

Openbaar Ministerie

College van Procureurs-Generaal

Voorzitter

Postbus 20305 2500 EH Den Haag

Minister van Veiligheid en Justitie
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Prins Clauslaan 16
2595 AD Den Haag
Telefoon +31 (0)70 339 96 00
telefax +31 (0)70 339 98 51

Onderdeel
Contactpersoon
Doorkiesnummer(s)
E-mail
Datum
Oms kenmerk
Uw kenmerk
Onderwerp

Bij beantwoording de datum en ons kenmerk vermelden. Wilt u slechts één zaak in uw brief behandelen

22 november 2013

Advies conceptwetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 10 oktober 2013 is het College van procureurs-generaal gevraagd te adviseren over een conceptwetsvoorstel, inhoudende de introductie van een civielrechtelijk bestuursverbod. Het voorstel voorziet, kort gezegd, in de mogelijkheid dat de rechter op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie, in geval van een faillissement, een bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod kan opleggen zodat deze persoon maximaal vijf jaren geen rechtspersoon kan besturen of commissaris kan zijn.

Het College heeft tevens kennis genomen van het ter informatie meegestuurde, eerder uitgebrachte advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is in het voorjaar van 2013 in consultatie gegeven. Helaas heeft het College bij die gelegenheid geen verzoek tot adviseren mogen ontvangen. Mede gelet op het feit dat het openbaar ministerie in het wetsvoorstel een centrale rol wordt toebedeeld, is het College tevreden dat deze omissie met deze adviesaanvraag wordt hersteld. In dit verband is het van belang om te weten dat het hierna volgende advies van het College niet ziet op het oorspronkelijke consultatievoorstel, maar betrekking heeft op de versie waarin de commentaren die zijn ontvangen bij de eerdere consultatie al zijn verwerkt.

Al bij twee eerdere gelegenheden heeft het College een standpunt over een eventueel civielrechtelijk bestuursverbod ingenomen. In het kader van de herziening toezicht rechtspersonen heeft in 2008 onder auspiciën van het Wetenschappelijk Bureau van het OM een onderzoek plaatsgevonden naar de wenselijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod.

Bij de aanbidding van dit rapport heeft het College bij brief van 15 juli 2008 het standpunt ingenomen dat een civielrechtelijk bestuursverbod een instrument kan zijn in de strijd tegen de (internationale) georganiseerde criminaliteit.¹ Het College meende dat een civielrechtelijk bestuursverbod vooral naast de strafzaak, als een soort voorlopige voorziening, een slagvaardig instrument kan zijn. Tevens achtte het College het van belang dat de bevoegdheid om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen geen exclusieve bevoegdheid van het openbaar ministerie zou zijn. Ook andere instanties, bijvoorbeeld de AFM, zouden vanuit hun expertise de mogelijkheid dienen te hebben om het civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Voorts zijn bij deze gelegenheid tien voorwaarden geformuleerd waaraan voldaan moet worden alvorens het civielrechtelijk bestuursverbod naar verwachting succesvol kan worden uitgevoerd. Dit standpunt heeft het College in mei 2012 nog eens herhaald, waarbij tevens is gewezen op de extra capaciteit, dat voor de uitvoering van het civielrechtelijk bestuursverbod door het openbaar ministerie noodzakelijk is.²

Vastgesteld moet worden dat het wetsvoorstel in het geheel niet is opgesteld volgens de uitgangspunten die het College in 2008 heeft geformuleerd. Indien deze uitgangspunten zou zijn gevolgd zou de verwachting gerechtvaardigd zijn dat het civielrechtelijk bestuursverbod als een relatief eenvoudig instrument wordt ingericht. Gedacht zou kunnen worden aan een voorlopige voorziening, zoals die ook zijn te vinden in de WED. Op grond van titel IV van de WED kunnen tegen de verdachte tegen wie ernstige bezwaren zijn gerezen en een onmiddellijk ingrijpen noodzakelijk is geworden, in afwachting van de terechtzitting verschillende maatregelen worden bevolen. Bijvoorbeeld het bevel dat de verdachte zich onthoudt van bepaalde handelingen of het bevel gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming. Deze lijn volgend zou het civiele bestuursverbod kunnen worden ingericht als een voorlopige voorziening, om de verdachte tot aan de terechtzitting als bestuurder van een onderneming buitenspel te zetten. In de strafzaak zelf zou dan, indien dit gelet op de aard van de gepleegde strafbare feiten wenselijk zou zijn, een ontzetting uit bepaalde rechten ex artikel 28 Sr kunnen worden geëist.

¹ Brief van het College van procureurs-generaal aan de Minister van Justitie, 15 juli 2008, kenmerk PaG/HB/12897

² Brief van het College van procureurs-generaal aan het Ministerie van Veiligheid en Justitie, 22 mei 2012, kenmerk PaG/B&S/16367

Dat neemt niet weg dat, mits goed vorm gegeven, een civielrechtelijk bestuursverbod ook in een andere opzet een welkome aanvulling kan zijn voor de bestrijding van financieel-economische criminaliteit. Fraude, ook faillissementsfraude, ondermijnt het vertrouwen in het handelsverkeer, verstoort de concurrentieverhoudingen en veroorzaakt grote maatschappelijke en financiële schade. Het belang van een effectieve integrale bestrijding van fraude is evident. Sinds een paar jaar wordt in de praktijk gewerkt aan een geïntegreerde aanpak van fraude. Daarbij dient aandacht te zijn voor zowel preventie, toezicht als voor een bestuurlijke- en strafrechtelijke handhaving. Voorwaarde voor een effectieve inzet van deze combinatie van verschillende instrumenten is een goede samenwerking tussen alle betrokken private en publieke organisaties. Daarbij geldt dat iedere partner een onmisbare schakel in de keten vormt en dat partijen onderling de aanpak met elkaar afstemt, zodat optimaal gebruik wordt gemaakt van elkaars capaciteit, informatie, deskundigheid en bevoegdheden.³ In de praktijk betekent dit dat publieke en private partijen samen, maar ieder werkend vanuit de eigen expertise, het voor fraudeurs zo moeilijk mogelijk maken. Zo hebben private partners doorgaans beter zicht op waar en op welke wijze fraude het meest voorkomt. Vervolgens wordt gekeken naar wat private partijen zelf kunnen doen om de fraude te voorkomen en te bestrijden en waar het echt noodzakelijk is dat het openbaar ministerie strafrechtelijk optreedt. Op deze wijze werkt ieder vanuit de eigen verantwoordelijkheid op een zo effectief en efficiënt mogelijke wijze, waardoor per saldo de fraude als geheel beter wordt bestreden. Het College is van oordeel dat een civiel bestuursverbod een meerwaarde kan betekenen voor de bestrijding van fraude, maar dan zal de regeling zodanig moeten worden vormgegeven dat het de rol en het werk van de onderscheiden partners, zowel privaat als publiek, versterkt. Tegen dit uitgangspunt zal het College het wetsvoorstel beoordelen en adviseert het als volgt.

Advies

Op hoofdlijnen wordt voorgesteld dat de rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie of de curator een bestuursverbod kan uitspreken jegens de bestuurder van een rechtspersoon. De grond voor het verzoek moet worden gevonden in de omstandigheid dat tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement:

1. de rechter heeft bepaald dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement voor een belangrijk deel daaraan is te wijten (2:138 en 2:248 BW);
2. er sprake is geweest van een bestuurder die rechtshandelingen heeft verricht

³ Zie voor dit uitgangspunt TK 2010-2011, 29911, nr. 52 en TK 2012-2013, 29911, nr. 74

- met aanmerkelijke benadeling van schuldeisers, waarbij de rechter deze rechtshandelingen heeft vernietigd (pauliana);
3. de bestuurder tekort is geschoten in zijn informatie- en medewerkingsplicht jegens de curator;
 4. er sprake is van recidive, de bestuurder is tenminste twee keer eerder betrokken geweest bij een faillissement en hem valt daarvan persoonlijk een verwijt te maken;
 5. aan de bestuurder of de rechtspersoon is een onherroepelijke boete opgelegd ingevolge de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

Voorts is van belang dat de duur van het civiele bestuursverbod vijf jaar is of zoveel korter als de rechter dat heeft bepaald. En uitdrukkelijk wordt uitgesloten dat een uitspraak houdende een oplegging van het bestuursverbod uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard.

De rol van het openbaar ministerie

Allereerst wil het College ingaan op de rol die het openbaar ministerie in het wetsvoorstel is toegedacht. Naast de curator wordt het openbaar ministerie exclusief bevoegd om de rechter te verzoeken jegens een bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod uit te spreken. Volgens de memorie van toelichting is het openbaar ministerie de aangewezen partij om het bestuursverbod te vorderen. Het openbaar ministerie kan hiertoe overgaan wanneer het algemeen belang in het geding is, in het bijzonder als het gaat om de bestrijding van faillissementsfraude. In dit verband wordt er tevens op gewezen dat het 'openbaar belang'-criterium ook nu reeds geldt bij de inzet van andere civiele bevoegdheden door het openbaar ministerie. Het zou aansluiten bij andere bepalingen in het rechtspersonenrecht, zoals de ontbinding van de vereniging (artikel 2:20 BW), het ontslag van bestuurders van een stichting (artikel 2:298 BW) en de ontbinding van de vennootschap wegens gebrek aan baten (artikel 2:185).

Het College wijst erop dat het karakter van deze extrajudiciële taken maakt dat zij over het algemeen moet worden gezien als een noodzakelijke maatschappelijke aanvulling. In de meeste gevallen zijn in de eerste plaats de belanghebbenden zelf aan zet, en in aanvulling daarop kan het openbaar ministerie optreden, zoals de twee eerste in de memorie van toelichting opgevoerde voorbeelden (2:20 BW en 2:298 BW) al laten zien. En zo ook artikel 1 van de Faillissementswet, waarin wordt bepaald dat in eerste instantie de failliet zelf en zijn schuldeisers, maar daarnaast het openbaar ministerie om redenen van het openbaar belang het faillissement kan aanvragen. Op deze wijze is er altijd één instantie die als het nodig is op kan treden. Het zijn over het algemeen relatief eenvoudige taken.

Het voorgestelde civielrechtelijke bestuursverbod is echter geheel anders van karakter.

Het verzoek aan de rechtbank tot het uitspreken van een bestuursverbod is een zuiver civiele procedure. Formeel is alleen noodzakelijk dat er sprake is van een faillissement en een van de genoemde voorwaarden. Bij geen enkele van de genoemde omstandigheden, op basis waarvan een bestuursverbod kan worden verzocht, hoeft er sprake te zijn van strafbare feiten. Niet is vereist dat de bestuurder wordt verdacht van fraude noch is vereist dat de bestuurder is veroordeeld ter zake van fraude. De memorie van toelichting zegt het uitdrukkelijk: "een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden verzocht onafhankelijk van de vraag of misstanden rond een faillissement uiteindelijk aanleiding geven tot een strafrechtelijke vervolging, bijvoorbeeld wegens oplichting, bedrieglijke bankbreuk, verduistering of valsheid in geschrifte." De relatie met het strafrecht wordt dus geheel losgelaten.

Toch wordt in de memorie van toelichting regelmatig gesproken over "de frauderende bestuurder". Dat wekt de indruk dat er op enig moment sprake is geweest van een fraude in strafrechtelijke zin. Om twee redenen ligt het dan echter voor de hand om ex artikel 349, lid 1 Sr ter terechtzitting te eisen dat de strafrechter de schuldige ontzet uit het beroep waarin hij het misdrijf heeft begaan. De eerste reden is dat het openbaar ministerie in dat geval onderzoeksbevoegdheden heeft, waarmee informatie kan worden ingewonnen op basis waarvan de eis tot ontzetting uit het beroep kan worden gemotiveerd. De tweede reden is er een van proceseconomische aard: indien in een strafzaak een ontzetting uit het beroep kan worden gevorderd, dan is het niet efficiënt om naast deze strafzaak een andere civiele procedure te starten om te bewerkstelligen wat ook in de strafzaak zelf kan worden bereikt.

Te voorzien is dus dat een civielrechtelijk bestuursverbod voornamelijk aan de orde zal zijn buiten het kader van een strafrechtelijk onderzoek. Maar in dat geval beschikt het openbaar ministerie niet over eigen informatie op basis waarvan een verzoek tot een bestuursverbod kan worden gemotiveerd. Deze informatie berust onder andere bij de zakenpartners van de failliet, zoals de banken, representatieve organisaties zoals de Vereniging Effecten Bezitters (VEB) of bij financiële toezichthouders zoals de AFM. Het openbaar ministerie beschikt in het kader van een civiele procedure ook niet over bevoegdheden voor nader onderzoek. In deze omstandigheden verschilt de positie van het openbaar ministerie niet van welke andere willekeurige burger. Het gevolg is dat het openbaar ministerie de rechter moet verzoeken een civielrechtelijk bestuursverbod uit te spreken op basis van een dossier dat niet het product is van eigen onderzoek, maar wordt aangedragen door belanghebbenden. Te voorzien is dat belangenorganisaties zoals de Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie (SOBI) en de VEB met enige regelmaat het openbaar ministerie zullen verzoeken een procedure te starten om de rechter te verzoeken een bestuurder een bestuursverbod op te leggen. Daarmee wordt het openbaar ministerie in de positie gebracht dat de officier van justitie in de procedure moet optreden als civiele advocaat voor de belanghebbenden.

Dat acht het College uitermate ongewenst.

Zoals in de inleiding geschetst is de bestrijding van fraude gebaseerd op een integrale samenwerking tussen alle partijen, zowel privaat als publiek. In deze samenwerking wordt op een zo efficiënt mogelijke wijze gebruik gemaakt van elkaars kracht en expertise. Daarbij hoort ook een duidelijke rolverdeling. Het openbaar ministerie is niet de eerst aangewezen instantie om civielrechtelijke procedures te gaan voeren. Immers, bij private partijen is de informatie voorhanden waarop een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden gebaseerd. Private partijen hebben de expertise en ervaring in huis om civiele procedures te voeren. Het ligt dan veeleer voor de hand dat belanghebbenden zelf in staat worden gesteld een vordering civielrechtelijk bestuursverbod in te stellen. In de memorie van toelichting wordt een dergelijk voorstel afgewezen op de grond dat het bijna een actio popularis zou worden, met een horizontaal bestuursverbod dat in feite op geen enkele wijze faillissementsgerelateerd zou zijn. Dit zou de bijzondere rechtvaardiging van de maatregel miskennen, namelijk de bestrijding van faillissementsfraude.

Het College wijst erop dat de bestrijding van fraude, waaronder faillissementsfraude, de verantwoordelijkheid is van alle partijen, zowel privaat als publiek. Dat is de kern van de integrale aanpak van fraude. De bevoegdheid een civiel bestuursverbod te vorderen moet dáár worden belegd waar het voorziet in een behoefte, waar de expertise en ervaring is om dit uit te voeren en waar het deze integrale aanpak kan versterken. Het College constateert dat een civielrechtelijk bestuursverbod zoals het nu wordt vormgegeven een effectief instrument kan zijn in handen van belanghebbenden. Bij hen ligt het belang dat bepaalde bestuurders niet meer kunnen optreden als bestuurder. Bij hen berust in veel gevallen ook de kennis en ervaring om een civiele procedure te voeren. Omdat uiteindelijk de rechter beslist over het verzoek, en daarmee is gegarandeerd dat de beslissing tot het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod met de nodige zorgvuldigheid tot stand zal komen, adviseert het College om de bevoegdheid het civielrechtelijk bestuursverbod te verzoeken in de eerste plaats aan de belanghebbenden toe te kennen.

Het verzoek tot een bestuursverbod

In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat een civielrechtelijk bestuursverbod een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties betreft. Een bestuursverbod na een uitgesproken faillissement zal geen automatisme zijn. Er is gekozen voor een limitatieve lijst met formele gronden op grond waarvan de rechter een bestuursverbod kan opleggen. De rechter heeft daarbij de beoordelingsvrijheid om, ook al is voldaan aan een van de gronden die oplegging van een bestuursverbod mogelijk maken, toch niet tot oplegging ervan over te gaan. Op zichzelf is dit terecht, geen van de genoemde gronden in artikel 106a hoeft

aanleiding te zijn tot het opleggen van een bestuursverbod. Er kan sprake zijn van een onfortuinlijke bestuurder, die vanwege economische omstandigheden ongelukkigerwijs al een paar keer eerder failliet is gegaan of tegen een beschikking van de Rijksbelastingdienst is aangelopen. Echter, een materieel toetsingskader aan de hand waarvan de rechter de oplegging van een bestuursverbod kan motiveren ontbreekt. En ook de memorie van toelichting bevat geen toelichting over de redenen of omstandigheden die in het bepaalde geval het opleggen van een bestuursverbod kunnen rechtvaardigen. Op basis waarvan kan de rechter dan besluiten tot het opleggen van een bestuursverbod? Welke redenen zijn ernstig genoeg om een bestuurder voor vijf jaar te verbieden zijn beroep uit te oefenen?

Een ontzetting uit het beroep of een civielrechtelijk bestuursverbod is een ingrijpende en zeer vergaande maatregel. Dat is de reden waarom de strafrechter zeer terughoudend is met het opleggen van een ontzetting uit het beroep. Het College heeft geen redenen om aan te nemen dat de civiele rechter minder eisen zal stellen aan de toewijzing van het verzoek tot het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod. Het openbaar ministerie zal in een civiele procedure moeten stellen en bewijzen dat een van de genoemde gronden zich heeft voorgedaan en dat er overigens gegronde redenen zijn om een persoon een bestuursverbod op te leggen. Te voorzien is dat deze procedure per definitie op tegenspraak zal worden gevoerd en er zal in vrijwel alle gevallen hoger beroep en cassatie volgen. Het openbaar ministerie heeft daarvoor noch de capaciteit beschikbaar noch de daarvoor benodigde expertise in huis.

Fraude of faillissementsfraude

In de memorie van toelichting wordt geschetst dat door onder meer de NVvR en de VEB ervoor is gepleit om het civielrechtelijke bestuursverbod ook te laten gelden voor situaties die niet direct of helemaal niet aan een faillissement zijn gerelateerd. Misbruik van rechtspersonen en wanbeleid door bestuurders en commissarissen en de daaraan inherente maatschappelijke schade beperken zich immers niet tot situaties van faillissement. Bijgevolg zou de regeling beter opgenomen kunnen worden in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in plaats van, zoals nu voorgesteld, in de faillissementswet.

Het College zou zich bij het pleidooi van de NVvR en de VEB aan willen sluiten en er ook voor willen pleiten dat het bereik van het wetsvoorstel wordt vergroot. Terecht wijst de NVvR er in zijn advies op dat misbruik van rechtspersonen en het daarmee gepaard gaande schadelijke effecten voor het economische klimaat en handelsverkeer zich niet uitsluitend beperken tot gevallen waarin de rechtspersoon in staat van faillissement is komen te verkeren. Los van de juridische argumenten die kunnen worden aangedragen vóór opnemings in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, wil het College erop wijzen dat de beperking tot het faillissementsrecht ook tot

onrechtvaardige gevolgen kan leiden. Een simpel voorbeeld kan dit duidelijk maken. Stel dat een woningcorporatie door jarenlang wanbestuur van de bestuurder op omvallen staat. De economische en maatschappelijke schade is enorm, maar kan alleen maar groter worden indien de woningcorporatie failliet wordt verklaard. De overheid ziet het probleem, grijpt in en met behulp van een financiële injectie, gefinancierd door belastinggeld, wordt de woningcorporatie van de ondergang gered. Omdat er geen sprake is van een faillissement van de woningcorporatie kan de bestuurder geen civielrechtelijk bestuursverbod worden opgelegd. Dat ligt anders voor de aannemer waar de bestuurder van de woningcorporatie zaken mee heeft gedaan. Indien zijn aannemingsbedrijf wordt meegesleept in de val van de woningcorporatie en failliet gaat, kan hij wel worden geconfronteerd met een civielrechtelijk bestuursverbod.

Het College meent dat dit voorbeeld laat zien dat er geen rechtvaardiging is om het civielrechtelijk bestuursverbod te beperken tot het faillissementsrecht.

Conclusie

Het College meent dat, mits goed vorm gegeven, een civielrechtelijk bestuursverbod een aanwinst kan betekenen voor de integrale aanpak van (faillissements)fraude. Het College is echter van oordeel dat, indien de voorgestelde regeling in zijn huidige vorm wordt doorgezet, het civielrechtelijke bestuursverbod niet effectief zal zijn. Het openbaar ministerie ontbeert de benodigde expertise om civiele procedures te voeren. Het opbouwen van deze expertise en de extra procedures zullen een forse verhoging van de werklast voor het OM betekenen, die zonder extra investeringen en bekostiging niet kan worden opgevangen. Voor deze extra kosten is geen financiering beschikbaar.

Bij het opstellen van de regeling is onvoldoende acht geslagen op de rol die ieder van de private en publieke partijen bij de bestrijding van fraude vervult. Er is onvoldoende gekeken wie van de onderscheiden partners welke taak het beste voor zijn rekening kan nemen. Daardoor is er geen sprake van het versterken van de rol en de positie van de onderscheiden partners, zowel privaat als publiek, die gezamenlijk werken aan een integrale aanpak van fraude.

Het openbaar ministerie wordt in een onduidelijke rol gedrongen. Indien er sprake is van een strafrechtelijke vervolging, ligt het voor de hand dat in de strafzaak een ontzetting uit het beroep wordt geëist. In het geval er geen sprake is van een strafrechtelijk onderzoek beschikt het openbaar ministerie niet over eigen informatie op basis waarvan een verzoek tot een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden gemotiveerd. De officier van justitie wordt in de positie gebracht dat hij in de procedure moet optreden als civiel advocaat voor de belanghebbenden.

Het College meent dat het civiel bestuursverbod kan werken indien een aantal

wijzigingen op het wetsvoorstel worden aangebracht. Het College adviseert om de bevoegdheid om de rechter te verzoeken een bestuursverbod jegens de bestuurder van een rechtspersoon uit te spreken allereerst te beleggen bij de direct belanghebbenden. Dáár voldoet het aan een behoefte, daar is de expertise en ervaring aanwezig om het uit te voeren en daar kan het de integrale aanpak van fraude bevorderen. Een bestuursverbod is weliswaar een verstrekkende en ingrijpende beslissing, maar de rechter beslist over het verzoek. Daarmee is gegarandeerd dat de beslissing tot het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod met de nodige zorgvuldigheid tot stand zal komen.

Alleen het benoemen van de formele gronden waarop de rechter een bestuursverbod kan uitspreken is onvoldoende. De rechter moet het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod ook kunnen motiveren. Het College adviseert om het wetsvoorstel te voorzien van een materieel toetsingskader, aan de hand waarvan de rechter kan beoordelen en motiveren of en zo ja voor welke termijn hij een bestuursverbod kan opleggen.

Ten slotte beveelt het College aan dat het civielrechtelijk bestuursverbod niet wordt beperkt tot de faillissementsfraude, maar dat het als een algemene regeling in Boek 2 van het BW wordt opgenomen.

Hoogachtend,
Het College van procureurs-generaal

H.J. Bolhaar

