

Ik meen dat de koppeling met een enquêteprocedure voor de hand ligt, maar geen vereiste is. De voorzieningenrechter zou mijns inziens kunnen volstaan met het beperken van de voorlopige voorziening in tijd, zonder partijen verplicht naar de OK te dirigeren. Daarmee wordt geen nadeel toegebracht aan de zaak ten principale (art 257 Rv). Wel ligt voor de hand dat de voorzieningenrechter – juist in het verlengde van art. 257 Rv – de jurisprudentie van de OK over de door haar getroffen onmiddellijke en definitieve voorzieningen betreft in zijn toetsingskader. De OK gaat immers als ‘bodemrechter’ over de schorsing en het eventuele daarop volgende ontslag (als definitieve voorziening) van de bestuurder van een BV (art. 2:356 sub b BW).

7. De voorzieningenrechter hangt in deze procedure haar oordeel (alleen) op aan art. 2:8 BW. Zij overweegt dat een bestuurder kan worden geschorst als er een zwaarwegende reden is die meebrengt dat van de vennootschap in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de bestuurder nog langer zijn taken uitoefent (r.o. 4.4). Art. 2:8 BW is voor dit soort beslissingen tevens het anker van de OK (zie OK 2 november 2015, «JOR» 2016/61, m.nt. Van Schilgaarde (*Meavita*), r.o. 3.5). Voor onmiddellijke voorzieningen, waaronder de schorsing van bestuurders, omvat de wet echter nog een expliciete toets: de OK kan onmiddellijke voorzieningen treffen, zowel vóór als nadat het onderzoek is gelast, indien er naar haar oordeel gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen en de belangen van de rechtspersoon de voorziening vereisen (art. 2:349a BW lid 2 en 3 BW jo. 2:350 lid 1 BW). Hoewel de belangenafweging van de voorzieningenrechter en de OK voor het treffen van voorzieningen verschilt (belang procespartijen vs. belang vennootschap), zie ik geen redenen om aan te nemen dat deze verschillende toetsen in dit geval tot een ander oordeel zouden moeten leiden.

8. Tot slot constateert de voorzieningenrechter dat een patstelling is ontstaan, omdat de aandeelhouders evenveel stemrecht hebben. Op verzoek van eiser gaat de voorzieningenrechter mede daarom over tot de schorsing van gedaagde als bestuurder (r.o. 4.1 en 4.3). Dit bevreedt omdat de schorsing geen invloed heeft op de patstelling binnen de aandeelhoudersvergadering. De overgebleven bestuurder moet in zijn

handelen bovendien het belang van de vennootschap in acht nemen (art. 2:239 lid 5 BW). Hij dient daarbij dus de belangen van alle *stakeholders* van de vennootschap (waaronder gedaagde) te behartigen. Daarvan lijkt eiser zich ook bewust (zie r.o. 4.9). De (rechts)handelingen van de overgebleven bestuurder kunnen onherstelbare gevolgen hebben en kunnen leiden tot een schadevergoeding, zeker als de OK de schorsing uiteindelijk niet bestendigt (HR 16 november 1984, *NJ* 1985/547 (*Ciba Geigy/Voorbraak*)). Naar ik begrijp, is dit geschil inmiddels aanhangig gemaakt bij zowel de bodemrechter in het kader van een geschillenregeling (art. 2:336 BW) als bij de OK.

C.J. Scholten,
advocaat bij Bergh Stoop & Sanders te Amsterdam

130

Rechtbank Amsterdam
24 januari 2019, nr. HA RK 18-229,
ECLI:NL:RBAMS:2019:466
(mr. Brokkaar)
Noot mr. W.J.B. van Nielen

Civielrechtelijk bestuursverbod wegens frustreren afwikkeling faillissement. OM is ontvankelijk. Openbaar belang. Ernstige schending van inlichtingenplicht jegens curator. Geen “criminal charge” in zin van art. 6 EVRM. Nemo-teneturbeginsel niet van toepassing bij beroep op schending van civielrechtelijke norm jegens curator. Oplegging bestuursverbod voor maximale duur van vijf jaar.

[Fw art. 105 lid 1 (oud), 106a lid 1 sub c, 106b; EVRM art. 6]

Blijkens de MvT heeft de wetgever bij het in de praktijk invoeren van art. 106a lid 1 sub c Fw weliswaar primair het oog gehad op de curator als de agerende partij, maar bedoeld is dat ook het OM kan ageren. Dat het OM op basis van de zogenoemde c-grond (en de overige gronden) kan ageren, is overigens ook duidelijk en zonder omhaal bepaald in art. 106a lid 1, aanhef, Fw. Daarbij is bijvoorbeeld niet als eis bepaald dat het OM redenen van openbaar belang (voldoende) moet stellen (vgl. art. 1 Fw waar een dergelijke eis wel is bepaald voor het door het OM kunnen verzoeken van een

faillietverklaring). Het is aan het OM zelf om te beoordelen of de toegekende bevoegdheden van art. 106a Fw al dan niet ingezet moeten worden. Ten overvloede wordt opgemerkt dat ageren op de c-grond door het OM in plaats van de curator niet onbegrijpelijk is vanwege het maatschappelijk belang dat is gediend met een op de toekomst gericht bestuursverbod voor personen van wie is gebleken dat zij het niet schuwen om niet mee te werken met een faillissementscurator en zodoende de gezamenlijke schuldeisers tegenwerken, onder wie bijvoorbeeld de fiscus, zijnde een schuldeiser die de maatschappij als geheel aangaat.

De schendingen van art. 105 lid 1 (oud) Fw kwalificeren als het in zeer ernstige mate tekortschieten in de nakoming van de informatie- of medewerkingsverplichtingen, bedoeld in de Faillissementswet, jegens de curator. Het opleggen van een bestuursverbod zou in dit geval zeker het in de MvT geschetste doel van de c-grond dienen, namelijk de aanpak van bestuurders die de afwikkeling van het faillissement bewust frustreren.

Om een op de c-grond gebaseerde civielrechtelijk-bestuursverbodprocedure te voorkomen, had [belanghebbende] kunnen voldoen aan zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator; het wél verschaffen van inlichtingen als bedoeld in art. 105 lid 1 (oud) Fw zou juist een op de c-grond gebaseerd bestuursverbod voorkomen. In zoverre is [belanghebbende] niet gedwongen om mee te werken aan een aan hem op te leggen bestuursverbod.

Voor zover [belanghebbende] jegens faillissementscurator is tekortgeschoten in zijn inlichtingenplicht ex art. 105 lid 1 (oud) Fw uit vrees dat door hem verschaft inlichtingen zouden kunnen leiden tot een bestuursverbodprocedure op de a-, b-, d- of e-grond – en door welk tekortschieten uiteindelijk de c-grond toepasselijk is geworden – is van belang dat de onderhavige bestuursverbodprocedure niet kan worden aangemerkt als een procedure die tot oplegging van een punitieve sanctie kan leiden. De onderhavige bestuursverbodprocedure is geen criminal charge in de zin van art. 6 EVRM.

Dat in het geval van [belanghebbende] sprake is van handelen jegens de curator na het faillissement en niet van handelen van een bestuurder voorafgaand aan het faillissement, maakt dat oordeel niet anders. Door toepassing van de c-grond wordt immers bereikt dat de bestuurders, van wie is gebleken dat zij niet schuwen om faillissementscuratoren tegen te werken, in de toekomst buitenspel worden gezet als het gaat om het kunnen gebruik-

maken van rechtspersonen. In zoverre is ook bij de c-grond sprake van een preventiedoel en niet louter van een repressieve sanctie.

[Belanghebbende] is door curator gedwongen om mee te werken, althans inlichtingen te verschaffen. De curator heeft immers [belanghebbende] met dat doel in verzekerde bewaring doen stellen ex art. 87 Fw (gijzeling).

De omstandigheid dat [belanghebbende] zijn onder de dwang van de gijzeling door de curator verkregen toezegging niet is nagekomen kan worden meegewogen in het kader van de c-grond. Voor zover de omstandigheid dat bedoelde waarborg niet is gegeven [belanghebbende] ertoe heeft gebracht om – los gezien van de inbewaringstelling – juist géén informatie aan de curator te verschaffen, kan ook die schending worden meegewogen in het kader van de c-grond. De consequenties van het niet zijn gegeven van de waarborg doen zich immers slechts gevoelen in het eventuele strafproces en staan los van de civielrechtelijke rechten en plichten. De keuze om wegens ‘strafrechtelijke onzekerheid’ te zwijgen jegens de civielrechtelijke wederpartij (de curator) betekent niet dat die wederpartij geen beroep kan doen op een civielrechtelijke norm (art. 105 lid 1 (oud) Fw) die door dat zwijgen wordt geschonden. De consequentie daarvan is dat ook die schending kan worden ingeroepen in het kader van een op de c-grond gevraagd bestuursverbod, waarbij het niet uitmaakt of de curator of het OM de verzoekende partij is. De rechtbank acht het derhalve in lijn met het doel van de wet en overigens passend om aan [belanghebbende] een bestuursverbod op te leggen voor de maximale duur van vijf jaar (art. 106b lid 1 Fw).

Openbaar Ministerie domicilie gekozen hebbende te Zwolle,

verzoeker,

vertegenwoordigd door mr. J.C.G. van der Wulp, officier van justitie bij het Functioneel Parket, Handhavingseenheid Zwolle,

tegen

X,

belanghebbende,

advocaat: mr. E. Cekic.

(...; red.)

2. Het verzoek

2.1. Het OM verzoekt de rechtbank om op grond van artikel 106a e.v. Fw aan [belanghebbende] een bestuursverbod op te leggen voor de duur van vijf jaren althans een in goede justitie te bepalen

duur, zulks met oplegging van een dwangsom van € 10.000 per overtreding van het bestuursverbod met een maximum van € 100.000. Ten slotte verzoekt het OM om [belanghebbende] in de kosten van het geding te veroordelen, uitvoerbaar bij voorraad.

2.2. Het OM motiveert het verzoek aan de hand van zes faillissementen van rechtspersonen waarvan [belanghebbende] (middellijk) bestuurder is of was, aldus dat het OM ten aanzien van elk van deze afzonderlijke faillissementen een beroep doet op het bepaalde in artikel 106a lid 1 sub c Fw (schending van informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de faillissementscurator) alsook het bepaalde in artikel 106a lid 1 sub d Fw (persoonlijk verwijt in geval van repeterende faillissementen).

Hierna worden de verschillende in artikel 106a lid 1 Fw genoemde gronden a t/m e aangeduid als “de a-grond” en zo verder.

2.3. Onderdeel van de motivering van het OM is een beroep op de c-grond in verband met het faillissement van de besloten vennootschap DM Holding, waarop de rechtbank hierna ingaat.

2.4. Blijkens het door het OM overgelegde uittreksel uit het Handelsregister is DM Holding opgericht bij akte van 8 januari 2014 en was zij statutair gevestigd te Eindhoven. [belanghebbende] was volgens het uittreksel enig aandeelhouder en enig bestuurder van de vennootschap vanaf 3 juli 2015. DM Holding is op [faillissementsdatum] in staat van faillissement verklaard onder aanstelling van mr. I.C.J.C. van de Klundert tot curator. Op [opheffingsdatum] is het faillissement van DM Holding opgeheven bij gebrek aan baten. Op verzoek van het OM heeft curator mr. Van de Klundert een schriftelijke verklaring afgelegd over de gang van zaken tijdens het faillissement van DM Holding. De verklaring van de curator, neergelegd in een brief van 30 mei 2018, luidt als volgt, voor zover van belang in verband met het beroep van het OM op de c-grond:

(...)

Betreft: verklaring van curator aan Openbaar Ministerie inzake DM Holding B.V.

(...)

Bestuurder van DM Holding is de heer [belanghebbende] (hierna ‘[belanghebbende]’) (...). [belanghebbende] is niet verschenen tijdens de faillissementszitting. Vanaf de faillissementsuitspraak is getracht om met [belanghebbende] in contact te komen. Zijn telefoonnummer bleek echter te

zijn afgesloten en ook verzoeken per post werden niet door hem beantwoord. Over een e-mailadres zou hij niet beschikken.

Uiteindelijk is mijn kantoorgenoot mr. R. (Remco) de Jong in contact geraakt met mr. E.J.G. Beerdsen (...). De heer Beerdsen werd (eveneens) op [faillissementsdatum] aangesteld als curator in het faillissement van Pasa Groothandel B.V. (hierna: ‘Pasa’). DM Holding en Pasa hebben dezelfde bestuurder, nl. [belanghebbende].

De heer Beerdsen kon in eerste instantie ook geen contact krijgen met [belanghebbende]. Hij heeft daarom de rechtbank Amsterdam, althans de rechter-commissaris verzocht om [belanghebbende] (en zijn broer) op te laten roepen voor verhoor.

Ik heb besloten om het verhoor in het faillissement van Pasa af te wachten en [belanghebbende] nogmaals aan te schrijven op zijn woonadres met het verzoek om per ommegaande contact met mij op te nemen en stukken uit de administratie aan te leveren. Het verhoor (in het faillissement van Pasa) heeft op 13 april 2017 plaatsgevonden. De heren [familienaam belanghebbende] zijn toen verschenen. [belanghebbende] bleek toch over een werkend telefoonnummer te beschikken.

Vervolgens heb ik meerdere malen geprobeerd om [belanghebbende] telefonisch te bereiken. Dat is pas op 2 mei 2017 gelukt. Hij wilde echter geen informatie verstrekken. Hij zei wel dat hij op de hoogte was van het faillissement. Hij wist echter niet wanneer hij in de gelegenheid was om bij mij op kantoor te verschijnen om de gevolgen en achtergronden van het faillissement te bespreken. Ik heb hem toen op zijn verplichtingen gewezen. Hij zei dat hij nog zou terugbellen en beëindigde het telefoongesprek.

[belanghebbende] heeft niet meer teruggebeld. Het is mij (wederom na vele pogingen) uiteindelijk gelukt om [belanghebbende] op 12 mei 2017 telefonisch te spreken. [belanghebbende] zei toen dat hij ziek was en daardoor niet kon praten. Hij heeft mij nog wel bericht dat DM Holding alleen holdingactiviteiten verricht en dat de activiteiten reeds gestaakt waren. Ook de activiteiten van de deelnemingen van DM Holding zouden reeds gestaakt zijn. Vervolgens heb ik een bespreking met [belanghebbende] ingepland op 23 mei 2017, 15:00 uur op ons kantoor te Amsterdam. [belanghebbende] zou dan ook de administratie meenemen.

Vervolgens heb ik de inhoud van ons gesprek en de afspraak per brief bevestigd (*Bijlage 2*). [belanghebbende] is echter niet komen opdagen. Mijn kantoorgenoot mr. R de Jong is tevergeefs naar Amsterdam afgereisd. Hij zond mij wel een SMS met de tekst: “Beste meneer de curator ik ben ziek daardoor kan ik niet komen voor onze afspraak van vandaag om 15 uur. Zodra ik beter ben bel ik u voor een nieuwe afspraak. [belanghebbende].” Nadien heb ik niet meer van hem vernomen. Aangezien [belanghebbende] op geen enkele wijze zijn medewerking verleende aan de afwikkeling van het faillissement heb ik [belanghebbende] laten oproepen voor verhoor. [belanghebbende] diende op 13 oktober, 09:00 uur te verschijnen voor de rechter-commissaris in het Paleis van Justitie te ‘s-Hertogenbosch. [belanghebbende] is niet verschenen.

[belanghebbende] is vervolgens op [datum inbewaringstelling] in voorlopige bewaring gesteld in de [plaats inbewaringstelling]. Aldaar heb ik hem verhoord in het bijzijn van mijn kanoorgenoot mr. R de Jong. [belanghebbende] heeft mij toen als volgt bericht:

Verslag van verhoor in Pl te Vught:

“(…)

De heer [belanghebbende] heeft verklaard dat hij niet over de administratie van DM Holding beschikte toen hij in 2015 aandeelhouder en bestuurder van DM Holding werd. De voormalig aandeelhouder van DM Holding zou niet bereid zijn geweest om de administratie aan de heer [belanghebbende] te verstrekken. Ook in de periode die volgde zou de administratie niet correct zijn aangeleverd en bijgewerkt. Volgens de heer [belanghebbende] vonden er echter weinig tot geen activiteiten plaats in DM Holding, zodat er weinig geadministreerd zou hoeven te worden.

[naam accountantskantoor] zou voorts de administratie van deelneming Amart onder zich hebben gehouden, omdat haar facturen niet werden voldaan. Ook zou [naam accountantskantoor] haar werkzaamheden hebben opgeschort. Hierdoor zouden de aangiftes bij de Belastingdienst niet of niet tijdig zijn gedaan. Vervolgens zou de heer [belanghebbende] zijn overgestapt naar [naam administratiekantoor] te [vestigingsplaats]. [naam administratiekantoor] kon echter de administratie niet correct bijwerken, omdat zij niet over de beginbalansen beschikte. Vervolgens zou

[naam administratiekantoor] eind 2016 de beschikbare fysieke administratie aan de heer [belanghebbende] hebben teruggegeven.

De heer [belanghebbende] heeft verklaard dat de fysieke administratie van DM Holding en Amart sindsdien bij hem thuis op zolder ligt. Voorts heeft hij toegezegd dat hij de aanwezige administratie uiterlijk maandag 30 oktober jl., 17:00 uur bij mij op kantoor zou afgeven.

“(…)

Ik heb de heer [belanghebbende] meerdere malen gewezen op het zwaarwegende belang om zijn medewerking te verlenen en op eerste verzoek inlichtingen te verschaffen en de consequentie indien aan deze verplichtingen niet wordt voldaan.

De heer [belanghebbende] heeft toegezegd zijn medewerking te verlenen en de gevraagde informatie te verschaffen. De heer [belanghebbende] had mij voorts toegezegd uiterlijk maandag 30 oktober 2017, 17.00 uur de nog bij hem aanwezige fysieke administratie aan te zullen leveren bij mijn kantoor. Deze stukken zouden alleen door de heer [belanghebbende] zelf verzameld kunnen worden”.

De inbewaringstelling is vervolgens opgeschort, in afwachting van het nog aanleveren van de nog aanwezige fysieke administratie.

[belanghebbende] heeft vervolgens niet voldaan aan de gestelde voorwaarden als gevolg waarvan de opschorting van de inbewaringstelling is beëindigd. Na beëindiging van de opschorting heeft [belanghebbende] alsnog een beperkte hoeveelheid stukken uit de administratie van Amart Eindhoven B.V. (dochtervennootschap) aangeleverd. Voorts heeft de advocaat van [belanghebbende] bevestigd dat [belanghebbende] (ondanks zijn eerdere berichtgeving) niet over stukken uit de administratie van DM Holding beschikt.

“(…)”.

2.5. Het OM stelt met verwijzing naar de brief van curator mr. Van de Klundert als volgt ter motivering van het beroep op de c-grond in verband met het faillissement van DM Holding. [belanghebbende] heeft niet (in voldoende mate) voldaan aan de op hem rustende informatie- en medewerkingsplicht. Ondanks (schriftelijke) verzoeken van de curator heeft [belanghebbende] geen, althans onvoldoende informatie over de gefailleerde rechtspersoon verstrekt, is hij niet komen opdagen bij een geplande bespreking met de curator en verscheen hij evenmin bij een verhoor voor de rech-

ter-commissaris. Een en ander heeft zelfs ertoe moeten leiden dat [belanghebbende] in voorlopige bewaring is gesteld op [datum inbewaringstelling]. Tijdens de inbewaringstelling heeft [belanghebbende] toegezegd administratie te zullen aanleveren uiterlijk op 30 oktober 2017. Ook deze toezegging is hij niet nagekomen. Door zich niets aan te trekken van vragen van de curator schendt [belanghebbende] het belang van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement en berokkent hij de maatschappij grote schade. Derhalve moet worden geconcludeerd dat [belanghebbende] in het faillissement van DM Holding in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- en medewerkingsplicht als bedoeld in de c-grond, aldus steeds het OM.

2.6. [belanghebbende] voert verweer. Hierop wordt bij de beoordeling van het verzoek ingegaan.

3. De beoordeling

Wettelijk kader

3.1. De artikelen 106a e.v. Fw zijn per 1 juli 2016 ingevoerd bij de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Artikel 106a lid 1 Fw luidt als volgt:

Op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie kan de rechtbank een bestuursverbod opleggen aan de bestuurder van een in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersoon, de gewezen bestuurder daaronder begrepen, als tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement van die rechtspersoon:

- a. door de rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak is geoordeeld dat hij voor zijn handelen of nalaten bij die rechtspersoon aansprakelijk is, als bedoeld in de artikelen 138 of 248 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;
- b. de bestuurder doelbewust namens de rechtspersoon rechtshandelingen heeft verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en die overeenkomstig de artikelen 42 of 47 bij onherroepelijk geworden uitspraak door de rechter zijn vernietigd;
- c. de bestuurder, 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. de bestuurder, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft; of

e. aan de rechtspersoon of de bestuurder ervan een boete wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd en deze beschikking onherroepelijk is.

De in de c-grond bedoelde informatie- of medewerkingsverplichtingen zijn, voor zover in deze zaak van belang, neergelegd in de artikelen 105 lid 1 en 106 Fw, zoals die luiden vóór het op 1 juli 2017 in werking treden van de Wet versterking positie curator (Stb. 2017, 124), welke wet van toepassing is op faillissementen van na die datum. Artikel 105 lid 1 (oud) Fw:

De gefailleerde is verplicht voor de rechter-commissaris, de curator of de commissie uit de schuldeisers te verschijnen en deze alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen.

Artikel 106 (oud) Fw:

Bij het faillissement van een rechtspersoon zijn de bepalingen van de artikelen 87-91 op de bestuurders, die van artikel 105, eerste lid, op bestuurders en commissarissen toepasselijk.

Artikel 87 lid 1 Fw geeft de mogelijkheid van inbewaringstelling van (een bestuurder van) een gefailleerde:

De rechtbank kan bij het vonnis van faillietverklaring of te allen tijde daarna, doch in het laatste geval niet dan op voordracht van de rechter-commissaris, of op verzoek van de curator of van een of meer der schuldeisers en na de rechter-commissaris gehoord te hebben, bevelen, dat de gefailleerde, wegens het niet nakomen van verplichtingen welke de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt, dan wel wegens gegronde vrees voor het niet nakomen van zodanige verplichtingen, in verzekerde bewaring worde gesteld, hetzij in een huis van bewaring, hetzij in zijn eigen woning onder het opzicht van een ambtenaar van politie, aangesteld voor de uitvoering van de politietak, of een andere ambtenaar, voorzover die ambtenaar behoort tot een categorie die daartoe door Onze Minister van Justitie is aangewezen.

3.2. De bij de Wet civielrechtelijk bestuursverbod behorende Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3; hierna: de MvT) vermeldt ten aanzien van de c-grond het volgende, voor zover hier van belang:

“Onderdeel c

Onderdeel c bevat het criterium 'in ernstige mate tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator'. Doel is om bestuurders die de afwikkeling van het faillissement bewust frustreren, effectiever te kunnen aanpakken. (...) Een bestuursverbod kan slechts worden opgelegd als de bestuurder 'in ernstige mate' tekortschiet in zijn verplichtingen. Een gering verzuim van de informatie- of medewerkingsplichten door de bestuurder van de failliete rechtspersoon, zoals een minieme termijnoverschrijding, zal daarom in de regel de oplegging van een bestuursverbod niet kunnen rechtvaardigen. Dat ligt uiteraard anders, als getracht wordt om de goede afwikkeling van het faillissement bewust te frustreren. Het is aan de curator c.q. het openbaar ministerie om aan te tonen dat er a) sprake is van 'tekortschieten' in de inlichtingen en medewerkingsverplichtingen jegens de curator en b) dat hiervan 'in ernstige mate' sprake is. Dit levert voor de bestuurder in kwestie twee mogelijkheden op om tegenbewijs te leveren. Slaagt hij daarin, dan kan geen bestuursverbod worden opgelegd. In zoverre kan hij zich ook hier disculperen. In de hiervoor beschreven gevallen is een voorafgaand verzoek van de curator vereist, zodat er geen misverstand kan ontstaan over het bestaan van de verplichting om inlichtingen te verschaffen of bescheiden te verstrekken. Het verzoek is vormvrij en laat hiermee de mogelijkheid open dat het verzoek op elektronische wijze wordt verstuurd. In het verzoek kan de bestuurder ook op de gevolgen worden gewezen van het niet-nakomen van de op hem rustende verplichtingen, namelijk inbewaringstelling (artikel 87 Fw) of een mogelijk bestuursverbod. (...) Het bewust frustreren door de failliet van de goede afwikkeling van een faillissement betekent dat het de curator zeer moeilijk of onmogelijk wordt gemaakt om zijn taken bij de afwikkeling van de boedel namens de gezamenlijke schuldeisers adequaat te vervullen, evenals om zijn plichten jegens de rechter-commissaris goed na te komen. Daarnaast kunnen hierdoor schuldeisers, zekerheidsgerechtigden alsmede bijvoorbeeld de fiscus, en daarmee de samenleving als geheel, ernstig worden benadeeld. Om deze

redenen levert niet-naleving van de inlichtingenplicht jegens de curator een strafbaar feit op, waarop maximaal een jaar gevangenisstraf of een geldboete van de derde categorie als straf staat (art. 194 Sr). Het betreft hier echter een repressieve sanctie. Daarnaast kan de bewuste frustratie van een faillissement dermate veel schade berokkenen, dat een preventieve sanctie in de vorm van een civielrechtelijk bestuursverbod gerechtvaardigd is. Artikel 106a lid 1 onderdeel c voorziet daarin.”

(MvT, p. 19/20)

Niet-ontvankelijkheidsverweer

3.3. [belanghebbende] voert het verweer dat het OM in zijn op de c-grond gebaseerde verzoek niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, omdat slechts een curator en niet het OM de c-grond kan invoeren. De MvT maakt immers duidelijk dat de c-grond niets van doen heeft met het openbaar belang en door de wetgever is bedoeld als het exclusieve terrein van de curator, aldus [belanghebbende].

3.4. Dit verweer slaagt niet. Blijkens de MvT (p. 3/4 en p. 12) heeft de wetgever bij het in de praktijk invoeren van de c-grond weliswaar primair het oog gehad op de curator als de agerende partij, maar bedoeld dat ook het OM kan ageren. Zo vermeldt de hiervoor geciteerde passage uit de MvT dat het aan de curator “c.q. het openbaar ministerie” is om – kort gezegd – de c-grond aan te tonen. Het omgekeerde geldt voor de d-grond en voor de e-grond; de MvT vermeldt dienaangaande dat een optreden van de curator, hoewel op zich niet uitgesloten, minder voor de hand ligt (MvT, p. 13). Dat het OM op basis van de c-grond (en de overige gronden) kan ageren, is overigens ook duidelijk en zonder omhaal bepaald in artikel 106a lid 1, aanhef, Fw. Daarbij is bijvoorbeeld niet als eis bepaald dat het OM redenen van openbaar belang (voldoende) moet stellen (vgl. artikel 1 Fw waar een dergelijke eis wel is bepaald voor het door het OM kunnen verzoeken van een faillietverklaring). Het is aan het OM zelf om te beoordelen of de toegekende bevoegdheden van artikel 106a Fw al dan niet ingezet moeten worden (zie MvT, p. 4). Ten overvloede wordt opgemerkt dat ageren op de c-grond door het OM in plaats van de curator – die er voor DM Holding overigens niet meer is – niet onbegrijpelijk is vanwege het maatschappelijk belang dat is gediend met een op de toekomst gericht bestuursverbod voor perso-

nen van wie is gebleken dat zij niet schuwen om niet mee te werken met een faillissementscurator en zodoende de gezamenlijke schuldeisers tegenwerken, onder wie bijvoorbeeld de fiscus, zijnde een schuldeiser die de maatschappij als geheel aangaat.

Beoordeling van het beroep op de c-grond inzake het faillissement van DM Holding

3.5. Het beroep op de c-grond is door het OM gemotiveerd door te wijzen op de inhoud van de verklaring van curator mr. Van de Klundert. [belanghebbende] heeft de juistheid van die verklaring slechts bloot betwist, hetgeen onvoldoende is. De juistheid van de verklaring van de curator wordt dan ook als vaststaand aangenomen. Wel heeft [belanghebbende] aangevoerd (i) dat hij niet bewust de goede afwikkeling van het faillissement heeft gefrustreerd, (ii) dat van ernstige benadeling van de samenleving geen sprake is en (iii) dat hij vanwege zijn medische situatie de curator niet direct heeft kunnen informeren.

Overwogen wordt als volgt.

3.6. [belanghebbende] is vanaf de faillietverklaring van DM Holding op [faillissementsdatum] door de curator opgeroepen om inlichtingen te verschaffen. Na vele pogingen langs diverse communicatiekanalen is het de curator pas op 2 mei 2017 gelukt om contact met [belanghebbende] te verkrijgen. [belanghebbende] heeft geen verklaring gegeven voor het feit dat hij als bestuurder van de vennootschap zo lang onbereikbaar was. Dit traject tussen [faillissementsdatum] en 2 mei 2017 levert een schending op van artikel 105 lid 1 (oud) Fw.

3.6.1. [belanghebbende] heeft op 2 mei 2017 geweigerd om inlichtingen te verschaffen. Een belofte om terug te bellen werd vervolgens niet nagekomen. Ook deze feiten leveren schendingen op van artikel 105 lid 1 (oud) Fw.

3.6.2. Op 12 mei 2017 heeft [belanghebbende] enkele inlichtingen verschaft. Een afspraak om, met de administratie, op 23 mei 2017 de curator te ontmoeten werd door [belanghebbende] niet nagekomen met de mededeling dat hij ziek was en dat hij zou terugbellen. Veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat [belanghebbende] inderdaad ziek was en daardoor niet kon komen, moet in elk geval worden geconstateerd dat hij heeft verzuimd om terug te bellen of om de beloofde admi-

nistratie af te (laten) geven. Ook dit een en ander levert schendingen op van artikel 105 lid 1 (oud) Fw.

3.6.3. [belanghebbende] heeft geweigerd om te voldoen aan een oproep van de rechter-commissaris om voor hem te verschijnen met het kenmerkende doel dat de curator inlichtingen van de bestuurder van de failliet verkrijgt in het kader van een behoorlijke afwikkeling van de boedel. Aldus schond [belanghebbende] artikel 105 lid 1 (oud) Fw.

3.6.4. Wegens het meermaals schenden van de op [belanghebbende] jegens de curator rustende inlichtingenplicht is [belanghebbende] in verzekerde bewaring moeten worden gesteld teneinde alsnog aan die plicht te voldoen. Een tijdens die bewaring gemaakte afspraak dat [belanghebbende] administratie van DM Holding zou aanleveren, is door hem vervolgens niet nagekomen. Nadien bleek dat de verklaring van [belanghebbende] jegens de curator, dat hij nog over administratie van DM Holding beschikte, onjuist was. Door de curator aldus verkeerd voor te lichten, schond [belanghebbende] artikel 105 lid 1 (oud) Fw.

3.7. De zojuist benoemde schendingen van artikel 105 lid 1 (oud) Fw kwalificeren, sommige reeds op zichzelf maar zeker tezamen bezien, naar het oordeel van de rechtbank als het in zeer ernstige mate tekortschieten in de nakoming van de informatie- of medewerkingsverplichtingen, bedoeld in de Faillissementswet, jegens de curator. Het opleggen van een bestuursverbod zou in dit geval zeker het in de MvT geschetste doel van de c-grond dienen, namelijk de aanpak van bestuurders die de afwikkeling van het faillissement bewust frustreren. [belanghebbende] heeft in zijn verweer wel aangevoerd dat zijn tekortschieten niet kwalificeert als het bewust frustreren van de goede afwikkeling van het faillissement, maar gezien de zojuist benoemde schendingen is deze stelling zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, onbegrijpelijk. Het verweer dat [belanghebbende] vanwege zijn medische situatie de curator niet direct heeft kunnen informeren, is zo summier, op zichzelf beschouwd alsmede bezien in verband met de vele kansen tot inlichting die [belanghebbende] heeft gehad, dat het reeds daarom als onvoldoende gemotiveerd moet worden verworpen.

3.7.1. Het OM heeft nog gesteld en [belanghebbende] heeft betwist dat de samenleving is benadeeld door het gedrag van [belanghebbende]. Dit aangaande wordt overwogen dat de in dit geval gel-

dende mate van schadeberokkening aan de samenleving in het midden kan worden gelaten, nu de wet niet eist dat een aan de rechter gevraagd bestuursverbod wordt gemotiveerd met een schatting van de door de maatschappij geleden schade. Bovendien gaat het blijkens de MvT in dit verband vooral om de preventie van verdere maatschappelijke schade (zie het citaat hierboven alsmede p. 2 van de MvT).

“*Nemo tenetur*” en “*criminal charge*”

3.8. [belanghebbende] voert het volgende verweer.

3.8.1. Een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden gekwalificeerd als een *criminal charge*, en het onder dwang verkrijgen van informatie in de zin van artikel 106a lid 1 sub c Fw maakt een rechtstreekse inbreuk maakt op de essentie van het “*nemo tenetur*”-beginsel en daarmee dus op de wil van [belanghebbende] en diens wil om het zwijgrecht uit te oefenen wanneer informatie onder dwang van een bestuursverbod wordt verkregen.

3.8.2. Bij het bepalen of sprake is van een *criminal charge* moet worden gekeken naar: (i) de classificatie van het delict volgens de nationale wetgeving in kwestie, (ii) de aard van het delict en (iii) de aard en zwaarte van de straf die op het delict staat (EHRM 8 juni 1976, [partijnaam] /Nederland, zaaknr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72). Het bestuursverbod op grond van artikel 106a lid 1 sub c Fw vindt zijn plaats binnen het kader van een versterkte fraudebestrijding en een verbeterde informatiepositie van de curator ten einde fraude gemakkelijker te kunnen signaleren. Daarnaast wordt een dergelijk verbod opgelegd wegens de schending van verplichtingen die pas gaan gelden na de datum van het faillissement. Daar gaat niet alleen een afschrikwekkende werking van uit, maar ook een punitieve werking. Er wordt namelijk niet teruggekeken op het handelen van de failliet dat tot het faillissement heeft geleid, maar naar de schending van een verplichting die ontstaat na de datum van het faillissement. Hier gaat dus geen preventieve werking vanuit. Voorgaande leidt dan ook tot de conclusie dat het bestuursverbod op die grond wel degelijk gekwalificeerd dient te worden als een *criminal charge*. De dwang die uitgaat van het bestuursverbod kan tevens als ongeoorloofd worden beschouwd aangezien informatie onder rechtstreekse dreiging van een sanctie kan worden verkregen. De dreiging is gelegen in een beperking van het recht van betrok-

kene op een vrije beroepskeuze voor een periode van vijf jaar. Dit maakt tevens inbreuk op artikel 23 lid 1 Universele verklaring van de rechten van de mens: “Een ieder heeft recht op arbeid, op vrije keuze van beroep, op rechtmatige en gunstige arbeidsvoorwaarden en op bescherming tegen werkloosheid”. Daarmee is ook gegeven dat informatie die onder dreiging van een bestuursverbod wordt verkregen niet zijn weg mag vinden in het strafproces van de verdachte. Daarom zou een waarborg tegen het gebruik van dergelijke informatie op zijn plaats zijn. Deze waarborg is en wordt [belanghebbende] echter niet geboden. Het is nog niet bekend of het OM [belanghebbende] ook strafrechtelijk zal vervolgen. Deze mogelijkheid kan niet worden uitgesloten.

3.8.3. Zolang geen duidelijkheid bestaat over de strafrechtelijke vervolging van [belanghebbende] kan van [belanghebbende] met inachtneming van het “*nemo tenetur*”-beginsel redelijkerwijs niet worden verwacht om gevolg te geven aan artikel 106a lid 1 sub c Fw. Dit brengt met zich mee dat een bestuursverbod ook niet kan worden uitgesproken op grond van dit artikel, omdat aan [belanghebbende] niet de garantie is gegeven dat de inlichtingen die hij na het faillissement verschaft niet tegen hem in een mogelijke strafzaak zullen worden gebruikt.

3.8.4. Zelfs indien vast komt te staan dat de medewerkings- of inlichtingenplicht ex artikel 106a lid 1 sub c Fw een plicht betreft voor niet-punitieve doeleinden – zoals de wetgever heeft gesteld – kan en mag een schending van artikel 106a lid 1 sub c Fw in deze procedure niet tot een bestuursverbod leiden, indien niet is komen vast te staan dat aan [belanghebbende] is medegedeeld dat de informatie die hij geeft op grond van voornoemd artikel in een mogelijke strafzaak niet tegen hem zal worden gebruikt.

Aldus steeds [belanghebbende].

3.9. Volgens het “*nemo tenetur*”-beginsel is een burger niet verplicht medewerking te verlenen aan zijn eigen veroordeling in een strafproces of in een andere procedure die tot oplegging van een punitieve sanctie kan leiden. De rechtbank begrijpt de stellingen van [belanghebbende] aldus dat hij op “*nemo tenetur*” een beroep doet in die zin dat [belanghebbende] niet mag worden gedwongen tot het verschaffen van inlichtingen als bedoeld in artikel 105 lid 1 (oud) Fw als dit zou betekenen dat hij zo gedwongen meewerkt aan een aan hemzelf op te leggen:

i) punitieve sanctie bestaande uit het opleggen van een bestuursverbod in de onderhavige procedure en/of

ii) veroordeling in een strafproces dat mogelijk nog tegen hem door het OM gaat worden geëntameerd.

3.10. Ad (i). Van belang is ten eerste dat de beoordeling van de onderhavige zaak is gedaan op de c-grond. Om een op de c-grond gebaseerde civielrechtelijk-bestuursverbodprocedure te voorkomen, had [belanghebbende] kunnen voldoen aan zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator; het wél verschaffen van inlichtingen als bedoeld in artikel 105 lid 1 (oud) Fw zou juist een op de c-grond gebaseerd bestuursverbod voorkomen. In zoverre is [belanghebbende] niet gedwongen om mee te werken aan een aan hem op te leggen bestuursverbod.

3.10.1. Voor zover [belanghebbende] jegens faillissementscurator mr. Van de Klundert is tekortgeschoten in zijn inlichtingenplicht ex artikel 105 lid 1 (oud) Fw uit vrees dat door hem verschaft inlichtingen zouden kunnen leiden tot een bestuursverbodprocedure op de a-, b-, d- of e-grond – en door welk tekortschieten uiteindelijk de c-grond toepasselijk is geworden – is van belang dat de onderhavige bestuursverbodprocedure niet kan worden aangemerkt als een procedure die tot oplegging van een punitieve sanctie kan leiden. De onderhavige bestuursverbodprocedure is, in termen van artikel 6 EVRM gezegd, geen *criminal charge*. Ter toelichting dient het volgende.

3.10.2. De visie van de wetgever is blijkens de MvT (p. 9) dat een bestuursverbodprocedure ex artikelen 106a e.v. Fw niet kan worden aangemerkt als een *criminal charge*, waarbij wordt verwezen naar de arresten EHRM 14 september 1999 (D.C., H.S. en A.D./Verenigd Koninkrijk, zaaknr. 39031/97) en EHRM 1 februari 2007 ([partijnaam] / Noorwegen). De rechtbank komt niet tot een andere conclusie, omdat uit de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot in het buitenland geldende regelgeving over civielrechtelijke bestuursverboden inderdaad kan worden afgeleid dat ook een aan de Nederlandse rechter ex artikelen 106a e.v. Fw gevraagd civielrechtelijk bestuursverbod niet heeft te gelden als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. In dat verband is van belang dat het EHRM in de eerste genoemde uitspraak in relatie tot de regeling van het bestuursverbod in het Verenigd Koninkrijk heeft overwogen dat:

“(...) 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 the 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 Article 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 (...).

The proceedings against the applicant therefore determined “civil rights and obligations”, but did not determine a “criminal charge”.”.

Dat in het geval van [belanghebbende] sprake is van handelen jegens de curator na het faillissement en niet, zoals in de aangehaalde uitspraak van het EHRM, van handelen van een bestuurder voorafgaand aan het faillissement, maakt dat oordeel niet anders. Door toepassing van de c-grond wordt immers bereikt dat bestuurders, van wie is gebleken dat zij niet schuwen om faillissementscuratoren tegen te werken, in de toekomst buitenspel worden gezet als het gaat om het kunnen gebruikmaken van rechtspersonen. In zoverre is ook bij de c-grond, anders dan [belanghebbende] heeft betoogd, sprake van een preventiedoel en niet louter van een repressieve sanctie. Dat het doel van de c-grond niet anders is dan het doel van de andere gronden van artikel 106a lid 1 Fw blijkt ook uit de MvT:

“Met dit wetsvoorstel wordt het mogelijk om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Het wetsvoorstel heeft een breder bereik dan de enkele bestrijding van faillissementsfraude. Het gaat ook om de bestrijding van aperte onregelmatigheden in of rondom een faillissement, zoals ernstige tegenwerking van de curator, faillissementsrecidive en de benadeling van crediteuren voorafgaand aan een faillissement.

Tegen deze achtergrond wordt het begrip faillissementsfraude hierna gebruikt als een specifieke exponent van de bredere noties kennelijk onbehoorlijke taakvervulling of wanbestuur in faillissementsgerelateerde situaties.

Het doel 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.”

(*MvT*, p. 1)

Ook voor de c-grond geldt dus het door het EHRM in 1999 overwogene zoals hiervoor aangehaald.

3.11. Ad (ii). [belanghebbende] is door curator mr. Van de Klundert gedwongen om mee te werken, althans inlichtingen te verschaffen. De curator heeft immers [belanghebbende] met dat doel in verzekerde bewaring doen stellen ex artikel 87 Fw (gijzeling). De curator heeft blijkens zijn verklaring [belanghebbende] ten tijde van de gijzeling gewaarschuwd voor de consequenties van niet-meewerken, waarbij denkkelijk is gewezen op de mogelijkheid van een bestuursverbod, maar de verklaring van de curator is op dit punt niet concreet. In elk geval heeft [belanghebbende] onder de dwang van de gijzeling een aantal inlichtingen ex artikel 105 lid 1 (oud) Fw aan de curator verschaft met betrekking tot de onderneming van DM Holding. In verband met deze dwanguitoefening wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2014 («JOR» 2014/251, m.nt. Nielen; *red.*), (ECLI:NL:HR:2014:161, gepubliceerd op rechtspraak.nl), waarin aan de orde was het verzoek van een op grond van artikel 87 Fw gegijzelde persoon om uit de inbewaringstelling te worden ontslagen:

“3.5 Uit de vaststaande feiten volgt dat de gijzeling – die inmiddels is beëindigd – ertoe diende om van [verzoeker] inlichtingen te verkrijgen omtrent tot de faillissementsboedel behorende goederen. Het uitoefenen van dwang door gijzeling die erop is gericht [verzoeker] ertoe te bewegen te voldoen aan zijn in art. 105 Fw neergelegde verplichting om de curator alle inlichtingen te verschaffen ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement, levert geen strijd met art. 6 EVRM op. Dergelijke inlichtingen dienen echter te worden aangemerkt als bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van [verzoeker] in de zin van HR 12 juli 2013 («JOR» 2013/339, m.nt. Nuijten; *red.*), ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435. Indien niet kan worden uitgesloten dat de inlichtingen tevens in verband met een “criminal charge” tegen de gegijzelde zullen worden gebruikt, zullen de

nationale autoriteiten moeten waarborgen dat deze zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen.

(...)

In het hiervoor in 3.5 vermelde arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013 is geconstateerd dat in Nederland regelgeving ontbreekt die erop is gericht dat de (in dat geval:) belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen, en dat derhalve de rechter in de vereiste waarborgen dient te voorzien. In dat arrest is geoordeeld dat de rechter een hierop gerichte clausulering aan zijn uitspraak dient te verbinden. Die clausulering bestaat voor het onderhavige geval hierin dat aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit verzekerde bewaring de restrictie wordt verbonden dat door [verzoeker] te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. Indien die inlichtingen desondanks zouden worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning, dan komt het oordeel welk gevolg moet worden verbonden aan schending van de door de rechter gestelde restrictie, toe aan de rechter die over de bestraffing beslist.

(...)

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking (...), doch alleen voor zover aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit de verzekerde bewaring niet de restrictie is verbonden dat door [verzoeker] te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement, en, in zoverre opnieuw recht doende: verbindt alsnog die restrictie aan de afwijzing van het verzoek.”

In dit geval kan een *criminal charge* tegen [belanghebbende], in de zin van een strafproces, niet worden uitgesloten nu het OM zich daarover niet heeft uitgelaten. Als verder met [belanghebbende] wordt aangenomen dat ten tijde van de inbewaringstelling geen waarborg is gegeven zoals door de Hoge Raad bedoeld, heeft dat mogelijk consequenties voor het OM in een eventuele strafzaak tegen [belanghebbende] met betrekking tot het kunnen gebruiken van de wél van [belanghebbende], onder dwang, verkregen gegevens. Die omstandigheid heeft echter geen betekenis voor de onderhavige bestuursverbodprocedure niet zijnde een criminal charge. De omstandigheid dat [be-

langhebbende] zijn onder de dwang van de gijzeling door de curator verkregen toezegging tot medewerking en informatievervalsing niet is nagekomen (waarmee artikel 105 lid 1 (oud) Fw is geschorven, zie 3.6.4) kan dan ook wél worden meegewogen in het kader van de c-grond.

3.11.1. Voor zover de omstandigheid dat de zojuist bedoelde waarborg niet is gegeven, [belanghebbende] ertoe heeft gebracht om – los gezien van de inbewaringstelling – juist géén informatie aan de curator te verschaffen, kan ook die schending worden meegewogen in het kader van de c-grond. De consequenties van het niet zijn gegeven van de waarborg doen zich immers slechts gevoelen in het eventuele strafproces en staan los van de civielrechtelijke rechten en plichten. De keuze om wegens “strafrechtelijke onzekerheid” te zwijgen jegens de civielrechtelijke wederpartij (de curator) betekent niet dat die wederpartij geen beroep kan doen op een civielrechtelijke norm (artikel 105 lid 1 (oud) Fw) die door dat zwijgen wordt geschorven. De consequentie daarvan is dat ook die schending kan worden ingeroepen in het kader van een op de c-grond gevraagd bestuursverbod, waarbij het niet uitmaakt of de curator of het OM de verzoekende partij is.

3.11.2. Voor zover [belanghebbende] heeft bedoeld dat hij thans, in deze verzoekschriftprocedure, niet mag worden gedwongen tot het verstrekken van informatie geldt dat de onderhavige verzoekschriftprocedure, anders dan de verzekerde inbewaringstelling ex artikel 87 Fw, niet heeft te gelden als dwangmiddel tot het verkrijgen van wilsafhankelijk bewijsmateriaal dat mogelijk gaat worden gebruikt in een latere strafzaak. [belanghebbende] kan in deze verzoekschriftprocedure immers niet worden verplicht om een verklaring af te leggen. Daarbij komt dat aan [belanghebbende] in deze verzoekschriftprocedure niet is gevraagd om méér inlichtingen te verschaffen dan hij reeds aan de curator (en via de curator aan het OM) had verschaft.

Oplegging bestuursverbod

3.12. Over de oplegging en de duur van een bestuursverbod voert [belanghebbende] het volgende aan, samengevat. Gelet op de tegenslagen die [belanghebbende] te verduren heeft gehad (zoals werknemers die gelden hebben verduisterd en negatieve publiciteit vanwege politieke zaken in zijn land van herkomst), verzoekt hij om – ook in het geval dat is voldaan aan de c-grond of de

d-grond – niet de sanctie van het bestuursverbod op te leggen, althans de duur van het verbod matigen. Nu [belanghebbende] vanwege zijn medische situatie en alle tegenslagen waarmee hij nu wordt geconfronteerd niet van plan is om een bestuurszaak of leidinggevende rol te vervullen, verzoekt hij de rechtbank daarom om geen dwangsom op te leggen.

Aldus [belanghebbende].

3.13. Op basis van het in zeer ernstige mate tekortschieten door [belanghebbende] in zijn jegens de curator in het faillissement van DM Holding bestaande inlichtingenplicht acht de rechtbank het in lijn met het doel van de wet en overigens passend om aan [belanghebbende] een bestuursverbod op te leggen voor de maximale duur van vijf jaar (artikel 106b lid 1 Fw). In de door [belanghebbende] genoemde redenen, ziet de rechtbank geen aanleiding om de duur ervan te verkorten. De door het OM verzochte dwangsom, ten slotte, acht de rechtbank passend en zal als zodanig worden opgelegd. Gelet op het feit dat het beroep van het OM op de c-grond met betrekking tot het faillissement van DM Holding reeds leidt tot het opleggen van een bestuursverbod van maximale duur, kan het door het OM gedane beroep op de c- en de d-grond voor het overige (zie 2.2) onbesproken blijven.

Proceskosten

3.14. Voor een proceskostenveroordeling wordt geen aanleiding gezien.

4. De beslissing

De rechtbank

4.1. legt aan [belanghebbende] een bestuursverbod op zoals bedoeld in artikel 106a e.v. Fw voor de duur van vijf jaren na het in kracht van gewijsde gaan van deze uitspraak,

4.2. veroordeelt [belanghebbende] tot betaling aan de Staat van een dwangsom van € 10.000 (zegge: “tienduizend euro”) voor elke overtreding van het bestuursverbod, met een maximum van € 100.000 (zegge: “honderdduizend euro”),

4.3. onder de voorwaarde dat deze beschikking onherroepelijk is geworden:

draagt de griffier op deze beschikking met bekende spoed aan te bieden aan de Kamer van Koophandel tot het in artikel 106b lid 3 Fw omschreven doel,

4.4. wijst het meer of anders verzochte af.

NOOT

1. Dit is voor zover mij bekend de tweede uitspraak waarin een rechter op verzoek van het Openbaar Ministerie ("OM") een bestuursverbod op grond van art. 106a Fw oplegt, zie voor de andere uitspraak «JOR» 2019/56, m.nt. Van Haren, maar de eerste uitspraak waarin dit gebaseerd wordt op een ernstige schending van informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator als bedoeld in lid 1 sub c, hierna 'de c-grond'. De rechtbank legt aan de bestuurder een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar.

2. *Niet-ontvankelijkheid OM*. Allereerst gaat de rechtbank in overweging 3.4 in op het verweer van de bestuurder dat het OM niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, omdat dit verzoek op de c-grond niets van doen zou hebben met het openbaar belang en slechts een curator en niet het OM de c-grond kan invoeren. De rechtbank overweegt terecht dat volgens de Memorie van Toelichting de wetgever bij het invoeren van de c-grond weliswaar primair het oog heeft gehad op de curator als de agerende partij, maar ook heeft bedoeld dat het OM kan ageren. Volgens de rechtbank is niet als eis bepaald dat het OM redenen van openbaar belang (voldoende) zou moeten stellen.

3. Het is juist dat in art. 106a lid 1 Fw niet als eis is gesteld dat het OM redenen van openbaar belang voldoende zou moeten stellen. Het openbaarbelangvereiste is echter ook niet in art. 2:298 BW (OM kan ontslag bestuurder stichting verzoeken) en art. 2:301 BW (OM kan ontbinding stichting verzoeken) opgenomen, maar het dient er wel in te worden gelezen aldus M.E. de Meijer, *Het Openbaar Ministerie in civiele zaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2003, p. 366 en K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 153) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 10.5.3.2. Zij baseren dit op vier rechtbankuitspraken en de totstandkomingsgeschiedenis van de wet op grond waarvan het OM op verschillende gronden de ontbinding van een rechtspersoon kan vorderen. In dat kader stelt de minister dat het OM slechts behoort op te treden indien het openbaar belang dit vordert, ook zonder dat zulks uitdrukkelijk in de desbetreffende bepaling is opgenomen. Aangenomen

kan worden dat dit openbaar belang steeds in het geding is wanneer het OM exclusief de ontbinding van een rechtspersoon kan vorderen.

In gevallen waarin, *naast* het OM, steeds belanghebbenden bevoegd zijn, is de bevoegdheid van het OM een subsidiaire, en zal diens optreden beperkt blijven tot situaties waarbij het *openbaar belang* is betrokken, aldus de Minister.

4. Bij de c-grond stelt de MvT bij art. 106a lid 1 Fw met zoveel woorden dat de bevoegdheid van het OM een subsidiaire betreft: "*De curator is de eerst aangewezen om een bestuursverbod te vorderen. Daarnaast krijgt het openbaar ministerie de zelfstandige bevoegdheid om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Deze bevoegdheid is bedoeld om te worden ingezet in die specifieke gevallen waarin het algemeen belang in het geding is.*" Het lijkt er dus wel op dat het OM voldoende aannemelijk zal moeten maken dat met zijn verzoek ex art. 106a lid 1 sub c Fw (alook sub a en b) een openbaar belang is gediend wil het ontvankelijk zijn in zijn verzoek.

5. Het begrip "openbaar belang" duidt er vooral op dat het OM zich niet moet opwerpen als behartiger van privébelangen. Vereist is dat boven de particuliere belangen (meer) uitstijgende, algemene en zwaarwegende belangen in het geding zijn. Denk aan de betrokkenheid van een aanzienlijk aantal aandeelhouders, een dreigend verlies van arbeidsplaatsen, de aanwezigheid van veel crediteuren of enkele crediteuren met zeer grote vorderingen of het herstel van het vertrouwen in een bedrijfstak of de kapitaalmarkt (zie Spruitenburg 2018 t.a.p. paragraaf 10.5.2.3 en E. Schmieman, *Ondernemingsrecht* 2005, 10). Zoals ook de MvT bij art. 106a Fw stelt, komt het OM beleidsruimte toe bij zijn beoordeling of het openbaar belang al dan niet in het geding is.

6. Volgens de rechtbank in overweging 3.4 is het openbaar belang hier ook in het geding. Hij overweegt dat ageren op de c-grond door het OM niet onbegrijpelijk is vanwege het maatschappelijk belang dat is gediend bij een op de toekomst gericht bestuursverbod voor personen die niet meewerken met een faillissementscurator en zodoende de gezamenlijke schuldeisers tegenwerken, waaronder bijvoorbeeld de fiscus, zijnde een schuldeiser die de maatschappij als geheel aangaat.

7. *Nemo-teneturbeginsel*. De rechtbank weidt vervolgens in overweging 3.9-3.11 uitgebreid uit over het nemo-teneturbeginsel, op grond waarvan een burger niet verplicht is medewerking te verlenen aan zijn eigen veroordeling in een strafproces of in een andere procedure die tot oplegging van een punitieve sanctie kan leiden. Indien aangenomen zou moeten worden dat het bestuursverbod als een punitieve sanctie moet worden beschouwd, zou dat met zich mee kunnen brengen dat de bestuurder tijdens die procedure niet behoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling (hetgeen overigens niet van hem wordt verlangd, aldus de rechtbank in overweging 3.10). Die soep wordt voorlopig niet zo heet gegeten, omdat het EHRM in meerdere uitspraken heeft geoordeeld dat vergelijkbare civielrechtelijke bestuursverboden in buitenlandse rechtsstelsels niet een punitief, maar een regulator of preventief karakter hebben (EHRM 21 mei 1998, 36791/97 (*Wilson/Verenigd Koninkrijk*), EHRM 14 september 1999, 39031/97 (*D.C., H.S. en A.D./Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 1 februari 2007, 12277/04 (*Storbråten/Noorwegen*)). Zie ook F.E. Keijzer en M.L. Lennarts in *Preadviezen Handelsrecht 2014*, p. 123-155, die erkennen dat het EHRM vergelijkbare buitenlandse civielrechtelijke bestuursverboden als niet-punitief van aard beschouwen, maar plaatsen kanttekeningen bij de juistheid van dat oordeel. Net als de MvT merkt de rechtbank op basis van jurisprudentie van het EHRM, het civielrechtelijk bestuursverbod aan als van preventieve en niet-punitieve aard.

8. In zijn algemeenheid geldt dat ook in het geval dat de curator inlichtingen verlangt omtrent feiten waarvan hij voornemens is aangifte te doen tegen de bestuurder, de inlichtingenplicht overeind blijft. Het uitoefenen van dwang door middel van gijzeling heeft immers geen punitief karakter, maar is erop gericht de inlichtingsplichtige ertoe te bewegen te voldoen aan de inlichtingenplicht (HR 18 september 2009, *NJ* 1999/561, m.nt. J.W. Zwemmer). Echter, volgens HR 12 juli 2013 («JOR» 2013/339, m.nt. Nuijten) en HR 24 januari 2014 («JOR» 2014/251, m.nt. Van Nielsen), naar welke arresten de rechtbank ook verwijst, verlangt het EHRM in het kader van art. 6 EVRM dat, indien *niet kan worden uitgesloten* dat de verkregen (wilsafhankelijke) informatie op een later moment voor punitieve doeleinden zal worden gebruikt, de lidstaat door middel van

gerichte regelgeving dient te voorzien in een *waarborg* dat de afgedwongen inlichtingen niet tegen de inlichtingsplichtige worden gebruikt in een latere strafzaak (o.a. EHRM 21 april 2009, 19235/03, *NJ* 2009/557 (*Martinen/Finland*) en EHRM 5 april 2012, 11663/04, AB 2012/323 (*Chambaz/Zwitserland*)). Aangezien in Nederland dergelijke regelgeving ontbreekt, dient de rechter in de vereiste waarborgen te voorzien door een hierop gerichte clausulering aan zijn uitspraak te verbinden. Die clausulering bestaat erin dat aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit verzekerde bewaring de restrictie wordt verbonden dat de te verstrekken inlichtingen (wilsafhankelijk materiaal) uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. Indien die inlichtingen desondanks zouden worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning, komt het oordeel welk gevolg moet worden verbonden aan schending van de door de rechter gestelde restrictie, toe aan de rechter die over de bestraffing beslist.

9. In de literatuur bestaat enige verwarring over de vraag of deze rechterlijke restrictie ook is gericht tot de curator en hij zelfs een garantie moet afgeven dat hij de te verkrijgen informatie niet zal afgeven aan de strafrechtketen (Zie R.F. Feenstra, 'De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?', in: R.F. Feenstra, M.A. Broers & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet* (Insolad jaarboek 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 267 e.v.). Zoals eerder betoogd (zie onder meer mijn annotatie in «JOR» 2018/15) is de restrictie van de Hoge Raad alleen gericht tot de strafrechter als een waarschuwing en wordt daarmee beoogd te waarborgen dat de afgedwongen informatie niet wordt gebruikt in het strafproces indien art. 6 EVRM dat eist. De strafrechter dient immers ook zelf te toetsen aan art. 6 EVRM (met of zonder restrictie van de civiele rechter, waar hij zelf niet aan is gebonden).

10. Deze zienswijze wordt ook gedeeld door de rechter in deze zaak in overweging 3.11.1: "*Voor zover de omstandigheid dat de zojuist bedoelde waarborg niet is gegeven, [belanghebbende] ertoe heeft gebracht om – los gezien van de inbewaringstelling – juist géén informatie aan de curator te verschaffen, kan ook die schending worden meegewogen in het kader van de grond. De consequenties van het niet zijn gege-*

ven van de waarborg doen zich immers slechts gevoelen in het eventuele strafproces en staan los van de civielrechtelijke rechten en plichten. De keuze om wegens 'strafrechtelijke onzekerheid' te zwijgen jegens de civielrechtelijke wederpartij (de curator) betekent niet dat die wederpartij geen beroep kan doen op een civielrechtelijke norm (artikel 105 lid 1 (oud) Fw) die door dat zwijgen wordt geschonden. De consequentie daarvan is dat ook die schending kan worden ingeroepen in het kader van een op de c-grond gevraagd bestuursverbod, waarbij het niet uitmaakt of de curator of het OM de verzoekende partij is."

11. Deze heldere overweging lijkt mij zoals gezegd juist. Indien de inlichtingenplicht in ernstige mate wordt geschonden, kan deze schending worden ingeroepen in het kader van een op de c-grond gevraagd bestuursverbod, ook al is in strijd met het nemo-teneturbeginsel geen waarborg gegeven bij het afdwingen van de verlangde inlichtingen.

W.J.B. van Nielen,
advocaat bij Recoup

131

Rechtbank Den Haag
21 februari 2019, nr. HA RK 18-607,
ECLI:NL:RBDHA:2019:2195
(mr. Vetter)
Noot mr. H. Koster

Juridische fusie. Uitleg criterium voor gegrondverklaring verzet. "Minder waarborg" niet doorslaggevend. Geen reëel risico dat verkrijgende vennootschap na fusie haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen. Sprake van gezonde solvabiliteitspositie. Vereiste goedkeuring van DNB biedt extra zekerheid. Uitvoerbaar bij voorraad-verklaring.

[BW art. 2:316]

De enkele omstandigheid dat de vermogenstoestand van Aegon na de fusie met Optas minder waarborg zal bieden dat de gepretendeerde vordering van verzoekster zal kunnen worden voldaan, kan niet zonder meer leiden tot gegrondverklaring van het verzet. Immers, niet is gebleken dat de

wetgever in Nederland een verdergaande bescherming aan crediteuren wilde bieden dan die volgt uit Richtlijn 2009/109/EG. "Minder waarborg" is niet doorslaggevend, het gaat erom of er door de fusie een verandering plaatsvindt als gevolg waarvan alsdan reële twijfel rijst omtrent de mogelijkheden tot voldoening van de vordering na de fusie.

De door verzoekster aangevoerde argumenten kunnen niet leiden tot de conclusie dat er een reëel risico bestaat dat Aegon na de fusie haar verplichtingen jegens verzoekster niet zal kunnen nakomen. Weliswaar kan Optas bogen op een gunstiger (Solvency II) solvabiliteitsratio, maar Optas is een relatief klein onderdeel van de gehele Aegon-organisatie, die op dit moment uitkomt op een Solvency II-ratio van 186%, zeer ruim boven de door DNB aangehouden normratio van 100%. Niet weersproken is de stelling van Aegon dat een Solvency II-ratio van 100% volgens DNB betekent dat een verzekeraar zoveel kapitaal heeft dat hij na een zware schok, die naar verwachting eens in de 200 jaar voorkomt, nog steeds in staat is om zijn verplichtingen na te komen. Aan de hand hiervan heeft Aegon overtuigend aannemelijk gemaakt dat haar solvabiliteitspositie (niet alleen voor maar ook) na de fusie met Optas, gezond is. Aegon heeft onweersproken, althans onvoldoende weersproken, aangevoerd dat een eventuele – in verhouding tot de totale portefeuille van Aegon geringe – vermeerdering van de pensioenverplichtingen van Aegon jegens verzoekster, geen enkel verschil zal uitmaken voor de solvabiliteitsratio van Aegon.

Bovendien wordt van alle verzekeringsmaatschappijen de solvabiliteitspositie bewaakt door DNB en vindt de fusie alleen doorgang als DNB deze goedkeurt. Niet weersproken is de stelling van Optas en Aegon dat DNB de goedkeuring zal onthouden als er enige twijfel is over de verhaalbaardheid van vorderingen van nu bekende schuldeisers (van Optas) in de toekomst. Die beoordeling biedt voor verzoekster een extra zekerheid dat Aegon na de fusie voldoende in staat zal zijn om haar verplichtingen, ook jegens verzoekster, na te komen.

De rechtbank maakt uit het bepaalde in art. 2:316 lid 5 BW op dat de wetgever er uitdrukkelijk rekening mee heeft gehouden dat een fusie plaatsvindt dadelijk nadat de rechtbank het verzet heeft opgeheven terwijl hoger beroep is of wordt ingesteld. Dat impliceert dat de beslissing tot opheffing van het verzet in de visie van de wetgever uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard.

De rechtbank heft het verzet op en verklaart de beschikking uitvoerbaar bij voorraad.