

Vergaderjaar 2015–2016

34 011

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

B

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 27 november 2015

1. Algemeen

Met instemming heb ik kennis genomen van de positieve grondhouding van de aan het woord zijnde fracties van VVD, CDA, SP en PvdA, zij het dat met name de SP-fractie ook blijk geeft van enige zorg. Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om de gestelde vragen te beantwoorden en om op de gemaakte opmerkingen te reageren, 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 vragen op welke wijze dit wetsvoorstel bijdraagt aan het voorkomen van, zoals zij het noemen, zogenaamde «kerstboomstructuren», dat wil samengevat zeggen vennootschapsrechtelijke structuren waarbij bestuurders hun feitelijke invloed houden zonder formeel bestuurder te zijn.

Met de leden van de VVD-fractie ben ik van mening dat zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat bestuurders zich via gekunstelde constructies aan hun verantwoordelijkheden, en daarmee ook aan de mogelijkheid van oplegging van een bestuursverbod kunnen onttrekken. Daarom bepaalt het voorgestelde artikel 106d lid 1 Faillissementswet (Fw) dat, voor de toepassing van het bestuursverbod en de gevolgen daarvan, als bestuurder tevens degene wordt aangemerkt degene die het beleid van een rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Met andere woorden: niet alleen een statutair bestuurder, maar ook een feitelijk bestuurder riskeert een civielrechtelijk bestuursverbod bij apert wanbeleid (vgl. ook de artikelen 2:138 lid 7 en 248 lid 7 BW). Deze gelijkstelling tussen statutair en feitelijk bestuurder betekent tevens dat een bestuursverbod kan meebrengen dat iemand ook geen feitelijk bestuurder meer mag worden. Juist voor dit geval kan de mogelijkheid om de naleving van een bestuursverbod via een dwangsom af te dwingen uitkomst bieden (artikel 106b lid 5 Fw). Daarnaast kan hij bij wanbeleid persoonlijk aansprakelijk zijn wegens onrechtmatige daad

(artikel 6:162 BW). Het wetsvoorstel staat als zodanig niet in de weg aan de keuze voor bepaalde vennootschapsrechtelijke structuren, maar beoogt met de combinatie van een dwangsom met het risico op persoonlijke aansprakelijkheid wel te voorkomen dat een (feitelijk) bestuurder zich aan de oplegging van een eventueel bestuursverbod kan onttrekken.

De leden van de VVD-fractie vragen of niet alleen de rechtspersoon of rechtspersonen waar iemand bestuurder en/of commissaris is worden gehoord als de oplegging van een bestuursverbod wordt gevorderd (artikel 106c lid 2 Fw), maar ook de betrokken bestuurder zelf, mede gelet op het belang van het beginsel van hoor en wederhoor.

Met de leden van de VVD-fractie onderschrijft de regering het fundamentele belang van het beginsel van hoor en wederhoor, dat een hoeksteen vormt van een adequate en rechtvaardige procesgang en daarom is verankerd in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In casu wordt dit beginsel gerespecteerd doordat de vordering of het verzoek tot oplegging van een bestuursverbod wordt ingesteld tegen de betrokken (statutaire of feitelijke) bestuurder. Het is een civiele actie op tegenspraak, waarin de betrokken bestuurder als gedaagde, zowel in eerste aanleg als eventueel in hoger beroep, alle gelegenheid krijgt om verweer te voeren. Het beginsel van hoor en wederhoor vormt daarvan een essentieel element. In zoverre verschilt de actie tot oplegging van een bestuursverbod ook niet van, bijvoorbeeld, de vordering tot vaststelling van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek (BW). Ik meen daarom dat artikel 6 EVRM met dit wetsvoorstel zonder meer wordt gerespecteerd. De aan het woord zijnde leden constateren dat het bestuursverbod zich niet uitstrekt tot publiekrechtelijke rechtspersonen en toezichthoudende functies zoals die van een raad van toezicht bij een stichting of een zelfstandig bestuursorgaan, en vragen de regering naar de reden daarvoor.

Allereerst zij opgemerkt dat de ingrijpendheid van een bestuursverbod, het private karakter en de faillissementsgerelateerde omstandigheden waarin het kan worden opgelegd zich niet verdragen met een uitbrekking tot publiekrechtelijke rechtspersonen (artikel 2:1 BW) of zelfstandige bestuursorganen. Voor bijvoorbeeld provincies, gemeenten en waterschappen evenals voor zelfstandige bestuursorganen geldt voorts een eigen en beproefd stelsel van politieke, bestuurlijke en democratische controle. Ook zijn er goede gronden om het bestuursverbod niet aan toezichthoudende commissarissen op te leggen, maar te beperken tot statutair en feitelijk bestuurders. Allereerst bestaan er kenmerkende verschillen tussen de positie van de bestuurder, die vaak de dagelijkse leiding over een vennootschap heeft, en de vanwege zijn toezichtfunctie meer op afstand staande commissaris. Dit wetsvoorstel is een instrument bij de bestrijding van faillissementsfraude door bestuurders, die zich kunnen hullen in het kleed van een rechtspersoon om zich aan de persoonlijke aansprakelijkheid te onttrekken. Zij maken, ten slotte, vaak gebruik van rechtsvormen waarbij geen raad van commissarissen is ingesteld. Vennootschappen met een raad van commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders zijn bovendien vaak groter dan vennootschappen met louter een bestuur. In deze grotere vennootschappen is het aandelenbezit doorgaans meer verspreid, waardoor er vanuit de aandeelhouders ook meer controle op commissarissen zal zijn. Als ervaring is opgedaan met zowel dit wetsvoorstel als straks de nieuwe Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, zal nader worden bezien of er bij commissarissen een verantwoordingslacune is die gedicht moet worden.

De leden van de CDA-fractie vragen waarom het bestuursverbod niet geldt voor het uitoefenen van een eenmanszaak of het functioneren als

een vennoot c.q. het zijn van bestuurder van een buitenlandse vennootschap, zoals een LTD of een LLP opgericht naar het recht van Engeland en Wales.

Het bestuursverbod ziet niet op iemand die een eenmanszaak drijft, omdat een eenmanszaak geen bestuurders kent en betrokkene bovendien persoonlijk aansprakelijk is voor de ontstane schulden. Er bestaat, met andere woorden, niet het risico dat iemand met malafide intenties zich hult in het kleed van een rechtspersoon juist om zich aan die persoonlijke aansprakelijkheid te onttrekken. Een in Nederland opgelegd bestuursverbod staat er niet aan in de weg dat iemand alsnog bestuurder van een elders in de Europese Unie opgerichte rechtspersoon wordt omdat er, bij de huidige stand van het Europese integratieproces, geen sprake is van de automatische wederzijdse erkenning van bestuursverboden. Het is aan iedere EU-lidstaat zelf voorbehouden om te bepalen onder welke voorwaarden iemand al dan niet bestuurder van een rechtspersoon kan worden. Dat laat onverlet, en de leden van de fractie van het CDA duiden daar terecht op, dat er aan het bestuursverbod ook grensoverschrijdende aspecten kunnen kleven. Nederland heeft daar in de onderhandelingen over een nieuwe Europese insolventieverordening over de afwikkeling van grensoverschrijdende faillissementen nadrukkelijk en herhaaldelijk aandacht voor gevraagd. Dat heeft ertoe geleid dat de Commissie zich heeft verplicht om voor 1 januari 2016 de uitkomsten van een studie te presenteren naar de grensoverschrijdende aspecten van bestuursverboden (artikel 90 lid 3 van Verordening nr. 2015/848 van 20 mei 2015, PbEU L 141/19). Het parlement zal hierover op de gebruikelijke wijze worden geïnformeerd.

Ten aanzien van de vraag van de leden van de CDA-fractie waarom een bestuursverbod niet tevens tegen commissarissen kan worden gevorderd zij korthedshalve verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt in reactie op dezelfde vraag van de leden van de VVD-fractie.

3. Handhaving

De leden van de CDA-fractie vragen of er voldoende capaciteit is voor de handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod.

Handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod geschiedt doordat opgelegde bestuursverboden leiden tot doorhalingen van registratie als bevoegd bestuurder in het Handelsregister. De Kamer van Koophandel noch een notaris zal medewerking verlenen aan de oprichting dan wel de inschrijving van nieuwe rechtspersonen met iemand voor wie een bestuursverbod geldt als bestuurder of commissaris. Onherroepelijk geworden bestuursverboden zullen bovendien worden opgenomen in een openbaar raadpleegbare lijst bij de Kamer van Koophandel. Gedurende de duur van het verbod zal de betrokkene door de Kamer van Koophandel worden geweigerd wanneer hij zich opnieuw wil inschrijven als bestuurder. De in het Handelsregisterbesluit 2008 opgenomen weigeringsgronden voor inschrijving zullen daartoe worden aangepast. Om ook tegen de voortzetting van gewraakte bedrijfsactiviteiten op te kunnen treden, mocht iemand een bestuursverbod via feitelijk leiderschap willen omzeilen, maakt dit wetsvoorstel het mogelijk om zo nodig een dwangsom op te kunnen leggen (artikel 106b, lid 5 Fw).

Voorts vragen deze leden hoe de regering staat tegenover de in de literatuur wel bepleite invoering van een Nationale Fraude Autoriteit. De regering onderschrijft het belang van coördinatie van het antifraudebeleid, omdat fraude een fenomeen is dat zich in uiteenlopende vormen en op vele terreinen voordoet. Dit vereist samenwerking van diensten op het operationele vlak, maar vraagt ook om afstemming bij het treffen van maatregelen door verschillende bewindslieden. Hiertoe heeft het kabinet een ministeriële commissie ingericht. Het kabinet heeft aangegeven geen meerwaarde te verwachten van de instelling van een Nationale Fraude

Autoriteit (Kamerstukken II 2014/15, 17 050, nr. 491). De doorzettingsmacht van één partij is niet verenigbaar met de ministeriële verantwoordelijkheid die ons bestel kenmerkt.

De leden van de fractie van de SP refereren uitvoerig aan de inbreng van het Openbaar Ministerie tijdens de consultatie en de afspraak die de regering met het OM heeft gemaakt om de eerste twee jaar na inwerking-treding van de wet te monitoren of er al dan niet additionele middelen voor het OM nodig zijn. Ook merken zij op dat de financiering van de curatoren nog niet is geregeld. Gelet hierop vragen zij of de regering met hen van mening is dat er geen nieuwe wetgeving moet komen waarvan bij voorbaat bekend is dat er geen uitvoering aan kan worden gegeven. Met de betrokken leden is de regering uiteraard van mening dat er geen wetgeving tot stand moet worden gebracht die, om welke reden dan ook, niet uitvoerbaar is. Tegelijk betwist zij echter dat hiervan in casu sprake is. In naar verwachting de meeste gevallen zal de vordering van een bestuursverbod door de curator als nevenvordering kunnen meelopen bij een actie wegens bestuurdersaansprakelijkheid (artikelen 2:138 en 2:248 BW). In die gevallen zullen de extra kosten van een verzoek tot oplegging van een bestuursverbod, als de rechter-commissaris daartoe verlof heeft verleend (artikel 68 Fw), naar verwachting zeer gering, zo niet verwaarloosbaar, zijn. Omdat ook crediteuren belang kunnen hebben bij de oplegging ervan, is het niet onredelijk om deze bescheiden meerkosten ten laste van een batige boedel te brengen (Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 12/13). Mochten er in de praktijk onverhoopt problemen ontstaan bij het instellen van deze vorderingen, dan zal de regering die, met inachtneming van de beoogde kostendeckendheid, betrekken bij de aanpassing van de Garantstellingsregeling curatoren 2012 aan het kabinetsbeleid voor garantstellingsregelingen, waaraan op dit moment wordt gewerkt. Uiteraard zal in overleg met de Vereniging van Insolventieadvocaten (Insolad) worden gezien waar eventuele knelpunten kunnen liggen (Handelingen Tweede Kamer, 17 juni 2015, 97-6-12/13). Ook ten aanzien van het OM heeft de regering aangegeven eerst aan te willen zien hoe het bestuursverbod in de praktijk uitwerkt. Daarbij speelt met name een rol dat het in de praktijk vooral de curator zal zijn die een bestuursverbod vordert. Er zijn met name twee gronden voor het verzoek tot oplegging van een bestuursverbod waarbij een rol van het OM voor de hand ligt: het bestaan van repeterende faillissementen of van fiscale vergrijpboetes (artikel 106a lid 1 onderdelen d en e Fw). In beide gevallen gaat het om op zich eenvoudig te bewijzen situaties, waarin het algemeen belang in het geding is. Specifieke onderzoeksbevoegdheden heeft het OM daarvoor niet nodig. Raadpleging van het faillissementsregister (bij verdenking van repeterende faillissementen) of een beroep op de plicht van de fiscus om desgevraagd informatie over eventuele vergrijpboetes te verstrekken (artikel 106a lid 3 Fw) zal dan normaal gesproken kunnen volstaan. Omdat het om relatief eenvoudige zaken gaat, is voor de toepassing van die gronden specifieke expertiseopbouw bij het OM niet nodig. Gelet hierop voorziet de regering op dit moment ook geen capaciteitsproblemen bij het OM. Bij de evaluatie na twee jaar zal, zo is met het OM na de consultatie afgesproken, worden gezien of al dan niet additionele middelen nodig zijn. Bij dit alles zij, ten slotte, opgemerkt dat dit wetsvoorstel een bevoegdheid tot vordering van een bestuursverbod aan de curator en het OM geeft. Het is aan hen om hiervan in het individuele geval al dan niet gebruik te maken. Het is daarom geen vanzelfsprekendheid dat iedere verruiming van het instrumentarium om faillissementsfraude te kunnen bestrijden automatisch leidt tot een verhoging van de beschikbare middelen. De introductie van nieuwe bevoegdheden verruimt het scala aan denkbare interventies bij fraudebestrijding, maar zal ook nopen tot een bewuste afweging ten aanzien van

de vraag welke interventie wanneer het meest effectief is en de grootste impact heeft.

De aan het woord zijnde leden merken op dat dit wetsvoorstel bij gebreke aan extra middelen geen preventieve werking met betrekking tot de fraudebestrijding zal kunnen hebben, waardoor afbreuk wordt gedaan aan het vertrouwen van de samenleving in de rechtsstaat. Zij verzoeken om een reactie hierop.

In het voorgaande ligt besloten dat de regering deze mening niet deelt. Integendeel, de grote meerwaarde van de mogelijkheid tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod ligt in het feit dat daarmee faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement effectiever kunnen worden bestreden dan met de nu bestaande sancties en dat kan worden voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten. Voorts blijkt uit een door het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen in samenwerking met Clifford Chance Amsterdam onder leiding van mr. R.G.J. Nowak verricht rechtsvergelijkend onderzoek dat in ieder geval elf andere EU-lidstaten enigerlei vorm van bestuursverbod kennen. Nederland wil daarbij niet achterblijven.

4. Registratie van bestuursverboden

De leden van de VVD-fractie vragen hoe ervoor wordt gezorgd dat de registratie van een opgelegd bestuursverbod na maximaal vijf jaar wordt beëindigd, en wie dat op welke gronden en volgens welke procedure doet. Bestuursverboden worden tijdelijk, voor de duur waarvoor zij zijn opgelegd en op aangeven van de griffie, door de Kamer van Koophandel bij het Handelsregister geregistreerd (artikel 106b lid 3 Fw). Bijgevolg wordt de openbare registratie door de Kamer van Koophandel direct beëindigd na ommekomst van deze periode; dus op grond van tijdsverloop op grond van een daartoe opgesteld ict-ontwerp.

Verder vragen de leden van de VVD-fractie of ook bij het bestuursverbod de gegevenshistorie wordt vastgelegd, waardoor bijvoorbeeld na tien jaar nog kan worden nagegaan dat een bestuurder in het verleden een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen.

Doorhaling in het Handelsregister geschiedt zonder aantekening dat een bestuurder uitgeschreven is in verband met een gerechtelijke uitspraak. Dit komt overeen met de thans gangbare praktijk voor doorhalingen in het Handelsregister indien een rechtbank heeft besloten tot ontslag van een stichtingsbestuurder of als sprake is van een vonnis waarin sprake is van onder curatele stelling. Dit doet recht aan het feit dat de sanctie de persoon betreft en niet de vennootschap waarin hij werkzaam was. Ook leidt het bestuursverbod, tenzij de rechter anders beslist, tot uitschrijving van de bestuurder bij andere vennootschappen die niet in het faillissement betrokken zijn, maar wel worden geraakt door oplegging van het verbod aan de betreffende bestuurder. Het gaat te ver om deze vennootschappen te belasten met een melding in het Handelsregister. De primaire bron van informatie over bestuursverboden is zodoende de openbare lijst. De vermelding van het bestuursverbod hierop vervalt zodra de door de rechter bepaalde termijn is bereikt. Vermeldingen van opgelegde verboden zijn na de vervaldatum niet meer openbaar raadpleegbaar. Er is geen dwingende reden om dergelijke informatie ook na de duur van het verbod openbaar raadpleegbaar te houden. Voor bepaalde publieke instanties, zoals Justis in het kader van het doorlopend toezicht op rechtspersonen, vormt een opgelegd bestuursverbod tijdens, maar ook na het verstrijken van het verbod, een relevant gegeven voor risico-inschatting. Voor dat doel zullen historische gegevens over bestuursverboden beschikbaar blijven.

Ook vragen de leden van de VVD-fractie wanneer een wijziging van het Handelsregisterbesluit is voorzien, en of daarvoor een voorafgaande wijziging van de Handelsregisterwet vereist is. Wat is, zo vragen de leden van de VVD-fractie verder, een realistische tijdsplanning voor aanpassing van de Handelsregisterwet aan dit wetsvoorstel?

De benodigde wijziging van het Handelsregisterbesluit veronderstelt inderdaad een wijziging van de huidige delegatiegrondslag in de Handelsregisterwet. Het voornemen is om de registratie van het bestuursverbod en de aspecten die daarmee samenhangen op te nemen in de wijziging van de Handelsregisterwet die in 2015 voor internetconsultatie is aangeboden. De inzet is om het wetsvoorstel nog dit jaar aan de Raad van State voor advies voor te leggen. Zodra de indiening bij uw Kamer een feit is, zal ook de corresponderende wijziging van het Handelsregisterbesluit worden voorbereid.

De leden van de fractie van de VVD merken verder op dat in de genoemde brief van 7 juli 2015 ook wordt verwezen naar de mogelijke instelling van een zogenaamd UBO-register, waarbij UBO staat voor *ultimate beneficial owner* (uiteindelijk belanghebbende). Is het, aldus deze leden, realistisch dat het UBO-register er op korte termijn komt en hoeveel tijd zal daarmee gepaard gaan?

Het staat vast dat het UBO-register er moet komen. De vierde anti-witwasrichtlijn schrijft voor dat deze richtlijn per juni 2017 moet zijn omgezet in nationaal recht. Daartoe behoort ook de invoering van het UBO-register.¹

De leden van de PvdA-fractie vragen of de registratie van een bestuursverbod volledig openbaar is en derhalve door een ieder is te raadplegen. Dat zal inderdaad het geval zijn. Nederland sluit daarmee aan bij hetgeen in het Verenigd Koninkrijk al lange tijd goed gebruik is (vgl. <https://www.gov.uk/search-the-register-of-disqualified-company-directors>). Met deze transparantie wordt maximale efficiency van het bestuursverbod in combinatie met een effectieve bijdrage aan de eerlijkheid van het handelsverkeer gewaarborgd.

Vanwege deze beoogde openbaarheid verzoeken de leden van de PvdA-fractie de regering aan te geven waarom zij meent dat een zo breed toegankelijke registratie proportioneel is.

De openbare registratie van een bestuursverbod dient een scala aan zwaarwegende algemene belangen, waaronder transparantie, de effectieve handhaving van het bestuursverbod, de bestrijding van faillissementsfraude, de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en de eerlijkheid in het handelsverkeer. Daarmee is de doelbinding bij de verwerking van persoonsgegevens, als bedoeld in artikel 7 van de Wet bescherming persoonsgegevens, gegeven en verzekerd. Ook de proportionaliteit is verzekerd. Het bestuursverbod zal slechts centraal raadpleegbaar zijn voor de duur waarvoor het is opgelegd. Daarmee is de registratie per definitie tijdelijk. Voorwaarde is verder dat de uitspraak houdende oplegging van een bestuursverbod onherroepelijk moet zijn. Daarmee wordt voorkomen 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. Ten slotte is de duur van een eventueel op te leggen bestuursverbod gemaximeerd op vijf jaar. Daarmee zijn levenslange of excessieve verboden uitgesloten. Gelet hierop zijn er legitieme en zwaarwegende redenen die de openbare registratie van bestuursverboden rechtvaardigen, terwijl aan de eis van proportionaliteit is voldaan doordat het verbod gemaximeerd is op vijf jaar, de registratie tijdelijk is, namelijk voor de duur van het verbod, en is beperkt tot die gevallen waarin het betrokken vonnis onherroepelijk is geworden (Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 3, par. 6).

¹ Richtlijn nr. 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015, PBEU L 141/73.

De leden van de fractie van de PvdA vragen verder of de betreffende registratie kan worden gezien als een verwerking van bijzondere persoonsgegevens als bedoeld in artikel 16 Wet bescherming persoonsgegevens en, zo ja, op grond waarvan de regering meent dat het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken in dit geval niet van toepassing is.

In reactie zij opgemerkt dat het bij de registratie van bestuursverboden weliswaar gaat om een verwerking van persoonsgegevens, maar niet om een verwerking van strafrechtelijke of andere bijzondere persoonsgegevens, nu die limitatief staan opgesomd in artikel 16 Wet bescherming persoonsgegevens. Het civielrechtelijk bestuursverbod hoort daar niet toe. Dat laat onverlet dat het de regering om redenen verband houdend met de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer dienstig voorkomt om de registratie van bestuursverboden een passend wettelijk kader te geven. Daartoe is een wijziging van de Handelsregisterwet en het Handelsregisterbesluit aangekondigd, waarbij uiteraard ook het College bescherming persoonsgegevens zal worden betrokken (Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 7).

Hierbij aansluitend vragen de aan het woord zijnde leden waarom dit wetsvoorstel niet voor advies is voorgelegd aan het College bescherming persoonsgegevens, althans waarom geen advies van het College bescherming persoonsgegevens is verkregen en waarom de regering het daarbij heeft gelaten.

Tijdens de consultatiefase is een voorontwerp van dit wetsvoorstel voor advies voorgelegd aan het College bescherming persoonsgegevens. Het College heeft bij brief van 4 juni 2013 laten weten geen advies te willen uitbrengen over een voorontwerp dat voorwerp van internetconsultatie is. De regering is het, anders dan de leden van de fractie van de PvdA kennelijk menen, niet van plan het hierbij te laten. Daarom heeft zij, zoals aangegeven, aangekondigd om het College andermaal te betrekken, namelijk bij de voorbereiding van de benodigde wijziging van de Handelsregisterwet en het Handelsregisterbesluit.

Ten slotte vragen de leden van de fractie van de PvdA naar de inhoud en de stand van zaken van de voorgenomen wijziging van de Handelsregisterwet. Voorts vragen zij of er ook zaken betreffende de registratie van bestuursverboden nader bij of krachtens algemene maatregel van bestuur zullen worden geregeld en zo ja, welke dat zijn.

Kortheidshalve zij verwezen naar de hiervoor gegeven antwoorden op vergelijkbare vragen van leden van de fractie van de VVD. Ten aanzien van de vraag welke aspecten uiteindelijk in het Handelsregisterbesluit geregeld zullen gaan worden zij opgemerkt dat dit mede afhangt van de uitkomsten van het aangekondigde overleg hierover met het College bescherming persoonsgegevens.

5. Belangrijkste aandachtspunten uit de consultatie

Onder verwijzing naar de inbreng in de consultatie van, met name, VNO-NCW, MKB-Nederland en de adviescommissies van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie (KNB), vragen de leden van de fractie van de VVD of de regering kan aangeven hoe dit wetsvoorstel recht doet aan artikel 6 EVRM, in het bijzonder waar het gaat om de daarin besloten liggende waarborgen van een eerlijk proces, *equality of arms* alsmede hoor en wederhoor.

Terecht merken de aan het woord zijnde leden op dat deze elementaire rechtsbeginselen, die inherent zijn aan artikel 6 EVRM, niet alleen gelden in het strafrecht, maar eveneens in het bestuurs- en het civiele recht. De regering meent dat dit wetsvoorstel deze beginselen ten volle respecteert. De eventuele oplegging van een bestuursverbod geschiedt op vordering van de curator of op verzoek van het OM in een civiele procedure, met de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie. Naar het oordeel van de

regering staat buiten kijf dat onze civiele procedure(s), die op tegenspraak worden gevoerd, voldoen aan het fundamentele beginsel van een eerlijk proces. Hoor en wederhoor zijn daarin ook gegarandeerd. De betrokken bestuurder kan, als gedaagde, zowel in eerste aanleg als in een eventueel hoger beroep alle argumenten en bewijsmiddelen inroepen om zich te verweren, en daartoe zonedig ook getuigen en/of deskundigen laten oproepen. Uiteraard kan hij zich ook laten bijstaan door een advocaat. In dit alles ligt tevens besloten dat voldaan is aan het beginsel van *equality of arms*. Ten slotte zij nog opgemerkt dat de gedaagde bestuurder in rechte de bescherming van de in het EVRM verankerde grondrechten kan inroepen. De eventuele oplegging van een bestuursverbod vindt dan ook plaats in een procedure die voldoet aan de onder artikel 6, eerste lid, EVRM, vereiste waarborgen.

De aan het woord zijnde leden vragen voorts hoe de samenhang en consistentie met de wetsvoorstellen herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (33 994) en versterking positie curator (34 253) wordt geborgd. Onder verwijzing naar de programmastructuur van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht vragen zij voorts naar de voortgang en resultaten, en wensen zij te vernemen hoe het verband tussen de in dat kader ontwikkelde voorstellen inzichtelijk wordt gemaakt. De gemeenschappelijke noemer van dit wetsvoorstel en het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude is dat ze beide voorzien in een versterking van het instrumentarium ter bestrijding van faillissementsfraude. Dat vergt inderdaad een nauwe afstemming, die onder meer is gevonden in de permanente uitwisseling binnen de programmastructuur, de consultatie van externe deskundigen, nadrukkelijke aandacht voor de vraag of in de consultatie en advisering door de Raad van State van ongerijmdheden of innerlijke tegenstrijdigheden is gebleken, alsmede in de gelijktijdige behandeling van beide wetsvoorstellen in het parlementaire traject. Op basis van de aldus opgedane ervaring en langs dezelfde procedurele lijnen is het wetsvoorstel versterking positie curator opgesteld en uitgewerkt. De kans op ongerijmdheden of inconsistenties met de beide andere wetsvoorstellen acht de regering heel klein, zo niet verwaarloosbaar, omdat het wetsvoorstel niet voorziet in uitbreiding van het instrumentarium voor fraudebestrijding, maar veeleer een procedureel kader schept voor een meer algemene fraudesignalerende taak van de curator. Om de voortgang van het programma, de inhoud en de samenhang tussen de wetsvoorstellen zo goed mogelijk weer te geven en te verantwoorden, heeft de regering sinds de start van de programma de Tweede Kamer via halfjaarlijkse voortgangsrapportages geïnformeerd. Korthedshalve zij verwezen naar de vijfde voortgangsbrief van 7 juli 2015 (Kamerstukken II 2014/15, 33 695, nr. 8).

II. ARTIKELSGEWIJS

Artikel 1

Artikel 106a, eerste lid, onderdeel d, Faillissementswet

De leden van de fractie van de VVD vragen hoe het criterium «persoonlijk verwijt» moet worden opgevat als een bestuurder een bestuursverbod opgelegd krijgt in het in artikel 106a lid 1 onderdeel d FW bedoelde geval van repeterende faillissementen – i.e. minstens driemaal in drie jaar – waarvan hem een persoonlijk verwijt treft.

Lang niet ieder faillissement, zelfs niet als het gaat om drie faillissementen binnen een relatief korte periode van drie jaar, getuigt per definitie van onbehoorlijk bestuur. In de consultatie is daarop van verschillende kanten, zoals door Holland Quaestor, de NOvA, de KNB, VNO-NCW en MKB-Nederland, terecht gewezen. Gevallen waarin het huidige of eerdere faillissementen zijn te wijten aan bijvoorbeeld externe marktomstandig-

heden of een ongelukkige samenloop van omstandigheden, zoals het faillissement van een essentiële toeleverancier, komen normaal gesproken niet in aanmerking voor een bestuursverbod. De betrokken bestuurder kan zich dan disculperen met een beroep op het feit dat hem ter zake van de faillissementsrecidive geen «persoonlijk verwijt» treft. Dit criterium laat de rechter de vrijheid om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Te denken valt aan een faillissement van meerdere cliëntvennootschappen die door een trustkantoor worden beheerd, het feit dat iemand als interim-manager wordt geconfronteerd met meerdere faillissementen binnen korte tijd of het geval waarin in één keer of zeer kort achtereenvolgend een concern van onderling verbonden rechtspersonen failliet gaat. In lang niet al deze gevallen zal het louter repetitieve of samenhangende karakter van deze faillissementen meebrengen dat de betrokken bestuurder een «persoonlijk verwijt» treft. Het criterium «persoonlijk verwijt» heeft nog bijzondere betekenis waar het gaat om het functioneren van tijdelijke bestuurders, benoemd door de Ondernemingskamer overeenkomstig artikel 2:349a lid 2 of artikel 2:356 onderdeel c BW. Juist zij worden vaak benoemd bij vennootschappen met (grote) financiële problemen, waarbij er een gerede kans bestaat dat deze uiteindelijk alsnog failliet gaan. Hoewel ook van tijdelijke en door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders een zorgvuldig bestuur mag worden verwacht, moet tegelijk worden voorkomen dat zij onbedoeld een bijzonder risico lopen dat inherent is aan het feit dat zij vaak bij noodlijdende bedrijven worden benoemd, waardoor het voor de Ondernemingskamer moeilijk(er) zou worden om tijdelijke bestuurders te vinden. Daarom mag worden verwacht dat de rechter bij de beoordeling van een vordering tot een bestuursverbod wegens een repeterend faillissement terdege rekening zal houden met de omstandigheid dat een bestuurder tijdelijk door de Ondernemingskamer is benoemd. Dat sluit ook aan bij andere bijzondere regelingen die voor deze tijdelijke bestuurders zijn getroffen (vgl. m.n. de artikelen 2:357 lid 6 en 2:142a lid 2 onderdeel e BW).

Artikel 106d Faillissementswet

De leden van de fractie van de VVD vragen hoe, ondanks het feit dat het wetsvoorstel in artikel 106b, vijfde lid, Fw de rechter de mogelijkheid geeft om ter verzekering van een bestuursverbod een dwangsom op te leggen, in de praktijk kan worden gecontroleerd dat personen die het beleid bepalen desondanks toch (gaan) functioneren als feitelijke bestuurders. Art. 106d lid 1 Fw voorziet in een gelijkstelling tussen statutair en feitelijk bestuurder, waardoor een bestuursverbod kan meebrengen dat iemand, naast statutair bestuurder, ook geen feitelijk bestuurder meer mag worden. Daarmee wordt bereikt, wat ook in de doctrine en consultatie is geopperd, namelijk dat moet worden voorkomen dat iemand met een bestuursverbod feitelijk leiding gaat geven aan een rechtspersoon. Naleving hiervan kan niet alleen worden afgedwongen door het opleggen van een dwangsom, maar ook via persoonlijke aansprakelijkheid van de betrokken feitelijk bestuurder (Kamerstukken II 2013/14, nr. 3, p. 29 e.v.). Terecht vragen de aan het woord zijnde leden hoe dit kan worden gecontroleerd. Dat hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. Feitelijk bestuurderschap kent vele facetten en nuances. Het is daarom niet in z'n algemeenheid te zeggen of er al dan niet sprake is van een feitelijk beleidsbepaler. Daarom zijn in de schriftelijke stukken ter illustratie de nodige feiten en omstandigheden geschetst die daarbij een rol kunnen spelen, waarbij ook aandacht is besteed aan handelen krachtens volmacht, een adviseurschap en het aandeelhouderschap (vgl. ook Kamerstukken II 2014/15, nr. 6, p. 23/24). Niet zelden zullen de curator en het OM zijn aangewezen op signalen van derden, zoals (andere) aandeelhouders, handelspartners of (vroegere) schuldeisers. Bij de toepassing

van art. 106d Fw zijn bewijsproblemen inderdaad niet ondenkbaar. Dat mag echter geen rechtvaardiging vormen om de mogelijkheid tot omzeiling van het bestuursverbod via de weg van het feitelijk bestuurderschap maar open te laten. Om die reden niet doen is geen optie.

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