

Vergaderjaar 2013–2014

34 011

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 24 januari 2014 en het nader rapport d.d. 27 augustus 2014, aangeboden aan de Koning door de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 13 november 2013, no.2013002322, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod), met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet in de introductie van een zogenaamd civielrechtelijk bestuursverbod in de Faillissementswet (Fw). Degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd, kan ten hoogste vijf jaar niet tot bestuurder of commissaris van een rechtspersoon worden benoemd. Het eenmaal opgelegde bestuursverbod vormt tevens een beletsel voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris bij, kort gezegd, alle andere rechtspersonen waar de betrokkene een bestuursfunctie uitoefent op het moment van het verzoek of de vordering tot het opleggen van een bestuursverbod. Een bestuursverbod kan tevens worden opgelegd aan een «feitelijk» (niet statutair) bestuurder en behelst in dezelfde zin een verbod op «feitelijk bestuur». Een bestuursverbod wordt opgelegd door de civiele rechter op verzoek van het openbaar ministerie of op vordering of verzoek van de curator in het kader van het faillissement van een rechtspersoon waar de betrokkene bestuurder was.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de discrepantie tussen de doelstelling van het voorstel, zoals die in de

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

memorie van toelichting is geformuleerd en de tekst van het voorstel. Voorts gaat de Afdeling in op de verbreding van de taak van de curator, waarbij deze met een taak wordt belast die het belang van de schuldeisers in het faillissement waarom het gaat niet dient. Tevens wijst de Afdeling erop dat noch uit het voorstel noch uit de toelichting blijkt welke criteria de rechter zou moeten hanteren bij de beantwoording van de vraag of een bestuursverbod gerechtvaardigd is. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 13 november 2013, nr. 2013002322, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 24 januari 2014, nr. W03.13.0401/II, bied ik U hierbij aan. Het voorstel geeft de Afdeling advisering aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

1. Doel van het voorstel

De toelichting vermeldt dat het met dit wetsvoorstel mogelijk wordt om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan wanbeheer in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Het doel is om faillissementsfraude effectiever te kunnen bestrijden en om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten, aldus de toelichting.² Afgaande op laatstgenoemde omschrijving lijkt de doelstelling van het wetsvoorstel vooral te zijn gericht op de bestrijding van faillissementsfraude.

De Afdeling merkt op dat de gronden voor oplegging van een bestuursverbod in het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, onderdeel a tot en met e, Fw divers zijn. Daarbij is niet vanzelfsprekend sprake van faillissementsfraude³ maar veeleer van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling of wanbeheer⁴ in aanloop naar een faillissement. Dit blijkt ook uit de toelichting op de verschillende onderdelen.⁵ Kennelijke onbehoorlijke taakvervulling en faillissementsfraude zijn verschillende, elkaar niet volledig overlappende begrippen. Daardoor bestaat een discrepantie tussen de doelstelling van het voorstel zoals die in de memorie van toelichting is geformuleerd en de tekst van het voorstel. De Afdeling gaat er, gelet op de tekst van het voorstel, vanuit dat is beoogd een breder bereik aan het voorstel te geven dan enkel bestrijding van faillissementsfraude.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande te verduidelijken.

1. Doel van het voorstel

De Afdeling constateert dat in het wetsvoorstel en in de toelichting de noties faillissementsfraude en kennelijk onbehoorlijke taakvervulling of wanbeheer in de aanloop naar een faillissement soms door elkaar worden

² Memorie van toelichting, algemeen deel van de toelichting, paragraaf 1.

³ Fraude betekent bedrog en veronderstelt opzet. Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 20 januari 2012 over de ontwerpWet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving. Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 4.

⁴ Blijkens jurisprudentie van de Hoge Raad is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld. Zie onder meer HR 7 juni 1996 (Ontvanger / Van Zoolingen)

⁵ Zie onder meer de artikelsgewijze toelichting bij artikel 106a, eerste lid, onderdelen a, d en e.

gebruikt, hoewel het verschillende en elkaar niet volledig overlappende begrippen zijn. Daardoor bestaat er, aldus de Afdeling, een discrepantie tussen de doelstelling van het wetsvoorstel, zoals geformuleerd in de toelichting, en de wettekst zelf.

Terecht merkt de Afdeling op dat beoogd is om aan het wetsvoorstel een breder bereik te geven 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 gebruikt als een specifieke exponent van de bredere noties kennelijk onbehoorlijke taakvervulling of wanbeheer in faillissementsgerelateerde situaties. De toelichting is op dit punt nader verduidelijkt.

2. Rol van de curator; conflicterende belangen

Het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, Fw bepaalt dat een bestuursverbod kan worden verzocht door het openbaar ministerie dan wel verzocht of gevorderd door de curator. In de toelichting wordt opgemerkt dat het toekennen van de bevoegdheid aan de curator voor de hand liggend is. De curator is in de praktijk de eerste die in een faillissement op signalen van fraude stuit.⁶

De primaire taak van de curator op grond van de Fw is het beheer en vereffening van de failliete boedel.⁷ De curator heeft daarmee een wettelijke taak die hij uitoefent in het belang van de crediteuren van de failliete onderneming.⁸ De curator mag weliswaar naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ook zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard in zijn afwegingen betrekken. Het gaat daarbij wel telkens om afwegingen in het kader van het beheer en de afwikkeling van de boedel.⁹

De toelichting stelt dat het toekennen van de voorgestelde bevoegdheid aan de curator goed aansluit bij het voornemen om fraudesignalering een wettelijke taak te maken van de curator.¹⁰ In de consultatie is, blijkens de toelichting, aandacht gevraagd voor de verbreding van de taak van de curator. Er is opgemerkt dat dit er toe leidt dat de curator wordt belast met in essentie publieke taken. De regering deelt, volgens de toelichting, deze zienswijze niet. «De curator wordt immers niet belast met opsporings- en dwangbevoegdheden; zijn wettelijke taak blijft beperkt tot het signaleren van mogelijke fraudesignalen en het aandragen daarvan bij de bevoegde overheidsinstanties.»¹¹ De Afdeling is van oordeel dat de thans voorgestelde bevoegdheid van de curator om bij de rechter een bestuursverbod te vragen een aanmerkelijk verdergaande verbreding van de taak van de curator behelst dan de in de toelichting genoemde fraudesignalering. In de toelichting wordt hierop niet ingegaan.

Daarbij merkt de Afdeling op dat de curator thans met een taak wordt belast die het belang van de schuldeisers in het faillissement waarom het gaat niet dient; sterker nog die met dat belang kan conflicteren. De Afdeling wijst bij wijze van voorbeeld op een situatie waarin een curator met een gewezen bestuurder een gunstige schikking overeen kan komen

⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.

⁷ Artikel 68, eerste lid, Fw.

⁸ Zie onder meer HR 16 december 2011, Curator X/Y.

⁹ HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (Sigmacon II) en HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou).

¹⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.

¹¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 6, onderdeel d.

waaraan de gewezen bestuurder de voorwaarde verbindt dat dient te worden afgezien van een eventueel verzoek of vordering van een bestuursverbod. De Afdeling wijst er vervolgens op dat de kosten voor de procedure waarin een bestuursverbod wordt gevraagd in beginsel ten laste van de boedel zullen komen. In de toelichting wordt daarbij terecht opgemerkt dat de faillissementsprocedure niet kan worden beëindigd zolang de procedure voor oplegging van een bestuursverbod niet is afgerond.¹² Daarmee kan een dergelijke procedure leiden tot verlenging van het faillissement en hogere lasten voor de boedel. In de toelichting wordt ingegaan op de kosten voor de curator. De toelichting vermeldt dat het kostenaspect wordt [...] meegenomen in het aangekondigde wetsvoorstel versterking positie curator, waarvan het streven is om dit nog dit jaar in consultatie te geven».¹³ Dit is, gelet op het feit dat het kostenaspect reeds voor dit voorstel van belang is, onvoldoende.

De Afdeling merkt ten slotte op dat een verdergaande verbreding van de taak van de curator met zich kan brengen dat de curator ook breder ter verantwoording kan worden geroepen voor zijn doen en nalaten. Zo rijst de vraag in hoeverre de curator kan worden aangesproken door partijen die schade lijden als gevolg van een faillissement, indien de curator in een eerder faillissement waarbij eenzelfde bestuurder is betrokken en aan een grond voor oplegging van een bestuursverbod was voldaan geen bestuursverbod had verzocht of gevorderd.

De Afdeling adviseert de verbreding van de taak van de curator in het licht van het bovenstaande nader te bezien.

2. Rol van de curator; conflicterende belangen

Onder verwijzing naar het feit dat de primaire taak van de curator op grond van de Faillissementswet (Fw) het beheer en de vereffening is van de failliete boedel (artikel 68 lid 1 Fw) in het belang van de crediteuren van de failliete onderneming, merkt de Afdeling op dat de nu voorgestelde bevoegdheid van de curator om bij de rechter een bestuursverbod te vragen een aanmerkelijke verbreding van de taak van de curator betekent. Naar het oordeel van de Afdeling wordt hiermee het belang van schuldeisers in het betrokken faillissement niet gediend, en zijn belangenconflicten denkbaar. Ook kan een procedure tot vordering van een bestuursverbod leiden tot hogere lasten voor de boedel, zonder dat in de toelichting -aldus de Afdeling- concreet wordt ingegaan op het kostenaspect voor de curator. Ten slotte vraagt de Afdeling zich af of een curator aansprakelijk zou kunnen worden gesteld door derden voor schade die zij door een faillissement lijden, in geval de curator in een eerder faillissement met betrokkenheid van dezelfde bestuurder ondanks de mogelijkheid daartoe geen bestuursverbod heeft gevorderd.

Inderdaad betekent het onderhavige wetsvoorstel een verbreding van de taak van de curator. Anno 2014 acht de regering een dergelijke verbreding ten bate van faillissementsfraudebestrijding en het tegengaan van onregelmatigheden in en rondom een faillissement vanuit rechtspolitieke overwegingen voor de hand liggend. Het is immers de curator die als eerste en daarmee beste kan beoordelen of er al dan niet sprake is of kan zijn van een frauduleus faillissement. Het gaat in dit tijdsgewricht niet aan zijn wetenschap en expertise onbenut te laten of hem vorderingsmogelijkheden ter bestrijding hiervan te ontfemen. De curator mag bovendien, zoals de Afdeling terecht opmerkt, naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ook zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard in

¹² Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 106a aanhef.

¹³ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 7.

zijn afwegingen betrekken (HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*) en HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Macclou*). Onder dit dynamische begrip kunnen niet alleen de continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid, maar ook de sanctiëring van ernstige onregelmatigheden in of rondom een faillissement worden gebracht. Het risico van potentieel conflicterende belangen wordt ondervangen door het toezicht van de rechter-commissaris op de curator. Over een schikking met de betrokken bestuurder waarbij wordt afgezien van een verzoek tot het instellen van een bestuursverbod is de curator verantwoordelijk verschuldigd aan de rechter-commissaris. Overweegt de curator daarentegen een dergelijke actie juist wel in te stellen, dan heeft hij daartoe de voorafgaande toestemming nodig van de rechter-commissaris (artikelen 64 en 73a Fw respectievelijk artikel 68 Fw). Het is daarbij de taak van de rechter-commissaris en de rechtbank om het beleid van de curator in volle omvang te toetsen (Hoge Raad 10 mei 1985, NJ 1985/793). Ontbreekt de voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris tot het instellen van een actie ex art. 106a Fw, dan kan dat leiden tot aansprakelijkheid van de curator jegens de gefailleerde en de schuldeisers (art. 72 lid 1 Fw). Omgekeerd ligt het niet voor de hand om de curator aansprakelijk te achten voor de eventuele nadelige consequenties van het niet instellen van een bestuursverbodvordering. Het is en blijft immers de betreffende bestuurder van de failliete onderneming die verantwoordelijk is voor de insolventie, de eventuele (ernstige) onregelmatigheden daarbij en de daardoor aan derden toegebrachte schade. Het gaat niet aan die verantwoordelijkheid af te wentelen op de curator, die geen rechtsplicht heeft tot het instellen van een actie op grond van het voorgestelde artikel 106a Fw. Dit laatste aspect is in de toelichting verduidelijkt.

Ten aanzien van de belangen van schuldeisers zij het volgende opgemerkt. Drie van de in artikel 106a lid 1 Fw genoemde gronden voor de oplegging van een bestuursverbod hebben direct betrekking op de positie van de crediteuren in het betrokken faillissement, t.w. de aanwezigheid van bestuurdersaansprakelijkheid (onderdeel a), de paulianeuze benadeling van schuldeisers (onderdeel b) en manifeste tegenwerking van de curator (onderdeel c). Zij kunnen er concreet belang bij hebben dat daartegen door de curator ook specifiek met een vordering tot instelling van een bestuursverbod kan worden opgetreden. Verder zijn er de nodige signalen dat schuldeisers vaak met opeenvolgende of samenhangende frauduleuze faillissementen van dezelfde (feitelijke) bestuurder worden geconfronteerd. Zij kunnen ook om die reden een concreet belang bij de oplegging van een bestuursverbod hebben. Daarnaast hebben schuldeisers er in meer algemene zin belang bij dat malafide bestuurders een tijdelijk bestuursverbod kunnen krijgen. Van het bestuursverbod kan een opschonende en preventieve werking uitgaan. Bovendien draagt het bij aan een eerlijk handelsklimaat en de bestrijding van toekomstige faillissementsfraude door dezelfde bestuurder. Gelet op dit alles is het niet onredelijk om de kosten van een vordering ex artikel 106a Fw ten laste van een batige boedel te brengen. Dat geldt te meer, als wordt bedacht dat de betrokken vordering in de praktijk vaak gecombineerd zal worden met een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de artikelen 2:138 of 2:248 BW, waardoor de extra kosten van een verzoek tot oplegging van een bestuursverbod naar verwachting zeer gering zullen zijn. Ten slotte zal de rechter-commissaris bij zijn beslissing over de al dan niet toestemming om een actie ex art. 106a Fw in te stellen meewegen of de curator een juiste afweging heeft gemaakt tussen, enerzijds, de kosten en de belangen die met de vordering van een bestuursverbod zijn gemoeid en, anderzijds, het belang van boedelmaximalisatie ten bate van de gezamenlijke schuldeisers (art. 68 Fw). Voor het door de Afdeling aangestipte kostenaspect zij overigens verwezen naar de geactualiseerde paragrafen 8 (g) en 9 van de toelichting.

3. Beoordeling door de rechter

Een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd kan ten hoogste vijf jaar niet tot bestuurder of commissaris van een rechtspersoon worden benoemd. Het bestuursverbod vormt tevens een beletsel voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris bij, kort gezegd, andere rechtspersonen waar de betrokkene een bestuursfunctie uitoefent op het moment van het verzoek of de vordering tot het opleggen van een bestuursverbod. Een verbod kan tevens worden opgelegd aan een «feitelijk» (niet statutair) bestuurder en behelst in dezelfde zin een verbod op «feitelijk bestuur». De griffier van de rechtbank schrijft de uitspraak waarin een bestuursverbod is opgelegd in een centraal register in en de uitspraak wordt aangeboden aan het Handelsregister dat terstond tot uitschrijving van de bestuurder overgaat.

Een bestuursverbod is een ingrijpende sanctie. Dit wordt in de toelichting ook onderkend. De toelichting vermeldt onder meer dat het civielrechtelijk bestuursverbod een «uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties betreft».¹⁴ Voor elke sanctie geldt dat zij proportioneel dient te zijn in het licht van de aard en de ernst van het feit waarvoor zij wordt opgelegd. De toelichting vermeldt hierover dat de zinsnede «kan de rechtbank een bestuursverbod uitspreken» in het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, aanhef, Fw de rechter de ruimte laat om alle omstandigheden van het geval mee te wegen. [...] De proportionaliteit van de maatregel wordt hiermee gewaarborgd, aldus de toelichting.¹⁵

Uit het voorstel noch uit de toelichting blijkt echter welke criteria de rechter zou moeten hanteren bij de beantwoording van de vraag of, indien aan een of meer van de gronden opgenomen in het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, onderdelen a tot en met e, Fw is voldaan, een bestuursverbod gerechtvaardigd is. Daarbij wordt in de toelichting de mogelijkheid voor de (gewezen) bestuurder om zich te verweren tegen de oplegging van een bestuursverbod vooral gezien in relatie tot de vraag of voldaan is aan een van de gronden voor oplegging van een bestuursverbod.¹⁶ De Afdeling adviseert in het voorstel nadere aanknopingspunten te bieden op basis waarvan de rechter kan bepalen in hoeverre een bestuursverbod gerechtvaardigd moet worden geacht.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het voorgaande aan te vullen.

3. Beoordeling door de rechter

De Afdeling merkt op dat onvoldoende duidelijk blijkt welke criteria de rechter zou moeten hanteren bij de beantwoording van de vraag of, als aan een of meer van de gronden opgenomen in het voorgestelde artikel 106a lid 1 Fw is voldaan, een bestuursverbod gerechtvaardigd kan zijn, en adviseert om de rechter ter zake nadere aanknopingspunten te bieden.

De regering onderkent de meerwaarde hiervan. De toelichting bij het voorgestelde artikel 106a lid 1 Fw is daartoe verduidelijkt. Factoren die de rechter kan meewegen bij zijn besluit om al dan niet een bestuursverbod op te leggen, of om de duur ervan te bepalen, zijn bijvoorbeeld: de aard van de gedragingen die aanleiding hebben gevormd voor vaststelling van de bestuurdersaansprakelijkheid (artikelen 2:138/248 BW), de wijze

¹⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.

¹⁵ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, bij artikel 106a Fw.

¹⁶ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 106a, eerste lid, onderdelen a en e.

waarop en de mate waarin de crediteuren zijn benadeeld, de vraag of er al dan niet al sprake is van een nog lopend bestuursverbod als gevolg van een ontslag van een stichtingsbestuurder op last van de rechter (artikel 2:298 lid 3 BW), de duur van een eventuele schorsing gedurende het geding (art. 106c leden 4 en 5 Fw), de wijze waarop, de regelmaat waarmee en de mate waarin de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator zijn geschonden, de vraag of er na de oplegging van een bestuursverbod mogelijk sprake zal zijn van rechtspersonen die over onvoldoende middelen beschikken om langdurig een tijdelijk aangestelde bestuurder te kunnen betalen evenals de ernst van de sociale, economische en/of maatschappelijke gevolgen van repeterende faillissementen. In deze illustratieve lijst komt tot uitdrukking dat de rechter rekening moet houden met alle omstandigheden van het concrete geval. De proportionaliteit van de maatregel wordt hiermee gewaarborgd.

4. Bestuursverbod voor een groot- of enig aandeelhouder

Het voorgestelde artikel 106d bepaalt dat een feitelijk bestuurder gelijk wordt gesteld met de statutaire bestuurder, zodat ook hem een bestuursverbod kan worden opgelegd. De voorgestelde gelijkstelling tussen statutair en feitelijk bestuurder betekent tevens dat een bestuursverbod kan meebrengen dat iemand ook geen feitelijk bestuurder meer kan worden, zo stelt de toelichting.¹⁷ Daarmee wordt voorkomen dat iemand aan wie een bestuursverbod is opgelegd feitelijk leiding gaat geven aan een rechtspersoon.

De Afdeling merkt op dat vraagtekens gezet kunnen worden bij de oplegging van een bestuursverbod aan een groot- of enig aandeelhouder die weliswaar geen bestuursfunctie vervult maar wel feitelijk doorzettingsmacht heeft. De toelichting vermeldt dat het bestuursverbod geen verbod op aandeelhouderschap betreft.¹⁸ «Niettemin is onder omstandigheden denkbaar dat een aandeelhouder feitelijk het beleid bepaalt. Daarbij is bijvoorbeeld van belang hoe de uit de aandelen voortvloeiende zeggenschap wordt aangewend. Zo zal een enig aandeelhouder die het bestuur ontslaat en benoemt en actief gebruik maakt van zijn instructierecht sneller als feitelijk beleidsbepaler worden aangemerkt dan een minderheidsaandeelhouder die zich niet actief inlaat met het beleid van het bestuur», aldus de toelichting.

Het voorstel behelst dan wel geen verbod op aandeelhouderschap, in de genoemde gevallen wordt de uitoefening van de aan het aandeelhouderschap verbonden rechten wel ernstig bemoeilijkt zo niet onmogelijk. In de bovengenoemde situatie is sprake van inmenging in het ongestoord eigendomsgebot zoals dat wordt beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Wil een inmenging in eigendomsrechten rechtmatig zijn, dan moet voldaan worden aan bepaalde voorwaarden. Zo moet de inmenging een wettelijke basis hebben, een legitiem doel dienen dat past in het kader van het algemeen belang en proportioneel zijn. Een afweging op dit punt ontbreekt. De toelichting vermeldt slechts dat voorstelbaar is «dat de rechtbank in zijn uitspraak voor betrokkene ruimte laat om bestuurder te worden of blijven van bijvoorbeeld diens eigen pensioen BV [...] omdat het openbaar belang dat met het uitspreken van een bestuursverbod wordt gediend daarbij meestal niet in het geding is.»¹⁹ Dit is in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM onvoldoende.

¹⁷ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 106d.

¹⁸ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 106d.

¹⁹ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 106b.

Wil een inmenging in eigendomsrechten rechtmatig zijn, dan moet voldaan worden aan bepaalde voorwaarden. Zo moet de inmenging een wettelijke basis hebben, een legitiem doel dienen dat past in het kader van het algemeen belang en proportioneel zijn. Een afweging op dit punt ontbreekt.

4. Bestuursverbod voor een groot- of enig aandeelhouder

De Afdeling vraagt naar aanleiding van het voorgestelde artikel 106d Fw aandacht voor de mogelijke beperking van de uitoefening van de aan het aandeelhouderschap verbonden rechten als sprake is van de oplegging van een bestuursverbod aan een groot- of enig aandeelhouder die weliswaar geen bestuursfunctie vervult, maar wel feitelijk doorzettingsmacht heeft. De Afdeling vraagt om een nadere afweging van de eventuele consequenties voor het ongestoorde eigendomsgeenot in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

Ingevolge artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM heeft de Staat het recht om de wetten toe te passen die het noodzakelijk acht om het gebruik van eigendom te reguleren uit hoofde van het algemeen belang. Het bestuursverbod voor een groot- of enig aandeelhouder ziet niet op ontneming, maar op regulering van eigendom, en is in overeenstemming met het algemeen belang. Het beoogde +civielrechtelijke bestuursverbod zou namelijk ernstig aan effectiviteit inboeten als het eenvoudig zou kunnen worden omzeild door in een bestaande of nieuwe onderneming geen statutair bestuurder te worden, maar een groot- of enig aandeelhouder die zich vervolgens gedraagt als ware hij feitelijk bestuurder. Het aangrijpingspunt is hierbij niet het loutere aandeelhouderschap, maar het feit dat dat kan worden aangewend om via een feitelijk bestuurderschap een opgelegd bestuursverbod te omzeilen. Het voorgestelde artikel 106d Fw strekt ertoe dit te voorkomen voor alle gevallen van feitelijk leiding geven, ongeacht of daaraan al dan niet een groot- of enig aandeelhouderschap ten grondslag ligt. Dat brengt voor degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd uiteraard de nodige (tijdelijke) beperkingen met zich mee. Dat is juist de *raison d'être* van een bestuursverbod. Door voldoende ruimte te laten voor het aandeelhouderschap, maar tegelijk te bepalen dat dit in het individuele geval niet mag worden uitgeoefend op een wijze die ertoe leidt dat een opgelegd bestuursverbod wordt omzeild, wordt op proportionele wijze een legitiem doel gediend. Daarmee is een «fair balance» gevonden tussen algemene en individuele belangen (vgl. bijv. EHRM 21 oktober 2010, *Benet Czech, Spol. S.R.O./Tsjechië* (appl. No. 31555/05), par. 35) en wordt recht gedaan aan artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

De toelichting bij het voorgestelde artikel 106d Fw is in deze zin aangevuld.

5. Privacy

Ingevolge het voorgestelde artikel 106b, derde lid, Fw schrijft de griffier van de rechtbank de uitspraak²⁰ waarin een bestuursverbod is opgelegd in een centraal register in. Deze uitspraak wordt voorts met bekwame spoed aangeboden aan het Handelsregister dat terstond tot uitschrijving van de

²⁰ Ingevolge de anonimiseringsrichtlijnen van de Raad voor de rechtspraak worden gegevens van natuurlijke personen die genoemd worden in uitspraken geanonimiseerd. Het vonnis of de beschikking houdende het bestuursverbod is weliswaar openbaar maar de betrokkene wordt daarin aldus niet met name genoemd.

bestuurder overgaat. Ingevolge het voorgestelde artikel 106c, zesde lid, Fw wordt de uitspraak waarin de schorsing of de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen is uitgesproken eveneens in een centraal register ingeschreven. Over de opzet van het register, de opname in en de verwijdering van gegevens uit het register alsmede over de verstrekking en openbaarheid van gegevens worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld.

In de toelichting wordt over de opname van aan een bestuursverbod onderworpen personen in een register het volgende opgemerkt. «Transparantie is een belangrijke waarborg voor een effectief bestuursverbod. Het is daarom van groot belang dat een opgelegd bestuursverbod eenvoudig en online via een centraal register raadpleegbaar is.»²¹ Verder wordt opgemerkt dat er een passend evenwicht zal moeten worden gevonden tussen de privacy van degenen aan wie een bestuursverbod is opgelegd, het belang tot raadpleging door bepaalde instanties, zoals de notaris, het Openbaar Ministerie en de Kamer van Koophandel alsmede de meer algemene openbaarheid van het register. Van belang is voorts dat andere EU- lidstaten via het register kennis kunnen nemen van de in Nederland opgelegde bestuursverboden, aldus de toelichting.²² De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. De automatische openbaarmaking van de oplegging van een bestuursverbod of de schorsing van een bestuurder (ook indien deze in een later stadium zou worden teruggedraaid) is ingrijpend. De opname van aan een bestuursverbod onderworpen personen in een (openbaar) register vormt een ingrijpende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene als bedoeld in artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 EVRM. Een dergelijke inbreuk is slechts gerechtvaardigd indien is voldaan aan een aantal vereisten: de inbreuk moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en er moet voldaan zijn aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Daarnaast moet zijn voldaan aan de eisen die voortvloeien uit de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). De inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is groter – en de eisen voor de rechtvaardiging zwaarder – als bijzondere persoonsgegevens worden verwerkt.

De Afdeling merkt op dat een beoordeling van het voorstel in het licht van artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 EVRM ontbreekt. De Afdeling adviseert hierin alsnog te voorzien.

b. De Afdeling merkt, mede gelet op artikel 10, eerste lid, van de Grondwet, op dat de belangrijkste elementen van een regeling in de wet in formele zin behoren te worden opgenomen. De elementen die hiervoor zijn benoemd, (op welke wijze het register zal worden ingericht, de toegankelijkheid van het register, regels inzake schoning, en de bescherming van de privacy van degenen aan wie een bestuursverbod is opgelegd) behoren daar naar het oordeel van de Afdeling toe. De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het voorgaande aan te vullen.

c. Vanuit een oogpunt van proportionaliteit van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is nodig dat het doel waarmee (bijzondere) persoonsgegevens worden verwerkt zo concreet en zo nauw mogelijk wordt omschreven. Ook uit de Wbp volgt dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden mogen worden verzameld.²³ Deze doeleinden moeten specifiek zijn en er moeten waarborgen zijn dat de doelbinding bij verwerking van persoons-

²¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.

²² Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 106b.

²³ Artikel 7 Wbp.

gegevens gewaarborgd is.²⁴ Voorts volgt uit de Wbp dat voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens een aantal verzwaarde eisen geldt.²⁵

De Afdeling merkt op dat in het voorstel vooralsnog de doelbinding ontbreekt. Wel wordt in de toelichting opgemerkt dat om te voorkomen dat een bestuurder, ondanks een verbod, toch tot bestuurder wordt benoemd in een nieuw op te richten rechtspersoon, de notaris, voorafgaand aan de oprichting van een rechtspersoon, een register zal moeten kunnen raadplegen. Voorts zal de inschrijving van de betrokken bestuurder in het Handelsregister worden geweigerd. 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 worden²⁶, aldus de toelichting. De Afdeling meent dat in het licht hiervan de vraag gerechtvaardigd is naar de noodzaak van een register dat breder toegankelijk is dan nodig voor de beoordeling door de notaris of voor beantwoording van de vraag of tot inschrijving van een bestuurder in het handelsregister kan worden overgegaan.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

5. Privacy

Ten aanzien van de privacyaspecten die zijn verbonden aan de opname van een bestuursverbod (art. 106b lid 3 Fw) en de schorsing of tijdelijke aanstelling van een bestuurder (art. 106c lid 6 Fw) in een centraal register maakt de Afdeling een aantal kanttekeningen. Allereerst adviseert de Afdeling een rechtvaardiging te geven voor de hiermee gemoeide inbreuk op de persoonlijke levenssfeer in het licht van de artikelen 10 Grondwet en 8 EVRM. Verder acht de Afdeling het, mede gelet op artikel 10 Grondwet, van belang dat de belangrijkste elementen van een regeling, zoals bewaartermijnen, de inrichting en de toegankelijkheid van het register evenals regels inzake schoning, op het niveau van de wet in formele zin worden geregeld. Ten slotte meent de Afdeling dat de doelbinding voor de verwerking van persoonsgegevens ontbreekt, en wordt gevraagd naar de noodzaak van een register dat breder toegankelijk is dan nodig voor met name de toezichthoudende rol van de notaris en de Kamer van Koophandel.

Transparantie is een belangrijke waarborg voor een effectieve handhaving van het bestuursverbod. Een registratie van opgelegde bestuursverboden is daarvoor van groot belang. Zo is het voor bijvoorbeeld de Kamer van Koophandel en de notaris van belang om te kunnen weten wie voor hoe lang een bestuursverbod heeft opgelegd gekregen. Alleen op die wijze kan immers worden voorkomen dat iemand met een bestuursverbod zich weer met een nieuw bedrijf of als bestuurder bij een ander bedrijf laat inschrijven. Verder brengt de eerlijkheid van het handelsverkeer mee dat burgers en bedrijven in staat moeten zijn om na te gaan met wie men van doen heeft. Dat is onder andere van belang in die gevallen waarin mensen door derden, die wellicht kwalificeren als feitelijk bestuurder, worden benaderd om formeel bestuurder van een vennootschap te worden. Voor een juiste weging van een dergelijk verzoek moeten zij in staat worden gesteld om na te gaan of men al dan niet van doen heeft met iemand aan

²⁴ Zie het advies van de Raad van State van 4 januari 2007 inzake Wet eenmalige gegevensuitvraag werk en inkomen (W12.06.0510/III).

²⁵ Artikelen 16 t/m 23 Wbp.

²⁶ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 106b.

wie een bestuursverbod is opgelegd. Die registratie vormt een belangrijk instrument bij de bestrijding van faillissementsfraude, in het bijzonder van de zogenaamde «katvangerproblematiek». In die zin strekt registratie ook tot bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Het gaat bij deze 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, ieder voor zich en in onderlinge samenhang bezien, om zwaarwegende maatschappelijke belangen. Daarmee is de doelbinding bij de verwerking van persoonsgegevens, als bedoeld in artikel 7 van de Wet bescherming persoonsgegevens, gegeven en verzekerd. De genoemde overwegingen rechtvaardigen een inbreuk op de privacy van de betrokken bestuurder, waarbij moet worden bedacht dat het bij het bestuursverbod om een uitzonderlijke sanctie in uitzonderlijke gevallen gaat. Er moet, kortom, sprake zijn van evident wanbestuur door betrokkene.

Aan de eis van proportionaliteit wordt voldaan doordat het bestuursverbod slechts centraal raadpleegbaar zal worden geregistreerd voor de duur waarvoor het is opgelegd. Bijgevolg zal de registratie per definitie tijdelijk zijn. Voorwaarde is verder dat de uitspraak houdende oplegging van een bestuursverbod onherroepelijk moet zijn geworden. Daarmee wordt voorkomen dat iemand naar achteraf blijkt ten onrechte met een bestuursverbod bij het Handelsregister is opgenomen, omdat hij in hoger beroep alsnog in het gelijk is gesteld. Daardoor zou hij onnodig in zijn persoonlijke levenssfeer worden geschaad.

Gelet hierop zijn er legitieme en zwaarwegende redenen die de registratie van bestuursverboden rechtvaardigen, terwijl aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan doordat de opname tijdelijk is, nl. voor de duur van het verbod, en is beperkt tot die gevallen waarin het betrokken vonnis onherroepelijk is geworden. Omdat het voorgestelde artikel 106b lid 3 Fw een expliciete wettelijke basis biedt, is de registratie voorts voorzienbaar en kenbaar. Mitsdien is de registratie naar het oordeel van de regering gerechtvaardigd in het licht van de artikelen 10 Grondwet en 8 EVRM. Ook Zweden en het Verenigd Koninkrijk kennen overigens een registratie van bestuursverboden in een openbaar register. Omdat het Handelsregister in het dagelijkse handelsverkeer het leidende register voor alle betrokkenen is, ligt het voor de hand om bestuursverboden bij het Handelsregister te registreren. Derden moeten er op kunnen vertrouwen dat zij handelen met de bestuurder zoals die daar staat opgenomen.

Met de registratie bij het Handelsregister vormt de Handelsregisterwet het formeel-wettelijke kader voor de opslag, verwerking, verstrekking en verwijdering van persoonsgegevens alsmede voor privacyaspecten. De benodigde aanpassingen van de Handelsregisterwet zullen worden meegenomen bij de wijziging van de Handelsregisterwet die nu in voorbereiding is in verband met de instelling van een centraal aandeelhoudersregister (Kamerstukken II 2012/13, 32 608, nr. 5). Daarnaast is nog nadere uitwerking in het Handelsregisterbesluit 2008 nodig. Daarbij zal uiteraard het College bescherming persoonsgegevens worden betrokken.

De toelichting is in deze zin aangevuld door invoeging van een nieuwe paragraaf zes.

6. Overige opmerkingen

a. Uit het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, onderdeel a, volgt dat een bestuursverbod in het kader van het faillissement van een vennootschap ook kan worden opgelegd indien door de rechter is geoordeeld dat de bestuurder aansprakelijk is in het kader van wanbeheer bij een andere vennootschap. De Afdeling stelt vast dat er in een dergelijke situatie geen verband bestaat tussen de aansprakelijkheid wegens wanbeheer en het faillissement in het kader waarvan het bestuursverbod wordt gevorderd.

In dezelfde zin volgt uit het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, onderdeel e, Fw dat een bestuursverbod in het kader van het faillissement van een rechtspersoon ook kan worden opgelegd indien aan de bestuurder in zijn hoedanigheid als privépersoon een fiscale boete is opgelegd. De Afdeling merkt op dat er ook in die situatie geen verband bestaat tussen het bestuur van de onderneming en de fiscale vergrijpboete.

De Afdeling adviseert de onderdelen a en e te relateren aan het faillissement van de rechtspersoon in het kader waarvan het bestuursverbod wordt gevorderd.

b. Het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, onderdeel d, bepaalt dat een bestuursverbod kan worden opgelegd aan de bestuurder die, 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 onderneming en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft. Het is de Afdeling niet duidelijk wat wordt verstaan onder «betrokken bij een faillissement». De toelichting vermeldt dat onderdeel d ziet op het geval dat de failliet of de bestuurder van de failliete rechtspersonen meerdere malen binnen een relatief korte periode, failliet gaat. «Failliet gaan» en «betrokken zijn bij een faillissement» is niet per definitie hetzelfde.

De Afdeling adviseert in het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, onderdeel d, toe te spitsen op een faillissement van de rechtspersoon waar de bestuursfunctie, middellijk of onmiddellijk, wordt vervuld dan wel van de bestuurder als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

c. In het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, onderdeel e, wordt bepaald dat een bestuursverbod kan worden opgelegd indien aan de bestuurder of de rechtspersoon 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 Afdeling wijst er op dat bij de gronden onder a en b sprake is van een rechterlijk oordeel. Zij merkt op dat voor deze gronden niet is bepaald dat het rechterlijk oordeel onherroepelijk dient te zijn. Dit ligt echter wel in de rede.

De Afdeling adviseert in het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, onderdeel a en b, te bepalen dat het rechterlijk oordeel onherroepelijk dient te zijn.

6. Overige opmerkingen

De Afdeling adviseert de onderdelen a en e van het voorgestelde artikel 106a lid 1 Fw te relateren aan het faillissement van de rechtspersoon in het kader waarvan het bestuursverbod wordt gevorderd. Dienovereenkomstig zijn de tekst van het wetsvoorstel en de artikelsgewijze toelichting aangepast. Verduidelijkt is dat het moet gaan om de aansprakelijkheid van een bestuurder «voor zijn handelen of nalaten bij

die rechtspersoon» (onderdeel a) respectievelijk om een fiscale vergrijpboete die is opgelegd aan de betrokken rechtspersoon «of de bestuurder ervan».

Omdat de Afdeling verder niet aanstonds duidelijk is wat in het voorgestelde artikel 106a lid 1 onderdeel d Fw onder «betrokken» bij een faillissement moet worden volstaan, adviseert de Afdeling om deze bepaling toe te spitsen op een faillissement van de rechtspersoon waar de bestuursfunctie (on)middellijk wordt uitgeoefend, dan wel van de bestuurder als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

De woorden «betrokken bij» een faillissement zijn ingegeven door de omstandigheid dat het, in geval van een rechtspersoon, de betrokken rechtspersoon en niet de bestuurder qualitate qua is die failliet wordt verklaard. De artikelsgewijze toelichting is in de door de Afdeling voorgestane zin aangepast.

Ten slotte is, overeenkomstig het advies van de Afdeling, in het voorgestelde artikel 106a lid 1 onderdelen a en b Fw en de bijbehorende toelichting tot uitdrukking gebracht dat de daar genoemde gronden alleen de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen rechtvaardigen als de betrokken rechterlijke uitspraken onherroepelijk zijn geworden.

7. Redactionele bijlage

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

7. Redactionele bijlage

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn overgenomen. Tevens is de toelichting geactualiseerd en is van de gelegenheid gebruik gemaakt om het wetsvoorstel en de toelichting nader te verduidelijken naar aanleiding van de ontvangen adviezen van de Commissie vennootschapsrecht en van het College van Procureurs-Generaal.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
I.W. Opstelten

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.13.0401/II

- In het voorgestelde artikel 106a, eerste lid, aanhef, Fw na «faillissement» invoegen: van die rechtspersoon.
- In het voorgestelde artikel 106a, derde lid, Fw na «verstrekt» invoegen: op verzoek.