

Vergaderjaar 2008–2009

31 386

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen

Nr. 17

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 29 juni 2009

1. Inleiding

Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen (Kamerstukken II 2007/08, 31 386) op 20 januari 2009 (Handelingen der Kamer II, vergaderjaar 2008–2009, nr. 43, blz. 3794–3806), heb ik toegezegd uw Kamer nader te zullen informeren over de mogelijkheden tot optreden tegen bestuurders van vennootschappen wanneer sprake is van financieel wanbeleid, zowel civielrechtelijk, strafrechtelijk als op Europees gebied. Met de onderhavige brief doe ik deze toezegging gestand. Na enkele algemene opmerkingen ga ik, in op de civielrechtelijke en strafrechtelijke bepalingen die daarbij relevant kunnen zijn. Voor zover van toepassing ga ik bij beide rechtsgebieden in op de relevante Europeesrechtelijke aspecten en ontwikkelingen.

2. Algemeen

In een ideale wereld komt financieel wanbeleid niet voor. De praktijk is weerbarstiger. Niet alle bestuurders zijn integer en er wordt niet in alle gevallen goed toezicht gehouden op het bestuur en de gang van zaken. Zo kunnen toezichthouders en/of het publiek worden misleid ter zake van de financiële huishouding van de onderneming en kan onjuiste informatie openbaar worden gemaakt. Financieel wanbeleid kan schade toebrengen aan ondermeer beleggers, contractpartijen en – indien de onderneming te gronde wordt gericht – de werknemers van de onderneming. Daarom moet krachtig tegen financieel wanbeleid kunnen worden opgetreden. Dat zowel het civiel recht als het strafrecht daartoe de nodige instrumenten bieden, zal ik hieronder uiteenzetten.

3. Civiel recht

In het geval van financieel wanbeleid bij een rechtspersoon kan op grond van het civiele recht worden opgetreden tegen de verantwoordelijke bestuurders en commissarissen. Meer specifiek ga ik hierna in op de positie van bestuurders en commissarissen van NV's (al dan niet beursgenoteerd), BV's en stichtingen.

De bestuurders en commissarissen die verantwoordelijk zijn voor financieel wanbeleid zijn aansprakelijk voor de schade die zij hebben veroorzaakt. Verschillende bepalingen kunnen aan een vordering tot schadevergoeding ten grondslag worden gelegd:

- a. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon (NV, BV of stichting) gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Bij financieel wanbeleid is van een behoorlijke vervulling geen sprake. De verantwoordelijke bestuurder is aansprakelijk tegenover de rechtspersoon voor de door hem veroorzaakte schade (artikel 2:9 BW). Deze aansprakelijkheid geldt eveneens voor de commissaris van de NV of BV, indien hij zijn toezichthoudende taak onvoldoende heeft vervuld (artikel 2:149/259 BW). Voorts geldt de aansprakelijkheid voor commissarissen van een stichting die aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen indien het financieel wanbeleid leidt tot het faillissement van de stichting (artikel 2:300a jo. artikel 2:149 BW).
- b. Indien een NV, BV of stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, failliet gaat en blijkt dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort van de boedel (artikel 2:138/248 jo. artikel 2:300a BW). Hetzelfde geldt voor de commissarissen die hun toezichthoudende taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld (artikel 2:149/259 jo. artikel 2:300a BW).
- c. Zou de NV of BV een misleidende voorstelling hebben gegeven van de toestand van de rechtspersoon in de jaarrekening, tussentijdse cijfers of het jaarverslag, dan zijn de bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die derden daardoor hebben geleden (artikel 2:139/249 BW). Hetzelfde geldt voor de bestuurders van een stichting die aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen indien de stichting failliet gaat (artikel 2:300a jo. artikel 139 BW). De commissarissen van de bedoelde rechtspersonen zijn eveneens aansprakelijk voor zover de misleidende voorstelling voortvloeit uit de jaarrekening (artikel 2:150/260 jo. artikel 2:300a BW).
- d. Naast de bijzondere bepalingen in Boek 2 BW geldt voorts dat bestuurders en commissarissen jegens derden aansprakelijk kunnen zijn indien zij onbehoorlijk hebben bestuurd en daarmee een onrechtmatige daad hebben gepleegd (artikel 6:162 BW).

In het geval van financieel wanbeleid zal de behoefte bestaan om de verantwoordelijke bestuurders en commissarissen te schorsen en/of te ontslaan. Normaliter vindt benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen plaats bij besluit van de algemene vergadering (artikel 2:134/244 BW en artikel 2:144/254 BW). Daarnaast kan de raad van commissarissen in beginsel te allen tijde overgaan tot schorsing van een bestuurder (artikel 2:147/257 BW). Bij stichtingen moeten de statuten aangeven op welke wijze bestuurders worden benoemd en ontslagen (artikel 2:286 lid 4 BW). De bestuurder die zich schuldig maakt aan wanbeleid, kan ook door de rechtbank worden ontslagen (artikel 2:298 BW).

Verondersteld financieel wanbeleid kan aanleiding zijn voor een enquêteprocedure. De Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam kan een onderzoek gelasten naar het beleid van de NV, BV of stichting die

een onderneming in stand houdt en waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld, wanneer er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. Het verzoek om een onderzoek kan worden ingediend door de aandeelhouders en vakorganisaties die aan in de wet gestelde voorwaarden voldoen (artikel 2:346–347 BW), de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam om redenen van algemeen belang (artikel 2:345 BW) en degenen aan wie die bevoegdheid is toegekend bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon (artikel 2:346 BW). De Ondernemingskamer kan in elke stand van het geding onmiddellijke voorzieningen treffen indien de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek dat vereist (artikel 2:349a BW). Tot de onmiddellijke voorzieningen behoort de mogelijke schorsing of het ontslag van een bestuurder of commissaris. Wanneer de Ondernemingskamer – op basis van het verslag van de onderzoekers – concludeert dat sprake is van wanbeleid, kan zij ook permanente voorzieningen treffen. De Ondernemingskamer kan onder meer besluiten van het bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering schorsen of vernietigen, bestuurders of commissarissen schorsen of ontslaan en tijdelijk bestuurders of commissarissen aanstellen (artikel 2:356 BW).

Onderzocht wordt of het enquêterecht aanpassing behoeft. De uitkomsten van een empirisch onderzoek naar de uitspraken van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad in enquêtezaken zijn aan uw Kamer gezonden bij brief van 2 maart 2009 (Kamerstukken II 2008/09, 29 752, nr. 8). In de evaluatie van het bestaande systeem worden de adviezen van de SER over Evenwichtig ondernemingsbestuur (08/01) betrokken. Ik streef ernaar om in de tweede helft van dit jaar te consulteren over een voorontwerp van een wetsvoorstel.

Ik meen dat met behulp van het bestaande civielrechtelijke instrumentarium zware consequenties kunnen worden verbonden aan financieel wanbeleid. De regels betreffende de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van NV's, BV's en stichtingen, hun benoeming en ontslag alsmede de regeling van het enquêterecht worden niet geraakt door het Europese recht. Ik voorzie ook geen harmonisatie van deze regels.

4. Strafrecht

Ook het strafrecht heeft een rol om de goede werking van de economische orde te verzekeren. De strafwetgeving biedt een groot aantal aanknopingspunten om op te treden tegen vormen van financiële criminaliteit waarbij het voor het handelsverkeer noodzakelijke vertrouwen wordt geschonden. In dit verband kunnen in de eerste plaats de valsheidsdelicten in Titel XII van het Wetboek van Strafrecht (valsheid in geschrift (artikel 225 Sr), opgave van onware gegevens (artikelen 227 en 227a Sr) en schending van de verplichting om gegevens te verstrekken (artikel 227b Sr)) worden genoemd. Daarbij neemt met name artikel 225 Sr een centrale plaats in. Aangezien frauduleus handelen in veel gevallen gepaard gaat met valse of vervalste documenten, kunnen veel fraude-delicten worden gekwalificeerd als het misdrijf van artikel 225 Sr. In dat geval is bestraffing mogelijk met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Voorts kan de strafbaarstelling van bedrog in jaarstukken (artikel 336 Sr) worden genoemd, op grond waarvan strafrechtelijk kan worden opgetreden tegen de publicatie van onware financiële jaarstukken. Tevens kan worden gewezen op ingevolge de Wet op het financieel toezicht verboden gedragingen als misbruik van voorkennis en marktmanipulatie, die strafrechtelijk via de Wet op de economische delicten kunnen worden gesanc-tioneerd. De Wet op het financieel toezicht verbindt overigens in breder

verband voorwaarden aan het verlenen van verschillende vormen van financiële dienstverlening. Overtreding van vergunningsvereisten die in het kader van een integere financiële dienstverlening worden gesteld, levert in een aantal gevallen eveneens een strafbaar feit op. Ten slotte kent de strafwetgeving een aantal strafbaarstellingen die de verplichting tot een correcte afwikkeling van faillissementen dienen en bescherming beogen te bieden tegen onnodige nadelige invloed van faillissementen op de kredietverlening. Het gaat daarbij om de strafbaarstelling van het niet geven van inlichtingen bij faillissement (artikel 194 Sr) en de strafbaarstellingen in Titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht (benadeling van schuldeisers en rechthebbenden).

Het is belangrijk voor ogen te houden dat de delicten waar het om gaat niet zozeer worden gepleegd door de onderneming als wel door de natuurlijke personen die de onderneming besturen. Bestuurders maken in deze gevallen vaak misbruik van de rechtspersoonlijkheid van de onderneming. Het biedt hun gelegenheid om te pogen het eigen handelen te verdoezelen en de aansprakelijkheid voor ontstane schade te ontlopen. Het principe van het aannemen van parallelle strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen en van hun bestuurders blijft daarom van groot belang om effectief te kunnen optreden tegen financiële criminaliteit. Daarmee wordt echter niet altijd voorkomen dat daders, na executie van hun straf, wederom dezelfde strafbare praktijken ontplooiën, met als gevolg wederom schade voor de maatschappij. Het kabinet heeft in deze problematiek aanleiding gezien om het strafrechtelijk sanctiearsenaal voor frauduleuze daden, gepleegd door bestuurders van rechtspersonen, aan te scherpen om te voorkomen dat malafide bestuurders hun kwalijke gedragingen in het handelsverkeer kunnen voortzetten. Ik wijs op de wet van 12 juni 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen (Stb. 2009, 245), waarin de mogelijkheden worden verruimd om bij veroordeling wegens een financieel-economisch misdrijf de schuldige voor bepaalde duur het recht te ontzeggen zijn beroep uit te oefenen, daaronder begrepen het optreden als bestuurder van een rechtspersoon. Daarbij teken ik aan dat de bepalingen in de hiervoor vermelde wet die betrekking hebben op de verruiming van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep met betrekking tot bestuurders niet eerder in werking zullen treden dan nadat de Eerste Kamer zich daarmee akkoord heeft verklaard (voor de procedurele afspraken die ik met de Eerste Kamer over de inwerkingtreding van de wet heb gemaakt, verwijs ik graag naar Kamerstukken I 2008/09, 31 386, F). Ik hoop de discussie daarover met de Eerste Kamer op korte termijn te kunnen afronden. Met de verruiming waarin de hiervoor vermelde wet beoogt te voorzien, wordt toepassing van deze sanctiemodaliteit mogelijk bij al de hierboven vermelde delicten. Het gaat hier om een ingrijpende sanctie, waarvan ook belangrijke preventieve werking zal uitgaan.

Financiële criminaliteit beperkt zich niet tot de landsgrenzen. Binnen de Europese Unie verdient de samenleving een vergelijkbare strafrechtelijke bescherming tegen financiële criminaliteit, gepleegd door bestuurders van rechtspersonen. Waar voor financiële markten een *level playing field* geldt, ligt het in de rede dat schadelijke inbreuken op die markt op vergelijkbare wijze worden aangepakt.

De Europese Commissie heeft bij het in kaart brengen van toekomstige werkterreinen op het gebied van de wederzijdse erkenning – in het licht van de totstandkoming van een nieuw JBZ-meerjarenbeleidskader 2010–2014 dat onder voorzitterschap van Zweden in de tweede helft van 2009 geformuleerd zal worden (het zogenoemde «Stockholmprogramma») –

prioriteit toegekend aan de wederzijdse erkenning van verboden en ontzettingen uit rechten. Daarbij wordt de wederzijdse erkenning van verboden en ontzettingen uit rechten die verband houden met het optreden als bestuurder van een rechtspersoon met nadruk genoemd (COM (2009) 262/4, par. 3.1). Het kabinet ondersteunt het voornemen om op Europees niveau tot afspraken te komen om de mogelijkheden tot strafrechtelijk optreden tegen financiële criminaliteit verder aan te scherpen. De wederzijdse erkenning in de Europese Unie van sancties betreffende ontzetting uit het recht als bestuurder van een rechtspersoon op te treden, zou een belangrijk instrument kunnen zijn. Voor het kabinet vormt de wederzijdse erkenning van verboden en ontzettingen uit rechten in breder verband een van de aandachtspunten in de inbreng voor de discussie over de opstelling van voornoemd JBZ-meerjarenprogramma, hetgeen ook is neergelegd in het kabinetsstandpunt daarover (Kamerstukken II 2008/09, 23 490, nr. 557).

Naar ik vertrouw heb ik met het bovenstaande voldaan aan mijn in de aanhef van deze brief genoemde toezegging aan uw Kamer.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin