

Vergaderjaar 2015–2016

34 011

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

D

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 21 maart 2016

1. Inleiding

De leden van de fracties van de VVD en de SP hebben in de memorie van antwoord nog aanleiding gezien tot het stellen van enkele nadere vragen. Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om de gestelde vragen te beantwoorden, waarbij zoveel mogelijk zal worden aangesloten bij de volgorde waarin zij in het voorlopig verslag zijn gesteld.

2. Civielrechtelijke gevolgen van het bestuursverbod

De leden van de VVD-fractie hebben in het verslag de vraag gesteld waarom het bestuursverbod niet ook kan worden opgelegd aan commissarissen, maar alleen aan statutair en feitelijk bestuurders. Zij kunnen de reactie van de regering hierop in de memorie van antwoord niet goed plaatsen, en wijzen daarbij op artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek (BW) – hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders bij faillissement wegens onbehoorlijk bestuur – die via de schakelbepaling van artikel 2:259 BW ook geldt voor commissarissen. Zij vragen de regering om nadere uitleg waarom het bestuursverbod niet ook van toepassing is op commissarissen.

Artikel 2:248 BW is inderdaad van overeenkomstige toepassing op commissarissen, maar heeft voor de commissaris inhoudelijk een andere betekenis dan voor een bestuurder, omdat de taak van de commissaris een geheel andere is (prof. M.L. Lennarts, *Ondernemingsrecht, Tekst & Commentaar*, 2014, aantekening bij art. 2:259 BW, blz. 634). Zijn kerntaak is, samengevat, om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming(en) alsmede om het bestuur met raad ter zijde te staan (art. 2:250 lid 2 BW). Daarmee staat de commissaris meer op afstand van een onderneming, terwijl de bestuurder juist bij uitstek verantwoordelijk is en direct invloed heeft op de dagelijkse gang van zaken en het beleid van een onderneming. Daar komt bij dat in veel gevallen van faillissementsfraude blijkt dat deze bewust wordt begaan met behulp van een rechtspersoon die juist geen raad van commissarissen kent. Op grond

hiervan meent de regering dat het gerechtvaardigd is om de bestuurder als aangrijpingspunt voor de oplegging van een bestuursverbod centraal te stellen. Wordt een bestuursverbod opgelegd dan betekent dit, tenzij de rechter anders bepaalt, tevens het einde van de commissariaten die betrokkene elders mocht hebben evenals een beletsel om tijdens de duur van het bestuursverbod ergens commissaris te worden (aldus het voorgestelde artikel 106b Faillissementswet). In zoverre raakt het wetsvoorstel ook commissarissen, die zich als bestuurder van een andere vennootschap schuldig hebben gemaakt aan wanbeleid en daarom een bestuursverbod hebben gekregen. Hoewel de regering meent dat het kwalitatieve onderscheid tussen «bestuurder» en «commissaris» rechtvaardigt dat het wetsvoorstel nu alleen op bestuurders ziet, heeft zij begrip voor de zorgen van de VVD-fractie. De regering heeft daarom op verzoek van de VVD-fractie tijdens de behandeling in de Tweede Kamer een wetsvaluatie na vijf jaar toegezegd (Handelingen Tweede Kamer, 17 juni 2015, p. 97-6-20) en voorts de bereidheid uitgesproken om daarbij de vraag te betrekken of er aanleiding kan zijn om voor gevallen van wanbeleid ook voor commissarissen in de mogelijkheid van een bestuursverbod te voorzien (Kamerstukken I 2015/16, 34 011, nr. B).

De leden van de SP-fractie vragen of bestuurders de dans ontspringen als naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen, zoals een limited liability company of private limited company, hun statutaire zetel na oprichting hebben verplaatst naar Nederland, dan wel feitelijk in Nederland gevestigd zijn. Verplaatsing van de statutaire zetel van een buitenlandse rechtspersoon naar Nederland veronderstelt omzetting in een Nederlandse rechtspersoon, bijvoorbeeld een besloten vennootschap. Dan vindt deze wet onverkort toepassing (artikel 106a Fw). Wil een buitenlandse rechtspersoon in Nederland economisch actief worden en is er sprake van een bestuurder aan wie in Nederland een bestuursverbod is opgelegd, dan zal inschrijving in het Handelsregister door de Kamer van Koophandel worden geweigerd. Het Handelsregisterbesluit 2008 wordt in die zin aangepast (Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 6). Daarentegen staat het territorialiteitsbeginsel er aan in de weg dat een bestuursverbod wordt opgelegd aan bestuurders van een buitenlandse vennootschap. In dergelijke grensoverschrijdende gevallen kan, in het kader van de interne markt, alleen een Europese oplossing uitkomst bieden. Nederland heeft dit belangrijke aspect tijdens de onderhandelingen over een nieuwe Europese insolventieverordening met succes Europees weten te agenderen. Afgesproken is dat de Europese Commissie onderzoek zal doen naar de grensoverschrijdende aspecten van bestuursverboden en daarover nog dit jaar zal rapporteren (art. 90 lid 3 van Verordening nr. 2015/848 van 20 mei 2015, Pb. L 141). Het parlement zal hierover op de gebruikelijke wijze worden geïnformeerd.

3. Registratie

De leden van de VVD-fractie vragen op grond van welke titel de gegevens over verstreken bestuursverboden voor instanties, zoals Justis, langer dan 5 jaar beschikbaar blijven. Ook vragen zij naar de maximale bewaartermijn alsmede of er ook andere instanties zijn voor wie de historische gegevens inzake bestuursverboden beschikbaar blijven en, zo ja, wat dan de juridische titel is.

De historische gegevens inzake bestuursverboden zullen onder meer beschikbaar blijven, naast Justis, voor de rijksbelastingdienst, het openbaar ministerie, de Autoriteit Consument en Markt alsmede voor de Autoriteit Financiële Markten. In de aangekondigde wijziging van de Handelsregisterwet zal daarvoor een wettelijke grondslag worden

opgenomen. Bij die gelegenheid zal ook worden voorzien in een bewaartermijn. Daartoe zal worden aangesloten bij de termijn van acht jaar, overeenkomstig artikel 9 lid 1 van de Wet controle op rechtspersonen.

De leden van de VVD-fractie vragen verder naar de huidige status van het centrale aandelhoudersregister, wanneer daarover besluitvorming kan worden verwacht en hoe deze moet worden gezien in relatie tot het UBO-register.

Bij brief van 10 februari 2016 heeft de Minister van Financiën de Tweede Kamer geïnformeerd over de laatste stand van zaken. De gelijktijdige ontwikkeling van het aandelhouders- en het UBO-register leidt tot knelpunten in de uitvoerbaarheid en betaalbaarheid. Omdat de ontwikkeling van het UBO-register berust op een afdwingbare Europeesrechtelijke verplichting waarvoor een implementatietermijn is bepaald, wordt voorrang gegeven aan dit register. De ontwikkeling van het centraal aandelhoudersregister wordt aangehouden totdat het UBO-register verder is ontwikkeld (Kamerstukken II 2015/16, 31 477, nr. 10).

4. Uitvoering en handhaving

De leden van de fractie van de SP merken op dat juridische procedures over de oplegging lang kunnen duren, waardoor het ook lang kan duren voordat de inschrijving van een bestuursverbod in het Handelsregister daadwerkelijk kan plaatsvinden. Is er, zo vragen zij, nagedacht over de mogelijkheid om een bestuursverbod via een voorlopige voorziening op te leggen, mede omdat kwaadwillende bestuurders in een periode van 3 tot 4 jaar veel schade kunnen veroorzaken?

Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat alleen bestuursverboden bij het Handelsregister worden geregistreerd als zij onherroepelijk zijn opgelegd. Daarmee wordt het bezwaar voorkomen, dat ook in de consultatie door onder meer de Nederlandse Orde van Advocaten en de Raad voor de rechtspraak is gesignaleerd, dat iemand naar achteraf blijkt ten onrechte met een bestuursverbod in het centrale register is opgenomen, omdat hij in hoger beroep alsnog in het gelijk is gesteld. Daardoor zou hij onnodig in zijn persoonlijke levenssfeer worden geschaad, hetgeen op gespannen voet zou staan met, in het bijzonder, artikel 8 EVRM.¹ Ten algemene kan een civielrechtelijk bestuursverbod daarom ook niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard (artikel 106b lid 6 Fw). Los daarvan staat de mogelijkheid voor de rechter om een bestuurder in incidentele gevallen en bijzondere omstandigheden desgevorderd voor de duur van het geding te schorsen. Deze schorsing wordt in het handelsregister ingeschreven (artikel 106c, leden 4–6, Fw). Daarbij kan de rechter, zoals de aan het woord zijnde leden lijken te veronderstellen, inderdaad het risico laten meewegen die iemand zijn malafide activiteiten gedurende de procesgang blijft of gaat voortzetten.

De leden van de fractie van de SP vragen verder of het kan voorkomen dat de rechter-commissaris in het faillissement op een later tijdstip als (zittings-)rechter moet beslissen op een vordering/verzoek tot een bestuursverbod van een curator in een hetzelfde faillissement. Zij zouden dit ongewenst achten.

De regering deelt de mening van de leden van de SP-fractie. Ook wat haar betreft is het onwenselijk dat een rechter, die aanvankelijk toezicht heeft gehouden op de afwikkeling van een faillissement, nadien deel uitmaakt

¹ Vgl. o.m. EHRM 26 april 1979, *The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk* (appl. Mo. 6538/74), par. 49 en EHRM 17 december 2009, *Gardel/Frankrijk* (appl. No. 16428/05), paras. 62–70.

van het rechterlijk college dat zich moet uitspreken over een vordering tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod. Het is een zaak van iedere rechtbank om hieraan vorm te geven.

De leden van de fractie van de SP vragen voorts of de fiscale geheimhoudingsplicht de voorziene levering van onherroepelijke opgelegde boeten wegens bepaalde vergrijpen door de Belastingdienst aan de curator of het OM doorkruist.

Doordat een wettelijk voorschrift, namelijk het voorgestelde artikel 106a, derde lid, Fw, tot bekendmaking van deze gegevens verplicht als het openbaar ministerie of de curator daarom verzoekt, is op grond van artikel 67, tweede lid, onderdeel a, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen geen sprake van doorkruising van de fiscale geheimhoudingsplicht.

De leden van de SP-fractie vragen in verband hiermee of is nagedacht over een actievare rol van de Belastingdienst door het spontaan verstrekken van informatie over fiscale vergrijpboetes aan de curator of het OM in geval van faillissement.

Vanwege de wettelijke plicht van de Belastingdienst om de betrokken gegevens te verstrekken als het openbaar ministerie of de curator daarom verzoekt, wordt een verdergaande regeling niet nodig geacht.

De leden van de SP vragen ook of is stilgestaan bij de mogelijkheid dat ook de Belastingdienst een verzoek kan doen tot oplegging van een bestuursverbod.

Formeel is de mogelijkheid daartoe nu alleen voorbehouden aan de curator en het openbaar ministerie (artikel 106a Fw). De Belastingdienst kan echter, als schuldeiser, in overleg treden met de curator als de Belastingdienst het wenselijk acht dat oplegging van een bestuursverbod wordt gevorderd. Ziet de curator daarvan af, dan kan de Belastingdienst zich op grond van artikel 69 Faillissementswet tot de rechter-commissaris wenden. Na de curator gehoord te hebben, beslist de rechter-commissaris of de curator al dan niet de opdracht krijgt om een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen. Deze mogelijkheid is niet exclusief voorbehouden aan de Belastingdienst, maar staat op zich ter beschikking van alle crediteuren (Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 4).

Voorts vragen de leden van de fractie van de SP hoe vorm wordt gegeven aan het toezicht op de naleving van het bestuursverbod.

Het toezicht op de naleving van het bestuursverbod krijgt allereerst vorm via de notaris en de Kamer van Koophandel. Zij mogen niet meewerken aan de oprichting en inschrijving van een rechtspersoon waarin een bestuurder wordt benoemd die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen. Ook moet de Kamer van Koophandel onherroepelijk opgelegde bestuursverboden in een openbaar register opnemen, en betrokkene als bestuurder en, in voorkomend geval, commissaris in het Handelsregister doorhalen. Ook de openbaarheid van het register met bestuursverboden en de daaraan inherente transparantie in het handelsverkeer voor marktpartijen dragen aan de handhaving bij. Ten slotte kan de rechter voorzien in sanctionering van het bestuursverbod via oplegging van een dwangsom (vgl. m.n. artikel 106b leden 3 en 5 Fw). Naar het oordeel van de regering is de handhaving van het bestuursverbod met dit samenstel van maatregelen adequaat verzekerd.

Ten slotte vragen de leden van de fractie van de SP naar de mogelijkheden om een dwangsom te gelde te maken bij overtreding van een bestuursverbod. Moet het openbaar ministerie, zo vragen zij, hiervoor een verzoek indienen bij de rechtbank, of zijn andere partijen, zoals de Kamer van Koophandel, aan zet?

Op grond van het voorgestelde artikel 106b lid 5 Fw komt een dwangsom die wordt verbeurd toe aan de boedel of, als daarvan geen sprake is, aan de staat. Het boedelbelang staat uiteraard voorop; de staat komt slechts in beeld als een dwangsom wordt verbeurd (geruime tijd) nadat de boedel is afgewikkeld. Het betreft hier een civielrechtelijke dwangsom, waarvoor de artikelen 611a e.v. Wetboek van rechtsvordering gelden. Inherent aan de formulering van artikel 106b lid 5 Fw is dat betaling van een dwangsom kan worden gevorderd door de curator ofwel, in voorkomend geval, de Staat. Een dwangsom verjaart zes maanden na de dag waarop zij verbeurd is (artikel 611g Wetboek van Rechtsvordering).

De Minister van Veiligheid en Justitie,
G.A. van der Steur