

Zitting 1982–1983

16530

## Nadere wijziging van enige sociale verzekeringswetten, de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds en enige fiscale wetten in verband met het misbruik van rechtspersonen

Nr. 11

### EINDVERSLAG

Vastgesteld 18 januari 1983

Kennisneming van de memorie van antwoord en van de nota van wijziging heeft in de vaste Commissie voor Justitie<sup>1</sup> nog tot de volgende vragen en opmerkingen aanleiding gegeven.

#### Algemeen

De leden van de P.v.d.A.-fractie waren en door de memorie van antwoord en door recente gebeurtenissen overtuigd van de noodzaak van spoedige invoering van dit ontwerp als element in een effectieve wetgeving tegen misbruik van rechtspersonen. Zij hadden begrepen dat de eerste ervaringen met de Wet inzake de ketenaansprakelijkheid niet bemoedigend zijn en dat wederom malafide ondernemers kans zien hun verplichtingen te ontgaan. Zij vroegen de Regering daarover opheldering. Een meer rechtstreekse weg om deze ondernemers aan te spreken blijkt zeer noodzakelijk.

Deze leden waren over een voortvarende, integrale aanpak nogal sceptisch gestemd. Te veel wordt in hun ogen verwezen naar de behandeling van het ISMO-rapport. Uit het recente rapport ten behoeve van het congres van de Coornhertliga over «De macht van het OM» bij de fraudebestrijding blijkt dat in de wijze van optreden van vele parketten nog veel te verbeteren valt, en dat daar waar men wel optreedt, fraude-officieren geconfronteerd worden met een veelheid van problemen zowel van organisatorische als van wetgevende aard.

Deze leden meenden dat hun kritische opmerkingen in het voorlopig verslag meer in dit verband bekeken dienen te worden dan blijkt uit de memorie van antwoord. Hoewel zij de strekking van de drie misbruikontwerpen onderschrijven en volgaarne aan een spoedige inwerkingtreding van de overige twee meewerken, meenden zij dat het uiterst gewenst is niet alleen in wetgevende zin voorzieningen te treffen, maar ook te zorgen dat het apparaat voldoende toegerust is om effectief tegen inbreuken op te treden. Deze leden meenden dat een kosten-batenanalyse van benodigde middelen versus opbrengst de investeringen in personele en materiële middelen op korte termijn lonend zal doen blijken. Met name in het opsporingsapparaat dient het personeelsbeleid gericht te zijn op een doeltreffend inzetten en behouden van ervaren krachten.

Zij hadden begrepen dat zich wat dat betreft drie ernstige problemen voordoen:

<sup>1</sup> Samenstelling: Leden: Haas-Berger (PvdA), Stoffelen (PvdA), G. C. van Dam (CDA), Kosto (PvdA), voorzitter, Salomons (PvdA), Patijn (PvdA), K. G. de Vries (PvdA), Evenhuis-van Essen (CDA), Wessel-Tuinstra (D'66), Faber (CDA), Tripels (VVD), ondervoorzitter, Buikema (CDA), Van der Burg (CDA), Schutte (GPV), Krajenbrink (CDA), Lankhorst (PPR), Van Es (PSP), Dales (PvdA), Janmaat (Centrumpartij), Korthals (VVD), Wiebenga (VVD), De Grave (VVD) en Lucassen-Staутtener (VVD).  
Plv. leden: Van den Bergh (PvdA), Hermes (CDA), Stemerink (PvdA), Van Kemenade (PvdA), Wallage (PvdA), Gualthérie van Weezel (CDA), Kraaijeveld-Wouters (CDA), Van Agt (CDA), Dees (VVD), Cornelissen (CDA), Gardeniers-Berendsen (CDA), Leerling (RPF), Dijkman (CDA), Brouwer (CPN), Van Ooijen (PvdA), Van Dis (SGP), Hermans (VVD), Jacobse (VVD), Rempt-Halmmans de Jongh (VVD) en Lauxtermann (VVD).

- a. de technische uitrusting en huisvesting van het opsporingsapparaat is veelal archaisch;
- b. deskundige bijstand kan ook volgens de memorie van antwoord maar moeizaam verworven worden;
- c. eigen mensen die een zekere mate van deskundigheid verworven hebben, verdwijnen te snel uit het opsporingswerk door het carrièreverloop binnen de organisatie.

Deze leden wilden nogmaals benadrukken dat zij aan oplossing van deze problemen de hoogste prioriteit gegeven willen zien. Zij vernamen graag of en op welke wijze de Regering zulks in het beleid wenst vorm te geven. Immers voor malafiden zal het strafrecht veelal de enige sanctie blijken.

Bovendien meenden deze leden dat nog nadere wetgevende arbeid op korte termijn geboden is. Te veel van hun vragen werden verschoven naar enerzijds de ISMO-behandeling en anderzijds een te traag gestarte evaluatie van de Wet inzake de ketenaansprakelijkheid. Met name het antwoord ten aanzien van het gebruik van buitenlandse rechtspersonen achtten zij onbevredigend. Is het waar, zoals een der fraude-officiëren in het rapport «Fraude-aanpak door het OM» van H. G. van de Bunt en P. G. van Duijne stelde, dat alleen Nederland het «statutaire stelsel» heeft en niet uitgaat van het recht van de plaats waar de reële ondernemingsactiviteiten plaatsvinden? Hoe is het mogelijk dat het departement nog geen tijd heeft gehad hierover na te denken terwijl het probleem toch herhaaldelijk aan de orde is gesteld? Acht de Minister het niet de hoogste tijd het denkwerk binnen het departement aan te vangen en niet wederom een afhoudend antwoord te geven?

Tot besluit van hun algemene opmerkingen merkten deze leden op ervan geschrokken te zijn dat de Regering het door hen aan de orde gestelde vraagstuk van de inschrijvingsplicht van bedrijfsverenigingen afhankelijk wil stellen van de evaluatie van de werking van de Wet inzake de ketenaansprakelijkheid. Zij drongen er opnieuw op aan reeds nu maatregelen te ontwikkelen.

De leden van de C.D.A.-fractie achtten het een verbetering dat in de nota van wijziging wordt voorgesteld de regeling niet meer toepasselijk te doen zijn op verenigingen, stichtingen, kerkgenootschappen, rechtspersonen naar publiekrecht en, in het algemeen, rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen waarbij het streven naar winst geheel ontbreekt of van bijkomstige betekenis is. Daarmee wordt een wellicht onbedoeld neveneffect in het wetsontwerp weggenomen, namelijk dat geen bestuurders meer gevonden zouden worden voor met name verenigingen en stichtingen waarin zij hun bestuurswerk als onbezoldigd vrijwilliger verrichten. Zij bleven echter voornamelijk van mening dat een wettelijke regeling beperkt zou moeten blijven tot naamloze en besloten vennootschappen.

Naar aanleiding van het gestelde in de memorie van antwoord op blz. 6 brachten de leden van de C.D.A.-fractie met klem als hun mening naar voren dat het openbaar ministerie in het kader van de bestrijding van fraude en misbruik van rechtspersonen versterkt moet worden met deskundigen op het gebied van het rechtspersonen- en ondernemingsrecht alsmede het fiscale recht, zo nodig, onder vrijmaking van middelen elders.

Naar aanleiding van het gestelde op blz. 10 informeerden zij naar het moment waarop de indiening van een wetsontwerp tot wijziging van het enquêterecht kan worden verwacht.

De leden van de V.V.D.-fractie konden onderschrijven dat de vorderingen van de fiscus en de bedrijfsvereniging een ander karakter hebben dan schulden van crediteuren die uit privaatrechtelijke rechtsverhoudingen voortvloeien. Evenmin wilden zij betwisten dat het in casu gaat om schuldeisers die handelen ingevolge een publiekrechtelijke plicht en die bijgevolg hun schuldenaren niet kunnen selecteren, noch zich tevoren voor de nakoming ervan zekerheden kunnen laten verschaffen, doch omgekeerd zijn het schuldenaren die evenmin deze schuldeisers kunnen vermijden, ten gevolge van het wettelijk systeem.

Door het stellen van rechtshandelingen ontstaan fiscale verplichtingen, en wel van rechtswege. De ondernemers worden derhalve – terecht – verplicht de hun ingevolge de wet opgelegde financiële verplichtingen na te komen. Wanneer in de memorie van antwoord (blz. 2) verder wordt gesteld dat de loon- en omzetbelasting en de ingehouden sociale verzekeringspremies in wezen voor de gemeenschap geïnde, nog niet afgedragen gelden zijn, en dat de overheid tot kredietverlening verplicht is terwijl de andere crediteuren die verplichting niet hebben, dan kan daartegenover worden opgemerkt dat deze kredietverlening krachtens de wet geschiedt, en dat derhalve de overheid evenzeer aan die wet gebonden is. Anderzijds kan worden gesteld dat de rechtspersoon in casu voor en namens de Staat of de bedrijfsvereniging is belast met het incasseren van gelden en middels deze rechtsverhouding gehouden is deze gelden aan de Staat c.q. de bedrijfsvereniging af te dragen.

Deze leden meenden dat, gelet op de wettelijke constructie, de betreffende gelden in de boedel vloeien, en dat wanneer de aldus geïncasseerde gelden niet worden afgedragen, er geen sprake is van een individualisering van deze aldus geïnde gelden, zodat derhalve niet-afracht niet leidt tot verduistering, en dat het stelsel er op duidt dat door het sluiten van een arbeidscontract het bedrag der inhouding komt vast te staan alsmede de datum van de opeisbaarheid dan wel afdracht aan fiscus of bedrijfsvereniging.

Een en ander doet overigens niet af aan het feit dat de leden van de V.V.D.-fractie alleszins de doeltreffendheid en gewenstheid van het onderhavige wetsontwerp onderschrijven. Met instemming hadden zij kennis genomen van het feit dat, zoals zij in het voorlopig verslag hadden bepleit, de toepassing van de wet een beperking heeft ondergaan en dat derhalve de beoogde regeling niet meer van toepassing is op verenigingen, stichtingen en kerkgenootschappen en rechtspersonen naar publiek recht en in het algemeen rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen waarbij het streven naar winst geheel ontbreekt of van bijkomstige betekenis is.

Terugkomend op de door hen in het voorlopig verslag bepleite voorrang voor wetsontwerp 16 631 boven het onderhavige betoogden deze leden, dat wetsontwerp 16 631 meer specifiek gericht is op hetgeen de praktijk met betrekking tot malafide vennootschappen laat zien. In de memorie van toelichting worden hierover saillante cijfers en gegevens verstrekt. Naar het oordeel van deze leden wordt in de memorie van antwoord (blz. 31) ten onrechte gesteld dat malafide praktijken niet steeds zullen resulteren in een faillissement. Het is ondenkbaar – aldus deze leden – dat een vennootschap die wordt opgericht om malafide praktijken te realiseren niet in een faillissement zal eindigen. Het is namelijk de opzet van een dergelijke rechtspersoon om crediteuren niet te betalen, terwijl in al die gevallen verhaal uitgesloten blijkt en derhalve juist wetsontwerp 16 631 een belangrijk hulpmiddel is.

Het kwam deze leden voorts onaannemelijk voor dat in vele gevallen geen faillissement wordt aangevraagd. Deze stelling kan bezwaarlijk worden geadstrueerd. De praktijk wijst veeleer op het tegendeel. De bedrijfsvereniging is alert op dergelijke zaken en zal ten spoedigste het faillissement aanvragen wanneer maar het vermoeden bestaat dat er sprake is van insolventie, en zeker in geval van malafiditeit.

Onjuist achtten deze leden verder de opmerking dat faillissementen soms niet worden uitgesproken omdat er niet voldoende middelen blijken te zijn om de boedelschulden te voldoen. Immers eerst nadat het faillissement is uitgesproken, en de curator een inzicht heeft gekregen in het actief en passief van de curanda en dit middels zijn verslag aan de rechtbank kenbaar maakt, kan een dergelijke conclusie worden getrokken. Juist wanneer een debiteur weigert te betalen en meerdere schulden onbetaald laat en een crediteur geen andere executiemogelijkheden meer kan vinden, wordt praktisch steeds het faillissement aangevraagd, aangezien dit het uiterste middel is om te trachten nog iets van de vordering te redden.

Wel konden deze leden onderschrijven dat het onderhavige wetsontwerp ook werkt indien er geen faillissement is en een belangrijke preventieve werking heeft en een signaalfunctie betekent voor de preferente crediteuren.

Deze leden betreurden het dat de voor de strafrechtelijke vervolging en de daaruit voortvloeiende rechtspleging beschikbare middelen het thans niet toelaten het openbaar ministerie te versterken met deskundigen op het gebied van het ondernemingsrecht en het fiscaalrecht en dergelijke. De vraag is gewettigd, of nu er een communis opinio bestaat over de gigantische omvang van de fraudes en derzelve nadelige consequenties, in dit geval niet gesteld moet worden dat «de kost voor de baat uitgaat» en dat daarom een hoge prioriteit moet worden gegeven aan dit onderdeel van de strafvervolging.

Op blz. 6 van de memorie van antwoord (punt 5) wordt betoogd, dat indien zich onder de personen die het beleid van de vennootschap zullen bepalen of mede bepalen personen bevinden die ter zake van vermogensrechtelijke misdrijven zijn veroordeeld dan wel failliet zijn geweest of als bestuurder of commissaris bij het faillissement van rechtspersonen zijn betrokken, het advies van het openbaar ministerie wordt ingewonnen. Deze leden vroegen of dan nog een advies van het openbaar ministerie nodig is. Ook stelden zij de vraag of ten aanzien van solvabiliteit, de waarde van in te brengen ondernemingen of goederen of bepaalde voornemens van de bij de oprichting betrokken personen het openbaar ministerie wel het aangewezen orgaan is om gegevens te verstrekken. Het is daartoe niet ingericht. Het behoeft dan ook geen verbazing te wekken dat in een vrij groot aantal gevallen het openbaar ministerie niet of slechts met grote inspanning bij machte was de gevraagde gegevens te verstrekken, zodat in nauw overleg met het openbaar ministerie de gewenste gegevens aan de betrokkenen zelf werden gevraagd.

Evenzeer zetten deze leden een vraagteken bij de opmerking dat de bij het openbaar ministerie veelal aanwezige kennis omtrent stromannen en de achter hen schuilende machthebbers niet onbenut behoeft te blijven. Bestaat er een gestructureerde registratie die voor het Ministerie van Justitie toegankelijk is omtrent dit soort gegevens? Deze leden opperden in dit kader de vraag of er niet een instituut, hetwelk naar zij meenden in Duitsland bestaat, zou kunnen worden ingericht, dat omtrent alle ondernemingen en bedrijven financiële, economische en andere relevante gegevens verzamelt en nauwlettend bijhoudt. In de praktijk blijkt, zeker in Nederland, aan een dergelijk instituut – waaraan het openbaar ministerie, de ministeries en het bedrijfsleven zouden kunnen meewerken – een enorme behoefte te bestaan. Het wilde deze leden voorkomen dat een dergelijk bureau of instituut, waar iedere belanghebbende tegen redelijke betaling informatie kan inwinnen, het overwegen meer dan waard is.

De leden van de V.V.D.-fractie konden ermee instemmen dat naar aanleiding van de kritiek van de Commissie Vennootschapsrecht de studie omtrent lege BV's nog zal worden vervolgd en geconcretiseerd. Zij onderschreven dat een uitbreiding van het preventieve toezicht bij aandelenoverdracht niet gemakkelijk is op te vangen en uitermate tijdrovend is, te meer omdat het merendeel van dergelijke overdrachten een volkomen legitieme oorzaak heeft en anderzijds zulk een onderzoek bij aandelenoverdracht vertraging voor het bedrijfsleven met zich meebrengt en zelfs voor het bedrijfsleven onaanvaardbaar kan zijn. Deze leden konden zich ermee verenigen dat deze kwestie eventueel bij wetsontwerp 16631 aan een nadere beschouwing zal worden onderworpen.

Voorts namen zij er met genoegen kennis van dat een wetsontwerp inzake het enquêterecht in voorbereiding is, en dat de belastingdienst het initiatief heeft genomen tot een hechte samenwerking met het openbaar ministerie ten einde te geraken tot een geïntegreerd administratief strafrechtelijk handhavingsbeleid met betrekking tot belastingfraude.

### **De inhoud van de voorgestelde regeling**

De leden van de P.v.d.A.-fractie waren met de Regering van mening dat een bonafide bestuurder van dit ontwerp niets te vrezen heeft. Zij vreesden



zelfs dat de bij de nota van wijziging aangebrachte uitzonderingen zo ruim zijn geworden, dat zelfs malafide bestuurders vaak niets meer te vrezen zullen hebben indien ze hun activiteiten ondernemen in de vorm van een vereniging of stichting die ogenschijnlijk geen winstoogmerk heeft. Zij verwezen naar de in schriftelijke vragen van de leden De Waart en Salomons gesignaleerde problemen bij oneigenlijk gebruik van stichtingen en de bewijsmoeilijkheden voor de fiscus en de bedrijfsvereniging. Ook de veelheid van incidenten in het recente verleden met sportverenigingen doen vermoeden dat de Regering bij de nota van wijziging toch wel wat te ver doorgeschoten is in het creëren van disculpatiemogelijkheden voor onzorgvuldige bestuurders. Zij vreesden dat juist degenen tegen wie deze misbruikontwerpen gericht zijn, gebruik zullen maken van deze mogelijkheden. Is het niet beter een uitdrukkelijke toetsing vooraf te vragen, waarbij fiscus en bedrijfsvereniging kunnen verklaren dat de rechtspersoon in kwestie, bij voorbeeld een sportvereniging, niet onderworpen is aan de bepalingen van dit ontwerp, ten einde potentiële bestuurders niet af te schrikken? Nu ligt immers wederom de bewijslast bij de fiscus.

Deze leden hadden grote moeite met deze extra belasting voor dit toch al zwaar geplaagde apparaat. Zij vreesden dat ook hier dreigt dat juist de minder goedwillenden via langdurige procedures zullen trachten hun verantwoordelijkheden te ontgaan, en dat in ieder geval tegen de tijd dat zij aangesproken worden alle verhaalsmogelijkheden reeds verdwenen zullen zijn. Een stichting oprichten kan nog immer zonder goedkeuring of verklaring van geen bezwaar, en te vrezen valt dat hier weer een extra stimulans geschapen wordt om deze weg te kiezen ten einde verplichtingen te ontgaan. Ten aanzien van buitenlandse rechtspersonen lijkt deze bepaling tot nog meer complicaties te leiden. Indien zij in Nederland opereren, is degene die hier beheerder is verantwoordelijk. Maar indien dit slechts een stroman is, zoals gebruikelijk, moeten fiscus en bedrijfsvereniging dan buitenlandse bestuurders aanspreken die zich zullen kunnen beroepen op bepalingen van het recht van hun oprichtingsregime?

Voorts vernamen deze leden graag hoe de positie is van de commanditaire vennoot in een CV. Kan deze aangesproken worden indien hij feitelijk optreedt als ware hij bestuurder? Zou ook hier een zekere mate van juridische transparantie niet gewenst zijn?

Ten aanzien van het tijdstip van melding vroegen deze leden, of het risico bestaat dat een bestuurder die melding maakt van betalingsmoeilijkheden, indien dit de inleiding tot een faillissementsaanvraag wordt, door andere bestuurders of aandeelhouders wordt aangesproken wegens onrechtmatige daad. Voorts vroegen zij de Regering, of de werkbelasting door de aansprakelijkstelling inclusief beroepsgang voor beroeps- en belastingrechters globaal geschat kan worden.

Deze leden vernamen graag in hoeverre de voorgestelde regelingen juist in malafide gevallen enige oplossing kunnen bieden indien na de aansprakelijkstelling de verhaalsmogelijkheden blijken te zijn vervreemd of bij voorbeeld op naam staan van de echtgenote. Indien geen faillissement wordt aangevraagd omdat de onderneming op zich wel toekomstmogelijkheden biedt, dan biedt een Pauliana geen uitkomst. De afweging juist in het belang van de werkgelegenheid wordt dan extra moeilijk voor fiscus en bedrijfsvereniging. Zou hier geen verdergaande voorziening noodzakelijk zijn, ook bij voorbeeld met betrekking tot het huwelijksgoederenregime, ten einde goederen die onttrokken worden buiten het geval van faillissement evenzeer onder het voorrecht van fiscus en bedrijfsvereniging te laten vallen?

Ten slotte vernamen deze leden graag een duidelijk standpunt van de Regering, inzake de mogelijkheid van subrogatie in de voorrechten van fiscus, bedrijfsverenigingen en pensioenfondsen. Betekent dit dat vervolgens de concurrente crediteuren ieder van de hoofdelijk aansprakelijke bestuurders die aan de betalende bestuurder hebben voldaan aansprakelijk zouden moeten stellen indien er een zodanig onzorgvuldig bestuursgedrag zou zijn, dat er ook volgens de huidige jurisprudentie al sprake zou zijn van bestuurdersaansprakelijkheid? Zou het juist in deze situatie niet merkwaardig zijn dat een bestuurder dan in wezen zijn vorderingen preferent boven andere crediteuren zou kunnen verhalen?

## **Gronden voor wettelijke maatregelen; verantwoording van de gekozen opzet van het ontwerp**

De leden van de C.D.A.-fractie meenden dat van de fiscus en de bedrijfsvereniging kan en mag worden verwacht dat bij een verder doorgevoerde automatische administratie de enkele niet-betaling door een bedrijf leidt tot een spoedige signalering van de achterstand en een aanmaning tot betaling, eventueel later verhoogd met een boete. Het systeem van de meldingsplicht leidt ertoe dat de bonafide bestuurder van een bedrijf zich in verband met de verdeling van de voorgeschreven bewijslast gedwongen zal voelen in een zeer vroegtijdig stadium te melden, waardoor de fiscus, de bedrijfspensioenfondsen en de bedrijfsvereniging een onevenredig grote voorsprong krijgen op de andere commerciële kredietverschaffers, waartegen juist artikel 47 van de Faillissementswet wil waken. Op deze gronden waren deze leden geenszins overtuigd van de juistheid van de ingeslagen weg in het voorliggende wetsontwerp. Zij meenden dat veeleer aansluiting gezocht zou moeten worden bij het systeem van de «überschuldung» in het Duitse recht, die bestuurders van bedrijven ertoe dwingt het faillissement van de vennootschap aan te vragen wanneer deze haar schulden niet meer betaalt en wanneer het vermogen van de vennootschap niet meer toereikend is om de schulden te voldoen.

De hier aan het woord zijnde leden konden wel akkoord gaan met het feit dat ter bestrijding van het misbruik van rechtspersonen een doorbraak van persoonlijke aansprakelijkheid voor het niet afdragen van premies, belastingen en bijdragen voor verplichte bedrijfspensioenfondsen wordt voorgesteld. Zij meenden echter vooralsnog dat deze doorbraak van aansprakelijkheid zich zou moeten beperken tot de faillissementssituatie, waarop met name het z.g. derde misbruikontwerp (wetsontwerp 16 631) toeziet.

Uit het wetsontwerp sprak naar het oordeel van de leden van de C.D.A.-fractie te veel de geest dat een behoorlijk financieel beheer van bestuurders van vennootschappen nooit kan leiden tot een uitstel van betaling of faillissement. Maar integendeel, in de huidige financieel-economische situatie kan door een plotseling wegvallen van de afzet of een gedeelte daarvan, de vennootschap al in betalingsmoeilijkheden komen. Zij meenden dat de Faillissementswet het kader is waarbinnen dan geregeld moet worden hoe het beste aan de fiscus, de bedrijfsverenigingen en de verplichte bedrijfspensioenfondsen een versterkte positie kan worden toegekend.

Aan de bewindvoerder c.q. de curator moet, zo meenden deze leden, de bevoegdheid toekomen om bestuurders van vennootschappen persoonlijk aan te spreken indien het faillissement is veroorzaakt door slecht bestuur, zoals gebeurd is in het ingediende wetsontwerp 16 631 met betrekking tot de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW.

Evenals de leden van de V.V.D.-fractie (memorie van antwoord, blz. 31) meenden de leden van de C.D.A.-fractie op grond van het bovenstaande, dat de verdere behandeling van het onderhavige wetsontwerp zou moeten worden opgeschort tot na de behandeling van wetsontwerp 16 631, omdat alsdan zou kunnen blijken dat het onderhavige wetsontwerp overbodig is.

De memorie van antwoord stelt op blz. 31 dat wanneer een faillissement is uitgesproken en de boedel ontoereikend is, de curator moeilijk kosten zal kunnen maken om de bestuurders aan te spreken omdat de afloop onzeker is, en dat de fiscus en de bedrijfsvereniging dat wel zouden kunnen. Dit is naar de mening van de leden van de V.V.D.-fractie onduidelijk en onjuist, omdat wanneer er een faillissement is procedures tegen de bestuurders en aansprakelijke derden slechts door de curator kunnen worden ingesteld.

Wanneer straks wetsontwerp 16 631 wordt aangenomen, behoort zulks toch tot de taak van de curator. Uiteraard beoogt het onderhavige wetsontwerp het verhaal van fiscus en bedrijfsvereniging, naar deze leden meenden, buiten faillissement, en moet de vraag worden gesteld of wanneer het faillissement is uitgesproken er geen collisie ontstaat tussen dit wetsontwerp en wetsontwerp 16 631.

Met betrekking tot de gesuggereerde aanstelling van bewindvoerders over ondernemingen die zich in betalingsmoeilijkheden bevinden betoogden de leden van de V.V.D.-fractie dat zij inderdaad aan een nieuwe rechtsfiguur hadden gedacht, juist om het geschokte vertrouwen van de crediteuren op te vangen. Dit is mogelijk wanneer er een deskundige komt die tot taak krijgt niet alleen de belangen van de onderneming doch ook die van de crediteuren te bewaken. De praktijk wijst uit dat in voorkomende gevallen dit ook vaak geschiedt, zij het dan dat een dergelijke figuur informeel in overleg met de onderneming en de belangrijkste crediteuren wordt benoemd en aangewezen. Ook wanneer de staat aan bedrijven in nood geldleningen verstrekt, wordt een regeringscommissaris benoemd om de belangen van de staat en ook die van de onderneming op objectieve wijze te bewaken. Het gaat hier veeleer om de figuur van een «waakhond», die uiteraard niet als een curator in een faillissement optreedt, en wellicht evenmin als een bewindvoerder die samen met de directie optreedt, maar iemand die de gang van zaken in een bedrijf op de voet kan volgen en relevante adviezen aan de concurrente crediteuren geeft.

Deze leden wilden echter, vanwege de spoedeisendheid van het wetsontwerp hun gedachten op dit punt voorlopig «in de ijskast» zetten.

Op blz. 48 van de memorie van antwoord zijn de bewindslieden ingegaan op de vraag omtrent de preferentie van een bestuurder ter zake van zijn regres op een medebestuurder, namelijk in geval de eerste is uitgewonnen. De memorie stelt dat die vraag beter aan de rechtsontwikkeling kan worden overgelaten. Deze leden betreurden zulks en meenden dat het beter zou zijn dit in de wet te regelen. Huns inziens kan niet worden volstaan met de opmerking dat uit de schaarse en veelal oude jurisprudentie afgeleid zou kunnen worden dat subrogatie, voor zover het gaat om de preferentie, is toegestaan.

De memorie van antwoord stelt voorts op blz. 48 dat niet duidelijk is op welke situatie de leden van de V.V.D.-fractie doelen wanneer zij spreken van een recht tot het in vrijwaring roepen van de mede-aansprakelijke bestuurder. Welnu, deze leden doelden op de situatie dat een bestuurder is aangesproken en dat een andere bestuurder niet is aangesproken. Aangezien hier sprake is van een executie middels het administratieve recht, lijkt vrijwaring niet wel mogelijk. Wanneer het zou gaan om een civielrechtelijke vordering is natuurlijk de vrijwaring een duidelijke aangelegenheid. Het is naar het oordeel van deze leden te betreuren dat aan deze rechtssituatie geen aandacht wordt besteed en dat deze met een weinigzeggende opmerking wordt afgedaan.

In de memorie van antwoord wordt uiteengezet dat de bewindslieden in het ontwerp een ruimer begrip misbruik van rechtspersoonlijkheid op het oog hebben dan het door deze leden gehuldigde. Zij wilden de Regering het door hen gehuldigde begrip gaarne laten. De materiële vraag is echter of bij een zo ruim begrip ook de sanctie van ongelimiteerde persoonlijke aansprakelijkheid voor alle of kwantitatief belangrijke schulden van de rechtspersoon past. Op dit punt bleven deze leden hun twijfels houden. Hierbij mag worden opgemerkt dat in het bijzonder uit het betoog op blz. 38 blijkt dat de bewindslieden niet voldoende onderscheiden. Zij noemen daar een arrest van het Hof te 's-Gravenhage. In dat geval ging het echter om een vordering tot vergoeding van schade op grond van onrechtmatige daad en juist niet om aansprakelijkstelling voor schulden van de vennootschap. Het arrest is bovendien gecasseerd, waarbij de Hoge Raad de grenzen van de onrechtmatige daadsactie nog eens markeert.

Tussen de Regering en de leden van de fractie van D'66 bestaat geen verschil van mening over de vraag of het criterium «onzorgvuldig bestuur» geschikt is om als basis te dienen voor een onrechtmatige daadsactie tot vergoeding van schade. Het principe van schadevergoeding wordt echter in het voorliggende ontwerp niet gehanteerd, terwijl de in de theorie bij de toepassing van artikel 1401 ontwikkelde grenzen (medeschuld, relativiteit, voorzienbaarheid, causaliteit, regres, bewijslast) geen of een andere rol spelen.

Intussen hadden de leden van deze fractie, zo stelden zij, met genoeg geconstateerd dat het ontwerp op een aantal punten is bijgesteld. Als een verbetering beschouwden zij de beperking van de regeling tot commerciële rechtspersonen. Als een stap in de goede richting ook de toevoeging van de woorden «als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur» in artikel 16d, lid 2.

## **Artikelen**

### *Artikel 16d, lid 1*

De leden van de fractie van D'66 merkten op dat in de memorie van antwoord op verschillende plaatsen gesproken wordt over het financieel beleid, het (niet) betalen van premie- en belastingschulden en het (niet) voldoen aan de meldingsplicht. Ook ten aanzien van de meldingsplicht wordt gezegd dat het wetsontwerp ervan uitgaat dat de verantwoordelijkheid daarvoor op alle bestuurders gelijkelijk rust. In verband daarmee wordt in artikel 16, lid 1, de bepaling opgenomen dat iedere bestuurder bevoegd is namens het lichaam de vereiste melding te doen. Gelet op de gevolgen die het niet-melden kan hebben voor de bestuurder persoonlijk, lijkt dit een verstandige bepaling. Hoe zit het echter met het verstrekken van nadere inlichtingen en het overleggen van stukken? De wettekst spreekt hier niet van een «verplichting». In de leden 2 en 3 wordt voorts het woord «verplichting» in het enkelvoud gebezigd. Moet hieruit worden afgeleid dat in lid 2 en 3 uitsluitend wordt bedoeld op de verplichting tot het doen van een (gemotiveerde) mededeling? Dit is in zoverre rationeel dat de bestuurder, die de mededeling doet, wellicht niet beschikt over voldoende informatie om aan eventuele verdere verlangens van de uitvoeringsinstantie te voldoen. In het bijzonder uit een passage in de memorie van antwoord op blz. 14 (slot middelste alinea) lijkt echter te volgen dat de bewindslieden de door hen geconcipeerde bepaling anders lezen, zo merkten deze leden op.

Is het de bedoeling dat ook het verstrekken van nadere inlichtingen en het overleggen van stukken onder de in lid 2 en 3 bedoelde verplichting valt, dan zou dat in de wettekst tot uiting moeten komen. Alsdan zou echter buiten twijfel moeten zijn dat iedere bestuurder ook bevoegd is namens het lichaam aan deze bijkomende verplichting te voldoen. In een geval dat hij daartoe ingevolge de interne taakverdeling niet in staat is, zou hij zich in deze gedachtengang kunnen beroepen op de slotzin van lid 3.

Een bepaling dat een bestuurder tot het doen van melding en het verstrekken van nadere gegevens bevoegd is, maakt intussen nog niet duidelijk dat hij daartoe verplicht is. Het wetsontwerp gaat daar wel van uit. Het zou tot uitdrukking gebracht kunnen worden door artikel 16d lid 1 te doen aanvangen met de woorden «Het bestuur van een lichaam». Op dezelfde wijze wordt in artikel 14 Boek 2 BW tot uitdrukking gebracht dat de verplichting tot boekhouding een op het bestuur als zodanig rustende verplichting is, die niet door een interne regeling voor verantwoordelijkheid van een of meer bestuurders kan worden gelaten. De leden van de fractie van D'66 verzochten de bewindslieden op een en ander in te gaan.

### *Artikel 16d lid 2*

De leden van de fractie van D'66 hadden geconstateerd dat toegevoegd zijn de woorden «als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar, voorafgaande aan het tijdstip van mededeling». Geconstateerd mag worden dat hiermee de regeling beter aansluit op de in wetsontwerp 16 631 voorgestelde regeling voor de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW. Daarmee komt opnieuw aan de orde wat nu eigenlijk de verhouding is tussen het onderhavig ontwerp en wetsontwerp 16 631. De memorie van antwoord wijdt daaraan beschouwingen die op zichzelf zeer verhelderend zijn. Wellicht mag de samenhang – nuances daargelaten – in het kort als volgt worden samengevat. Bij kennelijk onbehoorlijk bestuur



dat op een faillissement uitloopt zijn de bestuurders tegenover de curator hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort. Bij kennelijk onbehoorlijk bestuur dat ten gevolge heeft dat premie- en belastingschulden niet worden betaald zijn de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor die schulden tegenover de uitvoeringsinstanties.

Bij alle waardering voor de uiteenzetting in de memorie van antwoord meenden de leden van de fractie van D'66 dat de ondertekenaars toch te snel heenlopen over de complicaties die bij samenloop van deze regelingen rijzen.

Terecht merkt de Regering op dat de regeling van het voorlopige ontwerp los staat van een eventueel faillissement, en dat de regeling, voorgesteld in wetsontwerp 16 631 pas toepassing kan vinden wanneer het faillissement van de rechtspersoon is uitgesproken. Het scheen deze leden geen gewaagde veronderstelling toe dat in veel gevallen, waarin de uitvoeringsinstanties gebruik maken of kunnen maken van hun bevoegdheden, het faillissement spoedig volgt. Alsdan ontstaat een merkwaardige situatie. Verhalen de uitvoeringsinstanties hun vorderingen op de bestuurders, dan worden de vooruitzichten voor de concurrente crediteuren navenant beter. Doen zij het niet of halfslachtig, dan zal de curator wellicht aan de concurrente crediteuren weinig te bieden hebben, tenzij hij zelf het initiatief neemt de bestuurders aan te spreken op de voet van artikel 138 (248) nieuw. Bij de bepaling van het tekort, het bedrag derhalve waarvoor de curator de bestuurders kan aanspreken, moet hij rekening houden met de nog onbetaalde premie- en belastingschulden, zodat de omvang van de vordering in sterke mate bepaald wordt door de eventueel ontwikkelde of nog te ontwikkelen activiteiten van de uitvoeringsinstanties. Wanneer men nu bedenkt dat de curator moet opereren op grond van civielrechtelijke bepalingen voor de gewone rechter, terwijl de uitvoeringsinstanties de hun openstaande – zeer diverse – wegen volgen, lijkt de veronderstelling gewettigd dat alleen een zeer vindingrijke curator – iemand met de ministersstaf in zijn ransel bij voorbeeld – de chaos de baas kan. Men kan dit niet afdoen met de opmerking dat er bij bestuurders toch niets te halen valt want de voorgestelde regelingen gaan er beide vanuit dat dit af en toe anders ligt, zo meenden deze leden.

Mede om de beschreven moeilijkheden te voorkomen hadden de leden van deze fractie geopperd de nu voorgestelde regeling in aangepaste versie te verwerken in wetsontwerp 16 631. De Regering voelt daarvoor niet op gronden die zijn te verdedigen. Maar hoe dienen dan de samenloopvragen te worden opgelost, zo wilden zij graag weten.

Bedacht moet worden dat het niet alleen gaat om formele samenloopvragen, maar om potentiële belangenconflicten. De curator en de concurrente crediteuren hebben er belang bij dat de uitvoeringsinstanties zich inspannen om langs eigen wegen het verschuldigde bij de bestuurders te innen maar zij hebben geen middel om deze instanties daartoe te dwingen. De uitvoeringsinstanties kunnen er van hun kant belang bij hebben de curator het werk te laten doen: gelet op hun hoge preferentie komen ze dan ook aan hun trekken, en als het mislukt, of de curator het op zijn beurt laat afweten, kunnen zij weer verder zien.

Is er iets voor te zeggen de curator in geval van faillissement van een rechtspersoon, waarop de regeling, voorgesteld in wetsontwerp 16 631 van toepassing is, het recht te geven de vordering van de uitvoeringsinstanties ten behoeve van de boedel over te nemen? Daarmee zou worden bereikt dat althans in het geval van faillissement de zaak in één hand is. Daarmee zou bovendien zijn bereikt dat in geval van faillissement de paritas creditorum met inachtneming van het vigerende preferentiestelsel wordt hersteld, zo merkten zij op.

Een bezwaar tegen deze gedachte is wellicht dat aan de vorderingen van de uitvoeringsinstanties ook heffingsaspecten verbonden zijn. Zijn deze bezwaren onoverkomelijk? Een eventuele overnameregeling kan toch zo

worden geformuleerd dat de heffingsbevoegdheden bij de uitvoeringsinstanties blijven?

Het bovenstaande onderstreept naar de mening van de leden van de fractie van D'66 nogmaals dat er alle aanleiding is om het onderhavige ontwerp in samenhang met wetsontwerp 16 631 te bekijken. De Regering voelt niet voor opschorting van de nu lopende gedachtenwisseling tot na de behandeling van wetsontwerp 16 631. Is er evenwel geen aanleiding om de behandeling verder parallel te laten verlopen? Daarbij kan ook worden bezien of het mogelijk is de omschrijving van het aansprakelijkheids criterium in de twee ontwerpen nader op elkaar af te stemmen. Zoals gezegd is in de ogen van deze leden de toevoeging «als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur» al een stap vooruit. In wetsontwerp 16 631 wordt gesproken van «onbehoorlijke taakvervulling». De term «bestuur» is in elk geval beter dan «taakvervulling» omdat onder onbehoorlijke taakvervulling in verband met artikel 8 Boek 2 BW in de eerste plaats dient te worden verstaan een tekortschieten in de contractuele verhouding tot de vennootschap, terwijl het in casu gaat om onbetamelijk gedrag tegenover de uitvoeringsinstanties. Intussen roept ook de term «onbehoorlijk» vragen op. Wordt daarmee het vereiste gesteld dat het bestuur «ethisch onbehoorlijk» (schandelijk) heeft gehandeld of alleen dat het niet heeft gedaan wat van een gemiddeld bestuur in vergelijkbare omstandigheden kan worden verwacht? Voorlopig namen deze leden aan dat het laatste wordt bedoeld, waarbij dan de toevoeging «kennelijk» dient, zo begrijpt D'66, om aan te geven dat aansprakelijkheid alleen intreedt wanneer het bestuur ernstige mislagen heeft begaan. Zou echter misverstand kunnen worden voorkomen door introductie hier van de term «wanbeleid»? Of is wanbeleid erger dan kennelijk onbehoorlijk bestuur? Zij verwachten dat de Regering omtrent deze opmerkingen en vragen opheldering zou kunnen verschaffen.

In de ogen van deze leden is bij het een en ander niet heel duidelijk wat het effect is van de conjunctie «aan hem te wijten als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur». Wordt misschien bedoeld: «dat de niet-betaling het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, waarvoor de bestuurder persoonlijk een verwijt treft»? Zo ja, zou het dan niet beter zijn die zinswending te gebruiken, met vervanging eventueel van de woorden «kennelijk onbehoorlijk bestuur» door «wanbeleid»?

Onder het voorbehoud dat bovenstaande vragen en opmerkingen tijdig tevoren schriftelijk zullen zijn beantwoord, acht de commissie de openbare beraadslaging over het wetsontwerp voldoende voorbereid.

De voorzitter van de commissie,  
Kosto

De griffier van de commissie,  
Kerkhofs