

Reactie op consultatie Wetsontwerp Civiel Bestuursverbod

Auteur: G.J.J.M. Inden

Amsterdam, 19 april 2013

Voorwoord

Volgens de faillissementswet kunnen faillissementen bij de rechtbank worden aangevraagd door de schuldenaar(s), de schuldeiser(s) of door het Openbaar Ministerie (de overheid).

Door de rechter wordt een curator of curatrice benoemd die in eerste instantie de belangen van de (gezamenlijke) schuldeisers behartigt. Het individuele belang van de schuldeiser(s) is vaak niet hetzelfde als het algemeen belang (van ons allemaal). In een faillissementsverslag moet een curator nu al vermelden of er mogelijk sprake is van (frauduleus) wanbeheer. Een scherp antwoord op deze vraag wordt vaak niet gegeven, omdat er bij een gemiddeld faillissement geen tijd, geld of het specialisme aanwezig is om dat grondig te onderzoeken. "Walk your talk" : het zou toch efficiënter en effectiever zijn als de overheid dat zelf doet. Een rechter-commissaris zou bijvoorbeeld opdracht kunnen geven aan een justitiële specialist, die vervolgens aan de rechtbank rapporteert.

De Kamer van Koophandel ontbindt in verhouding meer rechtspersonen dan het aantal rechtspersonen dat via een faillissementsaanvraag van het OM worden ontbonden. Je vraagt je af of het openbaar belang bij de faillissementen dan ook gering is. Maar dat is niet zo. De schade voor ons allemaal bedraagt vele miljoenen. Intraval, heeft in 2010 in een onderzoeksrapport*1 vermeld, wie de stakeholders zijn bij de bestrijding van faillissementsfraude (horizontale fraude). Mijn vraag is waarom in het wetsontwerp geen rol is opgenomen voor de landelijke koepelorganisaties. Vanuit het veld ontvangen deze organisaties signalen van mogelijke georganiseerde fraude(s). Deze signalen worden gebundeld. De rechter zou de informatiepositie van deze landelijke belangenbehartigers kunnen betrekken bij de voorwaarden die tot de beslissing tot het nemen of afwijzen van een (voorlopig) civiel bestuursverbod zijn gesteld.

De Nederlandse notaris is de exclusieve openbare ambtenaar bij de oprichting van rechtspersonen. Juist het notariaat heeft daarom de mogelijkheid om in de modelstatuten van rechtspersonen verbodsbepalingen op te nemen die een preventieve werking kunnen hebben. Een bestaand voorbeeld is het verplicht ontslag van een bestuurder van een stichting bij het verlies van het beheer van zijn/haar privévermogen. Ook zou in de modelstatuten van (charitatieve) stichtingen standaard opgenomen kunnen worden, dat het de stichting verboden is om als bestuurder in een andere rechtspersoon op te treden als de vacatures in het bestuur van de stichting nog niet zijn opgevuld. Dit voorkomt gerommel met eenmansstichtingen. Door het vervallen van het minimum kapitaal is het eenvoudiger geworden om een besloten (flex) vennootschap op te richten, in de volksmond, de Eéneuri B.V. De overheid moet het zichzelf dan makkelijker maken om misbruik van deze rechtspersonen tegen te gaan. Het Britse vennootschapsrecht is strikter in de handhaving van civiele verplichtingen en vennootschappen kunnen daar met voorrang worden geschrapd.

Graag wil ik gebruik maken van de door u geboden mogelijkheid om het wetsvoorstel van opmerkingen te voorzien.

Artikelsgewijs

Concept artikel 106A Fw.

Lid1 opmerkingen bij de Memorie van toelichting/concept

In de memorie wordt bij dit lid helaas niet ingegaan op de *definitie van rechtspersoon*. *Hierbij zou ik graag aansluiten bij artikel 117 Bw 10, titel 8. "corporaties" en het daaraan verwante artikel 121 BW2. Fraudeurs gebruiken rechtsvormen als werktuigen in allerlei verschijningsvormen. Het zou niet fraai zijn als een fraudeur de dans ontloopt omdat de gebruikte rechtsvorm niet in het plaatje past. Verder kan de typering "rechtspersoon" ook gevolgen hebben voor publiekrechtelijke rechtspersonen (publiek recht) en kerkgenootschappen (kerkelijk recht).*

Artikel 117 In deze titel wordt verstaan onder:

a. corporatie: een vennootschap, vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting en ieder ander als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredend lichaam en samenwerkingsverband;

Artikel 121 BW10 titel 8

1. In afwijking van de artikelen 118 en 119 van dit Boek zijn de artikelen 138 en 149 van Boek 2 van toepassing dan wel van overeenkomstige toepassing op de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van een ingevolge artikel 118 of artikel 120 van dit Boek door buitenlands recht beheerste corporatie die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen is, indien de corporatie in Nederland failliet wordt verklaard. Als bestuurders zijn eveneens aansprakelijk degenen die met de leiding van de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn belast.

Afgezien van het feit, dat naast het OM of de curator ook de landelijke koepelorganisaties een grote rol zouden kunnen spelen bij de aanvraag van een civiel bestuursverbod, heb ik verder geen opmerking.

Concept artikel 106A Fw.

Lid2 opmerkingen bij de Memorie van toelichting/concept

Aan dit lid zou ik willen toevoegen de letters f. en g.

f. een bestuurder, die in drie jaar voorafgaand aan het faillissement van de rechtspersoon (..) in het buitenland door een daartoe bevoegde buitenlandse autoriteit een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd dat nog niet is afgelopen.

Denk bijvoorbeeld eens aan de persoon die in het buitenland is geschorst, of een beroeps- of bestuursverbod aan zijn broek heeft gekregen, maar in Nederland nieuwe slachtoffers heeft gevonden.

g. een bestuurder, die in drie jaar voorafgaand aan het faillissement van de rechtspersoon (..) tenminste een keer betrokken is geweest bij een rechtspersoon die ontbonden is door de Kamer van Koophandel of een rechtspersoon die ontbonden is door een buitenlandse autoriteit, of waarvoor tenminste een keer een voornemen tot ontbinding is gepubliceerd.

Denk bijvoorbeeld aan een fraudeur die met onbekende bestemming is vertrokken en een of meer lege rechtspersonen (in binnen- en buitenland) als dekmantels heeft achtergelaten. Een vergelijkbare buitenlandse autoriteit is bijvoorbeeld het Companies House in het Verenigd Koninkrijk of een buitenlandse handelsrechtbank.

Concept artikel 106A Fw.

Lid3 opmerkingen bij de Memorie van toelichting/concept

Aan dit lid zou ik willen toevoegen, lid 3B:

Een bestuursverbod kan mede worden uitgesproken jegens de bestuurder van een rechtspersoon in de hoedanigheid van (beherend) vennoot van een of meer Nederlandse of buitenlandse al dan niet rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschappen en jegens deze personenvennootschappen zelf.

Artikel 360 Titel 9. De jaarrekening en het jaarverslag

2. Deze titel is eveneens van toepassing op een commanditaire vennootschap of een vennootschap onder firma waarvan alle vennoten die volledig jegens schuldeisers aansprakelijk zijn voor de schulden, kapitaalvennootschappen naar buitenlands recht zijn

Artikel 248

Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de vennootschap volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet voldaan is aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.

Enquete 345 bw2

Onder het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon zijn mede begrepen het beleid en de gang van zaken van een commanditaire vennootschap of een vennootschap onder firma waarvan de rechtspersoon volledig aansprakelijke vennoot is.

In Nederland zijn een aanmerkelijk aantal commanditaire vennootschappen en vennootschappen in het Handelsregister ingeschreven met uitsluitend buitenlandse rechtspersonen als (beherende) vennoten. Ook is het populair om hetzelfde te doen met stichtingen als (beherende) vennoten. Belet moet worden dat de (Nederlandse) beleidsbepalers van deze hybride entiteiten ongestoord kunnen doorgaan. De Britse LLP heeft rechtspersoonlijkheid en de partners kunnen ook Nederlandse rechtspersonen zijn.

Ook bij dergelijke entiteiten (afgescheiden vermogen) is een civielrechtelijke enkelband noodzakelijk.

Concept artikel 106B Fw.

Lid3 opmerkingen bij de Memorie van toelichting/concept

De griffier heeft de taak om de uitspraak aan te bieden aan een centraal register in Nederland en ook aan het Nederlandse Handelsregister. Ik zou daaraan willen toevoegen, dat in het kader van de grensoverschrijdende fraudepreventie het Nederlandse Handelsregister bevoegd zal moeten zijn om al dan niet naar aanleiding van een rechtshulpverzoek, een (terug)melding van de geregistreerde beslissing aan de bevoegde buitenlandse autoriteit te verstrekken (vergelijkbaar met de bestaande uitwisseling van gegevens tussen de Nederlandse basisadministraties).

Denk aan de Nederlander die directeur is van een Limited op Gibraltar, die enig aandeelhouder en bestuurder is van een Nederlandse besloten vennootschap. Of de Braziliaan die in Nederland actief is, maar die is ingeschreven met een rechtspersoon op de Azoren. Of de Nederlander met zijn Nederlandse B.V. op Mallorca. Of de Nederlander die vanuit België handelt met Engelse limiteds. Of de Nederlander die een "afstortadres" in Duitsland gebruikt voor zijn uitgewerkte Nederlandse rechtspersonen.

Raadpleeg artikel lid 1 f, 4° Handelsregisterbesluit:

indien deze betrekking hebben op een rechtspersoon of vennootschap naar buitenlands recht, de naam, het bezoekadres, het nummer waaronder de rechtspersoon of vennootschap in het **buitenlands register** is ingeschreven, de naam van dat register en de plaats en het land waar het register wordt gehouden.

Raadpleeg artikel 10 Handelsregisterbesluit:

In het handelsregister worden indien degene aan wie een onderneming toebehoort is ingeschreven in een **buitenlands register** voor ondernemingen, opgenomen, het registratienummer uit dat register, de naam van het register en de plaats en het land waar het register gehouden wordt.

Concept artikel 106C Fw.

Lid1 opmerkingen bij de Memorie van toelichting/concept

Graag een verbeterde zin: () "waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is, of in de afgelopen drie jaar is geweest".

*Omdat fraudeurs ("My name is Nobody") regelmatig katvangers en stromannen/vrouwen en (lege) vennootschappen als dekmantels gebruiken, is het voor de volledige besluitvorming van een rechter nodig om te beschikken over de actuele en complete openbare concernrelaties *2 van de KvK en het civielrechtelijke relatieschema *3 van de Dienst Justis. Indien nodig, kan de in het begin van mijn reactie vermelde gerechtelijke deskundige daarover rapporteren aan de rechtbank.*

Denk in dit verband aan de economische eenheid.

Artikel 24b: Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

Concept artikel 106C Fw.

Lid3 opmerkingen bij de Memorie van toelichting/concept

De tijdelijke aanstelling van bestuurder(s) is afhankelijk van de situatie.

Rechtspersonen zonder activiteiten of activa en met onbereikbare bestuurder(s) worden ontbonden door de KvK. Ik zou hieraan willen toevoegen, dat de rechter

gezien de ernst van de gevallen, best kan en mag beslissen dat er *voorrang wordt verleend aan de administratieve ontbinding van de betrokken rechtspersonen (lees: dekmantels)*. In fraudegevallen wordt er vaak gebruik gemaakt stichtingen, waarbij er slechts één bestuurder in functie is, terwijl de vacatures volgens de statuten nog hadden moeten worden opgevuld. Verder beantwoorden de feitelijke activiteiten van de stichtingen, zoals het handelen in ongeregelde goederen, vaak niet aan de statutaire onbaatzuchtige doelen. Bij elkaar genomen, zijn dit feitelijke redenen om de betrokken rechtspersonen direct 'in quarantaine' te plaatsen bij de Kamer van Koophandel. De door mij eerder genoemde gerechtelijke deskundige kan gedurende het verloop van het rechtsgeding hierover rapporteren aan de rechtbank.

Concept artikel 106C Fw.

Lid4 opmerkingen bij de Memorie van toelichting/concept

Het OM heeft nu al de taak om voorlopige (strafrechtelijke) maatregelen te vorderen. Een schorsing (voorlopig bestuursverbod) van een bestuurder kan namelijk samenvallen met een voorlopige maatregel op grond van de Wet Economische delicten. Mijn vraag is eigenlijk in welke mate dit wettelijke instrument in faillissementsfraudezaken gebruikt wordt en of de rechter de maatregelen kan samenvoegen met het civielrechtelijke bestuursverbod. Denk aan repeterende fraudeurs die gebruik maken van marionetten.

Artikel 29 Wet Economische Delicten

1. Indien tegen de verdachte ernstige bezwaren zijn gerezen en tevens de belangen, welke door het vermoedelijk overtreden voorschrift worden beschermd, een **onmiddellijk ingrijpen** vereisen, kan het gerecht in **alle zaken, economische delicten** betreffende, met uitzondering van die, bedoeld in artikel 6, derde lid, vóór de behandeling ter terechtzitting, op de vordering van het openbaar ministerie, en, indien de zaak te zijner zitting wordt behandeld, **mede ambtshalve**, als voorlopige maatregel bevelen:

- a. gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming van de verdachte, waarin het economische delict wordt vermoed te zijn begaan;
- b. *onderbewindstelling van de onderneming van de verdachte, waarin het economische delict wordt vermoed te zijn begaan;*
- c. gehele of gedeeltelijke ontzetting van bepaalde rechten of gehele of gedeeltelijke ontzegging van bepaalde voordelen, welke rechten of voordelen de verdachte in verband met zijn onderneming van overheidswege zijn of zouden kunnen worden toegekend;
- d. dat de verdachte zich onthoude van bepaalde handelingen;
- e. dat de verdachte zorg drage, dat in het bevel aangeduide voorwerpen, welke vatbaar zijn voor inbeslagneming, opgeslagen en bewaard worden ter plaatse, in het bevel aangegeven.

Concept artikel 106C Fw.

Verder zou ik aan lid 4 letter A toevoegen:

De beslissing is direct van kracht en wordt betekend aan de rechtspersoon en tegelijk ook door de griffier opgegeven aan de bevoegde registrerende instanties.

Concept artikel 106D Fw.

Nieuw Lid3 opmerkingen bij de Memorie van toelichting/concept

De leden 1 en 2 zijn van overeenkomstige toepassing op functionarissen van buitenlandse rechtsvormen.

Raadpleeg: Artikel 117 b. BW10 titel 8. In deze titel wordt verstaan onder:

b. functionaris: hij die, zonder orgaan te zijn, krachtens het op de corporatie toepasselijke recht en haar statuten of samenwerkingsovereenkomst bevoegd is deze te vertegenwoordigen.

Bronnen:

*1 Onderzoek Intraval:

<http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/onderzoek-naar-slachtoffers-van-oplichting-onder-bedrijven.aspx>

*2 Concernrelaties www.KvK.nl:

<http://www.kvk.nl/ondernemen/producten-handelsregister/concernrelaties/?refererAliasStat=concernrelaties>

*3 Brochure www.Justis.nl met relatieschema/werktekening:

<http://justis.nl/Nieuws/2013/nieuwe-brochure-toezicht-op-rechtspersonen.aspx?cp=123&cs=56671>