkels leidt. Een faillissement van enige omvang is een begeerlijk iets voor een (beoogd) curator. Hij kan in de verleiding komen om teneinde de vrede te bewaren te veel aan de schuldenaar tegemoet te komen, opdat het faillissement hem niet voorbij gaat. Nu mogen we verwachten dat onze curatoren de rug recht houden, maar het lijkt mij toch beter hen niet bloot te stellen aan dergelijke prikkels en niet in het systeem ‘in te bakken’ dat een curator die weerstand biedt aan de schuldenaar wordt ‘gestraft’ door hem niet als curator aan te stellen. In het voorontwerp is de verslagleggingsverplichting van de beoogd curator geëxpliciteerd. Indien de beoogd curator van zijn taak is ontheven, brengt hij volgens art. 364 lid 3 (ontwerp-)Fw ‘onverwijld verslag uit van zijn bevindingen in de periode vanaf de aanwijzing, bedoeld in artikel 363, eerste lid, tot aan het moment waarop hij van zijn taak ontheven werd’. Het wordt (kosteloos) gedeponneerd ter griffie, ter (kosteloze) inzage van een ieder, ‘maar niet dan nadat de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard of hem surseance van betaling is verleend’. Komt het tot een faillissement, dan zijn de schuldeisers (beter dan zonder pre-pack) in staat zich een oordeel te vormen over de gang van zaken in de periode vóór de faillietverkla-

145. P. 14-15 concept-MvT.

146. P. 15.

147. Een ontkennende beantwoording van deze vraag ligt besloten in de reactie van Boels Zanders Advocaten op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_onderningen_i/reactie/6341ae64-1034-4005-999d-f67afa041447 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

ring. Komt het niet tot een faillissement (of surseance) dan kunnen schuldeisers er geen kennis van nemen, maar in dat geval komt de schuldenaar niet te verkeren in de staat van te hebben opgehouden te betalen.

Niet geheel duidelijk is of het verslag alsnog ter inzage komt indien de schuldenaar op een (veel) later moment alsnog in faillissement komt te verkeren. Naar de letter genomen, is dat het geval. Daar lijkt mij ook wel grond voor te zijn omdat de ratio van de geheimhouding — het besloten karakter van de pre-pack¹⁴⁸ — dan niet meer speelt. De financiële problemen zijn dan sowieso bekend en het belang van de schuldenaar op vertrouwelijkheid weegt dan niet meer op tegen het belang van schuldeisers en andere betrokkenen om te beoordelen of de gebeurtenissen gedurende de pre-pack relevantie hebben voor (de afwikkeling van) de inmiddels geopende insolventieprocedure.

DEEL III. DE POSITIE VAN DE BETROKKENEN BIJ DE PRE-PACK

1.7 De schuldenaar

Hoofdpersoon in de pre-pack is de schuldenaar. Zonder verzoek zijnerzijds komt er geen pre-pack. Gedurende de pre-pack is hij 'dominus litis'. Hij gaat de transacties aan die hij nuttig of nodig oordeelt. Hij blijft beheers- en beschikkingsbevoegd. Hij besluit ook of de pre-pack eindigt in een faillissement of dat het blijft bij transacties buiten faillissement, uiteraard binnen de grenzen van het mogelijke: schuldeisers die onvoldaan blijven, kunnen de plannen van de schuldenaar natuurlijk doorkruisen, onder meer door zelf het faillissement aan te vragen of door zekerheden uit te winnen. Dit alles geldt zowel naar huidig recht als onder vigeur van de WCO I. De aanwijzing van een beoogd curator (en een beoogd rechter-commissaris) doet aan dat alles niet af. In ieder geval in de opzet van het voorontwerp, speelt de beoogd curator een passieve rol en treedt hij slechts op initiatief van de schuldenaar naar voren en naar buiten. Hij laat zich bijvoorbeeld slechts op verzoek van de schuldenaar ex art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw uit over de hem voorgelegde kwesties. Het voorontwerp gaat daarbij uit van het harmoniemodel. De concept-MvT merkt op:¹⁴⁹

‘(...) dat van belang is dat er steeds sprake is van een harmonieuze omgang tussen de beoogd curator en de schuldenaar. Is dit niet (langer) het geval, dan ligt het in de rede dat de beoogd curator zijn taak neerlegt.’

De schuldenaar kan de rechtbank vragen de beoogd curator van diens taken te ontheffen.¹⁵⁰ Uit de zojuist geciteerde passage begrijp ik dat de idee is dat dit verzoek in de regel wordt ingewilligd.

Deze ‘lichte’ voor de schuldenaar weinig belastende regeling voordat sprake is van een reguliere insolventieprocedure past in de internationale ontwikkelingen. De Franse *mandataire ad hoc* en de *conciliateur* doen evenmin af aan de bevoegdheden van de schuldenaar en op verzoek van de schuldenaar wordt de *mandataire ad hoc*

148. Zie onder meer p. 5 en 15 concept-MvT.

149. P. 4.

150. Art. 364 (ontwerp-)Fw.

‘de laan uit gestuurd’ en de *procédure de conciliation* beëindigd.¹⁵¹ In het Verenigd Koninkrijk kan de schuldenaar (of zekerheidsgerechtigde) zelf zijn *administrator* kiezen en in de voorfase betrekken zonder verlies van bevoegdheden.¹⁵² In de Verenigde Staten behoudt de schuldenaar als ‘debtor in possession’ zelf de regie, ook in de reguliere *Chapter 11*-procedure, als stimulans om tijdig maatregelen te nemen.¹⁵³

Is de schuldenaar in het voorontwerp ‘op papier’ oppermachtig, realiter zal zijn positie minder florissant zijn. Zijn macht wordt beperkt door zijn financiële mogelijkheden. Hij is alleen oppermachtig in zoverre hij erin slaagt de onderneming zelfstandig te herstructureren, zonder de faciliteiten die het faillissement hem biedt. Maar de schuldenaar zal niet voor niets een pre-pack hebben verzocht. Ten minste zal hij er ernstig rekening mee houden dat de herstructurering via het faillissement zal lopen. Dikwijls zal dat juist het doel zijn van de pre-pack.

Dit brengt mee dat hij afhankelijk is van de medewerking van de curator, zodat hij terdege rekening moet houden met de opvattingen van de beoogd curator. Het vormgeven aan een transactie die na de faillietverklaring niet wordt gefinaliseerd of uitgevoerd, helpt hem niet. Het is voorts weinig aantrekkelijk vóór het faillissement een transactie aan te gaan, waarvan de beoogd curator al heeft laten weten dat hij die paulianeus acht en zal (proberen te) vernietigen. Dit gegeven zal voldoende zijn om de meeste wederpartijen op voorhand te laten afhaken.

Het ‘ontslaan’ van de beoogd curator — dat wil zeggen: het aansturen op diens ontheffing van diens taken door de rechtbank — lost het probleem niet op.¹⁵⁴ Alereerst moet hij maar afwachten of een eventuele nieuwe beoogd curator er anders over denkt dan de oorspronkelijke beoogd curator. Voorts ruimt de beoogd rechter-commissaris niet het veld met de beoogd curator en ongetwijfeld zal hij geïnteresseerd zijn in de achtergronden van het conflict en de opvatting van de oorspronkelijke beoogd curator daarover. Bovendien deponeert de beoogd curator die van zijn taak is ontheven een verslag van zijn bevindingen ter griffie.¹⁵⁵ Dat verslag is vertrouwelijk maar indien het faillissement wordt uitgesproken — en dat is waarschijnlijk waar de schuldenaar de faciliteiten van het faillissement nodig heeft voor de herstructurering — ligt dat verslag ter kosteloze inzage van eenieder en neemt degene die als curator wordt aangesteld daar kennis van.

Kortom, de aanwijzing van een beoogd curator is geenszins vrijblijvend. Hij blijft een onafhankelijke en onpartijdige door de rechtbank aangewezen deskundige aan wiens oordeel — dat in de regel aan iedereen bekend zal kunnen zijn — gewicht wordt toegekend.

Om al deze redenen zal de machtsbalans aanmerkelijk meer richting beoogd curator liggen dan de ‘letters op papier’ suggereren. Afhankelijk van de omstandigheden zal de schuldenaar verre van almachtig zijn en valt geenszins uit te sluiten dat de beoogd curator de regie voert.

151. Zie art. R611-21 resp. art. R611-37 Code de Commerce.

152. Zie paragraaf 1.2.2.

153. Zie 11 USC § 1101 (1) jo. § 1107(1). Vgl. House Report no. 95-595, p. 6191: ‘Proposed Chapter 11 recognizes the need for the debtor to remain in control to some degree, or else debtors will avoid the reorganization provisions in the bill until it would be too late for them to be an effective remedy.’

154. Al geeft het de schuldenaar wel een — oneigenlijk — pressiemiddel, voor zover een vertrouwensbreuk in de weg staat aan de aanstelling van de beoogd curator als curator. Ik verwijs naar paragraaf 1.6.2 en het daar genoemde voorbeeld uit de concept-MvT.

155. Zie paragraaf 1.5.2.

1.8 De beoogd curator

1.8.1 De rechtspositie van de beoogd curator

Over de positie van de beoogd curator kan ik kort zijn; zijn taak kwam hiervoor in paragraaf 1.5 al aan de orde. Hij is geen adviseur van de schuldenaar, noch is hij toezichthouder. Zijn rol en taak zijn een voorafschaduw van die van de curator. Naar huidig recht wordt dit vormgegeven door een met de schuldenaar te sluiten overeenkomst en de maatschappelijke zorgvuldigheid die betaamt in de functie die hij heeft aanvaard. Naar komend recht biedt art. 365 lid 1 (ontwerp)-Fw een wettelijke basis.

Diens positie is uniek binnen de onderzochte rechtsstelsels. In het Verenigd Koninkrijk kan de ‘beoogd *administrator*’ (én de *administrator*) zonder rechterlijke betrokkenheid worden aangesteld en ontbreekt een wettelijke basis.¹⁵⁶ In Frankrijk heeft de *conciliateur* vooral een rol bij het tot stand brengen van een akkoord, al zij het dat hij sinds 1 juli 2014 de opdracht kan krijgen een overdracht van een (deel van de) onderneming voor te bereiden.¹⁵⁷ In het Amerikaanse *Chapter 11* is in de regel überhaupt geen sprake van een met de curator vergelijkbare functionaris, laat staan in de voorfase.¹⁵⁸

De concept-MvT betreft de taak van de beoogd curator vooral op de gezamenlijke schuldeisers, hetgeen strookt met het gegeven dat voor de curator in faillissement het belang van de gezamenlijke schuldeisers vooropstaat. Maar het is toch wat ingewikkelder dan dat. Immers, er zijn ten tijde van de pre-pack nog geen gezamenlijke schuldeisers, omdat de schuldeisers eerst met het uitspreken van een faillissement in een gezamenlijkheid worden verenigd. Het is ook niet *per se* zo dat de pre-pack eindigt in een faillissement. Komt er wel een faillissement, dan staat het belang van de gezamenlijke schuldeisers voor de curator wel voorop, maar zijn er wel degelijk ook andere belangen waar hij rekening mee moet houden. Hij moet ook waken voor de belangen van de schuldenaar,¹⁵⁹ alsmede rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.¹⁶⁰

Hoewel de concept-MvT er veel werk van maakt dat de beoogd curator generlei verplichting jegens de schuldenaar heeft, brengt de taakstelling in art. 365 lid 1 (ontwerp)-Fw zo’n verplichting wel in beeld. Maar natuurlijk is die van andere aard dan die welke voortvloeit uit een adviseurschap of iets dergelijks. Die verplichting valt evenmin helemaal samen met die van de curator. Immers, anders dan in faillissement beheert de beoogd curator niet het vermogen van de schuldenaar en blijft de schuldenaar zelf beschikkingsbevoegd en in staat voor zijn belangen te waken. De ratio van de taak van de curator tegenover de schuldenaar – diens vermogen wordt beheerd en bij de executie daarvan moeten de schuldeisers rekening houden met diens belangen, hetgeen door tussenkomst van de curator wordt ge-

156. Wel wordt hem in het SIP 16 (onder 3) op het hart gedrukt dat hij in verschillende rollen met verschillende verantwoordelijkheden optreedt: ‘An insolvency practitioner should differentiate clearly the roles that are associated with an administration that involves a pre-packaged sale (that is, the provision of advice to the company before any formal appointment and the functions and responsibilities of the administrator).’

157. Zie paragraaf 1.2.3.

158. Zie noot 153.

159. HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Veluwe Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

160. Zie vooral HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*).

waarborgd¹⁶¹ – gaat niet op bij de pre-pack. Waar in faillissement de schuldenaar de curator aansprakelijk kan houden indien deze laatste een activum onder de prijs vervreemdt, is het gedurende de pre-pack de schuldenaar zelf die ervoor kiest activa te verkopen. Indien de schuldenaar een ongunstige transactie sluit, kan hij daar niet de beoogd curator op aanspreken, ook niet indien deze laatste zich positief over die transactie heeft uitgelaten. Het zullen eerder de schuldeisers zijn die zich kunnen beklagen indien de beoogd curator zo'n ongunstige transactie onderschrijft en als curator uitvoert.

Maar toch zijn er omstandigheden waarin de beoogd curator ook door de schuldenaar verantwoordelijk kan worden gehouden. Zoals bijvoorbeeld in het spiegelbeeldige geval van zojuist: de beoogd curator die een gunstige door de schuldenaar voorbereide transactie op onterechte gronden frustreert, bijvoorbeeld door aan te geven dat hij die als curator zal afwijzen. Indien de transactie daardoor afketst en de beoogd curator later als curator met een ongunstiger transactie of een liquidatie genoeg moet nemen, kan de conclusie zijn dat hij de belangen heeft geschaad waarvoor hij als curator én als beoogd curator moet opkomen: de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar ook die van de schuldenaar en bij de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard.

Om de positie van de beoogd curator in één zin te schetsen: de beoogd curator waakt voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij de te verwachten vereffening van het vermogen van de schuldenaar, met inachtneming van de belangen van die schuldenaar en die van maatschappelijke aard.

1.8.2 Bindt de beoogd curator de curator?

Is de beoogd curator naar huidig recht ongeregeld en kan hij derhalve de curator niet binden, zoals al aangestipt, kan de beoogd curator volgens art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw:

‘(...) indien de schuldenaar daarom vraagt, onder meer verklaren:

- a. dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten in het kader van de normale bedrijfsvoering of ter aflossing van de schulden, na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op grond van de artikelen 42 tot en met 47;
- b. onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden op basis van artikel 101, eerste lid, en
- c. welke voorbereidingen zouden kunnen worden getroffen om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen.’

Nergens in het voorontwerp staat dat deze verklaring bindend is voor de curator. Dat lijkt wel de bedoeling te zijn. De concept-MvT vermeldt:¹⁶²

161. Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), 1998, p. 140-142.

162. P. 24.

‘Indien de beoogd curator — na daartoe gevraagd te zijn door de schuldenaar — verklaart dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator de verstrekking van de zekerheden na een eventuele faillietverklaring niet door middel van een actio pauliana zal vernietigen, geeft dit de schuldenaar en de verstrekker van het noodkrediet de gewenste zekerheid.’

Die verklaring is bedoeld als ‘in beginsel bindend’, ook als een ander dan de beoogd curator als curator wordt aangesteld.¹⁶³ Dat zou (slechts?) anders zijn indien de beoogd curator de verklaring heeft gegeven op basis van inadequate informatie.¹⁶⁴ Het voorontwerp zou aldus de schuldenaar en diens wederpartij meer zekerheid bieden dan het huidige recht, maar dat is dan ook meteen een van de meest bekritiseerde onderdelen van het voorontwerp. Ferm is de Raad voor de rechtspraak, die het voor ‘onmogelijk’ houdt dat de curator is gebonden aan beslissingen van de beoogd curator.¹⁶⁵ Ik moet zeggen dat ik niet kan volgen waarom de wetgever dat niet zou *kunnen* bepalen; een opvolgend curator is per slot van rekening ook gebonden aan de beslissingen van zijn voorganger. Een andere vraag is of dit in het voorontwerp ook is bepaald. Ik zou menen — misschien is dat de strekking van de opmerking van de Raad voor de rechtspraak — dat een dergelijke ingrijpend rechtsgevolg expliciet in de wet dient te worden neergelegd en dat een opmerking in de toelichting niet volstaat.

Een nadere doordenking is op zijn plaats. Als het erom gaat zekerheid te bieden, waarom dan de beperking tot ‘de normale bedrijfsuitoefening’ of ‘ter aflossing van de schulden’? En waarom de beperking tot de actio Pauliana? De herstructurering die vaak het doel zal zijn van een pre-pack zal toch vaak gepaard gaan met rechtshandelingen die buiten de normale bedrijfsuitoefening liggen en ook onzekerheid oproepen bij de toepassing van andere leerstukken dan de actio Pauliana. Of is met de woorden ‘onder meer’ in de aanhef van de bepaling bedoeld dat de opsomming niet limitatief is,¹⁶⁶ in welk geval de detaillering van de opsomming bevreemdt?

En belangrijker, moeten we willen dat de beoogd curator de schuldenaar en diens wederpartij zekerheid biedt? Het bieden van die zekerheid heeft een prijs. Die prijs is dat andere handelwijzen voor de curator worden afgesneden, althans bemoeilijkt. Een beoogd curator die (zichzelf als) de curator bindt door bijvoorbeeld te verklaren dat te verwachten valt dat de curator een uitonderhandelde overdracht zal uitvoeren of een overeengekomen financiering met zekerheidsverschaffing niet paulianeus zal achten, verhindert daarmee, tenminste tot op zekere hoogte, dat de curator op een na de faillietverklaring gedaan aanbod ingaat of tot andere inzichten komt over het instellen van de faillissementspauliana. Op zichzelf is daar niets mis mee — de beslissing moet op enig moment worden genomen — maar het is de

163. P. 22 concept-MvT.

164. P. 26-27 concept-MvT.

165. Op p. 11 van diens advies van 5 februari 2014 van de Raad voor de rechtspraak, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Wetgevingsadviezen2014/2014-05-Advies-wetsvoorstel-Wet-continuïteit-ondernemingen-I.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

166. In deze zin J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 388.

vraag of de omstandigheden ‘in de snelkookpan’ vóór de faillietverklaring optimaal zijn voor het nemen van een doortimmerde beslissing.¹⁶⁷

Kiest men in het uiteindelijke wetsvoorstel toch voor de mogelijkheid dat de beoogd curator zekerheid biedt, dan vergt dat een nadere doordenking van de verhouding tot de rechter-commissaris. Deze laatste houdt toezicht op de curator en moet bijvoorbeeld een activatransactie door de curator goedkeuren.¹⁶⁸ Een rechter-commissaris is er ten tijde van de pre-pack nog niet, maar er is wel een ‘beoogd rechter-commissaris’,¹⁶⁹ die, daartoe door de beoogd curator gevraagd, ‘van zijn zienswijze [kan] doen blijken’.¹⁷⁰ Maar voorontwerp noch toelichting bepaalt dat de rechter-commissaris gebonden zal zijn aan de ‘zienswijze’ van de beoogd rechter-commissaris.¹⁷¹

Nu zal onder de WCO I de psychische gesteldheid van de curator en de rechter-commissaris niet veranderen, zodat niet valt te verwachten — juridische binding of niet — dat de curator of rechter-commissaris een ander standpunt inneemt dan hij als beoogd curator respectievelijk beoogd rechter-commissaris heeft geuit.¹⁷²

En onder de WCO I blijft, net als onder het huidige recht, de mogelijkheid dat de plannen van de schuldenaar, diens wederpartij, (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris worden doorkruist door een door een schuldeiser ondernomen actie.

1.8.3 De beoogd curator aan de slag

In het voorontwerp met concept-MvT wordt de beoogd curator nogal passief neergezet — het model van de ‘fly on the wall’ — maar hiervoor in paragraaf 1.5.2 kwam al aan de orde dat zijn rol in de praktijk actiever kan en vaak moet zijn. Leidend is het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Het rust op zijn schouders om de nadelen die aan de pre-pack kleven — het gebrek aan transparantie en de negatieve gevolgen die dat kan hebben voor de prijsvorming — te redresseren. Hij moet zijn niet geringe macht aanwenden om te bevorderen dat adequate taxaties aanwezig zijn, dat voldoende vraag wordt aangeboord, dat kandidaten voldoende informatie krijgen opdat wordt voorkomen dat de prijs onnodig wordt gedrukt doordat onzekerheden in de hoogte van het bod worden verdisconteerd en ‘insiders’

167. Zie ook het advies d.d. 5 februari 2014 van de Raad voor de rechtspraak, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Wetgevingsadviezen2014/2014-05-Advies-wetsvoorstel-Wet-continuïteit-ondernemingen-I.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), alsmede J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 388 die bepleit dat de curator bij een wijziging van omstandigheden van zijn verklaring moet kunnen afwijken, bijvoorbeeld in geval van een ‘aanmerkelijk gunstiger’ bod. Zonder juridische binding is er al genoeg reden tot zorg of de in de voorfase betrokken curator voldoende kritisch is. Vgl. Peter Walton, ‘When is pre-packaged administration appropriate? — a theoretical consideration’, (2011) 20 *Nott L.J.* 1, p. 4: ‘It is a criticism of the way pre-packs operate that potential actions for transaction avoidance or wrongful trading are not always fully considered by the pre-pack administrator.’

168. Zie art. 64 resp. 176 (jo. art. 101) Fw.

169. Art. 367 lid 1 (ontwerp)-Fw.

170. Art. 367 lid 2 (ontwerp)-Fw.

171. Zie de reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken d.d. 20 januari 2014, p. 3-4, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i/reactie/a87d38ac-5513-40f0-96a6-96bcaefa54b9 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

172. Zie paragraaf 1.5.1 over het huidige recht, waarin zo’n binding niet bestaat.

kunnen manipuleren; en dat ook overigens (biedings)procedures worden gehanteerd die een optimale prijsvorming waarborgen.

Een niet onaanzienlijk deel van de aanbevelingen in de ‘Graham Review’ ziet op dit aspect. Zo zouden zwaardere kwaliteitseisen moeten worden gesteld aan taxateurs van de activa.¹⁷³ Nadat is geconstateerd dat in gevallen waarin marketing van de onderneming achterwege blijft, de uitkeringen lager zijn,¹⁷⁴ bepleit Graham meer aandacht voor ‘good principles of marketing’, onder andere inhoudend dat de ‘practitioner’ hier een eigen verantwoordelijkheid heeft, ook waar de schuldenaar zelf voor zijn aantreden marketingactiviteiten heeft ontplooid.¹⁷⁵ Deze principes zouden moeten worden opgenomen in het SIP 16 en waar ervan wordt afgeweken, zouden daarvoor redenen moeten worden gegeven in het volgens het SIP 16 te publiceren verslag.¹⁷⁶ Thans reeds bepaalt het SIP 16 dat de *administrator* in zijn verslag informatie moet geven over ‘[a]ny marketing activities conducted by the company and/or the administrator and the outcome of those activities, or an explanation of why no marketing was undertaken’.

In Frankrijk gaat een overdracht van (een deel van) de onderneming normaliter gepaard met een door de rechtbank geïnitieerde biedingsprocedure en het is ook de rechtbank die bepaalt welke bieding wordt geaccepteerd.¹⁷⁷ Zo’n biedingsprocedure kan achterwege blijven indien aan de *mandataire ad hoc* of de *conciliateur* een bod is gedaan.¹⁷⁸ Daarover dient dan wel het Openbaar Ministerie te worden gehoord. En het blijft de rechtbank die bepaalt of een bieding wordt aanvaard. Desondanks worden nog steeds bedenkingen geuit bij de verminderde transparantie.¹⁷⁹ In Nederland is er relatief weinig aandacht besteed aan de wijze waarop een onderneming of activa worden vervreemd.¹⁸⁰ Dat geldt niet alleen voor de pre-pack maar ook in een faillissement dat niet is voorafgegaan door een pre-pack. Een positief punt is in ieder geval dat een onderhandse verkoop – anders dan in Engeland – steeds betrokkenheid van de rechter-commissaris vergt.¹⁸¹ Maar transparant kan dat niet worden genoemd en ook voor de rechter-commissaris ontbreken heldere richtlijnen.

Het valt te hopen dat de pre-pack een aanleiding zal zijn voor nadere gedachtevorming of zelfs regelgeving. Een verslagleggingsverplichting als neergelegd in het SIP 16 is een begin.¹⁸² Mogelijk kan in sommige gevallen de ‘stalking horse’ soelaas bieden, een techniek die in de Verenigde Staten min of meer gemeengoed is gewor-

173. P. 66 ‘Graham Review’.

174. P. 43-47 ‘Graham Review’.

175. P. 64-65 ‘Graham Review’.

176. P. 63-64 en Annex A ‘Graham Review’.

177. Zie L642-2 en L642-5 Code de Commerce.

178. L642-2, I, al. 2 Code de Commerce.

179. Philippe Pétel, ‘Entreprises en difficulté: encore une réforme!’, *JCP E* 2014, 1223.

180. Zie wel G.C. van Daal, ‘De klompen van de curator: biedingen op de boedel’, in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De Ondernemende Curator* (Insolad Jaarboek 2011), p. 207-219, Jochem M. Hummelen, ‘An assessment of Dutch bankruptcy asset sales’, *ILLR* 2014, p. 271-297 en F.M.J. Verstijlen, ‘De rol van de curator en de rechter-commissaris bij biedingsprocedures’, *Tvl* 2014/32.

181. Art. 176 Fw. Dit noemt N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrechtters van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tvl* 2011/23, paragraaf 6.10 als een voordeel van de Nederlandse pre-pack boven de Engelse.

182. Vgl. de reactie van CMS op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/a0ea5e39-0d29-4850-bf66-681a4267c9f6 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

den.¹⁸³ In deze verkoopprocedure wordt — net als in de pre-pack — een overdracht met een bepaalde partij, de ‘stalking horse’, uitonderhandeld maar krijgen andere partijen de mogelijkheid die partij in een biedingsprocedure te overbieden. Doet dit laatste zich voor dan krijgt de ‘stalking horse’ een ‘break-up fee’. Op deze wijze krijgt die partij een vergoeding voor haar kosten en het leggen van een ‘bodem’ in de biedingsprocedure.

Zou in pre-packgevallen een doorstart met een ‘stalking horse’ gedurende de pre-pack worden uitonderhandeld, terwijl een (meer) openbare biedingsprocedure na de faillietverklaring volgt, dan kan worden geprofiteerd van de voordelen van de beslotenheid van de pre-pack, terwijl ‘de markt’ nog steeds haar werk kan doen en de gebreken van de pre-pack kan corrigeren waar deze tot een resultaat hebben geleid dat (fors) onder de marktprijs ligt.

Ik ben niet voor een verbod de onderneming aan een gelieerde partij over te dragen, zoals het Franse recht dat kent.¹⁸⁴ Het kan nu eenmaal zo zijn dat een bestuurder, aandeelhouder of concernvennootschap simpelweg het beste bod uitbrengt. Het zou ten koste gaan van het belang van de gezamenlijke schuldeisers en de andere bij de boedel betrokken belangen als dat bod niet zou kunnen worden geaccepteerd. Dergelijke partijen vormen een belangrijk deel van de markt: in het Verenigd Koninkrijk is circa twee derde van de overdrachten in de pre-pack aan een ‘connected party’.¹⁸⁵ Wel springt (de hoogte van) de uitkering er minder goed uit in vergelijking met andere overdrachten, maar dit ‘is not necessarily a result of the connected nature of the deal’.¹⁸⁶ Het mag evenwel een aansporing te meer zijn in geval van betrokkenheid van gelieerde partijen alert te zijn op de zuiverheid van de gehanteerde (biedings)procedure.

Een toets op levensvatbaarheid — voorgesteld (voor gelieerde partijen) in de ‘Graham Review’¹⁸⁷ — misstaat uiteraard niet, maar past minder in een systeem zoals in Nederland, waarin het schuldeisersbelang vooropstaat, dan in een systeem waarin het behoud van werkgelegenheid en onderneming(sactiviteiten) een zelfstandig of zelfs het belangrijkste doel is van de insolventieprocedure is, zoals in Frankrijk.¹⁸⁸ Indien een kandidaat een zodanig hoog bedrag biedt dat zijn mogelijkheid de onderneming rendabel te exploiteren twijfelachtig wordt, heeft hij misschien een ‘slechte deal’ gesloten, maar dat kan nog steeds goed uitpakken voor de gezamenlijke schuldeisers.

Niettemin speelt het lot van de onderneming na de doorstart een rol. Immers, de (beoogd) curator moet belangen van maatschappelijke aard als het behoud van de

183. Zie daarover N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tvl* 2011/23, par. 3. Zie voor een praktische uiteenzetting van de ‘stalking horse’ in het kader van een ‘363-sale’ onder meer Jonathan Friedland, Robert P. Sieland, Robert Dehney & Curtis Miller, ‘The Dealmaker’s Guide to Buying Distressed Assets — Section 363 Sales and the Alternatives’, 2008 *Ann. Surv. of Bankr. Law* 7.

184. Art. L642-3, al. 1 Code de Commerce.

185. P. 36-38 ‘Graham Review’.

186. P. 38 ‘Graham Review’. Niettemin doet zij een aantal aanbevelingen die specifiek op transacties met gelieerde partijen zijn gericht en is voor deze transacties regelgeving — meer precies: een regelgevingsbevoegdheid voor de ‘Secretary of State’ — in de maak. Zie paragraaf 1.3.

187. P. 62-63 ‘Graham Review’. Het betreft zelfs een ‘key recommendation’.

188. De rechtbank kiest volgens art. L642-5, al. 1 Code de Commerce voor ‘l’offre qui permet dans les meilleures conditions d’assurer le plus durablement l’emploi attaché à l’ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d’exécution’.

onderneming en de daaraan verbonden werkgelegenheid in zijn beleid betrekken.¹⁸⁹ Die belangen komen in het geding als de hoogstbiedende (of enige) kandidaat een notoire brokkenpiloot of zelfs een malversant is. Curator noch beoogd curator mag er zijn medewerking aan verlenen dat het faillissement wordt gebruikt als ‘debt avoidance tactic’.¹⁹⁰

1.8.4 Remuneratie van de beoogd curator

De beoogd curator zal prijs stellen op betaling voor zijn bemoeienissen. Bij gebreke van enige regeling, komt het naar huidig recht aan op een overeenkomst met de schuldenaar.¹⁹¹ Dat zal volgens de WCO I niet anders zijn. Art. 366 lid 1 (ontwerp-)Fw gaat uit van een overeenstemming hieromtrent tussen de schuldenaar en de beoogd curator.¹⁹² Wel voegt art. 366 lid 3 (ontwerp-)Fw hieraan toe dat in geval van een faillissement het onbetaalde deel als algemene faillissementskosten — dus kennelijk: boedelschuld — wordt voldaan.¹⁹³ Het valt te hopen dat in het uiteindelijke wetsvoorstel de rechtbank de hoogte van het bedrag kan toetsen, alvorens dat tot boedelschuld wordt gepromoveerd en dat schuldenaar en beoogd curator niet naar believen boedelschulden kunnen creëren.

1.9 De beoogd rechter-commissaris

De beoogd rechter-commissaris is de minst uitgewerkte actor in de pre-pack. Hij wordt op dezelfde manier aanwezen als de beoogd curator, naar huidig recht zonder expliciete wettelijke basis, volgens de WCO I op grond van art. 367 lid 1 (ontwerp-)Fw. Net als bij de beoogd curator, zal de beoogd rechter-commissaris normaliter tot rechter-commissaris worden benoemd, in de woorden van art. 14a (ontwerp-)Fw ‘tenzij de rechtbank gewichtige redenen aanwezig acht om (...) een andere rechter-commissaris te benoemen’. Maar anders dan voor de beoogd curator, ontbreekt in de WCO I een taakopdracht. (Het huidige recht kent generlei bepaling, noch voor de curator, noch voor de rechter-commissaris.) Zo is onduidelijk of de beoogd rechter-commissaris reeds vóór de faillietverklaring een toezichthoudende taak heeft en — in het verlengde

189. Zie noot 114.

190. Zie p. 38 van de ‘Graham Review’, waar gewag wordt gemaakt van een geval waarin dezelfde onderneming achtmaal in twintig jaar het voorwerp van een pre-pack was.

191. Zie bijv. de modelovereenkomst van N.W.A. Tollenaar, ‘Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak’, *FIP* 2013, p. 212, die daarvoor aanknoopt bij het curatorentarief. Ook in het Verenigd Koninkrijk verricht de *insolvency practitioner* die wordt beoogd als *administrator* zijn werkzaamheden op basis van een overeenkomst. In Frankrijk wordt de beloning van (onder meer) de *conciliateur* door de rechter vastgesteld maar wel ‘[a]près avoir recueilli l’accord du débiteur’ (art. L611-14 Code de Commerce).

192. Zie p. 27-28 concept-MvT.

193. Naar verluidt geschiedt dat thans in de praktijk ook wel. Zie, sprekend over de Rechtbank Oost-Brabant, M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Kosten’. Hij stelt, terecht, dat daarvoor een wettelijke basis vereist is, maar ik meen dat art. 71 Fw de ruimte biedt bij de bepaling van het salaris van de curator rekening te houden met diens activiteiten als beoogd curator. In Engeland is expliciet voorzien in de mogelijkheid van betaling van ‘unpaid pre-administration costs’ gedurende de *administration*. Zie de in 2010 in werking getreden rule 2.67A van de Insolvency Rules 1986/1925, alsmede N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *TvI* 2011/23, paragraaf 5.3.

daarvan — naar welke belangen hij zich daarbij moet richten of hoe hij aan de benodigde informatie komt.

De ratio van de pre-pack brengt mee dat de rechter-commissaris zich — net als de beoogd curator — voorbereidt op zijn functie in het verwachte faillissement. De curator verricht zijn functie immers onder toezicht van de rechter-commissaris en heeft voor veel rechtshandelingen de machtiging van de rechter-commissaris nodig. Een deel van de (tijd)winst die de pre-pack biedt, zou ongedaan worden gemaakt als de rechter-commissaris zich nog zou moeten inwerken voordat hij een machtiging voor bijvoorbeeld een overdracht van de onderneming geeft. Dat ook de rechter-commissaris zich tevoren heeft kunnen inwerken, komt de snelheid van zijn beslissing ten goede, maar ook de kwaliteit van zijn toezicht in zijn algemeenheid.

Ontbreekt in het voorontwerp een algemene taakomschrijving van de beoogd rechter-commissaris, art. 367 lid 2 (ontwerp-)Fw bepaalt wel dat hij ‘nadat de beoogd curator (...) daarom heeft gevraagd, van zijn zienswijze [kan] doen blijken ten aanzien van de in artikel 365, tweede lid, bedoelde uitlatingen’. Zoals de beoogd curator zich op verzoek van de schuldenaar kan uitspreken over onder meer voorgenomen transacties, kan de beoogd rechter-commissaris zich daar op verzoek van de beoogd curator over uitspreken. De beoogd curator kan zijn stellingname in het kader van art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw afstemmen op deze zienswijze; heeft hij zich al in positieve zin uitgelaten, dan kan de andersluidende zienswijze van de rechter-commissaris aanleiding zijn voor de beoogd curator en de schuldenaar om naar alternatieven zoeken.

Denkelijk speelt de zienswijze van de rechter-commissaris een rol in het streven de schuldenaar en mogelijke wederpartijen duidelijkheid te bieden over de gang van zaken na de faillietverklaring. Maar waar bij de uitlating van de beoogd curator al twijfelachtig is of een opmerking in de memorie van toelichting voldoende is om (hem als) de curator te binden,¹⁹⁴ ontbreekt ten aanzien van de rechter-commissaris zelfs zo’n opmerking. Het valt dus niet aan te nemen dat de rechter-commissaris aan de zienswijze van (hem als) de beoogd rechter-commissaris is gebonden. Wat daarvan zij, ook zonder juridische binding valt niet te verwachten dat de rechter-commissaris vaak van mening zal verschillen met zichzelf als beoogd rechter-commissaris.

Dat de rechter-commissaris zich kan inwerken vóór de faillietverklaring en daarmee beter invulling kan geven aan zijn toezichthoudende functie na de faillietverklaring, wil nog niet zeggen dat hij vóór de faillietverklaring — dus gedurende de pre-pack — al een toezichthoudende taak heeft. Een dergelijke bepaling is wel wenselijk, alsmede nadere verduidelijking van diens informatiepositie.¹⁹⁵ Uit het voorontwerp laat zich wel een dergelijke ‘preconstitutieve’ toezichttaak afleiden. Immers, de beoogd rechter-commissaris kan een voordracht doen om de beoogd curator van diens taken te ontheffen.¹⁹⁶ Hij wordt dus kennelijk niet alleen geacht zich voor

194. Zie paragraaf 1.8.2.

195. Zie de reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken op het voorontwerp d.d. 20 januari 2014, p. 3-4, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/a87d38ac-5513-40f0-96a6-96bcaefa54b9 (laatstelijk geraadpleegd 15 september 2014). In andere zin de reactie van CMS op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/a0ea5e39-0d29-4850-bfb6-681a4267c9f6 (laatstelijk geraadpleegd 15 september 2014).

196. Art. 364 lid 1 (ontwerp-)Fw.

te bereiden op zijn te verwachten benoeming als rechter-commissaris, maar heeft ook een functie ten aanzien van de beoogd curator. Zo lees ik ook de concept-MvT.¹⁹⁷

‘Ook de rechter-commissaris kan, bijvoorbeeld wanneer hij tot het oordeel komt dat de aanwijzing [van de beoogd curator; FMJV] niet langer in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, een dergelijk verzoek indienen.’

Het voorontwerp bepaalt niet hoe de rechter-commissaris aan zijn informatie komt, maar diens bevoegdheid de beoogd curator voor te dragen voor ontheffing van diens taken, alsmede zijn te verwachten rol als rechter-commissaris, zal meebrengen dat hij niet tegen zijn wil verstoken is van informatie.

1.10 De werknemers

1.10.1 De werknemers ‘gepre-packt’

De werknemers vormen een belangrijke groep bij de pre-pack. Een bovenmatig personeelsbestand kan een reden zijn om te kiezen voor een pre-pack in plaats van voor een herstructurering buiten faillissement. De regels voor ontslagbescherming kunnen meebrengen dat een ontslag van een groep van werknemers niet dan met hoge kosten kan geschieden, kosten die de schuldenaar niet kan of wil dragen. Bovendien brengt de overdracht van (een deel van) een onderneming van rechtswege de overgang mee van de daaraan verbonden werknemers.¹⁹⁸ Binnen faillissement is de ontslagbescherming zo goed als non-existent en gaan de werknemers niet van rechtswege mee over bij een overdracht van (een deel van) de onderneming.¹⁹⁹ De route van de pre-pack en het faillissement leidt kortom naar een aanzienlijke verslechtering van de positie van de werknemers. Het is dan ook geen wonder dat de vakbeweging niet overloopt van enthousiasme voor de pre-pack. In geruchtmakende pre-packs die gepaard gingen met grootschalige ontslagen en verslechtering van arbeidsvoorwaarden, zijn vanuit de vakbeweging rechtsmaatregelen ingesteld, althans die worden overwogen. Zo in de affaire-*Heiploeg*, waar — aansluitend op een pre-pack — op dezelfde dag dat het faillissement werd uitgesproken, werd aangekondigd dat het bedrijf doorstartte onder de vlag van het Valkenburgse vis-verwerkingsbedrijf Parlevliet & Van der Plas, maar nu met negentig werknemers minder en met verslechterde arbeidsvoorwaarden voor de resterende werknemers: zij verliezen 11,5 adv-dagen, de eindejaarsuitkering van 7,25%, onregelmatigheidstoeslagen en ouderendagen.²⁰⁰ Inmiddels hebben CNV Vakmensen en FNV Bondgenoten juridische actie aangekondigd.²⁰¹ In het faillissement van Necker-

197. P. 19.

198. Art. 7:663 BW.

199. Zie art. 40 Fw resp. art. 7:666 BW.

200. Zie NRC Handelsblad 29 januari 2014, ‘Uitgekleed Heiploeg maakt doorstart’, www.nrc.nl/handelsblad/van/2014/januari/29/uitgekleed-heiploeg-maakt-doorstart-1343992, alsmede de berichtgeving van FNV Bondgenoten, www.fnvbondgenoten.nl/nieuws/nieuwsarchief/2014/februari/710363-naar_de_rechter_130214/ (beide laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

201. *Het Financieel Dagblad* 22 juli 2014, p. 12, ‘Vakbonden dagen garnalenbedrijf Heiploeg vanwege flitsfaillissement’.

mann – voorafgegaan door een pre-pack – verloren niet minder dan 225 van de 240 werknemers hun baan; FNV Bondgenoten overwoog juridische actie maar ziet daar vooralsnog van af.²⁰² In de affaire-*Estro* startten na een pre-pack 250 crèches *intraconcern* door met duizend werknemers minder – naar verluidt ‘voorgeselekteerd’ door het hoofdkantoor, mede aan de hand van ziekteverzuim en opleidingsniveau²⁰³ – en heeft Abvakabo FNV juridische maatregelen aangekondigd.²⁰⁴ Het is niet alleen uit de hoek van de vakbeweging dat bedenkingen worden geuit bij de pre-pack. Met name wordt de vraag opgeworpen of de regelgeving over de overgang van ondernemingen wel op deze wijze kan worden ontlopen.²⁰⁵ In het archetype van een pre-pack is de overdracht al voor de faillietverklaring ‘uitonderhandeld’, heeft de beoogd curator zich er al – volgens (de toelichting bij) het voorontwerp: bindend – over uitgesproken en heeft ook de rechter-commissaris zich daarover al uitgesproken. Het faillissement lijkt dan louter een betekenisloze formaliteit, met een curator die nog slechts kan ‘tekenen bij het kruisje’.²⁰⁶ Kortom, de positie van de werknemers vormt een heet hangijzer in de discussie over de pre-pack. Dat is veel minder het geval in de overige onderzochte landen, mogelijk omdat de verschillen in de positie van werknemers binnen en buiten faillissement minder groot zijn dan in Nederland. Zo gelden in Engeland in de *administration* de normale regels van de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, met slechts ondergeschikte aanpassingen.²⁰⁷ De pre-pack wordt daar veeleer gezien als goed nieuws voor de werknemers. ‘Pre-packs preserve jobs’, kopt de ‘Graham Review’.²⁰⁸ De cijfers die Graham rapporteert zijn jaloersmakend: in het overgrote deel van de pre-packs werden alle banen behou-

202. Zie NRC Handelsblad 25 juni 2014, ‘Failliet Neckermann gaat in sterk afgeslankte vorm verder’, www.nrc.nl/handelsblad/van/2014/juni/25/failliet-neckermann-gaat-in-sterk-afgeslankte-vorm-1392021 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014) resp. FNV Bondgenoten, ‘Pre-pack-faillissement Neckermann roept vragen op’, www.fnvbondgenoten.nl/mijnbranche/branches/handel/nieuws/868913-prepackfaillissement_neckermann_roept_vragen_op/ (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).
203. NRC Handelsblad 16-17 augustus 2014, p. E6, ‘De stiekeme overname van de crèche’.
204. *Het Financieel Dagblad* 19 augustus 2014, p. 2, ‘Abvakabo FNV stapt naar de rechter over kinderopvangbedrijf Estro’.
205. Zie het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 5, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Vgl. Gerhard Gispén, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: 40*XL* (liber amicorum M.J.M. Franken), 2013, p. 86-89; M.-J. Cools, ‘Een doorstart in voorverpakking’, *FIP* 2013, p. 276; J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013/38, onder ‘Pre-pack’ en de reactie van de Universiteit van Amsterdam, vakgroep Arbeidsrecht op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/38cc86be-fa83-4c2c-aacf-fcb5da40bf96 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), p. 3-7.
206. Zie het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 5.4, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).
207. Zie *Key2law* (Surrey) LLP v. De’Antiquis [2012] B.C.C. 375. Tegen deze uitspraak werd beroep bij het Supreme Court ingesteld, maar de zaak is ‘dismissed’, naar verluidt omdat de ‘court fees’ niet waren betaald. Zie Stuart Brittenden, ‘Transfer of Undertakings (TUPE) Regulations 2006 (Insight)’, onder ‘Insolvency’ (te raadplegen via Westlaw UK).
208. P. 24-25. Zie ook Kate Creighton-Selvay, ‘Pre-packed administrations: an empirical social rights analysis’, *ILLJ.* 2013, 42(2), 85-121, p. 90-91: ‘It also seems that pre-packs are a positive development for labour – they have a job-preserving effect (...)’. Echter, ‘the quality of job preservation remains untested’.

den.²⁰⁹ In Frankrijk gelden in de *procédure de sauvegarde* — waarvan de *procédure de sauvegarde accélérée* een variant is — de normale regels voor ontslag om economische redenen.²¹⁰

1.10.2 Wat is het probleem?

Er is een veelheid van redenen waarom de ontmanteling van de rechtspositie van de werknemers in faillissement onjuist is. Indien de belangen van de werknemers bij het behoud van hun betrekking binnen de onderneming zwaarder wegen dan die van de schuldenaar bij de beëindiging daarvan, waarom zou dat dan anders zijn waar die onderneming gedurende het faillissement voor rekening van vooral de schuldeisers wordt gedreven? De belangen van de schuldeisers wegen in het algemeen toch niet zwaarder dan die van hun schuldenaar? Het wijzigen van de materiële rechtspositie van de werknemers in het faillissement lokt uit tot manipulatief gedrag, inhoudend dat het faillissement niet wordt uitgelokt omdat dat tot de beste oplossing leidt met maximalisatie van de waarde van de activa ten behoeve van alle betrokkenen, maar omdat een deel van de waarde van de activa die normaliter aan de werknemers toekomt door de anderen kan worden geïsurpeerd.²¹¹ Dit kan voor deze laatste groep voordelig zijn, zelfs als het voor de totale groep van belanghebbenden nadeel oplevert. Suboptimale resultaten zijn het gevolg omdat de profiterende groep wordt geprikkeld tot een handelwijze die voor henzelf voordelig is maar per saldo voor de totaliteit nadelig uitwerkt.

Maar vastgesteld moet worden dat deze bezwaren zich niet zozeer richten tegen de pre-pack als wel tegen het faillissement; meer precies: de ontmanteling van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers bij faillissement. Dit toont zich in de gevallen dat een onderneming om wat voor reden dan ook — mismanagement, economische tegenslag, een incidentele calamiteit — in een positie komt te verkeren dat zij niet langer in staat is haar schulden te voldoen met de middelen die door haar bedrijfsvoering worden gegenereerd. Het faillissement zal dan hoe dan ook moeten volgen. Is dat het geval, dan kan de pre-pack helpen om de economische schade voor alle betrokkenen — én de maatschappelijke schade voor de werknemers — te beperken.

Voor de waardering van de positie van de werknemers moet dan ook niet zozeer de vergelijking tussen een pre-pack en een herstructurering buiten faillissement worden gemaakt, maar veeleer die tussen een faillissement mét en een faillissement zonder pre-pack. Die vergelijking valt doorgaans in het voordeel van het eerste uit.

209. P. 24-25 'Graham Review'. Daarbij werd evenwel afgegaan op de 'SIP 16-rapportages' van de *administrators* zelf, waarvan het waarheidsgehalte niet kon worden geverifieerd, noch de duur van het behoud van werkgelegenheid.

210. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 981.

211. Het druist daarmee in tegen een van de basisregels van de rechtseconomische theorie van de *creditors' bargain*, gepropageerd door vooral D.G. Baird en T.H. Jackson. Zie onder meer hun 'Corporate reorganizations and the treatment of diverse ownership interests: a comment on adequate protection of secured creditors in bankruptcy', *U Chi L Rev* 51(1) (Winter 1984):97. Op p. 104 merken zij op: 'Changes in nonbankruptcy rights should be made only if they benefit all those with interests in the firm as a group. A rule change unrelated to the goals of bankruptcy creates incentives for particular holders of rights in assets to resort to bankruptcy in order to gain, for themselves, the advantages of that rule change, even though a bankruptcy proceeding was not in the collective interest of the investor group.'

Indirect kan de pre-pack meebrengen dat de nadelige effecten van een faillissement vaker aan de dag treden. Het is mogelijk dat een pre-pack ‘drempelverlagend’ werkt. Indien de schade van een faillissement met een pre-pack voor alle betrokkenen minder groot is, zal dat ook gelden voor de schuldenaar met zijn aandeelhouders en financiers enz. De keuze tussen het verstrekken van additionele financiering en een faillissement met doorstart kan dan sneller uitvallen in het voordeel van het laatste.

Het zij zo. Het alternatief – een ‘Verelendung’ van het faillissement – spreekt mij niet aan. De oplossing is niet het verhinderen dat de door het faillissement veroorzaakte schade wordt gemitigeerd, maar het voorkomen dat het faillissement, al dan niet voorafgegaan door een pre-pack, op oneigenlijke wijze wordt ingezet. Dat kan in Nederland via het leerstuk van misbruik van bevoegdheid,²¹² dan wel – met minder complicaties gepaard gaand – de onrechtmatige daad.²¹³

Die leerstukken zijn in de context van het faillissement geenszins uitontwikkeld en verre van ideaal. Nog beter zou het zijn om de prikkels tot het oneigenlijk gebruik van het faillissement weg te nemen, door de arbeidsrechtelijke regels binnen en buiten faillissement gelijk te trekken. Het is geenszins gegeven dat dat gelijktrekken zou moeten resulteren in het handhaven van de arbeidsrechtelijke bescherming. Werknemers hebben niets aan een dienstbetrekking bij een werkgever die niet in staat is hun lonen te betalen. Evenmin is het in hun voordeel dat doorstarts of andersoortige herstructureringen met behoud van een deel van de werkgelegenheid achterwege blijven omdat een beëindiging van de onderneming met een stuksgewijze liquidatie de enige reële optie is.

1.10.3 Overgang van werknemers vanuit ‘gepre-packte’ faillissementen?

Wat tegen deze achtergrond te denken van de idee dat een gedurende de pre-pack uitonderhandelde overdracht die na de faillietverklaring door de curator wordt beklonken en uitgevoerd, met zich brengt dat afdeling 7.10.8 BW (ten volle) van toepassing is? Is dat juist, dan verliest de pre-pack voor een belangrijk deel zijn zin. De niet-toepasselijkheid van deze regelgeving is immers een factor van betekenis voor de pre-packroute naar faillissement.

Vooropgesteld zij dat de regels voor overgang van ondernemingen – in Nederland neergelegd in afdeling 7.10.8 BW – binnen faillissement niet, althans in beperkte mate, van toepassing zijn, aldus uitdrukkelijk art. 7:666 BW. De werknemers gaan niet mee over. De mogelijkheid de regeling buiten toepassing te verklaren is in het leven geroepen in het veelbesproken arrest *Abels*.²¹⁴ Een van de redenen daarvoor was dat:

‘(...) bij de huidige stand van de economische ontwikkeling veel onzekerheid [bestaat] over de vraag, welke invloed de overgang van een onderneming bij insolventie van de werkgever op de arbeidsmarkt heeft en welke

212. Die regels gelden ook in geval van een pre-pack, aldus terecht de Minister van Veiligheid en Justitie in antwoord op Kamervragen van de leden Recourt en Kerstens, *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 2581.

213. Zie bijv. HR 28 mei 2004, *NJ* 2006/4 (*Digicolor*).

214. HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985/900.

de juiste maatregelen zijn om de belangen van de werknemers zo veel mogelijk veilig te stellen’.

Derhalve viel:

‘[e]en ernstig risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en de arbeidsomstandigheden van de werknemers (...) niet uit te sluiten. Men kan dus niet concluderen dat richtlijn nr. 77/187 de Lid-Staten verplicht haar voorschriften ook toe te passen bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, die plaatsvinden in het kader van een faillissement, dat gericht is op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.’

Een andere reden was gelegen in de aard van het faillissementsrecht:

‘Het faillissementsrecht wordt gekenmerkt door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan er in alle lidstaten bijzondere voorschriften, die ertoe kunnen leiden, dat althans gedeeltelijk wordt afgeweken van andere bepalingen van algemene aard, waaronder die van het sociale recht.’

Inmiddels is de uitzondering gecodificeerd in art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG,²¹⁵ die in de plaats is gekomen van de door het Hof van Justitie aangehaalde Richtlijn 77/187.

Tegen de achtergrond van het voorgaande komt het mij voor dat de pre-pack heel wel zodanig *kan* worden vormgegeven dat afdeling 7.10.8 BW niet van toepassing is. Sterker nog, doorgaans *zal* de transactie zo vorm zijn gegeven. Het gaat erom te voorkomen dat vóór de faillietverklaring een overgang plaatsvindt; dat wil zeggen, in de woorden van art. 7:662 lid 2 BW ‘de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt’. De schuldenaar en diens wederpartij die vóór de faillietverklaring overeenstemming bereiken over een overgang én daar uitvoering aan geven, zullen bewerkstelligen dat alle werknemers mee overgaan.

Maar het komt mij voor dat die wilsovereenstemming normaliter niet tot stand komt, laat staan dat daar uitvoering aan wordt gegeven.²¹⁶ De partijen willen juist niet dat de onderneming vóór de faillietverklaring overgaat omdat de onderneming in die vorm niet rendabel is. Zo’n overgang lost de problemen niet op. De essentie van de pre-pack is veelal dat deze voorsorteert op een faillissement, opdat een geherstructureerde onderneming kan overgaan. Zij zullen de uiteindelijke beslissing

215. Voluit: Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* 2001, L 82/16, 22 maart 2001.

216. Vgl. M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Toepasselijkheid regels betreffende overgang van onderneming’.

dus (moeten) overlaten aan de curator, in de hoop – en de verwachting – dat het onderhandelingsresultaat zodanig is dat de curator dat zal willen overnemen omdat hij dat in het belang acht van degenen voor wie hij moet opkomen. Zelfs ingeval er wel wilsovereenstemming tot stand komt over een overdracht leidt dat niet per se tot toepasselijkheid van afdeling 7.10.8 BW.²¹⁷ Indien het bij die wilsovereenstemming blijft, heeft de curator uit de aard der zaak een keuzerecht daar al dan niet uitvoering aan te geven.²¹⁸ Het betreft dan een door beide partijen nog niet volledig uitgevoerde overeenkomst die door art. 37 Fw wordt bestreken. De wederpartij kan de curator een redelijke termijn stellen om zich over die overeenkomst uit te spreken. Indien hij die overeenkomst niet in het belang van – allereerst – de gezamenlijke schuldeisers acht, zal hij die overeenkomst niet gestand doen en de onderneming aan een ander, op andere voorwaarden of in het geheel niet overdragen. Ook indien de curator een dergelijke vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst gestand doet en uitvoert – of op basis van die overeenkomst een aangepaste overeenkomst sluit – en daaraan uitvoering geeft is dat mijns inziens, in de woorden van art. 7:666 BW, een ‘overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort’.²¹⁹

Dat wordt niet anders door *Happé/Scheepstra* waarop wel een beroep wordt gedaan ten betoge dat afdeling 7.10.8 BW wél van toepassing is.²²⁰ De Nederlandse Orde van Advocaten stelt in haar advies over het voorontwerp:²²¹

217. Zo ook N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tvl* 2011/23, paragraaf 6.7 en aarzeland P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht* 2012, p. 125-126 en p. 128. In andere zin CRvB 29 juni 2005, *USZ* 2005/325 en Hof ‘s-Gravenhage 26 november 2004, *ECLI:NL:GHSGR:2004:AR8066*, in beide gevallen zonder motivering van betekenis. In andere zin ook Rb. Amsterdam 5 augustus 1998, *JOR* 1999/77, die wél ingaat op de noodzakelijke medewerking van de curator, waar zij overweegt ‘[d]at voor de effectivering van de overeenkomst, [...] na tijdstip van faillissement de medewerking van de curator is vereist, [...] in dit verband geen betekenis [heeft], indien komt vast te staan dat de curator zijn medewerking heeft verleend’. De rechtbank maakt evenwel niet duidelijk waarom de voor effectivering vereiste medewerking van de curator ‘geen betekenis heeft’. Inmiddels lijkt ten minste de Centrale Raad van Beroep een andere koers te varen: in CRvB 19 juni 2013, *USZ* 2013/221, achtte hij bepalend ‘de omstandigheden van het individuele geval’ en oordeelde hij dat de overgang plaatsvond op het moment dat ‘het grootste deel van het personeel bij [naam bedrijf 2] in dienst kwam en de activiteiten van [naam BV] volledig stil kwamen te liggen’.
218. Vgl. HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 (*Nebula*). Dit aspect van het arrest staat nog overeind na het verholten omgaan van de Hoge Raad in HR 11 juli 2014, *ECLI:NL:HR:2014:1681*, *RvdW* 2014/941 (*Berzona*). Vgl. ook HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).
219. Vgl. Ktr. Amsterdam 26 maart 1996, *JAR* 1996/103, waar de curator een vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst vernietigde op grond van de faillissementspauliana en met de desbetreffende partij een hogere koopprijs overeenkwam. De kantonrechter oordeelde: ‘Door dit samenstel van omstandigheden kan slechts geoordeeld worden dat er een (nieuwe) overeenkomst is tot stand gekomen na de faillissementsuitspraak zodat het bepaalde in artikel 7A:1639aa BW niet van toepassing kan zijn’. In andere zin evenwel – kennelijk betrekking hebbend op hetzelfde faillissement – het voornoemde Rb. Amsterdam 5 augustus 1998, *JOR* 1999/77, op dit punt gewicht toekennend aan de relatieve werking van de faillissementspauliana. Ten overvloedig merk ik op dat mijns inziens niet bepalend is dat de oorspronkelijke overeenkomst is vernietigd, maar dat de overeenkomst eerst na de faillietverklaring wordt uitgevoerd, nadat de curator te dien aanzien zijn keuze heeft bepaald.
220. HR 30 oktober 1988, *NJ* 1989/191.
221. Het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 5.4, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

‘Het is denkbaar en goed verdedigbaar dat, wanneer het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie zozeer vóór het faillissement is gelegen als bij de “pre-pack” het geval is, de rechter tot de conclusie komt dat in dat geval de Richtlijn wel degelijk van toepassing is.’

In noot 6 voegt zij daar voorzichtig aan toe:

‘In zijn arrest van 30 oktober 1987, NJ 1988/191 lijkt de Hoge Raad de door de rechtbank gehanteerde “zwaartepunt-benadering” te onderschrijven (r.o. 3.2).’

De situatie in het daar berechte geval verschilt evenwel fundamenteel van de gevallen die ons hier bezighouden. Daar ging het erom dat een deel van de, zo begrijp ik, (voorheen) bij KPS B.V. in gebruik zijnde activa, te weten de voorraad en de inventaris, reeds vóór de faillietverklaring door de overnemer Scheepstra waren gekocht van de fiduciair eigenares Algemene Bank Nederland, tegen de inkoopwaarde. (Of toen al was geleverd, blijft in het midden maar lijkt aannemelijk.) Nadat KPS B.V. op 15 december 1982 in staat van faillissement was verklaard, verkreeg Scheepstra een ander deel van de activa van de curator, te weten (een deel van) het klantenbestand en het recht op gebruik van de handelsnaam en wel op 31 december 1982. Op 1 januari 1983 kon Scheepstra gebruikmaken van de kantoorruimte en trad de voormalig directeur van KPS B.V. bij Scheepstra in dienst.

In deze omstandigheden oordeelde de rechtbank dat de belangrijkste van de transacties die van 31 december 1982 waren; de overdracht van het klantenbestand en de handelsnaam stelde Scheepstra in staat de ondernemingsactiviteiten voort te zetten.²²² Voorts stond vast dat Scheepstra pas met ingang van 1 januari 1983 de verkoopactiviteiten had voortgezet. Het zwaartepunt van de transacties en daarmee de overgang — zo daar al sprake van was; de rechtbank liet dat in het midden — lag dus na de faillietverklaring. Dit oordeel werd door de Hoge Raad gesauveerd.

In de gevallen die ons hier bezighouden, is er evenwel geen sprake van verschillende transacties waarmee de verschillende activa die de onderneming constitueren worden overgedragen; er is maar één transactie en het gaat erom vast te stellen wanneer die tot een overgang leidt. Dat is, zo betoogde ik hiervoor, uit de aard van de pre-pack in de regel na de faillietverklaring.

Dat de pre-pack leidt tot toepasselijkheid van afdeling 7.10.8 BW vanwege het ‘nadrukkelijke continuïteitsstreven’ lijkt mij onjuist,²²³ omdat (i) niet zozeer de vraag of in de pre-pack naar continuïteit wordt gestreefd in dezen bepalend is, maar veeleer of vóór de faillietverklaring een overgang heeft plaatsgevonden; (ii) de pre-pack als zodanig niet naar continuïteit streeft, maar veeleer naar liquidatie,

222. Zie voor een vergelijkbare benadering CRvB 19 juni 2013, USZ 2013/221, waarover noot 217.

223. Zoals betoogd in het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 5.4, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Zie ook, voorzichtiger, J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart — een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013/38, onder ‘Pre-pack’ en de reactie van de Universiteit van Amsterdam, vakgroep Arbeidsrecht op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i/reactie/38cc86be-fa83-4c2c-aacf-fcb5da40bf96 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), p. 6-7.

gericht als hij is op het faillissement;²²⁴ (iii) voor zover sommige betrokkenen continuïteit nastreven, dat in dezelfde mate gebeurt als binnen faillissement,²²⁵ in die zin dat de beoogd curator – later: de curator – daaraan in dezelfde mate zijn medewerking zal weigeren als de curator binnen (een niet ‘gepre-packt’) faillissement.

Dat alles wordt niet anders indien de beoogd curator zich vóór de faillietverklaring al heeft uitgesproken over de transactie, aangenomen al dat het voorontwerp op dit punt ongewijzigd tot wet wordt en dat de curator zal zijn gebonden aan de uitspraken van de beoogd curator.²²⁶ Ook in dat geval hebben geen van de betrokken partijen zich willen binden tot een overdracht van de onderneming vóór de faillietverklaring. Er is slechts een verwachting uitgesproken over de vraag hoe de curator zal handelen, gegeven de belangen die hij moet dienen bij de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van allereerst de gezamenlijke schuldeisers; al dan niet gepaard gaand met een wettelijke verplichting om behoudens bijkomende omstandigheden conform die uitgesproken verwachting te handelen. Niemand verbindt zich tot een overdracht vóór de faillietverklaring, niemand geeft uitvoering aan zo’n verbintenis vóór de faillietverklaring, geen overdracht zal plaatsvinden ingeval het faillissement om wat voor reden niet wordt uitgesproken.

1.10.4 Medezeggenschap in de pre-pack?

Tot slot, wat de werknemers betreft, kort, de kwestie van de medezeggenschap. Omdat de pre-pack als zodanig geen wijziging brengt in de bevoegdheden binnen de onderneming, noch overigens adviesplichtige besluiten behelst, is de pre-pack irrelevant voor het medezeggenschapsrecht van de werknemers.²²⁷ Daar wordt wel anders over gedacht,²²⁸ maar dat standpunt wordt op de – mijns inziens: onterech-

224. Vgl. M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Toepasselijkheid regels betreffende overgang van onderneming’.

225. Voor zover die intenties überhaupt relevant zijn en het niet veeleer gaat om het doel van de procedure. Vgl. HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994/168 (*D’Urso*); HvJ EG 7 december 1995, NJ 1996/473 (*Spano*); HvJ EG 12 maart 1998, NJ 1999/142 (*Dethier*) en HvJ EG 12 november 1998, NJ 1999/520 (*Europièces*). Zie over deze lijn van rechtspraak R.M. Beltzer, ‘Vereffenen is niet liquideren: het formele doel van de insolventieprocedure en Richtlijn 77/187’, *TvI* 1998/8, p. 180-184, die de mogelijkheid opwerpt dat niet slechts naar het formele doel, maar ook naar de feitelijke toepassing van de procedure moet worden gekeken en die het ‘niet ondenkbaar’ acht dat een overdracht vanuit faillissement door (destijds) Richtlijn 77/187 wordt bestreken. In het kader van een Engelse pre-pack overwoog het *Court of Appeal* in *Key2law (Surrey) LLP v. De’Antiquis* [2012] B.C.C. 375 evenwel dat het formele doel van de procedure bepalend was en concludeerde het dat in geval van een *administration de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006* – het equivalent van onze titel 7.10.8 BW – (grotendeels) van toepassing was.

226. Denkelijk zouden de kantonrechter en de rechtbank in de affaire-Adept daar anders over denken. In Rb. Utrecht 9 december 1992, JAR 1993/57, namen zij bij het voorbereide ‘technische’ faillissement van Adept aan dat geen sprake was van een overgang van de onderneming vóór de faillietverklaring, maar de kantonrechter overwoog dat hier anders over geoordeeld zou kunnen worden ‘[i]ndien de curatoren al voor het faillissement bemoeienis met gedaagden (cq haar bestuurders) gehad hadden’; en in beroep achtte de rechtbank kennelijk van belang dat ‘[n]iet is gesteld of gebleken dat die overdracht [...] zodanig in kunnen en kruiken was dat die overdracht zelf nog maar een formaliteit betrof’.

227. Zie M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Medezeggenschap bij de pre-pack’. Vgl. ten aanzien van de surseance van betaling HR 6 juni 2001, NJ 2001/477 (YVC *Ijsselwerf*).

228. Zie, voorzichtig, J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013/38, onder ‘Pre-pack’ en steller I. Zaal, ‘Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden’, *ArbeidsRecht* 2013/40, par. 6 en de reactie van de Universiteit

te — gedachte gegrond dat sprake is van 'adviesopdracht' aan de beoogd curator als bedoeld van art. 25 lid 1 aanhef en onder n WOR. Dat is — zoals in paragraaf 1.5 en 1.8 aan de orde kwam — niet de rol van de beoogd curator.

Duidelijkheidshalve: natuurlijk kunnen er gedurende de pre-pack 'voorgenomen besluiten' in de zin van art. 25 WOR worden genomen. Die besluiten zijn dan adviesplichtig, daargelaten de vraag of de (nood)situatie waarvan sprake kan zijn, toelaat dat aan de adviesplicht een zinvolle invulling wordt gegeven.

1.11 De 'pre-packcrediteuren'

Bijzondere aandacht is voorts op zijn plaats voor de zogenaamde 'pre-packcrediteuren'. Hiermee wordt bedoeld op diegenen die gedurende de pre-pack met de schuldenaar contracteren; of ruimer: degenen die in die periode tot schuldeiser worden. Hun positie is heikel: de pre-pack sorteert voor op het faillissement. De pre-packcrediteuren lopen het risico dat ze hun prestaties aan de schuldenaar leveren terwijl de daartegenover staande vordering onvoldaan blijft indien het faillissement wordt uitgesproken.

Het voorontwerp voorziet niet in een bijzondere positie voor hen; zij worden daarin überhaupt niet genoemd. Volgens de normale regels geldt dat hun vordering dateert van vóór de faillietverklaring zodat zij hun vordering slechts ter verificatie kunnen aanmelden.²²⁹ Van een boedelschuld is geen sprake: aan de criteria uit *Koot Beheer/Tideman q.q.* is niet voldaan,²³⁰ alleen al niet omdat ten tijde van het ontstaan van de vordering er nog geen curator is aangesteld. Dat de latere curator al wel als beoogd curator fungeert, doet daar niet aan af. De beoogd curator bindt met zijn rechtshandelingen niet de boedel.

Pre-packcrediteuren hebben dus een weinig benijdenswaardige positie. Daar komt bij dat zij geen weet (kunnen) hebben van de pre-pack, terwijl zij handelen met een schuldenaar die wel van de hoed en de rand weet, met betrokkenheid van een beoogd curator die nota bene moet waken voor de belangen van de pre-packcrediteur als toekomstig lid van de gezamenlijkheid van schuldeisers.

Dat roept de vraag op of de schuldenaar en de beoogd curator niet een zekere verantwoordelijkheid tegenover de onwetende pre-packcrediteur hebben en of voor deze laatste niet toch voorzieningen moeten worden getroffen.

Zoals gezegd, wordt in het voorontwerp geen woord gewijd aan de pre-packcrediteur, maar in de concept-MvT komt diens positie indirect wel aan de orde. Verwezen wordt naar *Beklamel*:²³¹

“Ten aanzien van schulden die voortvloeien uit verplichtingen die — al dan niet met instemming van de curator — door de onderneming zijn aangegaan in de wetenschap dat zij niet zouden kunnen worden nagekomen, geldt dat de gedupeerde contractspartij de ondernemer kan aanspreken op grond van onrechtmatige daad. In het geval van een vennootschap

van Amsterdam, vakgroep Arbeidsrecht op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/38cc86be-fa83-42c2-aacf-fcb5da40bf96 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), p. 8-10.

229. Zie onder meer art. 26 Fw.

230. HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291.

231. P. 23.

geldt dat haar bestuurders op grond van onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken (Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)).'

Volgens *Beklamel* is een bestuurder van een vennootschap persoonlijk aansprakelijk indien hij verplichtingen aangaat, waarvan hij weet of moet weten dat de vennootschap die niet kan nakomen en geen verhaal biedt voor de daardoor veroorzaakte schade. Dat geldt natuurlijk ook gedurende de pre-pack.

De concept-MvT gaat nog verder en zet de stap naar de beoogd curator:²³²

'Zijn de verplichtingen aangegaan naar aanleiding van een "positieve" verklaring van de beoogd curator, dan zou deze mogelijk ook persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de daaruit voortvloeiende schade voor de crediteuren.'

Wat deze stap inhoudt, is allerm minst helder. Waarop heeft bijvoorbeeld de 'positieve verklaring' betrekking? De verklaring ex art. 365 lid 2 onderdeel a (ontwerp-)Fw ziet op 'rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten in het kader van de normale bedrijfsvoering', maar betreft slechts de vraag of deze 'na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op grond van de artikelen 42 tot en met 47'. Met *Beklamel* heeft dat niet zoveel te maken, noch met een andersoortige aansprakelijkheid jegens degenen jegens wie verplichtingen zijn aangegaan. Het citaat lijkt evenwel op een dergelijke aansprakelijkheid te zien, gezien de verwijzing naar 'de verplichtingen' uit het eerdere citaat, te weten 'verplichtingen die — al dan niet met instemming van de curator — door de onderneming zijn aangegaan in de wetenschap dat zij niet zouden kunnen worden nagekomen'.

Ik houd het er dan ook op dat het citaat ziet op verplichtingen die worden aangegaan in het kader van een voorbereide doorstart c.q. activatransactie. De 'positieve verklaring' kan dan die van art. 365 lid 2 onderdeel b (ontwerp-)Fw zijn, over 'onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden' of eventueel die van onderdeel c, over 'welke voorbereidingen zouden kunnen worden getroffen om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen'. Misschien is de opsomming in art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw niet limitatief en wordt bedoeld op een niet specifiek geregelde maar wel door deze bepaling bestreken verklaring;²³³ of — dat kan ook — het betreft een niet specifiek gereguleerde 'instemming' buiten het kader van de toepassing van art. 364 lid 2 (ontwerp-)Fw.

Een volgende vraag is dan wie worden bedoeld met 'de crediteuren' jegens wie aansprakelijkheid zou bestaan. In de opzet van het voorontwerp behartigt de beoogd curator de belangen van allereerst de gezamenlijke schuldeisers.²³⁴ Maar de norm uit *Beklamel* beschermt potentiële wederpartijen — of in deze context: potentiële pre-packcrediteuren. De gezamenlijke schuldeisers kunnen juist voordeel hebben van met schending van *Beklamel* aangegane transacties met pre-packcrediteuren, omdat hun prestaties de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers

232. P. 23.

233. Zie paragraaf 1.8.2.

234. Zie paragraaf 1.5 en 1.8.

doen toenemen, terwijl de tegenprestatie nimmer (integraal) ten laste van de boedel wordt voldaan.²³⁵

Het lijkt er kortom op dat met 'de crediteuren' wordt bedoeld op degenen met wie gedurende de pre-pack in strijd met de *Beklamel*-norm is gecontracteerd en dat — in weerwil van de eerdere opmerkingen in de concept-MvT — de curator een zorgplicht jegens (potentiële) pre-packcrediteuren krijgt toebedeeld.

Ik heb mij reeds eerder in de rijen geschaard van degenen die zo'n zorgplicht voorstaan.²³⁶ *Beklamel* behelst een essentiële norm in ons maatschappelijk verkeer. Het zou het draagvlak voor de pre-pack en de beoogd curator zeer ondergraven indien deze door de rechtbank aangestelde functionaris deze norm zou kunnen negeren.²³⁷ Dit gevoel leeft ook elders. Par. 6 van het SIP 16 luidt:

'An insolvency practitioner should bear in mind the duties and obligations which are owed to creditors in the pre-appointment period. They should be mindful of the potential liability which may attach to any person who is a party to a decision that causes a company to incur credit and who knows that there is no good reason to believe it will be repaid. Such liability is not restricted to the directors.'

Een erg grote stap is zo'n zorgplicht van de beoogd curator tegenover pre-packcrediteuren niet. De taak van de beoogd curator is — het kwam eerder aan de orde²³⁸ — geënt op die van de curator. En de curator behartigt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar heeft toch een zekere verantwoordelijkheid tegenover potentiële wederpartijen.²³⁹ De *Beklamel*-norm geldt ook voor de curator die 'namens de boedel' verplichtingen aangaat. Daarmee strookt dat de beoogd curator niet — door een 'positieve verklaring' of anderszins — bevordert dat door (de bestuurder van) de schuldenaar in strijd met deze norm verplichtingen worden aangegaan.

Wat mij betreft, gaat de zorgplicht van de beoogd curator verder en mag hij evenmin passief toezien hoe ongedekte verplichtingen worden aangegaan.²⁴⁰

Hij kan bij de schuldenaar aandringen dat geen ongedekte verplichtingen worden aangegaan of dat voorzieningen voor deze pre-packcrediteuren worden getroffen. Aldus geschiedde in de affaire-*Heiploeg*, waar de toezegging van de financiers was verkregen dat 'pre-packcrediteuren' zouden worden voldaan, mits (i) verplichtingen werden aangegaan die nodig zijn voor de continuering van de onderneming, (ii)

235. Zie N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 207.

236. In mijn bijdrage 'Pre-packing in the Netherlands, De beoogde "beoogd curator"', *NJB* 2014/803, p. 1104.

237. Daarvan getuigt de reactie van J.A.M. Wilmes op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8aa23b07-f450-4685-a588-f1bae94b2049 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

238. Zie paragraaf 1.5 en 1.8.

239. Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), 1998, hoofdstuk XVI.

240. Zie ook advies d.d. 5 februari 2014 van de Raad voor de rechtspraak, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Wetgevingsadviezen2014/2014-05-Advies-wetsvoorstel-Wet-continuïteit-ondernemingen-I.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), p. 6 en vgl. N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 208 en M.-J. Cools, 'Een doorstart in voorverpakking', *FIP* 2013, p. 275 en 277. Anders: W.J.P. Jongepier & K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013, p. 196.

de verplichtingen schriftelijk waren geaccordeerd door de financiers en (iii) een betalingsvoorstel was gedaan en goedgekeurd.²⁴¹ In de affaire-*Neckermann* lijkt het gebrek aan financiële ruimte prohibitief voor een pre-pack te zijn geweest.²⁴²

Het treffen van dergelijke voorzieningen is niet altijd eenvoudig. Immers, niet alleen geldt de regel uit *Beklamel* gedurende de pre-pack, ook overigens gelden de normale aansprakelijkheidsregels. De schuldenaar en zijn bestuurder moeten ook rekening houden met het leerstuk van de selectieve (wan)betaling,²⁴³ om maar te zwijgen van de (faillissements)pauliana. Hetgeen wordt betaald aan pre-packcrediteuren is niet meer beschikbaar voor de overige schuldeisers of de gezamenlijke schuldeisers. Het is zeer wel mogelijk dat gedurende de pre-pack de situatie bestaat dat de bestuurder weet of redelijkerwijs moet begrijpen dat de betalingen aan pre-packcrediteuren tot gevolg zullen hebben dat de schuldenaar andere verplichtingen niet zal kunnen nakomen en ook geen verhaal zal bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.²⁴⁴

Toch zal het in de regel mogelijk zijn tussen de Scylla van *Beklamel* en de Charybdis van de selectieve betaling te varen. Geen probleem bestaat indien de betalingen niet ten laste van het vermogen van de schuldenaar gaan, maar door een derde worden verricht.²⁴⁵ Maar ook indien die betalingen wel ten laste van het vermogen van de schuldenaar gaan, hoeft dat niet *per se* aansprakelijkheid tot gevolg te hebben; dit is met name niet het geval waar tegenover deze betalingen prestaties staan die de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers ten goede komen.

Het ware evenwel wenselijk dat de WCO I voorziet in instrumenten om – voorzien van de nodige waarborgen – de pre-packcrediteuren in een betere positie te brengen in een opvolgend faillissement. Dat gebeurt in het voorontwerp alleen met het salaris en de kosten van de beoogd curator.²⁴⁶ De gegeven rechtvaardiging – het zo laag mogelijk maken van de kosten van de afwikkeling van het faillissement en het behoud van de waarde van de onderneming²⁴⁷ – kan ook gelden voor ten minste sommige pre-packcrediteuren.

In Frankrijk kunnen partijen die in het kader van een *procédure de conciliation* 'nieuw geld' – of beter: nieuwe waarde – inbrengen in een daaropvolgende insolventieprocedure een – wat bij ons genoemd zou kunnen worden – (super)boedelschuld toegekend krijgen, die zelfs boven 'gewone' boedelschulden gaat, die op hun beurt weer boven zekerheidsgerechtigden kunnen zijn gerangschikt.²⁴⁸ In dat laatste kan men de Amerikaanse 'priming lien' herkennen, waarmee de 'debtor in posses-

241. Zie het verslag van de voormalig beoogd curatoren, p. 4 en 5, te raadplegen via www.dorhout.nl/downloads/Verslag_stille_bewindvoering.20140204.PDF (laatstelijk geraadpleegd 15 september 2014).

242. Zie het 'openingsverslag/eerste faillissementsverslag', kenbaar via <http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=02.zwb.14.458.F.V.01> en <http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=02.zwb.14.458.F.V.02>, onder punt 7 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014): 'Na een eerste inventarisatie (...) bleek dat van een zuivere pre pack geen sprake was temeer omdat er geen financiële ruimte meer was voor een pre pack periode en de salarisbetalingen aanstaande waren en daaraan niet kon worden voldaan omdat de kredietruimte bij de bank inmiddels was volgelopen en ook de bank tot een verdere financiering niet wilde komen.'

243. Zie laatstelijk HR 4 april 2014, NJ 2014/195 (*V./Ingwersen q.q. en Mulder q.q.*) en HR 23 mei 2014, NJ 2014/325 (*K./Maas q.q.*).

244. Aldus het criterium uit HR 23 mei 2014, NJ 2014/325 (*K./Maas q.q.*).

245. Vgl. HR 17 januari 2014, NJ 2014/61 (*H.H./Unitco*).

246. Art. 366 lid 3 (ontwerp-)Fw.

247. P. 28 concept-MvT.

248. Art. L611-11 jo. L622-17 en L641-13 Code de Commerce.

sion' – overigens wel na een beslissing van de rechter – wederpartijen een hoog – zelfs hoger dan bestaande zekerheidsrechten – gerangschikt zekerheidsrecht kan verschaffen om hen over de streep te trekken krediet te verlenen.²⁴⁹

Dat gaat wat ver, maar het lijkt mij alleszins gerechtvaardigd dat pre-packcrediteuren, indien de beoogd curator hun prestaties waarde verhogend of zelfs cruciaal acht, in een eventueel faillissement de status van boedelschuldeiser toegekend kunnen krijgen. Dit komt niet slechts ten goede aan de pre-packcrediteuren maar kan ook – in sommige gevallen – voorkomen dat de pre-pack ontijdig in een faillissement komt te verkeren.

1.12 Tot slot

De pre-pack is de Dr. Jekyll en de Mr. Hyde van het insolventierecht. Hij leent zich zowel voor waardebehoud als voor misbruik. Het is met de pre-pack niet wezenlijk anders gesteld dan met het faillissement zelf. De inspanningen moeten erop gericht zijn te bevorderen dat de positieve kanten van de pre-pack naar voren treden en te voorkomen dat er misbruik van wordt gemaakt.

Veel hangt af van de persoon van de beoogd curator. Wat dat betreft, verkeren we in Nederland in een goede uitgangspositie, omdat de beoogd curator wordt aangewezen door de rechtbank en geselecteerd uit de reguliere 'pool' van curatoren.

Verbetering kan worden gebracht door de transparantie te bevorderen, nadere regels te ontwikkelen voor de wijze waarop de onderneming(sactiva) te gelde worden gemaakt en de doorstart te onderwerpen aan een meer substantiële toets dan thans het geval is – pre-pack of niet – met bij voorkeur de mogelijkheid voor schuldeisers gehoord te worden. Voorts maakt de zegetocht van de pre-pack het des te belangrijker dat de positie van de werknemers in (en rond) faillissement nadere overweging krijgt. De positie van de pre-packcrediteuren verdient verbetering, met het oog op hun gerechtvaardigde belangen én de slagkracht van de pre-pack.

249. Zie 11 USC § 364(d)(1): 'The court, after notice and a hearing, may authorize the obtaining of credit or the incurring of debt secured by a senior or equal lien on property of the estate that is subject to a lien only if (A) the trustee is unable to obtain such credit otherwise; and (B) there is adequate protection of the interest of the holder of the lien on the property of the estate on which such senior or equal lien is proposed to be granted.'

Hoofdstuk 2

Het buitengerechtelijk akkoord en het concept-voorstel WCO II

Prof. mr. R.D. Vriesendorp^{*}

* Prof. mr. R.D. Vriesendorp is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek en hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University. Met dank aan Ruud Hermans en Rob van den Sigtenhorst, beiden advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Amsterdam, voor hun bijdrage aan dit preadvies.

2.1 Inleiding

1. Op 14 augustus 2014 verscheen op internet het consultatiedocument over het dwangakkoord buiten faillissement in het kader van het wetgevingsprogramma ‘Herijking faillissementsrecht’.¹ Het betreft het tweede consultatiedocument van de tweede pijler van de herijking, getiteld ‘Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden’, kortweg genaamd Wet Continuïteit Ondernemingen II (hierna: WCO II).² Zoals de benaming aangeeft, regelt dit onderdeel de mogelijkheid om schuldenaren hun schulden te laten saneren zonder een formele insolventieprocedure (faillissement of surseance van betaling). Het moet dan gaan om een potentieel rendabele onderneming, die haar problematische schuldensituatie wil aanpakken, maar zich hierbij geconfronteerd ziet met een of meer schuldeisers die zich daartegen verzetten. Tot op heden resteert een schuldenaar dan niet veel anders dan ofwel die dwarsliggende schuldeiser tevreden te stellen (doorgaans door betaling van de volledige vordering) ofwel zelf surseance van betaling of faillissement te verzoeken en dan, zo mogelijk, met een dwangakkoord het beoogde doel te bereiken.

2. Dit deel van het preadvies behandelt de WCO II, zoals neergelegd in het consultatiedocument. Na een bespreking van de opzet van het consultatiedocument (paragraaf 2.2.1), het doel en de achtergronden van het wetsvoorstel (paragraaf 2.2.2), en de voorgeschiedenis (paragraaf 2.2.3), wordt de regeling van het buitengerechtelijk akkoord in het voorgestelde wettelijk systeem na een korte inleiding (paragraaf 2.3.1) behandeld aan de hand van de twee fasen waarin deze regeling is opgedeeld: de stemming (paragraaf 2.3.2) en de algemeenverbindendverklaring (paragraaf 2.3.3). Waar zinvol en nuttig, zet ik daarbij het voorstel af tegen de bestaande mogelijkheden in Nederland, alsmede *Chapter 11 Bankruptcy Code* in de Verenigde Staten van Amerika en het *scheme of arrangement* in Engeland, nu deze rechtsstelsels als voorbeeld voor de WCO II hebben gediend.³ Hierbij wordt ook aangesloten bij de Europese ontwikkelingen, zoals door de Europese Commissie eind 2012 gelanceerd met de herziening van de huidige Insolventieverordening (EG/1346/2000; ‘InsVo’) en haar aanbevelingen op dit punt van dit voorjaar. Ik eindig het preadvies met enkele opmerkingen, vragen en enkele verbeterpunten (paragraaf 2.4).

1. Zie hierover de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 15 juli 2014 (*Kamerstukken II* 2013/14, 33695, 5) in navolging van eerdere rapportages aan de Tweede Kamer op 26 november 2012 (*Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74), 27 juni 2013 (*Kamerstukken II* 2012/13, 33695, 1) en 15 november 2013 (*Kamerstukken II* 2013/14, 33695, 3). Artikelnummers in dit hoofdstuk van het preadvies zonder wetsaanduiding verwijzen naar de Faillissementswet.
2. Het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I), dat kort gezegd de wettelijke introductie van de zogenaamde ‘pre-pack’ beoogt, is na consultatie in 2013 neergelegd in een concept dat deze zomer voor advies is gestuurd aan de Raad van State en wordt behandeld door de medepredadviseur Frank Verstijlen.
3. Memorie van Toelichting bij het conceptvoorstel (samen met de conceptwettekst te vinden via www.internetconsultatie.nl/wco2; hierna: MvT), nr. 2.6.

2.2 Hoofdlijnen van de WCO II

2.2.1 Opzet van het consultatiedocument

3. Het consultatiedocument bestaat uit twee delen: een concept wetsvoorstel en een concept memorie-van-toelichting.

4. Het wetsvoorstel bestaat grotendeels uit een nieuwe, tweede, afdeling van – met de WCO I nieuw in te voeren – titel IV van de Faillissementswet: ‘Buiten faillissement en surseance van betaling’. Voorafgaand bevat het een nieuw art. 3c Fw waarin de samenloop van een faillissementsaanvraag met een aanbod voor een informeel dwangakkoord is geregeld, en een processuele toevoeging aan art. 5 Fw op grond waarvan verzoekschriften in het kader van het dwangakkoord moeten worden ondertekend en ingediend door een advocaat. Tevens bevat het voorstel een nieuw art. 42a Fw en wijzigingen van art. 47 en 54 Fw, die hier verder onbesproken blijven.

5. De structuur van het voorstel is dat in de nieuwe afdeling ‘Algemeen verbindend verklaren van een akkoord ter sanering van schulden’ een (chrono)logische regeling is opgenomen van achtereenvolgens (i) het aanbieden van het buitengerechtelijk akkoord met daarvoor geldende vereisten (art. 368-370), (ii) een geschillenregeling (art. 371), (iii) de stemming over het buitengerechtelijk akkoord (art. 372), (iv) het verzoek tot algemeenverbindendverklaring van het aangenomen akkoord met daarvoor geldende vereisten (art. 373-374), (v) de procedurele gang van zaken (art. 375-378), (vi) de rechtsgevolgen van een algemeenverbindendverklaring van het buitengerechtelijk akkoord (art. 379-380), (vii) een ontbinding van het algemeen verbindend verklaarde buitengerechtelijk akkoord (art. 381) en als sluitstuk een koppeling van de regeling aan de InsVo (art. 384).

6. De bijbehorende memorie van toelichting bevat een algemeen deel (I) en een artikelsgewijze toelichting (II). In het algemeen deel worden doel en inhoud van het wetsvoorstel (1), achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel (2), de uitgangspunten van de voorgestelde regeling (3) en een beschrijving van de procedure (4) beschreven. De onderdelen consultatie (5) en administratieve lasten (6) worden later ingevuld.

2.2.2 Doel en achtergronden van het voorstel

7. Zoals de minister in zijn voortgangsrapportage over de ‘Herijking faillissementsrecht’ aangeeft, streeft hij met dit wetgevingsprogramma om onnodige faillissementen zo veel mogelijk te voorkomen. Hiertoe wil hij ondernemers met (dreigende) betalingsproblemen stimuleren die problemen in een vroeg stadium onder ogen te zien en daarmee aan de slag te gaan. De wetgever moet hierbij helpen door reorganisatie en herstructurering buiten faillissement te faciliteren. Dit probeert het voorstel te bereiken door ‘het proces van sanering van problematische schulden bij ondernemingen buiten faillissement te flexibiliseren, te bespoedigen en met

zo min mogelijk formaliteiten, kosten en onzekerheden gepaard te doen gaan'.⁴ Het wetsvoorstel biedt de ondernemer hiertoe de mogelijkheid om op basis van een akkoord met zijn schuldeisers en eventueel aandeelhouders tot een oplossing te komen, zelfs als een of enkele schuldeisers/aandeelhouders zich daartegen op onredelijke gronden zouden verzetten. Hun gebondenheid wordt bereikt door een algemeenverbindendverklaring van het buitengerechtelijk akkoord door de rechter, zoals dat nu al geldt voor concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord in faillissement (art. 156 Fw) en surseance van betaling (art. 273 Fw). Hoewel het initiatief voor deze wijze van sanering en de regie op dat proces vooral bij de schuldenaar ligt, dient de rechterlijke tussenkomst ter bescherming van de belangen van de minderheid die mogelijk tot gebondenheid wordt gedwongen. Het past in de huidige tijdgeest van een zich terugtrekkende overheid dat zij het initiatief voor een herstructurering bij de schuldenaar/ondernemer legt. Hiermee dient het voorstel ook als 'stok achter de deur' om partijen tot een minnelijke regeling te stimuleren in de gevallen waarin de schuldeiser/aandeelhouder geen redelijk belang heeft om zich daartegen te verzetten.

8. De regeling is beperkt tot ondernemers en ondernemingen, waarbij het irrelevant is in welke rechtsvorm die activiteit wordt ontplooid: als eenmanszaak, vennootschap, coöperatie of andere (buitenlandse) rechtspersoon. Natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen hebben geen behoefte aan de nieuwe regeling, omdat zij nu al de medewerking van een dwarsliggende schuldeiser, zo nodig via de rechter, kunnen afdwingen (art. 287a Fw).

9. Het buitengerechtelijk akkoord, ook wel informeel dwangakkoord genoemd, voorziet in een behoefte in de praktijk. De huidige wet biedt namelijk een schuldenaar met een op zichzelf operationeel rendabele activiteit onvoldoende handvat om met zijn schuldeisers/aandeelhouders tot een minnelijke oplossing te komen als een of enkele van de betrokken schuldeisers/aandeelhouders om onzakelijke redenen niet aan de totstandkoming van een minnelijk akkoord willen meewerken. Een dwarsliggende schuldeiser heeft een behoorlijk sterke positie tegenover de ondernemer die een herstructurering door een schuldsanering nastreeft. Dit betekent dat de schuldenaar soms gedwongen wordt om de dwarsligger uit te kopen en volledig te voldoen om van diens 'chantage' verlost te worden.

10. Een alternatief is om aan te sturen op een formele insolventieprocedure: faillissement of surseance van betaling. Hiermee loopt de schuldenaar echter het risico dat er een 'self-fulfilling prophecy' ontstaat. Weliswaar bieden die beide procedures de mogelijkheid van een dwangakkoord om een of enkele onwillige schuldeisers tot gebondenheid te dwingen, maar dit betreft in beginsel slechts concurrente schuldeisers en de ervaring leert dat de publiciteit rondom een faillissement of surseance van betaling een extra liquiditeitsprobleem veroorzaakt. Niet alleen gaan noodzakelijke leveranciers ingrijpender betalingscondities verlangen (kortere betalingstermijnen of zelfs directe betaling; (extra) zekerheden; hogere prijzen enz.), maar ook gaan afnemers vaker hun betalingen opschorten of uitstellen, omdat zij niet meer zeker zijn van de toegezegde garanties e.d. en haken potentiële klanten

4. MvT nr. 1.

af. Verder loopt de schuldenaar het risico van (automatische) beëindiging van lopende contracten, licenties en vergunningen. De betere werknemers en andere betrokkenen die voor een goede bedrijfsvoering nodig zijn, zijn snel vertrokken om van de reputatieschade nog maar te zwijgen. Deze procedures zijn, kortom, geen aantrekkelijk vooruitzicht. Dit blijkt overigens ook uit het kleine aantal akkoorden dat in faillissementen en surseances van betaling tot een beëindiging daarvan leidt.⁵ Het wetsvoorstel beoogt daarom de sanering van de schulden buiten faillissement of surseance van betaling te bewerkstelligen.

11. Zoals het consultatiedocument aangeeft, is er brede steun voor de mogelijkheid van een buitengerechtelijk akkoord, zowel in de praktijk als in de literatuur. De rechtspraak wordt geregeld geconfronteerd met herstructureringen die vastlopen of mislukken omdat een enkele schuldeiser (en soms een aandeelhouder) niet wil meewerken om zodoende zijn *nuisance value* te verzilveren. Het bedrijfsleven is voorstander van een buitengerechtelijk akkoord omdat Nederland hiermee weer in de pas loopt met het buitenland. De banken ondersteunen het voorstel ook met het oog op dwarsliggende banken bij syndicaatsleningen en de noodzaak voor vereenvoudiging van *debt-for-equity-swaps*. In de literatuur ten slotte zijn ook uitgewerkte en concrete voorstellen gedaan voor een Nederlandse regeling van het informeel dwangakkoord.⁶

12. Het voorstel sluit goed aan bij de plannen van de Europese Commissie met het oog op de aanpassing van de Europese Insolventieverordening. In haar Aanbeveling van 12 maart 2014⁷ spoort de Commissie de lidstaten aan om in hun wetgeving regels op te nemen die erop gericht zijn om levensvatbare ondernemingen die in financiële problemen zijn, op een zo goedkoop en efficiënt mogelijke wijze te laten herstructureren, bij voorkeur zonder gerechtelijke procedure en bemiddelaar of toezichthouder. In hoofdstuk III ('Preventief herstructureringsstelsel') van de Aanbeveling wordt in art. 6 aangeraden om een informeel dwangakkoord mogelijk te maken in het kader van een wettelijke regeling met de volgende elementen: (a) vroegtijdige herstructureringsmogelijkheden,⁸ waarbij (b) de schuldenaar zeggenschap en leiding over zijn onderneming moet behouden (eventueel met bijstand van een bemiddelaar of toezichthouder),⁹ en (c) tijdelijke schorsing van tenuitvoer-

5. Zie CIR/TiU: over de periode 2010 tot 1 september 2014 zijn ruim 28 500 faillissementen geëindigd (door opheffing, uitdeling, akkoord, vernietiging en omzetting), terwijl in diezelfde periode slechts 476 faillissementen door een akkoord tot een einde zijn gekomen (ongeveer 1,7%). Bij surseance van betaling ligt de verhouding over die periode niet veel anders: 53 van de 2080 beëindigde surseances (ongeveer 2,5%).

6. R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV (Schuldsaneringsregeling rechtspersonen buiten surseance van betaling of faillissement)', *TvI* 2013/20; R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of opportunity voor een Nederlandse scheme of arrangement?', *TvI* 2013/12. Vgl. voorts J.B. Huizink (red.), *Herstructurering en Insolventie: naar een Scheme of Arrangement* (ZIFO-reeks, deel 9), Deventer: 2013; E. Schmieman, 'De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie', *Ondernemingsrecht* 2014/77.

7. Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (2014/135/EU), *PbEU* 2014, L 74/65 (C(2014)1500 def.); hierna: Aanbeveling.

8. Art. 7 en 8 Aanbeveling.

9. Art. 9 Aanbeveling.

leggingsmaatregelen moet kunnen vragen¹⁰ om te komen tot (d) een voor alle schuldeisers bindend herstructureringsplan,¹¹ mits goedgekeurd door de rechter,¹² terwijl (e) de hiervoor benodigde nieuwe financiering bestand is tegen latere aantasting (vernietiging of niet-tegenwerpbaarheid).¹³

13. Ten slotte heeft de wetgever nadrukkelijk aansluiting gezocht bij vergelijkbare regelingen van een buitengerechtelijk akkoord in andere landen die vergelijkbaar met Nederland zijn of voor Nederland belangrijk zijn (België, Duitsland, Engeland en Wales, Frankrijk, Italië, Spanje en de Verenigde Staten van Amerika).¹⁴ Hierbij is gebleken dat hoewel de regelingen per land verschillen, zij vooral zijn geïnspireerd door de regeling van de Amerikaanse *Chapter 11*-procedure en de Engelse *scheme of arrangement*.¹⁵

2.2.3 Voorgeschiedenis

14. De voorgeschiedenis van het buitengerechtelijk akkoord toont vooral de afwezigheid van een wettelijke regeling. De Faillissementswet heeft zich altijd beperkt tot de – oorspronkelijk twee en met de invoering van de Wsnp in 1998 drie – insolventieprocedures, waarbij de schuldenaar in belangrijke mate wordt beperkt in het beheer en de beschikking over diens vermogen. Bovendien wordt hij bijgestaan – bij de surseance van betaling –, of zelfs vervangen – bij faillissement en schuldsanering natuurlijke personen – door een buitenstaander (curator/bewindvoerder) die door de rechtbank wordt aangesteld en – bij faillissement en schuldsanering natuurlijke personen – onder haar toezicht staat.

15. De voorfase is in de nieuwe procedure door de wetgever aan partijen overgelaten. Al dan niet onder druk van incassomaatregelen, zoals procedures, beslaglegging of faillissementsaanvragen moet de schuldenaar met zijn schuldeisers tot afspraken zien te komen. Hiertoe staat hen het contractenrecht ten dienste. Aangezien daarbij het wezenlijke beginsel van de contractvrijheid geldt, zijn partijen onderworpen aan het maatschappelijk-economisch krachtenspel, waarbij degene met de meeste macht uiteindelijk in belangrijke mate het eindresultaat kan bepalen. Dit wordt weliswaar genuanceerd doordat het dreigende alternatief van een failliete schuldenaar doorgaans voor de meeste betrokkenen niet aantrekkelijk is en tot verdere verliezen kan leiden. Een juridische begrenzing is slechts in uitzonderlijke gevallen te bereiken met inroeping van de leerstukken van misbruik van recht (art. 3:13 BW) of redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW). Deze beperkte ruimte om eventuele non-coöperatieve of zelfs ronduit ‘dwarsliggende’ schuldeisers tot andere

10. Art. 10-14 Aanbeveling.

11. Art. 15-20 jo. 24-26 Aanbeveling.

12. Art. 21-23 Aanbeveling.

13. Art. 27-29 Aanbeveling.

14. Hierbij is aansluiting gezocht bij een door INSOL Europe op verzoek van de Europese Commissie verricht onderzoek in 2014 ('Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices', http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insol_europe_report_2014_en.pdf) en een WODC-studie verricht door P.M. Veder, T.E. Booms & N.B. Pannevis, *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het Programma herijking faillissementsrecht*, Nijmegen: 2013 (http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/2315-faillissementsrecht.aspx?nav=ra&l=organisaties_en_beroepsgroepen&l=bewindvoerders#publicatiegegevens).

15. MvT nr. 2.6.2 en 2.6.3.

gedachten te brengen is door de Hoge Raad uitdrukkelijk gesanctioneerd. Deze heeft in 2005 – in een overigens behoorlijk atypische casus! – de schuldeiser ruim baan gegeven om niet te hoeven instemmen met een schuldregeling waarbij hij (een deel van) zijn vordering zou moeten prijsgeven.

‘3.5.2 (...) Bij een buitengerechtelijk akkoord (...) staat het een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar aangeboden akkoord – dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren. (...)’

3.5.4 [Daarom is] bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden [en kan] slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats (...) zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een een hem aangeboden akkoord me te werken.¹⁶

16. Voor de Commissie Insolventierecht¹⁷ was de uitspraak van de Hoge Raad reden om de positie van de schuldenaar in financiële moeilijkheden maar met een op zichzelf levensvatbare onderneming te versterken ten opzichte van een dwarsliggende schuldeiser. Zij had dit gedaan door in titel 7 (‘Voorzieningen buiten insolventie’) in afdeling 7.1 Voorontwerp Insolventiewet een regeling voor het buitengerechtelijk akkoord op te nemen onder de kop ‘Akkoord buiten insolventie’. In art. 7.1.1-32 van het Voorontwerp was dit verder uitgewerkt.¹⁸ Zoals bekend heeft de Minister van Veiligheid en Justitie in 2011 besloten om het Voorontwerp niet in wetgeving om te zetten.¹⁹

17. Intussen had de wetgever in het kader van een herziening van de schuldsaneringsregeling in 2008 voor natuurlijke personen wel een mogelijkheid geopend om onredelijk dwarsliggende schuldeisers in de voorfase voorafgaand aan de gerechtelijke procedure tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord te dwingen. Met de invoering van art. 287a Fw biedt de wetgever de schuldenaar sindsdien de mogelijkheid om aan de rechtbank het verzoek te doen zo’n weigerachtige schuldeiser te bevelen om met een ‘schuldregeling’ (zoals de wetgever een buitengerechtelijk akkoord bij de schuldsanering natuurlijke personen aanduidt) in te stemmen. Blijkens art. 287a lid 5 Fw zal de rechtbank een dergelijk bevel geven als zij van oordeel is dat ‘de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegd-

16. HR 12 augustus 2005, NJ 2006, 230.

17. Deze staatscommissie onder leiding van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann en waarvan de auteur van dit preadvies lid was, heeft ter uitvoering van het Eindrapport van de MDW-werkgroep uit 2001 van 2003-2007 een algehele herziening van de Faillissementswet in de vorm van een Voorontwerp voor een Insolventiewet voorbereid, dat na een consultatieronde in 2007-2008 nog enigszins is aangepast in 2009.

18. Zie ook de Ontwerp-Toelichting, p. 153-165; een deel hiervan hebben Ruud Hermans, Klaas de Vries en ikzelf overgenomen of als inspiratie gebruikt in ons artikel in TvI 2013/20: ‘Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV (Schuldsaneringsregeling rechtspersonen buiten surseance van betaling of faillissement)’.

19. Beantwoording vragen Kamerlid Gesthuizen door minister Opstelten 11 januari 2011 (*Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 1014).

heid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad'. Deze mogelijkheid is de afgelopen jaren al vaak ingeroepen: bijna 6800 verzoeken op een totaal van ruim 80 000 aanvragen om toelating tot de schuldsanering in de periode 2009 tot en met 2013. In ongeveer 30% van die gevallen (ruim 2000) is het verzoek om een gedwongen schuldregeling toegewezen, dat wil zeggen, in ongeveer 2,5% van alle gevallen waarin toelating tot de schuldsanering is verzocht. Gemiddeld wordt uiteindelijk ongeveer 80% daadwerkelijk tot de schuldsanering toegelaten waarvan vervolgens in 2013 bij bijna 75% een 'schone lei' is verleend, dat wil zeggen kwijtschelding van de schulden.²⁰

18. In plaats van een integrale herziening van de Faillissementswet in een Insolventiewet, zoals voorgesteld door de Commissie Insolventierecht, heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie op aandrang van de praktijk in de loop van 2012 gekozen om toch een aantal onderdelen van het faillissementsrecht te gaan aanpakken. Dit is gebeurd op basis van een wetgevingsprogramma met de benaming 'Herijking faillissementsrecht' met een drietal pijlers: (i) bestrijding van faillissementsfraude, (ii) bevordering van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.²¹ De tweede pijler wordt onder de benaming 'Wet Continuïteit Ondernemingen' in drie onderdelen uitgewerkt: de WCO I ter introductie van de zogenoemde pre-pack (waarover medepreadviseur F.M.J. Verstijlen schrijft), de WCO II over het buitengerechtelijk akkoord (dat in dit preadvies wordt behandeld) en de WCO III over onder meer de doorleveringsplicht om voortzetting van een onderneming tijdens het faillissement te vergemakkelijken, het voortbestaan van overeenkomsten en andere maatregelen om de kansen op een succesvolle doorstart van (een deel van) de onderneming te vergroten. Met betrekking tot de tweede pijler werd aangekondigd dat een regeling wordt gemaakt ter ondersteuning van reddingspogingen van in de kern gezonde ondernemingen met een schuldenprobleem.

19. Nadat Anna Soedira in 2011 haar proefschrift²² over het akkoord had verdedigd, waarin zij ook aandacht heeft besteed aan het buitengerechtelijk akkoord, verschenen er vanuit de rechtspraktijk voorstellen voor een regeling hiervan. Zo heeft Insolad in haar voorstel van november 2012 aansluiting gezocht bij de gedwongen schuldregeling uit de Wsnp door in combinatie met de aanstelling van een stille bewindvoerder een onwillige schuldeiser bij een buitengerechtelijk akkoord door de rechtbank tot instemming te laten bevelen (art. 361i-j (ontwerp)-Fw).²³ Verder hebben onder andere Ruud Hermans en ik in het *Tijdschrift voor Insolventierecht* en tijdens een speciaal hieraan gewijd seminar van het Zuidas Instituut voor Financieel Ondernemingsrecht in het voorjaar van 2013 de problematiek vanuit de dagelijkse herstructureringspraktijk benaderd en hebben wij suggesties voor een regeling

20. De cijfers zijn afkomstig uit de Monitor Wsnp, Tiende meting over het jaar 2013 (Nijmegen 2014), (www.wsnp.rvr.org/pdf/Monitor%20Tiende%20meting.pdf).

21. Brieven van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 26 november 2012 (*Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74), 27 juni 2013 (*Kamerstukken II* 2012/13, 33695, 1), 15 november 2013, (*Kamerstukken II* 2013/14, 33695, 3) en 15 juli 2014 (*Kamerstukken II* 2013/14, 33695, 5).

22. A.D.W. Soedira, *Het akkoord* (diss. Nijmegen), 2011.

23. Voorstellen wijziging Faillissementswet Commissie INSOLAD, <http://static.basenet.nl/cms/105928/web-site/voorstellen-wijzigingen-fw.pdf>.

gedaan.²⁴ Vervolgens hebben wij, op basis van de regeling in het Voorontwerp Insolventiewet en de Amerikaanse en Engelse voorbeelden van *Chapter 11* en de *scheme of arrangement*, een wetsvoorstel met toelichting uitgewerkt, welk voorstel mede ten grondslag heeft gelegen aan het voorliggende consultatiedocument.²⁵

2.3 De regeling van de WCO II

2.3.1 Inleiding

20. Het voorstel voor de WCO II in het consultatiedocument gaat uit van een tweetrapsraket om tot een buitengerechtelijk akkoord te komen. De eerste fase bestaat uit het opstellen van een herstructureringsplan gericht op een akkoord tussen de schuldenaar en (een deel van) zijn schuldeisers en/of aandeelhouders dat leidt tot een wijziging van hun rechten en de stemming daarover (art. 368-372; zie paragraaf 2.3.2). De tweede fase ziet op de effecten daarvan door de rechter te vragen het akkoord algemeen verbindend te verklaren (art. 373-383; zie paragraaf 2.3.3). Sluitstuk is het van overeenkomstige toepassing verklaren van de regeling voor internationale gevallen die onder de werking van de Europese Insolventieverordening vallen (art. 384; zie paragraaf 2.3.4).

21. Daarnaast bevat het voorstel nog enkele min of meer op zichzelf staande bepalingen van processuele of materiële aard. Processueel van aard zijn de invoering van een nieuw art. 3c (samenloop met faillissementsaanvraag), aanpassing van art. 5 (noodzaak van betrokkenheid van advocaat) en invoering van art. 329a (afbakening ten opzichte van het akkoord in de Wsnp). Een materieel karakter hebben de aanpassingen van art. 42 en 47 (faillissementspauliana) en art. 54 (verrekening na schuldoverneming). Zoals gesteld blijven deze onderdelen van de WCO II in dit preadvies verder onbesproken.

2.3.2 Eerste fase: voorstel voor een akkoord en stemming (art. 368-372)

2.3.2.1 *De procedure*

22. Uitgangspunt voor het wetsvoorstel is dat de schuldenaar en (een belangrijk deel van) zijn schuldeisers/aandeelhouders bereid zijn om water bij de wijn te doen en daarvoor een deel van hun positie op te geven.²⁶ Er moet sprake zijn van een regeling waarbij de rechten van de betrokkenen worden gewijzigd. De procedure is dus niet bedoeld voor schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten onveranderd blijven. Dit spreekt voor zich voor degenen die bijvoorbeeld zekerheidsrechten hebben, die niet worden aangetast. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld dwang-

24. R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of opportunity voor een Nederlandse scheme of arrangement?', *Tvl* 2013/12. Zie ook J. Jol en R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, in: J.B. Huizink (red.), *Herstructureren en Insolventie: naar een Scheme of Arrangement* (ZIFO-reeks, deel 9), Deventer: 2013.

25. R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel VI (Schuldsaneringsregeling rechtspersonen buiten surseance van betaling of faillissement)', *Tvl* 2013/20. Zie voorts R.M. Hermans & R.D. Vriesendorp, 'Het dwangakkoord in het insolventierecht: vrijheid in gebondenheid?', *Tvl* 2014/10.

26. MvT p. 44.

crediteuren in de vorm van cruciale leveranciers of werknemers zonder wie de schuldenaar geen levensvatbare bedrijfsactiviteiten kan uitvoeren. Het is primair degene die het akkoord aanbiedt, doorgaans de schuldenaar (zie echter hieronder nr. 28), die bepaalt wie door het akkoord getroffen gaan worden en dus wie in de procedure betrokken moeten worden en dus stemgerechtigd zijn (vgl. art. 368 lid 1 slot).

23. Door het toepassingsbereik van het akkoordvoorstel — en daarmee de stemgerechtigdheid — te koppelen aan de beoogde ingreep in de *rechtspositie* is het, voor de vraag of bepaalde schuldeisers/aandeelhouders wel of niet in de procedure moeten worden betrokken, niet van belang in hoeverre zij zonder de herstructurerings enigerlei uitkering kunnen verwachten. De *feitelijke* positie van vooral de concurrente schuldeisers en aandeelhouders is in faillissement doorgaans weinig rooskleurig omdat er meestal onvoldoende geld is om de vorderingen van de schuldeisers te voldoen, terwijl de waarde van de aandelen tot nul gereduceerd is. Toch moeten ook zij bij het akkoord worden betrokken — en daarover stemmen — als hun rechten door het akkoord worden gewijzigd, bijvoorbeeld door te bepalen dat op de vordering nog maar een beperkte — of geheel geen — uitkering zal plaatsvinden of dat door een aandelenuitgifte de bestaande aandeelhoudersposities verwateren. Weliswaar zou dan hun feitelijke positie niet gewijzigd worden (in het akkoord krijgen zij niets en in faillissement vermoedelijk evenmin), maar rechtens verandert hun positie wel. Hier lijkt het voorstel overigens wel innerlijk tegenstrijdig. In de memorie van toelichting wordt enerzijds gesteld dat het voorliggende voorstel is gebaseerd op de economische werkelijkheid en partijen die ‘onder water’ staan het akkoord in beginsel niet moeten kunnen tegenhouden, maar anderzijds kent het hen wel stemrecht toe.²⁷

24. Het buitengerechtelijk akkoord kan worden aangeboden door iedere schuldenaar die hetzij een rechtspersoon is, hetzij een natuurlijk persoon die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent (art. 368 lid 1). Dit kan ook in samenwerking met anderen, zodat ook personenassociaties als vennootschappen onder firma en maatschappen een akkoord kunnen aanbieden. De natuurlijke persoon die geen beroeps- of bedrijfsactiviteiten uitoefent, valt buiten de regeling: hem of haar staat een beroep op de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen open, die met art. 287a een eigen regeling voor een buitengerechtelijk akkoord kent. De beroeps- of bedrijfsmatig opererende natuurlijke persoon kan derhalve kiezen: via de Wsnp kan hij een enkele dwarsliggende schuldeiser met een bevel van de rechtbank tot instemming met het akkoord laten dwingen en op basis van de WCO II kan hij het akkoord algemeen verbindend laten verklaren.

25. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, staat de herstructureringsmogelijkheid via een buitengerechtelijk akkoord in beginsel altijd open, ongeacht of de rechtspersoon een bedrijfsactiviteit uitoefent. Alleen banken als bedoeld in art. 1:1 Wft zijn uitgesloten van de regeling (art. 368 lid 8 jo. art. 212g onderdeel a Fw). Verder maakt het niet uit in welke rechtsvorm de rechtspersoon gegoten is. Het voorstel beperkt de rechtspersonen niet tot privaatrechtelijke rechtspersonen, zoals de be-

27. MvT p. 16.

sloten of naamloze vennootschap, (coöperatieve) vereniging of stichting, maar lijkt ook publiekrechtelijke rechtspersonen de mogelijkheid van het buitengerechtelijk akkoord te bieden. Een failliete politieregio, zoals in 2002 de politieregio Gelderland-Zuid, zou naast staatsrechtelijke saneringsmogelijkheden via ondercuratelestelling van het Ministerie van BZK dus ook gebruik moeten kunnen maken van het buitengerechtelijk akkoord.

26. Voor privaatrechtelijke rechtspersonen met aandeelhouders of leden beperkt het voorstel hun lidmaatschapsrechten²⁸ daar waar die een snelle en daadkrachtige herstructurering in de weg zouden kunnen zitten. Zo valt het aanbieden van een akkoord, ongeacht de inhoud van het voorstel, buiten het toepassingsbereik van art. 2:38 en 2:107a BW (en bij beursgenoteerde ondernemingen buiten het toepassingsbereik van art. 5:25ka Wft). Statutaire dan wel contractuele goedkeuringsregelingen zijn ten aanzien van een informeel akkoord nietig. Eventuele noodzakelijke besluiten van aandeelhouders- of ledenvergaderingen kunnen worden vervangen door in kracht van gewijsde gegane beschikkingen van de rechtbank tot algemeenverbindendverklaring (art. 368 lid 5 en 6). Deze keuze is gemaakt om het bestuur slagvaardig en in relatieve stilte aan de herstructureringsplannen te laten werken. Het is immers aan het bestuur van de schuldenaar om het traject voor een buitengerechtelijk akkoord in gang te zetten. Dit laat onverlet dat een bestuur(der) in de interne verhoudingen zich daarvoor wel moet verantwoorden tegenover de aandeelhouder(s)/leden. Zolang het bestuur zich richt naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie, voldoet het aan zijn bestuurs-taak.²⁹ Dan mag verwacht worden dat het bestuur van die confrontatie weinig gevaar heeft te duchten.

27. Hoewel het wetsvoorstel de schuldenaar die het akkoord wil aanbieden niet nader definieert naar nationaliteit of woonplaats van de schuldenaar, is een algemeenverbindendverklaring alleen te bewerkstelligen door een rechtbank die bereid is zich bevoegd te achten op grond van art. 3 InsVo. Dit vereist een centrum van de voornaamste belangen in Nederland dat de verzoeker uitdrukkelijk in het verzoekschrift tot algemeenverbindendverklaring moet opnemen (art. 374 lid 1 onderdeel c).

28. Hoewel een akkoord doorgaans door een schuldenaar zal worden aangeboden (en meestal ook wel zal zijn geïnitieerd), is het in de praktijk vaak van tevoren uitonderhandeld met de belangrijkste schuldeisers (financiers, cruciale leveranciers en afnemers). Bij hen zal eerst gepeild worden en pas als er voldoende draagvlak aanwezig lijkt te zijn, zal de schuldenaar de procedure in gang zetten. Soms echter heeft de schuldenaar (of bij vennootschappen de aandeelhouder) minder animo om een akkoord aan te bieden en wordt vooral vanuit een of meer belangrijke schuldeisers op een akkoord aangestuurd. Bijvoorbeeld omdat die schuldeiser anders

28. Hieronder vallen ook houders van certificaten en andere direct of indirect gerechtigden tot het vermogen van de rechtspersoon. Blijkens de MvT (p. 51) moet hierbij worden gedacht aan houders van American Depositary Receipts (ADR's) die aan de beurs in New York genoteerd zijn. Pandhouders van aandelen vallen hier niet onder, ook al hebben zij stemrecht, zolang het economisch belang van het aandeel bij de pandgever berust.

29. MvT p. 49-51.

een groot verlies moet nemen als de schuldenaar zou failleren, of omdat de schuldeiser met een financiële injectie wel mogelijkheden voor een levensvatbare onderneming ziet, maar de aandeelhouder die mogelijkheden niet ziet of heeft en ook niet zonder slag of stoot zijn belang wil kwijtraken. Zo zou de aandeelhouder zijn *nuisance value* kunnen proberen te verzilveren door een akkoord tegen te houden. In al deze gevallen ligt een initiatief voor een akkoord bij de schuldenaar minder voor de hand en hiervoor heeft de wetgever de mogelijkheid geopend voor een betrokken schuldeiser om zo nodig uit eigen beweging een akkoord aan te bieden (art. 368 lid 2). Ter voorkoming van opdringerige schuldeisers die zich rauwelijks met de bedrijfsvoering door de schuldenaar zouden gaan bemoeien, moet hij de schuldenaar wel eerst in de gelegenheid stellen om zelf een akkoord aan te bieden.

29. Het akkoord moet worden voorgelegd aan de schuldeisers en/of aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd. Zij moeten zich met behulp van een stemming hierover uitlaten. Dit vereist dat zij het voorstel tijdig onder ogen krijgen. In aansluiting op de bestaande regeling voor het faillissementsakkoord (art. 139) moeten de stemgerechtigden ten minste acht dagen voor de stemming over het akkoord geïnformeerd worden. Dit kan hetzij door toezending van het voorstel, hetzij bekendmaking hoe zij hiervan kennis kunnen nemen (art. 370 lid 1). Het voorstel voor een akkoord moet voldoen aan een aantal inhoudelijke vereisten en formaliteiten, hetgeen is uitgewerkt in art. 370 lid 2 en 3.

30. Van de inhoudelijke vereisten is de meest wezenlijke dat het voorstel duidelijk aangeeft wat het akkoord precies inhoudt, onder andere wat geeft de schuldenaar op en welke concessie(s) doen de (verschillende klassen) schuldeisers/aandeelhouders? Hoe leidt dit tot een succesvolle herstructurering (art. 370 lid 2 onderdeel a)? Zoals bij ieder akkoord is de schuldenaar in beginsel vrij om de inhoud daarvan te bepalen. De enige begrenzing die de wetgever aangeeft, speelt pas een rol als een algemeenverbindendverklaring wordt verzocht. Dan toetst de rechter aan de criteria van art. 373 lid 3 (zie hieronder nr. 84), zodat de aanbieder van een akkoord er verstandig aan doet om die criteria bij het opstellen van het akkoord in acht te nemen.

31. Als er een onderscheid in klassen van schuldeisers/aandeelhouders wordt gemaakt bevat het voorstel de criteria waarop dat onderscheid is gebaseerd (art. 370 lid 2 onderdeel b) en hoe de verschillende posities gewaardeerd zijn (art. 370 lid 2 onderdeel c). De informatievoorziening aan betrokkenen is van wezenlijk belang: zo moeten zij in het voorstel geïnformeerd worden wanneer men een uitkering kan verwachten (art. 370 lid 2 onderdeel d); hoe men nadere informatie kan krijgen (art. 370 lid 2 onderdeel e), hoe de beraadslagings- en stemprocedure is (art. 370 lid 2 onderdeel f) en hoe en wanneer men de uitslag van de stemming kan vernemen (art. 370 lid 2 onderdeel g).

32. De formele vereisten voor het akkoord brengen met zich mee dat het voorstel een aantal documenten moet bevatten. Voor een deel dienen ook deze ter onderbouwing van het akkoord: zo moet aan het voorstel het plan worden gehecht op basis waarvan voorzien wordt dat na uitvoering van het akkoord de continuïteit van de onderneming verzekerd is (art. 370 lid 3 onderdeel a). Met het oog op de

informatievoorziening aan de betrokkenen is een lijst van bekende schuldeisers vereist (met de hoogte van de vordering en de klasse waarin die schuldeiser is opgenomen; art. 370 lid 3 onderdeel b). Iets vergelijkbaars geldt voor aandelen (art. 370 lid 3 onderdeel d), certificaten (art. 370 lid 3 onderdeel e) en beursgenoteerde effecten (art. 370 lid 3 onderdeel f). Op basis van deze informatie kunnen de betrokkenen inzicht krijgen in hun relatieve positie ten opzichte van medeschuldeisers/-aandeelhouders. Als het akkoord een statutenwijziging behelst, moet de conceptakte van de notaris worden meegestuurd (art. 370 lid 3 onderdeel c). Een combinatie van informatievoorziening en continuïteit betreft de financiële documentatie, bestaande uit — zo mogelijk — recente jaarrekeningen en -verslagen over de afgelopen twee boekjaren (art. 370 lid 3 onderdeel g); een kasstroomoverzicht (art. 370 lid 3 onderdeel h); een staat van — bekende — baten en lasten ten tijde van het aanbieden van het akkoord (art. 370 lid 3 onderdeel i) en een (tussentijdse) balans en winst-en-verliesrekening over het laatste boekjaar of recenter (tot minimaal drie maanden voor aanbieding van het akkoord (art. 370 lid 3 onderdeel j)).

2.3.2.2 *Indeling in klassen*

33. Een herstructurering vergt afstemming met de financiers: in de vorm van verschaffers van vreemd vermogen, eigen vermogen of een combinatie van beide. Pas als de belangrijkste partijen hun bereidheid om de herstructurering te financieren hebben getoond, heeft het zin om de andere betrokkenen met een akkoordvoorstel te benaderen wanneer ook van hen een of andere bijdrage wordt verwacht. Sommige concurrente schuldeisers hebben een monopoliepositie waardoor zij als dwangcrediteur toch volledige betaling kunnen afdwingen. Deze schuldeisers zullen daarom ook bij een akkoord meestal wel worden ontzien. Van andere concurrente schuldeisers zal mogelijk wel iets worden geleverd, vooral bij herstructureringen waar de problemen van de schuldenaar (deels) voortkomen uit diens bedrijfsvoering. In (hoofdzakelijk) financiële herstructureringen, zullen dikwijls alle andere concurrente schuldeisers dan de financiers worden ontzien.

34. Het is aan de schuldenaar die in overleg met zijn financiers het akkoord voorbereidt om iedere groep schuldeisers/aandeelhouders op waarde te schatten en met een passend voorstel te benaderen. Als de onderneming van de schuldenaar operationeel levensvatbaar is, hebben de financiers er alle belang bij dat die operationele activiteiten zo veel mogelijk ongestoord worden voortgezet. Dit betekent dat de handelscrediteuren hun vorderingen zo veel mogelijk voldaan krijgen. Schuldeisers die geen waarde meer toevoegen, zoals obligatiehouders uit een eerdere emissie, worden daarentegen gekort of zelfs volledig onbetaald gelaten, als zij 'out of the money' zijn. In de praktijk blijkt daarom behoefte te bestaan om te onderscheiden tussen verschillende categorieën schuldeisers — ook al zijn zij qua wettelijke rangorde gelijk (art. 3:277 BW) — om zodoende alleen partijen met gelijkwaardige belangen binnen dezelfde categorie te plaatsen.

35. Met art. 369 beoogt het wetsvoorstel aan die praktijkbehoefte gehoor te geven door schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen te verdelen en wijkt het op dit punt wezenlijk af van de huidige wettelijke akkoorden in faillissement en surseance van betaling. Deze zijn in beginsel beperkt tot louter concurrente

schuldeisers. Hoewel de wet deze groep als één geheel beschouwd is de praktijk vindingrijk geweest met tal van varianten voor verschillende soorten schuldeisers, maar een zeker spanningsveld wordt wel gevoeld.³⁰ Het wetsvoorstel beschouwt de indeling in klassen als een van de hoofdonderdelen van de regeling.³¹ Gebaseerd op het Amerikaanse voorbeeld van *Chapter 11*³² en in lijn met de aanbevelingen van de Europese Commissie,³³ getuigt het voorstel van efficiëntie en oog voor de praktijk. Alleen die schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd, worden in de procedure betrokken (art. 369 lid 3). In de praktische uitwerking wijkt het voorstel op dit punt wel af van de Amerikaanse regeling (zie hierna paragraaf 2.4.1).³⁴ In dit systeem doet iedereen mee in het akkoordvoorstel (*Plan*), maar wordt iedereen van wie de rechten daardoor niet worden gewijzigd, geacht voor te stemmen en iedereen die onder de *Plan* niets ontvangt wordt geacht tegen te stemmen.³⁵

36. In het systeem van het wetsvoorstel is een akkoord aangenomen als alle klassen met de vereiste meerderheid daarmee hebben ingestemd (art. 372 lid 2; zie hieronder nr. 50). Per klasse is deze instemming aanwezig als de gewone meerderheid, die twee derde vertegenwoordigt van het bedrag aan vorderingen die aan de stemming meedoen, voor het akkoord heeft gestemd (art. 372 lid 3). Daarom is het van groot belang hoe de klassen zijn samengesteld. Wegens het ontbreken van een dergelijke verdeling naar huidig recht heeft het voorstel een eigen invulling gegeven door te bepalen dat 'gelijkaardige' vorderingen (bij schuldeisers) en rechten (bij aandeelhouders) tot indeling in dezelfde klasse nopen (art. 369 lid 2).³⁶ Hoewel de toelichting aangeeft op dit punt aansluiting te zoeken bij de Engelse regeling van de *scheme of arrangement*,³⁷ biedt die summiere wettelijke regeling nauwelijks houvast.³⁸ Dit heeft de wetgever bewust gedaan. Hij heeft niet gekozen voor een systeem met in de wet vooraf vastgelegde klassen, omdat hiermee een van de belangrijkste doelen van het voorstel zou worden gemist, namelijk maatwerk en flexibiliteit. De waarborg tegen willekeur is te vinden in de geschillenregeling in art. 371. Iedere betrokkene bij het akkoordvoorstel – schuldenaar, schuldeiser die het akkoord aanbiedt (art. 368 lid 2), schuldeiser of aandeelhouder wiens rechten door het akkoord worden gewijzigd – kan de rechtbank verzoeken om een rechter-commissaris te benoemen die zich kan uitlaten over het te verwachten oordeel van de rechter bij de algemeen-verbindendverklaring over onder meer de klassenindeling (art. 371 lid 1 onderdeel a). Hiertoe geeft de memorie van toelichting als richtsnoer de in de Engelse rechtspraak ontwikkelde maatstaf dat die partijen bij elkaar in een klasse moeten worden ondergebracht die zinvol met elkaar kunnen beraadslagen over een gezamenlijk

30. Zie bijvoorbeeld B. Wessels, *Insolventierecht VI*, nr. 6009 e.v.; R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, nr. 274; van enigszins andere orde was de complexe gang van zaken bij het uiteindelijke akkoord in het faillissement van Lehman Brothers Treasury Co. B.V.: Rb. Amsterdam 22 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5246 en de daaraan voorafgaande beschikking van de Hoge Raad van 1 maart 2013 inzake *LBF/Curatoren LBT* (ECLI:NL:HR:2013:BZ2765).

31. MvT p. 52.

32. § 1122 US Bankruptcy Code.

33. Art. 20 Aanbeveling.

34. Zie MvT p. 54.

35. § 1126 (f), (g) US Bankruptcy Code.

36. Vgl. art. 17 Aanbeveling.

37. MvT p. 52.

38. Deze beslaat slechts zeven artikelen (s. 895-901) in Part 26 van de Companies Act 2006.

standpunt.³⁹ Onlangs is deze maatstaf mooi samengevat door J Hildyard in *Apcoa Parking (UK) Ltd & Others*:⁴⁰

‘(1) Persons whose rights are so dissimilar that they cannot sensibly consult together with a view to their common interest must be given separate meetings. Persons whose rights are sufficiently similar that they can consult together with a view to their common interest should be summoned to a single meeting.

(2) The test is based on similarity or dissimilarity of legal rights against the company, not on similarity or dissimilarity of interests not derived from such legal rights. The fact that individuals may hold divergent views based on their private interests not derived from their legal rights against the company is not a ground for calling separate meetings.

(3) The application of this test requires a consideration of (a) the rights of creditors in the absence of the scheme and (b) any new rights to which the creditors become entitled under the scheme. If there is a material difference between the rights of different groups of creditors under (a) or (b), they may constitute different classes. Whether they do so will depend on a judgment as to whether such differences make it impossible for the different groups to consult together with a view to their common interest.

(4) In considering the rights of creditors which are to be affected by the scheme, it is essential to identify the correct comparator. In the case of rights against an insolvent company, where the scheme is proposed as an alternative to an insolvent liquidation, it is their rights as creditors in an insolvent liquidation of the company.’

37. Je kunt het ook van de andere kant benaderen: schuldeisers/aandeelhouders met verschillende belangen moeten in afzonderlijke klassen worden ondergebracht.⁴¹ Op deze wijze gedefinieerd, sluit de regeling aan bij de Amerikaanse klassenindeling: vorderingen of rechten horen slechts dan gezamenlijk in één klas te worden afgewikkeld als zij ‘substantially similar to the other claims or interests of such class’ zijn.⁴² Het is echter de vraag of — gezien de gekozen formulering — de regeling ook in alle opzichten dezelfde flexibiliteit biedt als *Chapter 11* (zie hierna paragraaf 2.4.1).

38. In de gevallen waarin er een verschil is tussen de juridisch gerechtigde tot een vordering of aandeel en degene die daarbij het economisch belang heeft, kiest het voorstel voor zeggenschap — en dus stemrecht — bij degene met het economisch belang, de ‘beneficiary’ (art. 369 lid 4). Hiermee sluit het voorstel aan bij de door de Hoge Raad in 2003 gesanctioneerde praktijk om in surseance van betaling bij een obligatielening de *beneficiaries* — en niet de *nominee* — over het akkoord te laten

39. Zie LJ Chadwick In re *Hawk Insurance Co Ltd*, [2001] EWCA Civ 241 (23 February 2001) [2001] 2 BCLC 480, nr. 23 e.v.; J Richards *T & N Ltd & Others, Re Companies Act 1985* [2006] EWHC 1447 (Ch) (16 June 2006), nr. 84 e.v. (‘The rights of those included in a single class need not be identical, provided they are “not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest”: *Sovereign Life Assurance Co v. Dodd* [1892] 2 QB 573 at 583 per Bowen LJ.’).

40. Re [2014] EWHC 997 (Ch) (26 March 2014), nr. 27 e.v.

41. Vgl. art. 17 Aanbeveling.

42. § 1122(a) US Bankruptcy Code.

stemmen.⁴³ Bij gecertificeerde aandelen waar de zeggenschap bij de aandeelhouder, bijvoorbeeld een STAK, berust, moet voor de stemming over het akkoord juist gekeken worden naar de economisch belanghebbende, de certificaathouder. Aan hem komen de economische voordelen van het aandeel toe, zodat hij mag stemmen als het akkoord de rechten van de aandeelhouder wijzigt.⁴⁴ Een en ander zou voor problemen kunnen zorgen in situaties waarbij gehandeld wordt in de schuld van de schuldenaar (*debt trading*). Daar speelt vaak dat een *trade* al gedaan is, maar om logistieke redenen nog niet is *gesetteld*. Meestal spreken verkoper en koper af dat het economische belang dan direct overgaat. De oorspronkelijke schuldeiser is tot aan de *settlement* de juridische wederpartij van de schuldenaar en jegens deze aan allerlei bepalingen in de financieringsdocumentatie (zoals geheimhoudingsbepalingen) gebonden. Volgens de tekst van het wetsvoorstel is de koper echter al stemgerechtigd en dus partij in de procedure, iets dat partijen nu juist niet beogen. Een oplossing zou kunnen zijn om te verduidelijken dat deze bepaling van regelend recht is.

39. Bij een splitsing van het juridische en economische belang staat de juridisch gerechtigde niet geheel machteloos. Hoewel hij niet mag stemmen over het akkoord, mag hij wel opkomen tegen de algemeenverbindendverklaring door de rechter, als hij vindt dat algemeenverbindendverklaring van het akkoord zijn belangen onevenredig schaadt, zelfs als de certificaathouder of andere economisch belanghebbende had voorgestemd (art. 373 lid 3 onderdeel a).

2.3.2.3 *Geschillen*

40. De totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord gaat meestal gepaard met de nodige strubbelingen: ‘all participants are equal but some are more equal than others’, om George Orwell te parafraseren. Hoewel bij een herstructurering van menige betrokkene verwacht wordt dat deze ergens iets inlevert, is dit op voorhand niet zomaar geregeld. Sommige schuldeisers zijn best bereid om een deel van hun vordering prijs te geven of met een langere (terug)betalingstermijn genoegen te nemen, of een lagere rentevergoeding of een combinatie van dit al, met het oog op de continuïteit van de onderneming en hun (indirecte of langetermijn)belang daarbij, maar anderen willen dit bijvoorbeeld alleen doen als zij ook direct kunnen profiteren van een succesvolle herstructurering. Zij wensen als tegenprestatie een deel van de aandelen te krijgen of op een andere manier hun economische positie verbeterd te zien. Weer andere schuldeisers hebben een cruciale rol zonder wie de schuldenaar niet verder kan. Deze zijn dan weer minder bereid tot inleveren, tenzij de schuldenaar hun belangrijkste wederpartij is. Een teloorgang door faillissement is in zo’n geval het laatste waarop zij wachten en dan liggen concessies weer meer voor de hand. Ook voor aandeelhouders gaat het prijsgeven van hun — op dat ogenblik meestal waardeloze — aandelenbezit niet altijd zonder slag of stoot.

41. Cruciaal voor de standpuntbepaling door de betrokkenen is of zij kans hebben om iets van hun vordering/investering terug te zien of niet als de schuldenaar ten

43. HR 26 augustus 2003, NJ 2004/549 (*Intercomm/UPC*).

44. MvT p. 51.

onder gaat en, zo ja, hoeveel dat is in verhouding tot wat bij uitvoering van het akkoord verwacht mag worden. Als zonder buitengerechtelijk akkoord een faillissement van de schuldenaar onontkoombaar is, worden de bezittingen te gelde gemaakt en, overeenkomstig de wettelijke rangorde van titel 3.10 BW, onder de schuldeisers verdeeld. In het onwaarschijnlijke scenario dat daarna nog een saldo resteert, moet dit worden uitgekeerd aan de aandeelhouder(s) en eventuele andere gerechtigden tot het liquidatiesaldo. In de praktijk komt dit nauwelijks voor.⁴⁵ Wil een buitengerechtelijk akkoord voor een schuldeiser/aandeelhouder een aantrekkelijk alternatief zijn, dan moet hij er niet slechter van worden ten opzichte van zijn positie in liquidatie, maar beter. Dit veronderstelt dat alle betrokkenen hun positie analyseren en een vergelijking maken tussen de positie die zij op basis van het buitengerechtelijk akkoord verkrijgen en de positie die zij zullen hebben bij een faillissement en liquidatie van de schuldenaar. Deze waardering vergt een aantal aannames die niet iedere betrokkene gelijk zal interpreteren. Zeker wanneer activa illiquide zijn en handel – en dus prijsvorming – ontbreekt, kan de waarde daarvan nogal verschillend worden ingeschat. Bij bedrijven die vooral diensten leveren ('asset light' zijn) ligt de waarde vooral in de continuïteit en de contracten en is de vraag hoezeer en hoe snel die waarde zou afbrokkelen als een faillissement (openlijk) dreigt of daadwerkelijk intreedt. Een balans op continuïteitsbasis is zinloos; het gaat erom wat de activa op liquidatiebasis vermoedelijk gaan opleveren. Hoewel hiervoor de hulp van waarderingsdeskundigen en taxateurs kan worden ingeroepen, leert de ervaring dat dergelijke exercities zelden tot ondubbelzinnige waarderingsen leiden: 'Valuation is an art, not a science';⁴⁶ kortom, genoeg stof voor discussie, onderhandeling en geschillen.

42. Het enkele feit dat een geschil mogelijk is, vormt op zich al een factor die de onderhandelingen voor een buitengerechtelijk akkoord en de totstandkoming daarvan beïnvloedt. Terwijl het voorstel beoogt om *nuisance value* te beperken door een onwillige schuldeiser/aandeelhouder onder bepaalde omstandigheden tot medewerking te 'dwingen', zullen de potentiële waarderingsdiscussies die mogelijkheid niet kunnen wegnemen. Het voorstel voorziet in een aanpak van mogelijke geschillen langs twee lijnen: preventief en repressief.

43. Preventief bestaat er de mogelijkheid dat partijen de rechter-commissaris vragen om zich over een aantal kwesties en (mogelijke) geschilpunten uit te laten. Deze rechter-commissaris komt in beeld als de rechtbank hem heeft benoemd op verzoek van een van de belanghebbende partijen: schuldenaar of schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden of een of meer schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd (art. 371 lid 1). Hoewel het voorstel geen ambtshalve benoeming kent, valt te verwachten dat deze benoeming bij voorzienbare tegenstand tegen het akkoord standaard zal plaatsvinden. De rol van de rechter-commissaris is echter een andere dan die van toezichthouder in faillissement

45. Naar het schijnt was dit het geval bij het faillissement van Van Gelder Papier in de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw, waardoor de uitkomst voor ex-werknemer Van der Kooi, die met lege handen achterbleef, uit het mede naar hem genoemde arrest *Van der Kooi/Curatoren Van Gelder Papier* (HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662) des te schrijnender genoemd mag worden.

46. Zie bijvoorbeeld *Financial Times* (www.ft.com/cms/s/0/1356906a-f0fe-11e1-b7b9-00144feabdc0.html#axzz3C6LONUQB).

(art. 68), of in schuldsanering natuurlijke personen (art. 314), of van adviseur in surseance van betaling (art. 223a). Hij moet in de eerste plaats als een soort waarzegger overtuigend kunnen voorspellen wat de rechter bij de algemeenverbindendverklaring vermoedelijk gaat beslissen. Dit betreft de wijze van waardering van de vorderingen de schuldeisers, de indeling in klassen of de stemprocedure (art. 371 lid 1 onderdeel a). Als het voor een goede oordeelsvorming door de stemgerechtigden (schuldeisers en aandeelhouders) redelijkerwijze noodzakelijk is, kan de rechter-commissaris in de tweede plaats ook aangeven of een akkoordvoorstel wijziging of aanvulling behoeft (art. 371 lid 1 onderdeel b). Ten derde bepaalt de rechter-commissaris – net als bij surseance van betaling (art. 267; vgl. art. 125 bij faillissement) – of een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming kan worden toegelaten en bij een schuldeiser zo nodig voor welk bedrag, als daarover verschil van mening bestaat (art. 371 lid 2).

44. Als de rechter-commissaris gevraagd wordt om zich uit te laten over de wijze van waardering van de vorderingen van de schuldeisers, de indeling in klassen of de stemprocedure of de eventuele noodzaak om het akkoordvoorstel aan te vullen of te wijzigen, moet hij zich wel houden aan elementaire regels van *due process*: alvorens te beslissen dient hij de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden in de gelegenheid te stellen om zich daarover uit te laten. Het wetsvoorstel gaat zelfs een stap verder: ook alle schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, moeten die mogelijkheid krijgen (art. 371 lid 3). Hoewel deze bepaling evident lijkt – zo wijdt de memorie van toelichting hieraan slechts één korte zin⁴⁷ – bergt zij tal van complicaties in zich. Zo kan men zich afvragen waarom al die partijen in de gelegenheid gesteld moeten worden als er te zijner tijd nog een rechterlijke toetsing plaatsvindt voordat tot algemeenverbindendverklaring wordt overgegaan. Op welke wijze moeten die partijen in de gelegenheid worden gesteld? Wanneer de analogie getrokken wordt met de oproepingseisen van art. 376 zou dat per gewone brief moeten (art. 376 lid 1). Hoelang hebben zij de tijd om te reageren? Het belangrijkste is echter dat in een echte *distressed* situatie voor een dergelijke discussie nauwelijks de tijd aanwezig lijkt te zijn. Dit probleem speelt overigens ook bij de mogelijkheid die de wet aan de rechter-commissaris en de rechtbank biedt om door deskundigen te worden bijgestaan (art. 371 lid 4). Ook hierbij lijkt de tijdsdruk onvoldoende onder ogen gezien. De mogelijkheid van het inschakelen van een deskundige wordt namelijk gemotiveerd met het argument dat het ‘akkoord in het algemeen en waarderingskwesties in het bijzonder (...) ingewikkelde materie [kunnen] betreffen’.⁴⁸ Dan valt een geschil juist snel te verwachten. Omdat hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten waar het gaat om uitspraken van de rechter-commissaris⁴⁹ (art. 371 lid 5), rust er een zware taak op diens schouders en valt te verwachten dat hij de tijd wil nemen voor zijn beslissing. De uitsluiting van rechtsmiddelen wordt gebaseerd op het in-

47. MvT p. 62: ‘Lid 3 verwoordt het beginsel van hoor en wederhoor, dat zo vanzelf spreekt dat het geen andere toelichting behoeft.’

48. MvT p. 62.

49. Art. 371 lid 2 biedt ook de rechtbank de mogelijkheid om bij gebreke van een rechter-commissaris de desbetreffende uitspraak te doen. Het ligt voor de hand aan te nemen dat ook in dit geval hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten, ook al noemt lid 5 de rechtbank niet. Gezien de toelichting (MvT p. 62) lijkt dit een ommissie.

formele karakter van de beslissing van de rechter-commissaris.⁵⁰ Te betwijfelen valt of de betrokkenen dat ook zo ervaren. Weliswaar mag de aanbieder van het akkoord de uitlating van de rechter-commissaris naast zich neerleggen, maar het ontbreken van een rechtsmiddel voor die aanbieder betekent niet dat een schuldeiser of aandeelhouder die de kwestie met succes aan de rechter-commissaris had voorgelegd niet met een kort geding verdere uitvoering van het akkoord zal proberen tegen te houden.

45. Repressief kent het wetsvoorstel de mogelijkheid dat een verkeerde waardering van vorderingen van schuldeisers, indeling in klassen of stemprocedure alsnog wordt geredresseerd via het onthouden van een algemeenverbindendverklaring van een aangenomen buitengerechtelijk akkoord naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek (art. 373 lid 3 onderdeel a of c; zie hieronder paragraaf 2.3.3.3).

2.3.2.4 *De stemming over het akkoordvoorstel en de gevolgen daarvan*

46. Kern van de eerste fase van de procedure is de stemming over het akkoordvoorstel. Als dit goed is voorbereid, zouden allen van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd daarmee moeten kunnen instemmen. Zelfs als enkelen dat niettemin zouden weigeren, dan is het grote voordeel van de wettelijke regeling dat die minderheid het akkoord straks niet meer zal kunnen blokkeren. Zoals hierboven (nr. 35) is beschreven, is de rechtvaardiging hiervoor gelegen in het feit dat een meerderheid het akkoord als beste oplossing voor de problemen ziet.

47. De cruciale rol van de stemming vereist duidelijkheid over de stemprocedure en de uitkomst. Omwille van de flexibiliteit en het zo veel mogelijk leveren van maatwerk stelt het wetsvoorstel nauwelijks eisen aan de inrichting van de stemprocedure.⁵¹ De invulling hiervan is overgelaten aan de aanbieder van het akkoord (art. 370 lid 2 onderdeel f), zij het dat iedere betrokkene deze kan voorleggen aan de rechter-commissaris om zich daarover uit te laten (art. 371 lid 1 onderdeel a). Deze moet dan een voorspelling doen of de rechter die het akkoord algemeen verbindend moet verklaren van oordeel is dat de procedure daarvoor voldoet (zie hierboven nr. 42). Hiervoor is ten minste vereist dat er per klasse van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders wordt gestemd en dat deze stemming in een vergadering plaatsvindt. Naast een fysieke vergadering is het ook toegestaan om online (per elektronisch communicatiemiddel) te vergaderen. Hoe ik mij de derde wettelijke mogelijkheid in art. 370 lid 2 onderdeel f van een 'schriftelijke' vergadering moet voorstellen weet ik niet; ik vermoed dat dit meer ziet op de wijze waarop de stem moet worden uitgebracht.

48. Ook de wijze van oproeping is aan de aanbieder van het akkoord overgelaten. Over de oproepingsvereisten is slechts bepaald dat de oproeping ten minste acht dagen voor de stemming moet plaatsvinden door voorlegging van het voorstel aan degenen van wie de rechten worden gewijzigd (art. 370 lid 1). Weliswaar bevat de wet eisen over de inhoud van dit voorstel en bijlagen (art. 370 lid 2 en 3; zie hier-

50. MvT p. 62.

51. MvT p. 62.

boven nr. 29), maar hoe de oproeping geschiedt bepaalt de aanbieder: per brief, elektronische communicatie, openbare aankondiging in traditionele of sociale media of een combinatie van deze middelen. De wetgever heeft de aanbieder hier grote vrijheid gelaten, juist omdat het akkoord buitengerechtelijk is.⁵² De keerzijde is dat een onvoldoende oproeping de reikwijdte van een aangenomen en algemeen verbindend verklaard akkoord beperkt: schuldeisers of aandeelhouders aan wie het voorstel niet is voorgelegd of die niet in de gelegenheid zijn gesteld om daarover te stemmen, zijn daaraan ook niet gebonden (art. 382 onderdeel a).

49. De vergaderorde, de stemming zelf en de controle hierover is ook weer aan de aanbieder overgelaten. Aangezien dit gebeurt te midden van de opgeroepen en verschenen schuldeisers en aandeelhouders valt aan te nemen dat zij daarbij de vinger aan de pols houden. Zij kunnen zich namelijk niet meer aan een algemeen-verbindendverklaring onttrekken. Als er tijdens de vergadering debat ontstaat over de vraag of een schuldeiser of aandeelhouder terecht is opgeroepen en aan de vergadering en stemming deelneemt, of over de hoogte van de vordering van een schuldeiser, moet het geschil hierover aan de rechter-commissaris worden voorgelegd (art. 371 lid 2). Om onnodig oponthoud te voorkomen lijkt het raadzaam een rechter-commissaris ter vergadering beschikbaar te hebben zoals dit ook bij een akkoordvergadering in surseance van betaling het geval is (art. 267).

50. Als het uiteindelijk tot stemming komt, is het akkoord aangenomen als alle klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders daarmee hebben ingestemd (art. 372 lid 2). Een klasse heeft met het akkoord ingestemd als voldaan is aan een dubbele eis: zowel een gewone meerderheid (50% plus één) van het aantal tot die klasse behorende én aan de stemming deelnemende schuldeisers of aandeelhouders (art. 372 lid 3 onderdeel a) als een gekwalificeerde meerderheid van ten minste twee derden van het bedrag aan vorderingen (bij schuldeisers) of het geplaatste kapitaal (bij aandeelhouders) (art. 372 lid 3 onderdeel b) heeft met het akkoord ingestemd. Het wetsvoorstel heeft hiermee ten dele aansluiting gezocht bij de overige akkoorden in de Faillissementswet door voor de berekening van de meerderheid geen rekening te houden met niet verschenen partijen (vgl. art. 145, 146, 268, 268a en 332). Deels gaat de regeling echter verder door de schuldeisers en aandeelhouders die zich van stemming onthouden niet te laten meetellen voor de berekening van de vereiste meerderheden. Daarmee wordt aangesloten bij de internationale praktijk (o.m. de *scheme of arrangement* en *Chapter 11*) en een en ander past bij de redelijkheidstoets. Wie – hoewel op juiste wijze opgeroepen – niet verschijnt om te stemmen, kan daarmee niet een akkoord belemmeren.

51. Met deze dubbele toets sluit het wetsvoorstel aan bij de bestaande regelingen voor een dwangakkoord in faillissement (art. 145), surseance van betaling (art. 268) en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (art. 332 lid 3), zij het dat de vereiste meerderheid voor het betrokken bedrag aan vorderingen groter is: twee derden in plaats van de helft. Dit wordt langs twee wegen gerechtvaardigd. In de eerste plaats omdat het onderhavige akkoord een buitengerechtelijk akkoord is en er geen onafhankelijke derde is die toezicht heeft gehouden op de totstandkoming

52. Zie de toelichting bij art. 382, MvT p. 77-79.

van het voorstel. In de tweede plaats sluit het voorstel met deze gekwalificeerde meerderheid aan bij de internationale financieringspraktijk op basis van de LMA-modellen.⁵³

52. Als er ook maar één klasse van schuldeisers of aandeelhouders is die niet met de vereiste meerderheid met het voorstel heeft ingestemd, is het akkoord als geheel niet aangenomen. Omdat dit aan iedere klasse een 'blocking vote' zou geven, bevat de wettelijke regeling een cruciale ontsnappingsmogelijkheid als dat zich voordoet en die blokkade wordt opgeworpen door een klasse die 'out of the money' is: schuldeisers of aandeelhouders die met hun klasse niet met het akkoord hebben ingestemd kunnen een algemeenverbindendverklaring niet tegenhouden als zij in redelijkheid niet tot dat stemgedrag hadden kunnen komen (art. 373 lid 2; zie hieronder nr. 85). Hiermee wijkt het voorstel in belangrijke mate af van de *Chapter 11*-procedure en men kan zich de vraag stellen, of dit gerechtvaardigd is en de beste oplossing vormt (zie hierover verder paragraaf 2.4.1).

53. Als de uitslag van de stemming vaststaat, is een verandering van het aantal schuldeisers of aandeelhouders of de hoogte van de vordering of het gedeelte van het geplaatste kapitaal dat door de aandeelhouders vertegenwoordigd was, zonder gevolgen (art. 372 lid 4). Dit is om te voorkomen dat er na afloop van de stemming onzekerheid zou kunnen bestaan over de uitkomst.⁵⁴ Een dergelijke onzekerheid zou overigens wel kunnen bestaan als er wijzigingen in aantallen schuldeisers/aandeelhouders, of de hoogte van de vordering en het vertegenwoordigde geplaatste kapitaal plaatsvindt in de periode vóór de stemming maar nadat de rechter-commissaris of rechtbank op de voet van art. 371 lid 2 daarover een beslissing had genomen. Dit moet zich maar oplossen tijdens de vergadering waarop gestemd wordt, zo nodig met een hernieuwde beslissing door de rechter-commissaris.⁵⁵

54. Aangezien de aanbieder van het akkoord er belang bij heeft dat het algemeen verbindend wordt verklaard, ligt het voor de hand dat hij na de stemming snel de volgende stap zet. Om te beginnen moeten alle betrokkenen over de uitslag worden geïnformeerd (art. 370 lid 2 onderdeel g). Hiertoe dient hij binnen drie dagen na de stemming een verslag te maken en te ondertekenen om vervolgens onmiddellijk daarna alle betrokkenen daarvan in kennis te stellen (art. 372 lid 6). De wijze waarop dit moet gebeuren is niet in de wet geregeld met het oog op de noodzakelijke flexibiliteit en sluit aan bij het voorstel dat de aanbieder zelf bij het voorstel voor het akkoord had opgenomen (art. 370 lid 2 onderdeel g⁵⁶).

53. Hierbij wordt in de modellen van de Loan Market Association (LMA) gebruikgemaakt van een gedefinieerde groep 'Majority Lenders'; vgl. MvT p. 63. In de financieringspraktijk blijkt de behoefte aan een buitengerechtigd akkoord bij herstructurerings van gesyndiceerde leningen echter vooral gevoeld te worden als er rond kwesties waarvoor 'All Lenders Consent' is vereist een partij haar vetorecht wil gebruiken om gunstiger voorwaarden te bedingen.

54. MvT p. 64.

55. Dit zou bijvoorbeeld een reden kunnen zijn om in alle gevallen een rechter-commissaris te benoemen, zij het dat dit niet ambtshalve kan en dus altijd een verzoek van een van de betrokkenen behoeft (art. 371 lid 1).

56. Art. 372 lid 6 verwijst abusievelijk naar art. 370 lid 2 onderdeel m, maar dat bestaat niet in het consultatiedocument.

55. De inhoud van het verslag is wel door de wet geregeld (art. 372 lid 5). In het verslag moet hij in ieder geval opnemen: een beschrijving van het akkoord, de namen van degenen die hun stem hebben uitgebracht, de uitslag van de stemming en of er een verzoek tot algemeenverbindendverklaring zal worden gedaan. De beschrijving van het akkoord (art. 372 lid 5 onderdeel a) zal niet ingewikkeld zijn, omdat dit kan worden gekopieerd uit het voorstel voor het akkoord zoals eerder voorgelegd aan diezelfde schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd (art. 370 lid 1 en 2 onderdeel a). Hoewel de toelichting aangeeft dat in art. 372 lid 5 aansluiting is gezocht bij de vergelijkbare regeling van het dwangakkoord in faillissement (art. 148), zijn de andere vereisten over de inhoud van het verslag toch iets anders. Bij het dwangakkoord in faillissement volstaat krachtens die bepaling de opname van een presentielijst met daarbij het stemgedrag ('de namen der verschenen stemgerechtigde schuldeisers, de door ieder hunner uitgebrachte stem'). Bij het buitengerechtelijk akkoord kan de verslaglegger enerzijds volstaan met alleen een namenlijst (zonder de uitgebrachte stem), maar anderzijds moet hij vastgesteld hebben wie wel of niet een stem hebben uitgebracht (art. 372 lid 5 onderdeel b), omdat de laatste groep op grond van de huidige formulering niet hoeft te worden vermeld. Anders dan bij het faillissementsakkoord hoeft de verslaglegger alleen de uitslag van de stemming op te nemen; hij hoeft niet aan te geven welke stem iedereen heeft uitgebracht (art. 372 lid 5 onderdeel c). Dat het verslag bij het buitengerechtelijk akkoord geen proces-verbaal van de vergadering is, zoals bij het faillissementsakkoord blijkt ten slotte uit het feit dat er geen verslag hoeft te worden gedaan van 'al wat verder op de vergadering is voorgevallen' (art. 148). Hiertegenover staat dat de aanbieder van het akkoord in het verslag moet aangeven wat hij met de uitslag van de stemming gaat doen wat de algemeenverbindendverklaring betreft; hij moet althans aan het verslag toevertrouwen of hij een verzoek tot algemeenverbindendverklaring gaat doen (art. 372 lid 5 onderdeel d). Bij een aangenomen akkoord ligt een verzoek om een algemeenverbindendverklaring voor de hand; hier gaat het bij een akkoord doorgaans om. Maar ook bij een verwerping van het akkoord kan de aanbieder besluiten om op grond van art. 373 lid 2 een algemeenverbindendverklaring te verzoeken. Hij zal dit vooral willen doen als hij de rechter duidelijk kan maken dat de klassen die het akkoord hebben verworpen in redelijkheid niet tot hun stemgedrag hadden kunnen komen, bijvoorbeeld omdat zij 'out of the money' zijn. In dit geval dient het opnemen van de vervolgstap in het verslag vooral om de tegenstemmers bijtijds te informeren of er nu wel of geen verzoek tot algemeenverbindendverklaring komt, zodat zij zich daarop kunnen voorbereiden.

56. Een laatste aspect dat na de stemming moet worden afgewikkeld, betreft de gevolgen daarvan voor een eventuele schorsing van een faillissementsaanvraag wegens het aangekondigde buitengerechtelijk akkoord op grond van het nieuwe art. 3c. Dit moet namelijk door de rechtbank worden opgeheven als het voorstel is verworpen (art. 3c lid 6 onderdeel b). Daarom is de aanbieder van het akkoord verplicht om de rechtbank hiervan in kennis te stellen (art. 3c lid 5). Dit gebeurt doordat de aanbieder van het akkoord zijn verslag 'onverwijld' na de stemming

bij de griffie van de rechtbank deponeert (art. 372 lid 7).⁵⁷ Hoewel de rechtbank verplicht is om de schorsing op te heffen, kan zij toch wachten met het in behandeling nemen van de faillissementsaanvraag als de aanbieder – ondanks de verwerping van het akkoord – een verzoek tot algemeenverbindendverklaring op grond van art. 373 lid 2 heeft ingediend; dan moet de rechtbank dit laatste verzoek als eerste behandelen en in beginsel de faillissementsaanvraag (weer) schorsen (art. 3c lid 2).

2.3.3 Tweede fase: verzoek tot algemeenverbindendverklaring (art. 373-384)

2.3.3.1 *Inleiding*

57. Als er uitsluitel is over het akkoordvoorstel – het is op basis van art. 372 lid 2 aangenomen of verworpen – zijn er twee opties voor de aanbieder: wel of geen verzoek tot een algemeenverbindendverklaring doen en daarmee wel of niet de tweede fase in gang zetten.

58. Als het akkoord is aangenomen, ligt het voor de hand dat de aanbieder de vervolgstap zet en de rechtbank benadert om het akkoord algemeen verbindend te verklaren. Hoewel minder waarschijnlijk, kan het ook zijn dat de aanbieder die algemeenverbindendverklaring achterwege laat. Dit zal zich voordoen als het akkoord een beperkte strekking heeft en alle partijen die daardoor geraakt worden met het akkoord hebben ingestemd. In dit geval is er eenvoudigweg geen noodzaak tot algemeenverbindendverklaring. Te denken valt aan situaties waarin alleen met de financiële schuldeisers een herschikking van de schulden wordt overeengekomen en er een overzichtelijke groep van door het akkoord geraakte partijen is.

59. Als het akkoord is verworpen, heeft de aanbieder nog steeds de keuze om het voorstel wel of niet aan de rechtbank voor te leggen om het algemeen verbindend te verklaren. De afweging om dit te doen hangt af van verschillende factoren. In de eerste plaats spelen de stemverhoudingen een rol: hoeveel klassen hebben niet met het voorstel ingestemd en met welke aantallen is het voorstel binnen die klassen afgewezen? Naast deze rekenkundige beoordeling speelt mee welke positie de afwijzende partijen en klassen in het geheel innemen: een afwijzing door de zekerheidsschuldeisers moet anders beoordeeld worden dan een afwijzing door de aandeelhouders. Primair is hierbij van belang of degene die het akkoord afwijst nog een materiële positie in het verhaal hebben ('in the money') met het oog op de waardering van de onderneming, de hoogte van de schulden en de verhaalspositie van de betreffende schuldeiser, want anders is er al snel sprake van een stemgedrag waartoe die partij redelijkerwijs niet had kunnen komen. Bij een partij die 'out of the money' is, kan een dergelijke afwijzing om die reden terzijde gesteld worden (art. 373 lid 2; zie hieronder paragraaf 2.3.3.4 en 2.3.3.5).

57. Aan te nemen valt dat 'onverwijld' ook nog na drie dagen mag, want dat is de tijd die de aanbieder van het akkoord is gegund om het verslag op te stellen; zie ook MvT p. 64-65 waarin wegens de benodigde flexibiliteit van de regeling uitdrukkelijk niet is gekozen voor vaste termijnen.

60. Deze paragraaf over de tweede fase besteedt aandacht aan de procedure (paragraaf 2.3.3.2), de beslissing (paragraaf 2.3.3.3) de rechtsmiddelen tegen de beslissing (paragraaf 2.3.3.4) en de gevolgen van de beslissing voor de verschillende betrokkenen (paragraaf 2.3.3.5).

2.3.3.2 *De procedure*

61. Als de aanbieder van het akkoord besluit om een algemeenverbindendverklaring door de rechtbank te verzoeken, dient hij een verzoekschrift in dat — ongeacht de uitkomst van de stemming — aan een aantal vereisten moet voldoen qua timing en inhoud. Het is niet geheel duidelijk of de procedure de regels van de verzoekschriftenprocedure uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering volgt. Op grond van art. 362 lid 2 zijn die net als voor alle andere verzoekschriften in de Faillissementswet niet van toepassing. Door het uitdrukkelijk buiten toepassing verklaren van art. 282 Rv (art. 376 lid 3), lijkt het voorstel er echter van uit te gaan dat de regeling in Boek I, titel 3 Rv wel van toepassing zou zijn.

62. Na de stemming, het daarover opgemaakte verslag en de verzending daarvan aan alle betrokkenen (art. 372 lid 1, 5 en 6) kan het verzoekschrift pas na acht dagen worden ingediend. Het is niet duidelijk waarom deze wachttermijn nodig zou zijn. Deze termijn is afkomstig uit de regeling van het akkoord in faillissement (art. 148 lid 2),⁵⁸ maar daar heeft het een andere functie: het bakent de termijn af waarbinnen bepaalde partijen verbetering van het proces-verbaal kunnen vragen (art. 149). Dit is bij het buitengerechtelijk akkoord niet aan de orde. Er is in ieder geval geen termijn gesteld waarbinnen partijen bezwaar moeten maken over de inhoud van het verslag. Wat mij betreft zou het verzoekschrift direct na de stemming — of zo nodig direct na ondertekening van het verslag (art. 372 lid 5) — moeten kunnen worden ingediend. Er is vaak weinig tijd te verliezen.⁵⁹ Dit wordt nog eens uitdrukkelijk aan de rechtbank opgedragen: zij moet het verzoek met de meeste spoed behandelen (art. 374 lid 3).

63. Over de inhoud van het verzoekschrift bevat het wetsvoorstel bepalingen die ertoe strekken om de rechtbank (en belanghebbende partijen die door de verzoeker worden opgeroepen; art. 376) snel inzicht te bieden in wat het akkoord inhoudt, door wie het gesteund wordt en waar de knelpunten liggen. Dit betreft in de eerste plaats de formaliteiten die aan elk verzoekschrift gesteld worden: naam en woonplaats van de verzoeker en als dit niet de schuldenaar is, ook diens naam en woonplaats (art. 374 lid 1 onderdeel a). Het verzoek moet worden ingediend door een advocaat (art. 5 jo. 373).

64. In de tweede plaats moet het verzoekschrift het verzoek duidelijk omschrijven en de gronden daarvoor aangeven (art. 374 lid 1 onderdeel b). Dit lijkt geen lastige eis: het verzoek is gericht op algemeenverbindendverklaring van het akkoord. De gronden hiervoor moeten misschien wel meer worden uitgewerkt als het verzoek

58. MvT p. 72.

59. Het voorkomen van tijdverlies wordt herhaaldelijk als argument voor de nieuwe regeling aangevoerd; zie bijvoorbeeld MvT p. 56, 60, 61, 65, 68, 73, 75, 76 en 77.

wordt gedaan voor een akkoord dat is verworpen dan voor een akkoord waarmee door alle klassen is ingestemd.

65. Omdat de rechtbank zich moet uitlaten over haar bevoegdheid, moet in de derde plaats het verzoekschrift ook daarover voldoende informatie bevatten. De absolute competentie van de Nederlandse rechter wordt blijkbaar beoordeeld aan de hand van art. 3 InsVo (art. 374 lid 1 onderdeel c). Strikt genomen is dit irrelevant, omdat de procedure tot algemeenverbindendverklaring niet op Annex A van de Europese Insolventieverordening voorkomt en ook niet kan voorkomen. Het toepassingsgebied van deze verordening is op grond van art. 1 lid 1 InsVo immers beperkt tot ‘collectieve procedures die, op de insolventie van de schuldenaar berustend, ertoe leiden dat deze schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of ten dele verliest en dat een curator wordt aangewezen’. In de onderhavige procedure is geen sprake van een insolventie van de schuldenaar (die beoogt men nu juist te voorkomen) noch van een verlies aan beheers- en beschikkingsbevoegdheid ten gunste van een curator. Ook al zou een schuldenaar niet voldoen aan het COMI-vereiste van art. 3 InsVo, maar bijvoorbeeld door een forumkeuze in een financieringsovereenkomst de Nederlandse rechter bevoegd hebben gemaakt, dan zou de rechtbank het verzoek toch moeten behandelen.

66. Door toch te verwijzen naar de Europese Insolventieverordening loopt het wetsvoorstel vooruit op de aangekondigde wijziging van de Europese Insolventieverordening, waarin het toepassingsgebied van de verordening in art. 1 lid 1 InsVo wordt uitgebreid tot pre-insolventieprocedures:

‘Deze verordening is van toepassing op collectieve gerechtelijke of administratieve procedures, met inbegrip van kortgedingprocedures, die zijn gebaseerd op wetgeving inzake insolventie of schuldaanpassing, en waarin, ten behoeve van herstel, schuldaanpassing, reorganisatie of liquidatie,

- (a) de schuldenaar geheel of gedeeltelijk het beheer en de beschikking over zijn goederen heeft verloren en een curator is aangewezen, of
- (b) de goederen en zaken van de schuldenaar onder controle of toezicht van een rechter staan.

De in dit lid bedoelde procedures worden opgesomd in bijlage A.’

67. Bij het vereiste onder (b) moet het begrip ‘controle’ beperkt worden gezien blijkens de – eveneens nieuwe – overweging 9bis in de considerans:

‘Het toepassingsgebied van deze verordening moet zich uitstrekken tot procedures die het herstel van economisch levensvatbare schuldenaren bevorderen, zodat gezonde ondernemingen geholpen worden om te overleven en ondernemers een tweede kans wordt gegeven. Het toepassingsgebied moet zich met name uitstrekken tot procedures voor de herstructurering van een schuldenaar in een pre-insolventiefase, procedures waarbij het bestaande management wordt gehandhaafd en procedures voor schuldbevrijding van consumenten en zelfstandigen. Aangezien deze procedures niet noodzakelijkerwijze de aanwijzing van een curator inhou-

den, moet deze verordening daarop van toepassing zijn wanneer zij worden gevoerd onder controle of toezicht van een rechter. In dit kader moeten onder “controle” ook situaties worden begrepen waarin de rechter slechts optreedt naar aanleiding van een door een schuldenaar of belanghebbende partij ingesteld beroep.⁶⁰

68. Wat de absolute competentie van de rechtbank als de bevoegde rechter betreft, heeft het voorstel die zonder nadere overweging opgenomen. De vraag echter of de rechtbank wel het meest geschikte college is om de algemeenverbindendverklaring te behandelen is door de wetgever niet gemotiveerd, ondanks aansporingen om een voor de onderhavige problematiek beter geëquiperde rechter zoals de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam aan te wijzen (zie hieronder paragraaf 2.4.3).⁶¹

69. Het wetsvoorstel bevat geen bepaling omtrent de relatieve competentie. In aansluiting op art. 2 voor het faillissementsverzoek en de daarnaar verwijzende art. 214 lid 2 en art. 284 lid 2 voor de surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, ligt het voor de hand dat de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar relatief bevoegd is.

70. Ter voorlichting van de rechter en de betrokken partijen moet het verzoekschrift ook een aantal met name genoemde bijlagen bevatten (art. 374 lid 2). Het lijkt of deze lijst een herhaling bevat door zowel het akkoord als bijlage te verlangen (art. 374 lid 2 onderdeel a) als het akkoordvoorstel met bijbehorende bijlagen (art. 374 lid 2 onderdeel b en c). Als er tijdens de stemprocedure geen wijzigingen in het akkoordvoorstel zijn aangebracht, komen die stukken inderdaad op hetzelfde neer, maar dit is anders als er gaandeweg het nodige in de voorstellen is veranderd. Dan is het voor de rechtbank (en alle bij het akkoord betrokkenen van wie de rechten worden gewijzigd) van belang om die aanpassingen goed in beeld te hebben. Dit kan vooral een rol spelen om vast te stellen of (een) bepaalde klasse(n) schuldeisers of aandeelhouders in redelijkheid niet tot hun stemgedrag hadden kunnen komen.⁶²

71. Voor zover de krachtens art. 370 lid 3 bij het akkoordvoorstel gevoegde documenten daarover nog geen uitsluitel hebben gegeven, moet het verzoekschrift per klasse van schuldeisers die door het akkoord worden geraakt een lijst bevatten van schuldeisers met naam en laatst bekende woonplaats, hoogte van de vordering en de aard daarvan (art. 374 lid 2 onderdeel d). Iets vergelijkbaars geldt voor het geval de rechten van aandeelhouders op naam (art. 374 lid 2 onderdeel e) of aan toonder (art. 374 lid 2 onderdeel f) worden gewijzigd.

60. Zie het nieuwe art. 1 lid 1 InsVo en overweging 9bis, [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2012\)0744_/com_com\(2012\)0744_nl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2012)0744_/com_com(2012)0744_nl.pdf), p. 16-17 en 21.

61. Zoals door Ruud Hermans, Klaas de Vries en mij bepleit in ons ‘Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV (Schuldsaneringsregeling rechtspersonen buiten surseance van betaling of faillissement)’, *Tvl* 2013/20, in de toelichting op art. 364 en ‘Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of opportunity voor een Nederlandse scheme of arrangement?’, *Tvl* 2013/12, nr. 5.

62. *MvT* p. 72.

72. Ter uitvoering van de opdracht van art. 374 lid 3 om het verzoek met de meeste spoed te behandelen, bepaalt de rechtbank onmiddellijk na ontvangst van het verzoekschrift de datum waarop de terechtzitting plaatsvindt (art. 375 lid 1). Hierbij wordt aan de betrokkenen een termijn van ten minste acht dagen na verzending van de oproeping gegund voordat die zitting zal worden gehouden (art. 375 lid 2). In deze periode — of zoveel korter of langer als de rechtbank zal bepalen — kunnen betrokkenen van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd op vergelijkbare wijze als in faillissement (art. 151) en surseance van betaling (art. 269b lid 4) hun bezwaren tegen algemeenverbindendverklaring schriftelijk bij de rechtbank kenbaar maken (art. 375 lid 2). Omdat het vaststellen van een datum voor de terechtzitting is gekoppeld aan de verzending van de oproeping voor die zitting, is een zekerheid ingebouwd dat die betrokkenen ook daadwerkelijk in staat zullen zijn om hun bezwaren bijtijds kenbaar te maken.

73. De oproeping voor de terechtzitting wordt niet door de rechtbank gedaan, maar gebeurt in beginsel door de aanbieder van het akkoord die het verzoek heeft ingediend en wel bij gewone brief. Omdat het wetsvoorstel betrekking kan hebben op akkoorden met zowel enkele schuldeisers of aandeelhouders als zeer grote aantallen van hen, is maatwerk door de aanbieder van het akkoord mogelijk. De rechtbank kan een daartoe strekkend voorstel in het verzoekschrift overnemen (art. 376 lid 1).⁶³ Als er geen bijzondere wettelijke of verdragsrechtelijke oproepingsvereisten zijn, kan de rechtbank de wijze van oproeping — en bij buitenlandse partijen eventueel ook de taal — zelf bepalen (art. 376 lid 2). Voor het overige heeft de wetgever leentjebuurt gespeeld bij de oproepingsregeling uit de WCAM (art. 1013 lid 5 Rv), zij het dat een openbare oproeping in beginsel achterwege blijft. Gezien de aard van de procedure om een buitengerechtelijk akkoord mogelijk te maken met zo min mogelijke publiciteit past het niet om de oproeping voor de terechtzitting in nieuwsbladen aan te kondigen.⁶⁴ Dit (of een andere publicatiewijze) zal wel moeten gebeuren als het akkoord ook de rechten wijzigt van onbekende schuldeisers of aandeelhouders. Net als bij de WCAM hoeven schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd hun processtukken niet aan alle andere betrokkenen ter beschikking te stellen.⁶⁵ Bij een grote groep van betrokkenen zal de rechtbank aansturen op het openstellen van een website waarop alle op het verzoek betrekking hebbende processtukken, documentatie en andere informatie — zo nodig in verschillende talen — moeten worden geplaatst (art. 376 lid 3).⁶⁶

74. Het voorgaande brengt met zich mee dat de terechtzitting waarop het verzoek behandeld wordt op z'n vroegst 25 dagen na voorlegging van het akkoord om instemming door de schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd zal kunnen plaatsvinden.⁶⁷ Los van het feit dat een dergelijke voortvarend-

63. De verwijzing in de slotzin van art. 376 lid 1 naar 'de vorige twee leden' berust waarschijnlijk op een eerdere concepttekst, want zij is nu niet te begrijpen.

64. Vgl. MvT p. 74.

65. MvT p. 74.

66. Vgl. Lehman-beschikking (Rb. Amsterdam 22 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5246), waar dit is geaccepteerd wat aangeeft dat het bij deze tijd en dat soort omstandigheden past.

67. Als volgt berekend: ten minste acht dagen tussen voorleggen van het akkoordvoorstel en de stemming daarover (art. 370 lid 1); stemming, verslaglegging (art. 372 lid 5) en verzending (art. 372 lid 6)

heid waarschijnlijk een utopie zal zijn, kent het wetsvoorstel enkele ingebouwde complicaties die voor vertraging kunnen zorgen.

75. Zo moeten allereerst alle schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd in de gelegenheid gesteld worden om te worden gehoord (art. 377 lid 1). Bij een akkoord van enige omvang (wat het aantal betrokkenen betreft) betekent dit al gauw een zitting die verscheidene dagen in beslag kan nemen. Zeker als de betrokkenen niet verplicht zijn om een verweerschrift in te dienen en ingediende stukken niet onder alle betrokkenen verspreid hoeven te worden (art. 375 lid 2 en art. 376 lid 3), is er tijdens de terechtzitting geen *equality of arms* wat de informatievoorziening betreft. Dit is enigszins merkwaardig, omdat het beginsel van hoor en wederhoor juist door de bepaling van art. 377 lid 1 zou zijn verankerd volgens de toelichting.⁶⁸ Die informatieasymmetrie werkt naar alle waarschijnlijkheid vertraging in de hand.

76. Zodra er buitenlandse partijen bij de procedure betrokken zijn die de Nederlandse taal niet machtig zijn, valt verdere vertraging te verwachten door vertaalproblemen. Wil Nederland straks een aantrekkelijk forum zijn om herfinancieringen met internationale partijen met het buitengerechtelijk akkoord van dienst te kunnen zijn, dan zouden zittingen in een voor allen aanvaardbare buitenlandse taal geboden zijn. Denk hierbij aan internationale syndicaatsleningen waarbij Engels de *lingua franca* is; dan is vertaling van alle processtukken, processen-verbaal en dergelijke van Nederlands naar Engels en andersom een overbodige en tijdrovende exercitie.

77. Een tweede complicatie die vertragend kan uitpakken is te verwachten als de rechtbank deskundigen wil horen (art. 377 lid 2). Het kost immers tijd om een deskundige te vinden, met hem of haar afspraken te maken omtrent vraagstelling, kosten, vrijwaring enz., en vervolgens zal de deskundige mogelijk de nodige tijd wensen om onderzoek te verrichten en zich op zijn verhoor voor te bereiden. Zeker als de verschillende partijen hun eigen deskundigen hebben ingebracht, is de meerwaarde van een eigen deskundige voor de rechtbank beperkt. Zij zal veeleer als een rechter *in equity* een oordeel over het proces moeten vellen en de knoop doorhakken. Meestal zal het debat tussen de partijen betrekking hebben op de waardering van de activa van de onderneming en de hoogte van de schulden om te zien wie 'in' of 'out of the money' is. Dan blijkt het ook voor de waarderingsdeskundigen de nodige interpretatievrijheid op te leveren waarover vervolgens gesoebat kan worden. Een extra deskundige vanuit de rechtbank zal dit debat er meestal niet eenvoudiger op maken of verrijken.

78. Een derde complicatie is de mogelijkheid om tijdens de procedure bij de rechtbank het akkoord aan te passen of aan te vullen (art. 378). In een uiterst

kunnen in theorie op dezelfde dag (overigens maximaal drie dagen); na verzending ten minste acht dagen voordat het verzoek tot algemeenverbindendverklaring kan worden ingediend (art. 374 lid 1), welk verzoek diezelfde dag ('met de meeste spoed') door de rechtbank wordt behandeld met dagbepaling terechtzitting (art. 374 lid 3 jo. art. 375 lid 1) op ten minste acht dagen na verzending diezelfde dag van de oproeping (art. 375 lid 2).

68. MvT p. 74.

summiere toelichting wordt deze mogelijkheid gerechtvaardigd met het argument dat anders een nieuwe buitengerechtelijke akkoordprocedure zou moeten worden opgestart met het bijbehorende tijd- en geldverlies.⁶⁹ Hoewel dit argument op zichzelf genomen juist lijkt, kan het bestaan van deze mogelijkheid tot suboptimale onderhandelingsresultaten leiden, omdat partijen bij de totstandkoming van het oorspronkelijke akkoord rekening gaan houden met deze mogelijkheid van latere aanpassing of aanvulling. Bovendien worden met deze terloopse amendering van het akkoord alle eerdere zorgvuldig ingebouwde *checks and balances* van de procedure terzijde geschoven. Het begint al met de vraag of iets een aanpassing of aanvulling is of eigenlijk een wezenlijke verandering waardoor er eigenlijk sprake is van een nieuw akkoord. Hoewel de toelichting bij het wetsvoorstel dit nu juist wil voorkomen, meen ik dat een fundamentele verandering van het akkoord niet mogelijk zou moeten zijn zonder raadpleging van alle betrokkenen. Wijzigingen van ondergeschikte aard moeten echter wel snel kunnen worden doorgevoerd.

2.3.3.3 De beslissing

79. Na afloop van de terechtzitting komt de rechtbank — met de meeste spoed (art. 374 lid 3) — met een beschikking waarin zij besluit tot algemeenverbindendverklaring van het akkoord of niet. De beoordelingsruimte hangt af van de stemming over het akkoord.

80. Als het akkoord is aangenomen omdat alle klassen ermee hebben ingestemd, moet de rechtbank het verzoek tot algemeenverbindendverklaring in beginsel toewijzen (art. 373 lid 1: ‘verklaart de rechtbank het akkoord (...) algemeen verbindend’). Door de instemming van alle klassen (met een gewone meerderheid die twee derden van de relevante bedragen vertegenwoordigt) is er kennelijk een breed draagvlak voor het akkoord.⁷⁰ Afwijzing van het verzoek is op zich wel mogelijk, maar dan moet komen vast te staan dat een of meer van de in art. 373 lid 3 genoemde situaties zich voordoet.

81. Is het akkoord daarentegen verworpen, dan is een algemeenverbindendverklaring daarmee nog niet van de baan. De rechtbank kan het verzoek nog steeds toewijzen, maar dan moet zij wel vaststellen dat de afwijzende klasse(n) van schuldeisers of aandeelhouders in redelijkheid niet tot haar (hun) stemgedrag heeft (hebben) kunnen komen (art. 373 lid 2). Het is aan de aanbieder van het akkoord om de rechtbank hiervoor voldoende en adequate informatie te verschaffen. Deze moet er vooral op gericht zijn om de rechtbank te laten zien dat de tegenstemmers ‘onder water staan’ en bij een geforceerde uitwinning geen uitkering op hun vordering hoeven te verwachten.⁷¹ De gehanteerde maatstaf is niet nieuw; hij komt nu ook al in de Faillissementswet voor bij de verschillende dwangakkoorden als wel het quorum ruimschoots is gehaald (meer dan 75% van de ter vergadering verschenen schuldeisers), maar het door hen vertegenwoordigde bedrag aan schuldvorderingen niet boven de helft is uitgekomen. In faillissement (art. 146),

69. MvT p. 75.

70. Zie ook MvT p. 67.

71. Vgl. MvT nr. 3.5 en p. 67.

surseance van betaling (art. 268a) en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (art. 332) kan in dergelijke gevallen de rechter-commissaris een aangeboden akkoord ‘vaststellen als ware het aangenomen’ als de tegenstemmers in redelijkheid niet tot hun stemgedrag hadden kunnen komen. De rechter-commissaris moet dan wel alle omstandigheden in aanmerking nemen, vooral het percentage dat die tegenstemmer zou ontvangen als de boedel vereffend zou worden. Dit laatste aspect keert – negatief geformuleerd – wel terug in de afwijzingsgronden in art. 373 lid 2 onderdeel a-d. In deze omstandigheden hebben de desbetreffende tegenstemmers blijkbaar niet onredelijk gehandeld.

82. Alle vier de uitzonderingen zien op situaties waarin de tegenstemmende schuldeiser of aandeelhouder door het akkoord minder tegemoet kan zien dan wanneer het akkoord wordt weggedacht: een pand- of hypotheekhouder die minder ontvangt dan hij bij onderhandse verkoop van het onderpand mag verwachten (art. 373 lid 2 onderdeel a); een verkoper onder eigendomsvoorbehoud die minder ontvangt dan de prijs waarvoor hij de zaken aan de schuldenaar/koper had geleverd (art. 373 lid 2 onderdeel b); preferente en concurrente schuldeisers respectievelijk aandeelhouders die minder ontvangen dan zij bij vereffening van de boedel in faillissement tegemoet zouden mogen zien (art. 373 lid 2 onderdeel c en d). Het is de vraag of hier de juiste maatstaf is aangelegd.

83. Bij de eerste twee categorieën wordt de vergelijking gemaakt tussen enerzijds een contant bedrag dat men op grond van het akkoord mag verwachten en anderzijds een waarde/prijs van het object waarop men zich kan verhalen of dat men kan terugnemen. Niet ieder akkoord bestaat echter uit een contante betaling, waardoor deze uitzondering/afwijzingsgrond niet altijd aan de orde zal kunnen zijn. Bij de derde categorie kan een vergelijking met de eventuele uitkering in faillissement voor de preferente schuldeiser ongelukkig zijn, omdat deze dan volledig voldaan moet zijn voordat er aan de concurrente schuldeisers wordt uitgekeerd. Bij akkoorden komt het echter wel voor dat een preferente schuldeiser soms genoeg neemt met een uitkering van een gedeelte van zijn vordering, waardoor ook een gedeeltelijke uitkering kan plaatsvinden aan de concurrente schuldeisers, in het bijzonder de dwangcrediteuren die voor het voortbestaan van de onderneming van cruciale betekenis zijn.⁷² Hoewel werknemers voor een deel van hun vorderingen op grond van art. 3:288 BW preferente schuldeisers zijn, zullen zij geen gebruik kunnen maken van deze afwijzingsgrond. Ingevolge art. 368 lid 9 worden hun vorderingen niet geraakt door de regeling van het buitengerechtelijk akkoord, zodat zij niet stemgerechtigd zullen zijn. De laatste categorie waarin een aandeelhouder een uitkering in faillissement zou kunnen verwachten, zal zich in de praktijk niet gauw voordoen. Dit impliceert immers dat alle schuldeisers betaald zouden kunnen worden, iets dat zelden voorkomt.

72. Vgl. de regeling in de Wsnp waarbij concurrente schuldeisers een uitkering mogen ontvangen, ook als de preferente schuldeisers niet volledig zijn voldaan, mits deze maar ten minste het dubbele ontvangen (art. 349 lid 2) of de fiscale bereidheid bestaat deel te nemen aan een akkoord mits de Belastingdienst het dubbele krijgt van hetgeen wordt uitgekeerd aan concurrente schuldeisers (vgl. art. 26.3.5 Leidraad Invordering 2008).

84. Zowel bij de separatisten (art. 373 lid 2 onderdeel a) als de schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud (art. 373 lid 2 onderdeel b), kan de vraag worden gesteld of niet ook voor hen rekening zou moeten worden gehouden met wat zij zouden ontvangen in de situatie van vereffening van de boedel van de schuldenaar in faillissement. Ook voor deze schuldeisers houdt een faillissement immers vaak, om allerlei redenen, een lagere *recovery* in dan de 'normale' waarde daarvan: zo kan het onderpand niet meteen te gelde worden gemaakt, is het niet courant, verliest het door de faillissementssituatie (snel) aan waarde, is er een *distressed discount*, blijken verpande vorderingen slechts gedeeltelijk inbaar/met een discount verkoopbaar wegens (on)terechte verweren van de schuldenaren daarvan, enz. Schuldeisers met eigendomsvoorbehoud hebben vergelijkbare verhaalsproblemen en bovendien vaak de bekende identificatieproblemen en daarmee verbonden risico's, reden waarom zij vaak de curator toestaan te 'lossen' tegen een korting. Met enige goede wil kan voor de separatisten nog wel worden ingelezen dat het zou gaan om de onderhandse verkoopwaarde 'in een faillissementssituatie', maar dit lijkt niet de bedoeling van de wetgever.⁷³ Bij het eigendomsvoorbehoud kan dit echter niet omdat rechtstreeks wordt aangeknoopt bij de koopprijs van de goederen waarvoor die geleverd zijn. Zodoende kunnen separatisten en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud te gemakkelijk een akkoord tegenhouden, zonder dat dit als onredelijk opzij kan worden gezet op de voet van art. 373 lid 2, doordat onterecht wordt uitgegaan van een te hoge waarde die zij zouden kunnen realiseren bij uitblijven van het akkoord. In werkelijkheid is het liquidatiescenario ook voor hen slechter dan de gekozen grondslag suggereert. Een en ander betekent dat het minder snel redelijk is voor separatisten en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud om niet in te stemmen dan art. 373 lid 2 nu bepaalt.

85. Ongeacht of het akkoord was aangenomen (art. 373 lid 1) of verworpen (art. 373 lid 2), zal de rechtbank het verzoek tot algemeenverbindendverklaring in een aantal gevallen toch moeten afwijzen zonder enige discretionaire bevoegdheid.⁷⁴ Deze vallen grotendeels samen met de weigeringsgronden voor de homologatie van faillissements- en surseanceakkoorden (art. 153 resp. art. 272). Denk aan de situatie waarin de nakoming van het akkoord onvoldoende gewaarborgd is (art. 373 lid 3 onderdeel b), het akkoord door bedrog, begunstiging of anderszins op oneerlijke wijze tot stand is gekomen (art. 373 lid 3 onderdeel c) of dat er zich naar het oordeel van de rechtbank andere zwaarwegende redenen tegen algemeenverbindendverklaring verzetten (art. 373 lid 3 onderdeel d) net zoals de rechtbank de homologatie van een akkoord ambtshalve mag weigeren.

86. De enige 'eigen' grond waarop de rechtbank een verzoek tot algemeenverbindendverklaring van het akkoord mag afwijzen, is wanneer toewijzing van het verzoek de belangen van een of meer schuldeisers of aandeelhouders onevenredig zou schaden (art. 373 lid 3 onderdeel a). Wanneer zich een dergelijke situatie voordoet is niet eenvoudig vast te stellen. Beoogd wordt te voorkomen dat de schuldeisers/aandeelhouders op oneigenlijke gronden of ongepaste wijze de finan-

73. MvT p. 69.

74. MvT p. 70.

ciële lasten van een reorganisatie moeten dragen.⁷⁵ Onder verwijzing naar de Engelse en Amerikaanse jurisprudentie en regelgeving op dit punt bij de *scheme of arrangement*⁷⁶ en *Chapter 11*⁷⁷ acht de wetgever afwijzing van het verzoek tot algemeen-verbindendverklaring in ieder geval geboden als het geen ander doel dient dan het afwentelen van kosten en risico van de reorganisatie op de overstemde klasse (vgl. art. 3:13 BW) of dat geen redelijk denkende schuldeiser of aandeelhouder het akkoord zou hebben ondersteund. Dit laatste lijkt zich moeilijk te kunnen voordoen als alle of de meeste klassen wel met het akkoordvoorstel hebben ingestemd. Ter motivering van zijn goedkeuring van de *scheme of arrangement* in de Duitse *Apcoa*-zaak heeft J. Hildyard dit aspect aan de hand van een lange traditie treffend beschreven:⁷⁸

‘12. So far as the overall fairness of the scheme is concerned, the court accepts that in ordinary cases, unless there is some conflicting interest or some overarching improper purpose, the view of the majority of creditors, especially where they are sophisticated and carefully advised, is likely to be a more accurate litmus test of the business advisability of what is proposed than the court can attempt. The statement as to what is required of the court on this occasion and in this context is described in the decision of Mrs Justice Arden (...). The passage is as follows:

“Function of the court. In exercising its power of sanction the court will see, first, that the provisions of the statute have been complied with, secondly, that the class was fairly represented by those who attended the meeting and that the statutory majority are acting bona fide and are not coercing the minority in order to promote interests adverse to those of the class whom they purport to represent, and thirdly, that the arrangement is such as an intelligent and honest man, a member of the class concerned and acting in respect of his interest, might reasonably approve. The court does not sit merely to see that the majority are acting bona fide and thereupon to register the decision of the meeting; but at the same time the court will be slow to differ from the meeting, unless either the class has not been properly consulted, or the meeting has not considered the matter with a view to the interests of the class which it is empowered to bind, or some blot is found in the scheme.”

13. This test is sometimes expressed as being the “man of business” or the “majority of the Regiment” test. The court will, as I say, ordinarily accept the commercial judgment of the majority of creditors as men of business, and will not demur from the step of the Regiment, unless it is persuaded that the constitution of the classes was flawed, or that those voting were materially misled or given inaccurate or deficient information. I see no reason to do anything in this case other than confirm and accept the view of the very considerable majority.’

75. MvT p. 70.

76. *Re Apcoa Parking (UK) Ltd & Others* (14 April 2014), [2014] EWHC 1867 (Ch).

77. § 1129(b)(1) US Bankruptcy Code.

78. *Re Apcoa Parking (UK) Ltd & Others* (14 April 2014), [2014] EWHC 1867 (Ch), nr. 12-13.

87. De regeling sluit overigens aan bij de Aanbeveling van de Europese Commissie van 12 maart 2014.⁷⁹ De wetgeving van de lidstaten moet regelen dat herstructureringsplannen slechts worden goedgekeurd door een gerecht als de rechtmatige belangen van de schuldeisers beschermd zijn en kansloze herstructureringsplannen moeten worden afgewezen.

2.3.3.4 *Rechtsmiddelen*

88. Hoewel de procedure tot algemeenverbindendverklaring uit haar aard voortvarend moet geschieden (art. 374 lid 3), kan de beslissing van de rechtbank diep ingrijpen. Vooral bij toewijzing van het verzoek worden schuldeisers en aandeelhouders geconfronteerd met ontneming van (een deel van) hun rechten, dat als onteigening kan worden aangemerkt. In overeenstemming met art. 1 Eerste Protocol EVRM is dat alleen mogelijk binnen stringente randvoorwaarden. De minister is zich hiervan bewust geweest, want met een uitvoerige toelichting wordt uitgelegd waarom de algemeenverbindendverklaring van het buitengerechtelijk akkoord desondanks toelaatbaar is, omdat voldaan is aan de vereisten die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg ontwikkeld heeft.⁸⁰ De inbreuk op het ongestoorde genot van de 'eigendom' van de schuldeisers en aandeelhouders is straks gebaseerd op een formele wet, zij is gerechtvaardigd met het oog op het algemeen belang en zij is proportioneel, althans niet disproportioneel. Met het eerste en laatste argument kan ik goed leven, maar het staat niet zonder meer vast dat de algemeenverbindendverklaring van een buitengerechtelijk akkoord een algemeen belang dient. Primair dient het namelijk het belang van de schuldenaar. Men zou echter kunnen betogen dat het ook de andere belanghebbenden bij de schuldenaar (werknemers, leveranciers en afnemers, andere schuldeisers, overheid, gemeenschap enz.) dient, omdat deze baat hebben bij een voortbestaan van de schuldenaar in geherstructureerde vorm.⁸¹

89. Anders dan bij de beslissingen van de rechter-commissaris over waardering van vorderingen van schuldeisers, indeling in klassen en de stemprocedure (art. 371 lid 1) of over toelating van een schuldeiser of aandeelhouder of de hoogte van de vordering van de schuldeiser (art. 371 lid 2) die niet vatbaar zijn voor hoger beroep of cassatie (art. 371 lid 5), is de beschikking van de rechtbank tot algemeenverbindendverklaring wel appellabel, zowel bij toewijzing (art. 379 lid 1) als bij afwijzing (art. 379 lid 2). Het hoger beroep staat echter alleen open voor degenen die daadwerkelijk getroffen zijn door de beschikking van de rechtbank. Bij afwijzing van het verzoek kan alleen de verzoeker (aanbieder van het akkoord) hoger beroep instellen (art. 379 lid 1) en komt deze bevoegdheid niet toe aan andere betrokkenen. Omgekeerd kan bij toewijzing van het verzoek alleen een schuldeiser of aandeelhouder die tegen het akkoord heeft gestemd in appèl komen. Schuldeisers en aandeelhouders die zich van stemming hadden onthouden of niet waren verschenen, hebben daarmee hun recht op hoger beroep verspeeld (art. 379 lid 2).

79. Art. 22 en 23 Aanbeveling.

80. MvT p. 66-67.

81. MvT p. 67.

90. De gebruikelijke korte appèltermijn van acht dagen moet zorgen voor een voortvarende behandeling. Het gerechtshof moet het hoger beroep uiterlijk veertien dagen na ontvangst van het verzoekschrift behandelen (art. 379 lid 4).

91. Omdat de inbreuk op het 'eigendomsrecht' van de schuldeiser of aandeelhouder als een zo zwaar middel wordt beschouwd, heeft de wetgever een procedure in twee instanties wenselijk geacht. Cassatie tegen de beschikking van het gerechtshof gebeurt zo veel mogelijk op dezelfde wijze als het hoger beroep (art. 380).

92. Het instellen van een rechtsmiddel heeft vermoedelijk geen schorsende werking, ook al is dat niet met zoveel woorden uitdrukkelijk bepaald. Het past echter in het systeem van de Faillissementswet om partijen niet te veel beroepsmogelijkheden te geven omdat bij (dreigende) insolventies snelheid en doortastendheid geboden zijn (vgl. art. 85-86, 282 en 360). Bovendien sluit het ontbreken van schorsende werking goed aan bij de Aanbeveling van de Europese Commissie van 12 maart 2014.⁸²

2.3.3.5 *Gevolgen van de algemeenverbindendverklaring*

93. Wanneer de rechtbank (of in hoger beroep of cassatie het gerechtshof respectievelijk de Hoge Raad) het verzoek tot algemeenverbindendverklaring heeft toegewezen, lijkt het doel van de aanbieder van het akkoord te zijn bereikt: allen die door het akkoord geraakt worden in hun juridische positie, zijn vanaf dat ogenblik aan het akkoord gebonden. Enerzijds levert de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeenverbindendverklaring een executoriale titel op voor de verzoeker (de schuldenaar of een schuldeiser die het akkoord op de voet van art. 368 lid 2 heeft voorgesteld) tegen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd (art. 381 lid 1). Anderzijds moet worden aangenomen dat ook de schuldenaar aan dat voorstel is gebonden en een grosse van de beschikking als executoriale titel tegen zich moet laten gelden, ook al is dit niet met zoveel woorden bepaald. In de memorie van toelichting wordt namelijk aansluiting gezocht bij art. 159 voor het faillissementsakkoord.⁸³ Los van het feit dat de conceptwettekst de schuldenaar in het geheel niet noemt, ligt hier echter nog wel een knelpunt, omdat er bij een buitengerechtelijk akkoord geen verificatie van vorderingen plaatsvindt zoals bij faillissement. Zeker als bepaalde schuldeisers of aandeelhouders – bewust of onbewust – niet over het akkoord zijn geïnformeerd en dus niet in staat zijn geweest om de toelating van andere schuldeisers of aandeelhouders te betwisten (art. 371), kan een wel verschenen schuldeiser op deze manier een te genereuze executoriale titel bemachtigen.

94. Het effect van een executoriale titel voor de aanbieder van het akkoord tegen schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord zijn gewijzigd, betekent niet alleen dat de schuldenaar een eventuele vordering van die schuldeiser of aandeelhouder tot iets anders dan waartoe het akkoord verplicht, met een beroep daarop – passief – kan afweren. Het geeft hem ook de mogelijkheid om – ac-

82. Art. 24 Aanbeveling.

83. MvT p. 76.

tief – de desbetreffende partij tot handelen te bewegen. In de eerste plaats valt te denken aan het opheffen van eerder genomen executiemaatregelen, zoals beslaglegging of een faillissementsaanvraag (als deze al niet geschorst is op grond van art. 3c). Lastiger wordt het of de schuldenaar dan in de tweede plaats ook van een partij zou kunnen verlangen dat bijvoorbeeld de opzegging van een overeenkomst wegens de slechte financiële toestand of op basis van een contractuele opzeggingsbevoegdheid bij een faillissementsaanvraag, wordt teruggedraaid of op een andere manier de nadelige gevolgen daarvan worden geredresseerd.⁸⁴ Het is de vraag of dit *a contrario* ook uit art. 373 lid 4 zou mogen worden afgeleid voor het geval het akkoord géén wijziging tot gevolg heeft van toekomstige verplichtingen van de schuldenaar.

95. In de derde plaats zou de schuldenaar bijvoorbeeld de aandeelhouder(s), in beweging moeten krijgen om bepaalde, tot hun bevoegdheid behorende besluiten of goedkeuringen te treffen. Het voorstel heeft hier een pragmatische insteek gekozen door de bevoegdheden van de aandeelhouders opzij te zetten. Dit gebeurt langs twee wegen. Aan de ene kant wordt de rechtspersoonlijke besluitvorming aan banden gelegd: statutaire of contractuele beperkingen om een akkoord aan te bieden zijn nietig, terwijl de schuldenaar (lees: het bestuur) daarvoor geen goedkeuring nodig heeft van de algemene vergadering van aandeelhouders: art. 2:107a BW wordt buiten toepassing geplaatst en het daarmee bereikte effect geldt niet alleen voor de naamloze vennootschap maar ook voor de besloten vennootschap, de Europese vennootschap en de vereniging (art. 368 lid 4). Meer in het algemeen wordt de algemene vergadering aan de zijlijn geplaatst in het proces om een buitengerechtelijk akkoord te bereiken: voor de uitwerking van het akkoord wordt een eventueel benodigde instemmende besluitvorming vervangen door de beschikking tot algemeenverbindendverklaring als deze in kracht van gewijsde is gegaan (art. 368 lid 5). Dit geldt ook voor leden van een (coöperatieve) vereniging als deze een onderneming drijft. Zij hebben voor het buitengerechtelijk akkoord te gelden als aandeelhouders (art. 368 lid 6).

96. Een toewijzing van het verzoek heeft overigens geen invloed op de positie van schuldeisers uit hoofde van een arbeidsovereenkomst. Zoals wel meer gebeurt in faillissement wordt de hete aardappel van de werknemerspositie en de werknemersrechten ook met dit wetsvoorstel niet gegeten maar doorgeschoven. In algemene zin is bepaald dat een wettelijk buitengerechtelijk akkoord niet mogelijk is ten aanzien van verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit op dat ogenblik bestaande arbeidsovereenkomsten (art. 368 lid 9). Dit wordt met één zin gemotiveerd door te verwijzen naar de onlangs tot stand gekomen regeling in de Wet Werk en Zekerheid.⁸⁵ Zoals art. 368 lid 9 nu geformuleerd is, ziet het niet alleen op een werkgever die als schuldenaar een akkoord wil aanbieden maar ook op het omgekeerde geval: een werknemer zal niet met behulp van een buitengerechtelijk ak-

84. Dit laatste geldt overigens ook al bij toepassing van art. 3c. Waar het doel van deze regeling is om de onderhandelingen voor het akkoord niet te frustreren of te doorkruisen om de 'broedende kip' niet te storen, zouden ontijdige contractbeëindigingen e.d. voor dat proces wel degelijk ineffectief en funest kunnen zijn.

85. MvT p. 52.

koord van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever kunnen worden bevrijd. Het is de vraag of dit ook is beoogd.

97. Toewijzing van het verzoek moet ten slotte ook gevolgen hebben voor een eventuele lopende faillissementsaanvraag die al dan niet op grond van art. 3c geschorst is. Hoewel de algemeenverbindendverklaring van het akkoord betekent dat de schuldenaar geacht moet worden zijn opeisbare verplichtingen weer na te kunnen komen — waardoor er dus geen toestand meer bestaat waarin hij heeft opgehouden te betalen⁸⁶ — zijn ‘ongelukjes’ niet uit te sluiten. Het lijkt beter om bij toewijzing van het verzoek tot algemeenverbindendverklaring van het akkoord en het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking daartoe de faillissementsaanvraag door een schuldeiser die aan het akkoord zal zijn gebonden van rechtswege te laten vervallen.

98. Als het verzoek tot algemeenverbindendverklaring definitief is afgewezen, heeft dat maar in beperkte mate gevolgen. Het akkoord bindt in beginsel wel alle partijen die ermee hebben ingestemd, tenzij zij een voorbehoud hebben gemaakt dat hun instemming afhankelijk is van de algemeenverbindendverklaring. Het ligt overigens voor de hand aan te nemen dat partijen een dergelijke voorwaarde inbouwen, zoals ook nu doorgaans het geval is bij de dwangakkoorden in faillissement en surseance van betaling.

99. Verder leidt een afwijzing van het verzoek tot algemeenverbindendverklaring in voorkomend geval tot onverwijld opheffing van een schorsing van de faillissementsaanvraag wegens samenloop met een akkoordaanbieding (art. 3c lid 6 onderdeel c). De rechtbank kan zich dan (weer) over de faillissementsaanvraag buigen.

100. Een afwijzing hoeft de schuldenaar — of dezelfde schuldeiser die het akkoord had aangeboden of een andere schuldeiser — er niet van te weerhouden om opnieuw een akkoord aan te bieden. In faillissement en surseance van betaling kan dat niet (art. 170 resp. 281), maar daar is inmiddels een insolventieprocedure aanhangig, terwijl het buitengerechtelijk akkoord juist beoogt een dergelijke procedure te voorkomen. Dit neemt niet weg dat de aanbieder van het akkoord wel met een gedegen nieuw voorstel moet komen met een heldere argumentatie waarom de belemmeringen die tot de afwijzing hadden geleid zich nu niet zullen voordoen.

2.3.3.6 Internationale aspecten

101. Hoewel het wetsvoorstel in belangrijke mate is geïnspireerd door de internationale context van het buitengerechtelijk akkoord en dan vooral de voorbeelden van de Amerikaanse *Chapter 11*-procedure en de Engelse *scheme of arrangement*, raakt het zelf nauwelijks internationale aspecten. In art. 384 — bedoeld zal zijn art. 383 dat immers ontbreekt⁸⁷ — wordt met een enkele zin de verbinding gelegd met de

86. Vgl. het argument bij art. 3c om niet de mogelijkheid te bieden de faillissementsaanvraag al te schorsen als er vooralsnog alleen nog maar onderhandeld wordt om tot een buitengerechtelijk akkoord te komen (MvT p. 27).

87. En in de toelichting wel als zodanig wordt genummerd; zie MvT p. 79.

Europese Insolventieverordening door de regeling daarop van overeenkomstige toepassing te verklaren.

102. Belangrijker lijkt echter het stilzwijgen over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter. Weliswaar moet de aanbieder van het akkoord in het kader van een verzoek tot algemeenverbindendverklaring van het akkoord de rechtbank in het verzoekschrift zodanige informatie verschaffen dat zij haar bevoegdheid op grond van art. 3 InsVo kan vaststellen (art. 374 lid 1 onderdeel c), maar dit is geen toelatingseis tot de stemprocedure van art. 372. Iedereen kan immers op grond van art. 368 een akkoordvoorstel aanbieden. Art. 368 lid 1 stelt alleen de eis dat de schuldenaar een rechtspersoon dan wel een beroeps- of bedrijfsmatig opererende natuurlijke persoon is; geenszins dat deze schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen in Nederland moet hebben. De informatieplicht in art. 374 lid 1 onderdeel c lijkt de procedure te beperken tot louter schuldenaren met een in Nederland gelegen centrum van voornaamste belangen, maar het verbiedt niet een Nederlandse forumkeuze. Op dit punt is derhalve nog wel nadere verduidelijking gewenst.

2.4 Opmerkingen, vragen, mogelijke verbeterpunten

103. Aan het slot gekomen wil ik in dit preadvies enkele opmerkingen en vragen voorleggen alsmede mogelijke verbeterpunten voorleggen, waarmee het wetsvoorstel, dat op zichzelf al een grote vooruitgang is ten opzichte van de huidige situatie, nog aan overtuigingskracht kan winnen.

2.4.1 Indeling in klassen: toch nog geen maximale flexibiliteit

104. In de toelichting wordt gesteld dat de toets die in art. 369 lid 2 is voorgesteld voor de indeling in klassen is bedoeld om maximale flexibiliteit te verschaffen.⁸⁸ Door de gekozen formulering lijkt dit echter (onbedoeld?) niet helemaal zo uit pakken. Anders dan in het mede tot voorbeeld gekozen systeem van *Chapter 11* lijkt het namelijk niet mogelijk om schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten die redelijkerwijs als gelijkaardig (NB: niet *gelijkwaardig*) te verdelen over verschillende klassen of, en dat is wellicht nog een groter probleem, slechts een deel van schuldeisers met vorderingen van een bepaalde aard in het akkoord te betrekken en (dus) in een klasse onder te brengen. Immers: ‘Schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten die redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden aangemerkt, worden in dezelfde klassen ondergebracht’ en de MvT verduidelijkt dat hiermee wel degelijk is bedoeld dat zulke schuldeisers/aandeelhouders ‘in dezelfde klasse *moeten* worden ondergebracht’.⁸⁹

105. Dit kan beperkend werken. Zo kan het bij menige herstructurering zeer wel voor de hand liggen om vorderingen van gelijke *aard* – bijvoorbeeld concurrente vorderingen – in verschillende klassen onder te brengen, aangezien de *schuldeisers*

88. MvT p. 52.

89. MvT p. 53 (cursivering; RDV).

van deze vorderingen verschillend van aard zijn en de schuldenaar (en de het akkoord ondersteunende schuldeisers/aandeelhouders) het daarom voor het succes van het akkoord nodig acht om hen elk iets anders aan te bieden. Er valt te denken aan een akkoord waarbij aan de ongezekerde financiers een relatief grote afschrijving van schuld wordt gevraagd in ruil voor een deel van de aandelen, terwijl de leveranciers bijspringen door een veel kleiner deel van hun uitstaande vordering simpelweg op te geven (eventueel in ruil voor latere verbetering van voorwaarden als het weer beter gaat). Ook is goed denkbaar dat er onder de leveranciers van de schuldenaar verschillende groepen te onderscheiden zijn (los van dwangcrediteuren) aan wie iets anders moet worden aangeboden om hen met het akkoord te laten instemmen.

106. Ook het ongemoeid laten van de ene groep concurrente schuldeisers, terwijl de rechten van een andere groep door het akkoord worden gewijzigd, kan, en zal dikwijls, noodzakelijk of gewenst zijn. Het meest eenvoudige voorbeeld is het aanbieden van een akkoord aan de ongezekerde financiers terwijl de handelscrediteuren ongemoeid worden gelaten (zie ook nr. 33 en 34). Maar er zijn andere voorbeelden denkbaar. Zo zal een fabrikant van meubelen in operationele problemen wellicht aan zijn leveranciers een *hair cut* op hun concurrente vorderingen willen voorstellen, of een afbetalingsschema voor het achterstallige deel, maar de (reeds opgekomen) garantievorderingen van zijn klanten of hun vorderingen uit een bonusprogramma ongemoeid willen laten. Iets anders zou desastreuus zijn voor het broodnodige klantenvertrouwen.

107. Met de huidige tekst lijkt dit alles niet mogelijk. Hierdoor wijkt de voorgestelde regeling op een belangrijk onderdeel af van *Chapter 11*. Hierin is in § 1122(a) namelijk slechts voorgeschreven dat claims die in één klasse worden ondergebracht ‘substantially similar’ moeten zijn, anders gezegd: ‘substantially dissimilar claims may not be placed in the same class’.⁹⁰ Dit sluit echter niet uit dat gelijkaardige claims over verschillende klassen kunnen worden verdeeld. De *case law* is verdeeld over tot op welke hoogte dit zou mogen. Kort samengevat wordt de grens getrokken bij misbruik en de ABI National Bankruptcy Review Commission heeft voorgesteld te verduidelijken dat een en ander is toegestaan mits (als er *objection* is) de schuldenaar kan aantonen dat er een ‘*rational business justification*’ bestaat.

108. Met het oog op het voorgaande zou de bepaling in het voorstel moeten worden omgekeerd naar het voorbeeld van die in *Chapter 11*. Vanzelfsprekend moet misbruik worden voorkomen: dit is mogelijk door de ‘beoordeling’ door de eventuele rechter-commissaris van de indeling in klassen (zie nr. 43) en in ieder geval bij het verzoek tot algemeenverbindendverklaring op de voet van art. 373 lid 3 onderdeel a, c of d. Daarbij moet worden opgemerkt dat de ‘schuldeisers’ aldaar in onderdeel a niet zijn beperkt tot bij het akkoord betrokken schuldeisers of tot schuldeisers die wel of niet hebben voorgestemd, zodat de toetsing op dit vlak volledig openligt. Als een dergelijk punt aan de rechtbank wordt voorgelegd, zou haar toetsingsmaatstaf

90. American Bankruptcy Institute, National Bankruptcy Review Commission, ‘Chapter 11 Working Group Proposal #2: Classification of Claims’, www.abiworld.org/AM/Template.cfm?Section=Working_Group_Proposals&Template=/CM/ContentDisplay.cfm&ContentID=36454, als opgevraagd op 1 september 2014.

moeten aanhaken bij de ‘rational business justification’: als de schuldenaar kan uitleggen waarom er op rationele, verdedigbare en met de ondernemingsvoering verband houdende gronden een bepaalde klassenindeling nodig is waarbij schuldeisers met gelijkaardige vorderingen worden verdeeld over verschillende klassen, zonder dat daarbij belangen onevenredig worden geschaad, dan is dat te billijken. *Gerrymandering* van schuldeisers over verschillende klassen om zodoende aanneming van het akkoord te bereiken of ander misbruik zal deze toets nooit doorstaan.

2.4.2 Algemeenverbindendverklaring: toch aansluiten bij *Chapter 11*?

109. Zoals eerder besproken (zie hierboven nr. 35), heeft de wetgever in het voorstel gekozen voor een systeem waarbij alle klassen schuldeisers/aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd door het akkoord — dus aan wie het akkoord wordt aangeboden — te laten meedoen aan de stemming. Bovendien kan het akkoord in beginsel alleen worden uitgevoerd indien alle klassen het akkoord hebben aangenomen (art. 372 lid 2). Alleen als het stemgedrag van de tegenstemmers als onredelijk kan worden gekwalificeerd, kan de rechtbank toch tot algemeenverbindendverklaring overgaan. Daarmee is bewust⁹¹ gekozen voor een andere benadering dan die van de Amerikaanse regeling in *Chapter 11*. De motivering daarvoor is echter beperkt.

110. In de *Chapter 11*-procedure worden de schuldeisers verdeeld in *impaired classes* en *unimpaired classes*. Een klasse is *unimpaired* als de rechten van de schuldeisers niet worden gewijzigd (en de gevolgen van eventuele *defaults* worden opgeheven).⁹² Bij de stemming geldt vervolgens dat *unimpaired classes* worden geacht vóór te stemmen: zij hoeven dus niet daadwerkelijk te stemmen. (*Impaired*) *classes* die onder de *Plan* niets ontvangen, stemmen evenmin en worden geacht tegen te stemmen.⁹³ *Impaired classes* die wél iets ontvangen onder de *Plan* zijn dus als enige stemgerechtigd. De *Plan* is vervolgens aangenomen en wordt *confirmed* door de *US Bankruptcy Court* wanneer ten minste één *impaired class* heeft voorgestemd en alle leden van alle *impaired classes* ten minste evenveel ontvangen onder de *Plan* als zij zouden hebben ontvangen in een *Chapter 7*-liquidatie van de schuldenaar.

111. In de nu voorgestelde regeling is het mogelijk een akkoord toch algemeen verbindend te verklaren als bepaalde klassen hebben tegengestemd als zij ‘niet in redelijkheid tot dit stemgedrag hebben kunnen komen’. Blijkens de toelichting is de gedachte hierachter grofweg dezelfde als die, welke achter de regeling in *Chapter 11* zit, namelijk dat (gedeeltelijk) ‘out of the money’ schuldeisers het akkoord niet (zonder goede gronden) moeten kunnen tegenhouden, zolang zij onder het akkoord niet minder ontvangen dan in faillissement het geval zou zijn.⁹⁴ Het verschil met de regeling van *Chapter 11* is daarmee dat (om de sleutel waarin het Nederlandse voorstel is geplaatst te gebruiken) in *Chapter 11* de redelijkheid is uitgeschreven en

91. MvT p. 54 en 63.

92. § 1124.

93. § 1126 (f) resp. (g).

94. MvT nr. 3.4, 3.5 en p. 67-68.

dat het uitgangspunt andersom is gesteld. Heroverweging van de gemaakte keuze ligt daarom voor de hand.

112. In *Chapter 11* is expliciet gemaakt dat het erom gaat de juridische werkelijkheid weer in overeenstemming te brengen met de economische. In dat licht is als redelijk aangemerkt dat diegenen die gezien de liquidatiewaarde van de onderneming geen economisch belang hebben, daarom ook geen mogelijkheid moeten hebben de *Plan* tegen te houden. Het heeft dan ook geen zin hen te laten stemmen en daar tijd, moeite en kosten aan te besteden; dit geldt evenzeer voor degenen van wie de rechten niet worden gewijzigd. Hoe kunnen zij redelijkerwijs anders dan vóór zijn? Als van alle klassen schuldeisers die een veer moeten laten (*impaired classes*) ten minste één klasse vóór de *Plan* stemt is het naar Amerikaans recht redelijk dit goed te keuren: als dat onredelijk was, zo is de gedachte, dan zouden de schuldeisers die daardoor juist in hun rechten worden geraakt er niet mee instemmen. Als eventuele andere *impaired classes* onder de *Plan* minimaal krijgen wat ze in een liquidatie zouden krijgen, is het evenmin onredelijk deze ook aan de *Plan* te binden, of ze nu voor of tegen stemden. Geen economisch rationele schuldeiser zou immers kiezen voor dat alternatief van het krijgen van de lagere liquidatiewaarde. Vanzelfsprekend kent ook *Chapter 11* nog aanvullende waarborgen die zowel de stemgerechtigde als niet-stemgerechtigde *impaired classes* beschermen, met als voornaamste dat de *Plan* ‘fair and equitable’ moet zijn tegenover *impaired classes* die niet vóór hebben gestemd,⁹⁵ wat weer uiteenvalt in een aantal subvereisten.⁹⁶

113. In het voorstel is een en ander precies omgekeerd. Hoewel de wetgever dus dezelfde achterliggende gedachte aanhangt, is het uitgangspunt dat het akkoord niet algemeen verbindend kan worden verklaard, tenzij alle klassen hebben voorgestemd — inclusief die, welke geheel of gedeeltelijk onder water staan maar van wie de rechten wel wijzigen. Vervolgens ligt het op de weg van de schuldenaar — en als afgeleide daarvan, de schuldeisers/aandeelhouders die het akkoord hebben aangenomen en andere belanghebbenden bij een succes — om de rechtbank te overtuigen dat de klassen die hebben tegengestemd in redelijkheid niet tot dat stemgedrag konden komen. Ook in het licht van het door de wetgever omarmde beginsel ‘out of the money, out of the way’⁹⁷ zou het veel meer voor de hand liggen dit naar het voorbeeld van *Chapter 11* om te keren. Dit zou de *deal certainty* voor individuele gevallen en de voorspelbaarheid en daarmee de bruikbaarheid van het systeem als geheel — expliciete en vooropgestelde wensen van de wetgever⁹⁸ — zeer ten goede komen. Het wezenlijke verschil is overigens niet, dat onder water staande schuldeisers niet meer zouden zijn beschermd of dat niet alle omstandigheden van het geval meer zouden kunnen worden betrokken in de beoordeling of de uitkomst redelijk is.⁹⁹

95. In de toelichting iets versimpeld weergegeven, zie MvT p. 68.

96. De belangrijkste daarvan is de *absolute priority rule* die voorschrijft dat geen (effectief ongezekerde) klasse *impaired* mag worden door de *Plan* zolang een in rang junior klasse nog iets ontvangt op haar claims. Een dergelijke regel is in het voorstel voor het informeel akkoord helemaal niet opgenomen, maar zou kunnen worden ingelezen in art. 373, m.n. lid 3.

97. MvT p. 16.

98. MvT p. 1, nr. 3.2, p. 60.

99. MvT nr. 4.4, p. 45.

114. Wanneer een systeem zou worden geïntroduceerd zoals hier bepleit, zouden schuldeisers/aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar die dat gezien hun economische positie niet met een tegenstem konden tegenhouden, nog steeds kunnen opkomen tegen een algemeenverbindendverklaring van het akkoord. Dat zou kunnen wanneer hun belangen onevenredig worden geschaad (art. 373 lid 3 onderdeel a), het akkoord door bedrog enz. tot stand is gekomen (art. 373 lid 3 onderdeel c), of andere zwaarwegende redenen daaraan in de weg staan (art. 373 lid 3 onderdeel d). Meer is niet nodig, en bij deze beoordeling worden vanzelfsprekend alle omstandigheden in aanmerking genomen. Dit laat ook zien dat het voorgestelde systeem in wezen dubbel is: met de bescherming van art. 373 lid 3 is het niet nodig om de schuldeisers die onder water staan ook nog te beschermen door hen de mogelijkheid te geven het akkoord weg te stemmen en daarmee een barrière op te werpen voor algemeenverbindendverklaring die de schuldenaar dan weer moet overwinnen.

115. De stemgerechtigdheid van de onder water staande schuldeisers kan in deze vorm komen te vervallen, in ieder geval van diegenen die in een faillissement niets zouden ontvangen, waarmee kosten en moeite in de akkoordprocedure kunnen worden bespaard. De schuldeisers die daarentegen maar ten dele 'onder water staan' zijn dan in het voorgestelde systeem de enigen die nog stemmen. Anders dan in *Chapter 11* worden immers niet alle schuldeisers in klassen verdeeld en bij het akkoord betrokken, doch slechts schuldeisers van wie de rechten worden gewijzigd. Er kan worden overwogen het voorstel verder ongewijzigd te laten, zodat alle stemgerechtigde klassen in beginsel moeten voorstemmen. Als dan niet alle klassen het akkoord aannemen kan alsnog worden teruggегреpen op art. 373 lid 2, zodat een zogenoemde '*cram down*' van de tegenstemmende klassen (dat wil zeggen hen alsnog binden aan het akkoord) mogelijk is als de tegenstem onredelijk was. Daarvoor zou dan weer de toets moeten zijn of de schuldeisers op grond van het akkoord ten minste ontvangen wat zij bij een faillissement zouden hebben ontvangen. Zo ja, dan kan het akkoord in beginsel toch algemeen verbindend worden verklaard. Andere omstandigheden van het geval hoeven hier niet aan de orde te komen, tenzij een schuldeiser zich op art. 373 lid 3 beroept.

116. Een en ander zou wel tot gevolg hebben dat de waarderingsdiscussie zich ten volle verplaatst naar de eerste fase in het proces (zie hierboven paragraaf 2.3.2). De schuldenaar zou dan immers bij de indeling van de klassen moeten aangeven wie op basis van het voorgaande stemgerechtigd zijn en wie niet. Eventuele geschillen hierover, en dus over de onderliggende waardering en liquidatieanalyse van de onderneming, zullen dan door de rechter-commissaris moeten worden opgelost (art. 371). Dit kan als nadeel hebben dat deze hier niet (voldoende) voor is toegerust. De rol van de rechter-commissaris is echter in het huidig voorgestelde art. 371 sowieso beperkt tot het geven van voorlopige oordelen die in het kader van de behandeling van het verzoek tot algemeenverbindendverklaring weer ter discussie kunnen worden gesteld.¹⁰⁰ Dit relativeert de mogelijke nadelen behoorlijk. De rechter-commissaris kan, indien hij voor deze vragen wordt gesteld zonder al te zeer bevreesd te zijn de behandeling in dat stadium beperken tot een marginale toets en

100. MvT p. 61-62.

de knoop voorlopig doorhakken. De waarderingsdiscussie wordt immers, zo schuldeisers zich geroepen voelen, alsnog ten volle gevoerd in de tweede fase voor de rechtbank (zie hierboven paragraaf 2.3.3). Daarmee is ook meteen gegeven dat het belangrijk is dat de rechter-commissaris de discussie niet breder maakt. Dan zou aan schuldeisers immers weer een mogelijkheid worden geboden om *nuisance value* te creëren door de procedure op te houden en te bemoeilijken met waarderingsdiscussies in een vroeg stadium.

2.4.3 De rechtbanken, of toch de Ondernemingskamer?

117. Bij het behandelen van het verzoek tot algemeenverbindendverklaring zal de rechter geconfronteerd worden met de nodige bedrijfseconomische vraagstukken, met name waarderingsvraagstukken (zie hiervoor nr. 41-42, 77 en 111-116). Nu dezelfde uitgangspunten zijn gekozen voor de voorgestelde regeling van het informeel akkoord als voor de meest gangbare internationale herstructureringsprocedures, dat de economische en juridische realiteit weer met elkaar in overeenstemming moeten worden gebracht — waarbij schuldeisers die onder water staan de redding van de schuldenaar in beginsel niet moeten kunnen tegenhouden — kan ook worden voorspeld waarop de discussie zich bij behandeling van het verzoek zal toespitsen. Of ons voorstel hierboven (paragraaf 2.4.2) nu wordt overgenomen of niet, de essentiële vraag bij de beoordeling of het akkoord algemeen verbindend kan worden verklaard tegen de zin van bepaalde schuldeisers is welke *recovery* die schuldeisers in een liquidatiescenario tegemoet zouden kunnen zien.

118. Het belangrijkste uitgangspunt voor die beoordeling is de waardering van de onderneming van de schuldenaar. De schuldenaar die (uitgaande van het huidige voorstel) algemeenverbindendverklaring verzoekt van het akkoord waar bepaalde klassen hebben tegengestemd, zal dan ook goed voorbereid op de zitting verschijnen. Zeker in de grote, financieel gedreven herstructureringen — waarop wij de analyse hier toespitsen, maar waarbij de conclusies *mutatis mutandis* ook gelden voor akkoorden ten aanzien van kleinere ondernemingen — komt de schuldenaar dan met een fraaie presentatie van een internationale, gerenommeerde zakenbank of *restructuring firm*. Deze moet de rechter duidelijk maken dat het omslagpunt van ‘onder water’ tegenover ‘boven water’ daar ligt, waar de schuldenaar van uit is gegaan bij het opstellen van het akkoord. De tegenstemmende schuldeisers zullen op diezelfde zitting een even mooie presentatie tevoorschijn toveren van een minimaal evenzeer gerespecteerde internationale firma om het tegendeel te laten zien. Deze presentatie zal laten zien dat de onderneming méér waard is dan de schuldenaar stelt en dat de vorderingen van deze schuldeisers dus wel degelijk ‘boven water’ staan, zodat het akkoord niet algemeen verbindend kan worden verklaard.

119. De meeste rechters, opererend in het systeem van rechtsvordering met stelplicht en bewijslast, zullen geneigd zijn (aangezien partijen elk een dichtgetimmerd verhaal hebben) dan maar over te gaan tot het horen van partijen (art. 377). Hierbij ligt het voor de hand ook de firma’s die de rapporten hebben opgesteld deze nader te laten toelichten. Dit alles zal de rechter niet veel verder brengen. Zoals wij al eerder schreven: in de internationale herstructureringspraktijk is een *running gag*

dat 'valuation is an art, not a science'. Een waardering van een onderneming en een daarop gebaseerde liquidatieanalyse zijn gebaseerd op tal van (bedrijfs)economische en feitelijke aannames. Voor elk van die aannames bestaat een bandbreedte van invullingen die door ter zake kundige mensen als 'binnen het redelijke' zal worden aangemerkt. Als echter elk van deze aannames wordt aangepast ('er aan de knoppen wordt gedraaid'), kan dat voor de waardering van een grote onderneming honderden miljoenen schelen in de uitkomst. Hetzelfde geldt voor de liquidatieanalyse. Dit, terwijl nog steeds elke aanname als redelijk kan worden aangemerkt. Zo kunnen twee experts komen tot cruciaal verschillende uitkomsten over de vraag wie 'onder water' staan en wie niet.

120. Nog belangrijker is dat elke waardering (en daarmee ook de daarop gebaseerde liquidatieanalyse) is gebaseerd op het door het management van de onderneming aangeleverde cijfermateriaal (cash flow forecasts, verwachtingen ten aanzien van de toekomstige omzet en winst, enz.). Ook de vaststelling van deze onderliggende cijfers is (afhankelijk van het type onderneming) tot op zekere hoogte meer kunst dan wetenschap. De door de tegenstemmende schuldeisers ingehuurd experts zullen dan ook ongetwijfeld de nodige kritiek leveren op de cijfers van de schuldenaar en te dien aanzien in hun analyses correcties maken.

121. De rechter ten overstaan van wie dit alles wordt gepresenteerd wordt niet wijzer van wat partijen aandragen. Hij kan overwegen zelf dan maar een deskundige te horen (art. 377). Dit zou hem mogelijk een stuk verder helpen, aangezien deze deskundige in ieder geval écht onafhankelijk is en dus nuance kan aanbrengen op wat de partijen schetsen. Een belangrijk nadeel echter is dat deze deskundige een grote informatieachterstand heeft ten opzichte van de schuldenaar en de (vaak nauw betrokken) schuldeisers. Dat relativeert in hoeverre hij werkelijk – en op korte termijn! – een bijdrage aan de oordeelsvorming van de rechter kan leveren, of het moet zijn op basis van uitgebreid eigen onderzoek. Los van de hiermee gepaard gaande extra kosten kan dat laatste echter niet de bedoeling zijn in het kader van de terecht door de wetgever gekozen uitgangspunten van de meeste spoed, in het licht van de precare situatie waarin de schuldenaar die een akkoord aanbiedt zich doorgaans zal bevinden (zie ook nr. 62 en de daar genoemde vindplaatsen). Het is immers de bedoeling dat de discussie snel en doeltreffend wordt gevoerd en afgerond.

122. Dit alles leidt tot de conclusie dat de rechter dient te beschikken over eigen kennis op bedrijfseconomisch en herstructureringsvlak die het hem mogelijk maakt zélf de aangedragen argumenten op hun waarde te beoordelen en de knoop op de juiste plaats door te hakken. Hiervoor moet hij doorgronden hoe dergelijke waarderings- en liquidatieanalyses werken, welke invloed de verschillende aannames hebben en welke van de aangedragen standpunten de meest redelijke verwachting van de werkelijkheid representeert. De rechter zal zodanig boven deze materie moeten staan, dat hij voldoende kritisch kan zijn ten aanzien van het hem voorgelegde om, waar nodig door het stellen van de juiste vragen, bloot te leggen waar de zwaktes van de redeneringen van schuldenaar en schuldeisers/aandeelhouders liggen en op basis daarvan comfortabel de – verstrekkende – beslissing te nemen om de voorgestelde wijziging van rechten wel of niet toe te staan.

123. De vraag kan worden gesteld of deze kennis en kunde aanwezig zijn bij de rechtbanken. Hoe dan ook staat het laten behandelen van de akkoordprocedure door alle lokale rechtbanken eraan in de weg dat de benodigde knowhow snel en gecentraliseerd wordt opgebouwd en behouden (mede met het oog op het rotatiesysteem tussen de sectoren binnen de rechtbanken). Daarom ligt het veel meer voor de hand om deze materie te laten behandelen door één gespecialiseerd rechterlijk college. Zoals eerder bepleit achten wij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam hiervoor veruit de meest aangewezen en geschikte rechter, aangezien de raadsheren en leden van de Ondernemingskamer door de aard van de zaken die zij dag in dag uit behandelt veel beter voor de onderhavige taak geëquipeerd zal zijn dan de rechtbanken.¹⁰¹ Zij ziet zich geregeld (bijvoorbeeld in noodfinancieringszaken, uitkoopzaken e.d.) geconfronteerd met grofweg dezelfde vraag als die, welke in het kader van art. 373 aan de orde zal zijn.

124. Voor eventuele budgettaire beperkingen bij de Ondernemingskamer zien wij als oplossing een kostendekkend griffierecht. Dit zou kunnen worden vastgesteld op een percentage van het balanstotaal van de onderneming die een akkoord aanbiedt. Het percentage (of de staffel) zou daarbij eventueel dusdanig moeten worden vastgesteld dat het griffierecht voor grote ondernemingen ook ruimschoots de kosten van de procedures ten aanzien van kleine ondernemingen dekt. Dit gaat dit preadvies echter te buiten en laat ik verder buiten beschouwing.

2.5 Tot besluit

125. De wetgever heeft in het kader van het wetgevingsprogramma 'Herijking faillissementsrecht' met het consultatiedocument voor de WCO II een mooie aftrap gegeven voor een instrument dat in de herstructureringspraktijk node wordt gemist: een handzaam en effectief buitengerechtelijk akkoord. Het voorstel is in grote lijnen goed bruikbaar om het delicate evenwicht tussen de verschillende betrokkenen niet te veel te verstoren. De voorgestelde regeling kan een goed(koper) alternatief vormen voor de Amerikaanse en Engelse regelingen die als voorbeeld voor de Nederlandse oplossing hebben gediend. Niettemin blijft er altijd wat te wensen over, zoals hierboven in paragraaf 2.2.4 is uiteengezet. Wat ons betreft pakt de wetgever nu door en creëert een competitieve Nederlandse oplossing.

101. R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV (Schuldsaneringsregeling rechtspersonen buiten surseance van betaling of faillissement)', *TvI* 2013/20.

2.6 Bijlage wettekst WCO II¹⁰²

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet Continuïteit Ondernemingen II)

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje- Nassau, enz. enz. enz.

Allen die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is in de Faillissementswet een regeling te treffen op basis waarvan de rechtbank een door de meerderheid van de schuldeisers van een onderneming ondersteund akkoord ter herstructurering van de schulden verbindend kan verklaren voor alle schuldeisers van die onderneming alsmede voor haar aandeelhouders.

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I

De **Faillissementswet** wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 3b wordt ingevoegd een artikel 3c, luidende:

Artikel 3c Schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in geval van de aanbieding van een buitengerechtelijk akkoord

1. Indien een verzoek tot faillietverklaring betreft een rechtspersoon dan wel een natuurlijke persoon die al dan niet in samenwerking met een of meer andere natuurlijke of rechtspersonen een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, kan de rechtbank de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring op verzoek van de schuldenaar of een of meer van diens schuldeisers gedurende een redelijke termijn schorsen indien zij een akkoord hebben aangeboden als bedoeld in artikel 368, tenzij gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat het akkoord zal worden verworpen.
2. Indien een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek als bedoeld in artikel 373, eerste en tweede lid, gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste verzoek in behandeling en schorst de rechtbank de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring, tenzij gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat het verzoek als bedoeld in artikel 373, eerste en tweede lid zal worden afgewezen.
3. De in het eerste en tweede lid bedoelde schorsing wordt niet uitgesproken indien zwaarwichtige redenen zich daartegen verzetten.

102. Zie ook www.internetconsultatie.nl/wco2.

4. In geval van een schorsing als bedoeld in het eerste en tweede lid kan de rechtbank de voorzieningen treffen die zij ter beveiliging van de belangen van de schuldenaar of de schuldeisers nodig oordeelt.
5. Zodra het akkoord is verworpen dan wel de verwachting dat het akkoord wordt aangenomen niet langer gerechtvaardigd is, doet de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden de rechtbank daarvan onverwijld mededeling.
6. De rechtbank heft de in het eerste en tweede lid bedoelde schorsing onverwijld op zodra:
 - a. zij van een schuldeiser die is gerechtigd tot een vordering die gedurende de periode van schorsing opeisbaar is geworden en onvoldaan is gebleven daartoe het verzoek heeft gekregen;
 - b. zij van de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden de in het vorige lid bedoelde mededeling heeft ontvangen;
 - c. zij afwijzend heeft beslist op een verzoek als bedoeld in artikel 373, eerste en tweede lid.

B

In artikel 5, eerste lid, wordt 'en 363, eerste lid' vervangen door: 363, eerste lid, 373, eerste en tweede lid.

C

Na artikel 42 wordt ingevoegd een artikel, luidende:

Artikel 42a

1. Rechtshandelingen strekkend tot het verschaffen van zekerheid of het geven van garantie voor schulden die ontstaan tussen het moment van aanbieding van een akkoord als bedoeld in artikel 368, eerste lid en het moment van sluiting van de stemming over het akkoord als bedoeld in artikel 372, eerste lid dan wel strekkend tot het uitbreiden van bestaande zekerheid tot zodanige schulden, kunnen niet met een beroep op het vorige artikel worden vernietigd.
2. Indien een verzoek is gedaan als bedoeld in artikel 373, eerste en tweede lid, is het in het vorige lid bepaalde van overeenkomstige toepassing op het verschaffen van zekerheid of het geven van garantie voor schulden die ontstaan tussen het moment van de sluiting van de stemming over het akkoord en het moment waarop de beslissing over dat verzoek onherroepelijk wordt alsmede op rechtshandelingen strekkend tot het uitbreiden van bestaande zekerheid tot zodanige schulden.

D

Artikel 47 komt te luiden:

Artikel 47

1. De voldoening door de schuldenaar van een opeisbare schuld kan alleen dan worden vernietigd wanneer wordt aangetoond:
 - a. dat hij die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd of
 - b. dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen.
2. Indien een akkoord is aangeboden als bedoeld in artikel 368, eerste lid, is de voldoening van een opeisbare schuld, ontstaan na het indienen van een verzoek tot faillietverklaring niet vernietigbaar op grond van het in het vorige lid, onder a, bepaalde.

E

Aan artikel 54 worden drie leden toegevoegd, luidende:

3. Het in het eerste lid bepaalde is niet van toepassing indien en voor zover een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, tot verrekening overgaat van schulden aan de schuldenaar die zijn overgenomen doordat betaald is op de rekening van de schuldenaar bij die bank tussen:
 - a. het moment van aanbidding van een akkoord als bedoeld in artikel 368, eerste lid en het moment van sluiting van de stemming over het akkoord als bedoeld in artikel 372, of:
 - b. het moment van het schriftelijk verzoek van de schuldeiser aan de schuldenaar om een akkoord aan te bieden als bedoeld in artikel 368, tweede lid en het moment van sluiting van de stemming over het akkoord als bedoeld in artikel 372.
4. Indien een verzoek is gedaan als bedoeld in artikel 373, eerste en tweede lid, is het in het vorige lid bepaalde van overeenkomstige toepassing indien en voor zover de bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, zich op verrekening wenst te beroepen van schulden aan de schuldenaar die zijn overgenomen doordat betaald is op de rekening van schuldenaar bij de bank tussen het moment van de sluiting van de stemming over het akkoord en het moment waarop de beslissing van de rechtbank over dat verzoek onherroepelijk wordt.
5. In het geval van een schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring op grond van artikel 3c, eerste en tweede lid, is het bepaalde in het eerste lid van overeenkomstige toepassing.

F

Na artikel 329 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 329a

Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing indien de schuldenaar zijn schuldeisers een akkoord heeft aangeboden als bedoeld in artikel 368, eerste lid.

G

Na artikel 367 wordt opgenomen een afdeling, getiteld: 'Tweede afdeling: Algemeen verbindend verklaring van een akkoord ter sanering van de schulden' en luidend als volgt:

TWEDE AFDELING ALGEMEEN VERBINDEND VERKLARING VAN EEN AKKOORD TER SANERING VAN DE SCHULDEN**Artikel 368 Aanbieden van een buitengerechtelijk akkoord**

1. Een rechtspersoon, dan wel een natuurlijke persoon die al dan niet in samenwerking met een of meer andere natuurlijke dan wel rechtspersonen een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, is ter herstructurering van zijn schulden bevoegd zijn schuldeisers, dan wel een aantal van hen, alsmede zijn aandeelhouders, dan wel een aantal van hen, een akkoord aan te bieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten.
2. Een schuldeiser die voorziet dat zijn schuldenaar met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, kan een schuldenaar als bedoeld in het eerste lid schriftelijk verzoeken over te gaan tot het aanbieden van een akkoord als bedoeld in dat lid. Indien vervolgens een zodanige termijn is verlopen dat de schuldenaar redelijkerwijze de gelegenheid heeft gehad een akkoord te bieden, maar hij daartoe niet is overgegaan, kan de schuldeiser uit eigen beweging een akkoord aanbieden, zulks met onmiddellijke kennisgeving aan de schuldenaar.
3. Tenzij het akkoord anders bepaalt, blijven de rechten die schuldeisers jegens borgen, medeschuldenaren en garantiegevers van de schuldenaar kunnen uitoefenen ongewijzigd.
4. Indien de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, een naamloze vennootschap is, is artikel 107a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing op het besluit van het bestuur dat een akkoord wordt aangeboden. Een regeling, statutair dan wel tussen aandeelhouders en de rechtspersoon overeengekomen, die inhoudt dat het aanbieden van een akkoord of het voornemen daartoe de goedkeuring behoeft van de algemene vergadering, is nietig. Het in de laatste zin bepaalde is van overeenkomstige toepassing indien de schuldenaar een vereniging, een Europese Vennootschap of een besloten vennootschap is.
5. Vanaf het moment van aanbieding van het akkoord als bedoeld in artikel 370, eerste lid, blijven de artikelen 38 en 107a en de titels 4.4 en 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek alsmede artikel 5:25ka van de Wet op het financieel toezicht en eventuele statutaire dan wel tussen de aandeelhouders en

de rechtspersoon overeengekomen regelingen ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering buiten toepassing ten aanzien van het akkoord. Voor zover de uitvoering van het akkoord een besluit van de algemene vergadering vereist, treedt de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord daarvoor in de plaats.

6. Indien de schuldenaar een coöperatie of een vereniging is die een onderneming drijft, is het in deze titel ten aanzien van aandeelhouders bepaalde van overeenkomstige toepassing op de leden.
7. Het in deze titel ten aanzien van aandeelhouders bepaalde is van overeenkomstige toepassing op houders van certificaten en andere direct of indirect gerechtigden tot het vermogen van de rechtspersoon.
8. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a.
9. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing ten aanzien van verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit ten tijde van het aanbieden van het akkoord bestaande arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 369 Verdeling schuldeisers en aandeelhouders in klassen en stemrecht

1. Het akkoord kan erin voorzien dat schuldeisers en aandeelhouders elk in afzonderlijke klassen worden onderverdeeld.
2. Schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten die redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden aangemerkt, worden in dezelfde klassen ondergebracht.
3. Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders aan wie het akkoord wordt aangeboden en van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.
4. Indien het economisch belang bij een vorderingsrecht of een aandeel geheel of in overwegende mate berust bij een ander dan de juridisch gerechtigde, is deze met uitsluiting van de juridisch gerechtigde bevoegd om naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen voor dat deel van de vordering waartoe hij is gerechtigd.

Artikel 370 Voorstel voor het akkoord

1. Ten minste acht dagen voor de stemming legt de schuldenaar dan wel de schuldeiser bedoeld in artikel 368, tweede lid, tweede zin, het voorstel voor het akkoord voor aan de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd dan wel bericht hij de betreffende schuldeisers en aandeelhouders hoe zij van het voorstel voor het akkoord kennis kunnen nemen.
2. Het voorstel voor het akkoord bevat in ieder geval:
 - a. Het akkoord, een onderbouwing daarvan en een omschrijving van de financiële gevolgen per klasse van schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd alsmede de wijze waarop het bijdraagt aan het voorkomen van het faillissement;
 - b. de klassenindeling en de criteria op basis waarvan deze is gemaakt;
 - c. de waardering indien en voor zover relevant;

- d. indien het akkoord een uitkering behelst: het moment of de momenten waarop de uitkering zal worden gedaan;
 - e. de wijze waarop schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen;
 - f. de procedure voor de stemming over het akkoord, ten minste inhoudend dat per klasse van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders in een fysieke, dan wel schriftelijke of door middel van een elektronisch communicatiemiddel te houden vergadering wordt gestemd alsmede het moment waarop de betreffende vergadering plaatsheeft dan wel waarop de stem uiterlijk moet zijn uitgebracht.
 - g. de wijze en het tijdstip waarop de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd kennis kunnen nemen van de uitslag van de stemming.
3. Aan het voorstel voor het akkoord worden in ieder geval gehecht:
- a. een plan waarin wordt uiteengezet op welke wijze de schuldenaar beoogt de continuïteit van de door hem gedreven onderneming na de uitvoering van het akkoord te verzekeren;
 - b. een lijst van bekende schuldeisers met daarbij in elk geval vermeld de hoogte van hun vordering alsmede in welke klassen zij vallen;
 - c. in het geval het voorstel voor het akkoord een statutenwijziging van de schuldenaar behelst: een door een notaris ondertekend concept voor deze statutenwijziging;
 - d. in het geval van aandelen waarvan de rechten door het akkoord worden gewijzigd: het totaal uitgegeven aandelen en de nominale waarde ervan alsmede de klasse waarin de houders van de betreffende aandelen vallen;
 - e. in het geval van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten waarvan de rechten door het akkoord worden gewijzigd: een lijst van de houders van die certificaten alsmede de klasse waarin de houders van de betreffende certificaten vallen;
 - f. in het geval van effecten die worden verhandeld op een gereguleerde markt: het totaal aantal uitgegeven effecten en de nominale waarde ervan alsmede de klasse waarin de houders van de betreffende effecten vallen;
 - g. voor zover beschikbaar, de opgemaakte jaarrekeningen en het jaarverslag over de laatste twee boekjaren waarover een jaarrekening is opgemaakt;
 - h. een kasstroom-overzicht;
 - i. een staat van bekende baten en lasten op het moment van het aanbieden van het akkoord;
 - j. de balans en verlies- en winstrekening of cijfers over het laatste boekjaar, of waar nodig een tussentijdse balans of verlies en winstrekening of cijfers die inzicht geven in de vermogenspositie en de resultaten van de vennootschap tot minimaal drie maanden voor het aanbieden van het akkoord;

Artikel 371 Geschillen over waardering, klassenindeling en temming

1. Op verzoek van de schuldenaar, de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden of een of meer schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door

het akkoord worden gewijzigd, kan de rechtbank een rechter-commissaris benoemen die kan aangeven of:

- a. de wijze van waardering van vorderingen van schuldeisers, de indeling in klassen of de procedure voor stemming voldoet aan de eisen die de rechtbank daaraan zou stellen bij de beoordeling van een verzoek als bedoeld in artikel 373, eerste lid, of
 - b. het voorstel voor het akkoord wijziging of aanvulling behoeft omdat zulks redelijkerwijs noodzakelijk is voor een goede oordeelsvorming door de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd.
2. Bij verschil van mening over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming dan wel over de hoogte van de vordering van de schuldeiser, bepaalt de rechter-commissaris zo die is benoemd of bij gebreke daaraan de rechtbank of, en tot welk bedrag, hij tot de stemming wordt toegelaten;
 3. De rechter-commissaris doet geen uitlatingen als bedoeld in het eerste lid en neemt geen beslissingen als bedoeld in het tweede lid dan nadat hij de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden en de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd in de gelegenheid heeft gesteld hun zienswijze te geven.
 4. Alvorens een uitlating te doen op grond van het eerste lid of een beslissing te nemen op grond van het tweede lid, kan de rechter-commissaris een deskundige raadplegen.
 5. Tegen de uitlatingen en beslissingen van de rechter-commissaris als bedoeld in dit artikel staat geen hoger beroep of cassatie open.

Artikel 372 Stemming over het akkoord

1. De stemming over het akkoord geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders overeenkomstig de procedure die is voorzien op grond van artikel 370, tweede lid, onderdeel f.
2. Het akkoord is aangenomen indien alle klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders ermee hebben ingestemd.
3. Een klasse van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders heeft met het akkoord ingestemd indien:
 - a. de gewone meerderheid van de tot die klasse behorende en aan de stemming deelnemende schuldeisers en aandeelhouders voor het akkoord heeft gestemd en
 - b. die meerderheid minste twee derden vertegenwoordigt van het bedrag aan vorderingen van de aan de stemming deelnemende schuldeisers dan wel twee derden van het gedeelte van het geplaatste kapitaal dat de aan de stemming deelnemende aandeelhouders vertegenwoordigen.
4. Latere veranderingen in het getal van de schuldeisers, het bedrag van de vorderingen of het gedeelte van het geplaatst kapitaal dat aandeelhouders vertegenwoordigen hebben geen invloed op de geldigheid van de aanneming of de verwerping van het akkoord of de instemming van een klasse.
5. De schuldenaar dan wel de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden maakt van de stemming over het akkoord uiterlijk drie dagen na de stemming

een verslag op dat door of namens hem wordt ondertekend en ten minste vermeldt:

- a. het akkoord;
 - b. de namen van de schuldeisers en aandeelhouders die hun stem hebben uitgebracht;
 - c. de uitslag van de stemming en
 - d. of een verzoek zal worden gedaan als bedoeld in artikel 373, eerste en tweede lid.
6. De schuldenaar dan wel de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden stelt de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd onmiddellijk na de ondertekening van het verslag in staat daarvan kennis te nemen op de wijze zoals in voorstel voor het akkoord voorzien op grond van artikel 370, tweede lid, onderdeel m.
7. Indien jegens de schuldenaar een verzoek tot faillietverklaring aanhangig is waarvan de behandeling op grond van artikel 3c, eerste lid, is geschorst dan wel indien op grond van het vorige artikel een rechter-commissaris is benoemd, deponeert de schuldenaar dan wel de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden het in het derde lid bedoelde verslag onverwijld na de stemming bij de griffie van de rechtbank.

Artikel 373 Verzoek tot algemeen verbindendverklaring

1. Indien het akkoord is aangenomen op grond van hetgeen in het vorige artikel is bepaald, verklaart de rechtbank het akkoord op verzoek van de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden algemeen verbindend.
2. Indien het akkoord is verworpen op grond van hetgeen in het vorige artikel is bepaald, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden het akkoord niettemin algemeen verbindend verklaren indien zij van oordeel is dat de klassen die die niet met het akkoord hebben ingestemd in redelijkheid niet tot dat stemgedrag hebben kunnen komen, tenzij:
 - a. een klasse van schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht niet met het akkoord heeft ingestemd en de tot die klasse behorende schuldeisers onder het akkoord een contant bedrag ontvangen dat lager is dan de onderhandse verkoopwaarde van de goederen waarop het pand- of hypotheekrecht is gevestigd hebben;
 - b. een klasse van schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud niet met het akkoord heeft ingestemd en de tot die klasse behorende schuldeisers onder het akkoord een contant bedrag ontvangen dat lager is dan de prijs waarvoor de betreffende goederen aan de schuldenaar zijn geleverd;
 - c. een klasse van preferente of concurrente schuldeisers niet met het akkoord heeft ingestemd en de tot die klasse behorende schuldeisers onder het akkoord een uitkering ontvangen die lager is dan de uitkering die zij zouden ontvangen indien de boedel van de schuldenaar in faillissement zou worden vereffend, of
 - d. een klasse van aandeelhouders niet met het akkoord heeft ingestemd en de tot die klasse behorende aandeelhouders onder het akkoord een uitkering ontvangen die lager is dan de uitkering die zij zouden ontvangen

- indien de boedel van de schuldenaar in faillissement zou worden verevend.
3. Niettegenstaande het in de vorige leden bepaalde wijst de rechtbank de in die leden bedoelde verzoeken af indien:
 - a. de belangen van een of meer schuldeisers dan wel aandeelhouders door toewijzing van het verzoek onevenredig worden geschaad;
 - b. de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;
 - c. het akkoord door bedrog, door begunstiging van een of meer schuldeisers of met behulp van andere oneerlijke middelen is tot stand gekomen dan wel berust op een kennelijk onjuiste voorstelling van zaken;
 - d. andere zwaarwegende redenen zich naar het oordeel van de rechtbank tegen algemeen verbindendverklaring van het akkoord verzetten.
 4. Indien de algemeen verbindend verklaring van het akkoord de wijziging tot gevolg heeft van toekomstige verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit ten tijde van de aanbieding van het akkoord bestaande rechtsverhoudingen, zijn de schuldeisers die het betreft gerechtigd de betreffende rechtsverhouding te beëindigen met ingang van de datum waarop de beslissing op het verzoek tot algemeen verbindend verklaring in kracht van gewijsde gaat. De rechtbank kan op verzoek van de schuldenaar nadere voorwaarden aan de beëindiging stellen.

Artikel 374 Het verzoekschrift

1. Het verzoekschrift waarmee de in het vorige artikel bedoelde verzoeken worden ingeleid, wordt ingediend niet eerder dan acht dagen nadat de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd in de gelegenheid zijn gesteld om van het in artikel 372, vijfde lid bedoelde verslag kennis te nemen en vermeldt:
 - a. de naam en de woonplaats van de verzoeker en, indien het verzoek wordt ingediend door een schuldeiser, de naam en woonplaats van de schuldenaar;
 - b. een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust.
 - c. zodanige gegevens dat de rechtbank kan vaststellen of zij bevoegd is op grond van de verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van de Europese Unie (PbEG L 160) betreffende insolventieprocedures.
2. Aan het verzoekschrift worden als bijlage toegevoegd:
 - a. het akkoord;
 - b. het voorstel voor het akkoord als bedoeld in artikel 370, tweede lid;
 - c. de aan het akkoord te hechten documenten bedoeld in artikel 370, derde lid;
 - d. per klasse van schuldeisers van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, een staat, waaruit de namen en de laatst bekende woonplaatsen van de schuldeisers, alsmede het bedrag en de aard van de vordering van ieder van hen blijken;
 - e. indien door het akkoord de rechten worden gewijzigd die zijn verbonden aan aandelen op naam: een staat waaruit de namen en de laatst bekende woonplaatsen van de aandeelhouders blijken voor zover zij bij de onder-

- neming bekend zijn alsmede het gedeelte van het geplaatst kapitaal dat zij vertegenwoordigen, en
- f. indien door het akkoord de rechten worden gewijzigd die zijn verbonden aan aandelen aan toonder: het aantal uitgegeven aandelen en het bedrag waarvoor zij zijn uitgegeven.
3. De rechtbank behandelt het verzoek met de meeste spoed.

Artikel 375 Vaststelling van de datum van de terechtzitting

1. Zodra zij het in artikel 374 bedoelde verzoekschrift heeft ontvangen, bepaalt de rechtbank de terechtzitting waarop het verzoek zal worden behandeld.
2. De terechtzitting zal worden gehouden ten minste acht dagen na de verzending van de oproeping. Gedurende die tijd of tot een door de rechtbank vast te stellen tijdstip kunnen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd schriftelijk de redenen opgeven waarom zij van mening zijn dat het verzoek tot algemeen verbindend verklaring moet worden afgewezen.

Artikel 376 Procedurevoorschriften voor de oproeping en de verzending van processtukken

1. De oproeping van de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, geschiedt, tenzij de rechtbank anders bepaalt, door de verzoeker bij gewone brief. Indien de verzoeker daartoe in het in het vorige artikel bedoelde verzoekschrift een voorstel heeft gedaan, kan de rechtbank in afwijking van de vorige twee leden bepalen dat de oproeping geschiedt overeenkomstig dat voorstel.
2. Indien er schuldeisers of aandeelhouders bij het akkoord betrokken zijn, die geen woonplaats of verblijf in Nederland hebben en een voor Nederland bindende internationale of Unie-regeling niet een wijze van oproeping voorschrijft, gelast de rechtbank oproeping op een door hem bepaalde wijze van deze personen, zo nodig in één of meer andere talen dan de Nederlandse taal.
3. In afwijking van artikel 282, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan de rechtbank bepalen dat geen afschrift van een verweerschrift en de overlegde bescheiden verzonden hoeft te worden aan de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd. De rechtbank kan, in afwijking van artikel 290, eerste en tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevelen, dat het verzoekschrift, de verweerschriften, de op de zaak betrekking hebbende bescheiden en de processen-verbaal en zo nodig een vertaling hiervan in één of meer andere talen dan de Nederlandse taal op één of meer door hem aan te wijzen internetadressen worden geplaatst, zodanig dat deze door de betreffende schuldeisers en aandeelhouders ten behoeve van latere kennisneming kunnen worden opgeslagen. Tevens kan de rechtbank bevelen dat de verzoeker desverlangd aan een schuldeiser of aandeelhouder van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd afschriften verstrekken van de in de tweede zin genoemde stukken.

Artikel 377 Horen partijen en deskundigen

1. De rechtbank stelt de schuldenaar dan wel de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden alsmede de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd in de gelegenheid over het verzoek te worden gehoord.
2. De rechter kan bevelen dat één of meer deskundigen zullen berichten over de voor het verzoek van belang zijnde punten.

Artikel 378 Aanvulling van het akkoord

De rechtbank kan alvorens te beslissen over een verzoek bedoeld in artikel 374, eerste dan wel tweede lid, partijen gelegenheid geven het akkoord aan te passen of aan te vullen.

Artikel 379 Hoger beroep

1. Indien het verzoek tot algemeen verbindend verklaring door de rechtbank is afgewezen, kunnen de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden daartegen binnen acht dagen na de beschikking van de rechtbank hoger beroep instellen.
2. Indien het verzoek tot algemeen verbindend verklaring door de rechtbank is toegewezen, kunnen de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd daartegen binnen acht dagen na de beschikking van de rechtbank hoger beroep instellen.
3. Het hoger beroep geschiedt bij een verzoekschrift, dat wordt ingediend bij de griffie van het gerechtshof.
4. De voorzitter bepaalt terstond het tijdstip waarop het hoger beroep wordt behandeld. Dat tijdstip ligt niet later dan veertien dagen na ontvangst van het verzoekschrift. Van het hoger beroep wordt door de griffier van het gerechtshof waar het is aangebracht, onverwijld kennis gegeven aan de griffier van de rechtbank die de beschikking omtrent de algemeen verbindend verklaring heeft genomen.
5. De artikelen 374, 376 en 377 zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 380 Beroep in cassatie

Cassatie wordt binnen dezelfde termijnen en op dezelfde wijze aangetekend en behandeld.

Artikel 381 Executoriale titel en uitsluiting verzet

1. De in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord levert een voor ten uitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd alsmede tegen de borgen en andere medeschuldenaren van de schuldenaar indien hun rechten door het akkoord worden gewijzigd.
2. Voor zover de uitvoering van het akkoord een notariële akte vereist, treedt de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord daarvoor in de plaats.
3. Voor zover de uitvoering van het akkoord maatregelen vergt waartegen crediteuren in verzet kunnen komen, is dat verzet uitgesloten.

Artikel 382 Niet verbindendheid van het akkoord jegens schuldeisers en aandeelhouders die niet in de gelegenheid zijn gesteld over het akkoord te stemmen of niet zijn opgeroepen

Niettegenstaande de algemeen verbindend verklaring werkt het akkoord niet jegens:

- a. een schuldeiser of aandeelhouder van wie de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden wist of redelijkerwijs had behoren te weten dat zijn rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar aan wie het akkoord niet is voorgelegd of die niet in de gelegenheid is gesteld over het akkoord zijn stem uit te brengen, en
- b. een schuldeiser of aandeelhouder van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar die niet behoorlijk is opgeroepen in de procedure waarin het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord is behandeld.

Artikel 384 Internationale verwikkelingen

De bepalingen van deze afdeling zijn van overeenkomstige toepassing in het geval dat een buitengerechtelijk akkoord wordt aangeboden op de voet van artikel PM, van de verordening, genoemd in artikel 5, derde lid.

Artikel III Samenloop

PM

Artikel IV Inwerkingtreding

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip

Artikel V Citeertitel

Deze wet wordt aangehaald als: Wet Continuïteit Ondernemingen II

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Veiligheid en Justitie

Hoofdstuk 3

Het civielrechtelijk bestuursverbod: geen medicijn maar een placebo

Mr. F.E. Keijzer en prof. mr. M.L. Lennarts^{*}

* Mr. F.E. Keijzer is docent/onderzoeker aan de Rijksuniversiteit Groningen. Prof. mr. M.L. Lennarts is hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Groningen.

3.1 Inleiding

Onze Minister van Veiligheid en Justitie houdt van daadkracht. Op 29 maart 2013 publiceerde hij een voorontwerp van wet ter invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod op www.internetconsultatie.nl. De zestien reacties op het voorontwerp waren voor een belangrijk deel kritisch van toon. Ook in de literatuur was er veel kritiek.¹ De minister heeft zich hierdoor echter niet uit het veld laten slaan. Binnen korte tijd is het wetsvoorstel verschenen, waarin een deel van de kritiek uit de consultatiereacties en de literatuur alsmede het advies van de Raad van State en de Commissie vennootschapsrecht is verwerkt.²

Het wetsvoorstel maakt deel uit van een wetgevingsprogramma ter herijking van het faillissementsrecht. Het wetsvoorstel valt onder een van de drie pijlers van dit wetsvoorstel, namelijk de bestrijding van faillissementsfraude; de andere pijlers zijn het bevorderen van het reorganiserend vermogen van bedrijven en de modernisering van de faillissementsprocedure.³ In het kader van de eerste pijler van dit wetgevingsprogramma is op 18 juli 2014 tevens een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gestuurd dat beoogt de strafbaarstelling van faillissementsfraude te herzien.⁴ Het derde en laatste wetsvoorstel ter zake van de bestrijding van faillissementsfraude ziet op de versterking van de positie van de curator, en omvat onder meer de introductie van een fraudesignalerende taak voor de curator. Dit conceptwetsvoorstel zal na de zomer van 2014 naar de Raad van State worden gestuurd.⁵

Het civielrechtelijk bestuursverbod is steeds nadrukkelijk gepresenteerd als een nieuw middel ter bestrijding van faillissementsfraude waarvan veel wordt verwacht. Onder verwijzing naar de grote schade die faillissementsfraude zou berokkenen aan het handelsverkeer⁶ wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel

1. Zeer kritisch zijn: D.R. Doorenbos, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel', *AA* 2014, p. 19-23; G.J.A. van Leeuwen & A.D.M. Bras, 'Het conceptwetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, een uitzonderlijke situatie', *TvOB* 2013, p. 204-210; M.L. Lennarts, 'Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!', *TvI* 2013/26 en F.E. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115. Kritisch, maar met voorstellen voor verbetering, ontleend aan de Engelse regeling van het bestuursverbod: M. Neekilappillai, 'Naar een effectieve vormgeving van het civielrechtelijk bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2014/84 en R.J. Philips, 'Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod', *FIP* 2013, afl. 4, p. 114-121.
2. Zie voor het wetsvoorstel en de memorie van toelichting: *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, 1-3. Zie voor het advies van de Raad van State en het nader rapport: *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, 4. Het advies van de Commissie Vennootschapsrecht is te vinden op: www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving-en-rechtsgebieden/documenten-en-publicaties/brieven/2014/01/08/advies-over-civielrechtelijke-bestuursverbod.html.
3. *Kamerstukken II* 2012/13, 33695, 1.
4. *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, 1-4 (Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude).
5. Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 15 juli 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33695, 5, p. 2.
6. In de memorie van toelichting worden cijfers van het CBS genoemd uit 2010. Volgens die cijfers zouden er in dat jaar voor 700 miljoen euro aan ongedekte schulden zijn achtergebleven in faillissementen waarin sprake was van strafbare benadeling. Sinds 2010 heeft het CBS geen jaarcijfers meer gepubliceerd over de omvang en aard van de schuldenlast in faillissementen. Bovendien geven de CBS-cijfers geen nauwkeurig beeld van de werkelijke schade veroorzaakt door faillissementsfraude. Zie over het gebrek aan betrouwbare cijfers over de omvang van de schade veroorzaakt door faillissementsfraude: F. Kemp, 'Faillissementsfraude: een hardnekkig fenomeen', *Justitiële Verkenningen* 2014, p. 58-60.

opgemerkt: ‘Het bestuursverbod voorziet in een belangrijk instrument om tot een effectieve fraudebestrijding te komen. Daarbij staat een toekomstgerichte, preventieve, aanpak centraal: malafide gebleken bestuurders kunnen tijdelijk geen rechtspersoon besturen, waardoor ze geen gebruik kunnen maken van de beperkte aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt.’⁷ Voor de effectuering van het bestuursverbod wordt nadrukkelijk ingezet op de faillissementscurator. Deze is ‘als verantwoordelijke voor de goede afwikkeling van het faillissement het beste in staat om, mede met inachtneming van het gezamenlijk belang van de crediteuren, te beoordelen of er redenen zijn om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Verder is de curator in de praktijk de eerste die in een faillissement op signalen van fraude stuit. Bovendien sluit het toekennen van de bevoegdheid aan de curator goed aan bij het voornemen om fraudesignalering een wettelijke taak te maken van de curator.’⁸ Zal een bestuursverbod in handen van de curator de hooggespannen verwachtingen kunnen waarmaken? Is het een medicijn of slechts een placebo? Dit is de hoofdvraag die wij beantwoorden in dit preadvies.

In paragraaf 3.2 geven wij een beknopt overzicht van de inhoud en structuur van het wetsvoorstel. Vervolgens besteden wij (in paragraaf 3.3) aandacht aan de verschillen tussen het definitieve wetsvoorstel en het voorontwerp: in hoeverre hebben de kritische opmerkingen uit de internetconsultatie tot aanpassingen geleid?

Daarna beantwoorden wij de vraag hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot art. 6 EVRM, in het bijzonder tot het daaruit voortvloeiende verbod op zelfincriminatie en de eis dat procedures binnen een redelijke termijn moeten worden afgerond (paragraaf 3.4). In paragraaf 3.5 bespreken wij het strafrechtelijk bestuursverbod en beantwoorden wij de vraag in hoeverre het civielrechtelijk bestuursverbod hier iets aan toevoegt. Wij sluiten in paragraaf 3.6 af met de conclusie dat het wetsvoorstel op een aantal punten onvoldragen is. Anders dan de lezer wellicht van een preadvies zou verwachten volgen op deze conclusie geen uitgewerkte voorstellen ter verbetering van het wetsvoorstel. Aan de effectuering van een bestuursverbod door de curator staan namelijk praktische bezwaren in de weg. Die praktische bezwaren brengen ons tot het kernachtige advies dat het wetsvoorstel beter kan worden ingetrokken.

3.2 Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod

De wetgever heeft ervoor gekozen om het civielrechtelijk bestuursverbod een plaats te geven in de Faillissementswet. Het wetsvoorstel introduceert vijf nieuwe artikelen (art. 106a-106e Fw) in titel 1.4 (‘Van de voorzieningen na faillietverklaring en van het beheer des curators’). In art. 106a Fw is het criterium voor het opleggen van een bestuursverbod opgenomen. Een civielrechtelijk bestuursverbod kan uitsluitend worden opgelegd nadat een faillissement van de rechtspersoon is uitgesproken.⁹ Bovendien kan een verbod alleen worden opgelegd ter zake van gedragingen die

7. MvT, paragraaf 1.

8. MvT, paragraaf 2.

9. Het doel van het wetsvoorstel — de bestrijding van faillissementsfraude — is voor de minister de doorslaggevende reden om het civielrechtelijk bestuursverbod een plaats te geven in de Faillissementswet en niet (zoals in de consultatiefase wel was gesuggereerd) in het BW. Volgens de toelichting (paragraaf 8 onder a en b) ‘ziet de regering op dit moment onvoldoende aanleiding voor de regeling van een breder bestuursverbod in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek’.

hebben plaatsgevonden in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement of die de afwikkeling van het faillissement frustreren.

Lid 1 van art. 106a Fw geeft een limitatieve opsomming van de vijf gronden voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Het gaat om de volgende gevallen: (a) vaststaande aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:138 of art. 2:248 BW; (b) paulianeus handelen; (c) tekortschieten in de informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator; (d) repeterende faillissementen en (e) opgelegde fiscale vergrijpboetes. Deze categorieën zullen wij hierna nader bespreken. Een belangrijke verbetering ten opzichte van het voorontwerp is dat er niet langer sprake is van een open norm. Het oorspronkelijk voorgestelde art. 106a Fw hanteerde namelijk ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ als aanknopingspunt en gaf een vijftal voorbeelden daarvan, waardoor uitdrukkelijk veel ruimte werd gelaten voor bestuursverboden in andere gevallen. Die ruimte is nu ingeperkt.

Het bestuursverbod kan worden opgelegd aan een bestuurder van een failliete rechtspersoon. Indien sprake is van een constructie met een rechtspersoon-bestuurder, kan een bestuursverbod ook worden opgelegd aan de natuurlijk persoon die indirect bestuurder van de failliete rechtspersoon is (art. 106a lid 2 Fw). Een bestuursverbod kan verder worden opgelegd aan een natuurlijk persoon die handelt in beroep of bedrijf (art. 106a lid 4 Fw) en aan degene die het beleid van een rechtspersoon mede heeft bepaald als ware hij bestuurder (art. 106d lid 1 Fw).

De procedure is als volgt. De curator kan een bestuursverbod vorderen in een dagvaardingsprocedure; hij heeft daarvoor de voorafgaande machtiging nodig van de rechter-commissaris (art. 68 Fw). Het Openbaar Ministerie (OM) dient daarentegen gebruik te maken van een verzoekschriftprocedure. Bij deze vordering of bij dit verzoek moet een uittreksel uit het handelsregister worden overgelegd van alle andere rechtspersonen waar de betrokken bestuurder als bestuurder of commissaris actief is (art. 106c lid 1 Fw). Zo is de rechter in staat om deze rechtspersonen de gelegenheid te geven om hun zienswijze naar voren te brengen (art. 106c lid 2 Fw). De rechter bepaalt de duur van een bestuursverbod: gedurende deze periode van maximaal vijf jaar – die ingaat nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan – kan de betrokken bestuurder niet tot bestuurder of commissaris van een rechtspersoon worden benoemd (art. 106b lid 1 Fw). Het tweede lid van art. 106b Fw bepaalt dat het bestuursverbod tevens een ‘beletsel’ vormt voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris bij alle rechtspersonen waar hij reeds als zodanig actief is. De memorie van toelichting verduidelijkt dat het bestuursverbod geen algeheel verbod op aandeelhouderschap of ondernemerschap omvat: degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd kan dus nog steeds nieuwe B.V.’s oprichten of eenmanszaken beginnen.¹⁰

De handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod ligt primair bij de notaris en de Kamer van Koophandel. Het wetsvoorstel voorziet niet in een artikel dat het overtreden van een bestuursverbod strafrechtelijk sanctioneert. ‘Transparantie is een belangrijke waarborg voor een effectief bestuursverbod’, aldus de memorie van toelichting.¹¹ Daarom worden opgelegde bestuursverboden opgenomen in het Handelsregister (art. 106b lid 3 Fw). Als de rechter twijfels heeft of de bestuurder zich wel aan een opgelegd bestuursverbod zal houden, heeft hij de mogelijkheid

10. MvT, paragraaf 4.

11. MvT, paragraaf 6.

om te bepalen dat bij overtreding van het bestuursverbod een dwangsom verbeurd wordt (art. 106b lid 5 Fw).

3.3 Aanpassingen ten opzichte van het voorontwerp

De kritiek die in de reacties op de internetconsultatie en in de literatuur is geuit op het voorontwerp is van uiteenlopende aard. Wij bespreken de naar voren gebrachte kritiekpunten op hoofdlijnen en onderzoeken op welke onderdelen de minister tegemoet is gekomen aan de kritiek en op welke onderdelen de kritiek haar geldingskracht ook ten aanzien van het ingediende wetsvoorstel heeft behouden.

3.3.1 Criteria

In het voorontwerp was ervoor gekozen om aan te knopen bij de term ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ als grondslag voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Dat was een bewuste keuze voor een open norm, waarbij de catalogus slechts diende als een opsomming van voorbeelden van situaties waarin ‘in ieder geval’ sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Voor de bestuurder was de mogelijkheid ingebouwd om zich te disculperen. In geval van een beroep van het OM of de curator op een van de situaties uit de catalogus was dus sprake van een omgekeerde bewijslast. Zowel op de keuze voor de aanknopingspunt bij kennelijk onbehoorlijk bestuur, de keuze voor een open norm als op de omkering van de bewijslast kwam veel kritiek.

‘Kennelijk onbehoorlijk bestuur’ als centraal aanknopingspunt was om meerdere redenen problematisch. Allereerst sloot die term niet goed aan op het beoogde doel van het wetsvoorstel, namelijk het bestrijden van faillissementsfraude. De minister leek te miskennen dat kennelijk onbehoorlijk bestuur en faillissementsfraude twee totaal verschillende begrippen zijn.¹² Door te kiezen voor kennelijk onbehoorlijk bestuur als aanknopingspunt voor het opleggen van een bestuursverbod, zou de reikwijdte van het bestuursverbod veel ruimer worden dan faillissementsfraude alleen: lang niet in alle gevallen waarin sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, is ook sprake van faillissementsfraude. Het zware middel van een bestuursverbod kon daarmee ook in beeld komen bij relatief lichte gevallen.¹³ Het tweede probleem dat zich voordeed, was dat de minister op een cruciaal punt de drempel voor het vaststellen van kennelijk onbehoorlijk bestuur in het voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod lager legde dan de (oorspronkelijke) drempel uit art. 2:138/art. 2:248 BW. Voor het opleggen van een bestuursverbod was in het voorontwerp niet vereist dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak was van het faillissement. Tot slot werd de hantering van rechtsvermoedens met een omgekeerde bewijslast te vergaand geacht gelet op de zwaarte van het bestuursverbod.

12. Reactie Commissie insolventierecht van de NOVA, onder nr. 2.

13. Vgl. M.L. Lennarts, ‘Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!’, *TvI* 2013/26. Zie ook de kritische reacties op het voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod van onder meer VNO-NCW en MKB Nederland, Loyens & Loeff, de Gecombineerde commissie vennootschapsrecht, de Commissie insolventierecht van de NOVA.

In het definitieve wetsvoorstel is aan deze kritiekpunten tegemoetgekomen: de keuze voor kennelijk onbehoorlijk bestuur als centraal aanknopingspunt is losgelaten en er is niet langer sprake van een open norm. Art. 106a lid 1 Fw bevat nu een limitatieve opsomming van gevallen waarin sprake is van gronden om een bestuursverbod op te leggen. De catalogus van gevallen waarin een bestuursverbod kan worden opgelegd is dezelfde als de opsomming van voorbeelden van kennelijk onbehoorlijk bestuur uit het voorontwerp. In de gronden is – volgens de toelichting – tot uitdrukking gebracht dat er een ernstig persoonlijk verzuim van de bestuurder aan de orde moet zijn. Hierbij plaatsen wij de kanttekening dat ook in het definitieve wetsvoorstel nog steeds een bestuursverbod kan worden opgelegd in gevallen waarin niet per se sprake is van faillissementsfraude. De memorie van toelichting is op dit punt weinig precies: soms is faillissementsfraudebestrijding het thema, soms gaat het over het onderscheid tussen malafide en bonafide bestuurders, soms over de aanpak van wanbeleid.¹⁴ Nauwkeurigheid lijkt ons van belang: het doel van het wetsvoorstel zoals uiteengezet in de memorie van toelichting en de uitwerking daarvan in de criteria voor het opleggen van een bestuursverbod in het wetsvoorstel moeten nauw op elkaar aansluiten.

Artikel 106a lid 1 onderdeel a Fw

De eerste categorie van gevallen waarin een bestuursverbod mogelijk is, betreft die gevallen waarin de rechter heeft vastgesteld dat een (gewezen) bestuurder na faillissement aansprakelijk is ex art. 2:138/art. 2:248 BW.¹⁵ Aldus kan kennelijk onbehoorlijk bestuur nog steeds een rol spelen bij het opleggen van een bestuursverbod, maar nu zonder dat het bezwaar bestaat dat deze norm een eigen leven gaat leiden. Bovendien is met de eis dat de aansprakelijkheid voor het tekort moet zijn vastgesteld tegemoetgekomen aan het bezwaar dat een bestuursverbod mogelijk zou zijn zonder dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Door de koppeling aan art. 2:138/art. 2:248 BW kan een bestuursverbod onder meer worden opgelegd indien kennelijk onbehoorlijk bestuur vast komt te staan wegens het niet voldoen aan de administratieplicht of wegens het niet voldoen aan de publicatieverplichtingen ex titel 2.9 BW en de bestuurder niet slaagt in het weerleggen van het oorzakelijk verband. Dit gaat wat ons betreft nog steeds te ver. Schending van de publicatieplicht is een onvoldoende ernstig feit voor het opleggen van een bestuursverbod.¹⁶ Wij wijzen er op dat al geruime tijd door verschillende auteurs wordt bepleit om de verwijzing naar schending van de publicatieplicht uit het tweede lid van art. 2:138/art. 2:248 BW te schrappen omdat koppeling van een onweerlegbaar vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur aan schending van

14. Zie ook: *Aanhangsel Kamerstukken II* 2013/14, 2581: 'Het aangekondigde wetsvoorstel met betrekking tot de introductie van een civielrechtelijk bestuursverbod biedt de rechtbank de mogelijkheid om (voormalig) bestuurders of feitelijk leidinggevendenden die zich tijdens of in de drie jaar voorafgaand aan een faillissement schuldig maken aan – kort gezegd – wanbeleid voor maximaal vijf jaar een bestuursverbod op te leggen.' Het hanteren van de term wanbeleid (zoals bekend afkomstig uit het enquêterecht) in het kader van faillissementsfraudebestrijding is ongelukkig.
15. Wij merken overigens op dat deze bepalingen mogelijk ook overgeheveld worden naar de Faillissementswet in het kader van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, waarvan een ontwerp op 6 februari 2014 ter consultatie is gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl.
16. In dezelfde zin: G.J.A. van Leeuwen & A.D.M. Bras, 'Het conceptwetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, een uitzonderlijke situatie', *TvOB* 2013, p. 206.

de publicatieplicht niet gerechtvaardigd is.¹⁷ Dit is een sterk signaal dat de minister niet zo maar kan negeren.

De schending van de administratieplicht levert naar onze mening terecht een onweerlegbaar vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur op. Als de bestuurder geen andere — niet als onbehoorlijk bestuur — kwalificerende belangrijke oorzaak voor het faillissement kan aanvoeren, dan is hij (in beginsel) aansprakelijk voor het tekort en kan de rechter dus (in beginsel) ook een bestuursverbod opleggen.

Wij signaleren twee probleempunten. Ten eerste is de precieze reikwijdte van de administratieplicht nog niet uitgekristalliseerd.¹⁸ Ten tweede is het weerleggen van het causaal verband voor de bestuurder niet eenvoudig. Dat laatste wordt miskend in de toelichting op het wetsvoorstel. Daarin wordt opgemerkt dat ter weerlegging van het bewijsvermoeden volstaat ‘dat de betrokken bestuurder aannemelijk maakt dat andere omstandigheden ten grondslag hebben gelegen aan het faillissement.’ Verwezen wordt naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Van Schilt*.¹⁹ Dit is een onvolledige weergave van het geldende recht met betrekking tot de weerlegging van het causaal verband. De bestuurder moet namelijk tegenbewijs leveren door een andere oorzaak aan te voeren die het faillissement *in belangrijke mate* heeft veroorzaakt. Hij kan dus niet volstaan met het aanvoeren van zo maar een willekeurige oorzaak. Bovendien is hij dan nog niet klaar. De curator kan vervolgens nog aanvoeren dat de bestuurder heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen. Het is dan aan de bestuurder om te stellen en zo nodig aannemelijk te maken dat dit nalaten geen onbehoorlijk bestuur oplevert. Dit volgt uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Blue Tomato*.²⁰ Slaagt het verweer van de bestuurder niet, dan is hij alsnog aansprakelijk. Het ligt dus allemaal net iets ingewikkelder voor de bestuurder dan in de toelichting wordt gesuggereerd. Wij zouden menen dat een bestuursverbod alleen aangewezen is als kennelijk onbehoorlijk bestuur komt vast te staan wegens een ernstige schending van de administratieplicht. Het gaat immers — volgens de minister — om ‘een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties.’²¹ De rechter dient dit bij de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid tot oplegging van een bestuursverbod in het oog te houden.

Wij merken tot slot nog op dat niet duidelijk is in hoeverre voor aansprakelijkheid op grond van art. 2:138/art. 2:248 BW vast moet komen te staan dat de bestuurders voorzagen of behoorden te voorzien dat zij door hun onbehoorlijk bestuur de schuldeisers zouden benadelen. De Rechtbank Utrecht heeft in de *Ceteco*-zaak geoordeeld dat dit geen voorwaarde is voor aansprakelijkheid op grond van art.

17. Zie reeds: H. Beckman, ‘Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen’, *TVVS* 1998, p. 358-359. Hierbij hebben zich — naast een van de preadviseurs (M.L. Lennarts, noot bij HR 1 november 2013, *NJ* 2014/7 (*Verify*), *Ondernemingsrecht* 2014, p. 309-311) — onder meer aangesloten: M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, ‘De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement’, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 325. Ook de door de regering ingestelde commissie Kortmann heeft in 2009 schrapping van de verwijzing naar de publicatieplicht uit art. 2:138/art. 2:248 lid 2 BW voorgesteld, zie www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2009/07/23/slotbrief-commissie-insolventierecht-23-7-09-reacties-op-het-voorontwerp-voor-een-insolventiewet.html.
18. Iets meer duidelijkheid is verschaft in de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland in de zaak *Landis* (19 juni 2013, *JOR* 2013/237, m.nt. U.B. Verboom). Zie hierover C. Harmsen, ‘Vonnis inzake Landis: een stap vooruit op het gebied van de administratieplicht’, *Tvl* 2014, p. 132-138.
19. HR 23 november 2001, *NJ* 2002/95, m.nt. Ma (*Van Schilt*).
20. HR 30 november 2007, *NJ* 2008/91, m.nt. PvS (*Blue Tomato*).
21. MvT, paragraaf 2.

2:138/art. 2:248 BW.²² In de *Landis*-zaak oordeelt de Rechtbank Midden-Nederland echter: 'De hiervoor gegrond bevonden verwijten van de curatoren aan de bestuurders en commissarissen op het vlak van de boekhoudplicht zoals bedoeld in artikel 2:10 BW, zowel afzonderlijk alsook in onderling verband bezien en gewogen, leiden tot de slotsom dat de bestuurders van Landis zijn tekortgeschoten in hun plicht om in de hier relevante driejaarsperiode een administratie van Landis bij te houden als in dat artikel bedoeld en dat de commissarissen zijn tekort geschoten in hun plicht op de desbetreffende taakuitoefening door het bestuur toezicht te houden. Er is daarom, gelet op artikel 2:138 lid 2 BW en artikel 2:149 BW, sprake van het onweerlegbare vermoeden dat de bestuurders en de commissarissen hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Voorts staat vast dat die onbehoorlijke taakuitoefening een belangrijke oorzaak is van het faillissement, nu het daarop betrekking hebbende vermoeden van artikel 2:138 lid 2 BW – zoals hiervoor overwogen – niet is ontzenuwd. Dat brengt in beginsel mee dat bestuurders en commissarissen aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement. Anders dan zij hebben aangevoerd is voor die aansprakelijkheid (juist omdat deze berust op het onweerlegbare wettelijk vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld) niet vereist dat wordt gesteld en bij voldoende betwisting wordt bewezen dat de bestuurders en commissarissen hebben gehandeld met de (objectieve) wetenschap van benadeling van schuldeisers van Landis. Die wetenschap ligt immers in het genoemde vermoeden besloten. (onderstreping toegevoegd door preadviseurs)²³

Deze passage lijkt er op te duiden dat de rechtbank van oordeel is dat het vereiste van objectieve voorzienbaarheid van benadeling deel uitmaakt van de toetsingsnorm van art. 2:138/art. 2:248 BW. In casu gaat de rechtbank echter niet na of aan dit vereiste is voldaan omdat op grond van lid 2 vaststaat dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Wat niet duidelijk wordt uit de geciteerde passage is hoe moet worden omgegaan met het vereiste van objectieve voorzienbaarheid van benadeling indien een bestuurder zich beroept op een andere belangrijke oorzaak van het faillissement, waar de curator dan weer tegenover stelt dat deze te wijten is aan nalatigheid van de bestuurder. Wij zouden menen dat de bestuurder uit de fuik van lid 2 zwemt indien hij aannemelijk maakt dat hij niet hoefde te voorzien dat de schuldeisers door zijn nalatigheid zouden worden benadeeld. Het is echter maar de vraag of de regel uit het *Blue Tomato*-arrest in de praktijk ook zo wordt toegepast. Wordt een bestuurder op grond van art. 2:138/art. 2:248 lid 2 BW veroordeeld zonder dat is komen vast te staan dat hij door onbehoorlijk bestuur de schuldeisers objectief voorzienbaar heeft benadeeld (of: bewust roekeloos heeft gehandeld) dan rijst de vraag of sprake is van een uitzonderlijk geval dat de oplegging van een bestuursverbod rechtvaardigt.

Artikel 106a lid 1 onderdeel b Fw

Paulianeus handelen kan ook een grond zijn voor het opleggen van een bestuursverbod. De drempel wordt in het wetsvoorstel hoger gelegd dan in het voorontwerp. Er moet niet alleen sprake zijn van rechtshandelingen die op grond van art. 42 of art. 47 Fw onherroepelijk door de rechter zijn vernietigd. De eerste voorwaarde

22. Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/10, m.nt. S.M. Bartman (*Ceteco*).

23. Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237, m.nt. U.B. Verboom (*Landis*).

waaraan voldaan moet zijn voordat een bestuursverbod aan de orde kan zijn, betreft het oogmerk waarmee de paulianeuze handelingen zijn verricht: alleen doelbewuste handelingen komen in aanmerking. De tweede voorwaarde is dat er sprake moet zijn van aanmerkelijke benadeling van schuldeisers. Hiermee sluit deze grond aan bij het doel van het wetsvoorstel: bestrijding van *faillissementsfraude*.

Artikel 106a lid 1 onderdeel c Fw

De failliet die tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator loopt ook het risico met een bestuursverbod geconfronteerd te worden. Deze grond deed naar aanleiding van het voorontwerp veel stof opwaaien. Zo werd met name gesuggereerd dat het opleggen van een bestuursverbod wegens schending van de informatie- en medewerkingsplicht in strijd zou zijn met het *nemo tenetur*-beginsel. In paragraaf 3.4 gaan wij hier uitgebreid op in. De tekst van dit onderdeel van het wetsvoorstel is overigens niet inhoudelijk gewijzigd ten opzichte van het voorontwerp.

Artikel 106a lid 1 onderdeel d Fw

Herhaaldelijk een rechtspersoon failliet laten gaan wordt ook gezien als een mogelijke reden voor het opleggen van een bestuursverbod. Terecht werd er in de reacties naar aanleiding van de consultatieronde op gewezen dat faillissementsrecidive niet per se in verband hoeft te staan met faillissementsfraude. Er kan ook sprake zijn van een ongelukkige samenloop van omstandigheden waaronder externe omstandigheden zoals een ongunstig economisch klimaat. In het definitieve wetsvoorstel is daarom verduidelijkt dat het moet gaan om repeterende faillissementen waarvan de bestuurder een persoonlijk verwijt treft.

Artikel 106a lid 1 onderdeel e Fw

De vijfde categorie in de opsomming van criteria voor het opleggen van een bestuursverbod betreft de zogenaamde fiscale vergrijpboetes. Dit zijn bestuurlijke boetes die opgelegd kunnen worden op grond van art. 67d, 67e of 67f AWR. De enige aanpassing die ten opzichte van het voorontwerp heeft plaatsgevonden is dat is opgenomen dat het moet gaan om boetes die onherroepelijk vaststaan. Deze aanpassing dient de rechtszekerheid. Anders dan in de consultatieronde werd gesuggereerd is de keuze gemaakt om geen ondergrens aan te brengen. Volgens de memorie van toelichting is dat niet nodig omdat een fiscale vergrijpboete slechts aan de orde is bij opzet en grove schuld; daarom zou een dergelijke boete ‘veelzeggend zijn over de integriteit van een bestuurder waar het de naleving van fiscale regelgeving betreft’.

3.3.2 Bestuursverbod voor zelfstandig ondernemers

Ook aan een zelfstandig ondernemer kan een civielrechtelijk bestuursverbod worden opgelegd (art. 106a lid 4 Fw). Op het eerste gezicht lijkt het wel erg vergaand om aan iemand een bestuursverbod op te leggen die nog geen misbruik heeft gemaakt van de beperkte aansprakelijkheid van een rechtspersoon; een zelfstandig ondernemer is immers altijd persoonlijk aansprakelijk. De strafzaak die aan de

orde was in Rechtbank Haarlem d.d. 14 oktober 2010 geeft echter te denken.²⁴ Verdachte dreef een Indonesisch afhaalcentrum. Zij wordt door de rechtbank veroordeeld wegens bedrieglijke bankbreuk, omdat zij onder meer de ontvangst van verzekeringspenningen heeft verzwegen voor de curator en hem in eerste instantie geen en later een ondeugdelijke administratie heeft overhandigd. Als bijkomende straf mag zij gedurende drie jaren het beroep van zelfstandig ondernemer niet uitoefenen. Het onbevredigende aan deze uitkomst is dat niets deze veroordeelde fraudeur ervan weerhoudt om opnieuw een onderneming te beginnen met gebruikmaking van een B.V. De vraag dringt zich op of wie gediskwalificeerd wordt als zelfstandig ondernemer, niet ook gediskwalificeerd zou moeten worden als vennootschapsbestuurder. Er lijkt in dit licht toch wel wat te zeggen voor het voorgestelde art. 106a lid 4 Fw.

3.3.3 De rol van de curator

De literatuur die verschenen is naar aanleiding van het voorontwerp voor het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod is in elk geval op één onderdeel zowel eensgezind als eenduidig: het is geen goed idee om de curator een prominente rol te geven in de procedure om tot een civielrechtelijk bestuursverbod te komen.²⁵

Zijn taak is immers het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en niet het behartigen van het algemeen belang. Onze indruk is dat dit standpunt ook door curatoren wordt gedeeld.²⁶ Is voor hen het civielrechtelijk bestuursverbod dan niet een handig drukmiddel om een lastige gefailleerde tot medewerking te dwingen? Nog afgezien van het feit dat het bestuursverbod daar niet voor bedoeld is,²⁷ blijken curatoren prima uit de voeten te kunnen met de drukmiddelen waarover zij nu al beschikken op grond van de Faillissementswet. Vooral de in art. 87 Fw geregelde gijzeling is een effectief middel om een onwillige bestuurder tot medewerking te bewegen.

De minister sluit de ogen voor het feit dat de curator gericht is op het maximaliseren van de boedel teneinde een zo hoog mogelijke uitkering aan de schuldeisers te doen. De curator die heeft ontdekt dat een bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige gedragingen die hebben geleid tot schade voor de vennootschap respectievelijk de gezamenlijke schuldeisers zal in de regel aansturen op een schikking met de bestuurder. Hierbij past niet dat hij gaat dreigen met het vorderen van een bestuursverbod: dit zal de schikkingsonderhandelingen verstoren. Zolang er uitzicht is op een goed schikkingsresultaat, zal de curator daarom vaak afzien van het instellen van de bestuursverbodvordering omdat die in dat geval niet in het belang van de schuldeisers is.²⁸

24. Rb. Haarlem 14 oktober 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO2578.

25. M.L. Lennarts, 'Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!', *TvI* 2013/26. Minder uitgesproken afwijzend is R.J. Philips, 'Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod', *FIP* 2013, afl. 4, p. 119.

26. Bevestiging voor deze indruk is te vinden in de reacties op het voorontwerp van de Commissie insolventierecht van de NOVA en van Insolad.

27. Zie P. van der Korst, 'Fraudebestrijding of oneigenlijk drukmiddel', *FTV* 2014, afl. 4.

28. Zie G.J.A. van Leeuwen & A.D.M. Bras, 'Het conceptwetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, een uitzonderlijke situatie', *TvOB* 2013, p. 209 en R.J. Philips, 'Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod', *FIP* 2013, afl. 4, p. 118-119.

De forse kritiek op de aan de curator toebedachte rol als initiator van een bestuursverbod heeft de minister niet van standpunt doen veranderen. Integendeel, in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel doet hij er nog een schepje bovenop. In het voorontwerp leek het erop dat aan curator en OM in gelijke mate een rol was toebedeeld bij het vorderen (dan wel verzoeken) van een bestuursverbod. De definitieve memorie van toelichting benadrukt juist de rol van de curator en zet het OM op het tweede plan: 'De curator is de eerst aangewezen om een bestuursverbod te vorderen.' Het OM wordt vooral een taak toebedacht bij de gronden onder d en onder e uit de catalogus van art. 106a lid 1 Fw (resp. faillissementsrecidive en fiscale vergrijpboetes). Het gaat hier volgens de minister om twee gronden 'die meer het algemeen belang reflecteren'.²⁹

Waarom volhardt de minister in zijn controversiële keuze voor de curator als primaire initiator van het bestuursverbod? Allereerst wijst de memorie van toelichting tot twee keer toe op de 'tijdgeest': anno 2014 zou uit rechtspolitieke overwegingen de fraudesignalerende taak van de curator vanzelfsprekend zijn. Dat mag zo zijn, maar daarmee miskent de wetgever dat het vorderen van een bestuursverbod bepaald verder gaat dan het enkele signaleren. Ten tweede gaat de memorie van toelichting ervan uit dat het vorderen van een bestuursverbod vaak in het belang zal zijn van de gezamenlijke crediteuren en dat het daarom niet onredelijk is om de kosten van de procedure ten laste van een batige boedel te brengen.³⁰ Wij zien dit anders. Het is naar onze mening alleen verdedigbaar om de kosten van een bestuursverbod voor rekening van de boedel te brengen indien dit gekoppeld wordt aan een vordering die leidt tot maximalisatie van de boedel.³¹ Is dit niet het geval, dan wordt aan de schuldeisers met het bestuursverbod een sigaar uit eigen doos gepresenteerd.

Opvallend is dat in de memorie van toelichting niet veel woorden vuil worden gemaakt aan het probleem dat in de meeste faillissementen geen sprake is van een batige boedel. Dit is alles wat hierover wordt gezegd: 'Waar het om vorderingen in lege of onvoldoende batige boedels gaat, is nog verder overleg met Insolad en Recofa nodig. Daarbij worden verschillende financieringsvarianten betrokken, waaronder ook de in de brief van 26 november 2012 al genoemde afdracht van een beperkte boedelbijdrage via bijvoorbeeld een degressieve staffel (*Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74*). Over de voortgang zal uw Kamer worden geïnformeerd zodra daartoe concreet aanleiding bestaat'.³²

Het starten van een procedure tot het opleggen van een bestuursverbod wordt primair op het bordje van de curator gelegd. Vervolgens haast de minister zich om te benadrukken dat de curator geen rechtsplicht heeft tot het instellen van een dergelijke actie.³³ De curator heeft er vaak geen belang bij om een vordering tot een bestuursverbod in te stellen en zal het zeker niet doen in geval van een lege

29. MvT, paragraaf 8 onder g.

30. MvT, paragraaf 8 onder g en paragraaf 10.

31. Dit leidt echter weer tot problemen indien de curator het in het belang van de boedel acht om te schicken, zoals hiervoor is opgemerkt.

32. MvT, paragraaf 9.

33. MvT, paragraaf 8 onder d. Hier wordt bovendien opgemerkt dat het niet voor de hand ligt om de curator aansprakelijk te stellen voor de eventuele nadelige consequenties van het niet instellen van een bestuursverbodactie.

boedel. Reeds in dit stadium van het preadvies dringt zich daarom de vraag op of het civielrechtelijk bestuursverbod niet een dode letter in de wet zal worden.

3.3.4 Waarborgen

In paragraaf 3.3.1 hebben wij reeds opgemerkt dat de minister het civielrechtelijk bestuursverbod zelf als ‘een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties’ kwalificeert.³⁴ Inderdaad is het bestuursverbod een buitengewoon ingrijpend middel voor de betrokken bestuurder. Naar aanleiding van het voorontwerp werd terecht naar voren gebracht dat een dergelijk middel met passende waarborgen voor de betrokkene moest zijn omgeven. Het voorontwerp was op dat punt voor verbetering vatbaar, bijvoorbeeld omdat sprake was van een omkering van de bewijslast. Wij hebben in paragraaf 3.3.1 al opgemerkt dat het wetsvoorstel op dit punt evenwichtiger is omdat niet langer van omkering van de bewijslast sprake is en op een aantal onderdelen extra drempels zijn ingebouwd.

Waarborgen voor een zorgvuldige en evenwichtige procedure kunnen verder worden gecreëerd door andere belanghebbenden dan de betrokken bestuurder een rol te geven in de procedure. Op grond van art. 106c lid 2 Fw worden de overige rechtspersonen waar een bestuurder actief is jegens wie een bestuursverbod wordt geëist in de gelegenheid gesteld om een zienswijze uit te brengen. De definitieve memorie van toelichting bevat op dit punt een verbetering ten opzichte van het voorontwerp: niet alleen kan in een zienswijze een voorstel gedaan worden voor de benoeming van een vervangend bestuurder, maar ook wordt erkend dat de zienswijze een bron van informatie kan zijn over het (al dan niet) functioneren van de bestuurder. In een dergelijke zienswijze kan bijvoorbeeld gepleit worden voor een uitzondering op een op te leggen bestuursverbod.

Op een fundamenteel punt zijn de waarborgen die de procedure uit het wetsvoorstel biedt nog zwaar onder de maat. Het betreft de mogelijkheid dat een bestuurder lopende een procedure over het al dan niet opleggen van een bestuursverbod geschorst kan worden (art. 106c lid 4 Fw). Een procedure kan vele maanden tot jaren duren, en het doel van het wetsvoorstel is juist om de mogelijkheid te creëren om ‘snel passende maatregelen te nemen jegens bestuurders die verwijtbaar hebben gehandeld.’³⁵ Schorsing lijkt de oplossing, maar snelheid gaat dan ten koste van zorgvuldigheid, omdat de wetgever kennelijk geen oog heeft voor het feit dat met zo’n schorsing een bestuurder in feite al veroordeeld is omdat hij maanden- of zelfs jarenlang zijn functie niet kan uitoefenen. En wat te denken van de situatie dat een vordering van de curator of een verzoek van het OM uiteindelijk – eventueel in hoger beroep – wordt afgewezen? Wie vergoedt dan de (aanzienlijke) schade die de ten onrechte geschorste bestuurder heeft geleden? Schorsing zou, met andere woorden, echt een uitzondering moeten zijn voor de ernstigste gevallen en dat verdient het om tot uitdrukking te worden gebracht in de wettekst.³⁶ Wij ondersteunen in dit verband de suggestie van Doorenbos die een (strafrechtelijk) alterna-

34. MvT, paragraaf 2.

35. MvT, paragraaf 3.

36. Een opmerkelijk verschil tussen het voorontwerp en het definitieve wetsvoorstel is dat de mogelijkheid om een bestuursverbod uitvoerbaar bij voorraad te verklaren juist geschrapt is. Dankzij de onbeperkte schorsingsmogelijkheid is het effect van deze technische aanpassing zeer beperkt.

tief heeft aangedragen in de vorm van de voorlopige maatregel.³⁷ Via art. 29 lid 1 onderdeel c WED zou de mogelijkheid gecreëerd kunnen worden om verdachte bestuurders tegen wie ernstige bezwaren zijn gerezen voor zes maanden (eenmalig te verlengen) uit hun beroep te ontzetten. Het doel (snel passende maatregelen) wordt daarmee bereikt en tegelijk beperkt tot de meest serieuze gevallen terwijl voorzien is in adequate (strafrechtelijke) rechtsbescherming.

3.3.5 Handhaving

Voor de handhaving leunt het wetsvoorstel als gezegd zwaar op de rol van de notaris en de Kamer van Koophandel, in combinatie met publicatie van opgelegde bestuursverboden in het Handelsregister. De vraag komt op of daarmee de handhaving enerzijds niet te ver gaat met het oog op de privacy van de betrokken bestuurder en anderzijds wel ver genoeg gaat omdat de voorgestelde regeling niet kan voorkomen dat de gediskwalificeerde bestuurder zich achter de schermen met het beleid van een rechtspersoon blijft bemoeien. Wij lichten dit hieronder toe. Openbaarmaking van een opgelegd bestuursverbod in het Handelsregister betekent een flinke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Boswijk en Vreede wijzen op het stigmatiserende effect van een openbaar register: 'Deze vorm van naming and shaming kan ernstig leed toevoegen in de vorm van reputatieschade van de betrokkene.'³⁸ Kritisch over het publiceren van beroepsverboden in een openbaar register is ook Philips.³⁹ Hij pleit voor het 'inbouwen van een drempel' vergelijkbaar met de drempel in het insolventieregister die verhindert dat uitsluitend op naam gezocht kan worden; vereist is dan bijvoorbeeld om naast de naam ook een geboortedatum of postcode in te vullen in het zoekscherm. Het nadeel van het inbouwen van dergelijke drempels is dat dit mogelijk ten koste gaat van de effectiviteit: hoe meer moeite het kost om bestuursverboden te vinden, hoe minder effectief de handhaving.

De memorie van toelichting bij het ingediende wetsvoorstel is op het punt van de registratie van bestuursverboden uitgebreider (maar ook onduidelijker) dan de toelichting bij het voorontwerp. Uit die toelichting bleek niet veel meer dan de bedoeling dat een overzicht van bestuursverboden 'eenvoudig en online' via een openbaar register te raadplegen moest zijn.⁴⁰ In het wetsvoorstel is duidelijk geworden dat de keuze is gevallen op registratie in het Handelsregister. Dit is een verdeigbare keuze. Belangrijker dan de plaats waar de registratie plaatsvindt is de vraag hoe de opname van allerlei persoonsgegevens in een openbaar te raadplegen register zich verhoudt tot het recht van de gediskwalificeerde bestuurder op bescherming van zijn/haar privacy. Volgens de minister is vanwege de zwaarwegende maatschappelijke belangen⁴¹ die gediend zijn met de registratie van het bestuursverbod de doelbinding, als bedoeld in art. 7 Wet bescherming persoonsgegevens gegeven en

37. D.R. Doorenbos, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel', AA 2014, p. 23.

38. R.J. Boswijk & N. Vreede, 'Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht', TvI 2013/27.

39. R.J. Philips, 'Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod', FIP 2013, afl. 4, p. 117.

40. Ontwerp voor de memorie van toelichting bij het voorontwerp, p. 5-6.

41. MvT, paragraaf 6. De minister noemt: aspecten van transparantie, effectieve handhaving van het bestuursverbod, bestrijding van faillissementsfraude en de katvangerproblematiek, de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en de eerlijkheid in het handelsverkeer.

verzekerd. Hij wijst er — ter rechtvaardiging van de inbreuk op de privacy van de bestuurder — nog eens op dat het bestuursverbod alleen wordt opgelegd in geval van ‘evident wanbestuur’. Aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is volgens de minister voldaan doordat de registratie slechts geldt voor de duur van het bestuursverbod, die begrensd is op vijf jaar. Registratie vindt bovendien pas plaats nadat de uitspraak waarbij het bestuursverbod is opgelegd onherroepelijk is geworden. Verder is de inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer voorzienbaar en kenbaar, nu de registratie een wettelijke basis krijgt. De conclusie van de minister is dat de registratie geen inbreuk op art. 10 Grondwet en art. 8 EVRM oplevert. Wij denken dat deze conclusie nadere onderbouwing behoeft. Zo zouden wij menen dat de vraag of aan de eisen van subsidiariteit en (vooral) proportionaliteit is voldaan slechts goed beantwoord kan worden indien duidelijk wordt wat er precies geregistreerd wordt en hoe gemakkelijk deze gegevens voor iedereen te vinden zijn. Daarvoor moeten we wachten op de aanpassingen van de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterbesluit 2008 die in dit verband zullen worden voorgesteld. Deze wijzigingen zullen worden meegenomen in het lopende wetgevingstraject rondom de invoering van een centraal aandeelhoudersregister.⁴² Overigens blijkt uit de toelichting op het wetsvoorstel dat het College bescherming persoonsgegevens al om advies is gevraagd over de registratie van bestuursverboden, maar dat dit college heeft laten weten niet te willen adviseren over een voorontwerp dat voorwerp van internetconsultatie is.⁴³ Nu de precieze vormgeving van de registratie kennelijk in de Handelsregisterwet wordt geregeld sluiten wij niet uit dat het wetsvoorstel bestuursverbod naar de Tweede Kamer is gezonden terwijl nog niet duidelijk is hoe de registratie van bestuursverboden precies vorm zal krijgen en hoe de voorgestelde registratie zich verhoudt tot het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dit achten wij hoogst ongelukkig.

Waar het wetsvoorstel op het punt van de registratie wellicht te ver gaat, gaat het vanuit het oogpunt van handhaving bezien op een ander punt niet ver genoeg: het wetsvoorstel voorziet niet in een verbod op het fungeren als feitelijk leidinggever.⁴⁴ Evenmin verbiedt het de gediskwalificeerde bestuurder betrokken te zijn bij de oprichting van een nieuwe rechtspersoon. De minister stelde tijdens het overleg met de Tweede Kamer op 17 maart 2014 nog dat het zijn voornemen was om het oprichten van een rechtspersoon door een fraudeur onmogelijk te maken.⁴⁵ Dit lezen wij echter niet in het wetsvoorstel, noch in de toelichting. Een belangrijk manco van het wetsvoorstel is dat het niet regelt wat precies onder het verbod tot besturen van een rechtspersoon wordt verstaan. Wel expliciet geregeld is dat een gediskwalificeerde bestuurder van rechtswege als *formeel* bestuurder (bij de failliete rechtspersoon en eventuele andere rechtspersonen) defungeert en niet opnieuw tot *formeel* bestuurder kan worden benoemd. Uit de tekst van het wetsvoorstel blijkt echter nergens dat het bestuursverbod ook ziet op activiteiten als feitelijk leiding-

42. Wetsvoorstel 30656 (Regels omtrent een basisregister van ondernemingen en rechtspersonen (Handelsregisterwet 200.)) ligt thans bij de Eerste Kamer.

43. MvT, paragraaf 7.

44. G.J.A. van Leeuwen & A.D.M. Bras, ‘Het conceptwetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, een uitzonderlijke situatie’, *TvOB* 2013, p. 208. Zij noemen dit een van de grootste lacunes van het wetsvoorstel.

45. *Kamerstukken II* 2013/14, 33695, 4, p. 15.

gever (of oprichter) van een rechtspersoon. Uit de memorie van toelichting lijkt een beperkte strekking van het bestuursverbod te volgen: het civielrechtelijk bestuursverbod betekent geen algeheel verbod om te ondernemen of aandeelhouder te zijn.⁴⁶ Ook kan iemand aan wie een bestuursverbod is opgelegd de rechtspersoon nog steeds krachtens volmacht vertegenwoordigen. Uit de toelichting blijkt slechts dat het de bedoeling is dat het Handelsregister de inschrijving van een algemene volmacht zal weigeren als deze is verleend aan een gediskwalificeerde bestuurder.⁴⁷ Hiertoe zal de Handelsregisterwet worden gewijzigd.

Hoewel dus een vrij beperkte strekking van het bestuursverbod uit de wet lijkt te volgen erkent de minister in de memorie van toelichting de zogenoemde ‘katvangerproblematiek’ – waarbij een stroman formeel tot bestuurder wordt benoemd terwijl op de achtergrond een ander feitelijk de bestuurlijke touwtjes in handen heeft – alsmede het risico dat op deze manier een bestuursverbod wordt omzeild. Als oplossing voor dit probleem wordt gewezen op art. 106d lid 1 Fw uit het wetsvoorstel.⁴⁸ Dit luidt: ‘Voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c wordt als bestuurder tevens aangemerkt degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder.’ In de ogen van de minister behelst een opgelegd bestuursverbod door deze schakelbepaling ook een verbod om *in de toekomst* op te treden als feitelijk bestuurder. Wij vinden dit geen voor de hand liggende uitleg van art. 106d lid 1 Fw,⁴⁹ nu in deze bepaling wordt gerept van degene die het beleid mede *heeft bepaald* als ware hij bestuurder. Het gaat hier dus om feitelijk leidinggeven *in het verleden* dat aanleiding vormt voor het opleggen van het bestuursverbod en niet om feitelijk leidinggeven *in de toekomst* dat wordt bestreken door het opgelegde bestuursverbod.

De rechtszekerheid vergt dat de onduidelijkheid die in de toelichting wordt gecreëerd met betrekking tot de precieze reikwijdte van het bestuursverbod wordt weggelaten. Dat kan alleen door de strekking van het bestuursverbod zo duidelijk mogelijk in de wet zelf te omschrijven. En precies daar wringt de schoen. Een bestuursverbod heeft geen zin als het niet mede ziet op het feitelijk leidinggeven aan een rechtspersoon. Maar wat is dat dan precies (in het licht van de strekking van deze regeling)?⁵⁰ Een fundamenteel probleem is dat nauwelijks aan te geven is waar de grens ligt. De minister lijkt aan te knopen bij de vertegenwoordiging van de vennootschap met de opmerking dat het de bedoeling is om inschrijving van een algemene volmacht onmogelijk te maken. Belangrijker is de besluitvorming. Wij menen dat nauwelijks te controleren en laat staan te voorkomen is of iemand achter de schermen bij een rechtspersoon aan het roer staat. Een civielrechtelijk bestuursverbod helpt dus maar in zeer beperkte mate tegen de katvangerproblematiek, tenzij de reikwijdte heel ruim wordt geformuleerd.⁵¹

46. MvT, paragraaf 4.

47. MvT, paragraaf 4.

48. MvT, paragraaf 5.

49. Zo ook reeds met betrekking tot het voorontwerp: G.J.A. van Leeuwen & A.D.M. Bras, ‘Het concept-wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, een uitzonderlijke situatie’, *TvOB* 2013, p. 209. De verheldering waar zij op aandringen heeft de minister niet verschaft.

50. En hoe voorkom je als wetgever dat je de grenzen te ruim trekt, waardoor je het risico loopt dat het bestuursverbod wel degelijk een punitief karakter krijgt, waardoor je sneller tegen beperkingen aanloopt die voortvloeien uit fundamentele rechten, als neergelegd in art. 6 en art. 8 EVRM?

51. De memorie van toelichting (paragraaf 6) lijkt daarentegen de illusoire hoop te hebben dat potentiële katvangers het bestuursverbodenregister zullen raadplegen wanneer zij benaderd worden

Er is in de literatuur in dit verband al (veel) eerder gewezen op de Engelse CDDA waarin de reikwijdte van het bestuursverbod wel heel ruim is omschreven teneinde omzeiling van het verbod tegen te gaan.⁵² Voor een op grond van de CDDA gediskwalificeerde bestuurder geldt behalve een verbod op het functioneren als formeel bestuurder ook een verbod 'to be concerned with or take part in promotion, formation or management' van een vennootschap.⁵³ Het niet betrokken mogen zijn bij de 'promotion' en 'formation' betekent dat je op geen enkele wijze betrokken mag zijn bij de oprichting van een vennootschap. Onder de term 'management' wordt onder meer verstaan:

- 'undertaking tasks in relation to the company's business, for example ordering, paying or negotiating with suppliers or customers, renting or buying business premises, hiring or firing employees, dealing with the company bank account;
- acting as a management consultant;
- acting in a governing role within the company;
- taking executive decisions as to the company's affairs or making it seem that one is in a position to take such decisions.'⁵⁴

Naar de reden waarom de minister niet voor een dergelijke ruime reikwijdte heeft willen kiezen kunnen wij slechts gissen. Wellicht is zijn beslissing ingegeven door de terechte vrees dat de regeling daarmee te dicht in de buurt van een totaal ondernemingsverbod zou komen, waardoor zij op gespannen voet zou komen te staan met het proportionaliteitsbeginsel.⁵⁵

3.3.6 Gevolgen

Een mankement van het wetsvoorstel, dat ook reeds in de consultatieronde gesignaleerd is, betreft de praktische gevolgen van een opgelegd bestuursverbod. Art. 106b lid 2 Fw spreekt van een 'beletsel' om een functie als bestuurder of commissaris uit te oefenen. Niet duidelijk is wat daarmee bedoeld wordt. Defungeert de bestuurder (of commissaris) van rechtswege, dat wil zeggen: eindigt zijn bestuurderschap of commissariaat? Of is slechts sprake van een tijdelijke belemmering van zijn functioneren, met andere woorden: zodra het bestuursverbod eindigt — door tijdsverloop of door tussentijdse opheffing — herleeft de bestuurder of commissaris? De tweede uitleg past het beste bij de gekozen formulering ('beletsel' suggereert eerder een tijdelijk obstakel dan een definitief einde), maar de eerste uitleg is wellicht de meest wenselijke. Het is immers maar zeer de vraag of een rechtspersoon zit te wachten op de plotselinge terugkeer van een bestuurder na

door iemand aan wie een bestuursverbod is opgelegd om in zijn plaats formeel bestuurder te worden.

52. Zie M.L. Lennarts, 'Crediteurenbescherming bij de lichte BV', *Ondernemingsrecht* 2004/6 en M. Bras & J.W. Winter, 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2004/121. Zie meer recent: R.J. Philips, 'Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod', *FIP* 2013, afl. 4, p. 116-117.

53. Section 1(1)(a) CDDA.

54. Zie de brochure van de Insolvency Service: *Effect of a Disqualification Order*, beschikbaar op www.gov.uk/government/publications/corporate-insolvency-effect-of-a-disqualification-order.

55. MvT, paragraaf 4, waar de minister in dit verband verwijst naar EHRM 1 februari 2007, 12277/04 (*Storbråten/Noorwegen*).

diens jarenlange afwezigheid. Hoe dan ook is het wenselijk dat de wetgever hier duidelijkheid schept.

Art. 106b lid 2 Fw opent uitdrukkelijk de mogelijkheid dat de rechter bij het opleggen van een bestuursverbod uitzonderingen kan maken. De memorie van toelichting noemt als voorbeelden dat de rechter kan toestaan dat een bestuurder als zodanig in functie blijft bij de plaatselijke schaaakvereniging of zijn eigen pensioen-B.V. Naar onze mening ontbreekt in het wetsvoorstel een voorziening die het mogelijk maakt dat een bestuurder in een later stadium — dus tijdens de looptijd van het bestuursverbod — een specifieke ontheffing kan krijgen.⁵⁶ In de memorie van toelichting wordt gesteld dat lid 4 van art. 106b Fw de mogelijkheid biedt dat de rechter ruimte laat voor voortijdige beëindiging of voortijdige opheffing.⁵⁷ Wij menen dat de bestuurder niet afhankelijk zou moeten zijn van de welwillendheid van de rechter om een dergelijke clausule in de uitspraak op te nemen. Een wettelijke grondslag voor tussentijdse (gedeeltelijke) ontheffing of beëindiging verdient de voorkeur.

3.3.7 Toepassingsbereik

Naar aanleiding van de internetconsultatie is het toepassingsbereik van het wetsvoorstel aanzienlijk beperkt: de nieuwe bepalingen omtrent het civielrechtelijk bestuursverbod gelden alleen ten aanzien van faillissementen die na de inwerkingtreding van de wet zijn uitgesproken. Bovendien — en dat is nog belangrijker — een bestuursverbod kan alleen worden uitgesproken ter zake van feiten en omstandigheden die zich na de inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod hebben voorgedaan (art. II van het wetsvoorstel).

Wij merken op dat in de consultatiereacties geen aandacht is besteed aan het feit dat een bestuursverbod niet kan worden opgelegd in die gevallen waarin het niet komt tot een faillissement omdat de bestuurders de vennootschap ontbinden zonder deze te vereffenen (hiervoor wordt meestal de minder correcte naam turboliquidatie gebruikt).⁵⁸ Ontbinding zonder vereffening vindt plaats indien er op het moment van de ontbinding geen baten zijn. Het behoeft geen betoog dat het ontbreken van baten het gevolg kan zijn van manipulatie. Bestuurders zouden door gebruik te maken van ontbinding zonder vereffening aan een bestuursverbod kunnen ontsnappen. Hierbij moet worden aangetekend dat niet geheel is uit te sluiten dat het in een dergelijk geval toch nog tot een faillissement komt. Een schuldeiser zou een faillissementsaanvraag kunnen indienen en daarbij kunnen aanvoeren dat de ontbinding ten onrechte heeft plaatsgevonden omdat er wel degelijk baten waren op het moment van ontbinding. De rechter die zich buigt over het faillissementsrekest kan, indien deze tot de conclusie komt dat de ontbonden vennootschap nog baten heeft, direct het faillissement uitspreken zonder dat op de voet van art. 2:23c BW de vereffening ‘heropend’ hoeft te worden.⁵⁹ Wij vrezen

56. Zo ook: M. Neekilappillai, ‘Naar een effectieve vormgeving van het civielrechtelijk bestuursverbod’, *Ondernemingsrecht* 2014/84. Zij verwijst naar section 17 CDDA, dat hierin wel voorziet.

57. MvT, artikelsgewijs commentaar bij art. 106b Fw.

58. Zie P. Quist, ‘Het T-woord — Enkele kanttekeningen bij ontbinding zonder vereffening’, *TOP* 2014, p. 35-41.

59. Vgl. HR 27 januari 1995, NJ 1995/579 (*Adjuncten Properties/Söderquist*). Zie over de toepassing van dit arrest in geval van ontbinding zonder vereffening: M.Y. Nethe, *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen* (Serie Recht en Praktijk — Ondernemingsrecht, deel 5), Deventer: Kluwer 2013.

echter dat het door de bestuurders opgeworpen rookgordijn⁶⁰ voor de meeste schuldeisers te ondoorzichtig zal zijn. Met de noorderzon vertrekken lijkt het devies voor bestuurders die aan een bestuursverbod willen ontkomen.

3.4 Het civielrechtelijk bestuursverbod en art. 6 EVRM

In de reacties op en literatuur naar aanleiding van het voorontwerp is veel geschreven over de vraag of bij de vormgeving van het bestuursverbod voldoende rekening is gehouden met eisen die voortvloeien uit art. 6 EVRM. Wij besteden daarom apart aandacht aan deze kwestie. In art. 6 EVRM is het recht op een eerlijk proces geregeld.⁶¹ Dit artikel geldt voor procedures waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld en procedures waarin het gaat om de gegrondheid van een tegen iemand ingestelde vervolging (in het vervolg gebruiken wij de Engelse term: *criminal charge*). Op grond van het eerste lid van art. 6 EVRM heeft ieder die wordt onderworpen aan een van de daarin genoemde procedures recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.

Indien sprake is van een *criminal charge* gelden naast de voorwaarden van art. 6 lid 1 EVRM extra waarborgen, die in het tweede en derde lid van art. 6 EVRM zijn neergelegd. Wij besteden hier verder geen aandacht aan. Het gaat ons in het kader van het bestuursverbod met name om het *nemo tenetur*-beginsel,⁶² dat inhoudt dat niemand hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Dit is niet expliciet opgenomen in art. 6 EVRM, maar vloeit voort uit het in art. 6 lid 1 EVRM neergelegde recht op een eerlijk proces⁶³ en houdt nauw verband met de in art. 6 lid 2 EVRM neergelegde onschuldpresumptie.⁶⁴ Wij gaan hierna eerst uitvoerig in op de vraag in hoeverre het *nemo tenetur*-beginsel in de weg kan staan aan de effectuering van de voorgestelde regels met betrekking tot het bestuursverbod. Daarna staan wij kort stil bij een ander beginsel dat voortvloeit uit art. 6 lid 1 EVRM: de behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn (*reasonable time*).

3.4.1 Het civielrechtelijk bestuursverbod en het *nemo tenetur*-beginsel

De vraag of het *nemo tenetur*-beginsel een belemmering kan opleveren bij de effectuering van de regeling van het bestuursverbod ligt voor de hand, nu art. 106a lid 1 onder c van het wetsvoorstel als grond voor de oplegging van een bestuursverbod noemt het in ernstige mate tekortschieten door de bestuurder in de nakoming van informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator die voortvloeien uit de Faillissementswet. Het gaat hier om art. 105 en art. 106 Fw die de gefailleerde (en in het geval dit een rechtspersoon betreft: de bestuurders daarvan) verplichten om aan de rechter-commissaris, de curator of de commissie uit de schuldeisers alle

60. Term ontleend aan Nethe (zie vorige noot), p. 5.

61. Voor de betekenis van art. 6 EVRM voor insolventieprocedures verwijzen wij naar: J.C. van Apeldoorn, *Human Rights in Insolvency Proceedings* (Law of Business and Finance Vol. 12), Deventer: Kluwer 2012. Uitvoerige beschouwingen over de betekenis van art. 6 EVRM in ondernemingsrechtelijke procedures zijn te vinden in: A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden; uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 91), Deventer: Kluwer 2012.

62. Voluit: *nemo tenetur prodere se ipsum* ofwel: niemand is gehouden tegen zichzelf bewijs te leveren.

63. EHRM 25 februari 1993, 82/1991/334/407, LJN AW2060 (*Funkel/Frankrijk*).

64. Zie EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699, m.nt. Kn (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

inlichtingen te verschaffen als hij daartoe wordt opgeroepen.⁶⁵ Hiertoe behoort ook het overleggen van de boekhouding. Een vraag die in verschillende reacties op het voorontwerp is gesteld is of het *nemo tenetur*-beginsel zich ertegen verzet dat het niet verstrekken van inlichtingen aan de curator wordt gesanctioneerd met een bestuursverbod.⁶⁶

Op grond van het geldende recht kan de curator tegen een bestuurder die weigert gevraagde informatie te verschaffen het dwangmiddel van gijzeling inzetten.⁶⁷ Begin dit jaar heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of het *nemo tenetur*-beginsel zich ertegen verzet dat de gefailleerde (in dit geval een natuurlijk persoon) door middel van faillissementsgijzeling wordt gedwongen om informatie te verschaffen aan de curator ex art. 105 Fw. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de inzet van faillissementsgijzeling als middel om informatie los te krijgen ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement geen strijd met art. 6 EVRM oplevert.⁶⁸ De Hoge Raad voegt hier echter een belangrijke overweging aan toe voor het geval het gaat om bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van de gefailleerde⁶⁹ en waarvan niet uitgesloten is dat het mede zal worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning. Als dat het geval is, moet de rechter bij afwijzing van het verzoek om ontslag uit de verzekerde bewaring aan zijn uitspraak de restrictie verbinden dat de te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. De Hoge Raad sluit af met de overweging dat – in het geval dat de inlichtingen toch worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning – het oordeel welk gevolg aan de schending van de restrictie moet worden verbonden toekomt aan de rechter die over de bestraffing beslist.⁷⁰ Passen wij het arrest van 24 januari 2014 toe op de vraag in hoeverre het *nemo tenetur*-beginsel in de weg staat aan het afdwingen van informatie door te dreigen met een bestuursverbod, dan lijkt de conclusie dat er geen probleem is, voorzover het ofwel informatie betreft die onafhankelijk van de wil van de bestuurder bestaat ofwel gaat om wilsafhankelijke informatie ten aanzien waarvan de rechter heeft bepaald dat deze alleen mag worden gebruikt ten behoeve van het doel waarvoor het dwangmiddel wordt ingezet (in casu de afwikkeling van het faillissement). Hierna analyseren wij of dit een juiste conclusie is gelet op de uitleg die het EHRM heeft gegeven aan het *nemo tenetur*-beginsel.

Het onderscheid tussen wilsafhankelijke en wilsonafhankelijke informatie is terug te voeren op het arrest van het EHRM in de zaak *Saunders*.⁷¹ Hierin ging het om een

65. Deze bepalingen zullen worden aangescherpt. Zie hiervoor het voorontwerp van de Wet versterking positie curator, te vinden op www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/02/24/opstellen-versterkt-positie-van-de-curator.html. Een belangrijke voorgestelde aanscherping is dat de verplichting tevens gaat gelden voor ieder die in drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder van een rechtspersoon is geweest. Vermeldenswaard is hier verder de uitbreiding van het bereik tot de (gewezen) medebeleidsbepaler.

66. Zie met name de reacties van de Commissie insolventierecht van de NOVA en Loyens & Loeff. In beide reacties wordt de vraag bevestigend beantwoord.

67. Zie art. 87 jo. art. 106 Fw.

68. HR 24 januari, NJ 2014/70.

69. In casu was dit volgens de Hoge Raad het geval: het ging om inlichtingen omtrent tot de boedel behorende goederen.

70. Beide voorgaande overwegingen zijn ook reeds te vinden in HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, waar het ging om de verhouding tussen het *nemo tenetur*-beginsel en de verplichting tot het verschaffen van inlichtingen aan de Belastingdienst.

71. EHRM 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (*J.B./Zwitserland*) en EHRM 5 april 2012, 11663/04 (*Chambaz/Zwitserland*)

bestuurder, Saunders, die verklaringen had afgelegd in het kader van een onderzoek van de Engelse Serious Fraud Office naar koersmanipulatie bij Guinness, de beursvennootschap waarvan hij bestuurder was. Tijdens het onderzoek werd Saunders geconfronteerd met een uit de Companies Act voortvloeiende verplichting om vragen te beantwoorden, op straffe van een boete of gevangenisstraf. Saunders beantwoordde de vragen. Later werden zijn verklaringen gebruikt in een strafzaak tegen hem en werd hij mede op basis van deze verklaringen veroordeeld. Hij beriep zich bij het EHRM op schending van art. 6 EVRM. Het hof overweegt dat het bij het *nemo tenetur*-beginsel met name gaat om het zwijgrecht en komt dan met de beslissing dat het *nemo tenetur*-beginsel niet ziet op ‘wilsonafhankelijk’ materiaal: ‘As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.’

Uit deze passage zou men kunnen opmaken dat het *nemo tenetur*-beginsel zich niet verzet tegen het gebruik in strafprocedures van onder dwang verkregen documenten. Uit andere arresten is echter af te leiden dat *nemo tenetur* wel in de weg kan staan aan het gebruik van documenten die zijn verkregen door een *fishing expedition*.⁷² Hiermee doelen wij op de situatie waarin degene die het dwangmiddel gebruikt om documenten vraagt waarvan hij niet weet dat ze bestaan of die onvolgende nauwkeurig omschreven zijn.⁷³

Wij richten nu de aandacht op het tweede onderdeel van de beslissing van de Hoge Raad van 24 januari 2014: is niet uit te sluiten dat af te dwingen wilsafhankelijk materiaal mede zal worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning, dan dient de rechter te bepalen dat het materiaal alleen zal worden gebruikt voor het doel waarvoor het dwangmiddel wordt ingezet. Hoe moet deze beslissing in het licht van de jurisprudentie van het EHRM worden gelezen en wat geldt indien informatie wordt afgedwongen door dreiging met de oplegging van een bestuursverbod? Kan die informatie dan worden gebruikt in de procedure op grond van het in te voeren art. 106a Fw? Het antwoord op deze vraag hangt af van de kwalificatie van een vordering of verzoek tot oplegging van een bestuursverbod: gaat het hier om de vaststelling van burgerlijke rechten of verplichtingen of om een *criminal charge*? Het begrip *criminal charge* is een verdragsautonoom begrip. Niet doorslaggevend is of de vervolging plaatsvindt (of dreigt plaats te vinden) op grond van een bepaling die in het nationale recht als strafrechtelijk wordt gekwalificeerd. Dat is slechts een van de criteria uit het *Engel*-arrest⁷⁴ die een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een *criminal charge*. Gaat het om een bepaling die niet in een strafwet is opgenomen, dan hangt het antwoord af van twee andere criteria. Ten eerste moet dan worden gekeken naar de aard van de bepaling. Is deze punitief bedoeld of heeft deze vooral een reparatoir of preventief karakter?⁷⁵ De tweede

72. EHRM 25 februari 1993, 10828/84 (*Funke/Frankrijk*) en EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B./Zwitserland*).

73. Vgl. S.R. van Breukelen & T.R. van Roomen, ‘De gefailleerde in een Catch-22 positie — Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht leidt tot risico op zelfincriminatie’, *TvSC* 2014, afl. 2/3, p. 109.

74. EHRM 8 juni 1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (*Engel e.a./Nederland*).

75. Zie EHRM 21 februari 1984, 8544/79 (*Öztürk/Duitsland*).

omstandigheid is de aard en ernst van de sanctie. Volgens Boswijk en Vreede gaat het bij een procedure tot oplegging van een bestuursverbod op grond van de *Engel-criteria* om een *criminal charge*.⁷⁶ Het bestuursverbod is punitief van aard, welke vaststelling wordt ondersteund doordat het middel als bijkomende straf kan worden opgelegd volgens het Wetboek van Strafrecht. De sanctie is zwaar omdat de betrokken bestuurder voor lange periode wordt beperkt in zijn vrijheid arbeid te verrichten en zijn naam op een zwarte lijst wordt geplaatst. Ook Mulder en Van Leeuwen en Bras kwalificeren het civielrechtelijk bestuursverbod als *criminal charge*.⁷⁷ Hier staat echter tegenover dat zowel Philips als Doorenbos verdedigen dat uit jurisprudentie van het EHRM lijkt te volgen dat geen sprake is van een *criminal charge*.⁷⁸ Zij lijken het gelijk aan hun zijde te hebben. Er is immers een aantal arresten van het EHRM met betrekking tot de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op buiten de strafwetgeving geregelde diskwalificatieprocedures in het Verenigd Koninkrijk en Noorwegen. Uit die arresten volgt dat het EHRM de Britse en Noorse diskwalificatieprocedures niet beschouwt als een *criminal charge*.⁷⁹ Het Britse bestuursverbod is opgenomen in een aparte civiele wet, de al eerder genoemde CDDA, de Noorse is te vinden in de Noorse faillissementswet. Opmerking verdient dat een Brits bestuursverbod kan worden opgelegd voor maximaal vijftien jaar en dat het wordt gepubliceerd in een openbaar register. Desondanks is het EHRM van oordeel dat een vordering op grond van de CDDA geen *criminal charge* oplevert:

‘In the present case, the proceedings were classified as civil in domestic law, the disqualification of directors is a matter which is regulatory rather than criminal, and the penalty is neither a fine nor a prison sentence, but rather a prohibition on acting as a company director without leave of the court. Whilst a great deal was undoubtedly at stake for the applicants, it cannot be said that what is inherently a regulatory matter can thereby become a criminal charge within the meaning of art. 6 (1) of the Convention. Thus, none of these criteria indicates that the applicant was charged with a ‘criminal offence’, and the court considers that the proceedings in the present case did not determine a criminal charge within the meaning of art. 6 (1) of the Convention (see also No. 36791/97, Comm. Dec. 21 May 1998).’

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt dan ook onder verwijzing naar deze passage opgemerkt dat geen sprake is van onverenigbaarheid van de voorgestelde regeling van het bestuursverbod met art. 6 EVRM. Die conclusie is onzes inziens verdedigbaar. Wij hechten er echter aan op te merken dat het EHRM niet expliciet laat meewegen dat het bestuursverbod wordt gepubliceerd, hetgeen

76. R.J. Boswijk & N. Vreede, ‘Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht’, *Tvl* 2013, p. 156-157.

77. R. Mulder, ‘“It takes two to tango”: informatievervalsing door de gefailleerde aan de curator en van de curator aan de gefailleerde’, in: J.J. Reiziger & A. Van der Schee (red.), *De Curator en Informatie* (Insolad Jaarbundel 2013), Deventer: Kluwer 2013, p. 17. G.J.A. van Leeuwen & A.D.M. Bras, ‘Het conceptwetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, een uitzonderlijke situatie’, *TvOB* 2013, p. 206.

78. R.J. Philips, ‘Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod’, *FIP* 2013, afl. 4, p. 121 en D.R. Doorenbos, ‘Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel’, *AA* 2014, p. 22.

79. EHRM 21 mei 1998, 36791/97 (*Wilson/Verenigd Koninkrijk*), EHRM 14 september 1999, 39031/97 (*D.C., H.S. en A.D./Verenigd Koninkrijk*), EHRM 1 februari 2007, 12277/04 (*Storbråten/Noorwegen*) en EHRM 1 februari 2007, 11143/04 (*Mjelde/Noorwegen*). In het Verenigd Koninkrijk heeft het House of Lords overigens al in 2003 beslist dat inlichtingen die de *official receiver* met een beroep op de Insolvency Act heeft afgedwongen mag worden gebruikt in een procedure op grond van de CDDA, zie: *Official Receiver v. Wadge Rapps & Hunt* [2003] UKHL 49, te vinden op www.parliament.uk.

zeer nadelige gevolgen kan hebben voor de gediskwalificeerde bestuurder, die deze zeker als een straf zal ervaren.

Wat onbesproken blijft in de memorie van toelichting is dat uit de rechtspraak van het EHRM zonneklaar volgt dat het *nemo tenetur*-beginsel opdoemt als door de curator afgedwongen wilsafhankelijk materiaal voor doeleinden van strafvervolgning wordt gebruikt. Dit probleem kan niet onder de mat worden geveegd, gelet op het feit dat het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod deel uitmaakt van een bredere wetgevingsoperatie die ten doel heeft om de faillissementsfraude effectiever te kunnen bestrijden. Het civielrechtelijk bestuursverbod is maar één onderdeel van deze bredere operatie. Hiernaast krijgt de curator een taak bij de signalering van faillissementsfraude en worden de mogelijkheden tot vervolging van faillissementsfraude door het OM verbeterd. Er wordt dus ook nadrukkelijk ingezet op verbetering van de bestrijding van faillissementsfraude met behulp van het strafrecht. Wilsafhankelijke informatie die de curator heeft verkregen onder dreiging met een bestuursverbod kan echter onder omstandigheden niet worden gebruikt in een strafzaak.⁸⁰ Dit werpt de vraag op welk belang de curator in het oog moet houden als hij besluit om onder dreiging met een bestuursverbod (of, wat wij waarschijnlijker achten, faillissementsgijzeling) informatie te verlangen. Wij menen dat de curator in de eerste plaats tot taak heeft om zo goed mogelijk het faillissement af te wikkelen. In het kader van deze taak zal hij bijvoorbeeld een bestuurder van een failliete onderneming willen dwingen tot het verschaffen van informatie over de locatie van goederen die tot de boedel behoren. Dit kwalificeert als wilsafhankelijke informatie die wordt bestreken door het *nemo tenetur*-beginsel. Moet de curator nu bij de vraag of hij dwang gaat toepassen kiezen voor het algemeen belang bij eventuele strafvervolgning (en afzien van de toepassing van dwang) of voor het belang van de schuldeisers bij een zo groot mogelijke boedel (en dwang toepassen)? De curator zal in de regel kiezen voor het belang van de boedel. Hij zal de informatie zo nodig afdwingen. Hoe kan worden uitgesloten dat de informatie zal worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning? Als dit in onvoldoende mate gegarandeerd kan worden op het moment dat de informatie wordt afgedwongen kan de bestuurder zich tegenover de curator op het *nemo tenetur*-beginsel beroepen.⁸¹ Op deze wijze komt 'de informatieplicht van de gefailleerde juist in het gedrang'.⁸² De wetgever bereikt dus precies het tegendeel van wat hij wil bereiken. Naar onze mening kan het geschetste probleem alleen adequaat worden opgelost met een wettelijke regeling. De vormgeving daarvan is niet eenvoudig, zo blijkt uit recente

80. Wij houden een slag om de arm omdat de jurisprudentie van het EHRM zeer casuïstisch is. De precieze reikwijdte van het *nemo tenetur*-beginsel lijkt sterk af te hangen van de omstandigheden van het geval. Zie A.J. Wilbrink, *De reikwijdte en de toepassing van het nemo-teneturbeginsel*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2013. Zo spelen de mate van dwang die wordt uitgeoefend en de wijze waarop het verkregen bewijsmateriaal is gebruikt een rol bij de vraag of de procesautonomie van de verdachte op ongeoorloofde wijze is geschonden.

81. Zie A. Verbruggen & L.M.A.M. Hoeks, 'Wetsvoorstel Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude: een stimulans tot schending van de administratieplicht', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2014, afl. 1, p. 23.

82. R. Mulder, "It takes two to tango": informatieverschaffing door de gefailleerde aan de curator en van de curator aan de gefailleerde, in: J.J. Reiziger & A. Van der Schee (red.), *De Curator en Informatie* (Insolad Jaarbundel 2013), Deventer: Kluwer 2013, p. 16. Hiervoor waarschuwen ook W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13, p. 72) en S.R. van Breukelen & T.R. van Roomen, 'De gefailleerde in een Catch-22 positie; Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht leidt tot risico op zelfincriminatie', *TvSC* 2014, afl. 2/3, p. 113.

publicaties waarin hiertoe suggesties worden gedaan.⁸³ Hoe dan ook, de wetgever dient hier in actie te komen. De oplossing die de Hoge Raad in 2014 heeft gesuggereerd is niet meer dan een verlegenheidsoplossing.

Tot slot vermelden wij nog dat de Raad van State nadrukkelijk oog heeft voor de *nemo tenetur*-problematiek. Dit blijkt uit de volgende passage uit het advies van de raad over het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude:⁸⁴ 'In het voorstel worden de inlichtingenplicht (artikel 194 Sr) en de afgifteplicht van de administratie (artikel 344a Sr) opnieuw vastgesteld. Voorts wordt de overtreding van de verplichting om een zorgvuldige administratie te voeren en te bewaren afzonderlijk strafbaar gesteld (artikel 344a Sr en artikel 1 van de Wet op de economische delicten). In de toelichting wordt ingegaan op de verenigbaarheid van de voorstellen tot strafrechtelijke sanctionering van overtreding van de inlichtingenplicht en de administratieplicht met het verbod op zelf-incriminatie (*nemo tenetur*). Zo wordt opgemerkt dat geen sprake is van zelf-incriminatie indien "strafdreiging tegen overtreding van de inlichtingenplicht en administratieplicht geen strafvorderlijk doel heeft, maar volledig ten dienste staat van de afwikkeling van het faillissement". De Afdeling onderkent dat de inlichtingenplicht en de administratieplicht op zich geen strafvorderlijk doel dienen. Zij strekken ertoe de curator in staat te stellen zijn taak, te weten de afwikkeling van het faillissement in het belang van schuldeisers, uit te voeren. De voorstellen die zijn opgenomen in het reeds genoemde voorstel versterking positie curator zijn in dit verband echter van belang. Zo wordt de curator wettelijk verplicht om te bezien of in faillissementen sprake is van eventuele onregelmatigheden. In voorkomend geval dient deze dit te melden bij de rechter-commissaris die vervolgens een melding bij de bestrijding van fraude betrokken instanties of aangifte kan gelasten. In dit verband rijst de vraag of nog gesproken kan worden van twee onderscheiden trajecten (de afwikkeling van het faillissement en het strafvorderlijk onderzoek naar faillissementsfraude), of dat deze trajecten in elkaar overlopen. Een en ander is afhankelijk van de wijze waarop de taak en verplichting van de curator in het wetsvoorstel versterking positie curator zullen worden vormgegeven. In de memorie van toelichting lijkt de mogelijkheid dat het verbod op zelf-incriminatie van toepassing is te worden onderkend, waar wordt opgemerkt dat het niet is uitgesloten "dat inlichtingen die de failliet aan de curator verstrekt uiteindelijk leiden tot de conclusie dat mogelijk fraude is gepleegd en aangifte moet worden gedaan van een strafbaar feit. In zijn algemeenheid zullen deze verklaringen vervolgens, daar zij zijn verkregen onder dreiging van sanctie, wel de aanleiding kunnen vormen voor een strafrechtelijk onderzoek via aangifte of gebruik van de informatie als startinformatie, doch niet als bewijs in een strafzaak tegen degene die de inlichtingen heeft verschaft kunnen worden gebruikt." In dit verband dringt zich de vraag op welke informatie en op welke wijze die informatie in de strafzaak kan worden gebruikt aangezien de ge-

83. W.J.B. van Nielen & C.M. Derijks, 'De curator als civiele fraudebestrijder. Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2014, afl. 1, p. 30-31 en S.R. van Breukelen & T.R. van Roomen, 'De gefailleerde in een Catch-22 positie; Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht leidt tot risico op zelfincriminatie', *TvSC* 2014, afl. 2/3, p. 111.

84. www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/08/05/advies-raad-van-state-herziening-strafbaarstelling-faillissementsfraude.html.

faillieerde verplicht is alle gevraagde inlichtingen te verstrekken en zijn volledige administratie te overleggen.’

3.4.2 Reasonable time

Art. 6 lid 1 EVRM bepaalt uitdrukkelijk dat de daarin genoemde procedures binnen redelijke termijn moeten worden afgerond. In het Verenigd Koninkrijk heeft dit geleid tot verschillende (succesvolle) procedures bij het EHRM van bestuurders aan wie een bestuursverbod was opgelegd na een langdurige procedure. In de zaak *Eastaway/Verenigd Koninkrijk*⁸⁵ was de totale duur van de diskwalificatieprocedure bijna negen jaar. Een deel van de vertraging was echter mede te wijten aan de bestuurder zelf. Het EHRM overweegt dat zelfs als geen rekening zou worden gehouden met dat deel van de vertraging er nog steeds sprake was van overschrijding van de redelijke termijn. Het EHRM verwijst hierbij naar zijn eerdere uitspraak in de zaak *Davies/Verenigd Koninkrijk*.⁸⁶ In dit geval had de diskwalificatieprocedure vijf en een half jaar geduurd. Ook hier stelt het EHRM vast dat een deel van de vertraging aan de bestuurder zelf te wijten was, maar toch komt het Hof tot de conclusie dat art. 6 EVRM was geschonden. Het Hof overweegt dat bij de beoordeling of sprake is van overschrijding van een redelijke termijn niet alleen rekening moet worden gehouden met de complexiteit van de zaak en de proceshouding van partijen, maar ook met het feit dat de diskwalificatieprocedure ‘would have had a considerable impact on his reputation and his ability to practise his profession’. De ernst van de potentiële gevolgen van een diskwalificatieprocedure betekenen volgens het Hof dat ‘special diligence was called for in bringing the proceedings to an end expeditiously’. Deze uitspraken van het EHRM laten zien dat de redelijke termijn een serieus probleem kan opleveren bij de effectuering van een civielrechtelijk bestuursverbod.

De minister lijkt zich weinig zorgen te maken over een (te) lange duur van een procedure tot oplegging van een bestuursverbod. Integendeel, in de memorie van toelichting is te lezen dat de mogelijkheid om ‘snel passende maatregelen te nemen jegens bestuurders die verwijtbaar hebben gehandeld’ een belangrijke toegevoegde waarde is van het civielrechtelijk bestuursverbod ten opzichte van het strafrechtelijk beroepsverbod.⁸⁷ Het is wat ons betreft echter nog maar de vraag of het civielrechtelijk bestuursverbod in de praktijk een zoveel sneller wapen zal blijken te zijn dan strafrechtelijke vervolging. Onze twijfel geldt ook voor die gevallen waarin de vordering tot oplegging van een bestuursverbod kan worden gekoppeld aan een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure op grond van art. 2:138/art. 2:248 BW. Dergelijke procedures duren immers vaak jaren, zelfs als de curator zich beroept op de bewijsvermoedens van art. 2:138/art. 2:248 lid 2 BW.⁸⁸

Wij wijzen er op dat in het Verenigd Koninkrijk al vrij snel na de invoering van de CDDA moest worden geconstateerd dat de diskwalificatieprocedures te veel tijd

85. EHRM 20 juli 2004, 74976/01 (*Eastaway/Verenigd Koninkrijk*).

86. EHRM 16 juli 2002, 42007/98 (*Davies/Verenigd Koninkrijk*).

87. MvT, paragraaf 3.

88. Zo kan bijvoorbeeld de vraag of het causale verband al dan niet kan worden weerlegd de inzet worden van een langdurige procedure. En wat te denken van de vraag of al dan niet sprake is van een onbelangrijk verzuim? Daarover is verschillende keren tot aan de Hoge Raad geprocedeerd. Tot slot zijn er dan uiteraard nog de zaken waarin het feitenmateriaal zo omvangrijk en complex is, dat de zaak zich voort blijft slepen.

(en daardoor ook te veel middelen) in beslag namen.⁸⁹ In 2000 is om aan deze bezwaren tegemoet te komen een wettelijke mogelijkheid ingevoerd om een schikking te treffen waarbij de rechter buiten beeld blijft (de zogenoemde *undertaking*).⁹⁰ Het leeuwendeel van de bestuursverboden in het Verenigd Koninkrijk wordt sindsdien opgelegd via een schikking.⁹¹ De uitzonderingen betreffen proefprocedures⁹² en gevallen waarin de bestuurder betwist dat hij 'unfit' is om als bestuurder te fungeren.⁹³ Het probleem van de redelijke termijn speelt in het Verenigd Koninkrijk alleen nog in deze uitzonderingsgevallen. De invoering van de 'undertaking' in de CDDA heeft het probleem van de redelijke termijn dus voor een belangrijk deel opgelost. Bovendien heeft het geleid tot een kostenbesparing. De vraag komt op of de Nederlandse regeling van het bestuursverbod niet zou moeten voorzien in een mogelijkheid van oplegging van het verbod via een schikking. Hoewel hier vanuit handhavingsoogpunt wel iets voor valt te zeggen,⁹⁴ zijn er ook nadelen aan verbonden. Zo ligt voor de hand dat een bestuurder die geen advocaat kan betalen waarschijnlijk noodgedwongen met een schikking akkoord zal gaan, terwijl een bestuurder die over voldoende middelen beschikt veel eerder geneigd zal zijn om het op een procedure te laten aankomen. Fraai is dat niet. Verder kan een ruimhartig gebruik van de schikking ertoe leiden dat de periodes waarvoor een bestuursverbod wordt opgelegd over de hele linie verlaagd worden en dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de preventieve werking van het bestuursverbod.⁹⁵ Kortom, het middel (schikken) zou hier wel eens erger kunnen zijn dan de kwaal (overschrijding van de redelijke termijn).

Nog vóór het moment waarop een procedure tot oplegging van een bestuursverbod wordt gestart rijst de belangrijke vraag wanneer deze vordering verjaart. Het wetsvoorstel voorziet niet in een bijzondere regeling omtrent de verjaring van een vordering van de curator tot het opleggen van een bestuursverbod.⁹⁶ Betekent dit dat een bestuurder dus nog jaren later met een procedure omtrent een bestuursverbod geconfronteerd kan worden? Nu het wetsvoorstel niet voorziet in een regeling met betrekking tot de verjaringstermijn zou – bij een civilist – de gedachte kunnen

89. Bijkomend probleem was dat bestuurders tijdens de procedure gewoon actief konden blijven.

90. Zie V. Finch, *Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 718. De *undertaking* is geregeld in section 1A CDDA 1986.

91. Cijfers zijn te vinden in de jaarverslagen van de Insolvency Service, een onderdeel van het Britse ministerie van Business, Innovation and Skills, zie www.gov.uk/government/organisations/insolvency-service. De jaarverslagen zijn te vinden onder *corporate reports*. Het meest recente jaarverslag dat informatie biedt over het percentage *undertakings* van het totale aantal opgelegde bestuursverboden is het verslag over 2011-2012. In dat jaar (en het voorgaande jaar) bedroeg het percentage *undertakings* 80% van het totale aantal *disqualifications*. Na dat jaar zijn de verslagen versoberd en zijn geen percentages meer te vinden.

92. Zoals de geruchtmakende *Farepak*-procedure, die de Secretary of State uiteindelijk wegens gebrek aan bewijs heeft moeten intrekken. Zie over deze zaak: A. Walters, 'Directors' responsibilities to creditors after *Farepak*', *Company Lawyer* 2013, p. 1-2.

93. Vgl. D. Milman, *Governance of Distressed Firms*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2013, p. 55.

94. Zie M. Neekilappillai, 'Naar een effectieve vormgeving van het civielrechtelijk bestuursverbod. Lessen uit de Engelse Company Directors Disqualification Act 1986', *Ondernemingsrecht* 2014, p. 413. Neekilappillai beveelt uit oogpunt van kostenbeheersing de mogelijkheid van oplegging van een bestuursverbod via een schikking aan bij de Nederlandse wetgever. Zij besteedt echter in het geheel geen aandacht aan de nadelen die aan dit middel zijn verbonden.

95. Vgl. V. Finch, *Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 733.

96. Wij besteden hier niet apart aandacht aan de verjaringsproblematiek in verband met een verzoek tot oplegging van een bestuursverbod door het OM.

opkomen dat wellicht de hoofdregel uit art. 3:306 BW geldt: een verjaringstermijn van twintig jaar. Dat is uiteraard onwenselijk. In Engeland geldt voor diskwalificatieprocedures op grond van art. 6 CDDA (dit zijn de aan *insolvency*⁹⁷ gekoppelde procedures) een verjaringstermijn van twee jaar, die begint te lopen op de dag waarop de vennootschap *insolvent* wordt.⁹⁸ In een recent wetsvoorstel wordt voorgesteld om deze termijn te verlengen naar drie jaar.⁹⁹ Zo op het eerste gezicht lijkt voor de Nederlandse regeling een verjaringstermijn van vijf jaar voor de hand liggend, gelet op het feit dat in de toelichting de mogelijkheid van een combinatie van een vordering tot oplegging van een bestuursverbod met vordering op grond van art. 2:138/art. 2:248 BW zo sterk wordt benadrukt. Voor de laatstgenoemde vordering geldt op grond van art. 3:310 BW een verjaringstermijn van vijf jaar. Deze begint echter niet te lopen vanaf de dag van de faillietverklaring, maar vanaf de dag waarop de curator zowel bekend is geworden met de schade als met de daarvoor aansprakelijke personen. Dat kan behoorlijk wat later zijn dan de dag van faillietverklaring, zie de *Landis*-zaak.¹⁰⁰ Voor de vordering van de curator op grond van art. 42 of art. 47 Fw geldt een kortere verjaringstermijn, namelijk drie jaar vanaf het moment dat de curator de benadeling heeft ontdekt.¹⁰¹ Er valt nog wel meer over dit onderwerp te zeggen, maar wij volstaan hier met de opmerking dat dit punt zeker nog de nodige aandacht van de wetgever behoeft, voordat besloten wordt tot invoering van het civielrechtelijk bestuursverbod. Bij het bepalen van de verjaringstermijn zal een afweging moeten worden gemaakt van enerzijds het belang van de curator en het OM om de tijd te hebben voor het doen van het nodige onderzoek en anderzijds het belang van de betrokken bestuurder om te weten waar hij of zij aan toe is.

3.5 De strafrechtelijke pendant van het civielrechtelijk bestuursverbod

Voor het Nederlandse burgerlijk recht is het bestuursverbod een nieuw instrument. In het strafrecht bestaat daarentegen al veel langer de mogelijkheid om een bestuursverbod op te leggen in de vorm van een ontzetting uit het recht om een bepaald beroep uit te oefenen. De memorie van toelichting besteedt kort aandacht aan de verhouding tussen het civielrechtelijke bestuursverbod en de strafrechtelijke maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude.¹⁰² De conclusie van de minister is dat het civielrechtelijk bestuursverbod een 'belangrijke toegevoegde waarde' heeft ten opzichte van het strafrechtelijk beroepsverbod. Voordat wij een antwoord proberen te vinden op de vraag of die conclusie houdbaar is, bespreken wij eerst

97. Dit wordt in section 6 CDDA als volgt gedefinieerd: 'a company becomes insolvent when it goes into liquidation when its assets are insufficient to pay its debts and other liabilities and the expenses of the winding up or if an administration order is made in relation to it or an administrative receiver is appointed'.

98. Section 7 CDDA.

99. *Small Business, Enterprise and Employment Bill* (Bill 11 2014-15), zie <http://services.parliament.uk/bills/2014-15/smallbusinessenterpriseandemployment.html>. De wijzigingen met betrekking tot de CDDA zijn te vinden in hoofdstuk 9 van het wetsvoorstel, dat in juni 2014 is ingediend bij het Britse parlement.

100. Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237, m.nt. Verboom.

101. Art. 3:52 lid 1 onderdeel c BW. Zie recent: HR 24 januari 2014, *JOR* 2014/122, m.nt. Verboom.

102. MvT, paragraaf 3.

het kader, de praktijk en de recente aanpassingen van het strafrechtelijk bestuursverbod. Ook doen wij enkele suggesties voor verdere doorontwikkeling.

3.5.1 Strafrechtelijk kader

Het strafrechtelijk bestuursverbod vindt zijn grondslag in art. 28 lid 1 Wetboek van Strafrecht (Sr). Het gaat in feite om een beroepsverbod: 'De rechten waarvan de schuldige, in de bij de wet bepaalde gevallen, bij rechterlijke uitspraak kan worden ontzet, zijn: (...) 5°. de uitoefening van bepaalde beroepen.' De rechter kan dit beroepsverbod dus niet als hoofdstraf opleggen. Het strafrechtelijk bestuursverbod heeft oude wortels; het gaat terug tot de Code Pénal waar het een ontorende straf was die automatisch gold bij oplegging van veroordeling voor bepaalde delicten.¹⁰³ Als bijkomende straf kan het strafrechtelijk bestuursverbod alleen worden opgelegd in de gevallen waarvoor een wettelijke grondslag bestaat. Doorenbos geeft een opsomming van de zeer diverse delicten waarvoor een beroepsverbod kan worden opgelegd op grond van het Wetboek van Strafrecht.¹⁰⁴ Opvallend is dat art. 7 lid 1 Wet op de economische delicten (WED) mogelijk maakt dat een beroepsverbod kan worden opgelegd als bijkomende straf in geval van veroordeling wegens een economisch delict, waarbij geldt dat de reikwijdte van dat begrip zeer ruim is (zie de lange catalogus van art. 1 en art. 1a WED).

Hoe wordt het overtreden van een strafrechtelijk bestuursverbod gesanctioneerd? Op grond van art. 195 Sr kan het overtreden van het strafrechtelijk bestuursverbod bestraft worden met een gevangenisstraf van zes maanden of het opleggen van een geldboete van de derde categorie (€ 8100, prijspeil 1 januari 2014).¹⁰⁵ Gaat het om een beroepsverbod in verband met een economisch delict, dan is het overtreden van het beroepsverbod zelf ook een economisch delict op grond van art. 33 WED.

3.5.2 Toepassing in de praktijk

In oktober 2009 publiceerde het Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving (NSCR) een rapport over de strafrechtelijke ontzetting uit een beroep of uit een ambt.¹⁰⁶ Dit rapport bestreek dus een breder terrein dan alleen de bestuursverboden. De vraagstelling van het rapport was: 'Welke overwegingen spelen een rol voor het OM bij het eisen en voor de rechter bij het opleggen van de bijkomende straf van ontzetting uit het beroep of ambt, bij wie en in welke situaties wordt deze straf opgelegd en bereikt deze zijn doel?' Uit dit onderzoek blijkt dat zowel het OM als de rechters vaak onbekend zijn met de mogelijkheden die dit strafrechtelijke instrument biedt. Verder komt naar voren dat de meeste ontzettin-

103. D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod als "nieuw" wapen in de strijd tegen faillissementsfraude', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (serie Onderneming & Recht, deel 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 687.

104. D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod als "nieuw" wapen in de strijd tegen faillissementsfraude', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (serie Onderneming & Recht, deel 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 688.

105. Art. 195 Sr luidt: 'Hij die een recht uitoefent, wetende dat hij daarvan bij rechterlijke uitspraak is ontzet, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.'

106. M. Malsch e.a., *Strafrechtelijke ontzetting uit beroep of ambt; Oplegging en naleving in de periode 1995-2008*, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum 2009.

gen worden opgelegd in zedenzaken en fraudezaken. Als belangrijkste doel van de straf wordt preventie van recidive genoemd.

Gepubliceerde rechtspraak over de toepassing van het strafrechtelijk bestuursverbod blijkt lastig te vinden. Dit kan mede veroorzaakt worden door het gegeven dat het strafrechtelijk bestuursverbod slechts als bijkomende maatregel kan worden opgelegd. Bovendien worden niet alle uitspraken gepubliceerd. Met inachtneming van deze kanttekeningen hebben wij desalniettemin de indruk dat het strafrechtelijk bestuursverbod, ondanks de toegenomen aandacht in de literatuur de afgelopen jaren, nog steeds tamelijk weinig wordt gehanteerd.

Vermeldenswaard is een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 7 februari 2013.¹⁰⁷ Aan verdachte werd ten laste gelegd dat hij vermogen (onder meer een Landrover Discovery en € 10 000) aan de faillissementsboedel had onttrokken en dat hij geen deugdelijke administratie had overhandigd aan de curator. Het ging bovendien om een beroepsfraudeur, blijkens de overwegingen van de rechtbank: 'Verdachte heeft bij de FIOD verklaard (...) dat hij B.V.'s kocht en dat de mensen van hun B.V. afwillen, meestal omdat het slecht ging. Gevraagd naar de administratie van de B.V.'s die verdachte overnam, heeft verdachte geantwoord dat voor zover hij beschikte over de administratie, hij die bij de verkoop heeft doorgegeven, dat hij niet altijd alle administratie kreeg en als die er niet was, hij dat dan accepteerde. Verder heeft verdachte verklaard dat hij voor het overnemen van B.V.'s werd betaald (...).' (r.o. 4.4). De officier van justitie plaatst de motivering van de strafeis in een breed maatschappelijk perspectief: 'Faillissementsfraude is een ernstig delict dat het vertrouwen in een correcte werking van het rechtssysteem bij insolventie en het bonafide zaken doen ernstig ondermijnt. Het is bovendien een veelvoorkomend fenomeen. Gezien de ingewikkeldheid van de materie, de snelheid waarmee men dwaalsporen opzet en de beperkte opsporingscapaciteit is de pakkans tamelijk gering. Van een in deze zaak op te leggen straf dient dan ook een afschrikwekkende, generaal preventieve werking uit te gaan.' (r.o. 8.1). Opmerkelijk in deze uitspraak is verder dat de rechtbank, die verdachte inderdaad veroordeelt en hem ontzet uit het beroep van statutair directeur, bepaalt dat het vonnis (bij wijze van hoge uitzondering, zie de anonimiseringsrichtlijnen van rechtspraak.nl) ongeanonimiseerd openbaar gemaakt wordt op www.rechtspraak.nl. Hier is overigens geen uitvoering aan gegeven.

3.5.3 Aanpassing van het strafrechtelijk bestuursverbod

Het strafrechtelijk bestuursverbod is per 1 april 2010 herzien door het wetsvoorstel 31386.¹⁰⁸ Dit wetsvoorstel hield in dat het aantal delicten waarvoor een bijkomende straf van ontzetting kan worden opgelegd, werd uitgebreid.¹⁰⁹ Het gaat om drie (categorieën) delicten: (a) het weigeren van het geven van inlichtingen of het geven

107. Rb. Amsterdam 7 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:442.

108. Wet van 12 juni 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen (*Stb.* 2009, 245), in werking getreden op 1 april 2010.

109. D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod als "nieuw" wapen in de strijd tegen faillissementsfraude', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (serie Onderneming & Recht, deel 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 686.

van onjuiste inlichtingen door een failliet (art. 194 Sr), (b) het plegen van valsheid in geschrifte en dergelijke (art. 235 Sr) en (c) de benadeling van schuldeisers of rechthebbenden (bankbreuk en andere faillissementsdelicten, art. 349 Sr). Een van de belangrijkste materiële gronden voor het opleggen van een strafrechtelijk bestuursverbod, wordt in het kader van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht ook aangepast. Hilverda stelde in haar oratie voor om de tekst van (onder meer) art. 194 Sr aan te scherpen.¹¹⁰ In het wetsvoorstel Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude wordt hier grotendeels conform haar voorstel gehoor aan gegeven.¹¹¹ Lid 1 van het vernieuwde artikel komt te luiden: 'Hij die in staat van faillissement is verklaard en wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie, indien hij hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft, hetzij weigert de vereiste inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen verstrekt.' De belangrijkste wijziging betreft de verruiming van de inlichtingenplicht. In de woorden van Hilverda: 'Op deze manier omvat deze strafbaarstelling al het (zonder geldige reden) opzettelijk niet voldoen aan de inlichtingenverplichtingen uit de Faillissementswet, ongeacht of daaraan nu een oproeping of een andersoortig verzoek is voorafgegaan of dat daarmee een spontane meldplicht is geschonden.'¹¹²

3.5.4 Suggesties voor een betere aansluiting tussen strafrecht en civiel recht

Het strafrechtelijk bestuursverbod werkt ten dele, voor zover het gaat om een beroepsverbod dat is opgelegd op grond van art. 7 WED, door in het burgerlijk recht: rechtshandelingen die worden verricht in strijd met een beroepsverbod op grond van dat artikel zijn namelijk nietig (art. 35 WED). Dit geldt niet voor de beroepsverboden die op grond van art. 28 Sr worden opgelegd.¹¹³

Er is dus nog ruimte voor verbetering van de aansluiting tussen het strafrechtelijk bestuursverbod en het burgerlijk recht. Allereerst kan de nietigheid van rechtshandelingen in strijd met een opgelegd strafrechtelijk bestuursverbod worden uitgebreid tot de verboden die ex art. 28 Sr worden opgelegd. In de tweede plaats kan gedacht worden aan bepalingen die andere civiele consequenties verbinden aan een strafrechtelijk bestuursverbod. Zo zou in Boek 2 BW kunnen worden geregeld dat een bestuurder of commissaris aan wie een strafrechtelijk bestuursverbod is opgelegd, van rechtswege defungeert. Een dergelijk bepaling kan dan aangevuld worden met een voorziening die beoogt te voorkomen dat een rechtspersoon zonder bestuurders komt te zitten. Men vergelijkte art. 106b lid 4 en art. 106c lid 3-6 Fw uit het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod. Ten slotte zou het handelen in strijd met een strafrechtelijk bestuursverbod wellicht gesanctioneerd moeten worden met

110. C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is, ...* (oratie Nijmegen; serie Onderneming & Recht, deel 73), Deventer: Kluwer 2012, p. 57.

111. *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, 2.

112. C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is, ...* (oratie Nijmegen; serie Onderneming & Recht, deel 73), Deventer: Kluwer 2012, p. 61.

113. D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod als "nieuw" wapen in de strijd tegen faillissementsfraude', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (serie Onderneming & Recht, deel 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 694.

civiele aansprakelijkheid voor schulden van de rechtspersoon namens wie de gediskwalificeerde bestuurder handelt.¹¹⁴

Welke andere opties zijn er om het strafrechtelijke bestuursverbod te verbeteren? Wij bespreken er drie. In de eerste plaats kan overwogen worden om mogelijk te maken dat het strafrechtelijk bestuursverbod niet alleen als bijkomende straf, maar ook als hoofdstraf opgelegd kan worden. Alleen al vanwege de ernst van de maatregel ligt dit eigenlijk voor de hand. Men creëert aldus voor het OM een doeltreffende strafrechtelijke route om een bestuursverbod te vragen, ook in de gevallen dat het OM het eisen van een celstraf of boete niet opportuun acht.

In de tweede plaats zou men kunnen overwegen om een gekwalificeerde vorm van kennelijk onbehoorlijk bestuur strafbaar te stellen, uiteraard met de mogelijkheid om een strafrechtelijk bestuursverbod op te leggen. Doorenbos doet een enigszins vergelijkbare suggestie: 'De wetgever zou (...) faillissementsfraude tot economisch delict kunnen bestempelen, door de relevante strafbepalingen om te vormen tot verbodsbepalingen (in de Faillissementswet en/of Boek 2 BW) en vervolgens onder te brengen in artikel 1 WED. Dan komen automatisch alle opsporingsbevoegdheden en sanctiemogelijkheden van deze wet binnen bereik, inclusief het instrument van de voorlopige maatregel.'¹¹⁵

Een kanttekening bij deze tweede optie is dat (een gekwalificeerde vorm van) kennelijk onbehoorlijk bestuur in de strafrechtelijke sfeer wordt getrokken. De vraag is of dat wenselijk is: valt kennelijk onbehoorlijk bestuur (zelfs in gekwalificeerde vorm) wel te bestempelen als crimineel gedrag? Zoals in de literatuur en in de reacties op het voorontwerp terecht is opgemerkt, is kennelijk onbehoorlijk bestuur niet op één lijn te stellen met faillissementsfraude.

De derde mogelijkheid ter verbetering van het strafrechtelijk bestuursverbod vergt geen nieuwe wetgeving. Doorenbos constateert in 2008 dat het strafrechtelijke beroepsverbod niet vaak wordt opgelegd, en al helemaal niet in de sfeer van de financieel-economische delicten.¹¹⁶ Wij vragen ons af of dat in de jaren nadien veel anders is geworden. Hoe dan ook menen wij dat het voor de hand ligt om de capaciteit en de prioriteit van het OM uit te breiden als het gaat om het bestrijden van faillissementsfraude.¹¹⁷ Dat kost de overheid weliswaar geld, maar zoals Brouwer terecht opmerkt is de overheid (hier: de fiscus) doorgaans de grootste schuldeiser in een faillissementstekort.¹¹⁸ Met andere woorden: deze kosten verdienen zichzelf (als het goed is) terug. Het gaat overigens niet alleen om financiële middelen. Hilverda benadrukt in haar oratie ook het belang van kennis en intrinsieke motivatie bij alle betrokken ketenpartners voor de aanpak van faillissementsfraude.¹¹⁹ Blijkens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Herziening strafbaarstelling faillis-

114. Vgl. section 15 CDDA.

115. D.R. Doorenbos, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel', AA 2014, p. 23.

116. D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod als "nieuw" wapen in de strijd tegen faillissementsfraude', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (serie Onderneming & Recht, deel 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 696.

117. Kritisch over het gebrek aan capaciteit in de strafrechtketen ook A. Verbruggen & L.M.A.M. Hoeks, 'Wetsvoorstel Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude: een stimulans tot schending van de administratieplicht', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2014, afl. 1, p. 24.

118. J. Brouwer, 'Fraude en misbruik bij faillissementen: investeren in een aanpak die wel werkt', *Tvl* 2014/16.

119. C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,* (oratie Nijmegen; serie Onderneming & Recht, deel 73), Deventer: Kluwer 2012, p. 17-24.

sementsfraude lijkt de minister aan deze boodschap uit praktijk en wetenschap overigens gehoor te geven.¹²⁰ In dat verband is het daarentegen opvallend te noemen dat het OM ten behoeve van haar bevoegdheden om civielrechtelijke bestuursverboden te initiëren vooralsnog geen extra middelen lijkt te krijgen.¹²¹

3.5.5 Toegevoegde waarde civielrechtelijk bestuursverbod

Heeft het civielrechtelijk bestuursverbod bestaansrecht (toegevoegde waarde) naast het strafrechtelijke bestuursverbod? Wij zagen dat er ten aanzien van het strafrechtelijk bestuursverbod nog ruimte is tot verbetering. De vraag of er naast een (verbeterd) strafrechtelijk bestuursverbod nog ruimte is voor een civielrechtelijk bestuursverbod laat zich lastig beantwoorden. Enerzijds geldt dat elke aanvullende maatregel tegen faillissementsfraude er één is. Dit zou ervoor pleiten om het OM (en de curator) de keuze te laten tussen de civielrechtelijke en de strafrechtelijke route om tot een bestuursverbod te komen. Anderzijds verwachten wij dat het civielrechtelijk bestuursverbod nauwelijks meer zal worden gevorderd dan wel verzocht dan het strafrechtelijk bestuursverbod.¹²² Het gaat hier om een centenkwestie: de effectuering van een bestuursverbod kost geld. Dat geldt voor het civielrechtelijke bestuursverbod net zo goed als voor het strafrechtelijke bestuursverbod. Het wetsvoorstel legt de effectuering van het bestuursverbod primair bij de curator neer. Zoals wij al hebben opgemerkt in paragraaf 3.3.3 zal de curator in al die gevallen waarin de inspanningen ten behoeve van een vordering tot oplegging van een bestuursverbod niet tevens kunnen leiden tot vergroting van de boedel geen middelen uit de boedel willen gebruiken voor een procedure tot oplegging van een bestuursverbod. Dit betekent dat de overheid in heel veel gevallen de benodigde middelen zal moeten fourneren. Dit zou bijvoorbeeld kunnen geschieden door de reikwijdte van de Garantstellingsregeling curatoren 2012 uit te breiden tot inspanningen van de curator gericht op de aanpak van faillissementsfraude die niet tevens tot verhaal leiden. Op deze wijze zou de curator ook financiering kunnen krijgen voor de vordering tot oplegging van een bestuursverbod buiten de gevallen waarin hij aannemelijk kan maken dat een vordering tegen de bestuurder op grond van art. 2:138/art. 2:248 BW dan wel art. 42 Fw of art. 47 Fw tot verhaal zal leiden.¹²³ De memorie van toelichting bevat geen enkele indicatie dat de minister denkt aan verruiming van de Garantstellingsregeling als oplossing voor het financieringsprobleem. Bovendien is dit geen oplossing voor een ander effectueringsprobleem: het belangenconflict van de curator die wél verhaalsmogelijkheden ziet en niet wil procederen maar schikken.

120. *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, 3, p. 4; zie in dezelfde zin ook het advies van de Raad van State: *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, 4, p. 6.

121. MvT, paragraaf 9.

122. Wij kunnen ons voorstellen dat dit niet geldt voor bestuursverboden die worden verzocht door het OM op de grond dat een fiscale vergrijpboete is opgelegd. Hier zou wel eens werk van gemaakt kunnen worden.

123. Wij vinden meer in het algemeen dat een curator die wordt ingeschakeld bij de bestrijding van faillissementsfraude (of dit nu is door het doen van aangifte of door het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod) een adequate vergoeding moet krijgen voor de tijd die hij hieraan besteedt (vgl. C. Harmsen, 'De curator en de bestrijding van fraude', *Ondernemingsrecht* 2014, p. 379). Deze kwestie zal ongetwijfeld nog tot (verdere) discussie leiden in het kader van het aangekondigde wetsvoorstel ter versterking van de positie van de curator.

De hiervoor geschetste effectueringsproblemen kunnen worden vermeden door een overheidsdienst te belasten met de effectuering van het civielrechtelijk bestuursverbod. In het Verenigd Koninkrijk is dit de taak van de onder het *Department of Business, Innovation and Skills* ressorterende *Insolvency Service*.¹²⁴ Door de inspanningen van deze dienst (en door de reeds genoemde mogelijkheid van een *undertaking*) is de Britse regeling van het bestuursverbod vrij effectief, als men louter afgaat op het aantal opgelegde bestuursverboden.¹²⁵ Anders dan in de voorgestelde Nederlandse regeling is de effectuering van het bestuursverbod in het Verenigd Koninkrijk dus volledig in handen van personen die door de Staat worden betaald. De financiering van de *Insolvency Service* door het *Department of Business, Innovation and Skills* bedroeg in 2012-2013 nog bijna 53 miljoen pond, in 2013-2014 was dat ruim 46 miljoen pond.¹²⁶ Daarvan werd in dat jaar 35 miljoen pond besteed aan *investigations and enforcement*.¹²⁷ Hoewel hier meer onder valt dan alleen de uitvoering van de CDDA (en het Verenigd Koninkrijk beduidend groter is dan Nederland) mag duidelijk zijn dat met de financiering van een Nederlandse overheidsdienst die belast wordt met de effectuering van civielrechtelijke bestuursverboden veel geld gemoeid zal zijn. Deze optie zal daarom in Den Haag vermoedelijk op weinig enthousiasme kunnen rekenen.

Geïnspireerd door de Britse praktijk heeft Philips voor Nederland het volgende model bedacht.¹²⁸ Hij stelt voor dat de kosten van onderzoek naar fraude en rapportage aan het OM in beginsel uit de boedel worden voldaan. Is er geen geld, dan worden de kosten van onderzoek en rapportage gefinancierd via de (te wijzigen) Garantstellingsregeling. Na de rapportage door de curator beslist het OM of het een verzoek wil doen tot oplegging van een bestuursverbod. Zo ja, dan zijn de kosten van de procedure voor het OM. Het OM kan ook de curator verzoeken om een vordering in te stellen. Ook in dat geval draagt het OM de kosten. Indien het OM een procedure niet opportuun acht kan de curator alleen dan een vordering tot oplegging van een bestuursverbod instellen a) met instemming van de schuldeisers of b) ter versterking van een art. 2:138/art. 2:248 BW-vordering, waarbij een voor de boedel gunstige schikking in beginsel zal worden aanvaard. Het voorstel van Philips geeft blijk van een evenwichtige afweging van het algemeen belang en het boedelbelang en verdient daarom serieus overweging. Maar ook als voor deze oplossing wordt gekozen zal de effectuering van het bestuursverbod de overheid geld gaan kosten.

124. www.gov.uk/government/organisations/insolvency-service.

125. In 2013-2014 waren dat er 1276. In de jaarverslagen is niet te vinden hoeveel bestuurders jaarlijks worden betrapt op *overtreding* van een bestuursverbod en welke sancties in die gevallen worden opgelegd. Een zoekopdracht in de database Westlaw UK heeft slechts elf gepubliceerde uitspraken opgeleverd in procedures op grond van section 13 CDDA (waar in een strafrechtelijke sanctie overtreding van het bestuursverbod is neergelegd). Met de civielrechtelijke handhaving lijkt het nog droeviger gesteld: wij hebben maar drie procedures gevonden op grond van section 15 CDDA. Hierin is geregeld dat de overtreder van een bestuursverbod hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de rechtspersoon die hij in strijd met het verbod 'bestuurt'.

126. Jaarverslag 2013-14, p. 55.

127. Jaarverslag 2013-14, p. 72.

128. R.J. Philips, 'Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod', *FIP* 2013, afl. 4, p. 120-121.

3.6 Conclusie

Na verwerking van de reacties op de consultatie en de adviezen van de Raad van State en de Commissie Vennootschapsrecht is het wetsvoorstel Civielrechtelijk bestuursverbod op een aantal punten verbeterd ten opzichte van het voorontwerp. De voornaamste verbetering vinden wij dat de open norm ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ is losgelaten als grond voor oplegging van een bestuursverbod en is vervangen door een limitatieve lijst van gronden. Wij zien binnen die lijst echter nog steeds ruimte voor oplegging van een bestuursverbod in gevallen waarin geen sprake is van opzettelijke benadeling van schuldeisers, bijvoorbeeld als kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:138/art. 2:248 BW is vastgesteld of een fiscale vergrijpboete aan de bestuurder of de rechtspersoon is opgelegd. De rechter moet in die gevallen beslissen of sprake is van een uitzonderlijke situatie waarvoor de uitzonderlijke sanctie van het bestuursverbod aangewezen is. De rechtsonzekerheid die dit teweegbrengt ten aanzien van de mogelijkheid van toepassing van een zo zware sanctie is niet wenselijk.

Hiernaast is naar onze mening in het wetsvoorstel en de toelichting onvoldoende aandacht besteed aan de volgende cruciale aspecten:

- De verjaring van de vordering of het verzoek tot oplegging van een bestuursverbod (paragraaf 3.4.2).
- De problematiek rondom het *nemo tenetur*-beginsel (paragraaf 3.4.1).
- De complicaties die kunnen ontstaan rondom schorsing hangende de procedure (paragraaf 3.3.4).
- De precieze vormgeving van de registratie van het bestuursverbod en de verhouding tot het recht op privacy van de bestuurder (paragraaf 3.3.5).
- De reikwijdte van het bestuursverbod en mogelijke omzeiling (‘katvangerproblematiek’) (paragraaf 3.3.5).
- Het precieze rechtsgevolg van een bestuursverbod (paragraaf 3.3.6).

Er is dus nog het nodige werk aan de winkel. Wij vragen ons echter af of de schaarse wetgevingscapaciteit hiervoor moet worden aangewend. Wij achten de kans namelijk gering dat het bestuursverbod een effectief medicijn wordt tegen de kwaal die faillissementsfraude heet. Van effectuering van het bestuursverbod zal weinig terechtkomen als de overheid hiervoor niet de nodige middelen fourneert. Het bestuursverbod is dan niet meer dan een placebo.

Hoofdstuk 4

Bestuursverboden en toetsing van beleidsbepalers in de financiële sector

Prof. mr. D. Busch en mr. A.J.A.D. van den Hurk^{*}

* Prof. mr. D. Busch is hoogleraar Financieel recht aan het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum voor Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit Nijmegen. Mr. A.J.A.D. van den Hurk is Senior Counsel — Regulatory bij AEGON N.V. en als Fellow verbonden aan het IFR. De auteurs danken prof. mr. V.P.G. de Serière en mr. E.M. Dieben voor hun commentaar op eerdere versies van dit preadvies.

4.1 Inleiding

Het civielrechtelijk bestuursverbod heeft een algemene strekking en kan dus ook worden opgelegd aan bestuurders en feitelijk beleidsbepalers van Nederlandse rechtspersonen actief in de financiële sector. In de financiële sector bestaan echter ook specifieke maatregelen die formeel of *de facto* kunnen leiden tot een bestuursverbod. Een negatieve uitkomst van de toetsing van beleidsbepalers (en anderen!) in de financiële sector springt waarschijnlijk het meest in het oog als een maatregel die kan leiden tot een *de facto* bestuursverbod in de financiële sector, maar er is meer. In het navolgende worden de diverse specifieke maatregelen besproken en vergeleken met het civielrechtelijk bestuursverbod. Een vraag die daarbij opkomt, is of het civielrechtelijk bestuursverbod toegevoegde waarde heeft in de financiële sector. Een andere interessante vraag is of de specifieke maatregelen die beschikbaar zijn in de financiële sector aanleiding geven tot een aanpassing van het civielrechtelijk bestuursverbod of dat, omgekeerd, het civielrechtelijk bestuursverbod stof tot nadenken biedt voor een aanpassing van de specifieke maatregelen die in de financiële sector beschikbaar zijn. Voorts: sluiten de diverse specifieke maatregelen en het civielrechtelijk bestuursverbod goed op elkaar aan? En tot slot: in hoeverre valt te verwachten dat de diverse maatregelen (civielrechtelijk bestuursverbod, bijzondere instrumenten beschikbaar in de financiële sector) elkaar over en weer beïnvloeden? Voordat de specifieke maatregelen beschikbaar in de financiële sector worden besproken, volgt eerst een korte bespreking van het civielrechtelijk bestuursverbod.

4.2 Civielrechtelijk bestuursverbod

4.2.1 Algemeen

De voorgestelde regeling moet het mogelijk maken bestuurders en feitelijk beleidsbepalers die zich bezighouden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement, langs civielrechtelijke weg een verbod op te leggen om als bestuurder of commissaris op te treden bij een rechtspersoon. Hierna volgt puntsgewijs een bespreking van de doelstelling en de belangrijkste elementen van dit verbod.

4.2.2 Doelstelling

Het doel van het civielrechtelijk bestuursverbod is om faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement effectiever te kunnen bestrijden en om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten. Het wetsvoorstel geeft hiermee uitvoering aan een van de actiepunten uit het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht, aldus de toelichting op het wetsvoorstel.¹ Het bestuursverbod voorziet volgens de toelichting in een belangrijk instrument om tot een effectieve fraudebestrijding te komen. Daarbij staat een toekomstgerichte, preventieve, aanpak centraal: malafide gebleken bestuurders kunnen

1. Zie MvT, Algemeen, paragraaf 1, tweede alinea.

tijdelijk geen rechtspersoon besturen, waardoor ze geen gebruik kunnen maken van de beperkte aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt. Dit voorkomt dat zij verdere schade aan het handelsverkeer kunnen berokkenen. Nadat een bestuursverbod is opgelegd, zal het niet langer mogelijk zijn om een rechtspersoon te besturen of daaraan als commissaris verbonden te zijn. Aldus zou het bestuursverbod niet alleen een bijdrage leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude (het hoofddoel), maar zou het (als nevendoeel) ook een eerlijk handelsklimaat bevorderen.² Ook in de financiële sector kan zich uiteraard faillissementsfraude voordoen, al lijkt dat minder snel aan de orde te zijn bij (grote) banken en (grote) verzekeraars. Elders, bijvoorbeeld bij beleggingsinstellingen en hypotheek- en verzekeringstussenpersonen, kan dat anders zijn.

4.2.3 ‘Trigger’-moment

Wil de mogelijkheid bestaan een civielrechtelijk bestuursverbod aan een persoon op te leggen, dan moet er sprake zijn van een *faillissement* van minstens één rechtspersoon waarvan de betreffende persoon bestuurder of feitelijk beleidsbepaler is of is geweest. Dit blijkt niet expliciet uit de tekst van de betreffende wetsbepalingen, maar impliciet. Art. 106a lid 1 Fw (jo. art. 106d lid 1 Fw) bepaalt immers, dat op vordering van de curator of op verzoek van het Openbaar Ministerie (OM) de rechtbank een bestuursverbod kan opleggen aan de (gewezen) bestuurder of (gewezen) feitelijk beleidsbepaler van een in art. 2:3 BW genoemde rechtspersoon, als tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement van die rechtspersoon de betreffende persoon zich heeft beziggehouden met faillissementsfraude of zich schuldig heeft gemaakt aan wanbestuur. Als er geen failliete rechtspersoon valt aan te wijzen waarvan de betreffende persoon bestuurder (of feitelijk beleidsbepaler) is of is geweest, dan zal de rechtbank geen bestuursverbod kunnen opleggen.

Hierbij verdient aantekening dat faillissementen van Nederlandse banken (en verzekeraars) al met al betrekkelijk weinig voorkomen, al kunnen de afgelopen jaren een enigszins andere indruk hebben gewekt. De faillissementen van bijvoorbeeld Van der Hoop Bankiers (2005) en DSB Bank (2009) liggen nog vers in het geheugen.³ Elders in de financiële sector kunnen faillissementen en faillissementsfraude weer vaker voorkomen (denk aan beleggingsinstellingen en hypotheek- en verzekeringstussenpersonen). Verder, als een bank door de overheid wordt genationaliseerd omdat deze systeemrelevant wordt geacht (zie de SNS-Reaal-casus⁴), dan treedt geen faillissement in en zal een civielrechtelijk bestuursverbod dus niet opgelegd kunnen worden. Dat geldt ook als een bank ‘in resolutie’ gaat op grond van de *Bank Recovery*

2. Zie MvT, Algemeen, paragraaf 1, vierde alinea.

3. Zie over (de aanloop naar) het faillissement van DSB Bank: M. Scheltema e.a., *Rapport van de commissie van onderzoek DSB Bank* (Commissie Scheltema), Den Haag, 23 juni 2010 (te downloaden via <http://commissiedsbbank.nl>).

4. Zie over (de aanloop naar) de nationalisatie van SNS-Reaal: R.J. Hoekstra & J. Frijns, *Het rapport van de evaluatiecommissie nationalisatie SNS REAAL*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2014 (tevens te downloaden via www.rijksoverheid.nl). Zie over dit rapport: D. Busch, ‘Het rapport van de evaluatiecommissie nationalisatie SNS REAAL’, *FR* 2014, p. 103-109.

and Resolution Directive (BRRD)⁵ (dient grotendeels per 1 januari 2015 te zijn geïmplementeerd in het nationale recht⁶), dan wel op grond van de verordening inzake het *Single Resolution Mechanism* (SRM-Verordening)⁷ (grotendeels van toepassing per 1 januari 2016⁸). De ‘resolutie’ of ‘afwikkeling’ van een bank wordt juist gezien als een alternatief voor het ‘klassieke’ faillissement, omdat het beter zou zijn toegerust om banken ordentelijk af te wikkelen. Ook in het geval van resolutie zal een civielrechtelijk bestuursverbod bij gebreke van een faillissement dus niet aan de orde kunnen zijn. In het geval van resolutie (en in de aanloop naar resolutie) kunnen echter op grond van specifieke regels uit de BRRD andere maatregelen worden opgelegd, die onder omstandigheden en *de facto* tot min of meer vergelijkbaar resultaat kunnen leiden. Zie paragraaf 4.4 van dit preadvies.

Is er *wel* een failliete rechtspersoon aan te wijzen, dan *kan* (niet: *moet*) de rechtbank slechts een civielrechtelijk bestuursverbod opleggen als de betreffende persoon zich tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement heeft beziggehouden met faillissementsfraude of zich schuldig heeft gemaakt aan wanbestuur. In art. 106a lid 1 Fw worden de voor het doel van de oplegging van een bestuursverbod relevante gevallen van faillissementsfraude en wanbestuur limitatief opgesomd:

(a) als door de rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak is geoordeeld dat voldaan is aan de voorwaarden voor bestuursaansprakelijkheid;⁹

(b) als de bestuurder (of feitelijk beleidsbepaler) doelbewust namens de rechtspersoon rechtshandelingen heeft verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en die overeenkomstig art. 42 of art. 47 Fw bij onherroepelijk geworden uitspraak door de rechter zijn vernietigd;

(c) als de bestuurder (of feitelijk beleidsbepaler), ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen, bedoeld in deze wet, jegens de curator;

(d) als de bestuurder (of feitelijk beleidsbepaler), hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ten minste

5. De BRRD luidt voluit: Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) 1093/2010 en (EU) 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2014, L 173, 12 juni 2014, p. 190-348.

6. Zie art. 130 lid 1, tweede alinea, BRRD. Alleen het instrument van *bail-in* behoeft pas uiterlijk een jaar later – per 1 januari 2016 – geïmplementeerd te zijn. Zie art. 130 lid 1, derde alinea, BRRD.

7. De SRM-Verordening luidt voluit: Verordening (EU) 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) 1093/2010, *PbEU* 2014, L 225, 30 juli 2014, p. 1-90.

8. Zie art. 99 lid 2 SRM-Verordening.

9. Bedoeld in art. 2:138 lid 1 of art. 2:248 lid 1 BW.

tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft;

(e) als aan de rechtspersoon of de bestuurder (of feitelijk beleidsbepaler) ervan een boete wegens een vergrijp als bedoeld in art. 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) is opgelegd en deze beschikking onherroepelijk is.

4.2.4 Reikwijdte

Het civielrechtelijk bestuursverbod kan worden opgelegd aan een (gewezen) bestuurder of (gewezen) feitelijk beleidsbepaler ‘van een in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersoon’.¹⁰ Het verbod kan dus worden opgelegd aan (gewezen) bestuurders en (gewezen) feitelijk beleidsbepalers bij alle Nederlandse privaatrechtelijke rechtspersonen: verenigingen, stichtingen, N.V.’s, B.V.’s, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.¹¹ Het civielrechtelijk bestuursverbod kan dus ook worden opgelegd aan bestuurders en feitelijk beleidsbepalers bij Nederlandse rechtspersonen die actief zijn in de financiële sector, zoals banken, beleggingsondernemingen, verzekeraars, beleggingsinstellingen, pensioenfondsen, verzekerings- en hypotheektussenpersonen, enz.

4.2.5 Bevoegdheid oplegging

Het civielrechtelijk bestuursverbod wordt opgelegd door de rechtbank, op vordering van de curator of op verzoek van het OM (art. 106a lid 1 Fw).

4.2.6 Rechtsbescherming

Bij een vordering van de curator of een verzoek van het OM tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod zullen de gebruikelijke procesrechtelijke beginselen zoals hoor- en wederhoor moeten worden gerespecteerd.¹² Kortom, een (gewezen) bestuurder of (gewezen) feitelijk beleidsbepaler kan tijdens de procedure aangeven dat en waarom naar zijn mening het opleggen van een bestuursverbod niet aan

-
10. Zie art. 106a lid 1 Fw (bestuursverbod aan bestuurder) en art. 106d lid 1 Fw (bestuursverbod kan ook opgelegd worden aan feitelijk beleidsbepaler). Voor de *one tier board* geldt dat de uitvoerende bestuurder met de bestuurder gelijk wordt gesteld, zie art. 106d lid 2 Fw.
 11. Zie ook MvT, Algemeen, paragraaf 1, vierde alinea. Het bestuursverbod kan ook worden opgelegd aan een natuurlijke persoon die handelt of heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 106a lid 4 Fw). De achtergrond van deze toevoeging is als volgt. Natuurlijke personen die een onderneming in de vorm van een eenmanszaak drijven, zijn persoonlijk aansprakelijk voor de ontstane schulden. Niettemin is het ongewenst dat zo’n ondernemer in geval van frauduleus handelen in de toekomst, bij voortzetting van zijn zakelijke activiteiten na faillissement, alsnog zou kunnen profiteren van de beperkte aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt. Daarom kan een bestuursverbod ook worden opgelegd aan een persoon die een onderneming drijft in de vorm van bijvoorbeeld een eenmanszaak of vennootschap onder firma. Het concrete effect hiervan is dat de via een eenmanszaak, commanditaire vennootschap (C.V.) of vennootschap onder firma (v.o.f.) frauderende ondernemer in de toekomst geen bestuurder kan worden van een rechtspersoon. Zie MvT, toelichting art. 106a lid 4 Fw.
 12. Al is het in uitzonderlijke gevallen niet per definitie nodig de bestuurder vooraf over een schorsing ex art. 106c en 106d Fw te horen, zie HR 20 april 2007, *JOR* 2007/171. Zie MvT, toelichting art. 106c Fw, zevende alinea. Zie nader over schorsing paragraaf 4.2.7.

de orde is.¹³ Mocht hij nul op het rekest krijgen bij de rechtbank en wordt hem toch een bestuursverbod opgelegd, dan kan hij in hoger beroep gaan tegen de uitspraak en daarna voor zover nodig in cassatie bij de Hoge Raad. Het ingrijpende karakter van een bestuursverbod rechtvaardigt de mogelijkheid van een beoordeling in meerdere instanties, aldus de toelichting.¹⁴ Het bestuursverbod heeft pas effect vanaf het moment dat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, dat wil zeggen als er geen gewoon rechtsmiddel meer tegen open staat (hoger beroep en beroep in cassatie). Zie art. 106b lid 1 Fw. Hangende de procedure bij de rechtbank kan een bestuurder (of feitelijk beleidsbepaler) echter wel geschorst worden (art. 106c lid 4-6 Fw). Zie nader de volgende paragraaf.

4.2.7 Gevolgen

Zoals hierboven al werd aangegeven, het civielrechtelijk bestuursverbod kan alleen worden opgelegd aan (gewezen) bestuurders en (gewezen) feitelijke beleidsbepalers (art. 106a lid 1 en art. 106d lid 1 Fw). Het verbod zelf heeft echter een ruimere werking. Het brengt niet alleen mee dat de betrokken persoon niet langer bestuurder mag zijn van rechtspersonen, maar ook dat betrokkene geen commissaris meer mag zijn bij rechtspersonen (art. 106b lid 1 Fw).¹⁵ De gedachte hierachter is dat het wat vreemd aandoet dat iemand die niet langer bestuurder mag zijn, vervolgens wel toezicht mag houden op andere bestuurders. Bovendien wordt zo voorkomen dat betrokkene vanuit de functie van commissaris alsnog aanzienlijke invloed heeft op het door het bestuur te voeren beleid.¹⁶ Andere functies dan bestuurder of commissaris mag de persoon nog wel bekleden bij rechtspersonen. Ook kan hij aandeelhouder zijn van rechtspersonen of een eenmanszaak met persoonlijke aansprakelijkheid drijven. Zou ook deze laatste vorm van economische activiteit worden verboden, dan zou sprake zijn van onverenigbaarheid met het proportionaliteitsbeginsel, omdat het bestuursverbod dan niet beperkt zou zijn tot bestuursfuncties, maar *de facto* zou neerkomen op een totaal ondernemingsverbod, aldus de toelichting.¹⁷ De wetgever lijkt hier te miskennen dat de invloed van aandeelhouders op het beleid van een onderneming in voorkomende gevallen minstens zo sterk kan zijn als die van een commissaris. Bij financiële ondernemingen kan overigens in dergelijke gevallen door middel van het stelsel van verklaringen van geen bezwaar (vvgb's) worden opgetreden. Zie paragraaf 4.5 hierna.

13. In dit verband is nog vermeldenswaard dat bij een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod een uittreksel uit het handelsregister wordt overgelegd van de overige rechtspersonen waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is (art. 106c lid 1 Fw). De rechtbank stelt deze overige rechtspersonen in de gelegenheid om over het gevraagde bestuursverbod hun zienswijze naar voren te brengen (art. 106c lid 2 Fw).

14. MvT, toelichting art. 106a lid 1 Fw, eerste alinea. Weliswaar bepaalt art. 85 Fw dat alle beschikkingen 'in zaken, het beheer of de vereffening des faillieten boedels betreffende', door de rechtbank in hoogste ressort worden gewezen. De oplegging van een bestuursverbod behoort hier echter niet toe. Mitsdien zijn regulier beroep in feitelijke instantie en, vervolgens, cassatie mogelijk (vgl. art. 78 Wet op de rechterlijke organisatie en, in meer algemene zin: HR 3 juli 1989, NJ 1989/770). Zie MvT, toelichting art. 106a lid 1 Fw, eerste alinea.

15. Hier geldt dat bij de *one tier board* de niet uitvoerende bestuurder met de commissaris wordt gelijkgesteld, zie art. 106d lid 2 Fw.

16. MvT, Algemeen, paragraaf 4, vijfde alinea.

17. MvT, Algemeen, paragraaf 4, zesde alinea. Aldaar wordt in voetnoot 5 nog opgemerkt dat het belang van dit aspect ook werd benadrukt in bijv. EHRM 1 februari 2007, 12277/04 (*Storbraten/Noorwegen*).

Het bestuursverbod kan opgelegd worden voor maximaal vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan (art. 106b lid 1 Fw). Daarmee zijn levenslange of excessieve verboden uitgesloten.¹⁸ De rechtbank kan het bestuursverbod korter laten gelden als hiertoe aanleiding bestaat, en daartoe de persoonlijke omstandigheden van de betrokken bestuurder meewegen, aldus de toelichting.¹⁹ Zie ook art. 106b lid 4 Fw, waarover de volgende alinea, *in fine*.

Zoals in de vorige paragraaf al werd aangegeven, het bestuursverbod heeft effect vanaf het moment dat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, dat wil zeggen als er geen gewoon rechtsmiddel meer tegen open staat (hoger beroep en beroep in cassatie). Zie art. 106b lid 1 Fw. Nu het gaat om bestrijding van faillissementsfraude ligt het eigenlijk niet erg voor de hand dat de betreffende bestuurder nog jaren in functie kan blijven en kan voortgaan met zijn frauduleuze handelingen totdat de procedure definitief tot een einde is gekomen. Natuurlijk zal een bestuurder van een failliete rechtspersoon bij die rechtspersoon nog maar weinig kunnen beginnen, omdat de curator het roer inmiddels van hem (en zijn collega's) heeft overgenomen, maar het is in de praktijk denkbaar dat de bestuurder daarnaast bestuurder is van andere (al dan niet gelieerde) rechtspersonen die op dat moment (nog) niet failliet zijn. Via die (niet-failliete) rechtspersonen zou de betrokken bestuurder kunnen voortgaan met zijn frauduleuze activiteiten. Het instellen van hoger beroep/cassatie heeft immers schorsende werking — het bestuursverbod wordt pas van kracht als deze beroepsmogelijkheden zijn uitgeput. Een onwenselijke situatie. Hangende de procedure bij de rechtbank *kan* daarom een bestuurder of commissaris geschorst worden. Hierom kan in elke stand van het geding worden verzocht. De schorsing geldt vanaf de dag dat de rechtbank daartoe beslist voor ten hoogste de duur van het geding (art. 106c lid 4 en 5 Fw). De schorsing brengt mee dat de bestuurder of commissaris zijn bevoegdheden niet mag uitoefenen, en kan ten hoogste voor de duur van het geding worden uitgesproken. In de wet worden geen schorsingsgronden genoemd. Op dit punt heeft de civiele rechter dus beleidsvrijheid, al kan een schorsing alleen worden opgelegd als hieraan een verzoek van het OM of een vordering van de curator ten grondslag ligt (art. 106c lid 4 Fw).²⁰ Het voorgestelde art. 106b lid 4 Fw²¹ geeft de rechter de bevoegdheid om de periode van schorsing in mindering te brengen op de duur van het eventueel op te leggen bestuursverbod. De schorsing wordt conform art. 2:302 BW als 'voorziening in het bestuur' in het Handelsregister ingeschreven (art. 106c lid 6 Fw).²²

In het voorontwerp was er sprake van dat een bestuursverbod zou kunnen worden geëffectueerd door een uitvoerbaar bij voorraad verklaring. In de consultatie, met

18. MvT, Algemeen, paragraaf 6, derde alinea. De termijn van vijf jaar is ontleend aan het al bestaande bestuursverbod bij stichtingen (art. 2:298 lid 2 BW) en komt ook in het Duitse recht voor. Zie MvT, Algemeen, paragraaf 6, derde alinea.

19. MvT, toelichting art. 106b Fw, derde alinea.

20. De MvT noemt wel een voorbeeld in de toelichting op art. 106c Fw, in de zevende alinea: '(...) bijvoorbeeld wanneer uit bankafschriften blijkt dat er financiële middelen aan de [failliete] rechtspersoon zijn onttrokken die zijn doorgesluisd naar een andere [niet-failliete] rechtspersoon waar de betrokkene bestuurder is.'

21. Art. 106b lid 4 Fw bepaalt dat de rechtbank zo nodig alle overige gevolgen van het door haar uitgesproken bestuursverbod regelt.

22. MvT, toelichting op art. 106b Fw, vijfde alinea.

name door de NOvA, de KNB, Loyens/Loeff en de Raad voor de rechtspraak, is aangevoerd dat dit tot zeer ongewenste complicaties in de sfeer van vooral het arbeids-, aansprakelijkheids- en het vennootschapsrecht kan leiden in al die gevallen waarin een vordering tot een bestuursverbod in een later stadium zou worden afgewezen. Daarom is in het wetsvoorstel in art. 106b lid 6 Fw, en in afwijking van art. 233 Rv, voorzien in het feit dat een vonnis houdende oplegging van een bestuursverbod niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. De mogelijkheid om een bestuurder hangende het onderzoek door de rechtbank te schorsen, zoals thans in aansluiting op art. 2:298 lid 2 BW wordt voorgesteld in art. 106c lid 4 en 5 Fw (zie hierboven), lijkt te volstaan, zeker in combinatie met het feit dat de naleving van een vonnis waarbij een bestuursverbod is opgelegd kan worden verzekerd via de oplegging van een dwangsom (vgl. het voorgestelde art. 106b lid 5 Fw).²³

Het bestuursverbod dat in kracht van gewijsde is gegaan heeft twee gevolgen. Ten eerste: een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd, kan gedurende vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan — of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald — niet tot bestuurder of commissaris van een in art. 2:3 BW genoemde rechtspersoon worden benoemd. Een benoeming tot bestuurder of commissaris in strijd met een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod is nietig (art. 106b lid 1 Fw). Een persoon met een bestuursverbod kan niet bij de oprichting tot bestuurder worden benoemd (art. 106b Fw jo. art. 2:132 respectievelijk art. 2:242 BW) noch statutair een daaraan equivalente volmacht krijgen (art. 106d Fw jo. art. 3:60 e.v. en het te wijzigen Handelsregisterbesluit 2008). Een notaris zal ook niet meewerken aan een rechtshandeling die in strijd is met de wet (art. 21 lid 2 Wet op het notarisambt).²⁴ Om te voorkomen dat een bestuurder, ondanks een verbod, toch tot bestuurder wordt benoemd in een nieuw op te richten rechtspersoon, zal de notaris, voorafgaand aan de oprichting van een rechtspersoon, het Handelsregister moeten kunnen raadplegen. Voorts zal de inschrijving van de betrokken bestuurder in het Handelsregister worden geweigerd.²⁵ Hiermee wordt het doel van het bestuursverbod bereikt, omdat zonder inschrijving in het Handelsregister bestuurders hoofdelijk verbonden zijn voor schulden die tijdens hun bestuur opeisbaar worden,²⁶ aldus de toelichting.²⁷

23. MvT, toelichting art. 106b Fw, laatste alinea.

24. MvT, toelichting art. 106b Fw, zesde alinea.

25. Dat geldt eveneens voor de inschrijving van een met een bestuursverbod strijdige algemene volmacht. Hiertoe zal het Handelsregisterbesluit 2008 worden aangevuld met nieuwe weigeringsgronden voor inschrijving. Zie MvT, Algemeen, paragraaf 4, vierde alinea. In het verlengde hiervan ligt dat de inschrijving van buitenlandse rechtspersonen straks door de Kamer van Koophandel zal worden geweigerd, als blijkt dat deze rechtspersoon door iemand wordt bestuurd aan wie in Nederland een bestuursverbod is opgelegd. Volgens het Nederlands internationaal privaatrecht wordt bij de oprichting van een rechtspersoon gekeken naar de benoembaarheid van de bestuurders volgens het recht van het land waar de rechtspersoon wordt opgericht. Wanneer een buitenlandse rechtspersoon echter in Nederland actief wil zijn, zal zij zich moeten inschrijven in het Handelsregister bij de Kamer van Koophandel. Blijkt een bestuurder in Nederland een bestuursverbod te hebben, dan zal die inschrijving in de toekomst worden geweigerd. Hiertoe zal het Handelsregisterbesluit 2008 worden aangepast. Zie MvT, Algemeen, paragraaf 5, tweede alinea.

26. Vgl. art. 2:30 lid 2 en 4 BW jo. art. 2:53a BW voor verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen, art. 2:69 en art. 2:180 BW voor N.V.'s en B.V.'s en art. 2:289 BW voor stichtingen.

27. MvT, toelichting art. 106b Fw, zevende alinea.

Het tweede gevolg van het bestuursverbod is als volgt: tenzij in de uitspraak anders is bepaald, vormt het bestuursverbod voor betrokkene tevens een beletsel voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris bij alle op grond van art. 106c lid 2 Fw in de procedure betrokken rechtspersonen (art. 106b lid 2 Fw). Het lijkt er dus op dat er niet nog ontslagbesluiten van de bevoegde organen van de rechtspersonen (failliet of niet) waarvan de betreffende persoon bestuurder is, aan te pas behoeven te komen. De persoon is vanaf het moment dat het bestuursverbod effect heeft, bestuurder 'af'.²⁸

De griffier van de rechtbank, of in geval van hoger beroep, van het gerechtshof, biedt de onherroepelijke uitspraak waarin een bestuursverbod is opgelegd met bekwame spoed aan de Kamer van Koophandel aan, die terstond tot uitschrijving van de betrokken bestuurder uit het Handelsregister overgaat. Tevens wordt het bestuursverbod, voor de duur waarvoor het is opgelegd, geregistreerd bij het Handelsregister (art. 106b lid 3 Fw).²⁹ Doordat de uitspraak houdende oplegging van een bestuursverbod pas wordt geregistreerd in het Handelsregister als deze onherroepelijk is geworden, wordt voorkomen dat iemand naar achteraf blijkt ten onrechte met een bestuursverbod in het Handelsregister wordt geregistreerd, omdat hij in hoger beroep alsnog in het gelijk is gesteld. Daardoor zou hij onnodig in zijn persoonlijke levenssfeer worden geschaad en zou niet voldaan zijn aan de eis van proportionaliteit, aldus de toelichting.³⁰ Overigens wordt het voorgaande wel weer gerelativeerd doordat de rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot oplegging van een bestuursverbod aanhangig is, de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het OM of op vordering van de curator kan schorsen gedurende het geding, en deze schorsing voor de duur van de schorsing wordt ingeschreven in het Handelsregister (art. 106c lid 4-6 Fw, zie hierboven). De registratie van een opgelegde schorsing kan de betrokkene natuurlijk ook schade berokkenen als een bestuursverbod uiteindelijk niet wordt opgelegd.

Een onherroepelijk bestuursverbod heeft tot slot onder meer tot gevolg dat betrokkene niet langer bevoegd is de rechtspersoon te vertegenwoordigen (althans niet in hoedanigheid van bestuurder). Mede om die reden is het van belang dat de onherroepelijke uitspraak (zie hierboven) zo snel mogelijk wordt aangeboden aan het Handelsregister, dat als aangegeven 'terstond' moet overgaan tot uitschrijving van de betrokkene als bestuurder (art. 106b lid 3 Fw). Totdat de uitschrijving een feit is, kan een derde die met de betrokkene handelt, zich immers op de in het Handelsregister opgenomen feiten beroepen. De derde zal tot het moment van de uitschrij-

-
28. Zie ook MvT, toelichting art. 106b Fw, tiende alinea, waar te lezen staat dat '[d]oor de zinsnede "vormt het bestuursverbod voor betrokkene tevens een beletsel voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder" wordt bereikt dat de bestuurder niet langer als zodanig bij de hiervoor genoemde rechtspersonen kan fungeren. Los daarvan bestaat de vraag of en onder welke voorwaarden een rechtspersoon het dienstverband met betrokkene op een andere wijze dan als formeel of feitelijk bestuurder wil voortzetten. Dat is een arbeidsrechtelijke vraag waar dit wetsvoorstel niet in treedt. Dat is vooral een kwestie tussen de betrokken bestuurder en de betreffende rechtspersoon.'
29. Wij gaan er overigens van uit dat in de praktijk een bestuursverbod bij althans grotere ondernemingen hoe dan ook snel bekend zal worden en in een aantal gevallen ook bekend moet worden. Zo zal een bestuursverbod bij een beursgenoteerde onderneming ongetwijfeld koersgevoelige informatie opleveren, maar ook anderszins kan het gewenst of noodzakelijk zijn om ruchtbaarheid te geven aan een bestuursverbod.
30. MvT, Algemeen, paragraaf 6, derde alinea.

ving te goeder trouw zijn en er dus vanuit mogen gaan dat de bestuurder bevoegd is de rechtspersoon te vertegenwoordigen (tenzij hij uiteraard uit anderen hoofde weet heeft van de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de betrokkene). De rechtspersoon zal de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de betrokken bestuurder dan niet kunnen tegenwerpen aan de derde.³¹

4.3 CRD IV

4.3.1 Algemeen

Sinds kort hebben financiële toezichthouders in de EU de mogelijkheid aan natuurlijke personen werkzaam bij een bank of beleggingsonderneming een verbod op te leggen om ‘functies’ bij die instellingen te bekleden (‘functieverbod’). Deze mogelijkheid is opgenomen in art. 67 lid 2, aanhef, en onderdeel d van de *Capital Requirements Directive* (CRD IV).³² In Nederland is de bepaling geïmplementeerd in art. 1:87 Wet op het financieel toezicht (Wft).

Kort gezegd voorziet CRD IV (tezamen met de *Capital Requirements Regulation* (CRR)³³ en in antwoord op de financiële crisis) in strenge prudentiële regels voor banken en beleggingsondernemingen, in het bijzonder op het gebied van de hoogte en kwaliteit van door deze instellingen aan te houden kapitaalbuffers.³⁴ CRR is grotendeels sinds 1 januari 2014 van toepassing.³⁵ Omdat de CRR een verordening is, was implementatie in het Nederlandse recht niet nodig (en ook niet geoorloofd). CRD IV is een richtlijn en vergde uiteraard wel implementatie. Dit diende uiterlijk op 31 december 2013 te gebeuren.³⁶ De Nederlandse wetgever is er niet in geslaagd CRD IV tijdig te implementeren. De implementatieregelgeving is, met inbegrip van art. 1:87 Wft, per 1 augustus 2014 van kracht.³⁷

31. MvT, toelichting art. 106b Fw, elfde en twaalfde alinea. In de MvT wordt terecht opgemerkt, dat de betrokken bestuurder in beginsel onrechtmatig handelt jegens de rechtspersoon wanneer hij vertegenwoordigingshandelingen verricht terwijl hij vertegenwoordigingsonbevoegd is. De bestuurder kan voor de schade die de betrokken rechtspersoon hierdoor lijdt worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Zie MvT, toelichting art. 106b Fw, twaalfde alinea. Verder, als zich niet het in de hoofdttekst behandelde geval van opgewekte vertegenwoordigingsschijn voordoet en de derde door de onbevoegdheid van de bestuurder schade lijdt, dan is hij op grond van art. 3:70 BW schadeplichtig tegenover de derde (HR 26 juni 2009, NJ 2010/664, m.nt. Hijma, r.o. 3.4.2). Zie MvT, toelichting art. 106b, elfde alinea.

32. CRD IV luidt voluit: Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, *PbEU* 2013, L 176, p. 338-436.

33. CRR luidt voluit: Verordening (EU) 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) 648/2012, *PbEU* 2013, L 176, p. 1-337.

34. Zie over CRD IV en CRR recentelijk: B.P.M. Joosen, ‘Inwerkingtreding van CRR en CRD IV: de voltooiing van de Bazel III implementatie’, *FR* 2014, p. 63-75.

35. Zie art. 521 lid 2 CRR.

36. Zie art. 162 lid 1, tweede alinea, CRD IV.

37. Enkele uitzonderingen daargelaten. Zie voor de tekst van het deel van CRD IV dat geïmplementeerd is in de Wft: *Stb.* 2014, 253. Zie ook het Besluit uitvoering publicatieverplichtingen richtlijn kapitaalvereisten, gepubliceerd in *Stb.* 2014, 303. Zie voor de inwerkingtredingsdatum van de bepalingen uit CRD IV die in de Wft en het besluit zijn geïmplementeerd *Stb.* 2014, 304.

CRD IV regelt ook de sancties die kunnen worden opgelegd als de regels uit CRD IV niet worden nageleefd.³⁸ Het gaat hierbij niet alleen om bestuursrechtelijke sancties die kunnen worden opgelegd aan de instellingen zelf, maar ook om sancties die kunnen worden opgelegd aan natuurlijke personen werkzaam bij banken en beleggingsondernemingen. Een van de sancties in die laatste categorie is het ‘functieverbod’ van art. 67 lid 2, aanhef, en onderdeel d CRD IV/art. 1:87 Wft.³⁹ In het navolgende worden de doelstelling en de belangrijkste aspecten van het functieverbod behandeld.

4.3.2 Doelstelling

De doelstelling van het functieverbod is een andere dan die van het civielrechtelijk bestuursverbod. Het functieverbod is er niet op gericht faillissementsfraude te bestrijden, maar is er op gericht dat belangrijke voorschriften uit CRD IV en de CRR worden nageleefd, zodat banken en beleggingsondernemingen ook echt veiliger worden.⁴⁰ Het kunnen aanspreken van de instellingen zelf is natuurlijk mooi, maar uiteindelijk zijn het de natuurlijke personen werkzaam bij een bank of beleggingsonderneming die moeten zorgen dat de instelling ‘compliant’ is. Om nu te zorgen dat de leiding (en andere personen werkzaam bij de instelling) een stok achter de deur hebben CRD IV en CRR zo veel mogelijk na te leven, voorziet CRD IV onder meer in een mogelijkheid leidinggevend en anderen werkzaam bij de instelling die verantwoordelijk zijn voor een overtreding, een voorlopig verbod op te leggen om functies bij banken en beleggingsondernemingen te bekleden (art. 67 lid 2, aanhef, en onderdeel d CRD IV).⁴¹

4.3.3 ‘Trigger’-moment

Het functieverbod *kan* (niet: *moet*) worden opgelegd in de ‘in lid 1 bedoelde gevallen’ (art. 67 lid 2, aanhef, CRD IV). In art. 67 lid 1, aanhef, CRD IV staat vervolgens te lezen dat ‘dit artikel van toepassing is in ten minste elk van de volgende omstandigheden’. Daarna volgt een lijst met overtredingen (zie hierna). Omdat art. 67 lid 1, aanhef, CRD IV spreekt over toepasselijkheid van ‘dit artikel’ (i.e. art. 67 CRD IV) in ‘ten minste elk van de volgende omstandigheden’ en art. 67 lid 2, aanhef, CRD IV aangeeft dat het functieverbod kan worden opgelegd in de ‘in lid 1 bedoelde gevallen’, lijkt het er op dat de lidstaten bevoegd zijn om het functieverbod (en de

38. Zie art. 67 lid 2 CRD IV.

39. Andere sancties die volgens CRD IV aan natuurlijke personen kunnen worden opgelegd zijn: (1) een publieke verklaring waarin de voor de inbreuk verantwoordelijke natuurlijke persoon, instelling, alsook de aard van de inbreuk, worden aangewezen; (2) een bevel waarin wordt geëist dat de voor de inbreuk verantwoordelijke natuurlijke persoon het gedrag staakt en niet meer herhaalt; (3) administratieve geldboeten die oplopen tot € 5 000 000 of, in de lidstaten die niet de euro als munt hebben, het overeenkomstige bedrag in de nationale valuta op 17 juli 2013. Zie art. 67 lid 2 onderdeel a, b en f CRD IV.

40. Als een bank of beleggingsonderneming aansprakelijk blijkt voor een ernstige inbreuk op de nationale voorschriften tot uitvoering van Richtlijn 2005/60/EG tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, kan echter ook een functieverbod worden opgelegd, zie art. 67 lid 1 onderdeel o CRD IV. Zie nader hierna in de hoofdttekst.

41. Zie ook r.o. 35 CRD IV.

andere sancties genoemd in art. 67 lid 2 CRD IV) ook bij andere overtredingen dan genoemd in art. 67 lid 1 CRD IV op te leggen.

Hoe dan ook, het functieverbod moet in ieder geval opgelegd kunnen worden in elk van de volgende omstandigheden:

(1) een bank of beleggingsonderneming verkrijgt een vergunning door middel van een valse verklaring of op enige andere onregelmatige wijze;⁴²

(2) een bank of beleggingsonderneming verzuimt de bevoegde toezichthouder in strijd met art. 26 lid 1, eerste alinea, CRD IV in kennis te stellen van verwervingen of afstotingen van deelnemingen in haar kapitaal, waardoor deelnemingen stijgen boven of dalen onder de percentages als bedoeld in art. 22 lid 1 of art. 25 CRD IV;⁴³

(3) een op een gereguleerde markt genoteerde bank of beleggingsonderneming verzuimt de bevoegde toezichthouder in strijd met art. 26 lid 1, tweede alinea, CRD IV minstens eens per jaar in kennis te stellen van de identiteit van aandeelhouders en vennoten die gekwalificeerde deelnemingen bezitten, alsmede van de omvang van de deelnemingen;⁴⁴

(4) een bank of beleggingsonderneming beschikt niet over de governanceregelingen die overeenkomstig de nationale voorschriften voor de omzetting van art. 74 CRD IV door de bevoegde toezichthouder worden geëist;⁴⁵

(5) een bank of beleggingsonderneming verzuimt de bevoegde toezichthouder informatie te verstrekken, dan wel verstrekt onvolledige of onjuiste informatie over:

- (a) de naleving van de eigenvermogensnormen bedoeld in art. 92 en 99 CRR;⁴⁶
- (b) de blootstelling aan onroerendgoedmarkten als bedoeld in art. 101 CRR;⁴⁷
- (c) een grote risicoblootstelling als bedoeld in art. 394 lid 1 CRR;⁴⁸
- (d) de liquiditeit als bedoeld in art. 415 lid 1 en 2 CRR;⁴⁹
- (e) de hefboomratio als bedoeld in art. 430 lid 1 CRR;⁵⁰

(6) een bank of beleggingsonderneming verzuimt herhaaldelijk of gedurig liquide activa aan te houden in strijd met art. 412 CRR;⁵¹

(7) een bank of beleggingsonderneming heeft een blootstelling die kredietrisicolimieten bedoeld in art. 395 CRR overschrijdt;⁵²

42. Art. 67 lid 1 onderdeel a CRD IV.

43. Art. 67 lid 1 onderdeel b CRD IV.

44. Art. 67 lid 1 onderdeel c CRD IV.

45. Art. 67 lid 1 onderdeel d CRD IV.

46. Art. 67 lid 1 onderdeel e CRD IV.

47. Art. 67 lid 1 onderdeel f CRD IV.

48. Art. 67 lid 1 onderdeel g CRD IV.

49. Art. 67 lid 1 onderdeel h CRD IV.

50. Art. 67 lid 1 onderdeel i CRD IV.

51. Art. 67 lid 1 onderdeel j CRD IV.

52. Art. 67 lid 1 onderdeel k CRD IV.

(8) een bank of beleggingsonderneming is blootgesteld aan het kredietrisico van een securitisatiepositie zonder te voldoen aan de voorwaarden gesteld in art. 405 CRR;⁵³

(9) een bank of beleggingsonderneming verzuimt de informatieplichten bedoeld in art. 431 lid 1-3 CRR of art. 451 lid 1 CRR tegenover de markt na te komen, dan wel verstrekt ter zake onvolledige of onjuiste informatie;⁵⁴

(10) een bank of beleggingsonderneming verricht betalingen aan houders van in het eigen vermogen van de bank of beleggingsonderneming opgenomen instrumenten in strijd met art. 141 CRD IV of in gevallen waarin dergelijke betalingen zijn verboden op grond van art. 28, 51 en 63 CRR;⁵⁵

(11) een bank of beleggingsonderneming blijkt aansprakelijk voor een ernstige inbreuk op de nationale voorschriften tot uitvoering van Richtlijn 2005/60/EG tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme;⁵⁶

(12) een bank of beleggingsonderneming laat het toe dat een persoon die niet voldoet aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen bedoeld in art. 91 CRD IV lid wordt of blijft van het leidinggevend orgaan.^{57,58}

Bij de oplegging van een functieverbod bestaat altijd beleidsvrijheid ('kan'-bepaling).⁵⁹ Op deze plaats zij alvast opgemerkt dat dit een interessant verschil oplevert met de betrouwbaarheidstoetsing van beleidsbepalers (en anderen) binnen de Nederlandse financiële sector. Thans bestaat op dit punt niet altijd beleidsvrijheid.

53. Art. 67 lid 1 onderdeel l CRD IV.

54. Art. 67 lid 1 onderdeel m CRD IV.

55. Art. 67 lid 1 onderdeel n CRD IV.

56. Art. 67 lid 1 onderdeel o CRD IV.

57. 'Leidinggevend orgaan' wordt gedefinieerd in art. 3 lid 1 onderdeel 7 CRD IV: 'het (de) overeenkomstig nationaal recht aangewezen orgaan (organen) van een instelling welke de bevoegdheid hebben de strategie, doelstellingen en de algemene richting van de instelling vast te stellen, en welke toezicht houden op de bestuurlijke besluitvorming en deze controleert, met inbegrip van de personen die het beleid van de instelling daadwerkelijk bepalen.' Hieronder vallen dus zowel bestuurders als commissarissen.

58. Art. 67 lid 1 onderdeel p CRD IV.

59. Een financiële toezichthouder heeft *beleidsvrijheid* wanneer hij op basis van de aan hem toekomende beoordelingsvrijheid heeft vastgesteld dat aan de wettelijke voorwaarde(n) voor bevoegdheidsuitoefening is voldaan en het aan hemzelf is overgelaten of, en zo ja wanneer en op welke wijze hij van een of meer van de hem bij wettelijk voorschrift toegekende bevoegdheden gebruik maakt. Deze beleidsvrijheid impliceert ook de vrijheid om ervan af te zien de desbetreffende bevoegdheid uit te oefenen wanneer de voorwaarden voor uitoefening wel zijn vervuld. Dat in verband met de uitoefening van bepaalde bevoegdheden sprake is van beleidsvrijheid blijkt onder meer uit de omstandigheid dat het om een 'kan'-bepaling gaat. In lijn hiermee is art. 1:87 Wft (dat in Nederland de implementatie vormt van het functieverbod) geformuleerd als een 'kan'-bepaling. Weliswaar is in het document 'Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank' d.d. 10 juli 2008 (*Stirt.* 2008, 132, p. 30 en te downloaden via www.afm.nl en www.dnb.nl) en in een op 16 mei 2011 gepubliceerde toelichting met praktijkvoorbeelden (eveneens te downloaden via www.afm.nl en www.dnb.nl) enigszins inzichtelijk gemaakt wanneer de financiële toezichthouders welk handhavingsmiddel normaal gesproken zullen inzetten, maar dan nog hebben de AFM en DNB een zekere beleidsvrijheid. Overigens kan het per 4 november 2014 ook zo zijn dat de ECB bevoegd is een functieverbod op te leggen, zie nader paragraaf 4.3.5, hierna.

Bepaalde overtredingen leiden automatisch tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel. Zie nader paragraaf 4.5 hierna.

In Nederland is het opleggen van een functieverbod gekoppeld aan de overtreding van een voorschrift, gesteld bij of krachtens Deel 3 van de Wft (Prudentieel toezicht financiële ondernemingen) of de CRR, mits de overtreding is gerangschikt in de derde boetecategorie, bedoeld in art. 1:81 lid 2 Wft. In art. 1:81 lid 2 Wft staat te lezen dat het basisbedrag in de derde boetecategorie € 2 000 000 bedraagt. Het minimumbedrag in deze categorie is € 0 en het maximumbedrag is € 4 000 000. In verband met de implementatie van CRD IV⁶⁰ zijn aan art. 81 Wft drie nieuwe leden toegevoegd (lid 3-5). Art. 81 lid 3 Wft bepaalt, dat in afwijking van het tweede (en het eerste) lid de toezichthouder de hoogte van de bestuurlijke boete voor een overtreding die is gerangschikt in de derde categorie, indien deze wordt opgelegd aan een bank of aan een beleggingsonderneming in de zin van de CRR, kan vaststellen op ten hoogste € 5 000 000, of, indien de bank of beleggingsonderneming een rechtspersoon is en indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet in het voorafgaande boekjaar.⁶¹

Voor een juiste implementatie van het functieverbod zou de koppeling van het functieverbod aan de overtreding van regels gesteld bij of krachtens Deel 3 van de Wft of de CRR die gerangschikt zijn in de derde boetecategorie, ertoe moeten leiden dat het functieverbod *in ieder geval* (zie hierboven) kan worden opgelegd in de gevallen opgesomd in art. 67 lid 1 CRD IV. Dat lijkt inderdaad het geval te zijn. Zie art. 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (inbreuken op relevante implementatiebepalingen uit CRD IV) en art. 5 jo. Bijlage 2 Besluit EU-verordeningen (inbreuken op relevante bepalingen uit CRR).

Maar de lijst van art. 67 lid 1 CRD IV bevat ook overtredingen van bepalingen die niet in Deel 3 Wft zijn geïmplementeerd, dan wel in uitvoeringsregelingen daarvan, en ook niet zijn opgenomen in CRR. Art. 67 lid 1 onderdeel o CRD IV noemt namelijk het geval dat een bank of beleggingsonderneming aansprakelijk blijkt voor een ernstige inbreuk op de nationale voorschriften tot uitvoering van Richtlijn 2005/60/EG tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. En die richtlijn is elders geïmplementeerd, te weten in de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (WWFT). Doordat art. 1:87 Wft voor het opleggen van het functieverbod aanknoopt bij overtreding van bepalingen bij of krachtens Deel 3 van de Wft, kan het functieverbod anders dan CRD IV voorschrijft op het eerste gezicht dus niet worden opgelegd voor een ernstige inbreuk op bepalingen uit de WWFT. Dit is evenwel opgelost door in een nieuw art. 28a WWFT voor zover hier relevant te bepalen dat in geval van een overtreding die is gerangschikt in de derde boetecategorie, bedoeld in art. 28 lid 3 WWFT, begaan door een bank of beleggingsonderneming in de zin van de CRR, art. 1:87 Wft van overeenkomstige toepassing is.

60. Meer precies: in verband met de implementatie van art. 66 lid 2 onderdeel c en d en art. 67 lid 2 onderdeel e en f CRD IV. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33849, 3, p. 32-33.

61. Zie voor de berekening van de omzet art. 1:81 lid 4 en 5 Wft.

4.3.4 Reikwijdte

Het civielrechtelijk bestuursverbod kan alleen opgelegd worden aan (gewezen) bestuurders en (gewezen) feitelijk beleidsbepalers van Nederlandse rechtspersonen. Het functieverbod is zowel breder als beperkter.

Het verbod is *breder* omdat het verbod niet alleen kan worden opgelegd aan ‘een lid van het leidinggevend orgaan’ (bestuurders en commissarissen),⁶² maar ook aan ‘enigerlei andere natuurlijke persoon’, steeds indien de betreffende persoon voor de inbreuk ‘verantwoordelijk kan worden gehouden’. Gelet op de inbreuken die als ‘trigger’-event fungeren voor het opleggen van het functieverbod, lijkt de maatregel vooral te kunnen worden opgelegd aan leidinggevendenden binnen de organisatie, in het bijzonder de leden van het leidinggevend orgaan en de directie/het hogere management.⁶³ ‘Verantwoordelijk worden gehouden’ is enigszins vaag. De Nederlandse wetgever heeft er in art. 1:87 Wft dan ook voor gekozen dit te preciseren en te spreken over situaties waarin een natuurlijke persoon een overtreding begaat, dan wel, indien de rechtspersoon de overtreding begaat, een natuurlijk persoon die tot de betrokken gedraging opdracht heeft gegeven dan wel daaraan feitelijk leiding heeft gegeven. Feitelijk leidinggeven is natuurlijk ook een weerbarstig leerstuk, maar het voorziet in elk geval in enige precisering.⁶⁴ Het functieverbod is ook *breder* dan het civielrechtelijk bestuursverbod omdat het verbod uiteraard geïmplementeerd moet zijn in alle lidstaten van de EU, al geldt art. 1:87 Wft natuurlijk alleen in Nederland. Het verbod is weer *beperkter* dan het civielrechtelijk bestuursverbod, omdat het alleen kan worden opgelegd aan personen werkzaam bij een bank of een beleggingsonderneming.

Overigens is het vreemd dat een regeling vergelijkbaar met CRD IV niet geldt voor personen werkzaam bij verzekeraars. Het is gelet op de sectorale opzet van de EU-richtlijnen natuurlijk begrijpelijk dat CRD IV niet voor verzekeraars geldt, maar ook zij moeten aan strenge regels ter zake van kapitaalbuffers voldoen op grond van een andere EU-richtlijn, te weten (thans) *Solvency I* en (straks) *Solvency II*. Gelijke monniken, gelijke kappen, zou men zeggen. En wellicht dat het functieverbod ook

62. Zie voor de definitie van ‘leidinggevend orgaan’ voetnoot 57 hierboven.

63. ‘Directie’ is een gedefinieerde term, zie art. 3 lid 1 onderdeel 9 CRD IV: ‘de natuurlijke personen die binnen een instelling uitvoerende functies vervullen en die aan het leidinggevend orgaan verantwoording en rekenschap moeten afleggen voor het dagelijks bestuur van de instelling’. In de BRRD wordt ‘directie’ juist weer ‘hogere management’ genoemd, en wordt gedefinieerd door te verwijzen naar de definitie van ‘directie’ in art. 3 lid 1 onderdeel 9 CRD IV. Zie definitie ‘hogere management’ in art. 2 lid 1 onderdeel 25 BRRD.

64. Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33849, 3, p. 33-34: ‘De maatregel [van art. 1:87 Wft, *DB & AvdH*] kan worden opgelegd aan een bredere kring van personen dan alleen de ondernemer, de bestuurder of degene die het dagelijks beleid binnen de ondernemer bepalen. Art. 67, tweede lid, onderdeel d, dat hier wordt geïmplementeerd, spreekt immers van “enigerlei andere persoon die voor de inbreuk verantwoordelijk kan worden gehouden.” In aanvulling op genoemde categorieën kan in dat licht met name worden gedacht aan degenen die feitelijk leiding hebben gegeven aan het begaan van de overtreding. Voor de invulling in de wet van het criterium in de richtlijn van verantwoordelijkheid van natuurlijke personen voor de overtreding is daarom mede aangesloten bij het derde lid van artikel 5:1 Awb, dat, met overeenkomstige toepassing van art. 51 van het Wetboek van Strafvordering, voorziet in sanctionering ter zake van een overtreding die is gepleegd door een rechtspersoon, van degene die tot de betrokken gedraging opdracht hebben gegeven of daar feitelijk leiding aan hebben gegeven.’

elders in de financiële sector nuttig zou kunnen zijn. Wij denken aan beheerders en bewaarders van beleggingsinstellingen, pensioenfondsen, enz. Want gaat het er niet in bredere zin om dat de toezichtregels worden nageleefd en natuurlijke personen die deze regels overtreden voor enige tijd uit de financiële sector kunnen worden geweerd? In alle gevallen zijn het uiteindelijk de natuurlijke personen achter de instelling die aan de touwtjes trekken, in het bijzonder de hoogste leiding en het hogere management. Zij hebben het uiteindelijk in hun macht de regels zo veel mogelijk na te leven. In alle gevallen dat het om naleving van belangrijke toezichtregels gaat, zou het daarom nuttig kunnen zijn een regeling vergelijkbaar met de regeling uit CRD IV te hebben. Al moet worden toegegeven dat de geschiktheids- en de betrouwbaarheidstoets tot vergelijkbare resultaten kan leiden. Zie paragraaf 4.5 van dit preadvies.

4.3.5 Bevoegdheid oplegging

Welke toezichthouder is in Nederland bevoegd tot oplegging van een functieverbod? Vooralsnog is dat uitsluitend DNB. Zeer binnenkort zal echter een belangrijke verschuiving plaatsvinden. Vanaf 4 november 2014 gaat de Europese Centrale Bank (ECB) in het kader van het *Single Supervisory Mechanism* (SSM) — een belangrijke pijler van de Europese bankenunie — rechtstreeks prudentieel toezicht houden op, kort gezegd, de grootste en meest internationale banken binnen de Eurozone,⁶⁵ een en ander zodra de ECB de zogenaamde *comprehensive assessment*⁶⁶ van de banken in kwestie heeft voltooid (*asset quality review* of AQR en een *stress test*).⁶⁷ De ECB houdt overigens alleen prudentieel toezicht op banken voor zover dit is terug te voeren op Unierecht, denk in het bijzonder aan toezicht op de naleving van CRD IV en de CRR.⁶⁸ Dit heeft tot gevolg dat de ECB in zoverre wordt aangemerkt als prudentieel toezichthouder op de grootste en meest internationale banken naar het nationale recht van de lidstaten. In Nederland brengt dit mee dat de ECB alle bevoegdheden mag uitoefenen die DNB krachtens Unierecht heeft.⁶⁹ Hierdoor wordt de ECB ook

65. Zie art. 6 lid 4 Verordening (EU) 1024/2013 van 15 oktober 2013 waarbij de Europese Centrale Bank specifieke taken wordt opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, *PbEU* 2013, L 287, p. 63-89 (SSM-Verordening). Ongeacht de omvang of systeemrelevantie van de betreffende instelling blijft de ECB echter verantwoordelijk voor (1) het verstrekken en intrekken van bankvergunningen en (2) de beoordeling van kennisgevingen van verwervingen en afstotingen van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen (uitgezonderd bij de afwikkeling van banken). Zie art. 4 lid 1 onderdeel a en c en art. 6 lid 4 SSM-Verordening. Momenteel zijn achttien lidstaten onderdeel van de Eurozone: (1) België, (2) Cyprus, (3) Duitsland, (4) Estland, (5) Finland, (6) Frankrijk, (7) Griekenland, (8) Ierland, (9) Italië, (10) Letland, (11) Luxemburg, (12) Malta, (13) Nederland, (14) Oostenrijk, (15) Portugal, (16) Slovenië (17) Slowakije, (18) Spanje. Andere lidstaten dan lidstaten die onderdeel uitmaken van de Eurozone kunnen overigens besluiten tot een nauwe samenwerking met de ECB voor het doel van prudentieel toezicht. Het gevolg daarvan is dat de grootste en meest internationale banken in zo'n andere lidstaat eveneens onder rechtstreeks prudentieel toezicht van de ECB komen te vallen. In de SSM-Verordening worden alle lidstaten die participeren in het SSM 'deelnemende lidstaat' genoemd. Zie de definitie van 'deelnemende lidstaat' in art. 2 onderdeel 1 SSM-Verordening: 'een lidstaat die de euro als munt heeft of een lidstaat die niet de euro als munt heeft en die een nauwe samenwerking overeenkomstig artikel 7 is aangegaan.'

66. Zie www.ecb.europa.eu/ssm/assessment/html/index.en.html.

67. Zie art. 4 lid 1 en 2 en art. 5 lid 2 SSM-Verordening voor een uitwerking van de diverse prudentiële taken die de ECB gaat uitoefenen.

68. Zie art. 4 lid 3, eerste alinea, SSM-Verordening.

69. Zie art. 9 lid 1, eerste en tweede alinea, SSM-Verordening.

bevoegd een functieverbod op te leggen aan personen werkzaam bij banken gevestigd in Nederland. De ECB zal dat doen door art. 1:87 Wft toe te passen.

Let wel: de ECB wordt alleen prudentieel toezichthouder op de grootste en meest internationale *banken*, geen prudentieel toezichthouder op de grootste en meest internationale *beleggingsondernemingen* (die niet tevens bank zijn). Dit betekent, dat de ECB geen functieverbod zal kunnen opleggen aan een persoon die werkzaam is bij een beleggingsonderneming (en niet mede werkzaam is bij een bank) — die bevoegdheid blijft voorbehouden aan DNB.⁷⁰

En er is meer. Eerder gaven wij aan dat art. 1:87 Wft in art. 28a WWFT van overeenkomstige toepassing is verklaard om het ertoe te leiden dat — conform art. 67 lid 2 onderdeel o CRD IV — ook een functieverbod kan worden opgelegd als sprake is van een ernstige inbreuk op bepalingen uit de WWFT. Deze overeenkomstige vantoepassingverklaring van art. 1:87 Wft leidt er evenwel niet toe dat de ECB een functieverbod kan opleggen aan een persoon werkzaam bij een grote en/of internationale bank gevestigd in Nederland wegens een ernstige inbreuk op bepalingen uit de WWFT. De ECB houdt immers alleen *prudentieel* toezicht op de grootste en meest internationale banken en houdt geen toezicht op de naleving van regelgeving met betrekking tot het *witwassen en voorkomen van de financiering van terrorisme*. Deze bevoegdheid komt onverkort toe aan DNB.⁷¹ Wel kan de ECB, voor zover dit noodzakelijk is om haar prudentiële taken te verrichten zoals toegekend in de SSM-Verordening, DNB instrueren eigen bevoegdheden uit te oefenen.⁷² Dit zou ertoe kunnen leiden dat de ECB bij een ernstige inbreuk op bepalingen uit de WWFT aan DNB een instructie kan geven om een functieverbod ex art. 1:87 Wft op te leggen — mits dit uiteraard noodzakelijk is voor de verrichting van de prudentiële taken toegekend aan de ECB.

De andere, minder belangrijke, banken binnen de Eurozone blijven onder prudentieel toezicht staan van de nationale toezichthouders (in Nederland: DNB), die vervolgens (evenals de ECB) prudentieel toezicht moeten houden op basis van het *Single Rule Book* (CRD IV en CRR).⁷³ Kortom, in die gevallen zal DNB steeds zelf een functieverbod kunnen opleggen. Niettemin, de ECB is altijd bevoegd ook het prudentieel toezicht op deze andere banken rechtstreeks te gaan uitoefenen 'als dit nodig is voor een consistente toepassing van hoge toezichtsnormen'.⁷⁴ Alsdan zou de ECB ook bevoegd zijn om door toepassing van art. 1:87 Wft een functieverbod op te leggen aan een persoon werkzaam bij een minder belangrijke bank. *Mogelijk*

70. Tenzij het gaat om beleggingsondernemingen die onder het geconsolideerd toezicht van de ECB vallen, zie art. 4 lid 1 onderdeel g SSM-Verordening.

71. Ook Spoor en Fleuren zijn van mening dat de ECB niet bevoegd wordt met betrekking tot (o.a.) het toezicht op de naleving van regelgeving met betrekking tot het witwassen en voorkomen van de financiering van terrorisme en dat deze bevoegdheid onverkort bij de bevoegde nationale toezichthouders blijft. Zie N.B. Spoor & B.M.H. Fleuren, 'De Bankenunie — rechtsbescherming bij het Single Supervisory Mechanism', *FR* 2013, p. 233-237 (hierna: Spoor/Fleuren, *FR* (2013)), op p. 234 (l.k.). DNB is ten aanzien van banken en beleggingsondernemingen de bevoegde toezichthouder in verband met het toezicht op de naleving van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Zie art. 1 onderdeel a Aanwijzingsbesluit toezichthouders WWFT jo. art. 1 onderdeel a onder 1° en onder 6° WWFT.

72. Art. 9 lid 1, derde alinea, SSM-Verordening.

73. Art. 6 lid 4 SSM-Verordening.

74. Art. 6 lid 5 onderdeel b SSM-Verordening.

kan de ECB, voor zover dit noodzakelijk is om haar prudentiële taken te verrichten zoals toegekend in de SSM-Verordening, DNB ook instrueren een functieverbod op te leggen aan een minder belangrijke bank.⁷⁵

4.3.6 Rechtsbescherming

In de vorige paragraaf hebben we gezien dat de oplegging van een functieverbod anders dan de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod niet door de civiele rechter geschiedt, maar door de bevoegde toezichthouder, in Nederland de ECB of DNB. Het functieverbod wordt dus langs de weg van het bestuursrecht geëffectueerd. Het is de vraag wat dat in deze context precies betekent voor de rechtsbescherming die een persoon geniet aan wie een functieverbod is opgelegd.

Om te beginnen: als de ECB een functieverbod ex art. 1:87 Wft oplegt, is dan ons nationale bestuursrecht van toepassing, het Europees bestuursrecht of een combinatie van beiden? Over het antwoord op deze vraag bestaat enige onduidelijkheid. Wij zouden willen bepleiten dat primair het Europees bestuursrecht van toepassing is, maar dat daarnaast ook elementen van ons nationale bestuursrecht van toepassing zijn. Het opleggen van een functieverbod ex art. 1:87 Wft door de ECB is en blijft immers een besluit van de ECB. Tegen besluiten van de ECB kan bezwaar worden ingesteld bij de Administratieve Raad voor Toetsing en vervolgens beroep bij het HvJ EU.⁷⁶ Het lijkt aannemelijk dat de ECB bij het uitvoeren van de bevoegdheden van de nationale toezichthouders ook onderworpen is aan althans bepaalde verplichtingen van deze toezichthouders onder nationaal recht. Hierbij kan bijvoorbeeld

75. *Mogelijk*, want het is niet helemaal duidelijk hoe art. 9 lid 1, derde alinea, SSM-Verordening moet worden geïnterpreteerd. De ECB kan, voor zover noodzakelijk om haar bij de SSM-Verordening opgedragen taken te verrichten, nationale autoriteiten bij wijze van instructie verzoeken hun eigen bevoegdheden uit te oefenen krachtens en volgens de in de nationale wetgeving bepaalde voorwaarden, 'wanneer die bevoegdheden niet [curs. DB & AvdH] bij [de SSM-Verordening] aan de ECB zijn toegekend' (art. 9 lid 1, derde alinea, SSM-Verordening). De ECB kan de bevoegdheden uit hoofde van de Nederlandse implementatie van het functieverbod echter strikt genomen ook zelf uitoefenen als het gaat om de kleinere banken in de Eurozone, te weten door het prudentieel toezicht op deze banken naar zich toe te trekken 'als dit nodig is voor een consistente toepassing van hoge toezichtsnormen' (art. 6 lid 5 onderdeel b SSM-Verordening, zie hoofdtekst). In zoverre kan men stellen dat de ECB *juist wel* de bevoegdheid heeft om de Nederlandse implementatie van het functieverbod zelf uit te oefenen, ook als het gaat om de kleinere banken in de Eurozone. Als DNB niet uit zichzelf over gaat tot toepassing van het functieverbod, kan men stellen dat het kennelijk nodig is voor de ECB om het toezicht op de betreffende kleinere bank binnen de Eurozone naar zich toe te trekken om een consistente toepassing van hoge toezichtsnormen te waarborgen. Het aannemen van een instructiebevoegdheid zou in dit soort gevallen dan strikt genomen niet nodig zijn. De vraag is echter of dit de meest wenselijke interpretatie is. Wij menen van niet. De ECB zit er ongetwijfeld niet op te wachten het gehele prudentiële toezicht op de betrokken kleinere bank over te nemen van DNB, enkel omdat DNB niet uit zichzelf over gaat tot toepassing van het functieverbod uit CRD IV. Het aannemen van een instructiebevoegdheid in dit soort gevallen zou ons inziens tot een proportioneler resultaat leiden.

76. Art. 24 lid 1-10 SSM-Verordening (bezwaar bij de Administratieve Raad voor Toetsing); art. 24 lid 11 SSM-Verordening jo. art. 263 VWEU (beroep bij HvJ EU). Spoor/Fleuren, *FR* (2013) laten in het midden of de nationale bestuursrechter dan wel het HvJ EU in dit soort gevallen rechtsmacht heeft (p. 235-236). W.H. Bovenschen e.a., 'Europees banktoezicht (SSM). Juridische en praktische perspectieven', *NtEr* (2013) (hierna: Bovenschen e.a., *NtEr* (2013)) geven de voorkeur aan de visie dat het HvJ EU in dit soort gevallen rechtsmacht heeft (p. 368). In die zin ook T.M.C. Arons, 'Judicial Protection of Supervised Credit Institutions in the European Banking Union', § 2, in: D. Busch & G. Ferrarini (eds.), *European Banking Union*, Oxford: OUP 2015 [nog te verschijnen] (hierna: Arons (2015)).

beeld gedacht worden aan termijnen die volgens het Nederlands bestuursrecht gelden voor de beslissing op een aanvraag of bepalingen omtrent de bekendmaking van besluiten.⁷⁷

Voorts, als de ECB aan DNB een instructie geeft om een functieverbod op te leggen aan een persoon werkzaam bij een grote en/of internationale bank gevestigd in Nederland wegens een ernstige inbreuk op bepalingen uit de WWFT, heeft de betreffende persoon dan alleen rechtsbescherming tegen het opleggen van het functieverbod door DNB bij de Nederlandse bestuursrechter of heeft betrokkene ook de mogelijkheid op te komen tegen de door de ECB gegeven instructie aan het adres van DNB bij het HvJ EU? En in hoeverre werkt het Europese bestuursrecht door in het nationale bestuursrecht? Ook over het antwoord op deze vragen bestaat enige onduidelijkheid.⁷⁸

Tot slot kan het functieverbod ex art. 1:87 Wft opgelegd worden door DNB zelf (zonder dat daar een instructie van de ECB aan ten grondslag ligt). In dat geval lijkt het wat ons betreft weinig twijfel dat uitsluitend het Nederlandse bestuursrecht van toepassing is.⁷⁹ In dat geval geldt het volgende. In het Nederlandse bestuursrecht is de rechtsbescherming vooral *ex post*. De betrokkene kan voorafgaand aan het opleggen van het functieverbod weliswaar zijn zienswijze geven over het ontwerpbesluit (art. 4:8 Awb),⁸⁰ maar ten overstaan van de toezichthouder die de maatregel van plan is op te leggen. Dat is toch heel wat anders dan een civiele procedure ten overstaan van een echt onafhankelijke rechter, zoals dit het geval is voorafgaand aan het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod. De persoon aan wie het functieverbod is opgelegd, kan bezwaar maken bij DNB. In de praktijk haalt het maken van bezwaar weinig uit en zal de bezwaarfase door DNB vooral worden benut om de motivering nog wat aan te vullen, te wijzigen of aan te scherpen. De echte bescherming bestaat uit de beroepsmogelijkheid bij de Rechtbank Rotterdam en in hoger beroep bij (vooralsnog) het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) (straks de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, ABRvS).⁸¹

Mede gelet op de hierboven gesignaleerde onzekerheid over het antwoord op de vraag of Europees bestuursrecht een rol speelt, en zo ja welke, ingeval de ECB een functieverbod oplegt of indien de ECB aan DNB een instructie geeft om een functieverbod op te leggen, beperken wij ons in het vervolg van deze paragraaf tot de gevolgen van een functieverbod volgens Nederlands bestuursrecht.

77. Vgl. Spoor/Fleuren, *FR* (2013), op p. 235 (r.k.). Al moet worden toegegeven dat de algemene regel van art. 4 lid 3 SSM-Verordening niet zonder meer tot de conclusie leidt dat de ECB aan nationale regels is gebonden.

78. Zie hierover: Spoor/Fleuren, *FR* (2013), p. 236; Bovenschen e.a., *NtEr* (2013), p. 367-368; Arons (2015), § 2.

79. Vgl. Spoor/Fleuren, *FR* (2013), p. 236.

80. Naar Europees bestuursrecht is het overigens niet veel anders. De persoon tegen wie het besluit gericht is moet in principe gehoord worden voordat de ECB het besluit neemt, zie art. 22 lid 1, eerste alinea, SSM-Verordening.

81. Het Cbb en de Centrale Raad van Beroep (CrvB) worden op termijn opgeheven. In ieder geval de rechtsmacht van het Cbb zal volgens het kabinet kunnen overgaan op de ABRvS. Het streven is erop gericht in de loop van 2014 een wetsvoorstel in consultatie te brengen. Zie de brief d.d. 26 juni 2014 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer (kenmerk 2014-000329747).

Voor het civielrechtelijk bestuursverbod geldt dat dit pas effect heeft op het moment dat de uitspraak kracht van gewijsde heeft gekregen (art. 106b lid 1 Fw). Het instellen van hoger beroep of cassatie heeft dus schorsende werking. Een uitvoerbaar bij voorraadverklaring is niet mogelijk (art. 106b lid 6 Fw). Het opleggen van een functieverbod op grond van CRD IV zal volgens Nederlands bestuursrecht een besluit in de zin van de Awb zijn. Hiervoor geldt dat het aantekenen van bezwaar, beroep en hoger beroep juist geen schorsende werking heeft, tenzij in een wettelijk voorschrift anders is bepaald (art. 6:16 en 6:24 Awb). Voor deze bevoegdheid is echter niet anders bepaald. Schorsende werking van het instellen van bezwaar of beroep zou zich ook slecht verdragen met de aard van de maatregel, die in geval van een ernstige overtreding onmiddellijk van kracht moet worden om effectief te kunnen zijn, aldus de toelichting op art. 1:87 Wft. Betrokkene kan natuurlijk wel een kort geding aanspannen tegen de toezichthouder die de maatregel heeft opgelegd en verzoeken om opschorting van de maatregel.⁸² Maar als hoofdregel geldt dus dat het besluit inhoudende de oplegging van het functieverbod onmiddellijke werking heeft. Ook in dit opzicht is de rechtsbescherming dus een tandje minder dan bij de oplegging van het civielrechtelijk bestuursverbod. Overigens wordt dit verschil in rechtsbescherming gerelativeerd doordat de rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aanhangig is, de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het OM of op vordering van de curator kan schorsen gedurende het geding, en deze schorsing voor de duur van de schorsing wordt ingeschreven in het Handelsregister (art. 106c lid 4-6 Fw). Hoe dan ook: het verbod ex art. 1:87 Wft mag dan onmiddellijke werking hebben, het verbod heeft alleen bestuursrechtelijk effect en geen effect in het privaatrecht, zoals het civielrechtelijk bestuursverbod. Zie nader de volgende paragraaf.

4.3.7 Gevolgen

Zoals in paragraaf 4.3.4 al werd aangegeven, het functieverbod kan niet alleen worden opgelegd aan 'een lid van het leidinggevend orgaan', maar ook aan 'enigerlei andere natuurlijke persoon' die voor een inbreuk 'verantwoordelijk wordt gehouden'. Het verbod zelf heeft echter een (nog) ruimere werking. Het gevolg van het opleggen van een functieverbod is dat betrokkene geen 'functies' meer bij banken en beleggingsondernemingen mag bekleden. Dat wil zeggen, de betrokken persoon mag niet alleen niet langer bestuurder zijn, maar mag in het geheel geen functies meer bekleden binnen een bank of beleggingsonderneming. Dit lijkt dus de gehele organisatie te beslaan, van hoog tot laag.

Interessant is dat art. 1:87 Wft uitgaat van een nog bredere werking van het verbod. Art. 1:87 Wft bepaalt immers dat de toezichthouder een persoon niet alleen de bevoegdheid kan ontzeggen om functies uit te oefenen bij banken of beleggingsondernemingen, maar ook om functies uit te oefenen bij andere ondernemingen binnen de groepen waarvan deze deel uitmaken. Stel dus dat een groep naast banken en beleggingsondernemingen ook een verzekeraar telt, dan mag de betrokken persoon ook niet langer functies bij die verzekeraar vervullen. Dit om ontwij-

82. Kamerstukken II 2013/14, 33849, 3, p. 34.

king van het verbod te voorkomen, aldus de toelichting.⁸³ Deze benadering doet minstens de volgende twee vragen rijzen. Ten eerste is het gelet op het maximum-harmonisatiekarakter van CRD IV de vraag of de Nederlandse wetgever wel bevoegd is het verbod op eigen houtje uit te breiden. Ten tweede werkt de maatregel eigenlijk niet. Een persoon mag dan weliswaar ook geen functies meer bekleden bij andere entiteiten dan banken en beleggingsondernemingen binnen de groep, zoals verzekeraars, maar hij mag strikt genomen wel bij bijvoorbeeld een verzekeraar buiten de groep gaan werken, mits die verzekeraar maar geen onderdeel uitmaakt van een groep die banken en/of beleggingsondernemingen telt.

Overigens geldt ook bij bijvoorbeeld verzekeraars dat benoeming in een beleidsbepalende functie vooraf wordt gegaan door geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing door DNB. Een persoon die onderworpen is aan een nog lopend functieverbod zal vrijwel zeker niet betrouwbaar worden bevonden door DNB. Ook aan de geschiktheid kan worden getwijfeld, omdat het functieverbod opgelegd kan worden voor overtredingen van toezichtregelgeving – en wie sectorspecifieke toezichtregels overtreedt, is ook niet geschikt, zo kan men redeneren. Ofschoon het functieverbod formeel alleen geldt voor functies bij banken en beleggingsondernemingen (en volgens de Nederlandse implementatie ook voor functies bij andere ondernemingen binnen de groepen waarvan deze deel uitmaken) zal een opgelegd functieverbod voor personen die aan toetsing zijn onderworpen *de facto* erin kunnen resulteren dat zij binnen de financiële sector geen functies meer kunnen uitoefenen waaraan een toetsing door de toezichthouder vooraf gaat (of dit nu DNB, de AFM of de ECB is, of een toezichthouder elders binnen de EU). Voor functies in de lagere echelons (die niet zijn onderworpen aan geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing) kan ook gelden dat een functieverbod zich tegen aanstelling verzet.

Een interessante vraag is nog of een verbod steeds de volledige reikwijdte moet hebben. Of kan het verbod bijvoorbeeld ook beperkt worden tot een bepaald type functie en kan het verbod misschien zelfs beperkt worden tot een verbod alleen de huidige functie uit te oefenen? De volgende passage uit de toelichting op art. 1:87 Wft suggereert dat DNB/ECB bij het bepalen van de gevolgen van het verbod een zekere vrijheid heeft:

‘Conform het gestelde in de richtlijn is de mogelijkheid van het opleggen van een tijdelijk verbod niet beperkt tot de actuele functie van de betrokken, maar *kan* [kennelijk dus niet: *moet*, cursivering; DB & AvdH] de schorsing zich uitstrekken tot andere, eventueel soortgelijke functies binnen de financiële sector.’⁸⁴

Wij menen dat als het meerdere mag, het mindere ook mag. Dit is overigens een kwestie van Europees recht en niet van Nederlands recht. In zoverre is de toelichting

83. Kamerstukken II 2013/14, 33849, 3, p. 34.

84. Kamerstukken II 2013/14, 33849, 3, p. 34. Hier wordt gelet op de reikwijdte van het functieverbod ongetwijfeld de financiële sector in enge zin bedoeld, dat wil zeggen banken en beleggingsondernemingen. Ook het gebruik van de term ‘schorsing’ is enigszins verwarrend. Men bedoelt immers te verwijzen naar een opgelegd functieverbod.

irrelevant. Het Europeesrechtelijke proportionaliteitsbeginsel brengt ons inziens mee dat in voorkomende gevallen zelfs tot het mindere *moet* worden besloten.

Voorts, art. 67 lid 2 onderdeel d CRD IV spreekt over een ‘voorlopig verbod’. Aanvankelijk werd die formulering in het concept van art. 1:87 Wft dat is voorgelegd aan de Afdeling Advisering Raad van State (RvS) kennelijk ook gevolgd. Die formulering kon in de ogen van de RvS echter geen genade vinden. De RvS was van oordeel dat het voorgelegde concept van art. 1:87 Wft onvoldoende waarborgen bood dat de op te leggen sanctie, gelet op de ruime werkingssfeer, aan de eisen van evenredigheid zou voldoen. De RvS adviseerde daarom in de wet waarborgen, bijvoorbeeld de maximale duur van het verbod, op te nemen om te verzekeren dat een opgelegde sanctie proportioneel is aan de overtreding waarvoor deze wordt opgelegd.⁸⁵ Dit advies is overgenomen. In art. 1:87 Wft is uiteindelijk bepaald dat het functieverbod hoogstens een jaar bedraagt, met een verlengingsmogelijkheid van hoogstens een jaar. Ofschoon wij onderschrijven dat de sanctie aan de eisen van proportionaliteit moet voldoen en het opnemen van een termijn ons niet per se in strijd lijkt met het maximumharmonisatiekarakter van CRD IV, is de opname van een maximale termijn in art. 1:87 Wft volgens ons toch onwenselijk. In andere lidstaten zou best eens voor een andere termijn kunnen worden gekozen of conform de tekst van art. 67 lid 2 CRD IV voor een open norm (‘voorlopig verbod’), met als gevolg dat er implementatieverschillen ontstaan. Het zou ons inziens de voorkeur verdienen als de Nederlandse wetgever de tekst van CRD IV had gevolgd en zou refereren aan een ‘voorlopig verbod’. Dit is natuurlijk vaag, maar dit kan ondervangen worden als de *European Banking Authority* (EBA) nadere *guidance* geeft en richtsnoeren opstelt. Die richtsnoeren kunnen vervolgens in alle lidstaten worden toegepast, wat een harmoniserende werking zou kunnen hebben. Deze richtsnoeren kunnen dan waarborgen dat de eisen van proportionaliteit in acht worden genomen. Hoe dan ook, de termijn van het civielrechtelijk bestuursverbod is momenteel in ieder geval anders: maximaal 5 jaar in plaats van maximaal 2 jaar (maximaal 1 jaar met mogelijkheid van verlenging van maximaal 1 jaar).

Het civielrechtelijk bestuursverbod en art. 1:87 Wft hebben gemeen dat zij beide territoriale werking hebben. De verboden hebben alleen gelding op Nederlands grondgebied. Voor wat betreft het civielrechtelijk bestuursverbod is dat ook wel logisch, omdat het een Nederlands initiatief betreft, maar voor het functieverbod is het eigenlijk onwenselijk. Het betreft een Europese regeling, die, doordat CRD IV een richtlijn is, het moet hebben van implementatie in de nationale rechtsorden binnen de EU. Stel dat DNB aan een bestuurder van een in Nederland gevestigde bank een functieverbod oplegt. De bank maakt deel uit van een concern dat vestigingen heeft in allerlei andere landen binnen de EU. Het verbod van DNB heeft alleen werking voor entiteiten in Nederland en niet voor entiteiten gevestigd in andere lidstaten van de EU. Het bestaan van de door EBA bijgehouden centrale gegevensbank⁸⁶ vergemakkelijkt het uiteraard dat toezichthouders elders op de hoogte zijn van het opgelegde verbod in Nederland, maar het is natuurlijk nog maar de vraag of toezichthouders elders de Nederlandse beslissing automatisch

85. Kamerstukken II 2013/14, 33849, 4, p. 6.

86. Zie r.o. 39 CRD IV.

zullen volgen. Het zou beter zijn als een Europese toezichthouder een Europabreed verbod zou kunnen uitvaardigen op basis van een bevoegdheid neergelegd in een verordening. In zekere zin zijn we daar wel redelijk dichtbij, aangezien de ECB per 4 november 2014 het toezicht op de 130 grootste banken in de Eurozone gaat uitoefenen. Voor de Eurozone lijkt het dan mogelijk dat de ECB op basis van de nationale implementatiebepalingen een functieverbod oplegt met dekking in de gehele Eurozone. De lidstaten die buiten de Eurozone vallen worden dan niet bestreken, dus ideaal is het zeker nog niet. Bovendien kunnen er implementatieverschillen bestaan, zodat de bestuursverboden mogelijk niet naadloos op elkaar aansluiten. Als de bevoegdheid zou zijn opgenomen in een verordening zou dit uiteraard niet spelen. Tot slot geldt het rechtstreekse toezicht door de ECB in principe alleen voor de 130 grootste banken. De rest van de banken blijft onder toezicht staan van de nationale toezichthouders.

Voor een functieverbod lijkt verder het volgende te gelden. DNB/ECB neemt een besluit op grond van art. 1:87 Wft, gericht tot X werkzaam bij een bank of beleggingsonderneming, inhoudende dat X wordt verboden een functie uit te oefenen bij een bank of een beleggingsonderneming. Zoals al werd aangegeven: het instellen van bezwaar of beroep heeft, althans naar Nederlands bestuursrecht, geen schorsende werking. Is daarmee gegeven dat betrokkene uit functie is *du moment* dat het besluit hem bereikt? Wij menen van niet. Het besluit heeft louter bestuursrechtelijke werking. Dit heeft allerlei consequenties die vanuit het perspectief van effectiviteit eigenlijk onwenselijk zijn. Het doel van het functieverbod is naleving van CRD IV (en CRR) en functionarissen die dat niet doen mogen tijdelijk geen functies bekleden bij banken en beleggingsondernemingen. Om te bewerkstelligen dat deze personen ook daadwerkelijk geen functies meer bekleden bij banken en beleggingsondernemingen, zou het vanuit het oogpunt van effectiviteit beter zijn als het verbod niet alleen werking in het bestuursrecht heeft, maar ook werking in het privaatrecht.⁸⁷ De Nederlandse wetgever en wetgevers in andere lidstaten van de EU zouden het civiel effect van een functieverbod wettelijk kunnen regelen. Dit lijkt ons niet in strijd met CRD IV en CRR, omdat CRD IV en CRR niet beogen het privaatrecht te harmoniseren. Hoe dan ook, ons inziens kan aangesloten worden bij de regeling inzake het civielrechtelijk bestuursverbod. Hierna worden de diverse negatieve consequenties van het feit dat het functieverbod slechts bestuursrechtelijke werking heeft, besproken. Hierbij zal ook steeds worden aangegeven wat privaatrechtelijke werking van het verbod vanuit het oogpunt van effectiviteit van de regeling zou toevoegen.

Stel dat betrokkene het functieverbod onterecht vindt, dan zou hij kunnen besluiten niet uit eigen beweging op te stappen. Er zou dan nadere actie in het privaatrecht noodzakelijk zijn om hem tot opstappen te dwingen, dat wil zeggen ontslag van betrokkene door het bevoegde orgaan binnen de rechtspersoon. In de praktijk zal een bank of beleggingsonderneming natuurlijk niemand in functie willen houden die een functieverbod heeft opgelegd gekregen, dus het ontslag zal in de praktijk ongetwijfeld snel volgen. Niettemin, nu het functieverbod geen privaatrechtelijke

87. Hiermee willen wij overigens niet beweren dat art. 1:87 Wft in strijd is met het Europese effectiviteitsbeginsel.

werking heeft, ligt het voor de hand dat DNB/ECB een verbod oplegt aan betrokkene, *gecombineerd* met een aanwijzing aan het adres van het bevoegde orgaan binnen de rechtspersoon om betrokkene te ontslaan, met als reden dat betrokkene een functieverbod heeft opgelegd gekregen. Al met al omslachtig. Het zou efficiënter en daarmee effectiever zijn als het besluit inhoudende het verbod uit hoofde van CRD IV de betrokkene bereikt, tot gevolg heeft dat hij onmiddellijk uit functie is.

Voorts, de betrokkene blijft vertegenwoordigingsbevoegd totdat hij in civielrechtelijke zin uit functie is. Niet elke functionaris van een bank of beleggingsonderneming zal vertegenwoordigingsbevoegd zijn, maar voor degenen die dat wel zijn (denk vooral aan bestuurders en procuratiehouders) is het onwenselijk dat zij ondanks het verbod voort kunnen gaan met het vertegenwoordigen van de bank of beleggingsonderneming totdat zij uit functie zijn. Als een verbod ook civiel effect zou hebben, zou betrokkene *du moment* dat het besluit van de toezichthouder hem bereikt, vertegenwoordigingsonbevoegd worden. Als men civiel effect zou invoeren, is het vervolgens natuurlijk wel weer belangrijk dat het besluit van de toezichthouder zo snel mogelijk wordt aangeboden aan het Handelsregister, dat zo snel mogelijk moet overgaan tot uitschrijving van de betrokkene als bestuurder of procuratiehouder. Totdat de uitschrijving een feit is, kan een derde die met de betrokkene handelt, zich immers op de in het Handelsregister opgenomen feiten beroepen. De derde zal tot het moment van de uitschrijving te goeder trouw zijn en er dus vanuit mogen gaan dat betrokkene bevoegd is de rechtspersoon te vertegenwoordigen (tenzij hij uiteraard uit anderen hoofde weet heeft van de vertegenwoordigingsonbevoegdheid). De rechtspersoon zal de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de betrokkene dan niet kunnen tegenwerpen aan de derde.⁸⁸

Het nog lopend functieverbod verzet zich strikt genomen en paradoxaal genoeg ook niet tegen een nieuwe aanstelling bij een andere bank of beleggingsonderneming. Een benoemingsbesluit in strijd met een verbod ex art. 1:87 Wft is niet nietig op grond van art. 2:14 lid 1 BW. Om te beginnen bevat noch de Nederlandse implementatiebepaling art. 1:87 Wft, noch de bepaling uit CRD IV zelf, een aanknopingspunt om te stellen dat een benoemingsbesluit in strijd met een opgelegd functieverbod in strijd met de wet is. Er is weliswaar sprake van een benoemingsbesluit in strijd met een door DNB/ECB opgelegd verbod, maar daarmee is nog geen sprake van een benoemingsbesluit in strijd met de wet. We zagen dat dit anders is in relatie tot een opgelegd civielrechtelijk bestuursverbod. Benoeming van een bestuurder of commissaris in strijd met een civielrechtelijk bestuursverbod is eenvoudig nietig omdat art. 106b lid 1 Fw dit met zoveel woorden bepaalt. Zelfs als men de woorden ‘in strijd met de wet’ in art. 2:14 lid 1 BW dusdanig ruim zou willen uitleggen dat ook een benoemingsbesluit in strijd met een opgelegd functieverbod ‘in strijd met de wet’ is in de zin van art. 2:14 lid 1 BW, zal een benoemingsbesluit niet nietig

88. De betrokkene handelt in beginsel onrechtmatig jegens de rechtspersoon wanneer hij vertegenwoordigingshandelingen verricht terwijl hij vertegenwoordigingsonbevoegd is. Betrokkene kan voor de schade die de betrokken rechtspersoon hierdoor lijdt worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Verder, als zich niet het in de hoofdttekst behandelde geval van opgewekte vertegenwoordigingsschijn voordoet en de derde door de onbevoegdheid van de bestuurder schade lijdt, dan is hij op grond van art. 3:70 BW schadeplichtig tegenover de derde (HR 26 juni 2009, NJ 2010/664, m.nt. Hijma, r.o. 3.4.2).

zijn. Art. 1:23 Wft bepaalt immers dat een rechtshandeling in strijd met regels bij of krachtens de Wft niet uit dien hoofde aantastbaar is. Art. 1:23 Wft geldt ons inziens ook voor benoemingsbesluiten.⁸⁹ Het ontbreken van civiel effect kan geneutraliseerd worden door in de statuten op te nemen dat een nog lopend verbod op grond van art. 1:87 Wft een beletsel vormt voor benoeming tot bestuurder of commissaris. In dat geval zal een benoemingsbesluit in strijd komen met de statuten en om die reden nietig zijn ex art. 2:14 lid 1 BW. Maar dat vergt dan wel weer aanpassing van de statuten. Het zou een verbod ex art. 1:87 Wft een stuk effectiever maken als het uit zichzelf (dus niet via de statuten) civiel effect zou hebben. Dit kan worden bewerkstelligd door de tekst van art. 1:87 Wft aldus te wijzigen dat (analoog aan art. 106b lid 1 Fw) een benoeming in strijd met een nog lopend functieverbod in afwijking van art. 1:23 Wft nietig is.⁹⁰

Maar is het praktisch gesproken wel denkbaar dat iemand met een nog lopend functieverbod bij een andere bank of beleggingsonderneming aan de slag gaat,⁹¹ ook als dit verbod (zoals thans het geval is) geen civiel effect heeft? Men moet differentiëren tussen functies bij banken en beleggingsondernemingen die onderworpen zijn aan een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets en functies bij deze instellingen die daaraan niet zijn onderworpen.

Voor functies bij banken en beleggingsondernemingen onderworpen aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets is van belang dat een opgelegd functieverbod als bedoeld in CRD IV moet worden opgenomen in een centrale gegevensbank, bijgehouden door EBA. De centrale gegevensbank is niet toegankelijk voor eenieder, maar slechts voor toezichthouders binnen de EU. De doelstelling is dan ook niet het publiek te waarschuwen, maar 'teneinde de betrouwbaarheid van bestuurders en van leidinggevende organen te kunnen beoordelen' (r.o. 39 CRD IV).⁹² Een opgelegd functieverbod of enige andere bestuursrechtelijke sanctie is immers van belang in het kader van de wettelijk voorgeschreven betrouwbaarheidstoetsing van

89. Aldus ook in relatie tot besluiten van rechtspersonen in het algemeen: S.C.J.J. Kortmann & B.F.L.M. Schim, 'De (on)aantastbaarheid van met de Wft strijdige rechtshandelingen', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht* (Serie Onderneming & Recht, deel 57), Deventer: Kluwer 2010, p. 943-959, op p. 949-952.

90. Art. 1:23 Wft wordt wel vaker buiten spel gezet. Zie recentelijk de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (Wbfo) die vermoedelijk per 1 januari 2015 van kracht zal worden. De Wbfo wordt volgens het wetsvoorstel geïmplementeerd in een nieuw hoofdstuk 7 (Beloningsbeleid) van Deel 1 van de Wft. Afgaand op het wetsvoorstel zoals dit op 17 juni 2014 is ingediend bij de Tweede Kamer, wordt in art. 1:116 lid 3 Wbfo een aantal specifieke normen uit het wetsvoorstel uitgezonderd van art. 1:23 Wft. Voor deze uitzonderingen is gekozen om te voorkomen dat ondernemingen onbeperkt rechtshandelingen kunnen verrichten in strijd met de in dat lid genoemde artikelen. Deze uitzonderingen onderstrepen volgens de toelichting het belang van de naleving van hoofdstuk 1.7 en hebben tot gevolg dat rechtshandelingen die in strijd met dat hoofdstuk zijn verricht niet onaanastbaar worden. De algemene regel van art. 3:40 lid 2 BW is daarmee onverkort van kracht ten aanzien van bedingen die strijdig zijn met de in het derde lid genoemde artikelen: deze zijn nietig. Zie voor de tekst en de toelichting op art. 1:116 lid 3 Wft *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, 2-3.

91. Volgens art. 1:87 Wft geldt het functieverbod ook voor functies bij andere ondernemingen binnen de groepen waarvan banken en beleggingsondernemingen deel uitmaken, zie nader eerder in dit preadvies in de hoofdtekst. Dit specifieke geval laten wij op deze plaats in althans de hoofdtekst verder rusten.

92. Overigens worden in de door EBA bijgehouden centrale gegevensbank eenvoudigweg alle administratieve sancties opgenomen, met inbegrip van eventueel daartegen ingestelde rechtsmiddelen. Of het hier ook gaat om administratieve sancties opgelegd aan het adres van de instelling (en niet louter om sancties opgelegd aan de betreffende natuurlijke persoon), is ons niet helemaal duidelijk.

beleidsbepalers van banken en beleggingsondernemingen. Omdat een functieverbod opgenomen moet worden in de centrale gegevensbank bijgehouden door EBA, zou een opgelegd functieverbod in enige lidstaat van de EU aan de oppervlakte moeten komen als de bevoegde toezichthouders personen toetsen op geschiktheid en betrouwbaarheid met het oog op een nieuwe functie bij een bank of beleggingsonderneming.⁹³ Als de toezichthouder die het functieverbod heeft opgelegd dezelfde is als de toezichthouder die een persoon op een later moment toetst op geschiktheid en betrouwbaarheid in het kader van een nieuwe functie bij een bank of een beleggingsonderneming, zal een opgelegd functieverbod hopelijk ook blijken uit de interne systemen. Of een opgelegd functieverbod per definitie en tot in lengte van jaren betekent dat een beleidsbepaler niet (langer) betrouwbaar is (dat wil zeggen: ook nadat het functieverbod al geëindigd is), is een interessante vraag waarop wij verderop in dit preadvies nog terug zullen komen. Een beleidsbepaler die onderworpen is aan een nog lopend functieverbod zal deze toets in elk geval niet kunnen doorstaan. Dat geldt niet alleen voor functies bij banken en beleggingsondernemingen die aan de betrouwbaarheidstoets zijn onderworpen, maar vrijwel zeker ook voor functies bij andere entiteiten die aan deze toets zijn onderworpen (zie daarover in relatie tot verzekeraars ook reeds hierboven).

Als het gaat om aanstelling in een functie die *niet* is onderworpen aan een betrouwbaarheidstoets, kan het gebeuren dat een bank of beleggingsonderneming iemand benoemt/aanstelt die onderworpen is aan een nog lopend functieverbod. De centrale gegevensbank bijgehouden door EBA is immers niet publiekelijk toegankelijk, maar alleen voor de toezichthouders. Dit is wellicht iets wat men zou moeten accepteren. De onderneming zal in het kader van een *pre-employment screening* moeten vragen naar lopende functieverboden. Als een persoon dit verzwijgt, is dat vervelend, maar zal dit meestal wel direct een grond voor ontslag zijn. Dit geldt niet alleen ten aanzien van functies bij banken en beleggingsondernemingen die niet zijn onderworpen aan een betrouwbaarheidstoets, maar ook voor dergelijke functies bij bijvoorbeeld verzekeraars. Men zou natuurlijk kunnen overwegen een opgelegd functieverbod, ook als het gaat om anderen dan bestuurders, commissarissen en

93. Wij gaan er overigens van uit dat in de praktijk een functieverbod opgelegd aan personen die aan een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets zijn onderworpen bij althans grotere banken en beleggingsondernemingen hoe dan ook snel bekend zal worden en in een aantal gevallen ook bekend moet worden. Zo zal een zodanig functieverbod bij een beursgenoteerde bank of beleggingsonderneming ongetwijfeld koersgevoelige informatie opleveren, maar ook anderszins kan het gewenst of noodzakelijk zijn om ruchtbaarheid te geven aan een functieverbod. Los daarvan: het is ons niet helemaal duidelijk of de centrale gegevensbank bijgehouden door EBA alleen toegankelijk is voor toezichthouders op banken en beleggingsondernemingen of bijvoorbeeld ook voor toezichthouders op verzekeraars. Een functieverbod als bedoeld in CRD IV strekt zich weliswaar niet uit tot functies bij verzekeraars, maar zal natuurlijk ook in het kader van een betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets van een persoon die in een functie bij een verzekeraar wil worden aangesteld, een antecedent opleveren. Toegang tot de centrale gegevensbank van EBA zou in zoverre nuttig zijn. Twee relativerende opmerkingen in de puur Nederlandse context. Ten eerste: in Nederland is DNB niet alleen de toezichthouder op banken en beleggingsondernemingen (behalve als de ECB dat is), maar ook op bijvoorbeeld verzekeraars. Toegang tot de centrale gegevensbank bijgehouden door EBA lijkt dan gewaarborgd, tenzij men zou willen stellen dat DNB alleen toegang heeft als de betrouwbaarheid van functionarissen bij banken en beleggingsondernemingen wordt getoetst. Ten tweede: volgens art. 1:87 Wft geldt het functieverbod ook voor functies bij andere ondernemingen binnen de groepen waarvan banken en beleggingsondernemingen deel uitmaken, zoals verzekeraars. Zie eerder in de hoofdttekst. In zoverre kan een functieverbod in Nederland zich dus anders dan zojuist hierboven opgemerkt wel uitstrekken tot functies bij verzekeraars.

procuratiehouders, in te schrijven in het Handelsregister, maar raadpleging van het Handelsregister voor deze groep werknemers ligt niet echt voor de hand en levert ook wel een behoorlijke extra belasting op voor ondernemingen (want dan gaat het om betrekkelijk veel medewerkers voor wie het Handelsregister moet worden geraadpleegd).

Het functieverbod betekent niet dat betrokkene niet in de akte van oprichting als bestuurder (of commissaris) kan worden benoemd. Een dergelijk benoeming is immers niet nietig wegens strijd met de wet in de zin van art. 2:14 lid 1 BW. Het zou in aansluiting op het eerder opgemerkte beter zijn als dat wel het geval zou zijn en een verbod ex art. 1:87 Wft dus civielrechtelijke werking zou hebben. Zie nader hierboven. Hierbij zou dan een rol zijn weggelegd voor de notaris. Maar dan moet de notaris natuurlijk wel op de hoogte kunnen zijn van het verbod en daarvoor is opname in het Handelsregister noodzakelijk.

Tot slot: inschrijving van buitenlandse rechtspersonen zal bij voorkeur geweigerd worden door het Handelsregister wanneer blijkt dat deze bestuurd worden door een bestuurder aan wie in Nederland een verbod ex art. 1:87 Wft is opgelegd. Hetzelfde zou eigenlijk moeten gelden als een toezichthouder elders in de EU een functieverbod heeft opgelegd. Daar wreekt zich echter dat het Handelsregister over het algemeen niet zal weten of een toezichthouder elders in de EU een functieverbod heeft opgelegd. De centrale gegevensbank van EBA is immers niet toegankelijk voor het Handelsregister (zie hierboven).

4.4 BRRD, SRM & Interventiewet

4.4.1 Algemeen

Specifiek voor het geval van herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen zal per 1 januari 2015 de mogelijkheid bestaan om leden van het leidinggevend orgaan of van het hogere management uit hun functie te zetten (en eventueel te vervangen door anderen), kort gezegd op grond van het feit dat iemand in de zogenaamde ‘vroege interventiefase’ (*early intervention*) geen goede crisismanager is of omdat dit in het kader van de ‘resolutie’ (*resolution*) van een bank of beleggingsonderneming als uitgangspunt nu eenmaal wenselijk wordt geacht. Deze instrumenten zijn opgenomen in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, art. 28 en art. 34 lid 1, aanhef, en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l van de *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD).⁹⁴ In Nederland zal de BRRD worden geïmplementeerd in de Wft (en lagere regelgeving). Ten tijde van het schrijven van dit preadvies was er nog geen concept van de Nederlandse implementatieregelgeving voorhanden.

94. De BRRD luidt voluit: Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) 1093/2010 en (EU) 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2014, L 173, p. 190-348.

De Minister van Financiën heeft overigens ook nu al de bevoegdheid leden van het leidinggevend orgaan of van het hoger management uit hun functie te zetten (en eventueel te vervangen door anderen). Indien hij van oordeel is dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt, kan hij met het oog op de stabiliteit van dat stelsel onmiddellijke voorzieningen treffen ten aanzien van de betrokken onderneming, zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen (art. 6:1 lid 1 Wft). Een dergelijke onmiddellijke voorziening kan er ook in bestaan dat de leden van het leidinggevend orgaan of het hogere management het veld moeten ruimen. De voorziening kan natuurlijk ook betrekking hebben op andere functionarissen.

In de SNS-Reaal casus heeft de Minister van Financiën het iets anders aangepakt door onmiddellijk bij de nationalisatie als aandeelhouder de voltallige raad van bestuur en raad van commissarissen te ontslaan, en bij wijze van onmiddellijke voorziening statutaire bepalingen die een belemmering vormen voor het rechtstreeks als aandeelhouder kunnen ontslaan (en benoemen) van bestuurders en commissarissen buiten werking te stellen voor de duur van zes maanden.⁹⁵ Die route zal alleen gevolgd kunnen worden als het nemen van onmiddellijke voorzieningen gepaard gaat met nationalisatie (zie art. 6:2 Wft), waardoor de Staat 100% aandeelhouder wordt en de Staat in die hoedanigheid bestuurders en commissarissen kan ontslaan. Men kan de vraag stellen of de Minister van Financiën vanaf het moment dat de BRRD moet zijn geïmplementeerd en de verordening inzake het *Single Resolution Mechanism* (SRM-Verordening)⁹⁶ van kracht is, nog wel een rol zal kunnen vervullen ten aanzien van banken en beleggingsondernemingen in financiële problemen. Die rol wordt straks immers vervuld door DNB (als nationale toezichthouder en als nationale afwikkelingsautoriteit, per 1 januari 2015), door de ECB (als Europese toezichthouder, per 1 januari 2015) en door de *Single Resolution Board* (SRB) (als Europese afwikkelingsautoriteit, per 1 januari 2016 op grond van de verordening inzake het *Single Resolution Mechanism* (SRM-Verordening)⁹⁷). Zie nader verderop in dit preadvies (paragraaf 4.4.5 hierna). Afgaand op art. 58 BRRD zou de Minister van Financiën bevoegd kunnen blijven tot nationalisatie van banken en beleggingsondernemingen.⁹⁸ Men kan echter beargumenteren dat de BRRD voor

95. Zie Onteigeningsbesluit SNS-Reaal, *Stcrt.* 2013, 3018, 1 februari 2013, nr. 56 en art. 3.

96. De SRM-Verordening luidt voluit: Verordening (EU) 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) 1093/2010, *PbEU* 2014, L 225, p. 1-90.

97. De SRM-Verordening luidt voluit: Verordening (EU) 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) 1093/2010, *PbEU* 2014, L 225, p. 1-90.

98. Art. 58 BRRD (Instrument voor tijdelijke overheidseigendom) luidt als volgt: '(1) De lidstaten kunnen een instelling of een entiteit als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), c) of d), tijdelijk in overheids-eigendom nemen. (2) Daartoe kan een lidstaat een of meer opdrachten tot aandelenoverdracht geven waarbij de overnemer: (a) een gevolmachtigde van de lidstaat is; of (b) een bedrijf is dat volledig in eigendom van de lidstaat is. (3) De lidstaten zorgen ervoor dat instellingen of entiteiten als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder (b), (c) of (d), waarop in overeenstemming met dit artikel het instrument voor tijdelijke overheidseigendom wordt toegepast op commerciële en professionele wijze worden

wat betreft de Eurozone deels is ingehaald door de SRM-Verordening. De SRM-Verordening voorziet er immers in dat de grootste en meest internationale banken (en soms ook andere banken en beleggingsondernemingen die onder het geconsolideerd toezicht van de ECB vallen) straks worden afgewikkeld door de SRB, dat wil zeggen op Europees niveau (zie paragraaf 4.4.5 hierna). Met dit uitgangspunt strookt eigenlijk niet dat een nationale autoriteit — de Minister van Financiën — over kan gaan tot nationalisatie en daarmee het primaat van de SRB feitelijk kan doorkruisen.

Hoe dan ook, formeel gaat de mogelijkheid om leden van het leidinggevend orgaan of van het hogere management uit hun functie te zetten natuurlijk veel minder ver dan het civielrechtelijk bestuursverbod of het functieverbod uit CRD IV. De bestuurder/commissaris of hogere manager moet weliswaar het veld ruimen, maar formeel bestaat er geen beletsel voor hem of haar om elders in de financiële sector weer aan de slag te gaan. *De facto* kan dit evenwel anders zijn. Voordat een persoon als feitelijk beleidsbepaler (bijvoorbeeld als bestuurder of commissaris) bij bijvoorbeeld een bank of beleggingsonderneming benoemd kan worden, moet de betrokken persoon door de bevoegde toezichthouders getoetst worden op geschiktheid en betrouwbaarheid. Dat iemand het veld heeft moeten ruimen omdat hij/zij geen goede crisismanager is, omdat dit nu eenmaal de regel is als een bank of beleggingsonderneming in resolutie gaat of omdat de Minister van Financiën dit instrument heeft ingezet bij wijze van onmiddellijke voorziening, zou de uitkomst van de betrouwbaarheid- en geschiktheidstoets in negatieve zin kunnen beïnvloeden, waardoor de betrokken persoon door de opgelegde maatregel *de facto* geweerd wordt uit bestuursfuncties en commissariaten in de financiële sector. Reden genoeg dus om de bedoelde regelingen uit de BRRD in dit preadvies te bespreken.

Maar laten we eerst nog even uitzoomen en naar het grotere plaatje kijken. Kort gezegd regelt de BRRD, tezamen met de SRM-Verordening en in antwoord op de financiële crisis, de crisisbeheersing bij banken en beleggingsondernemingen — van preventie tot resolutie en de financiering ervan. Uitgangspunt is dat niet langer de belastingbetaler, maar de private sector de kosten van resolutie van banken en beleggingsondernemingen draagt. De BRRD dient grotendeels per 1 januari 2015 te zijn geïmplementeerd in het nationale recht.⁹⁹ De SRM-Verordening werkt rechtstreeks en is grotendeels van toepassing per 1 januari 2016.¹⁰⁰ Over de verhouding tussen de BRRD en de SRM-Verordening (alsmede de verhouding tot de SSM-Verordening) komen we verderop in dit preadvies nog te spreken (zie paragraaf 4.4.5 hierna).

Voor nu is het volgende van belang. De BRRD en de SRM-Verordening verdelen interventie bij banken en beleggingsondernemingen in vier fasen. De *eerste fase* is de preventiefase.¹⁰¹ In deze fase worden herstel- en afwikkelingsplannen (*recovery and resolution plans*) opgesteld om te bezien welke maatregelen er voor kunnen

beheerd en dat zij opnieuw in particuliere handen komen zodra de commerciële en financiële omstandigheden dat toelaten.'

99. Zie art. 130 lid 1, tweede alinea, BRRD. Alleen het instrument van *bail-in* behoeft pas uiterlijk een jaar later — per 1 januari 2016 — geïmplementeerd te zijn. Zie art. 130 lid 1, derde alinea, BRRD.

100. Zie art. 99 lid 2 SRM-Verordening.

101. Art. 4-26 BRRD; art. 8-12 SRM-Verordening. Zie overigens ook art. 74 lid 4 CRD IV.

zorgen dat een bank of beleggingsonderneming in een crisissituatie kan herstellen en, bij resolutieplannen, ordentelijk kan worden afgewikkeld. De *tweede fase* is de vroegtijdige interventiefase (*early intervention*).¹⁰² In deze fase moet de bank of beleggingsonderneming uit zichzelf of op last van een nationale toezichthouder (in Nederland: DNB) of de ECB herstelmaatregelen nemen om escalatie te voorkomen. Het in de preventiefase opgestelde herstelplan wordt hiervoor als basis gebruikt. Een van de maatregelen die DNB of de ECB in deze fase kan nemen, is leden van het leidinggevend orgaan of van het hogere management uit hun functie te zetten (en eventueel vervangen door anderen) (zie art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d en art. 28 BRRD). In de *derde fase* kan de nationale afwikkelingsautoriteit (in Nederland: DNB) of de Europese afwikkelingsautoriteit (de *Single Resolution Board* of SRB) kapitaalinstrumenten afschrijven en achtergestelde schuld in aandelen converteren (*write down or conversion of capital instruments*).¹⁰³ In deze derde fase wordt dit instrument ingezet om afwikkeling (resolutie) te voorkomen. De *vierde en laatste fase* is de resolutie- of afwikkelingsfase (*resolution*). In deze fase gaat de bank of beleggingsonderneming in resolutie en wordt ordentelijk afgewikkeld door uitvoering van het *resolution scheme*, in principe op basis van het resolutieplan zoals dat in de eerste fase is opgesteld en nadien is geactualiseerd. Het uitgangspunt is dat de verliezen worden gedragen door de aandeelhouders en de schuldeisers en niet door de belastingbetaler. Hierbij kan DNB of de SRB evenals in de derde fase kapitaalinstrumenten afschrijven en achtergestelde schuld in aandelen converteren, deze keer als onderdeel van *bail-in* en in het kader van afwikkeling en niet om afwikkeling te voorkomen.¹⁰⁴ In deze laatste fase kunnen ook allerlei andere instrumenten worden ingezet, zoals de overdracht van aandelen of activa en/of passiva aan een overbruggingsinstelling (die geheel of ten dele in staatshanden is) respectievelijk aan een derde (*bridge institution tool* respectievelijk *sale of business tool*).¹⁰⁵ Ook de *asset separation tool* kan in deze fase worden ingezet. Hierbij worden activa en/of passiva overgedragen aan een *asset management vehicle*.¹⁰⁶ Het verschil tussen enerzijds de *bridge institution tool* en de *sale of business tool* en anderzijds de *asset separation tool*, is dat de eerste twee instrumenten bedoeld zijn om (bepaalde) activiteiten van de instelling in resolutie te continueren, terwijl het laatstgenoemde instrument bedoeld is om een maximale opbrengst te realiseren door verkoop of ordentelijke afwikkeling. Onder de maatregelen die DNB of de SRB in de laatste fase kan inzetten, treffen we ook de maatregel aan dat DNB (als nationale afwikkelingsautoriteit) of de SRB het leidinggevend orgaan en het hogere management van de bank of beleggingsonderneming in resolutie als uitgangspunt vervangt (art. 34 lid 1, aanhef, en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel I BRRD).¹⁰⁷

In het navolgende worden de doelstelling en de belangrijkste aspecten behandeld van de instrumenten uit de BRRD en de Interventiewet om leden van het leiding-

102. Art. 27-30 BRRD; art. 13 SRM-Verordening.

103. Art. 59-62 BRRD; art. 21 SRM-Verordening.

104. Art. 43-58 BRRD; art. 22 lid 1 SRM-Verordening.

105. Art. 2(59) en (60), art. 40 BRRD; art. 25 SRM-Verordening (*bridge institution tool*); art. 2(58) en art. 38 BRRD; art. 24 SRM-Verordening (*sale of business tool*).

106. Art. 2(55) en (56), art. 42 BRRD; art. 26 SRM-Verordening.

107. Zie uitgebreid over resolutie van banken onder de BRRD en de SRM-Verordening: G. Kastelein, *De Bankenunie en vertrouwen in een goede afwikkeling* (Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2014), Deventer: Kluwer 2014 [nog te verschijnen].

gevend orgaan en het hogere management (en in het geval van de Interventiewet: ook andere functionarissen) uit hun functie te zetten.

4.4.2 Doelstelling

Het functieverbod uit CRD IV is bedoeld als sanctie. Het civielrechtelijk bestuursverbod kan men eventueel zien als een civiele sanctie. Het is de vraag of de uitoefening van de bevoegdheden uit de BRRD en de Interventiewet steeds sancties zijn. In art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d en art. 28 BRRD wordt in elk geval mede gerefereerd aan overtredingen, zodat men van die bevoegdheden misschien nog zou kunnen beargumenteren dat het (mede) sancties zijn. Voor de bevoegdheid ex art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD en de bevoegdheid van de Minister van Financiën ex art. 6:1 lid 1 Wft kan eigenlijk niet goed beargumenteerd worden dat het sancties zijn, al zal dit door de betrokkenen ongetwijfeld wel zo worden gevoeld. Genoemde bevoegdheden uit de BRRD en de Interventiewet zijn toch vooral instrumenten bedoeld om een crisis bij banken en beleggingsondernemingen (en tevens bij andere financiële ondernemingen in het geval van de bevoegdheid ex art. 6:1 lid 1 Wft) te voorkomen of te beheersen.

De bevoegdheid opgenomen in art. 27, aanhef en onderdeel d BRRD kan in de vroegtijdige interventiefase worden ingezet om de leden van het leidinggevend orgaan of van het hoger management van een bank of beleggingsonderneming het veld te laten ruimen, kort gezegd omdat de betrokken persoon geen goede crisismanager is, althans niet bij de betrokken instelling. De gedachte is kennelijk dat niet elk lid van het leidinggevend orgaan of van het hoger management per se een goede crisismanager is. Als een bank of beleggingsonderneming in een crisissituatie terechtkomt, moet het daarom mogelijk zijn personen die geen goede crisismanager zijn snel het veld te laten ruimen.

De bevoegdheid opgenomen in art. 28 BRRD kan eveneens worden ingezet in de vroegtijdige interventiefase, te weten om het volledige hogere management of leidinggevende orgaan, dan wel individuele leden van het leidinggevend orgaan of van het hogere management van een bank of beleggingsonderneming het veld te laten ruimen. De doelstelling van de maatregel is verslechtering van de financiële positie van de bank of beleggingsonderneming zo veel mogelijk te keren.

De bevoegdheid opgenomen in art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD kan worden ingezet in de vierde en meest ernstige fase van crisisbeheersing bij banken en beleggingsondernemingen, te weten in de resolutiefase. Art. 34 aanhef en onderdeel c BRRD schrijft in principe voor dat het leidinggevend orgaan en het hogere management in de resolutiefase worden vervangen, kennelijk om de resolutiefase 'met een schone lei' in te kunnen gaan. Als de Minister van Financiën gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om een onmiddellijke voorziening te treffen ex art. 6:1 lid 1 Wft, en langs die weg leden van het leidinggevend orgaan of het hoger management uit functie zet (en vervangt), zal dit in de praktijk veelal dezelfde reden hebben.

4.4.3 ‘Trigger’-moment

Anders dan bij het civielrechtelijk bestuursverbod is het faillissement gecombineerd met faillissementsfraude of wanbestuur in de BRRD niet het ‘trigger’-moment. De bevoegdheid opgenomen in art. 27, aanhef en onderdeel d BRRD kan in de vroegtijdige interventiefase worden ingezet om de leden van het leidinggevend orgaan of van het hoger management van een bank of beleggingsonderneming het veld te laten ruimen, (1) als sprake is van *ofwel* (a) overtreding van een of meer expliciet in art. 27, aanhef, BRRD genoemde toezichtregels, *ofwel* (b) wegens een snel verslechterende financiële toestand voornoemde bepalingen waarschijnlijk in de nabije toekomst zal overtreden *en* (2) indien deze personen overeenkomstig art. 13 CRD IV of art. 9 MiFID II¹⁰⁸ voor de uitvoering van hun taken ongeschikt worden geacht. De bepaling lijkt in art. 27 onderdeel d BRRD in eerste instantie te verwijzen naar de geschiktheidseis zoals deze ook geldt in het kader van de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets (*fit and proper test*) van feitelijk beleidsbepalers. Als dat de juiste interpretatie is, voegt de bepaling niets toe voor wat betreft de personen die aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets onderworpen zijn. DNB of de ECB zou dan immers op grond van de algemene regeling een bestuurder (of een andere persoon onderworpen aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets) al de laan uit kunnen sturen omdat deze niet langer geschikt is. Een andere interpretatie is wellicht mogelijk. In de algemene regeling inzake geschiktheid gaat het om de vraag of iemand in algemene zin (bijvoorbeeld in het licht van de algehele samenstelling van het bestuur) geschikt is om zijn functie uit te oefenen. Het is verdedigbaar dat het in art. 27, aanhef, en onderdeel d BRRD gaat om een geschiktheid specifiek in de context van een bank of beleggingsonderneming die in de gevarenzone komt. In dergelijke omstandigheden worden aan leden van het leidinggevend orgaan bijzondere eisen gesteld, omdat zij moeten optreden als crisismanager. En iemand die in algemene zin een goed functionerend lid is van een leidinggevend orgaan en dus in algemene zin geschikt is, behoeft nog geen goede crisismanager te zijn. In die lezing zou art. 27 lid 1 onderdeel d BRRD toegevoegde waarde kunnen hebben. Anderzijds kan men beargumenteren dat de geschiktheidstoets altijd mede betrekking moet hebben op de expertise/capaciteit (van het bestuur/de raad van commissarissen in zijn geheel) om goed te blijven managen ook als de instelling in zwaar weer terechtkomt. Als dat juist is, dan is het onderscheid eigenlijk niet te maken.

Het is overigens onduidelijk wat exact de betekenis is van de verwijzing naar art. 13 CRD IV en art. 9 MiFID II voor zover het gaat om leden van het hoger management. Zij worden immers niet onderworpen aan een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets uit hoofde van MiFID II en CRD IV.

De overtreding van de volgende toezichtregels zal (gecombineerd met het oordeel dat iemand niet langer geschikt is) kunnen leiden tot de eis dat de betrokkene het

108. MiFID II luidt voluit: Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU, *PbEU* 2014, L 173, p. 349-496.

veld moet ruimen als lid van het leidinggevend orgaan of als lid van het hogere management:

(1) de bepalingen uit CRR;

(2) de bepalingen uit CRD IV;¹⁰⁹

(3) de bepalingen uit MiFID II, titel II (voorwaarden voor de vergunningverlening aan en de bedrijfsuitoefening van beleggingsondernemingen) en art. 3-7 (Titel II – Transparantie voor handelsplatformen, Hoofdstuk 1 – Transparantie voor eigenvermogensinstrumenten), art. 14-17 (bepalingen uit Titel III – Transparantie voor beleggingsondernemingen met systematische interne afhandeling en beleggingsondernemingen die buiten de beurs handelen);

(4) art. 24-26 (bepalingen uit Titel IV – Melden van transacties) MiFIR.¹¹⁰

De link met crisisbeheersing bij banken en beleggingsonderneming (de algemene doelstelling van de BRRD) dan wel, meer in het bijzonder, met ongeschiktheid om als crisismanager op te treden, is niet in alle hierboven genoemde gevallen evident. Bij overtreding van bepalingen uit de CRR en CRD IV is die link met althans crisisbeheersing misschien nog wel aanwezig, omdat de erin opgenomen regels gaan over door banken en beleggingsondernemingen aan te houden kapitaalbuffers, welke regels indien nageleefd een duidelijke bijdrage leveren aan het voorkomen van een crisissituatie bij een bank of beleggingsonderneming. Bij overtreding van de genoemde bepalingen uit MiFID II en MiFIR is die link soms dunnetjes te noemen.

Een snel verslechterende financiële toestand van de bank of beleggingsonderneming zal (gecombineerd met het oordeel dat iemand niet langer geschikt is) eveneens kunnen leiden tot de eis dat de betrokkene het veld moet ruimen als lid van het leidinggevend orgaan of als lid van het hogere management, als hierdoor waarschijnlijk is dat de hierboven genoemde bepalingen in de nabije toekomst worden overtreden. Een ‘snel verslechterende financiële toestand’ wordt in art. 27, aanhef, BRRD nader omschreven als ‘een verslechterende liquiditeitssituatie, een toenemende mate van hefboomfinanciering, hoeveelheid slechte leningen of concentratie van risico’s, beoordeeld aan de hand van een reeks voorwaarden, waaronder eventueel het vereiste aan eigen vermogen van de bank of beleggingsonderneming plus 1,5 procentpunten.’

De bevoegdheid opgenomen in art. 28 BRRD kan eveneens worden ingezet in de vroegtijdige interventiefase, en wel tegen het volledige hogere management of leidinggevende orgaan, dan wel individuele leden van het leidinggevend orgaan of van het hogere management van een bank of beleggingsonderneming, (1) in

109. Strikt genomen wordt gerefereerd aan Richtlijn 2011/36/EU inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, maar dat is een kennelijke verschrijving en dient gelezen te worden als een verwijzing naar Richtlijn 2014/36/EU (CRD IV).

110. MiFIR luidt voluit: Verordening (EU) 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten in financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) 648/2012, *PbEU* 2014, L 173, p. 84-148.

geval van significante verslechtering van de financiële positie van een bank of beleggingsonderneming en (2) bij ernstige overtreding van wetten, reglementen of van de statuten van de bank of beleggingsonderneming of bij ernstige administratieve onregelmatigheden, een en ander mits andere maatregelen overeenkomstig art. 27 BRRD niet volstaan om die verslechtering te keren.

De bevoegdheid opgenomen in art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel I BRRD kan worden ingezet in de vierde en meest ernstige fase van crisisbeheersing bij banken en beleggingsondernemingen, te weten in de resolutiefase. Art. 34 aanhef en onderdeel c BRRD schrijft in principe voor dat het leidinggevend orgaan en het hogere management in de resolutiefase worden vervangen, kennelijk om de resolutiefase ‘met een schone lei’ in te kunnen gaan. Dit zal om praktische redenen echter niet altijd haalbaar zijn. Om die reden zal van dit principe moeten worden afgeweken als het aanblijven van het leidinggevend orgaan en het hoger management of een deel ervan ‘voor het verwezenlijken van de afwikkelingsdoelstellingen noodzakelijk wordt geacht’ (art. 34 aanhef en onderdeel c BRRD; deze *tourneure* komt overigens niet voor in art. 63 lid 1 onderdeel I BRRD, maar wij zouden daar verder geen betekenis aan willen toekennen). Men kan dan denken aan situaties dat de betrokken personen over unieke kennis over de organisatie beschikken die bij de ordentelijke afwikkeling van de bank of beleggingsonderneming van belang is. Kortom, vervanging van het leidinggevend orgaan en het hogere management is weliswaar het uitgangspunt in resolutie, maar om pragmatische redenen is het geen ‘harde regel’.

De Minister van Financiën heeft de bevoegdheid leden van het leidinggevend orgaan of van het hoger management (of andere functionarissen) bij wijze van onmiddellijke voorziening uit hun functie te zetten, indien hij van oordeel is dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt (art. 6:1 lid 1 Wft). Anders dan in art. 34 aanhef en onderdeel c BRRD is vervanging van het leidinggevend orgaan en het hogere management misschien niet het formele uitgangspunt, maar de praktijk zal ons inziens niet anders zijn. En evenals in het kader van de BRRD zal dit uitgangspunt in de praktijk uitzondering lijden als het aanblijven van bepaalde of alle leden gelet op de omstandigheden noodzakelijk is.

4.4.4 Reikwijdte

Het civielrechtelijk bestuursverbod kan alleen opgelegd worden aan bestuurders en feitelijk beleidsbepalers van Nederlandse rechtspersonen. De reikwijdte van de genoemde bevoegdheden uit de BRRD is zowel breder als beperkter dan die van het civielrechtelijk bestuursverbod. De reikwijdte van de bevoegdheden uit de BRRD is *breder* omdat zij kunnen worden uitgeoefend tegenover ‘een lid van het leidinggevend orgaan’ en tegenover leden van het ‘hogere management’. ‘Leidinggevend orgaan’ wordt als volgt gedefinieerd:

‘het (de) overeenkomstig nationaal recht aangewezen orgaan (organen) van een instelling welke de bevoegdheid hebben de strategie, doelstellingen en de algemene richting van de instelling vast te stellen, en welke

toezicht houden op de bestuurlijke besluitvorming en deze controleert, met inbegrip van de personen die het beleid van de instelling daadwerkelijk bepalen.’¹¹¹

Hieronder vallen dus niet alleen bestuurders, maar ook commissarissen. ‘Hoger management’ wordt als volgt gedefinieerd:

‘de natuurlijke personen die binnen een instelling uitvoerende functies vervullen en die aan het leidinggevend orgaan verantwoording en rekening moeten afleggen voor het dagelijks bestuur van de instelling’.¹¹²

Bovendien gelden de genoemde bevoegdheden uit de BRRD in alle lidstaten van de EU (al zal de Nederlandse implementatie van deze bevoegdheden natuurlijk alleen in Nederland gelden). Ook in zoverre is de reikwijdte van de bevoegdheden uit de BRRD *breder* dan die van het civielrechtelijk bestuursverbod. De reikwijdte van de bevoegdheden uit de BRRD is weer *beperkter*, omdat zij alleen kunnen worden opgelegd aan personen werkzaam bij een bank of een beleggingsonderneming.

Ook de reikwijdte van de bevoegdheid van de Minister van Financiën ex art. 6:1 lid 1 Wft is zowel *breder* als *beperkter* dan de reikwijdte van het civielrechtelijk bestuursverbod. De reikwijdte is *breder* omdat een onmiddellijke voorziening niet alleen betrekking kan hebben op bestuurders en feitelijk beleidsbepalers, maar in principe betrekking kan hebben op alle functionarissen binnen de organisatie – van hoog tot laag. De reikwijdte van de bevoegdheid van de Minister van Financiën is juist weer *beperkter* dan die van het civielrechtelijk bestuursverbod, omdat een onmiddellijke voorziening alleen betrekking kan hebben op functionarissen werkzaam bij een ‘financiële onderneming’ en geen betrekking kan hebben op rechtspersonen in Nederland die geen financiële ondernemingen zijn (zoals het civielrechtelijk bestuursverbod). ‘Financiële onderneming’ is een in art. 1:1 Wft gedefinieerde term en omvat onder andere banken, beleggingsondernemingen, beleggingsinstellingen en verzekeraars.¹¹³ De bevoegdheid van de Minister van Financiën is ook *beperkter* omdat deze alleen kan worden uitgeoefend in het geval van een ernstig en onmiddellijk gevaar voor het financiële stelsel.

4.4.5 Bevoegdheid oplegging

Wie is in Nederland bevoegd tot oplegging van de bedoelde maatregelen uit de BRRD? Evenals bij de beantwoording van de vraag wie bevoegd is tot oplegging van het functieverbod uit CRD IV, moet men hier differentiëren.

Zoals eerder uiteengezet, vanaf 4 november 2014 gaat de ECB in het kader van het *Single Supervisory Mechanism* (SSM) en als onderdeel van de Europese bankenunie, rechtstreeks prudentieel toezicht houden op, kort gezegd, de grootste en meest

111. Zie art. 2 lid 1 onderdeel 24 BRRD jo. art. 3 lid 1 onderdeel 7 CRD IV.

112. Zie art. 2 lid 1 onderdeel 25 BRRD jo. art. 3 lid 1 onderdeel 9 CRD IV.

113. Zie nader art. 1:1 Wft (definitie ‘financiële onderneming’).

internationale banken binnen de Eurozone.¹¹⁴ Voor zover hier relevant blijkt uit art. 4 lid 1 onderdeel i SSM-Verordening dat de ECB onder meer toezichttaken vervult:

‘met betrekking tot herstelplannen, en vroegtijdige interventie wanneer een kredietinstelling of een groep ten aanzien waarvan de ECB de consoliderende toezichthouder is, de toepasselijke prudentiële vereisten niet naleeft of waarschijnlijk niet zal naleven en, alleen in de door het toepasselijke Unierecht voor bevoegde autoriteiten uitdrukkelijk genoemde gevallen, met betrekking tot structurele veranderingen die van kredietinstellingen worden geëist om preventief op te treden tegen financiële spanningen en faillissement, met uitsluiting van afwikkelingsbevoegdheden.’

Het bovenstaande brengt mee dat de ECB in de vroegtijdige interventiefase de Nederlandse implementatie van de bevoegdheden genoemd in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, en art. 28 BRRD kan uitoefenen en langs die weg leden van het leidinggevend orgaan en leden van het hogere management uit hun functie kan zetten.

Let wel: de ECB wordt alleen prudentieel toezichthouder op de grootste en meest internationale *banken*, geen prudentieel toezichthouder op de grootste en meest internationale *beleggingsondernemingen* (die niet tevens bank zijn). Dit betekent, dat de ECB genoemde bevoegdheden *niet* zal kunnen uitoefenen tegenover personen die werkzaam zijn bij een beleggingsonderneming – die bevoegdheid blijft voorbehouden aan DNB.¹¹⁵

Zoals eerder aangegeven, de minder belangrijke banken binnen de Eurozone blijven onder prudentieel toezicht staan van de nationale toezichthouders (in Nederland: DNB).¹¹⁶ Kortom, in die gevallen zal DNB steeds zelf de Nederlandse implementatie van de bevoegdheden genoemd in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, en art. 28 BRRD kunnen uitoefenen en langs die weg zelf leden van het leidinggevend orgaan en leden van het hogere management uit hun functie kunnen zetten. Niettemin, de ECB is altijd bevoegd ook het prudentieel toezicht op deze andere banken rechtstreeks te gaan uitoefenen ‘als dit nodig is voor een consistente toepassing van hoge toezichtsnormen’.¹¹⁷ Alsdan zou de ECB juist weer bevoegd zijn om door toepassing van de Nederlandse implementatie van art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, en art. 28 BRRD leden van het leidinggevend orgaan en leden van het hogere management uit hun functie te zetten. *Mogelijk* kan de ECB, voor zover dit noodzakelijk is om haar prudentiële taken te verrichten zoals toegekend in de SSM-Verordening, DNB instrueren door toepassing van de Nederlandse implementatie van

114. Zie art. 4 lid 1 en 2 en art. 5 lid 2 SSM-Verordening voor een uitwerking van de diverse prudentiële taken die de ECB gaat uitoefenen.

115. Tenzij het gaat om beleggingsondernemingen die onder het geconsolideerd toezicht van de ECB vallen, zie art. 4 lid 1 onderdeel g SSM-Verordening.

116. Art. 6 lid 4 SSM-Verordening.

117. Art. 6 lid 5 onderdeel b SSM-Verordening.

art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, en art. 28 BRRD leden van het leidinggevend orgaan en leden van het hogere management uit hun functie te zetten.¹¹⁸

In het hierboven geciteerde art. 4 lid 1 onderdeel i SSM-Verordening wordt al aangegeven dat de ECB geen afwikkelingsbevoegdheden uitoefent. Dit betekent dat de bevoegdheid opgenomen in art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD – die kan worden ingezet in de resolutie- of afwikkelingsfase – in ieder geval niet door de ECB kan worden uitgeoefend. Door wie dan wel? Ook hier moet men weer differentiëren.

Vanaf 1 januari 2015 tot 1 januari 2016 kan in Nederland uitsluitend DNB de Nederlandse implementatie van art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD uitoefenen en langs deze weg het leidinggevend orgaan en het hogere management in de resolutie- of afwikkelingsfase vervangen. In Nederland is DNB aangewezen als nationale afwikkelingsautoriteit en uit dien hoofde bevoegd genoemde bevoegdheid uit te oefenen.¹¹⁹ Vanaf 1 januari 2015 tot 1 januari 2016 zal DNB deze bevoegdheid uit kunnen oefenen ten aanzien van leden van het leidinggevend orgaan en het hogere management van alle banken en beleggingsondernemingen gevestigd in Nederland.

Vanaf 1 januari 2016 is de SRM-Verordening als onderdeel van de Europese bankenunie van toepassing binnen de Eurozone en zal sprake zijn van een taakverdeling tussen de nationale afwikkelingsautoriteiten en de Europese afwikkelingsautoriteit (*Single Resolution Board*, SRB). Deze verdeling is analoog aan de verdeling tussen de nationale toezichthouders en de ECB. Hierdoor is gewaarborgd dat besluitvorming in het kader van toezicht en resolutie op hetzelfde niveau plaatsvindt.

Dit betekent, dat de SRB de resolutieautoriteit wordt van de grootste en meest internationale banken binnen de Eurozone en de andere, minder belangrijke, banken binnen de Eurozone ten aanzien waarvan de ECB het prudentieel toezicht naar zich toe heeft getrokken omdat dit nodig is voor een consistente toepassing van hoge toezichtsnormen.¹²⁰ Als er in het kader van de resolutie een financiële bijdrage vanuit het *Single Bank Resolution Fund* (het Fonds) vereist is, moet de SRB altijd het *resolution scheme* (afwikkelingsregeling) aannemen en zal de SRB in zoverre dus ook de resolutieautoriteit zijn als het gaat om minder belangrijke banken binnen de Eurozone waarvan de ECB het toezicht niet naar zich toe heeft getrokken.¹²¹ In de hier genoemde gevallen zou men, analoog aan het hierboven behandelde geval dat de ECB de bedoelde nationale implementatiebevoegdheden uit hoofde van de BRRD uitoefent, kunnen denken dat de SRB daarmee bevoegd wordt om de Nederlandse implementatie van art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l

118. Mogelijk, want zoals uiteengezet in voetnoot 75 is het niet zeker dat in dit soort gevallen een instructiebevoegdheid bestaat.

119. Zie de brief d.d. 27 juni 2014 van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2013/14, 32013, 77, p. 4-7. Volgens art. 3 BRRD moeten de lidstaten ieder een nationale afwikkelingsautoriteit benoemen. In andere lidstaten binnen de Eurozone wordt er ook wel voor gekozen om juist een andere entiteit dan de bevoegde toezichthouder tot nationale resolutieautoriteit te benoemen.

120. Art. 7 lid 2 en art. 2 SRM-Verordening jo. art. 6 lid 4 en art. 6 lid 5 onderdeel b SSM-Verordening.

121. Art. 7 lid 3, tweede alinea, SRM-Verordening.

BRRD uit te oefenen en langs die weg het leidinggevend orgaan en het hogere management in de resolutie- of afwikkelingsfase kan vervangen.¹²² Onder de SRM-Verordening wordt echter een andere route bewandeld. In art. 18 lid 9 SRM-Verordening staat te lezen dat de SRB in de gevallen dat de SRB de bevoegde resolutieautoriteit is

‘er zorg voor [draagt] dat de afwikkelingsmaatregel wordt genomen die noodzakelijk is voor de uitvoering van de afwikkelingsregeling door de relevante nationale afwikkelingsautoriteiten. De afwikkelingsregeling wordt tot de relevante nationale afwikkelingsautoriteiten gericht en bevat instructies voor deze autoriteiten, die alle maatregelen nemen die noodzakelijk zijn om de regeling in overeenstemming met artikel 29 uit te voeren door uitoefening van afwikkelingsbevoegdheden (...).’

In art. 15 lid 1, aanhef, en onderdeel c SRM-Verordening staat vervolgens te lezen dat

‘[w]anneer zij handelen volgens de in artikel 18 bedoelde afwikkelingsprocedure (...) de [SRB], de Raad, de Commissie en, waar van toepassing, de nationale afwikkelingsautoriteiten alle passende maatregelen [nemen] om te waarborgen dat de afwikkelingsmaatregel in overeenstemming met de volgende beginselen wordt genomen: (...) het leidinggevend orgaan en het hogere management van de instelling in afwikkeling worden vervangen, behalve indien het aanblijven van het volledige leidinggevende orgaan en het hogere management of een deel ervan, naar gelang van de omstandigheden, voor het verwezenlijken van de afwikkelingsdoelstellingen noodzakelijk wordt geacht.’

Art. 15 lid 1, aanhef, en onderdeel c SRM-Verordening is een (bijna) exacte kopie van art. 34, aanhef en onderdeel c BRRD. Art. 18 lid 9 SRM-Verordening verwijst naar ‘afwikkelingsbevoegdheden’, uit te oefenen door de nationale afwikkelautoriteiten tot wie de instructies van de SRB vervat in de afwikkelingsregeling (*resolution scheme*) zijn gericht. Deze bevoegdheden zijn geregeld in Hoofdstuk VI BRRD (art. 63-72). Ook de bevoegdheid ex art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD is een afwikkelingsbevoegdheid. Op basis van het voorgaande kunnen wij concluderen dat de marsroute als volgt is. Als de SRB de bevoegde resolutieautoriteit is, dan stelt de SRB het *resolution scheme* op. Onderdeel van dit *resolution scheme* zal zijn dat als uitgangspunt de leden van het leidinggevend orgaan en de leden van het hogere management het veld moeten ruimen. Het *resolution scheme* van de SRB zal in Nederland gericht zijn tot DNB in hoedanigheid van nationale afwikkelautoriteit en dit *resolution scheme* zal als uitgangspunt onder andere een instructie bevatten dat de leden van het leidinggevend orgaan en de leden van het hogere management het veld moeten ruimen. Vervolgens moet DNB gehoor geven aan de instructie van de SRB door een besluit te nemen tot het wegsturen van de betreffende functionarissen. Hiertoe zal

122. Art. 5 lid 1 SRM-Verordening jo. de Nederlandse implementatie van art. 34 aanhef en onderdeel c BRRD.

DNB de bevoegdheid uit hoofde van de Nederlandse implementatie van art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel I BRRD uitoefenen.

Hier geldt een vergelijkbare *caveat* als ten aanzien van de ECB. De SRB wordt alleen de resolutieautoriteit ten aanzien van de grootste en meest internationale *banken* (en de andere, minder belangrijke, banken binnen de Eurozone ten aanzien waarvan de ECB het prudentieel toezicht naar zich toe heeft getrokken omdat dit nodig is voor een consistente toepassing van hoge toezichtsnormen), geen resolutieautoriteit van *beleggingsondernemingen* (die niet tevens bank zijn).¹²³ Dit betekent, dat de SRB dan verder geen rol speelt. DNB zal dan de Nederlandse implementatie van art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel I BRRD zelfstandig kunnen uitoefenen, zonder dat daaraan een instructie van de SRB aan ten grondslag ligt.

De andere, minder belangrijke, banken binnen de Eurozone waarvan de ECB het toezicht niet naar zich toe heeft getrokken, vallen onder de competentie van de nationale afwikkelingsautoriteiten (in Nederland: DNB). Kortom, ook in die gevallen zal DNB de bevoegdheid uit hoofde van de Nederlandse implementatie van art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel I BRRD zelfstandig kunnen uitoefenen, zonder dat daaraan een instructie van de SRB aan ten grondslag ligt.¹²⁴

Zoals eerder al uiteen werd gezet, heeft de Minister van Financiën op grond van de Interventiewet nu al de bevoegdheid leden van het leidinggevend orgaan of van het hoger management uit hun functie te zetten, namelijk bij wijze van onmiddellijke voorziening ex art. 6:1 lid 1 Wft. Ook andere functionarissen binnen de organisatie – van hoog tot laag – kan hij langs dezelfde weg uit hun functie zetten, al moet dan natuurlijk wel sprake zijn van een ernstig en onmiddellijk gevaar voor het financiële stelsel.

4.4.6 Rechtsbescherming

Zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien, geschiedt de oplegging van de genoemde maatregelen uit hoofde van de BRRD, anders dan oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod, niet door de civiele rechter, maar door de bevoegde toezichthouders (in Nederland: DNB of ECB) of de bevoegde afwikkelingsautoriteiten (in Nederland: DNB of de SRB via een instructie aan DNB). De hier bedoelde maatregelen worden dus evenals het functieverbod uit hoofde van CRD IV langs de weg van het bestuursrecht geëffectueerd. Het is de vraag wat dat in deze context precies betekent voor de rechtsbescherming die een persoon geniet aan wie de bedoelde maatregelen worden opgelegd.

Om te beginnen: als de ECB in de vroegtijdige interventiefase de Nederlandse implementatie van de bevoegdheden genoemd in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, en art. 28 BRRD uitoefent, en langs een van deze wegen de leden van het leiding-

123. Art. 7 lid 2 en art. 2 SRM-Verordening jo. art. 6 lid 4 en art. 6 lid 5 onderdeel b SSM-Verordening. Behalve als beleggingsondernemingen onder geconsolideerd toezicht van de ECB vallen, zie art. 2 onderdeel c SRM-Verordening.

124. Art. 7 lid 2 en art. 2 SRM-Verordening jo. art. 6 lid 4 en art. 6 lid 5 onderdeel b SSM-Verordening, *a contrario*.

gevend orgaan en leden van het hogere management uit hun functie worden gezet, is dan ons nationale bestuursrecht van toepassing, het Europees bestuursrecht of een combinatie van beiden? Ook over het antwoord op deze vraag bestaat enige onduidelijkheid. Wij zouden ook hier weer willen bepleiten dat primair het Europees bestuursrecht van toepassing is, maar dat daarnaast ook elementen van ons nationale bestuursrecht van toepassing zijn. Ingeval de ECB de Nederlandse implementatie van de bevoegdheden genoemd in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, en art. 28 BRRD uitoefent, geldt ons inziens hetzelfde als in het geval dat de ECB het functieverbod ex art. 1:87 Wft uitoefent (zie eerder in dit preadvies, paragraaf 4.3.6). Het uitoefenen van de Nederlandse implementatie van de bevoegdheden genoemd in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, en art. 28 BRRD betekent dat de ECB besluiten neemt. Tegen besluiten van de ECB kan bezwaar worden ingesteld bij de Administratieve Raad voor Toetsing en vervolgens beroep bij het HvJ EU.¹²⁵ Het lijkt aannemelijk dat de ECB bij het uitoefenen van de bevoegdheden van de nationale toezichthouders ook onderworpen is aan althans bepaalde verplichtingen van deze toezichthouders onder nationaal recht. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan termijnen die volgens het Nederlandse bestuursrecht gelden voor de beslissing op een aanvraag of bepalingen omtrent de bekendmaking van besluiten.¹²⁶

Voorts, als de ECB aan DNB een instructie geeft om in de vroegtijdige interventiefase de Nederlandse implementatie van de bevoegdheden genoemd in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, en art. 28 BRRD uit te oefenen en langs die weg leden van het leidinggevend orgaan en leden van het hogere management uit hun functie te zetten,¹²⁷ heeft de betreffende persoon dan alleen rechtsbescherming tegen het besluit van DNB bij de Nederlandse bestuursrechter of heeft betrokkene ook de mogelijkheid op te komen tegen de door de ECB gegeven instructie aan het adres van DNB bij het HvJ EU? En in hoeverre werkt het Europese bestuursrecht door in het nationale bestuursrecht? Ook over het antwoord op deze vragen bestaat onduidelijkheid.¹²⁸

Ingeval de SRB aan DNB als onderdeel van een *resolution scheme* een instructie geeft om de Nederlandse implementatieregelgeving uit hoofde van art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD uit te oefenen en langs die weg leden van het leidinggevend orgaan en leden van het hogere management te vervangen, heeft de betreffende persoon dan alleen rechtsbescherming tegen het besluit van DNB bij de Nederlandse bestuursrechter of heeft betrokkene ook de mogelijkheid bij het HvJ EU op te komen tegen de door de ECB aan DNB gegeven instructie? En

125. Art. 24 lid 1-10 SSM-Verordening (bezwaar bij de Administratieve Raad voor Toetsing); art. 24 lid 11 SSM-Verordening jo. art. 263 VWEU (beroep bij HvJ EU). Spoor/Fleuren, *FR* (2013) laten in het midden of de nationale bestuursrechter dan wel het HvJ EU in dit soort gevallen rechtsmacht heeft (p. 235-236). Bovenschen e.a., *NtEr* (2013)) geven de voorkeur aan de visie dat het HvJ EU in dit soort gevallen rechtsmacht heeft (p. 368). In die zin ook Arons (2015), paragraaf 2.

126. Vgl. Spoor/Fleuren, *FR* (2013), op p. 235 (r.k.). Al moet worden toegegeven dat de algemene regel van art. 4 lid 3 SSM-Verordening niet zonder meer tot de conclusie leidt dat de ECB aan nationale regels is gebonden.

127. Zoals uiteengezet in voetnoot 75 is het niet zeker dat in dit soort gevallen een instructiebevoegdheid bestaat.

128. Zie hierover: Spoor/Fleuren, *FR* (2013), p. 236; Bovenschen e.a., *NtEr* (2013), p. 367-368; Arons (2015), paragraaf 2.

in hoeverre werkt ook hier het Europese bestuursrecht door in het nationale bestuursrecht? Ook over het antwoord op deze vragen bestaat onduidelijkheid.¹²⁹

Tot slot is het uiteraard ook mogelijk dat de Nederlandse implementatie van de bevoegdheden genoemd in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, art. 28 BRRD wordt uitgeoefend door DNB zelf en de Nederlandse implementatie van art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD zelfstandig door DNB wordt uitgeoefend, zonder dat daaraan een instructie van de SRB ten grondslag ligt. In die gevallen lijkt het wat ons betreft weinig twijfel dat uitsluitend het Nederlandse bestuursrecht van toepassing is.¹³⁰ Waar de toepasselijkheid van het Nederlands bestuursrecht in de hier bedoelde gevallen toe leidt, is ten tijde van het schrijven van dit preadvies helaas ook niet helemaal duidelijk. Dit houdt verband met het navolgende. Art. 85 lid 1 BRRD geeft een lidstaattoptie en bepaalt dat:

‘[d]e lidstaten kunnen verlangen dat voor een besluit tot het nemen van een crisispreventie- of crisisbeheersingsmaatregel¹³¹ voorafgaande goedkeuring vereist is, mits met betrekking tot een beslissing tot het nemen van een crisisbeheersingsmaatregel overeenkomstig het nationaal recht, de procedures voor de goedkeuring van de aanvraag en de beoordeling van de aanvraag door de rechtbank snel worden afgerond.’

Of in Nederland crisispreventie- en crisisbeheersingsmaatregelen (met inbegrip van de maatregelen genoemd in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, art. 28 en art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD) worden onderworpen aan voorafgaande rechterlijke toetsing is op het moment van schrijven van dit preadvies niet duidelijk. Misschien zal de wetgever aansluiten bij de procedure voor het goedkeuren van een overdrachtsplan¹³² zoals die nu bestaat op grond van de Inter-

129. Vgl. Arons (2015), paragraaf 3.

130. Vgl. Spoor/Fleuren, *FR* (2013), p. 236 (ten aanzien van het SSM).

131. Zie voor de definitie van ‘crisispreventiemaatregel’ art. 2 lid 1 onderdeel 101 BRRD: ‘de uitoefening van bevoegdheden voor het onmiddellijk wegnemen van tekortkomingen of belemmeringen voor herstel uit hoofde van art. 6, lid 6, de uitoefening voor het aanpakken of wegnemen van belemmeringen voor de afwikkelbaarheid uit hoofde van artikel 17 of artikel 18, de toepassing van vroegtijdige-interventiemaatregelen uit hoofde van artikel 27, de aanstelling van een tijdelijk bewindvoerder uit hoofde van artikel 29 of de uitoefening van de afschrijvings- of de omzettingsbevoegdheid uit hoofde van artikel 59.’ Kortom: ook de bevoegdheid ex art. 27 lid 1 aanhef en onderdeel d BRRD is een ‘crisispreventiemaatregel’ als bedoeld in art. 85 lid 1 BRRD. Het is opmerkelijk dat de bevoegdheid ex art. 28 BRRD kennelijk geen ‘crisispreventiemaatregel’ in de zin van art. 85 lid 1 BRRD is. Wij zouden ervan uit willen gaan dat het hier een omissie betreft. In de hoofdtekst gaan wij ervan uit dat ook de bevoegdheid ex art. 28 BRRD een ‘crisispreventiemaatregel’ als bedoeld in art. 85 lid 1 BRRD is. Zie voor de definitie van ‘crisisbeheersingsmaatregel’ art. 2 lid 1 onderdeel 102 BRRD: ‘een afwikkelingsmaatregel, dan wel de aanstelling van een bijzondere bestuurder uit hoofde van art. 35, of een persoon uit hoofde van art. 51, lid 2, of van art. 72, lid 1’. ‘Afwikkelingsmaatregel’ is in art. 2 lid 1 onderdeel 40 BRRD gedefinieerd als ‘het overeenkomstig artikel 32 of artikel 33 genomen besluit om een instelling of een entiteit als bedoeld in art. 1, lid 1, onder (b), (c) of (d), af te wikkelen, de toepassing van een afwikkelinstrument, of de uitoefening van een of meer afwikkelingsbevoegdheden.’ ‘Afwikkelingsbevoegdheid’ is in art. 2 lid 1 onderdeel 20 BRRD gedefinieerd als ‘een bevoegdheid als bedoeld in de artikelen 63 tot en met 72’. In art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD is de bevoegdheid opgenomen om in de resolutiefase de leden van het leidinggevend orgaan en het hoger management te vervangen. Kortom: ook de bevoegdheid ex art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD is een ‘crisisbeheersingsmaatregel’ als bedoeld in art. 85 lid 1 BRRD.

132. Een overdrachtsplan kan in het geval van een bank betrekking hebben op deposito-overeenkomsten,

ventiewet. Een door DNB opgesteld overdrachtsplan moet vooraf worden goedgekeurd door Rechtbank Amsterdam. De rechtbank keurt het overdrachtsplan bij beschikking goed ‘indien summierlijk blijkt dat zich een situatie als bedoeld in art. 3:159c, eerste lid, Wft voordoet’ (art. 3:159ij lid 1 Wft). De beschikking van de Rechtbank Amsterdam is uitvoerbaar bij voorraad (art. 3:159z lid 6 Wft).¹³³

Het is echter ook denkbaar dat een meer traditionele route zal worden gevolgd. In het Nederlandse bestuursrecht is de rechtsbescherming normaal gesproken vooral *ex post*. Als geen gebruik wordt gemaakt van de lidstaattoptie *ex art. 85 lid 1 BRRD*, ligt het voor de hand dat dit meer gebruikelijke model toepassing zal vinden. De betrokkene kan voorafgaand aan het opleggen van de bedoelde maatregelen uit de BRRD alsdan weliswaar zijn zienswijze geven over het ontwerpbesluit (art. 4:8 Awb),¹³⁴ maar ten overstaan van DNB die de maatregel van plan is op te leggen (ofwel als toezichthouder, ofwel als afwikkelingsautoriteit). In de resolutiefase zal zelfs daarvoor mogelijk geen tijd zijn. Hoe dan ook, als dit meer gebruikelijke model wordt gevolgd, is dit toch heel wat anders dan een civiele procedure ten overstaan van een echt onafhankelijke rechter, zoals dit het geval is voorafgaand aan het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod. Als dit meer gebruikelijke model wordt gevolgd, is niet helemaal duidelijk hoe de bedoelde bevoegdheden uit hoofde van de BRRD in de Nederlandse context zullen worden uitgeoefend (zie nader paragraaf 4.4.7 hierna). Hoe de bevoegdheden ook precies worden uitgeoefend, het zou in elk geval zo moeten zijn dat de persoon die het veld moet ruimen als gevolg van de uitoefening van de bedoelde bevoegdheden uit de BRRD bezwaar kan maken bij DNB. In de praktijk haalt bezwaar weinig uit en zal de bezwaarfase door DNB vooral worden benut om de motivering nog wat aan te vullen, te wijzigen of aan te scherpen. De echte bescherming bestaat uit de beroepsmogelijkheid bij de Rechtbank Rotterdam en in hoger beroep bij (vooralsnog) het CbB (straks de ABRvS).¹³⁵

andere activa en passiva en door de bank uitgegeven aandelen (art. 3:159c lid 2 onderdeel a en c Wft). In het geval van een verzekeraar kan het overdrachtsplan betrekking hebben op activa, passiva en door de verzekeraar uitgegeven aandelen (art. 3:159c lid 2 onderdeel b en c Wft).

133. Als de overdrachtsregeling door de Rechtbank Amsterdam geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen, heeft DNB het recht van hoger beroep gedurende acht dagen na de dag van de afwijzing (art. 3:159aa lid 1 Wft). Tegen een beschikking waarin de overdrachtsregeling wordt toegewezen, staat geen hoger beroep open (art. 3:159aa lid 2 Wft). Tegen de beschikking staat wel beroep in cassatie bij de Hoge Raad open (art. 3:159z lid 2 Wft). Een aandeelhouder kan, indien hij van mening is dat de door de overnemer te betalen prijs geen volledige vergoeding vormt voor de schade die hij rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van zijn aandeel lijdt, de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam verzoeken een aanvullende schadeloosstelling vast te stellen (art. 3:159ab lid 1 Wft).
134. Naar Europees bestuursrecht is het niet veel anders. De personen tegen wie procedures zijn gericht, moeten in principe gehoord worden voordat de ECB het besluit neemt, zie art. 22 lid 1, eerste alinea, SSM-Verordening. Art. 40 SRM-Verordening voorziet alleen expliciet in het recht gehoord te worden indien een boete of last onder dwangsom wordt opgelegd door de SRB. Maar zie art. 41 lid 2 onderdeel a van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waaruit blijkt dat eenieder het recht heeft gehoord te worden voordat jegens hem een nadelige individuele maatregel wordt genomen.
135. Het CbB en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) worden op termijn opgeheven. In ieder geval de rechtsmacht van het CbB zal volgens het kabinet kunnen overgaan op de ABRvS. Het streven is erop gericht in de loop van 2014 een wetsvoorstel in consultatie te brengen. Zie de brief d.d. 26 juni 2014 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer (kenmerk 2014-000329747).

Mede gelet op de hierboven gesignaleerde onzekerheid over het antwoord op de vraag of Europees bestuursrecht een rol speelt, en zo ja welke, (1) ingeval de ECB een besluit neemt uit hoofde van de Nederlandse implementatie van de bevoegdheden genoemd in art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, art. 28 BRRD (of indien de ECB aan DNB een instructie geeft om een zodanig besluit te nemen¹³⁶), en (2) ingeval de SRB aan DNB een instructie geeft om de Nederlandse implementatie van art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD uit te oefenen, beperken wij ons in het vervolg van deze paragraaf tot de gevolgen van dit soort besluiten als zij door DNB worden genomen (als toezichthouder of als afwikkelingsautoriteit en los van enige instructie van de ECB of de SRB). Maar ook dan ontkomen we niet aan het Europees bestuursrecht.

Voor het civielrechtelijk bestuursverbod geldt dat dit pas effect heeft op het moment dat de uitspraak kracht van gewijsde heeft gekregen (art. 106b lid 1 en 6 Fw). Het uitoefenen van de bedoelde bevoegdheden uit de BRRD zal in de Nederlandse context, althans als de meer traditionele route wordt gevolgd (zie hierboven), resulteren in een besluit in de zin van de Awb. Hiervoor geldt dat het aantekenen van bezwaar, beroep en hoger beroep juist geen schorsende werking heeft, tenzij in een wettelijk voorschrift anders wordt bepaald (art. 6:16 en 6:24 Awb). Voor de hier bedoelde bevoegdheid ex art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD zal echter niet anders bepaald *kunnen* worden omdat de BRRD zich daartegen verzet. Art. 85 lid 3 BRRD bepaalt dat '[d]e lidstaten er zorg voor dragen dat alle personen die getroffen worden door een besluit tot het nemen van een crisisbeheersingsmaatregel¹³⁷ het recht hebben om beroep tegen dat besluit in te stellen (...).' Art. 85 lid 4 BRRD bepaalt vervolgens dat 'het instellen van beroep [niet] leidt (...) tot automatische opschorting van de gevolgen van het betwiste besluit' en dat 'het besluit van de afwikkelingsautoriteit (...) onmiddellijk afdwingbaar [is] en (...) aanleiding [geeft] tot een weerlegbaar vermoeden dat een opschorting van de handhaving ervan tegen het algemeen belang indruist.' In een crisissituatie is het inderdaad niet erg effectief als opgelegde maatregelen geschorst worden door bezwaar en beroep. Kortom, uitoefening van de bevoegdheid ex art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD zal onmiddellijke werking hebben. De bevoegdheden ex art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d en art. 28 BRRD zijn echter niet (zoals de bevoegdheid ex art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD) aan te merken als crisisbeheersingsmaatregel, maar als crisispreventiemaatregel. Voor die gevallen wordt onmiddellijke werking niet voorgeschreven door

136. Zoals uiteengezet in voetnoot 75 is het niet zeker dat in dit soort gevallen een instructiebevoegdheid bestaat.

137. Zie voor de definitie van 'crisisbeheersingsmaatregel' art. 2 lid 1 onderdeel 102 BRRD: 'een afwikkelingsmaatregel, dan wel de aanstelling van een bijzondere bestuurder uit hoofde van art. 35, of een persoon uit hoofde van art. 51, lid 2, of van artikel 72, lid 1'. 'Afwikkelingsmaatregel' is in art. 2 lid 1 onderdeel 40 BRRD gedefinieerd als 'het overeenkomstig artikel 32 of artikel 33 genomen besluit om een instelling of een entiteit als bedoeld in art. 1, lid 1, onder (b), (c) of (d), af te wikkelen, de toepassing van een afwikkelinstrument, of de uitoefening van een of meer afwikkelingsbevoegdheden.' 'Afwikkelingsbevoegdheid' is in art. 2 lid 1 onderdeel 20 BRRD gedefinieerd als 'een bevoegdheid als bedoeld in de artikelen 63 tot en met 72'. In art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD is de bevoegdheid opgenomen om in de resolutiefase de leden van het leidendevend orgaan en het hoger management te vervangen. Kortom: ook de uitoefening van de bevoegdheid ex de Nederlandse implementatie van art. 63 lid 1 onderdeel l BRRD is een 'crisisbeheersingsmaatregel' als bedoeld in art. 85 lid 3 en 4 BRRD (zie hoofdtekst).

art. 85 lid 4 BRRD, ongetwijfeld omdat in de preventiefase de tijd nog niet per definitie begint te dringen. Kortom, als de Nederlandse wetgever zou willen bepalen dat het instellen van bezwaar en beroep tegen besluiten ex art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d en art. 28 BRRD schorsende werking heeft, zou dit in ieder geval niet indruisen tegen de BRRD. Wij kunnen ons evenwel voorstellen dat de Nederlandse wetgever ook in die gevallen zal willen vasthouden aan het in het Nederlandse bestuursrecht bestaande uitgangspunt dat het instellen van bezwaar en beroep en hoger beroep geen schorsende werking heeft (art. 6:16 en 6:24 Awb). Hoe dan ook, in een meer traditionele aanpak is de rechtsbescherming dus een tandje minder dan bij de oplegging van het civielrechtelijk bestuursverbod. Overigens wordt ook dit verschil in rechtsbescherming weer gerelativeerd doordat de rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aanhangig is, de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het OM of op vordering van de curator kan schorsen gedurende het geding, en deze schorsing voor de duur van de schorsing wordt ingeschreven in het Handelsregister (art. 106c lid 4-6 Fw). Hoe dan ook: de uitoefening van de bedoelde bevoegdheden uit de BRRD zal naar alle waarschijnlijkheid onmiddellijke werking hebben, althans in het bestuursrecht. Of de oplegging van genoemde maatregelen ook onmiddellijk effect heeft in het privaatrecht, zal in de volgende paragraaf worden besproken.

Als de Minister van Financiën op grond van de Interventiewet bij wijze van onmiddellijke voorziening ex art. 6:1 lid 1 Wft functionarissen binnen een financiële onderneming het veld laat ruimen, is de volgende rechtsbescherming van toepassing. De bezwaarfase wordt overgeslagen, er is alleen beroep mogelijk, bij de ABRvS. Er is geen mogelijkheid van hoger beroep. De termijn voor het indienen van een beroepschrift is korter dan gebruikelijk in het bestuursrecht. Zie nader art. 6:6 en 6:7 Wft.

4.4.7 Gevolgen

De bevoegdheden uit de BRRD voorzien erin dat bestuurders, commissarissen en hogere managers in de vroege interventiefase of in de resolutiefase moeten vertrekken als de bevoegde toezichthouder/resolutieautoriteit vindt dat dat nodig is. Uitoefening van deze bevoegdheden verzet zich er strikt genomen niet tegen dat degene die het veld moet ruimen, bij bijvoorbeeld een andere bank of beleggingsonderneming weer aan de slag gaat. Het benoemingsbesluit ter zake van een functie bij bijvoorbeeld een andere bank zal in elk geval niet nietig zijn op grond van art. 2:14 lid 1 BW. Hetzelfde geldt als de Minister van Financiën bij wijze van onmiddellijke voorziening functionarissen bij financiële ondernemingen ontslaat in geval van ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Het civielrechtelijk bestuursverbod en het functieverbod van art. 1:87 Wft gaan zoals bekend veel verder. Zij houden immers niet alleen in dat de betrokkene het veld moet ruimen, maar ook dat hij/zij voor een zekere periode geen bestuurder of commissaris meer mag zijn van rechtspersonen, respectievelijk voor een zekere periode geen functies meer mag vervullen bij banken en beleggingsondernemingen (en volgens de Nederlandse implementatie in art. 1:87 Wft ook geen functies meer mag vervullen bij andere ondernemingen binnen de groepen waarvan deze deel

uitmaken). Een opgelegd, nog geldend, civielrechtelijk bestuursverbod heeft zelfs tot gevolg dat een benoemingsbesluit nietig is (art. 106b lid 1 Fw).

Wel zal de opgelegde maatregel uit hoofde van de BRRD/de Interventiewet een relevant antecedent kunnen zijn voor de betrouwbaarheids- en/of geschiktheidstoets als de betrokken persoon weer aan de slag wil in een functie in de financiële sector die onderworpen is aan een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets, en zal hij dit antecedent dus ook moeten melden. Uiteraard, als de autoriteit die de bevoegdheid uit de BRRD heeft uitgeoefend dezelfde is als de autoriteit die de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets verzorgt, dan zal dit antecedent mogelijk ook via de interne systemen naar boven komen. Als de Minister van Financiën een functionaris bij wijze van onmiddellijke voorziening ontslaat, zal DNB daarbij betrokken zijn omdat de minister DNB moet raadplegen (art. 6:1 lid 2 Wft), dus ook dan lijkt er geen probleem. In internationaal verband kan het lastiger zijn om deze koppeling eenvoudig te leggen als betrokkene dit antecedent niet spontaan meldt. Zoals eerder werd opgemerkt, zal EBA weliswaar een centrale gegevensbank bijhouden, maar die gegevensbank lijkt alleen bedoeld voor opname van administratieve sancties – en dus niet voor opname van maatregelen die geen administratieve sancties zijn. Overweging 39 van CRD IV geeft immers aan dat EBA ‘het recht dient te hebben om een centrale gegevensbank met gedetailleerde gegevens over administratieve sancties, met inbegrip van eventueel daartegen ingestelde rechtsmiddelen, bij te houden die alleen voor bevoegde autoriteiten toegankelijk is.’ Of de uitoefening van de bevoegdheden uit de BRRD en de Interventiewet sancties zijn, is aan enige twijfel onderhevig. Genoemde bevoegdheden uit de BRRD en de Interventiewet lijken toch vooral instrumenten bedoeld om een crisis bij banken en beleggingsonderneming (en tevens bij andere financiële ondernemingen in het geval van de bevoegdheid ex art. 6:1 lid 1 Wft) te voorkomen of te beheersen. Zie nader hierboven in paragraaf 4.4.2. De beperking tot sancties is op zichzelf genomen begrijpelijk gelet op de doelstelling van de centrale gegevensbank, te weten dat ‘[t]eneinde de betrouwbaarheid van bestuurders en van leden van een leidinggevend orgaan te kunnen beoordelen, (...) moet (...) worden voorzien in een efficiënt systeem voor de uitwisseling van informatie’ (r.o. 39 CRD IV). Daar komt nog bij dat alleen ‘bevoegde autoriteiten’¹³⁸ (toezichthouders) toegang hebben tot de centrale gegevensbank. Kortom, afwikkelingsautoriteiten hebben geen toegang. In Nederland is DNB toevallig zowel toezichthouder als afwikkelingsautoriteit, maar in andere lidstaten kan dat anders zijn. In dat geval zal er dus enige coördinatie noodzakelijk zijn tussen de toezichthouder en de afwikkelingsautoriteit. En in elk geval valt te hopen dat afwikkelingsautoriteiten, ofschoon zij dan geen toegang hebben tot de centrale gegevensbank, wel gegevens ter opname kunnen aanleveren, bijvoorbeeld dat de bevoegdheid ex art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel 1 BRRD is uitgeoefend. Hoe dit alles ook zij, het zou nuttig zijn als de uitoefening van de bevoegdheden uit de BRRD en op grond van de Interventiewet zou blijken uit de centrale gegevensbank bijgehouden door EBA, of het nu sancties zijn of niet.¹³⁹

138. Art. 3 lid 1 onderdeel 36 CRD IV jo. art. 4 lid 1 onderdeel 4 CRR: ‘een bij nationale wetgeving officieel erkende overheidsinstantie of lichaam die/dat bij nationale wetgeving gemachtigd is toezicht op instellingen uit te oefenen als onderdeel van het in de betrokken lidstaat geldende toezichtstelsel’.

139. Wij gaan ervan uit dat in de praktijk de bedoelde maatregelen uit de BRRD en de Interventiewet ook heel snel bekend zullen worden en in een aantal gevallen ook bekend moeten worden. Zij

Het opleggen van deze maatregelen kan immers van belang zijn bij het uitvoeren van de betrouwbaarheids- en geschiktheidsstoets. De functie van de centrale gegevensbank zou aldus verruimd kunnen worden dat deze niet alleen dient ter ondersteuning bij de betrouwbaarheidstoets, maar ook bij de geschiktheidsstoets. Bovendien zouden anderen dan toezichhouders, zoals afwikkelingsautoriteiten en onze Minister van Financiën in elk geval de mogelijkheid/verplichting moeten hebben om gegevens aan te leveren. Tot slot, voor functies in de lagere echelons (die niet zijn onderworpen aan een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets) geldt dat de oplegging van de diverse maatregelen veelal niet bekend zullen zijn bij de werkgever. Het register bijgehouden door EBA is immers hoe dan ook niet raadpleegbaar voor de werkgever. Natuurlijk heeft de werknemer in spe wel een meldingsplicht, bijvoorbeeld in het kader van een *pre-employment screening*, maar die zal er mogelijk het zwijgen toe doen.¹⁴⁰

De bevoegdheden uit de BRRD om bestuurders, commissarissen en hogere managers de laan uit te sturen in de vroege interventiefase en de resolutiefase, kunnen alleen worden uitgeoefend voor zover deze functionarissen werkzaam zijn bij een bank of beleggingsonderneming. De reikwijdte van de BRRD is nu eenmaal beperkt tot banken en beleggingsondernemingen en strekt zich niet uit tot andere financiële ondernemingen zoals verzekeraars, beleggingsinstellingen enz. Ook ten aanzien van andere financiële ondernemingen dan banken en beleggingsondernemingen die in zwaar weer terechtkomen of daarin terecht dreigen te komen, kunnen deze bevoegdheden echter nuttig zijn. Niet voor niets heeft de Minister van Financiën deze bevoegdheid tot op zekere hoogte nu al. We hebben gezien dat hij bij ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel bij wijze van onmiddellijke voorziening functionarissen bij banken, beleggingsondernemingen en andere financiële ondernemingen kan ontslaan.

Ten aanzien van de uitoefening van de bevoegdheden uit hoofde van de implementatie van art. 27 lid 1, aanhef, en onderdeel d, art. 28, art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel I BRRD en art. 6:1 lid 1 Wft, waardoor leden van het leidinggevend orgaan en leden van het hoger management de laan uit worden gestuurd, lijkt volgens Nederlands bestuursrecht het volgende te gelden.

In het geval van uitoefening van de bevoegdheden uit hoofde van de BRRD neemt DNB een besluit in de zin van de Awb (met of zonder voorafgaande rechterlijke toetsing, zie eerder). Omdat de bank of beleggingsonderneming in zwaar weer verkeert of daarin terecht dreigt te komen, ligt het ons inziens niet erg voor de hand om een besluit te gieten in de vorm van een aanwijzing aan het adres van het orgaan binnen de banken of beleggingsonderneming die bevoegd is de betrokkene te ontslaan. Dat zou onnodig vertragend kunnen werken. Het zou meer voor de hand liggen als het besluit gericht is tot betrokkene, en er, met terzijdestelling van het privaatrecht (met inbegrip van het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht) in resulteert dat betrokkene *du moment* dat het besluit hem bereikt dan wel bekend

zullen bij een beursgenoteerde onderneming ongetwijfeld koersgevoelige informatie opleveren, maar ook anderszins kan het gewenst of noodzakelijk zijn hier ruchtbaarheid aan te geven.

140. Overigens voorziet art. 113 BRRD ook in een door EBA bijgehouden centrale gegevensbank. Dit lijkt echter een andere gegevensbank te zijn met een ander doel.

is gemaakt, in civielrechtelijke zin uit functie is. In de vroege interventiefase kan men over deze benadering wellicht nog twijfelen, omdat de tijd dan minder dringt en de route van een aanwijzing zoals hierboven beschreven nog wel acceptabel kan zijn. Maar in de resolutiefase lijkt ons direct civiel effect van de maatregel uit hoofde van de implementatie van art. 34 aanhef en onderdeel c/art. 63 lid 1 onderdeel I BRRD gewoonweg noodzakelijk. De bank of beleggingsonderneming balanceert op de rand van de afgrond en inmiddels zal binnen de onderneming de paniek zijn toegeslagen en zijn er in elk geval tal van andere zaken die aandacht vragen. Indien de maatregel geen direct civiel effect heeft, bestaat ons inziens zelfs strijd met het Europese effectiviteitsbeginsel. Voor alle maatregelen die via een *resolution scheme* worden opgelegd, moet ons inziens gelden dat de implementatie ervan door de nationale resolutieautoriteiten direct effect in het privaatrecht heeft. De grenzen tussen publiek- en privaatrecht vervagen dan, maar dat kan in onze ogen niet anders om de effectiviteit van de maatregelen te waarborgen. Overigens is dit in het kader van de Interventiewet momenteel niet anders. De Minister van Financiën kan immers functionarissen bij financiële ondernemingen bij wijze van onmiddellijke voorziening ontslaan, met terzijdestelling van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen (art. 6:1 lid 1 Wft). Ook bijvoorbeeld aandeelhouders kan hij onteigenen, ook weer met terzijdestelling van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen. Ook het privaatrecht kan de minister dus opzij zetten om direct civiel effect te bereiken, in casu ontslag functionarissen/onteigening aandeelhouders.

4.5 Geschiktheid en betrouwbaarheid

4.5.1 Algemeen

Het dagelijks beleid van een afwikkelonderneming, betaalinstelling, clearinginstelling, elektronischgeldinstelling, entiteit voor risico-acceptatie, bank, premiepensioeninstelling of verzekeraar in Nederland, alsmede het dagelijks beleid van een beheerder van een beleggingsinstelling, beleggingsmaatschappij, beheerder van een icbe, maatschappij voor collectieve belegging in effecten, beleggingsonderneming, bewaarder, bewaarder van een icbe, financiële dienstverlener of pensioenbewaarder,¹⁴¹ wordt bepaald door personen die geschikt zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf van de financiële onderneming. Indien binnen de financiële onderneming een orgaan is belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële onderneming, wordt dit toezicht gehouden door personen die geschikt zijn voor de uitoefening van dit toezicht (geschiktheidseis, art. 3:8 en 4:9 Wft).

Verder moet het beleid van de hierboven genoemde financiële ondernemingen worden bepaald door personen wier betrouwbaarheid buiten twijfel staat. Indien binnen een financiële onderneming een orgaan is belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële onderneming, wordt dit toezicht gehouden door personen wier betrouwbaarheid buiten twijfel staat (betrouwbaarheidseis, art. 3:9 en 4:10 Wft).

141. Deze financiële ondernemingen worden allen nader gedefinieerd in art. 1:1 Wft.

Vergelijkbare normen met betrekking tot geschiktheid en betrouwbaarheid worden ook gesteld aan (mede)beleidsbepalers en interne toezichthouders van pensioenfondsen en trustkantoren.¹⁴²

De groep van personen onderworpen aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidseis bestaat grotendeels¹⁴³ uit bestuurders en leden van toezichthoudende organen, zoals commissarissen. Per 1 januari 2015 zal de groep van personen onderworpen aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen, naar verwachting, verder worden uitgebreid. Zie nader paragraaf 4.5.4 hierna.

Zoals eerder aangegeven kan een negatieve uitkomst van de toetsing van beleidsbepalers *de facto* leiden tot een bestuurs- en/of functieverbod in de financiële sector. De geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets verdient om die reden bespreking in dit preadvies. Wij komen hier verderop in dit preadvies nog op terug.

Ook bespreken wij de (voorgenomen) aanwijzingsbevoegdheid tot schorsing van dagelijks beleidsbepalers, leden van toezichthoudende organen en mede-beleidsbepalers tijdens de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets. De aanwijzingsbevoegdheid in het kader van de geschiktheidstoets zal naar verwachting per 1 januari 2016 door middel van de Wijzigingswet financiële markten 2016 in de Wft worden opgenomen. De aanwijzingsbevoegdheid tot schorsing tijdens een betrouwbaarheidstoets bestaat volgens de wetgever al. Wij komen hier nog op terug (zie paragraaf 4.5.3 en paragraaf 4.5.6 hierna). Hoe dan ook, de aanwijzingsbevoegdheid maakt het mogelijk voor de toezichthouder al voorafgaand aan een (negatief of positief) besluit ten aanzien van betrouwbaarheid of geschiktheid een persoon te laten schorsen.¹⁴⁴

4.5.2 Doelstelling

De geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets beoogt een waarborg te bieden dat ondernemingen in de financiële sector worden geleid door personen die geschikt en betrouwbaar zijn. Een goed functionerende, integere financiële sector begint en eindigt immers bij de personen die daar werkzaam zijn. Dat geldt in het bijzonder voor bestuurders, commissarissen en andere sleutelfuncties. Zij nemen binnen de onderneming immers de belangrijke beslissingen en hebben een voorbeeldfunctie voor de rest van het bedrijf. Personen die belangrijke functies in de financiële sector vervullen zijn daarom onderworpen aan een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets door de bevoegde toezichthouders.

Het civielrechtelijk bestuursverbod is volgens de toelichting ‘preventief’ en ‘toekomstgericht’.¹⁴⁵ Dat geldt ook voor een negatief oordeel ten aanzien van betrouw-

142. Art. 106 Pensioenwet (PW), art. 110c Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb), art. 4 onderdelen a en b en art. 11 lid 2 Wet toezicht trustkantoren (Wtt).

143. Voor het grootste gedeelte, omdat bijvoorbeeld ook niet-bestuurders kunnen worden aangemerkt als dagelijks beleidsbepaler of mede-beleidsbepaler.

144. De voorgestelde wijziging heeft uitsluitend betrekking op bevoegdheden uit hoofde van de Wft en niet op bevoegdheden uit hoofde van de PW, Wvb en Wtt.

145. MvT, Algemeen, paragraaf 2, derde alinea.

baarheid of geschiktheid. Een negatief oordeel voorkomt natuurlijk niet dat een persoon zich wederom meldt als kandidaat voor een functie in de financiële sector waarvoor een geschiktheids- en betrouwbaarheidseis geldt, maar het zal niet eenvoudig zijn om terug te keren in een dergelijke functie (en hetzelfde geldt mogelijk ook voor andere functies binnen de financiële sector). In de eerste plaats zal de persoon zelf een afweging moeten maken of het zinvol is om weer een poging te wagen om in een dergelijke functie te worden benoemd. De financiële onderneming zal moeten afwegen of het zinvol is met een dergelijke persoon in zee te gaan. Het risico bestaat immers dat de bevoegde toezichthouders andermaal een negatief oordeel zullen vellen. Het is belangrijk voor ogen te houden dat de vraag of de feiten en omstandigheden die ten grondslag lagen aan een eerdere ‘afoetsing’ pas weer worden gewogen als daar aanleiding voor bestaat in de vorm van een nieuwe, voorgenomen benoeming, een aanvraag voor een vergunning of voor een verklaring van geen bezwaar (vvgb). Tot dat moment blijven de onderneming en de betrokkene in onzekerheid over de hernieuwde weging van feiten en omstandigheden en of het eerder negatieve oordeel omtrent geschiktheid en/of betrouwbaarheid wordt gehandhaafd.

4.5.3 ‘Trigger’-moment

De geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen zijn ‘going concern’ eisen. Een onderneming moet doorlopend voldoen aan deze eisen. Het trigger-moment bij de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets is derhalve niet, zoals bij het civielrechtelijk bestuursverbod, gekoppeld aan een faillissementssituatie, of, zoals bij de BRRD, een interventie, en evenmin beperkt tot overtreding van bepaalde toezichtsvereisten, zoals bij het functieverbod van CRD IV. In het kader van de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing is een aantal momenten te onderscheiden waarop een toetsing of hertoetsing op geschiktheid en/of betrouwbaarheid aan de orde is. Dat is in de eerste plaats het moment waarop een financiële onderneming¹⁴⁶ een vergunning aanvraagt.¹⁴⁷ Ook is in een aantal gevallen een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets voorgeschreven voor personen die een gekwalificeerde deelneming verwerven in bepaalde financiële ondernemingen. Voor het houden van een gekwalificeerde deelneming wordt pas een verklaring van geen bezwaar (vvgb) afgegeven nadat de toezichthouder heeft vastgesteld dat zij, dan wel de beleidsbepalers van de houdster van de gekwalificeerde deelneming, geschikt zijn en hun betrouwbaarheid buiten twijfel staat.¹⁴⁸ Naast een toetsing op geschiktheid en betrouwbaarheid bij een vergunningaanvraag of aanvraag voor een vvgb vindt een toetsing uiteraard ook plaats voorafgaand aan een nieuwe benoeming.

146. Dan wel een pensioenfonds of een trustkantoor.

147. Zie art. 2.3.0 i Wft, art. 2.3.0 m Wft, art. 2.3 b Wft, art. 2:5 Wft, art. 2:7 Wft, art. 2:10b Wft, art. 2:12 Wft, art. 2:17 Wft, art. 2:21 Wft, art. 2:26b Wft, art. 2:26e Wft, art. 2:31 Wft, art. 2:37 Wft, art. 2:41 Wft, art. 2:49 Wft, art. 2:51 Wft, art. 2:54b Wft, art. 2:54e Wft, art. 2:54h Wft, art. 2:54j Wft, art. 2:54m Wft, art. 2:58 Wft, art. 2:63 Wft, art. 2:67 Wft, art. 2:68 Wft, art. 2:69a Wft, art. 2:69c Wft, art. 2:78 Wft, art. 2:83 Wft, art. 2:89 Wft, art. 2:94 Wft, art. 2:99 Wft.

148. Zie art. 3:99 en art. 3:100 Wft. De geschiktheidseis voor deze groep geldt overigens uitsluitend, indien de personen die de gekwalificeerde deelneming verwerven, het *dagelijks* beleid zullen bepalen of medebepalen. Indien zij slechts het (algemeen) beleid bepalen of medebepalen geldt uitsluitend de betrouwbaarheidstoets. Onder *dagelijks beleid* wordt verstaan de beleids- en besluitvorming gericht op het dagelijks uitoefenen van het bedrijf, de term *beleid* is gereserveerd voor de beleids- en besluitvorming gericht op de lange termijn. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29708, 10, p. 239.

Dat geschiktheid en betrouwbaarheid doorlopende vereisten zijn, blijkt bijvoorbeeld uit de bewoordingen van art. 3:8/4:9 Wft en art. 3:9/4:10 Wft.¹⁴⁹ De bewoordingen in deze artikelen impliceren dat ook na de initiële toetsing bij markttoetreding of benoeming, een hertoetsing kan plaatsvinden. Maar de bevoegdheid tot hertoetsing is wel ingekaderd. Er moet een redelijke aanleiding zijn. Wanneer sprake is van een redelijke aanleiding om opnieuw te toetsen, wordt door de wetgever niet duidelijk gemaakt. DNB en AFM hebben in een informatiebulletin wel een poging gedaan enige duidelijkheid te verschaffen, maar behouden zich hier uitdrukkelijk veel beleidsruimte voor. Twijfels over geschiktheid of betrouwbaarheid kunnen zowel ontstaan door het handelen van de persoon in kwestie als door ontwikkelingen ten aanzien van de onderneming. Maar uiteindelijk hangt het volgens de toezichthouders toch steeds af van de omstandigheden van het geval.¹⁵⁰ Indien sprake is van een wijziging in de relevante feiten en omstandigheden kan er een nieuwe toetsing plaatsvinden. Dat kan aan de orde zijn als sprake is van nieuwe anteceden-ten. De beleidsbepaler c.q. de onderneming is verplicht ook doorlopend dergelijke anteceden-ten te melden. Niet-melding kan bijdragen aan een negatief betrouwbaarheidsoordeel en voor de onderneming een boetewaardige gedraging opleveren.¹⁵¹

Geschiktheid bestaat volgens de Beleidsregel geschiktheid 2012¹⁵² uit een aantal elementen: kennis, vaardigheden en professioneel gedrag. De geschiktheid blijkt in ieder geval uit de opleiding, werkervaring en competenties van de beleidsbepaler en doorlopende toepassing daarvan. Beleidsbepalers dienen geschikt te zijn met betrekking tot de volgende onderwerpen:

- (1) bestuur, organisatie en communicatie;
- (2) producten, diensten en markten waarop de onderneming actief is;
- (3) beheerste en integere bedrijfsvoering; en
- (4) evenwichtige en consistente besluitvorming.

De toezichthouder toetst de geschiktheid van een persoon voorafgaand aan diens aantreden, dan wel bij de vergunningaanvraag of registratie of bij het voornemen tot benoeming van een nieuwe beleidsbepaler bij een onderneming die al beschikt over een vergunning of een registratie.¹⁵³ Vervolgens wordt, na het aantreden, de

149. Alsmede uit de overeenkomstige bepalingen in de PW, Wvb, en Wtt. Art. 106 PW, art. 110c Wvb, art. 4 onderdelen a en b en art. 11 lid 2 Wtt.

150. Informatiebulletin Toetsingen, versie 1-5-2012 A van DNB en AFM, te raadplegen op de websites van DNB en AFM.

151. Zie R. Stijnen, Hoofdstuk 8, (Her)toetsing van geschiktheid en betrouwbaarheid, in: D.R. Doorenbos & M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming & Sanctierecht, Handhaving in financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw* (Serie Onderneming & Recht, deel 76), Deventer: Kluwer 2013, p. 339-365 (hierna: Stijnen (2013)), p. 352 en de daar aangehaalde rechtspraak. Ook is vermeldenswaardig dat een instelling die een persoon die niet voldoet aan de geschiktheids- of betrouwbaarheidseisen, toelaat om lid van het leidinggevend orgaan te worden of te blijven, ook een reden kan zijn om een functieverbod uit hoofde van CRD IV op te leggen. Zie art. 67 lid 2 onderdeel d jo. art. 67 lid 1 onderdeel p CRD IV.

152. *Stcrt.* 2012, 13546.

153. De toetsing van geschiktheid van een beleidsbepaler vindt plaats met inachtneming van: (1) de functie van een beleidsbepaler; en (2) het soort, de omvang, de complexiteit en het risicoprofiel van de onderneming. Ook dient de toezichthouder, indien er sprake is van een collectief, te toetsen met inachtneming van het collectief (paragraaf 6, toelichting Beleidsregel geschiktheid 2012). Net als bij de toetsing op betrouwbaarheid, baseert de toezichthouder zich bij zijn oordeel over geschiktheid op informatie en anteceden-ten. Daaronder worden in ieder geval verstaan: (1) het volledig ingevulde en ondertekende meldingsformulier voorgenomen benoeming; (2) toezichtinformatie-

beleidsbepaler opnieuw getoetst, indien feiten en omstandigheden daartoe redelijke aanleiding geven.¹⁵⁴ Zoals hiervoor aangegeven hebben de toezichthouders veel ruimte om te bepalen wanneer er sprake is van een redelijke aanleiding. DNB en AFM noemen zelf wel enkele (niet-limitatieve) voorbeelden die een redelijke aanleiding kunnen opleveren: (1) een onverwachte verandering in de resultaten; (2) snelle groei van de onderneming; (3) zorg over de integere en beheerste bedrijfsvoering; (4) zorg over de bedrijfscultuur; (5) zorg over compliance; (6) een fusie of overname; (7) een uitbreiding van de ondernemingsactiviteiten naar het buitenland; (8) uitbesteding van (kern)taken; (9) het aanbieden van schadelijke producten of het verstrekken van onjuiste, onduidelijke en/of misleidende informatie; (10) het structureel niet of niet tijdig reageren op verzoeken om informatie van de toezichthouder; (11) het niet meer kunnen betalen van de accountant; (12) een slechte administratie; (13) een groot verloop van medewerkers; (14) klachten van klanten over onzorgvuldige dienstverlening; of (15) het (herhaaldelijk) overtreden van wet- en regelgeving.¹⁵⁵

Sinds 1 januari 2013 is het afleggen en het naleven van de moreel-ethische verklaring (in het gewone spraakgebruik 'de bankierseed') gekoppeld aan de geschiktheidstoets.¹⁵⁶ Dat betekent dat ook het niet afleggen van de bankierseed, of het niet naleven van die eed, volgens de wetgever een redelijke aanleiding vormt om aan de geschiktheid van een beleidsbepaler te twijfelen, en dus een aanleiding kan zijn om de geschiktheid van een beleidsbepaler opnieuw te toetsen.¹⁵⁷

De *betroouwbaarheidstoets* geschiedt in beginsel eenmalig. Zoals hiervoor beschreven vindt deze toetsing plaats voorafgaand aan de benoeming van de persoon in kwestie. Anders dan geschiktheid is betrouwbaarheid niet gekoppeld aan een specifieke functie in de financiële sector. Er hoeft dus niet steeds opnieuw getoetst te

en antecedenten, zoals formele en informele toezichtmaatregelen; (3) het door de onderneming gehanteerde beleid, en de uitkomsten daarvan, voor werving en selectie en voor periodieke beoordeling van beleidsbepalers; hieronder valt voornamelijk het door de onderneming gedocumenteerde beleid, het opgestelde functieprofiel, de schriftelijk vastgelegde besluitvorming over de selectie, inclusief de overwegingen, (voor zover van toepassing) de periodieke, schriftelijk vastgelegde beoordelingen, inclusief de overwegingen die tot de beoordeling hebben geleid; (4) overige door de onderneming aan te leveren informatie, voor zover dit van belang kan zijn bij de toetsing van de geschiktheid van een beleidsbepaler; (5) overige informatie, waaronder betrokkenheid van een beleidsbepaler bij surseance van betaling of faillissement; en (6) openbare informatie (paragraaf 1.6 Beleidsregel geschiktheid 2012). Bij de weging van de genoemde informatie en antecedenten betreft de toezichthouder de volgende factoren: (1) het onderlinge verband tussen de aan informatie of een antecedent ten grondslag liggende gedraging of gedragingen en de overige omstandigheden van het geval; (2) de belangen die de wet beoogt te beschermen; (3) de overige belangen van een onderneming en een betrokken beleidsbepaler; (4) de zwaarte van de informatie en het antecedent; (5) de ouderdom van de informatie of het antecedent; (6) de houding of motivering van een betrokken beleidsbepaler ten aanzien van de informatie of het antecedent; (7) de combinatie van beschikbare informatie en antecedenten (paragraaf 1.7 Beleidsregel geschiktheid 2012).

154. Beleidsregel geschiktheid 2012, hoofdstuk 1.5, *Stcrt.* 2012, 13546.

155. DNB en AFM, Informatiebulletin toetsingen, versie 1-5-2012 A, p. 4, beschikbaar op de websites van de AFM en DNB.

156. Dit is gebeurd door middel van aanpassing van (o.a.) art. 3:8 Wft, art. 3:271 Wft en art. 4:9 Wft in de Wijzigingswet financiële markten 2013. Deze wijziging heeft daarmee dus betrekking op de personen die op grond van deze bepalingen getoetst moeten worden op geschiktheid en heeft geen betrekking op andere wetten, zoals de PW, Wvb en Wtt.

157. Volgens de Beleidsregel geschiktheid 2012 maakt 'professioneel gedrag' onderdeel uit van geschiktheid. Niet naleven van de eed 'ik zweer dat ik mijn functie integer en zorgvuldig zal uitoefenen' kan aanleiding zijn om aan het vereiste professioneel gedrag, en dus aan geschiktheid te twijfelen.

worden bij aanvaarding van een nieuwe functie waarvoor een betrouwbaarheidseis geldt. De betrouwbaarheid van een persoon staat in beginsel buiten twijfel wanneer dat door de toezichthouder is vastgesteld, zolang niet een wijziging in de relevante feiten of omstandigheden een redelijke aanleiding geeft tot een nieuwe beoordeling.

De personen onderworpen aan de betrouwbaarheidseis moeten vanaf het moment dat zij in functie zijn bij de onderneming betrouwbaar zijn en dit gedurende de periode dat zij in functie zijn uiteraard ook blijven. Vanaf het moment dat hun betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel staat, voldoet *de onderneming* niet langer aan de eis van art. 3:9/art. 4:10 Wft.

De vaststelling, of de betrouwbaarheid van een persoon niet (langer) buiten twijfel staat, gebeurt op basis van voornemens, handelingen en antecedenten van de persoon in kwestie.¹⁵⁸ Daarbij neemt de toezichthouder in ieder geval de volgende categorieën van antecedenten in aanmerking (nader gespecificeerd in Bijlage A bij het Bpr Wft/Bijlage C van het Bgfo Wft):

- (1) financiële antecedenten;
- (2) toezichtantecedenten;
- (3) fiscaal-bestuursrechtelijke antecedenten;
- (4) overige antecedenten.¹⁵⁹

Per categorie is een lijst opgenomen van feiten en omstandigheden die *in ieder geval* in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of de betrouwbaarheid van een persoon (nog) buiten twijfel staat. Daarbij moet een belangenafweging plaatsvinden (art. 9 Bpr Wft/art. 16 Bgfo Wft).

Verder kan de toezichthouder, als de gegevens of inlichtingen, verkregen uit de hiervoor genoemde bronnen aanleiding geven tot nader onderzoek, ook inlichtingen inwinnen of gegevens opvragen bij andere personen of instanties. De toezichthouder moet de betrokkene daarvan dan wel voorafgaand schriftelijk en gemotiveerd op de hoogte stellen.¹⁶⁰

Een belangrijke bron van informatie is de informatie die betrokkene zelf verstrekt. Maar de toezichthouder beperkt zich niet tot deze informatie en betreft in de

158. Art. 5 Bpr Wft/art. 13 Bgfo Wft.

159. De toezichthouder verkrijgt op verschillende manieren inzicht in deze voornemens, handelingen en antecedenten (art. 7 lid 1 Bpr Wft/art. 14 lid 1 Bgfo Wft: (1) door betrokkene verstrekte gegevens en inlichtingen; (2) door de landelijke officier van justitie verstrekte politiegegevens; (3) gegevens uit de registratie, bedoeld in art. 1, onderdeel b Wet controle op rechtspersonen; (4) gegevens en inlichtingen, verkregen van de Belastingdienst; (5) gegevens en inlichtingen, verkregen van Nederlandse of buitenlandse overheidsinstanties dan wel van Nederlandse of buitenlandse van overheidswege aangewezen instanties die belast zijn met het toezicht op financiële markten of personen die op die markten werkzaam zijn; (6) ambtsberichten van het OM; (7) inlichtingen, verkregen van door betrokkene opgegeven referenties; (7) gegevens uit openbare bronnen; (8) inlichtingen, verkregen van curatoren of bewindvoerders met betrekking tot faillissementen, surseances, schuldsanerings, bewindvoeringen of noodregelingen waarbij de in art. 5 bedoelde persoon betrokken is geweest; (9) inlichtingen, verkregen van organisaties van huidige of voormalige beroepsgeenoten van betrokkene; of (10) gegevens en inlichtingen, verkregen uit andere bij ministeriële regeling aan te wijzen bronnen.

160. Art. 7 lid 2 Bpr Wft/art. 14 lid 2 Bgfo Wft.

toetsing ook informatie die zij zelf ter beschikking heeft gekregen door raadpleging van openbare en niet-openbare bronnen.

Ofschoon een toetsing op betrouwbaarheid in principe eenmalig is, kunnen ‘wijzigingen in de relevante feiten of omstandigheden’ een ‘redelijke aanleiding’ geven om te komen tot een nieuwe beoordeling. De feiten en omstandigheden die daarbij *in ieder geval* van belang zijn,¹⁶¹ en waar naar verwezen wordt in art. 6 Bpr Wft/art. 13 Bgfo Wft, zijn opgenomen in bijlage A bij het Bpr Wft/bijlage C Bgfo Wft.

Art. 8 Bpr Wft/art. 15 Bgfo Wft brengt een bepaalde hiërarchie aan in deze antecedenten: voor bepaalde strafrechtelijke en fiscaal-bestuursrechtelijke antecedenten geldt dat deze in principe tot het oordeel *moeten* leiden dat betrouwbaarheid niet (langer) buiten twijfel staat, waarbij voor een subcategorie van deze antecedenten de mogelijkheid bestaat voor de toezichthouder om, op basis van een belangenafweging, toch niet tot het oordeel te komen dat de betrouwbaarheid buiten twijfel staat. Een dergelijke discretionaire bevoegdheid bestaat echter niet voor zover het gaat om onherroepelijke veroordelingen voor misdrijven, genoemd in onderdeel 1 van Bijlage A van het Bpr Wft/onderdeel 1, Bijlage C van het Bgfo Wft, waarbij sinds het onherroepelijk worden van de uitspraak minder dan acht jaren zijn verstreken.¹⁶²

Voor deze laatste categorie misdrijven betekent een onherroepelijke veroordeling dus feitelijk een beroepsverbod voor een beleidsbepalende rol in de financiële sector van minstens acht jaar en *triggert* een dergelijk antecedent dus een functieverbod voor deze periode. Effectief kan de duur van dit beroepsverbod nog langer zijn. Ook nadien zal een dergelijk antecedent blijven meewegen in het kader van de betrouwbaarheidstoets maar wordt de weging van het antecedent ‘lichter’, in die zin dat dan wel een belangenafweging dient plaats te vinden.¹⁶³ Een aan een onherroepelijke veroordeling voorafgaande schorsing van de bestuurder of commissaris (waarover verderop in dit preadvies) kan de periode van acht jaar eveneens verlengen.

Zoals wij eerder zagen (paragraaf 4.3.3), het functieverbod uit CRD IV *kan* (niet: *moet*) worden opgelegd bij bepaalde overtredingen. Wij constateerden eerder al dat dit een interessant verschil oplevert met de betrouwbaarheidstoets, waar deze discretie in bepaalde gevallen niet bestaat (zie zojuist hierboven). Het is dus mogelijk

161. Uit de woorden *in ieder geval* volgt duidelijk dat de opsomming in art. 6 Bpr Wft/art. 13 Bgfo Wft niet limitatief is bedoeld. Echter, de lijst is uitgebreid en bevat ook steeds de categorieën zoals ‘andere feiten en omstandigheden en overige antecedenten’, zodat deze lijst naar onze mening toch wel als redelijk compleet kan worden omschreven.

162. De lijst met misdrijven is langer, maar omvat bijvoorbeeld handel of doorgifte van voorwetenschap, valsheid in geschrifte, diefstal onder verzwarende omstandigheden, benadeling van schuldeisers of rechthebbenden en witwassen.

163. Zie G.P. Roth & J.S. Roepnarain, ‘De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB, beschouwingen over geschiktheid, betrouwbaarheid en de praktische betekenis van het in theorie bestaande stelsel van rechtsbescherming’, *Ondernemingsrecht* 2014/95 (hierna: Roth/Roepnarain, *Ondernemingsrecht* (2014)), paragraaf 2.1, die erop wijzen dat het onduidelijk is hoe lang een negatief getoetste bestuurder of commissaris *persona non grata* blijft. Dat betekent onder meer dat ook een onder toezicht staande instelling terughoudend zal zijn een eerder ‘afgetoetste’ persoon voor te dragen voor een beleidsbepalende functie.

dat de toezichthouder een functieverbod ex CRD IV *kan* opleggen, terwijl hij, oordelend over de betrouwbaarheid van deze persoon, tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel *moet* komen, wat resulteert in een *de facto* verbod om functies in de financiële sector te vervullen die onderworpen zijn aan een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets. Denk bijvoorbeeld aan de verkrijging van een vergunning door middel van een valse verklaring (art. 67 lid 1 onderdeel a CRD IV), in combinatie met een veroordeling voor valsheid in geschrifte. In dat geval *kan* een functieverbod ex CRD IV worden opgelegd, maar heeft dit weinig tot geen toegevoegde waarde¹⁶⁴ en heeft de beleidsvrijheid die onder CRD IV bestaat ('kan') al helemaal geen toegevoegde waarde. De persoon in kwestie zal, met of zonder CRD IV functieverbod, minstens acht jaar niet in een functie in de financiële sector kunnen worden aangesteld die is onderworpen aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets en ook daarna zal een eventuele benoeming nog steeds worden beoordeeld met inachtneming van het betreffende antecedent. Ook na acht jaar is een terugkeer in de financiële sector dus verre van zeker.

Ook staat de gang van zaken bij de betrouwbaarheidstoets in contrast met het civielrechtelijk bestuursverbod, dat door de wetgever wordt aangemerkt als een 'uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties'.¹⁶⁵ De rechter heeft daarom de beleidsvrijheid om toch geen bestuursverbod op te leggen, ook al is voldaan aan een of meer van de gronden voor oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod. Bij de betrouwbaarheidstoets is dat soms dus anders. Bij bepaalde strafrechtelijke antecedenten bestaat geen beleidsvrijheid meer en deze leiden dus noodzakelijkerwijs tot een bestuursverbod van minstens acht jaar.

In het kader van de 'trigger'-momenten bij de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets is het van belang niet uitsluitend te kijken naar het moment waarop een persoon definitief wordt 'afgetoetst' (dat wil zeggen: ongeschikt en/of onbetrouwbaar wordt geacht), maar tevens naar het moment waarop wordt besloten om tot hertoetsing over te gaan. Op dat moment breekt voor zowel de onderneming als voor de persoon in kwestie een onzekere periode aan. De onderneming zal moeten beslissen wat zij gaat doen: kan de persoon in kwestie blijven zitten in afwachting van de definitieve beslissing van de toezichthouders of is dat niet mogelijk of wenselijk. En ook de persoon in kwestie zal een afweging moeten maken: het oordeel van de toezichthouders afwachten of zelf besluiten om (al dan niet tijdelijk) terug te treden. En verdient het eigenlijk wel de voorkeur het formele hertoetsingstraject te doorlopen, met de daaraan verbonden onzekerheid en de mogelijkheid op een negatieve beslissing van de toezichthouders? En ten slotte een vraag die binnenkort waarschijnlijk ook mee zal gaan spelen: zien de toezichthouders aanleiding tot het geven van een aanwijzing tot schorsing van de persoon, in afwachting van het definitieve oordeel op hertoetsing.

Art. 3:9 lid 2/art. 4:10 lid 2 Wft bepaalt dat de *betroouwbaarheid* van een persoon buiten twijfel staat, wanneer dat eenmaal door een toezichthouder is vastgesteld.

164. In theorie zou dit functieverbod nog enige toegevoegde waarde kunnen hebben voor functies in de financiële sector waarvoor geen betrouwbaarheidsvereiste geldt, maar waarvoor wel een functieverbod kan worden opgelegd.

165. MvT, Algemeen, paragraaf 2, vijfde alinea.

Dat is op zichzelf duidelijk. Minder duidelijk is wanneer dit *niet* langer het geval is. Volgens art. 3:9 lid 2/art. 4:10 lid 2 Wft blijft de betrouwbaarheid buiten twijfel staan ‘zolang niet een wijziging in de relevante feiten en omstandigheden een redelijke aanleiding geeft tot een nieuwe beoordeling.’ Deze formulering suggereert dat vanaf het moment dat er aanleiding bestaat tot hertoetsing, de betrouwbaarheid van een persoon niet langer buiten twijfel staat. Art. 3:9 lid 3/art. 4:10 lid 3 Wft suggereert echter iets anders en bepaalt dat ‘wordt vastgesteld dat de betrouwbaarheid (...) buiten twijfel staat.’ Dit wijst er juist weer op dat de betrouwbaarheid van een persoon pas niet langer buiten twijfel staat na afronding van de hertoetsing. Volgens de memorie van toelichting moet, nadat de toezichthouder heeft vastgesteld dat de betrouwbaarheid van een beleidsbepaler niet buiten twijfel staat, een belangenafweging plaatsvinden en bij ‘doorslaggevende twijfel’ dient geconcludeerd te worden dat de test van art. 3:9 lid 1/art. 4:10 lid 1 Wft daadwerkelijk niet wordt gehaald, dat wil zeggen dat de betrouwbaarheid van de beleidsbepaler alsdan niet buiten twijfel staat. In de toelichting op het Bpr Wft wordt dit als volgt verwoord:

‘In het geval de toezichthouder tot het oordeel is gekomen dat de betrouwbaarheid van een (kandidaat-mede)beleidsbepaler niet buiten twijfel staat, is de vervolgvraag welke consequenties aan dat negatieve betrouwbaarheidsoordeel moeten worden verbonden. Bij de beantwoording van die vervolgvraag moet de toezichthouder in beginsel alle betrokken belangen afwegen, tenzij het gaat om dermate ernstige antecedenten dat een belangenafweging achterwege kan blijven. Bij die belangenafweging moeten zowel de belangen worden afgewogen die de wet beoogt te beschermen (zoals de stabiliteit en de integriteit van het financiële stelsel), als de overige belangen van de financiële onderneming (zoals de continuïteit van de onderneming) en van de betrokken kandidaat (zoals het verwerven van inkomen en andere persoonlijke belangen). Bij de vraag welke consequenties een negatief betrouwbaarheidsoordeel moet hebben, kunnen voorts de aan een antecedent ten grondslag liggende gedraging en de overige omstandigheden van het geval relevant zijn. Hierdoor zal een gedraging die geen direct verband houdt met de financiële sector in het algemeen minder verstrekkende consequenties hebben dan een financieel relevante gedraging zoals handel met voorkennis.’

Hieruit kan worden afgeleid dat de betrouwbaarheid van betrokkene pas dan niet langer buiten twijfel staat als een belangenafweging heeft plaatsgevonden en de toezichthouder definitief heeft vastgesteld dat betrokkene niet langer betrouwbaar is. Het is daarom opmerkelijk dat volgens de toelichting op het consultatiedocument van de Wijzigingswet financiële markten 2016 uit de formulering van art. 3:9 lid 1/art. 4:10 lid 1 Wft zou voortvloeien dat de toezichthouder de bevoegdheid heeft om een aanwijzing tot schorsing te geven, hangende een definitief oordeel dat betrokkene niet betrouwbaar is. Die lezing impliceert immers dat de betrouwbaarheid van betrokkene reeds dan niet meer buiten twijfel staat op het moment dat aanleiding bestaat tot hertoetsing.¹⁶⁶ Wij komen hier later nog op terug (paragraaf 4.5.6).

166. Zie de toelichting op het consultatiedocument voor de Wijzigingswet financiële markten 2016, p. 2-3. Het consultatiedocument is te raadplegen via www.internetconsultatie.nl.

De Wft is duidelijker over het moment waarop niet langer aan de *geschiktheidsvereisten* wordt voldaan. In het kader van een hertoetsing op geschiktheid zal de ongeschiktheid eerst door de toezichthouders moeten worden vastgesteld. Pas als de ongeschiktheid is vastgesteld, is niet langer voldaan aan de eisen van art. 3:8/art. 4:9 Wft. In het consultatiedocument van de Wijzigingswet financiële markten 2016 wordt daarom voorgesteld om een expliciete aanwijzingsbevoegdheid op te nemen in de Wft, strekkende tot schorsing bij twijfel over geschiktheid. Bij twijfel over geschiktheid, maar voordat over de geschiktheid een definitief oordeel is gegeven door de toezichthouder, voldoet de onderneming volgens de wetgever nog steeds aan de betreffende geschiktheidseisen uit de Wft.¹⁶⁷ Om bij redelijke twijfel over de geschiktheid desondanks een aanwijzing te kunnen geven, acht de wetgever het nodig om een specifieke aanwijzingsbevoegdheid op te nemen in art. 1:75 Wft.

De triggers bij de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets werken deels op een andere wijze dan bij de overige, hiervoor beschreven (al dan niet *de facto*) bestuurs- en functieverboden. Bij de andere bestuurs- en functieverboden is er steeds een ‘incident’ nodig om tot een verbod te komen: een overtreding van de CRD IV-bepalingen, onbehoorlijk bestuur in een faillissement, een interventie. Bij de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets kan weliswaar ook naar aanleiding van een incident worden heroverwogen of een persoon nog langer in functie kan blijven, maar dit wordt daarnaast ook preventief beoordeeld. Voordat iemand kan worden benoemd dient een toetsing plaats te vinden. Bij de geschiktheidstoets bij iedere nieuwe benoeming, bij de betrouwbaarheidstoets bij de eerste benoeming in een kwalificerende functie in de financiële sector (en nadien ook bij nieuwe benoemingen als daartoe aanleiding bestaat).

Voor de meeste personen die getoetst worden geldt dat zij zowel geschikt als betrouwbaar moeten zijn.¹⁶⁸ Dit roept de vraag op of deze twee begrippen altijd goed van elkaar te onderscheiden zijn en in hoeverre zij elkaar (kunnen) beïnvloeden. Is het automatisch zo dat een beleidsbepaler wiens betrouwbaarheid niet (langer) buiten twijfel staat, daarmee ook ongeschikt moet worden geacht om zijn of haar functie uit te kunnen oefenen?

De beoordeling van betrouwbaarheid en geschiktheid verschilt. Ofschoon beide begrippen open normen zijn, met een grote beoordelingsruimte voor de toezichthouder, geeft de geschiktheidstoets naar haar aard meer discretie aan de toezichthouder. Dit blijkt uit de Beleidsregel geschiktheid 2012. In deze regeling en de toelichting daarop wordt weliswaar omstandig uiteengezet wat onder ‘geschiktheid’ moet worden verstaan en hoe dit door de toezichthouder moet worden beoordeeld,

167. Toelichting consultatiedocument Wijzigingswet financiële markten 2016, p. 3, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl.

168. Voor houders van een vvgb geldt dat, indien zij op grond van hun gekwalificeerde deelneming het beleid van de betrokken onderneming zullen (kunnen) bepalen of medebepalen, zij uitsluitend op betrouwbaarheid hoeven te worden getoetst (art. 3:99 Wft). Dit is anders als zij op grond van de gekwalificeerde deelneming het *dagelijks* beleid zullen bepalen. In dat geval moeten zij tevens op geschiktheid worden getoetst (art. 3:100 lid 1, onderdeel b Wft). Voorts gelden, voor dagelijks beleidsbepalers en medebeleidsbepalers van wisselinstellingen, geen geschiktheidseisen. Tot slot hoeven personen, die het beleid bepalen of medebepalen maar niet (tevens) het dagelijks beleid, slechts te worden getoetst op betrouwbaarheid (zie art. 3:8/art. 3:9 Wft en art. 4:9/art. 4:10 Wft).

de regeling is bepaald geen keurslijf voor de toezichthouder. Het lijkt daarmee in beginsel eenvoudiger voor de toezichthouders om te komen tot een negatief oordeel omtrent geschiktheid dan tot een negatief oordeel omtrent betrouwbaarheid. Aan de andere kant heeft een negatief betrouwbaarheidsoordeel eerder dan een negatief oordeel omtrent geschiktheid *de facto* als consequentie een functieverbod voor de financiële sector. Echter, ook de gevolgen van een negatief oordeel omtrent geschiktheid moeten niet onderschat worden.

Het begrip ‘geschiktheid’ is, zoals hiervoor aangegeven, in de Wft geïntroduceerd in plaats van het begrip ‘deskundigheid’. De wetgever motiveert deze wijziging door aan te geven dat ‘daarmee wordt aangesloten bij de ontwikkelingen in de maatschappij en praktijk, waarbij steeds hogere eisen worden gesteld aan deskundigheid van de dagelijks beleidsbepalers en commissarissen. Het begrip “deskundig” omvat niet alleen de kennis en ervaring waarover de hiervoor bedoelde personen dienen te beschikken, maar stelt tevens eisen aan de vaardigheden en het professionele gedrag van die personen’.¹⁶⁹ Volgens de wetgever is ‘de vervanging van het begrip deskundigheid door geschiktheid niet bedoeld om strengere eisen te stellen. De reden om het begrip geschikt te hanteren is dat dit begrip beter past bij de huidige praktijk. Ook is dit wetsvoorstel niet bedoeld ter implementatie van richtlijnen’.¹⁷⁰ Weliswaar is volgens de wetgever met de vervanging van deskundigheid door geschiktheid geen inhoudelijke wijziging van de toetsingscriteria beoogd, in ieder geval is deze wijziging bedoeld om aan te geven dat in de praktijk bij geschiktheid al een ruim begrip van deskundigheid werd gehanteerd waaronder, naast kennis en vaardigheden, ook professioneel gedrag wordt begrepen. In de toelichting op de Beleidsregel geschiktheid 2012 wordt verder aangegeven dat het niet eenvoudig is een harde grens te trekken tussen de drie elementen van geschiktheid, maar dat dit ook niet noodzakelijk is, aangezien deze elementen complementair zijn:

‘Een persoon die veel kennis heeft van de werking van financiële producten, maar niet in staat is deze kennis over te brengen en te genereren binnen een onderneming of naar de klanten toe, is geen geschikte beleidsbepaler. Hetzelfde geldt voor iemand die wel over de juiste kennis en ervaring beschikt, maar niet de intentie heeft of toont om zich structureel en tot het uiterste in te spannen voor de belangen waar de onderneming voor staat, bijvoorbeeld door nonchalance, nalatigheid of slordigheid. Ook de hoeveelheid tijd die de beleidsbepaler tot zijn beschikking heeft voor de uitoefening van zijn functie kan hierbij een rol spelen. De beleidsbepaler vindt mogelijk andere belangen belangrijker, lijkt niet loyaal en voelt zich ogenschijnlijk onvoldoende betrokken bij de onderneming. De beleidsbepaler weet en kan het wel, maar hij of zij doet het niet.’¹⁷¹

Ofschoon geschiktheid en betrouwbaarheid twee verschillende begrippen zijn, zijn er onderdelen waarop beide begrippen elkaar dicht naderen, mogelijk overlap ontstaat en waar ruimte voor discussie kan ontstaan: zou een bepaald antecedent

169. Kamerstukken II 2010/11, 32786, 3, p. 2.

170. Kamerstukken II 2010/11, 32786, 4, p. 5-6.

171. Stcrt. 2012, 13546, p. 13.

kunnen leiden tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel, tot ongeschiktheid of tot beide? Dit ligt aan de omstandigheden, maar beide lijkt mogelijk. In de toelichting op de Beleidsregel geschiktheid 2012 staat te lezen:

‘Daar waar bij geschiktheidstoetsing gebruik wordt gemaakt van antecedenten die ook gebruikt worden in het kader van betrouwbaarheidstoetsingen is de weging van het antecedent anders. Bij geschiktheidstoetsing wordt gekeken in hoeverre de betrokkenheid van de beleidsbepaler bij een surseance van betaling of faillissement te relateren is aan de geschiktheid (of het gebrek daaraan) van de beleidsbepaler, terwijl bij betrouwbaarheidstoetsing de integriteit van de beleidsbepaler in relatie tot het antecedent centraal staat. De betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets zijn in die zin dus complementair.’¹⁷²

Hiermee lijkt een zeker onderscheid te worden aangebracht. Echter, aangezien de elementen die bij de invulling van het begrip geschiktheid worden gehanteerd toch ook veel verwantschap vertonen met integriteit (zie bijvoorbeeld het citaat hierboven ‘de beleidsbepaler kan het wel, maar hij of zij doet het niet’) kunnen wij ons voorstellen dat het onderscheid in de praktijk toch niet altijd even scherp aan te brengen is.

4.5.4 Reikwijdte

De geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen gelden voor verschillende groepen functionarissen in de financiële sector. In de eerste plaats zijn dat de personen die het *dagelijks* beleid bepalen van bepaalde financiële ondernemingen en de personen die deel uitmaken van een orgaan van de financiële onderneming dat is belast met het toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de onderneming.¹⁷³ Uitsluitend betrouwbaarheidseisen gelden ten aanzien van *niet-dagelijkse* beleidsbepalers en mede-beleidsbepalers van dergelijke financiële ondernemingen.¹⁷⁴ Daarnaast zijn art. 3:8 en art. 3:9 Wft ook van toepassing verklaard op financiële holdings, gemengde financiële holdings en verzekeringsholdings.¹⁷⁵ Dergelijke holdings dienen, met betrekking tot hun dagelijkse beleidsbepalers en leden van toezichthoudende organen eveneens te voldoen aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen van art. 3:8 en 3:9 Wft. Verder moet ook de betrouwbaarheid van de houder van een gekwalificeerde deelneming in bepaalde financiële ondernemingen buiten twijfel staan¹⁷⁶ en wordt geen vvgb afgegeven als (1) de betrouwbaarheid van de personen die op basis van de gekwalificeerde deelneming het beleid van de betrok-

172. *Stcrt.* 2012, 13546, p. 22.

173. Afwikkelondernemingen, betaalinstellingen, clearinginstellingen, elektronischgeldinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie, banken, premie-pensioeninstellingen, verzekeraars met zetel in Nederland (art. 3:8 lid 1 en art. 3:9 lid 1 Wft), beheerders van een beleggingsinstelling, beleggingsmaatschappijen, beheerders van een icbe, maatschappijen voor collectieve belegging in effecten, beleggingsondernemingen, bewaarders, bewaarders van een icbe, financiële dienstverleners en pensioenbewaarders (art. 4:9 lid 1 en art. 4:10 lid 1 Wft).

174. Art. 3:9 lid 1 en art. 4:10 lid 1 Wft.

175. Art. 3:271 en art. 3:272 Wft. Deze begrippen zijn gedefinieerd in art. 3:268 Wft.

176. Art. 3:99 Wft, het gaat daarbij om afwikkelondernemingen, banken met zetel in Nederland, beheerders van een icbe met zetel in Nederland, beleggingsondernemingen met zetel in Nederland, entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars met zetel in Nederland (art. 3:95 Wft).

ken financiële onderneming zullen bepalen of medebepalen niet buiten twijfel staat, of (2) de personen die op grond van de voorgenomen gekwalificeerde deelneming het dagelijks beleid van de betrokken financiële onderneming zullen bepalen niet geschikt zijn.¹⁷⁷ Daarmee is het overzicht overigens niet compleet. Naast de Wft kennen ook bijvoorbeeld de Wet toezicht trustkantoren, de Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen.¹⁷⁸

Op dit moment geldt daarmee binnen de financiële sector de geschiktheids- en/of betrouwbaarheidstoets al voor een grote groep personen. De reikwijdte zal in de nabije toekomst echter nog verder worden uitgebreid. Het voorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2015¹⁷⁹ bevat een uitbreiding van de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets met ‘personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar met zetel in Nederland, die een leidinggevende functie vervullen direct onder het echelon van de beleidsbepalers en verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden’.¹⁸⁰ Concreet betekent dit, volgens een grove inschatting van het Ministerie van Financiën, dat voor nog eens 650 personen in de financiële sector geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen zullen gaan gelden, en vervolgens jaarlijks 65 nieuwe personen aan deze eisen moeten gaan voldoen. Het is overigens de bedoeling dat deze nieuwe groep personen ‘risico-georiënteerd’ getoetst zal gaan worden. De toezichthouder zal deze personen direct op betrouwbaarheid toetsen. Met betrekking tot ‘geschiktheid’ wordt in eerste instantie erop toegezien dat de interne processen van de onderneming aan de eisen van de nieuwe regelgeving voldoen en wanneer sprake is van concrete signalen met betrekking tot niet-geschiktheid van een persoon uit de nieuwe doelgroep zal de toezichthouder die persoon toetsen op geschiktheid.¹⁸¹ Het zal vooral interessant zijn om te zien hoe de toezichthouders het toezicht op naleving van de geschiktheidstoets voor deze groep concreet gaan invullen. Welke eisen zullen de toezichthouders stellen aan de interne processen voor deze groep? En zal bijvoorbeeld de Beleidsregel geschiktheid 2012 leidend zijn voor de interne toetsing door ondernemingen? Onherroepelijk zullen verschillen gaan optreden in de beoordeling van de geschiktheid door de toezichthouders en de ondernemingen. Dat lijkt inherent aan de gekozen aanpak voor deze groep personen, dus dat zou op zichzelf mogelijk moeten zijn.

Het civielrechtelijk bestuursverbod kan alleen opgelegd worden aan bestuurders en feitelijk beleidsbepalers van Nederlandse rechtspersonen. De *de facto* reikwijdte van een negatief oordeel omtrent geschiktheid en/of betrouwbaarheid is zowel breder als beperkter dan die van het civielrechtelijk bestuursverbod. De reikwijdte

177. Art. 3:100 Wft.

178. Art. 106 PW, art. 110c Wvb, art. 4 onderdelen a en b en art. 11 lid 2 Wtt. Overigens kent de Wft ook nog eisen ten aanzien van de vakbekwaamheid van bepaalde personen en met betrekking tot een integere bedrijfsvoering. Ook in het kader van dergelijke vereisten worden aan medewerkers van financiële ondernemingen eisen gesteld, die deels overeenkomen met de eisen van de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets. Deze medewerkers worden niet getoetst door de toezichthouders. Het is wel gebruikelijk bij financiële ondernemingen dat een pre-employment screening onderdeel uitmaakt van het aannamebeleid.

179. Het is de bedoeling dat de Wijzigingswet financiële markten 2015 op 1 januari 2015 in werking zal treden.

180. *Kamerstukken II* 2013/14, 33918, 2.

181. *Kamerstukken II* 2013/14, 33918, 8, p. 5.

van een negatief oordeel omtrent geschiktheid en/of betrouwbaarheid is *breder* omdat ook anderen dan bestuurders en feitelijk beleidsbepalers onderworpen zijn aan een geschiktheids- en/of betrouwbaarheidstoets en dus ook bij anderen dan bestuurders en medebeleidsbepalers kan leiden tot een *de facto* functieverbod. De reikwijdte van een negatief oordeel omtrent geschiktheid en/of betrouwbaarheid is weer *beperkt*, omdat het kan werken als een *de facto* verbod om functies in de financiële sector te bekleden (en geen generieke werking heeft, zoals een civielrechtelijk bestuursverbod). Maar uiteraard zal een negatief oordeel omtrent geschiktheid en/of betrouwbaarheid ook buiten de financiële sector niet bepaald tot aanbeveling strekken.

4.5.5 Bevoegdheid oplegging

Wie is in Nederland bevoegd tot het geven van een negatief oordeel omtrent geschiktheid en/of betrouwbaarheid en kan vervolgens consequenties verbinden aan dat oordeel? Ook hier moet men weer differentiëren.

Tot 4 november 2014 zijn uitsluitend de AFM en DNB bevoegd tot het geven van een negatief oordeel omtrent geschiktheid en betrouwbaarheid. De consequenties die de AFM en DNB hieraan moeten/kunnen verbinden is afhankelijk van de context. Een negatief oordeel moet/kan bijvoorbeeld leiden tot (1) het intrekken van een vergunning, (2) het niet verlenen van een vvgb aan een houdster van een gekwalificeerde deelneming in een financiële onderneming, (3) een aanwijzing tot heenzending van een beleidsbepaler, of (4) de oplegging van een sanctie aan de onderneming vanwege het niet voldoen aan de eisen van (bijvoorbeeld) art. 3:8 of art. 3:9 Wft.

Zoals eerder uiteengezet, *vanaf 4 november 2014* gaat de ECB in het kader van het *Single Supervisory Mechanism* (SSM) rechtstreeks prudentieel toezicht houden op, kort gezegd, de grootste en meest internationale banken binnen de Eurozone.¹⁸² Dit heeft mede tot gevolg dat de ECB (in Nederland in de plaats van DNB, niet mede in de plaats van de AFM) een volledige of gedeeltelijke rol krijgt met betrekking tot de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing van dagelijks beleidsbepalers, mede-beleidsbepalers en personen die een sleutelfunctie hebben bij de grootste en meest internationale banken binnen de Eurozone. Hetzelfde geldt voor de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing van gemengde financiële holdings en financiële holdings van dergelijke banken. Door middel van de SSM-Verordening worden, voor zover hier relevant, immers de volgende (verkort omschreven) bevoegdheden aan de ECB overgedragen met betrekking tot de grootste en meest internationale banken binnen de Eurozone:

- (1) het verstrekken en intrekken van vergunningen;
- (2) het beoordelen van aanvragen voor verklaringen van geen bezwaar voor de verwerving of afstoting van gekwalificeerde deelnemingen;

182. Zie art. 4 lid 1 en 2 en art. 5 lid 2 SSM-Verordening voor een uitwerking van de diverse prudentiële taken die de ECB gaat uitoefenen.

- (3) toezicht op governance-vereisten, inclusief naleving van *fit and proper* vereisten ten aanzien van personen die verantwoordelijk zijn voor het management en bepaalde sleutelfuncties bij banken;
- (4) het uitoefenen van geconsolideerd toezicht over de moedermaatschappijen van banken, hieronder begrepen gemengde financiële holdings en financiële holdings;
- (5) deelname aan het toezicht op financiële conglomeraten, inclusief het uitoefenen van de taken van coördinator, indien dit uit de criteria van de richtlijn financiële conglomeraten volgt.¹⁸³

De andere, minder belangrijke, banken binnen de Eurozone blijven onder prudentieel toezicht staan van de nationale toezichthouders (in Nederland: DNB), die vervolgens (evenals de ECB) prudentieel toezicht moeten houden op basis van het *Single Rule Book* (CRD IV en CRR).¹⁸⁴ Kortom, in die gevallen kan DNB (in samenwerking met de AFM, zie hierna) nog steeds zelf een negatief oordeel geven over de geschiktheid en/of betrouwbaarheid van een betrokkene en kan/moet zij aan dat oordeel consequenties verbinden. Niettemin, de ECB is altijd bevoegd ook het prudentieel toezicht op deze andere banken rechtstreeks te gaan uitoefenen ‘als dit nodig is voor een consistente toepassing van hoge toezichtsnormen’.¹⁸⁵ Alsdan zou de ECB ook bevoegd zijn een negatief oordeel te geven over de geschiktheid en/of betrouwbaarheid van een persoon werkzaam bij een minder belangrijke bank en kan/moet de ECB aan dat oordeel ook consequenties verbinden. *Mogelijk* kan de ECB, voor zover dit noodzakelijk is om haar prudentiële taken te verrichten zoals toegekend in de SSM-Verordening, DNB instrueren een negatief oordeel te geven over de geschiktheid en/of betrouwbaarheid van een persoon werkzaam bij een minder belangrijke bank.¹⁸⁶

Tot slot nog het volgende. Sinds enige tijd moet een toezichthouder die de geschiktheid en/of betrouwbaarheid van een persoon moet beoordelen, advies inwinnen bij de andere toezichthouder.¹⁸⁷ Met betrekking tot de geschiktheid van dagelijks beleidsbepalers en leden van het toezichthoudende orgaan van een bank of verzekeraar en de betrouwbaarheid van de dagelijks beleidsbepalers, mede-beleidsbepalers of leden van een toezichthoudend orgaan is dit een bindende aanbeveling aan de andere toezichthouder.¹⁸⁸ Het SSM voegt aan deze samenwerking tussen DNB en AFM een nieuwe dimensie toe. In bepaalde gevallen (zie hierboven) zal de ECB (in plaats van DNB) moeten samenwerken met de AFM. Hoe die samenwerking er precies uit gaat zien is nog onduidelijk. In haar meest recente wetgevingsbrief signaleert de AFM dat de eindverantwoordelijkheid van de ECB bij bestuurders- en commissarissentoetsingen bij de grootste banken de nodige vragen oproept. De AFM geeft aan dat niet duidelijk is hoe signalen en aanbevelingen op basis van het *governance* toezicht hun beslag gaan krijgen in het toezicht van de ECB. Ook vraagt

183. Art. 4 lid 1 onderdelen a, c, e, g en h SSM-Verordening.

184. Art. 6 lid 4 SSM-Verordening.

185. Art. 6 lid 5 onderdeel b SSM-Verordening.

186. *Mogelijk*, want zoals uiteengezet in voetnoot 75 is het niet zeker dat in dit soort gevallen een instructiebevoegdheid bestaat.

187. Art. 1:47c Wft.

188. Zie hierover nader: S.M.C. Nuyten & A.J.P. Tillema, ‘Geschikt en betrouwbaar?’, *FR* 2011, p. 248-258; C.M. Grundmann-van de Krol, ‘Geschiktheid, betrouwbaarheid en de beoordeling daarvan: het “twin-peaks” toezicht-model wankelt’, *Ondernemingsrecht* 2011/68; Stijnen (2013).

de AFM aandacht voor de inbreng vanuit de AFM bij betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen en de samenwerking in het doorlopende toezicht. De AFM is hierover in contact met DNB en de ECB om te komen tot een *Memorandum of Understanding* met de ECB.¹⁸⁹

4.5.6 Rechtsbescherming

In de vorige paragraaf hebben we gezien dat de bevoegde toezichthouders een negatief oordeel vellen over geschiktheid en betrouwbaarheid en daaraan consequenties kunnen/moeten verbinden. Een negatief oordeel en de daaraan verbonden consequenties worden dus langs de weg van het bestuursrecht geëffectueerd. Het is de vraag wat dat in deze context precies voor de rechtsbescherming betekent. Het gaat dan uiteraard niet alleen over de rechtsbescherming die de onderneming zelf geniet (de geadresseerde van een negatief besluit), maar vooral om de vraag naar de rechtsbescherming die een persoon geniet die naar het oordeel van de bevoegde toezichthouders ongeschikt en/of onbetrouwbaar is (veelal derde-belanghebbende, zie hierna).

Om te beginnen een relativerende opmerking: zeker niet in alle gevallen zal het in de praktijk komen tot een formeel negatief besluit over de geschiktheid en/of betrouwbaarheid van een persoon. Roth en Roepnarain wijzen erop dat het in de praktijk, in het kader van een (her)toetsing, zelden komt tot een uitgewerkt schriftelijk besluit. Zij wijten dat onder meer aan het bewustzijn bij toezichthouders dat aan verstrekende besluiten, zoals die tot heenzending van bestuurders en commissarissen, hoge zorgvuldigheids- en motiveringseisen worden gesteld met alle procesrisico's van dien. Daarnaast vergen dergelijke besluiten veel capaciteit en is juridische bijstand kostbaar indien het komt tot procedures.¹⁹⁰ Zij schetsen een praktijk waarin toezichthouders sterk aansturen op een 'vrijwillig' opstappen van de betrokken persoon, zonder dat dit tot een formeel besluit komt. In een recent interview met *Het Financieele Dagblad* schetst een oud pensioenfondsbestuurder de praktijk bij DNB.¹⁹¹ Ofschoon het niet mogelijk is om een afgewogen oordeel te geven over de feiten in deze zaak¹⁹² roept ook dit interview het beeld op van een gang van zaken waarin is aangestuurd op 'vrijwillig' aftreden van een bestuurder en een inhoudelijke toetsing van door de betrokkene als subjectief en oneigenlijk ervaren argumenten niet heeft plaatsgevonden. Deze kritiek op de toetsingspraktijk dient serieus genomen te worden. Een informeel negatief oordeel van de toezichthouders over de geschiktheid of betrouwbaarheid heeft verstrekende gevolgen voor betrokkene, terwijl er bij gebreke van een formeel besluit geen rechtsmiddelen openstaan tegen dit oordeel. Ter nuancering: betrokkene kan er natuurlijk ook belang bij hebben dat een formeel negatief besluit achterwege blijft, bijvoorbeeld

189. Brief van de Stichting Autoriteit Financiële Markten aan de Minister van Financiën van 10 juli 2014, kenmerk MeLe-14061976, Bijlage bij de wetgevingsbrief van de Minister van Financiën, wet- en regelgeving financiële markten, *Kamerstukken II* 2013/14, 32545, 20.

190. Roth/Roepnarain, *Ondernemingsrecht* (2014), paragraaf 3.5.

191. M. van Dijk, "Ik was niet gediensig genoeg voor DNB" – Toezichthouder stuurt voorzitter Jan van Walsem van pensioenfonds Schilders weg', *Het Financieele Dagblad*, 2 juli 2014, p. 14-15.

192. Wij baseren ons uitsluitend op de gegevens die aan het interview zijn te ontleen.

als een persoon het (sterke) vermoeden heeft dat hij een (her)toetsing toch niet zal doorstaan.

Ook speelt een rol dat voor veel financiële instellingen zelf procederen tegen de toezichthouder een gevoelig thema is. Hiertoe wordt niet snel overgegaan, waarbij — terecht of onterecht — de doorlopende relatie met de toezichthouder een rol speelt. Dit laatste kan aanleiding zijn om aan ‘informele druk’ (of als zodanig ervaren gedrag) van de toezichthouder toe te geven. Mogelijk is deze terughoudendheid bij instellingen wel wat aan het afnemen, en worden zakelijke geschillen/verschillen van inzicht inmiddels gemakkelijker voorgelegd aan de rechter. Dit is wat ons betreft in een professionele relatie tussen instelling en toezichthouder een goede ontwikkeling.

Als de bevoegde toezichthouders wel een formeel besluit nemen dat de betrokkene niet (langer) geschikt en/of betrouwbaar is en daaraan bepaalde consequenties verbinden, is er uiteraard wel rechtsbescherming in het bestuursrecht. Vergelijkbare vragen komen op als die wij eerder behandelden bij het functieverbod ex art. 1:87 Wft. Als de ECB een negatief besluit neemt kan ook hier weer de vraag worden gesteld of ons nationale bestuursrecht van toepassing is, het Europees bestuursrecht of een combinatie van beide. Zoals eerder opgemerkt bestaat over het antwoord op deze vraag enige onduidelijkheid. Wij zouden ook hier weer willen bepleiten dat primair het Europees bestuursrecht van toepassing is, maar dat daarnaast ook elementen van ons nationale bestuursrecht van toepassing zijn. Een interessant element in dit kader is dat de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets weliswaar grotendeels zijn terug te voeren op Europese regelgeving, maar daarnaast ook sterk beïnvloed worden door nationale elementen en discussies.¹⁹³ Omdat het nu eenmaal een besluit van de ECB betreft kan, zoals wij eerder opmerkten, bezwaar worden ingesteld bij de Administratieve Raad voor Toetsing en vervolgens beroep bij het HvJ EU.¹⁹⁴ Het lijkt aannemelijk dat de ECB bij het uitoefenen van de bevoegdheden van de nationale toezichthouders ook onderworpen is aan althans bepaalde verplichtingen van deze toezichthouders onder nationaal recht. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan termijnen die volgens het Nederlandse bestuursrecht gelden voor de beslissing op een aanvraag of bepalingen omtrent de bekendmaking van besluiten.¹⁹⁵

Voorts, als de ECB aan DNB een instructie geeft om een negatief besluit omtrent geschiktheid en betrouwbaarheid te geven ten aanzien van een persoon werkzaam bij een Nederlandse bank die onder toezicht van DNB staat,¹⁹⁶ bestaat er dan alleen

193. Bijvoorbeeld de koppeling van de eed/belofte aan de geschiktheidstoets en de samenwerking tussen de toezichthouders in het kader van de toetsing op geschiktheid en betrouwbaarheid.

194. Art. 24 lid 1-10 SSM-Verordening (bezwaar bij de Administratieve Raad voor Toetsing); art. 24 lid 11 SSM-Verordening jo. art. 263 VWEU (beroep bij HvJ EU). Spoor/Fleuren, *FR* (2013) laten in het midden of de nationale bestuursrechter dan wel het HvJ EU in dit soort gevallen rechtsmacht heeft (p. 235-236). Bovenschen e.a., *NiEr* (2013)) geven de voorkeur aan de visie dat het HvJ EU in dit soort gevallen rechtsmacht heeft (p. 368). In die zin ook Arons (2015), paragraaf 2.

195. Vgl. Spoor/Fleuren, *FR* (2013), op p. 235 (r.k.). Al moet worden toegegeven dat de algemene regel van art. 4 lid 3 SSM-Verordening niet zonder meer tot de conclusie leidt dat de ECB aan nationale regels is gebonden.

196. Zoals uiteengezet in voetnoot 76 is het niet zeker dat in dit soort gevallen een instructiebevoegdheid bestaat.

rechtsbescherming tegen het negatieve besluit van DNB bij de Nederlandse bestuursrechter of bestaat ook de mogelijkheid op te komen tegen de door de ECB gegeven instructie aan het adres van DNB bij het HvJ EU? En in hoeverre werkt het Europese bestuursrecht door in het nationale bestuursrecht? Ook over het antwoord op deze vragen bestaat enige onduidelijkheid.¹⁹⁷

Tot slot kan DNB zelf natuurlijk een negatief oordeel vellen, zonder dat daar een instructie van de ECB aan ten grondslag ligt. In dat geval lijkt het wat ons betreft weinig twijfel dat uitsluitend het Nederlandse bestuursrecht van toepassing is.¹⁹⁸ In dat geval geldt het volgende. Anders dan het functieverbod ex art. 1:87 Wft is een negatief betrouwbaarheidsoordeel of geschiktheidsoordeel primair gericht tot de onderneming bij wie de persoon in kwestie wordt benoemd, niet tot de persoon in kwestie.¹⁹⁹ Een ander, maar wel met het voorgaande samenhangende, verschil met het functieverbod ex art. 1:87 Wft en het civielrechtelijk bestuursverbod is dat het besluit in het kader van de geschiktheids- en betrouwbaarheidsbeoordeling geen formeel bestuurs- of functieverbod zal behelzen. Het gaat om de publiekrechtelijke gevolgen die aan een negatief oordeel ten aanzien van geschiktheid of betrouwbaarheid zijn verbonden. Het besluit van de toezichthouder zal bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de betrouwbaarheid van de (dagelijks) beleidsbepalers niet (langer) buiten twijfel staat, de (dagelijks) beleidsbepalers niet (langer) geschikt zijn of een vergunning of een verklaring van geen bezwaar niet zal worden verleend of zal worden ingetrokken. Indien er sprake is van een hertoetsing, zal de toezichthouder overigens wel een aanwijzing tot heenzending van die persoon kunnen geven ex art. 1:75 Wft. Ook deze aanwijzing zal gericht zijn tot de onderneming, niet rechtstreeks tot de persoon. Dit betekent dat in ieder geval de onderneming, als geadresseerde van het besluit, rechtsbescherming in het bestuursrecht geniet. Ook degene die weliswaar niet de geadresseerde van het besluit is, maar wel rechtstreeks door het besluit wordt getroffen, geniet deze rechtsbescherming (derdebelanghebbende). Dit laatste betekent dat de persoon in kwestie normaal gesproken rechtsbescherming geniet. Maar dat is niet altijd het geval. Vooral als er naast een negatief betrouwbaarheids- of geschiktheidsoordeel ook andere gronden zijn om (bijvoorbeeld) een vergunning te weigeren, kan het zijn dat degene ten aanzien van wie een negatief oordeel omtrent betrouwbaarheid of geschiktheid is gegeven, onvoldoende procesbelang heeft om op te komen tegen de weigering van de betreffende vergunning.

In het Nederlandse bestuursrecht is, zoals meermalen opgemerkt, de rechtsbescherming vooral *ex post*. De onderneming en – in het algemeen – de betrokkene kunnen voorafgaand aan het opleggen van het functieverbod hun zienswijze geven over het ontwerpbesluit (art. 4:8 Awb),²⁰⁰ maar dan wel ten overstaan van de toezichthouders die de maatregel van plan zijn op te leggen. Dat is toch heel wat anders

197. Zie hierover: Spoor/Fleuren, *FR* (2013), p. 236; Bovenschen e.a., *NtEr* (2013), p. 367-368; Arons (2015), paragraaf 2.

198. Vgl. Spoor/Fleuren, *FR* (2013), p. 236.

199. Wij laten de toetsing in het kader van een houder van een gekwalificeerde deelneming/natuurlijke persoon buiten beschouwing: in dat geval is een besluit uiteraard wel gericht tot de persoon.

200. Naar Europees bestuursrecht is het overigens niet veel anders. De persoon tegen wie het besluit gericht is moet in principe gehoord worden voordat de ECB het besluit neemt, zie art. 22 lid 1, eerste alinea, SSM-Verordening.

dan een civiele procedure ten overstaan van een echt onafhankelijke rechter, zoals dit het geval is voorafgaand aan het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod. De onderneming en (meestal) de betrokkene (als derde-belanghebbende) kunnen bezwaar maken bij DNB. In de praktijk haalt het maken van bezwaar, zoals eerder in dit preadvies opgemerkt, weinig uit en zal de bezwaarfase door DNB vooral worden benut om de motivering nog wat aan te vullen, te wijzigen of aan te scherpen. De echte bescherming bestaat uit de beroepsmogelijkheid bij de Rechtbank Rotterdam en in hoger beroep bij (vooralsnog) het CBB (straks de ABRvS).²⁰¹

In het bijzonder bij een besluit in het kader van een hertoetsing²⁰² is van belang dat bezwaar en beroep geen schorsende werking hebben. Dit kan betekenen dat onmiddellijke vervanging/heensteking van de persoon dient te volgen, zeker als het besluit is gebaseerd op een oordeel omtrent betrouwbaarheid.²⁰³ Net als bij het functieverbod ex art. 1:87 Wft resteert dan slechts de mogelijkheid om hangende bezwaar en beroep een kort geding aan te spannen tegen de toezichthouder om de maatregel op te laten schorten. Maar als hoofdregel geldt dus dat een negatief besluit omtrent geschiktheid en betrouwbaarheid onmiddellijke werking heeft. Ook in dit opzicht is de rechtsbescherming dus een tandje minder dan bij de oplegging van het civielrechtelijk bestuursverbod. Overigens wordt dit verschil in rechtsbescherming ook hier weer gerelativeerd doordat de rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aanhangig is, de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het OM of op vordering van de curator kan schorsen gedurende het geding, en deze schorsing voor de duur van de schorsing wordt ingeschreven in het Handelsregister (art. 106c lid 4-6 Fw). Hoe dan ook: een negatief oordeel omtrent geschiktheid en/of betrouwbaarheid mag dan onmiddellijke werking hebben, dit oordeel en de eraan verbonden consequenties hebben alleen bestuursrechtelijk effect en geen effect in het privaatrecht, zoals het civielrechtelijk bestuursverbod. Zie nader over de gevolgen van een dergelijk negatief oordeel de volgende paragraaf.

In het kader van een bespreking van het onderwerp rechtsbescherming verdient de *schorsing* van een persoon onderworpen aan een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets bijzondere aandacht. Op 26 juni 2014 verscheen het consultatiedocument voor de Wijzigingswet financiële markten 2016. Op 13 augustus 2014 sloot de consultatietermijn. Op het moment van schrijven van dit preadvies is niet bekend hoe het wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2016 er definitief uit zal gaan zien. In het consultatiedocument wordt voorgesteld een aanwijzings-

201. Het CBB en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) worden op termijn opgeheven. In ieder geval de rechtsmacht van het CBB zal volgens het kabinet kunnen overgaan op de ABRvS. Het streven is erop gericht in de loop van 2014 een wetsvoorstel in consultatie te brengen. Zie de brief d.d. 26 juni 2014 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer (kenmerk 2014-000329747).

202. Inhoudende dat niet langer is voldaan aan de normen van met name art. 3:8/art. 4:9 Wft of art. 3:9/art. 4:10 Wft.

203. Een negatief geschiktheidsoordeel kan onder omstandigheden nog wel worden 'gerepareerd', bijvoorbeeld indien het gaat om een gebrek aan kennis, die alsnog kan worden opgedaan. Het is overigens waarschijnlijk dat dit in de praktijk dan veelal al voorafgaand aan een negatieve herbeoordeling zal zijn besproken, waardoor het onder omstandigheden niet hoeft te komen tot een negatief formeel besluit.

bevoegdheid in de Wft op te nemen, indien sprake is van twijfel aan de geschiktheid van een persoon als bedoeld in art. 3:8 of art. 4:9 Wft. Volgens het voorstel kan deze aanwijzing niet strekken tot het doen heenzenden van bedoelde persoon. Een vergelijkbare aanwijzingsbevoegdheid wordt niet gecreëerd voor de betrouwbaarheidstoets, aangezien deze volgens de toelichting op het consultatiedocument al bestaat. Door middel van een aanwijzing tot schorsing beschikt de toezichthouder (of komt de toezichthouder te beschikken) over een vergaande bevoegdheid om al voorafgaand aan de definitieve herbeoordeling van geschiktheid of betrouwbaarheid een persoon te laten schorsen. Hierbij is de rechtsbescherming, vergeleken bij het civielrechtelijk bestuursverbod, het functieverbod ex art. 1:87 Wft en de 'reguliere' rechtsbescherming bij de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets²⁰⁴ dus een tandje minder. Overigens wordt ook dit verschil in rechtsbescherming weer gerelativeerd doordat de rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aanhangig is, de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het OM of op vordering van de curator kan schorsen gedurende het geding, en deze schorsing voor de duur van de schorsing wordt ingeschreven in het Handelsregister (art. 106c lid 4-6 Fw).

In het consultatiedocument wordt voorgesteld om een aanwijzingsbevoegdheid te creëren, indien sprake is van twijfel aan de geschiktheid van een persoon als bedoeld in art. 3:8 of art. 4:9 Wft. Uit de toelichting volgt dat de wetgever ervan uitgaat dat een aanwijzingsbevoegdheid al bestaat als de betrouwbaarheid van personen als bedoeld in art. 3:9 en art. 4:10 Wft niet langer buiten twijfel staat. De wetgever gaat ervan uit dat dit al het geval is (en de onderneming niet langer voldoet aan wat bij of krachtens de Wft is bepaald) zodra een wijziging in de relevante feiten of omstandigheden een redelijke aanleiding geeft tot een nieuwe beoordeling.²⁰⁵

De toelichting op het consultatiedocument is summier met betrekking tot de noodzaak voor een aanwijzingsbevoegdheid tot schorsing en de gevallen waarin deze zou moeten kunnen worden toegepast. In de toelichting staat het volgende te lezen:

'In de toezichtpraktijk is gebleken dat het wenselijk is om snel op te treden ten aanzien van bestuurders over wier geschiktheid of betrouwbaarheid twijfel bestaat. De toezichthouders signaleren prudentiële en reputatiesico's die kunnen ontstaan wanneer een bestuurder over wiens geschiktheid of betrouwbaarheid twijfel bestaat, aanblijft als bestuurder en de mogelijkheid dat het vertrouwen in het financieel systeem hierdoor geschaad wordt.'²⁰⁶

En even verderop lezen wij het volgende:

'Deze nieuwe bevoegdheid biedt de toezichthouders de mogelijkheid om snel en slagvaardig op te treden tegen een mogelijk niet-gesikte bestuur-

204. Dus in gevallen waarin geen aanwijzing tot schorsing wordt gegeven.

205. Zie de toelichting op het consultatiedocument voor de Wijzigingswet financiële markten 2016, p. 2-3. Het consultatiedocument is te raadplegen via www.internetconsultatie.nl.

206. Toelichting consultatiedocument Wijzigingswet financiële markten 2016, p. 2.

der omdat zij niet hoeven te wachten tot een onderzoek naar de geschiktheid van die bestuurder volledig is afgerond.²⁰⁷

Het lijkt de bedoeling om de toezichthouder veel ruimte te geven om in afwachting van een definitief besluit een bestuurder al te kunnen schorsen. In het midden blijft echter wanneer een aanwijzing tot schorsing gerechtvaardigd is. Wij menen dat schorsing uitzondering zal moeten blijven en dat in de regel de hertoetsing zal moeten worden afgewacht.²⁰⁸ Het gaat hier immers om het geven van een aanwijzing ten aanzien van een situatie waarvan nog niet (definitief) vaststaat dat deze strijdig is met de wettelijke vereisten. Ook zal het in de praktijk vaak om een beslissing gaan met onomkeerbare gevolgen. De kans is feitelijk zeer groot dat een persoon, ook indien een hertoetsing uiteindelijk niet tot een negatief besluit leidt, toch niet zal kunnen blijven aanblijven of, (mede) vanwege een schorsing, het veld heeft moeten ruimen.²⁰⁹

Het lijkt ons niet dat de criteria van art. 3:8/art. 4:9 Wft of art. 3:9/art. 4:10 Wft voldoende zijn om een dergelijk besluit te kunnen dragen. Er zal toch een belangenafweging moeten plaatsvinden, waarin onder meer aan de orde zal moeten komen *waarom* een definitief besluit niet kan worden afgewacht en de waarschijnlijkheid dat uiteindelijk een negatief besluit zal volgen. Ook moet aannemelijk worden gemaakt dat het om prudentiële redenen niet verantwoord is om iemand nog (tijdelijk) te laten zitten en waarom dergelijke belangen de doorslag geven ten opzichte van de belangen van de onderneming en de persoon in kwestie. Ongetwijfeld levert een schorsing schade op aan de persoon en de onderneming. Dergelijke schade is vrijwel zeker niet verhaalbaar (op de toezichthouders), gegeven de vergaande beperking van aansprakelijkheid van toezichthouders ex art. 1:25d Wft, indien later zou blijken dat een persoon toch niet ongeschikt wordt geacht of de twijfels omtrent diens betrouwbaarheid zouden zijn weggenomen.

Tegen deze achtergrond is het goed om nader in te gaan op de rechtsbescherming tegen een aanwijzingsbesluit tot schorsing. Naar onze inschatting is deze zeer beperkt. Het doorlopen van de reguliere bezwaar- en beroepsmogelijkheden zal misschien wel gebeuren, maar zal weinig soelaas bieden om de schorsing ongedaan te maken. De enige weg die daartoe openstaat zou een kort geding procedure zijn tegen het schorsingsbesluit. Dat zal dan moeten neerkomen op een schorsing van het schorsingsbesluit, waarin de kort gedingrechter dan bereid zal moeten zijn om vooruit te lopen op de beslissing in bezwaar en eventueel beroep tegen het schorsingsbesluit. De vraag is of hiermee nog wel sprake is van een adequate rechtsbescherming tegen een zeer ingrijpende beslissing.

207. Toelichting consultatiedocument Wijzigingswet financiële markten 2016, p. 3.

208. Waarbij het natuurlijk niet is uitgesloten dat ook de onderneming zelf, onafhankelijk van de toezichthouder, zich zal beraden over de positie van de persoon in kwestie.

209. Wij gaan ervan uit dat in de praktijk een schorsing ook heel snel bekend zal worden en in een aantal gevallen ook bekend moet worden. Zo zal een schorsing bij een beursgenoteerde onderneming ongetwijfeld koersgevoelige informatie opleveren, maar ook anderszins kan het gewenst of noodzakelijk zijn om ruchtbaarheid te geven aan de schorsing. De persoon is immers (voorlopig) niet meer beschikbaar en bevoegd om de onderneming te vertegenwoordigen.

Wij gaven hiervoor al aan dat in het consultatiedocument ervan wordt uitgegaan dat de betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel staat (en er op dat moment al sprake is van het niet langer voldoen aan de norm van art. 3:9 Wft of art. 4:10 Wft), wanneer er een redelijke aanleiding voor de toezichthouder is om over te gaan tot hertoetsing. Volgens de toelichting is er bij twijfel over de betrouwbaarheid al sprake van een 'niet voldoen aan hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald' en in een dergelijke situatie zou dus al een aanwijzing kunnen worden gegeven. De vraag is of het zo eenvoudig is. Van belang in dit verband is ook het tweede lid van art. 3:9/art. 4:10 Wft. Daar staat te lezen dat de betrouwbaarheid van een persoon buiten twijfel staat wanneer dat eenmaal door een toezichthouder voor de toepassing van de Wft is vastgesteld, zolang niet een wijziging in de relevante feiten en omstandigheden een redelijke aanleiding geeft tot een nieuwe beoordeling.

In paragraaf 4.5.3 gaven wij een beschrijving van de gang van zaken bij een hertoetsing op betrouwbaarheid. Ook daaruit kan naar onze mening worden afgeleid dat pas dan niet langer wordt voldaan aan de norm van art. 3:9 Wft/art. 4:10 Wft, zodra een definitief besluit is genomen ten aanzien van de hertoetsing, en niet al op een eerder moment. Het is naar onze mening geen wenselijke situatie, indien de conclusie is dat een onderneming niet langer aan hetgeen bij of krachtens de wet bepaalde voldoet, op basis van een voorlopig oordeel van de toezichthouder.²¹⁰ Roth en Roepnarain signaleren dat de wet en lagere regelgeving niet voorzien in een termijn, waarbinnen de toezichthouders bij hertoetsing uitsluitel dienen te geven over de vraag of iemand nog voldoende betrouwbaar of geschikt is. In de praktijk stellen de toezichthouders ernaar te streven om binnen dertien weken een beslissing te nemen, maar deze termijn wordt in de praktijk vaak overschreden. Ook voorziet de Wft niet in enig rechtsmiddel om de beslissing van de toezichthouder te bespoedigen.²¹¹ Deze situatie wordt er uiteraard niet beter op indien daar een aanwijzing tot schorsing bij zou komen. Een hertoetsing brengt uiteraard op zichzelf al onzekerheid met zich mee, en onduidelijkheid over de termijn waarbinnen een einde komt aan die onzekerheid is daarbij op zich al onwenselijk. Indien een persoon tevens gedurende deze periode geschorst is, wordt duidelijkheid omtrent de afronding van de hertoetsing nog noodzakelijker.

4.5.7 Gevolgen

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, het directe gevolg van een negatief oordeel omtrent betrouwbaarheid of geschiktheid is dat de betrouwbaarheid van de (dagelijkse) beleidsbepalers niet (langer) buiten twijfel staat, dan wel de dagelijkse beleidsbepalers niet (langer) geschikt zijn. De betrokken onderneming zal dan een aanwijzing van de toezichthouder krijgen om de betreffende persoon heen te zenden. In een uiterst geval kan een negatief oordeel ook leiden tot intrekking van

210. In theorie zou deze situatie zelfs een aanleiding kunnen zijn voor een functieverbod ex art. 1:87 Wft voor andere functionarissen bij een bank of beleggingsondernemingen. Zoals wij hiervoor aangaven is een van de mogelijke gronden daartoe op basis van art. 67 lid 1 onderdeel p CRD IV dat een bank of beleggingsonderneming toelaat dat een persoon die niet voldoet aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen als bedoeld in art. 91 CRD IV lid wordt of blijft van het leidinggevend orgaan.

211. Roth/Roepnarain, *Ondernemingsrecht* (2014), paragraaf 3.1.

de vergunning of vvgb. Zoals wij hiervoor bij de bespreking van het CRD IV-functieverbod zagen, riskeren de beleidsbepalers van een bank of beleggingsonderneming in theorie ook zelf een functieverbod.²¹² Indien een persoon nog niet is benoemd is een aanwijzing niet aan de orde, maar zal mogelijk een vergunning of vvgb niet worden afgegeven. Of de vergunning of vvgb geriskeerd wordt zal overigens van de omstandigheden afhangen: indien ook zonder de persoon in kwestie is voldaan aan de vergunningvereisten dan wel de voorwaarden voor afgifte van een vvgb hoeft het negatieve oordeel ten aanzien van een persoon de vergunning of verklaring van geen bezwaar niet in de weg te staan. In het algemeen zijn de intrekking van een vergunning of de intrekking van een vvgb echter een *ultimum remedium*. Dit zal dus niet snel aan de orde zijn.

Voor de persoon in kwestie betekent dit dat hij of zij de betreffende functie niet of niet langer zal kunnen vervullen. In ieder geval betekent dat dus dat een functieverbod voor de betreffende functie, maar daartoe zijn de gevolgen meestal niet beperkt. In theorie staat niets de persoon in kwestie in de weg om, na een negatieve beslissing ten aanzien van geschiktheid en/of betrouwbaarheid, zich vervolgens kort daarna weer te laten voordragen voor benoeming bij een andere onderneming in de financiële sector. In ieder geval is het voor wat betreft betrouwbaarheid onwaarschijnlijk dat de toezichthouders dan tot een ander oordeel zullen komen.²¹³

Wij beschreven hiervoor al dat een negatief betrouwbaarheidsoordeel in het kader van een toetsing of hertoetsing voor een bepaalde functie ook zal betekenen dat de betrouwbaarheid met betrekking tot andere functies in de financiële sector niet (langer) buiten twijfel zal staan. Effectief betekent een negatief betrouwbaarheidsoordeel dus een functieverbod voor de financiële sector, in ieder geval voor die functies waarvoor een betrouwbaarheidstoetsing door de toezichthouders is vereist. De duur van een dergelijk functieverbod is niet op voorhand duidelijk. Bepaalde strafrechtelijke en fiscaal-bestuursrechtelijke antecedenten, waarbij sinds het onherroepelijk worden van de uitspraak (veroordelingen) minder dan acht jaar is verstreken, moeten tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel leiden.²¹⁴ Nadien moet een belangenafweging plaatsvinden en wordt de weging in de loop der tijd lichter, maar het antecedent is niet na verloop van acht jaar of langer irrelevant. Voor andere antecedenten geldt dat de toezichthouder in ieder geval een belangenafweging dient te maken. Ook hier is echter niet op voorhand te zeggen wanneer een antecedent niet langer een doorslaggevende rol speelt.²¹⁵

Ook zal een strafrechtelijk, civielrechtelijk of toezichtrechtelijk bestuursverbod ontegenzeggelijk een antecedent opleveren in het kader van een betrouwbaarheids-

212. Art. 67 lid 2 onderdeel d jo. art. 67 lid 1 onderdeel p CRD IV.

213. De onzekerheid die een eerder negatief betrouwbaarheidsoordeel met zich brengt zal ook voor een onderneming meespelen in de beslissing om iemand in een bepaalde functie te willen benoemen en ook de kandidaat zelf zal dit in zijn of haar overwegingen meenemen om zich te laten voordragen voor een functie. Zie hierover ook Roth/Roepnarain, *Ondernemingsrecht* (2014), paragraaf 2.1.

214. Dit zijn de misdrijven, die in onderdeel 1 van Bijlage A van het Bpr Wft/Bijlage C Bgfo Wft zijn opgenomen.

215. Zie Stijnen (2013). In deze bijdrage wordt een mooi overzicht gegeven van de wijze waarop de bestuursrechter betrouwbaarheidsoordelen beoordeelt.

en/of geschiktheidstoetsing.²¹⁶ Wij bespraken in paragraaf 4.5.3 al het onderscheid tussen geschiktheid en betrouwbaarheid. Niet alleen ten aanzien van de ‘triggers’, maar ook ten aanzien van de gevolgen zijn er verschillen tussen een negatief betrouwbaarheidsoordeel en een negatief geschiktheidsoordeel. Een negatief betrouwbaarheidsoordeel is in beginsel ingrijpender dan een negatief geschiktheidsoordeel. Indien de betrouwbaarheid van een persoon niet buiten twijfel staat, zal dat het geval zijn voor alle functies waarvoor dit wettelijk vereiste geldt. Bij de geschiktheidstoets *hoeft* dit niet het geval te zijn. Dat een persoon niet geschikt wordt geacht voor een specifieke functie bij een bepaalde onderneming, hoeft niet in de weg te staan aan zijn geschiktheid voor een vergelijkbare functie (of een andere functie) bij een andere onderneming. Zijn of haar ongeschiktheid kan te maken hebben met de complexiteit van de onderneming, de samenstelling van het collectief waarin de persoon dient te functioneren, of andere factoren die in beginsel niet in de weg hoeven te staan aan een benoeming elders in de financiële sector. Dit is echter niet altijd het geval. Een negatief oordeel over geschiktheid zal zeker vragen oproepen. Ook is de beoordeling van veel elementen van de geschiktheidstoetsing dusdanig nauw verbonden met de persoon, dat deze in veel gevallen ook bij andere functies van belang zullen zijn.

4.5.8 Vergelijking

4.5.8.1 *Vergelijking met civielrechtelijk bestuursverbod*

Wij gaan ervan uit dat zowel het civielrechtelijk bestuursverbod als de hiervoor besproken bestuursverboden uit hoofde van CRD IV en de BRRD vrijwel altijd een aanleiding kunnen vormen om tot een hernieuwde toetsing op geschiktheid en/of betrouwbaarheid over te gaan, voor zover dit in de concrete omstandigheden nog opportuun is.²¹⁷ Ook zullen bestuursverboden, in welke vorm dan ook, altijd relevante informatie of antecedenten vormen in het kader van een nieuwe toetsing. Hierbij maken wij een onderscheid tussen de periode dat het bestuursverbod loopt en de periode volgend op het bestuursverbod.

Gedurende de looptijd van het civielrechtelijk bestuursverbod zal een bestuurder of commissaris uiteraard ook niet als bestuurder of commissaris in de financiële sector terecht kunnen. Aangezien de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets voor een grotere groep personen geldt dan het civielrechtelijk bestuursverbod, dat uitsluitend van toepassing is op bestuurders en commissarissen, kunnen de gevolgen van het civielrechtelijk bestuursverbod verder strekken dan rechtstreeks uit het

216. Een goed voorbeeld van duidelijke consequenties van een bestuursverbod voor geschiktheid/betrouwbaarheid in de financiële sector kan worden gevonden in een persbericht van de Hong Kong Securities and Futures Commission (SFC) van 3 juli 2014. www.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/EN/news-and-announcements/news/doc?refNo=14PR83. Naar aanleiding van een veroordeling tot een gevangenisstraf van zes jaar voor een aantal strafbare feiten werd de vergunning van de persoon in kwestie om als effectenhandelaar op te treden ingetrokken en werd daarbij tevens voor het leven de toegang tot de industrie ontzegd. De SFC merkt de persoon in kwestie daarbij – publiekelijk! – niet langer aan als *fit and proper*.

217. Daarbij denken wij vooral aan de situatie dat de persoon nog andere functies in financiële sector vervult. In andere gevallen zal een toetsing pas weer aan de orde zijn op het moment dat een persoon wederom wordt voorgedragen voor toetsing voor een nieuwe functie.

civielrechtelijk bestuursverbod volgt. Het is waarschijnlijk dat een civielrechtelijk bestuursverbod een redelijke aanleiding voor de toezichthouders zal opleveren om te twijfelen aan de geschiktheid en/of betrouwbaarheid van personen die, ofschoon zij geen statutair bestuurder of commissaris zijn, wel onderworpen zijn aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets. Wij denken dan in de eerste plaats aan de ‘risk-takers’, die met ingang van 1 januari 2015 aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets worden onderworpen. Het is aan de andere kant niet geheel uitgesloten dat personen in het tweede echelon (de laag direct onder het bestuur) van een financiële onderneming werkzaam kunnen blijven, ook ondanks een civielrechtelijk bestuursverbod, dat voortvloeit uit een faillissement. Echter, gelet op de gronden die een civielrechtelijk bestuursverbod rechtvaardigen (faillissementsfraude en wanbeleid), het doel achter de regeling (bestrijding van faillissementsfraude) en de aard van de functies waarvoor, naast de beleidsbepalers, in de financiële sector de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets geldt (risk-takers) zullen de omstandigheden die aanleiding gaven tot het civielrechtelijke bestuursverbod, in veel gevallen ook zwaar wegen in het kader van een geschiktheids- en/of betrouwbaarheidstoets.

De beperking van het civielrechtelijk bestuursverbod tot het besturen van *rechtspersonen* zal in de financiële sector waarschijnlijk niet veel waarde hebben. In de toelichting op het wetsvoorstel voor het civielrechtelijk bestuursverbod wordt aangegeven dat het geen algeheel verbod betreft om te ondernemen of een verbod op aandeelhouderschap. Een persoon aan wie een bestuursverbod is opgelegd mag nog wel een eenmanszaak met persoonlijke aansprakelijkheid drijven. Als ook deze vorm van economische activiteit zou worden verboden, zou – volgens de toelichting – sprake zijn van onverenigbaarheid met het proportionaliteitsbeginsel, omdat het bestuursverbod dan niet beperkt zou zijn tot bestuursfuncties, maar de facto zou neerkomen op een totaal ondernemingsverbod. En daarmee zou betrokkene wel heel veel mogelijkheden worden ontnomen om in zijn onderhoud te voorzien.²¹⁸

Een dergelijke beperking bestaat niet voor de betrouwbaarheidstoets in de financiële sector.²¹⁹ Hoewel de ondernemingen in de financiële sector veelal (verplicht) in de vorm van een rechtspersoon zullen worden gevoerd, bestaat ook in de financiële sector de mogelijkheid om deze in de vorm van een eenmanszaak uit te oefenen.²²⁰ Ook kunnen individuen (natuurlijke personen) gekwalificeerde deelnemingen in de financiële sector houden. Een negatief betrouwbaarheidsoordeel maakt dergelijke activiteiten feitelijk ook onmogelijk. De gevolgen van een negatief betrouwbaarheidsoordeel in de financiële sector strekken ook op dit punt dus verder dan het civielrechtelijk bestuursverbod, met dien verstande dat het aan hen wel vrij staat activiteiten buiten de financiële sector te ontplooiën. Maar ook daar strekt een negatief oordeel omtrent geschiktheid en betrouwbaarheid natuurlijk niet tot aanbeveling.

218. MvT, Algemeen, paragraaf 4, zesde alinea.

219. Voor geschiktheid, aangezien dit in beginsel functie-afhankelijk is, speelt dit in beginsel een iets minder grote rol. Daarvan kan, althans in theorie, iets eenvoudiger worden gezegd dat dit niet leidt tot een algeheel verbod. Voor een nieuwe functie vindt immers weer een nieuwe beoordeling plaats.

220. Dan denken wij bijvoorbeeld aan adviseurs, bemiddelaars en gevolmachtigd agenten.

Zoals hiervoor beschreven werkt het civielrechtelijk bestuursverbod vanaf het moment dat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, terwijl een negatief oordeel omtrent geschiktheid en betrouwbaarheid en de eraan verbonden consequenties onmiddellijke werking hebben en niet geschorst worden door het instellen van bezwaar, beroep of hoger beroep. In aanvulling hierop bestaat (al dan niet op termijn) zoals eerder uiteengezet de mogelijkheid voor de toezichthouder een aanwijzing te geven om een beleidsbepaler te schorsen, indien twijfel is gerezen over diens betrouwbaarheid en/of geschiktheid. Zoals eerder opgemerkt, wordt dit verschil in rechtsbescherming gerelativeerd doordat de rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot oplegging van een bestuursverbod aanhangig is, de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het OM of op vordering van de curator kan schorsen gedurende het geding, en deze schorsing voor de duur van de schorsing wordt ingeschreven in het Handelsregister (art. 106c lid 4-6 Fw). Wij menen dat toezichthouders met de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid tot schorsing terughoudend moeten zijn, zeker als zij willen schorsen omdat bij de civiele rechter een procedure aanhangig is om betrokkene een bestuursverbod op te leggen. Een schorsing is uiteraard zowel voor de betrokkene als voor de onderneming zeer ingrijpend. Van de schorsingsbevoegdheid dient de toezichthouder uitsluitend in een uiterst geval gebruik te kunnen maken. Hetzelfde geldt voor de civiele rechter.

Zodra een civielrechtelijk bestuursverbod is afgelopen, staat het de persoon in kwestie vrij om wederom als bestuurder of commissaris te worden benoemd. Het bestuursverbod is immers verstreken. Echter, naar onze inschatting zal dat niet onverkort het geval zijn in de financiële sector. In het kader van de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets blijven het civielrechtelijk bestuursverbod en de omstandigheden (zoals een faillissement) die aanleiding zijn geweest om het bestuursverbod op te leggen, relevante omstandigheden en antecedenen, die in het kader van een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing gemeld dienen te worden en door de toezichthouder moeten worden betrokken in de beoordeling. Weliswaar dient een belangenafweging plaats te vinden (tijdsverloop sinds het antecedent is daarbij een van de relevante omstandigheden), maar anders dan bij het civielrechtelijk bestuursverbod is er geen vaste termijn te noemen waarna antecedenen geen rol meer spelen. Dit bemoeilijkt de toetreding dan wel terugkeer van een dergelijke persoon in de financiële sector. Voor de persoon in kwestie blijft het risico bestaan dat hij zal worden afgetoetst. Dit risico zal ook in de afwegingen van de onderneming een rol spelen: vooraf bestaat geen zekerheid dat de kandidaat ook daadwerkelijk benoemd kan worden.

4.5.8.2 *Vergelijking met functieverbod ex art. 1:87 Wft*

Hiervoor is uitgebreid het functieverbod ex art. 1:87 Wft besproken. Uiteraard levert ook dit functieverbod een toezichtantecedent op en dient dit gemeld te worden in het kader van de geschiktheids- en/of betrouwbaarheidstoets. Ook de toezichthouder zal dit dienen mee te wegen in diens beoordeling van geschiktheid en/of betrouwbaarheid. Het functieverbod van art. 1:87 Wft heeft een ander karakter dan de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets (het is een sanctie), maar ook hier is het resultaat dat de persoon in kwestie (tijdelijk) uit de financiële sector wordt geweerd.

Echter, het sanctiekarakter impliceert naar onze mening niet dat de persoon na afloop van het functieverbod zonder meer weer welkom is in de financiële sector. Dit zal als antecedent in het kader van de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets een rol blijven spelen. Overigens kan dit, ook al gedurende het functieverbod, gelden voor andere delen van de financiële sector. Een functieverbod ex art. 1:87 Wft kan ook een aanleiding zijn om tot hertoetsing op betrouwbaarheid of geschiktheid over te gaan, en daarmee ook invloed hebben op andere eventuele posities van de persoon in kwestie in de financiële sector, zoals bij verzekeraars.

De vraag kan gesteld worden of een functieverbod ex art. 1:87 Wft kan leiden tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel, een negatief geschiktheidsoordeel of, afhankelijk van de omstandigheden, tot beide. Wij denken het laatste. Zoals hiervoor aangegeven is er weliswaar een onderscheid aangebracht tussen geschiktheid en betrouwbaarheid, maar dit onderscheid zal in de praktijk niet altijd even duidelijk zijn. Zo zal het verstrekken van onvolledige of onjuiste informatie aan de toezichthouder kunnen worden toegeschreven aan een gebrek aan geschiktheid maar kan het ook een grond zijn om aan de betrouwbaarheid van de beleidsbepalers te twijfelen, in de zin van integriteit.²²¹

Voor al de samenloop tussen het functieverbod ex art. 1:87 Wft en de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets is bijzonder, omdat zij, ofschoon er verschillen zijn, ook wel veel op elkaar lijken. Beiden houden verband met de naleving van wet- en regelgeving en beiden verbinden daar een functieverbod aan. Ogenschijnlijk is het functieverbod van art. 1:87 Wft daarbij beperkt tot maximaal twee jaar, maar feitelijk kan dit ook nadien, via de geschiktheids- of betrouwbaarheidstoets, doorwerken.

Ten slotte kan het functieverbod ex art. 1:87 Wft ook als stok achter de deur fungeren voor andere functionarissen binnen de onderneming. Zij kunnen, zoals eerder aangegeven, worden geconfronteerd met dit verbod, indien zij toelaten dat een persoon die niet voldoet aan de geschiktheids- of betrouwbaarheidseisen, bedoeld in art. 91 CRD IV, lid wordt of blijft van een leidinggevend orgaan.²²²

4.5.8.3 *Vergelijking met BRRD en Interventiewet*

Ofschoon de uitoefening van de bevoegdheden uit hoofde van de BRRD en art. 6:1 Interventiewet strikt genomen niet in de weg behoeven te staan aan een benoeming elders in de financiële sector, leveren zij in het algemeen wel antecedenten op, die in het kader van de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets gemeld moeten worden

221. In de toelichting op de Beleidsregel geschiktheid 2012 wordt een voorbeeld gegeven van beleidsbepalers die de toezichthouder niet tijdig informeren over recente incidenten zoals het niet voldoen aan de liquiditeits- en financieringsproblemen van een pand en meer in het algemeen van continuïteitsbedreigende ontwikkelingen. In het voorbeeld heeft de toezichthouder meerdere malen aan de onderneming gevraagd of er continuïteitsrisico's voor de onderneming waren, dit gezien de negatieve marktontwikkelingen. Ook in het recente verleden heeft de onderneming de toezichthouder meerdere malen voorzien van onjuiste informatie. Niet langer staat hiermee buiten twijfel dat de toezichthouder op een juiste en betrouwbare wijze wordt geïnformeerd door de onderneming. Dit leidt tot de vorming van structurele toezichtantecedenten. De toezichthouder weegt dit mee in haar beoordeling van de geschiktheid van de beleidsbepalers van de onderneming (Beleidsregel geschiktheid 2012, p. 14, *Stcrt.* 2012, 13546).

222. Art. 67 lid 1 onderdeel p CRD IV.

bij toekomstige toetsingen, en eveneens in het kader van andere functies in de financiële sector. Die verplichting rust zowel op de onderneming waar deze persoon in functie is, als op de persoon zelf. De waardering van het antecedent is aan de toezichthouder. Ook zal het afhankelijk zijn van de omstandigheden of dit gegeven als antecedent een rol speelt in de betrouwbaarheidstoetsing, de geschiktheidstoetsing of beide. Alle varianten zijn denkbaar.

4.6 Concluderende opmerkingen

In het voorgaande hebben we de diverse specifieke maatregelen de revue laten passeren die formeel of *de facto* kunnen leiden tot een bestuursverbod in de financiële sector en hebben wij deze specifieke maatregelen vergeleken met het civielrechtelijk bestuursverbod. In de inleiding stelden wij onszelf enkele vragen. In deze concluderende paragraaf zullen wij deze vragen op hoofdlijnen van een antwoord voorzien.

Om te beginnen: valt te verwachten dat het civielrechtelijk bestuursverbod toegevoegde waarde heeft in de financiële sector? Naar onze mening zal het civielrechtelijk bestuursverbod binnen de financiële sector praktisch gezien weinig tot geen toegevoegde waarde hebben. Dit is vooral het geval omdat in de financiële sector bestuurders en feitelijk beleidsbepalers al zijn onderworpen aan een strenge geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets door de toezichthouders. De civiele rechter kan een bestuursverbod opleggen als de bestuurder of feitelijk beleidsbepaler zich heeft schuldig gemaakt aan faillissementsfraude of wanbeleid. Een bestuurder of beleidsbepaler die zich hieraan schuldig heeft gemaakt, zal ook niet (langer) geschikt en/of betrouwbaar kunnen worden geacht door de bevoegde toezichthouders, met als gevolg dat betrokkene het veld moet ruimen (of niet kan aantreden). Kortom, in alle gevallen dat de civiele rechter een civielrechtelijk bestuursverbod kan opleggen, zullen de toezichthouders oordelen dat betrokkene niet (langer) geschikt en/of betrouwbaar is. Is het erg dat het civielrechtelijk bestuursverbod ook geldt voor de financiële sector? Wat ons betreft heeft het in de financiële sector praktisch gezien weliswaar weinig tot geen toegevoegde waarde, de toepasselijkheid ervan in de financiële sector kan ook weinig kwaad. Een uitzondering op het civielrechtelijk bestuursverbod voor de financiële sector is politiek ongetwijfeld ook moeilijk te verkopen. De financiële sector heeft volgens velen haar krediet immers verspeeld.

Een andere interessante vraag is of de specifieke maatregelen die beschikbaar zijn in de financiële sector aanleiding geven tot een aanpassing van het civielrechtelijk bestuursverbod of dat, omgekeerd, het civielrechtelijk bestuursverbod stof tot nadenken biedt voor een aanpassing van de specifieke maatregelen die in de financiële sector beschikbaar zijn. De eerste vraag kan wat ons betreft met nee worden beantwoord. Wij zien tegen de achtergrond van de specifieke maatregelen die beschikbaar zijn in de financiële sector geen reden om het civielrechtelijk bestuursverbod aan te passen. Andersom is dit anders. Zoals wij uiteen hebben gezet bij onze bespreking van het functieverbod ex art. 1:87 Wft zou het wat ons betreft de effectiviteit van de maatregel vergroten als een functieverbod net als het bestuursverbod civiel effect zou hebben. De Europese herkomst van het functieverbod verzet zich daar ons inziens niet tegen.

Voorts: sluiten de diverse specifieke maatregelen en het civielrechtelijk bestuursverbod goed op elkaar aan? In het voorgaande werd al duidelijk dat de diverse maatregelen onder andere qua doelgroep aan wie de maatregel kan worden opgelegd niet volledig met elkaar overeenkomen, en zij in zoverre niet goed op elkaar aansluiten. Praktisch gesproken levert dat ons inziens weinig problemen op, omdat al deze maatregelen minimaal van toepassing zijn op bestuurders en feitelijk beleidsbepalers.

En in hoeverre valt te verwachten dat de diverse maatregelen (civielrechtelijk bestuursverbod, bijzondere instrumenten beschikbaar in de financiële sector) elkaar over en weer beïnvloeden? Wij verwachten inderdaad dat in diverse richtingen sprake zal zijn van een beïnvloeding. Met name zullen een opgelegd civielrechtelijk bestuursverbod, een opgelegd functieverbod ex art. 1:87, alsmede het wegsturen van bestuurders als interventie maatregel op grond van de BRRD/SRM-Verordening/Interventiewet belangrijke antecedenten opleveren bij het uitvoeren van de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets door de bevoegde toezichthouders. Een nog lopend bestuurs- of functieverbod zal zelfs noodzakelijkerwijs moeten leiden tot een negatief oordeel over geschiktheid en/of betrouwbaarheid, met alle gevolgen van dien.²²³ Ook is denkbaar dat de civiele rechter bij de beantwoording van de vraag of hij in een concreet geval gebruik maakt van zijn beleidsvrijheid om van de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod af te zien, hierbij zal meewegen dat betrokkene al een of meer van de behandelde specifieke maatregelen heeft opgelegd gekregen. Al kan dat voor de civiele rechter mogelijk ook een reden zijn om het civielrechtelijk bestuursverbod juist wel op te leggen, omdat daarmee gewaarborgd wordt dat betrokkene ook buiten de financiële sector geen bestuursfuncties en commissariaten meer kan bekleden. Verder zou de civiele rechter kunnen overwegen de looptijd van een civielrechtelijk bestuursverbod te bekorten omdat betrokkene ook al een of meer van de specifieke maatregelen uit de financiële sector heeft opgelegd gekregen.

Tot slot: wij hopen dat wij voor de bredere groep van ondernemingsrechtjuristen enig inzicht hebben kunnen verschaffen in de *peculiarities* die in de financiële sector op dit punt bestaan. Ook hopen wij dat de suggesties die wij hier en daar hebben gedaan aan de wetgever in overweging worden genomen.

223. Als men accepteert dat een functieverbod niet per se de volledige reikwijdte behoeft te hebben, maar bijvoorbeeld ook alleen kan worden opgelegd voor de huidige functie of bepaalde functies (zie paragraaf 4.3.7), kan dit uiteraard anders zijn.

