

Vergaderjaar 1983–1984

16 631

Wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen

Nr. 8

EINDVERSLAG

Vastgesteld 7 februari 1984

Na kennisneming van de memorie van antwoord en de tegelijk daarmee ingezonden nota van wijziging waren in de vaste Commissie voor Justitie¹ nog de volgende vragen en opmerkingen gerezen. Met een tijdige schriftelijke beantwoording daarvan acht de commissie de openbare beraadslaging over het wetsontwerp voldoende voorbereid.

Algemeen

De leden van de P.v.d.A.-fractie hadden van de memorie van antwoord met waardering kennisgenomen en spraken de hoop uit dat de regering nu ook met voortvarendheid de verdere behandeling van het tweede misbruikontwerp mogelijk zal maken opdat spoedige invoering van deze voor de misbruikpreventie zo essentiële wetgeving mogelijk zal zijn.

Het WODC-rapport over misbruik van rechtspersonen had hen gesterkt in de opvatting dat maatregelen geboden zijn. Zowel ter bescherming van het stelsel van sociale zekerheid, alsook ter bescherming van het bona fide bedrijfsleven dienen mala fide ondernemingen zoveel mogelijk uit het sociaal-economisch leven geweerd te worden.

Deze leden hadden met instemming geconstateerd dat de regering op een aantal punten is tegemoetgekomen aan opmerkingen die mede van de kant van hun fractie waren gemaakt. Zij waren met name verheugd over de toevoeging, volgens het CNV-voorstel, van verenigingen en stichtingen die een onderneming drijven. Wel vroegen zij of deze beperkte uitbreiding – niet alleen ondernemingdrijvende verenigingen en stichtingen – wel tot een in alle gevallen redelijke oplossing leidt. Immers het criterium wordt nu volledig in de fiscale sfeer gezocht, en dan nog alleen in het criterium van het onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting. Waarom is ook het ondernemingsbegrip in de wet op de omzetbelasting niet als criterium genomen?

Deze leden dachten bovendien aan zogenaamde paracommerciële activiteiten van organisaties die, zo meenden zij, in vele gevallen niet vpb-plichtig zijn. Zou naast het vpb- en het ob-criterium de plicht tot b.t.w.-afdracht niet een rol kunnen spelen? Welke effecten zou het kiezen van een dergelijk criterium hebben?

De leden van de P.v.d.A.-fractie waren minder gelukkig met de wijziging die inhoudt dat alleen het «kennelijk» onbehoorlijk handelen of nalaten een aansprakelijkheid doet ontstaan. Zij vernamen graag hoe dit begrip moet

¹ 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 Esen (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), Alders (PvdA), De Kwaadsteniet (CDA), Stemerding (PvdA), Van Kemenade (PvdA), Wallage (PvdA), Gualthérie van Weezel (CDA), Kraaijeveld-Wouters (CDA), Laning-Boersema (CDA), Dees (VVD), Cornelisen (CDA), Van den Toorn (CDA), Leerling (RPF), Dijkman (de groep Scholten/Dijkman), Brouwer (CPN), Van Ooijen (PvdA), Van Dis (SGP), Hermans (VVD), Jacobse (VVD), Rempt-Halmmans de Jongh (VVD) en Lauxtermann (VVD).

worden geïnterpreteerd. Is dit een kenbaarheid voor een ieder in het maatschappelijk verkeer, of is het een gegeven dat «kennelijk» moet zijn voor degenen die handelt met zijn specifieke kennis van zaken, dan wel is het de oordelende rechter met zijn wetenschap achteraf die de situatie op het moment van handelen (of nalaten) beoordeelt? Naar het oordeel van deze leden wordt met het begrip «kennelijk» een nogal vage norm geïntroduceerd waarmee de rechtspraktijk zeker geen dienst bewezen wordt.

Voorts vernamen zij graag of alleen gedrag dat jegens crediteuren als onbehoorlijk geldt tot deze aansprakelijkheid dient te leiden. Mag het belang van de werknemers, of ruimer het belang van de werkgelegenheid, onder het vennootschappelijk belang worden gerekend? Zo niet, dan is juist in het licht van de recent weer opgelaaide, maar reeds in het begin van de zeventiger jaren gevoerde discussie over de interpretatie van de Faillissementswet een uitdrukkelijke vermelding van het belang van de werkgelegenheid gewenst. Deze leden wilden zulks uitdrukkelijk bepleiten.

De aan het woord zijnde leden erkenden dat een aantal door hen gestelde vragen inmiddels ook bij de behandeling van het ISMO-interimrapport (kamerstuk 17 050) aan de orde is geweest. Zij meenden echter dat de regering niet in alle gevallen kan volstaan met verwijzing naar die behandeling. Een aantal vragen is toen niet ten gronde behandeld omdat zulks beter bij concrete wetgeving kon gebeuren. Met name de overdracht van bv's buiten enige toetsingsmogelijkheid blijft een serieus probleem, terwijl tijdens de behandeling van het eerdergenoemde interim-rapport ook vragen gerezen zijn omtrent het niet kenbaar zijn via het handelsregister van de aandeelhouders in geval van wijziging na de oprichting.

De oplossing, gesuggereerd in de motie-Linschoten c.s. (17 050/17 522, nr. 16) was misschien niet ideaal, dat ontslaat de regering geenszins van de plicht voor dit serieuze probleem een sluitende oplossing te zoeken. Het ontbindingsrecht alleen is ook deze leden niet voldoende. In ieder geval zou de overdracht kenbaar moeten zijn door een verplichting tot inschrijving van mutaties in het handelsregister. Bij de behandeling van de wijziging van de Wet op de Kamers van Koophandel (kamerstuk 16 496) op 15 juni 1983 (Handelingen blz. 4576) heeft staatssecretaris Van Zeil toegezegd dit probleem te zullen voorleggen aan de minister van Justitie. Kan de minister hierover al een nadere mededeling doen?

Deze leden sloten zich aan bij het pleidooi van de leden van de V.V.D.-fractie voor een aangifteplicht van de curator. Zij meenden dat het openbaar ministerie zo ook een beter zicht kan krijgen op aard en omvang van het misbruik. Door toepassing van het opportunititeitsbeginsel kan zinloze vervolging worden voorkomen.

De leden van de C.D.A.-fractie hadden met belangstelling kennisgenomen van de memorie van antwoord en de nota van wijziging. Als gevolg van de recente kabinetswisseling is tussen de vaststelling van het voorlopig verslag en de inzending van de memorie van antwoord een tamelijk lange periode van bijna twee jaar verlopen, welke tijd overigens gezien de nota van wijziging uiterst nuttig besteed is.

Met erkentelijkheid hadden deze leden ervan kennisgenomen dat de nota van wijziging onder J twee nieuwe onderdelen toevoegt, die ertoe leiden, dat verenigingen en stichtingen voor zover zij volledig rechtsbevoegd zijn en aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen ook onder de regelingen vallen, met uitzondering van sportverenigingen en buurt- en clubhuizen. De parallel met het tweede misbruik-ontwerp achtten zij juist.

Deze leden vonden het terecht dat een bestuurder van een rechtspersoon zich niet kan bevrijden van een vordering wegens premie- of belasting-schulden door zo snel mogelijk het faillissement van de door hem bestuurde rechtspersoon aan te vragen.

Door de toevoeging in de nota van wijziging van het woordje «kennelijk» bij onbehoorlijk bestuur is naar het oordeel van deze leden een verdere objectivering van dit begrip aangebracht, waaruit blijkt dat voor een ieder duidelijk moet zijn dat op het moment waarop de desbetreffende bestuurs-

handelingen werden verricht er sprake was van een gedrag van de bestuurder dat ten aanzien van de schuldeisers als onbehoorlijk moet worden aangemerkt. De rechter zal deze vraag altijd benaderen met inachtneming van alle feiten en omstandigheden met betrekking tot het bestuurlijk handelen.

Van zulk een onbehoorlijk bestuur zal naar het oordeel van deze leden sprake zijn wanneer de bestuurder kennelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Niet duidelijk achtten zij het laatste gedeelte van de zin: «Bij de benadering van deze vraag moet de rechter uiteraard steeds rekening houden met alle feiten en omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen». Kan de minister dit «redelijk en billijk oordeel» nog eens toelichten?

Ook de leden van de V.V.D.-fractie wezen op de verontrustende bevindingen, neergelegd in het WODC-rapport over misbruik van rechtspersonen. Naar hun indruk is het beeld dat dit rapport schetst waarschijnlijk nog gunstiger dan de werkelijkheid geweest is, gegeven het feit dat in het verleden curatoren praktisch geen aanleiding zagen een onderzoek naar positie en handelingen van de bestuurders in te stellen. Zorgelijk en ernstig is vooral dat soms een voor buitenstaanders onoverzichtelijk geheel wordt geconstrueerd van bv's die onderling vennootschappelijke banden hebben, waarbij met het vermogen dan zo gemanipuleerd wordt dat de schuldeisers praktisch geen verhaal hebben. Dit houdt een aansporing in om het onderhavige misbruik-ontwerp met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behandelen, te meer nog waar het voormelde rapport concludeert dat een ontwikkeling bespeurbaar is van eenvoudige vermogensdelicten naar meer complexe bv-fraudes.

Met teleurstelling hadden deze leden ook kennisgenomen van de constatering in het WODC-rapport dat de fraudeurs persoonlijk minimale negatieve gevolgen van hun handelingen blijken te ondervinden, en dat in de gevallen waarin een strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld het merendeel geseponeerd blijkt te moeten worden wegens gebrek aan bewijs. Tegen slechts één op de 20 à 25 fraudeurs wordt uiteindelijk een korte vrijheidsstraf uitgesproken, terwijl in die gevallen waarschijnlijk geen civielrechtelijke financiële consequenties aan de strafvervolgning verbonden zijn geweest.

Ook wezen deze leden op het CBS-onderzoek naar in 1981 geëindigde faillissementen van besloten vennootschappen. Daarbij blijken vorderingen tot een totaal van f 1,1 mld. onbetaald te zijn gebleven – een verdubbeling in vergelijking met 1980. Ook dit is een reden om het onderhavige misbruik-ontwerp zo spoedig mogelijk kracht van wet te doen verkrijgen.

De leden van de V.V.D.-fractie stemden er volledig mee in dat de bepalingen van het wetsontwerp ook van toepassing zullen zijn op verenigingen en stichtingen voor zover deze volledig rechtsbevoegd zijn en onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting. Sportverenigingen en verenigingen die bij voorbeeld club- en buurthuizen exploiteren vallen daarmee buiten het bereik van de wet, zoals deze leden al eerder, bij de behandeling van wetsontwerp 16 530, hadden bepleit.

Naar aanleiding van het gestelde op blz. 2 van de memorie van antwoord over de positie van een algemene ledenvergadering in geval van paulineus handelen merkten deze leden nog op, dat de algemene ledenvergadering de hoogste macht in een vereniging vormt en uit dien hoofde het bestuur alle mogelijke opdrachten kan geven, mits blijvende binnen de doelstellingen van de vereniging. Het bestuur is gehouden de besluiten van de algemene vergadering uit te voeren.

Deze leden onderschreven uiteraard de stelling dat de bevoegdheid om invloed uit te oefenen in het algemeen niet tot aansprakelijkheid kan leiden. Wel achtten zij klemmend de vraag of, wanneer de algemene vergadering van haar bevoegdheid gebruik heeft gemaakt om het bestuur «kennelijk onbehoorlijke» handelingen op te dragen, deze vergadering en haar leden niet, gelet op het gestelde in artikel 138 zevende lid, gelijk dienen te

worden gesteld met het bestuur als bedoeld in artikel 138, eerste lid. Zij onderkennen wel dat daaraan praktische bezwaren verbonden zijn, onder meer betreffende het traceren van de natuurlijke personen die aan de desbetreffende besluitvorming hebben meegewerkt, en de vraag of degenen die hebben tegengestemd buiten de aansprakelijkheid vallen.

In de alinea onderaan blz. 2 en bovenaan blz. 3 van de memorie van antwoord stelt de regering in antwoord op vragen van deze leden, dat indien de schulden aan de fiscus en de bedrijfsvereniging niet kunnen worden voldaan, deze schulden (mede) deel uitmaken van het tekort in het faillissement van de vennootschap waarvoor de curator de bestuurders ingevolge de artikelen 138 en 248 aansprakelijk kan stellen, maar dat ook de fiscus en de bedrijfsvereniging zelf de bestuurders ter zake aansprakelijk kunnen stellen.

Dit antwoord achtten deze leden verwarrend. Naar hun opvatting kan, wanneer het faillissement eenmaal is uitgesproken, slechts de curator in voorkomend geval de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk stellen, en hebben de fiscus en de bedrijfsvereniging geen rechtstreekse actie meer tegen de curandus. Met de bevoorrechting van de vordering van de fiscus en de bedrijfsvereniging zal de curator wel rekening dienen te houden. Onjuist leek deze leden derhalve de constatering in de memorie van antwoord dat de fiscus en de bedrijfsvereniging wegens hun bevoorrechting voorrang hebben boven de vordering van de curator. De curator heeft namelijk geen vordering. Hij treedt qualitate qua op voor de bevoorrechte zowel als de niet-bevoorrechte crediteuren.

Op blz. 11 van de memorie van antwoord, laatste alinea, betoogt de minister dat een verplichting voor de curator om aangifte te doen van strafbare feiten die hij constateert, hem te ver zou gaan.

In dit kader vroegen de leden van de V.V.D.-fractie nog, of zulk een activiteit van de curator ook zou vallen binnen het bestek van artikel 69 Faillissementswet, met andere woorden: kan ieder van de schuldeisers of de commissie van schuldeisers de rechter-commissaris verzoeken de curator te nopen tot een strafklacht? In de door de minister genoemde gevallen, waarin bij een vennootschap de administratie geheel of ten dele ontbreekt, ligt een vermoeden van overtreding van de artikelen 340 en volgende van het Wetboek van Strafrecht voor de hand. Terecht wordt daarbij opgemerkt, dat indien de curator geen aangifte doet een en ander vaak niet aan het licht komt, althans niet aan crediteuren bekend wordt, hoewel het toch in het verslag van de curator tot uiting zou moeten komen. Met instemming hadden deze leden dan ook kennisgenomen van de mededeling dat de mogelijkheid wordt onderzocht van een eenvoudige, gestandaardiseerde procedure voor het verstrekken van inlichtingen door de curator over eventuele bankbreuk wegens het ontbreken van boekhouding en/of administratie. In ieder geval zou huns inziens de curator zelf zulks dienen te vermelden in zijn verslag, bedoeld in artikel 137 Faillissementswet. Een dergelijke actie kan van belang zijn indien het faillissement wordt opgeheven wegens gebrek aan baten of wanneer slechts gedeeltelijke genoegdoening uit het faillissement heeft plaatsgevonden, zoals helaas veelal het geval blijkt te zijn.

De leden van de fractie van D'66 waren na kennisneming van de memorie van antwoord en de nota van wijziging van oordeel dat de meeste wijzigingen als verbeteringen mogen worden aangemerkt.

Zij kwamen nog terug op hun opmerkingen in het voorlopig verslag over de vlucht naar buitenlandse rechtsvormen. Zij constateerden dat de minister op dit punt een rooskleurige visie heeft. Hij meent dat het hier om een randverschijnsel gaat waaraan geen overdreven aandacht moet worden besteed. Ook deze leden wilden zich niet aan overdrijving overgeven. Zij hadden juist met het oog op mogelijke «indianenverhalen» gevraagd of de minister – wellicht na een onderzoek bij de kamers van koophandel – bij benadering kan zeggen welke omvang dit euvel heeft aangenomen (voorlopig verslag blz. 18). Een antwoord op deze vraag hadden zij in de

memorie van antwoord helaas niet aangetroffen, zodat zij de geruststellende woorden van de minister niet naar waarde konden schatten. Kunnen alsnog gegevens worden verstrekt, of valt anderszins aan te geven waarop de minister zijn «indruk» baseert?

Is de indruk van deze leden juist dat de kamers van koophandel zich ter zake passief opstellen? Worden door de kamers ook controles uitgevoerd naar eventueel gefingeerde namen van bestuurders en van buitenlandse rechtspersonen? Wordt op dit punt overwogen de Handelsregisterwet aan te passen? Welke stappen worden in Europees verband ondernomen?

In beginsel konden de leden van de fractie van D'66 zich verenigen met de uitbreiding van de regeling tot commerciële verenigingen en stichtingen. Onderstreept echter deze uitbreiding niet dat er aanleiding is de hele regeling op te nemen in de Faillissementswet? Ook vestigingen van buitenlandse vennootschappen zouden op deze wijze onder de regeling kunnen worden gebracht. De minister meent toch niet werkelijk dat op basis van enkele beschouwingen in de literatuur een curator van een buitenlandse onderneming zich aan een procedure op de voet van artikel 138 (248) zal wagen?

De leden van de S.G.P.-fractie, die niet aan het voorlopig verslag hadden deelgenomen, gevoelden behoefte om na lezing van de memorie van antwoord blijk te geven van hun standpunt ten aanzien van het wetsontwerp en van vragen en opmerkingen, die genoemde memorie bij hen had opgeroepen.

Met de strekking van het wetsontwerp, de uitbreiding van de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen, konden zij instemmen. Versterking van de civielrechtelijke middelen, naast de bestaande strafrechtelijke middelen, ten behoeve van de curator kwam hun gewenst voor. Ook de beperking van de geldigheidsduur van de verklaring van geen bezwaar, alsmede de vervanging van de toetssteen «ernstig gevaar» door «gevaar» voor benadeling van de schuldeisers, had hun instemming. Zij hoopten dat van dit complex wettelijke maatregelen een sterke preventieve werking zal uitgaan.

Diverse passages in de memorie van antwoord alsmede enkele aspecten van de nota van wijziging hadden echter vragen bij deze leden opgeroepen. Ondanks hun principiële instemming met de versterking van de civielrechtelijke sancties vroegen zij zich bij voorbeeld af, waarom er blijkbaar weinig terecht komt van strafrechtelijke opsporing en vervolging terwijl toch uit het WODC-rapport blijkt dat bij één van de drie onderzochte besloten vennootschappen de administratie geheel of ten dele ontbreekt, zodat het vermoeden voor de hand ligt dat de artikelen 340 e.v. van het Wetboek van Strafrecht zijn overtreden. Welke activiteiten ontplooit het openbaar ministerie ter zake? Waarom doen curatoren blijkbaar zo weinig aangifte? Welke criteria hanteert het openbaar ministerie voor vervolging c.q. sepot?

De bij nota van wijziging voorgestelde uitbreiding van de toepasselijkheid van de ontworpen regeling tot alle rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen had de instemming van deze leden. De opmerking dat in het algemeen het wetsontwerp door de voorgestelde wijziging niet van toepassing zal zijn op sportverenigingen en buurt- en clubhuizen deed hen de vraag stellen hoe de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen, werkzaam op het terrein van het onderwijs en de gezondheidszorg, geregeld is. Bestaat er geen reden om ook op hen een extra aansprakelijkheid te leggen?

De voorgestelde verlenging – van 40 dagen tot één jaar – van de in artikel 43 en 45 van de Faillissementswet genoemde termijnen gedurende welke de wetenschap van benadeling van schuldeisers ten aanzien van bepaalde rechtshandelingen wordt vermoed te hebben bestaan, had eveneens de instemming van deze leden.

De verruiming van het criterium voor de afgifte van de verklaring van geen bezwaar – «gevaar» in plaats van «ernstig gevaar» – doet de vraag

rijzen hoe ver de minister wenst te gaan in de beoordeling van de kwaliteiten van de (a.s.) bestuurders. Moeten deze leden uit de woorden bovenaan blz. 11 van de memorie van antwoord afleiden dat zulk een beoordeling uitsluitend achteraf, nadat de betreffende persoon reeds als bestuurder van een rechtspersoon heeft gefunctioneerd, mogelijk is? Moeten in deze zin ook de woorden onderaan blz. 34 van de memorie verstaan worden, namelijk dat «wie als bestuurder van een vennootschap een leidende functie aanvaardt, instaat voor het bezitten van bepaalde kwaliteiten en hoedanigheden die nodig zijn om die taak te kunnen vervullen»?

Met het voorgestelde principe van hoofdelijke aansprakelijkheid der bestuurders konden deze leden in beginsel akkoord gaan. Ernstige vragen riep bij hen echter op de op diverse plaatsen in de memorie van antwoord voorkomende stelling dat het financiële beleid van de vennootschap een zaak is die de bestuurders zowel individueel als gezamenlijk aangaat (blz. 25, 36 en 40). De collectieve verantwoordelijkheid, óók na het faillissement van de vennootschap, zou de individuele bestuurders, ook al behoort het financiële beleid niet direct tot hun bijzondere aandachtsgebied in het kader van de interne werkverdeling, tot betrokkenheid bij het bestuursbeleid in algemene zin en tot waakzaamheid ten aanzien van de financiële toestand der vennootschap moeten dwingen. Een belangrijke vraag achtten deze leden of dit uitgangspunt wel in alle gevallen reëel mag heten, met name indien het om niet-professionele bestuurders gaat die juist vanwege geheel andere kwaliteiten dan financiële deskundigheid zijn aangetrokken. Het doen rusten van een niet onderscheiden verantwoordelijkheid voor het financiële beleid op hun schouders, ook in die gevallen waarin niet gesproken kan worden van apert onbehoorlijk bestuur – en deze gevallen worden immers óók bestreken door de ontworpen aansprakelijkheidsregeling – vonden deze leden te ver gaan. Dit bezwaar klemt in hun ogen te meer nu de bewindsman blijkens een mededeling op blz. 19 van de memorie van antwoord niet bereid is in het ontwerp een op de individuele bestuurder betrokken matigingsbevoegdheid op te nemen.

Volgens het ontwerp is niet het causale verband tussen onbehoorlijk bestuur en (de omvang van) het tekort, maar het causale verband tussen onbehoorlijk bestuur en het faillissement bepalend voor de aansprakelijkheid. Een moeilijkheid daarbij is dat door de rechter onderscheiden zal moeten worden naar oorzaken en de mate waarin deze aan het faillissement hebben bijgedragen. De aansprakelijkheid van het bestuur voor het tekort moet gegrond worden op het feit dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De bewindsman acht dit een verbetering ten opzichte van de huidige tekst, die niet verder gaat dan te eisen dat de toestand van de boedel *ten dele* te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van het bestuur. Weinig overtuigend vonden deze leden de opmerking onderaan blz. 35 van de memorie dat het voor de bewindsman «niet bij voorbaat vaststaat» dat de rechter met het nieuwe criterium weinig zal kunnen beginnen. Is deze formulering uitsluitend door de wens tot een eufemistische uitdrukkingwijze ingegeven?

Een kardinaal punt bij de toepassing van de voorgestelde regeling zal zijn de vraag wat onder onbehoorlijk bestuur zal worden begrepen. De bewindsman zij onmiddellijk toegegeven dat het in sommige gevallen niet gemakkelijk zal zijn de grens scherp te trekken. De toevoeging van het woord «kennelijk» is stellig een verbetering. Toch blijft er ook nu nog een «grijze zone». Het kwam deze leden gewenst voor in de schriftelijke voorbereiding te streven naar maximale klaarheid. Kunnen de bereikte resultaten inzake het leerstuk van de onrechtmatige daad hier steun bieden? Voorkomen dient toch te worden dat, zoals de bewindsman in ander verband (memorie van antwoord, blz. 4) opmerkt, de rechter op de stoel van de ondernemer plaats neemt, en dat het van zijn subjectieve beoordeling zou afhangen of in een bepaald geval van onbehoorlijk bestuur gesproken kan worden of niet. Zonder ook maar enigermate afbreuk te willen doen aan het vertrouwen in de objectiviteit van de Nederlandse rechter leek het deze leden toch wenselijk hem zo duidelijk mogelijke richtlijnen mee te geven. Hij heeft daar in zekere zin recht op.

Uit diverse passages in de memorie van antwoord valt op te maken dat tot onbehoorlijk bestuur niet gerekend wordt: ondoordacht, onzakelijk, gebrekkig of onverstandig bestuur. De kern is en blijft: benadeling van schuldeisers. Het element van verwijtbaarheid (schuld) mag niet ontbreken. De vraag rijst of er van opzet (oogmerk) sprake moet zijn. In hoeverre wordt dit opzet(oogmerk)-vereiste geobjectiveerd? Wordt misbruik c.q. onbehoorlijk bestuur reeds aangenomen indien benadeling van schuldeisers het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de handeling of nalatigheid was? Vergelijk de passage bovenaan blz. 21 van de memorie van antwoord.

Het valt op dat in de memorie velerlei alternatieve benamingen voor onbehoorlijk (bestuur) gehanteerd worden: onbetamelijk, onverantwoordelijk, onzorgvuldig bestuur. Hebben deze leden goed begrepen dat onder omstandigheden zelfs onbekwaam bestuur als onbehoorlijk kan worden beschouwd? Of moet misschien – met het oog op het woord «kennelijk» – voor al deze alternatieve aanduidingen gelezen worden: verregaand onbetamelijk, onverantwoordelijk, etc.?

Enerzijds worden in de memorie van antwoord (blz. 14) «gedragingen die erop gericht zijn of die er wel toe moeten leiden dat het ondernemingsrisico wordt afgewenteld op de schuldeisers» als misbruik aangemerkt, terwijl anderzijds (blz. 34) wordt opgemerkt dat de door de wet gegeven beperking van aansprakelijkheid – essentieel voor het instituut rechtspersoon – «wel bescherming moet bieden tegen de risico's van het ondernemerschap». Afhankelijk van de grens die hier getrokken wordt zal het goede gebruik van de rechtspersoon bevorderd en het misbruik bestreden worden.

Tot slot stelden deze leden nog enkele vragen over punten die in de marge van de voorstellen aan de orde geweest zijn.

Zo zouden zij gaarne zien dat nader onderzoek en studie verricht wordt naar de gedachte van de z.g. definitieve afrekening. Heeft de bewindsman ter zake bepaalde voornemens?

Op blz. 7 van de memorie van antwoord wordt meegedeeld dat op het departement een wetsontwerp wordt voorbereid dat beoogt vennootschappen die geen activiteiten (meer) uitoefenen op eenvoudige wijze te ontbinden en te schrappen uit het handelsregister. In welk stadium bevindt zich deze voorbereiding?

Op blz. 37 van de memorie spreekt de bewindsman naar aanleiding van de geuite vrees dat als gevolg van de regeling van het wetsontwerp de vlucht naar buitenlandse rechtsvormen zal toenemen als zijn oordeel uit dat het om een randverschijnsel gaat. De vraag is echter of dit zo zal blijven nadat dit ontwerp kracht van wet gekregen zal hebben.

Wat betreft de toepasselijkheid van de regeling op in Nederland werkende buitenlandse vennootschappen is het antwoord van de bewindsman enigszins aarzelend. Hij zou die vraag niet zonder meer ontkennend willen beantwoorden. Valt op dit punt een meer stellig antwoord te geven?

ARTIKELEN

Artikel I onder A

Artikel 4a

De leden van de P.v.d.A.-fractie vroegen of het simpelweg laten vervallen van de woorden «of commissaris» nu wel een duidelijk verbod inhoudt. Zijn voor een verbod om een rechtspersoon als commissaris te laten optreden geen aanvullende bepalingen in de afdelingen 5 en 6 van titel 3 geboden?

De leden van de fractie van D'66 waren de minister erkentelijk, dat hij hun suggestie om de woorden «of commissaris» te schrappen heeft gevolgd. Ook met de gegeven uitwerking in de artikelen 47, 140 en 250 konden deze leden zich verenigen.

Met betrekking tot deze bepaling geeft de minister op blz. 18 van de memorie van antwoord een uiteenzetting over de disculpatiemogelijkheden voor bestuurders van een rechtspersoon-bestuurder, die afwijkt van hetgeen deze leden in de bepaling lezen. Uit het woord «tevens» zou volgen dat ook de bestuurders van een bestuurder-rechtspersoon zich op de in de wet gegeven disculpatiemogelijkheden kunnen beroepen.

Deze leden betwijfelden of de door de minister gegeven lezing taalkundig stand kan houden. Wil de minister een bepaling met die strekking in het leven roepen – waartegen deze leden uiteindelijk geen bezwaar zouden maken – zou het dan geen aanbeveling verdienen de woorden «tevens hoofdelijk» te vervangen door «op overeenkomstige wijze»? In deze laatste woorden kan een verwijzing naar de disculpatiemogelijkheden zowel als naar de hoofdelijkheid begrepen worden geacht.

Artikel I, onder B en D

Artikelen 138 en 248

De leden van de P.v.d.A.-fractie vonden het vanzelfsprekend dat een gering verzuim niet ogenblikkelijk het vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling doet ontstaan, maar zij vreesden dat de nu gekozen tekst zonder uitgebreide toelichting van hetgeen een «onbelangrijk verzuim» is tot eindeloze problemen in de praktijk zal leiden. Kan de regering nader aanduiden welke verplichtingen van bestuurders en/of commissarissen onder dit begrip gebracht zouden kunnen worden?

Deze leden waren verheugd te vernemen dat deze regeling ook op buitenlandse vennootschappen kan worden toegepast. Geldt zij ook, zo vroegen zij, voor buitenlandse rechtspersonen die als bestuurder fungeren maar hier geen hoofdzetel noch feitelijke zetel hebben? Hoe kan de aansprakelijkstelling dan geëffectueerd worden? Valt deze toepasselijkheid ook te verwachten voor wetsontwerp 16 530?

De bij de nota van wijziging voorgestelde wijziging, inhoudend dat een onbelangrijk verzuim bij het niet tijdig publiceren van de jaarstukken niet in aanmerking komt om als onbehoorlijk bestuur te worden aangemerkt, achtten de leden van de C.D.A.-fractie een verbetering. Zou de minister enige voorbeelden kunnen geven van hetgeen hij onder «een onbelangrijk verzuim» verstaat, zo vroegen ook deze leden.

Met waardering hadden de leden van de V.V.D.-fractie kennisgenomen van de uitvoerige beantwoording van hun opmerkingen betreffende de artikelen 138 en 248 op de bladzijden 25 en volgende van de memorie van antwoord. Met deze beantwoording konden zij zich grotendeels verenigen. De navolgende vragen bleven echter bestaan.

Op bladzijde 29, tweede alinea, wordt gesteld dat de processuele aspecten in het vierde lid van de genoemde artikelen inderdaad wat al te summier waren uitgewerkt. «Men moet verschillende situaties onderscheiden», aldus de memorie. «Indien het faillissement sneller wordt afgewikkeld dan de procedure tegen de bestuurders, zijn er geen moeilijkheden».

De aan het woord zijnde leden merkten hierbij op dat het toch de curator is die de actie ex artikel 138 c.q. 248 in voorkomend geval instelt. Dit betekent dat het faillissement, ingeval een dergelijke actie wordt ingesteld, niet kan worden afgewikkeld, omdat anders de curator door de beëindiging van het faillissement niet meer als zodanig kan optreden. Immers ingevolge artikel 193 Faillissementswet dient de curator aan de geverifieerde schuldeisers het bedrag van hun vorderingen uit te keren of neemt, zodra de slotuitdelingslijst verbindend is geworden, het faillissement een einde, behoudens het bepaalde in artikel 194. Na verloop van één maand doet de curator verantwoording van zijn beheer aan de rechter-commissaris en dient hij de boeken en papieren tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de schuldenaar af te geven.

In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat de actie uit artikel 138, lid 1, juist wordt ingesteld omdat de boedel een tekort heeft. Het leek deze leden dan ook toe dat, gelet op vorenstaande argumenten, het praktisch onmogelijk is en ook in strijd met de wet zou zijn indien de procedures ex artikel 138 en 248 niet synchroon zouden lopen met het faillissement, c.q. dat het faillissement eerder zou kunnen zijn afgewikkeld dan vorenbedoelde procedures.

De tweede casuspositie, besproken op blz. 29 van de memorie, gaat uit van de situatie dat de procedure tegen de bestuurders sneller verloopt dan de afwikkeling van het faillissement. Met de daarvoor gekozen oplossing konden de leden van de V.V.D.-fractie zich verenigen. Immers dan ontstaan er geen problemen voor de curator, zoals eerder door hen is uiteengezet.

Op de bladzijden 30 en 31 wordt de kwestie van het causaal verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement behandeld, en de vraag beantwoord, door deze leden gesteld, over de curator die het causaal verband tussen taakvervulling en het faillissement aannemelijk dient te maken. In de laatste zinsnede van de eerste alinea van blz. 31 wordt echter toch weer via de achterdeur van de rechter het verband tussen de gedraging van het bestuur en de omvang van het bedrag waarvoor het bestuur aansprakelijk is, ingevoerd. De vraag is daarbij gewettigd of er een wezenlijk verschil bestaat met de schade die de crediteuren lijden, welke schade immers bestaat in het tekort dat uit het faillissement voortvloeit. Het is die schade die de preferente en de concurrente crediteuren lijden.

Ook bij de beantwoording van de opmerking van G.P.V.-fractie wordt terecht nadrukkelijk gesteld: «Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat die schade neerkomt op het tekort in het faillissement».

Aangaande het derde lid van de artikelen 138 en 248 merkten de leden van de V.V.D.-fractie nog op dat de vraag dient te worden gesteld, of de bewijslast van de bestuurder die meent niet aansprakelijk te zijn voor een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een cumulatieve is, met andere woorden: of hij moet bewijzen zowel dat die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is, alsook dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Het leek deze leden vooralsnog toe, dat wanneer iemand bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is, hij vrijuit gaat en dat het derhalve niet noodzakelijk is dat hij daarnaast ook nog bewijst dat hij niet nalatig is geweest maatregelen te treffen om de gevolgen af te wenden.

Voorts meenden deze leden dat, waar in het eerste lid van de artikelen 138 en 248 het woordje «kennelijk» is ingevoegd, zulks ook zou moeten geschieden in het derde lid; dat in elk geval moet worden gesproken van «kennelijk onbehoorlijke taakvervulling». Hetzelfde geldt voor de leden 4 en 6.

Ook wezen deze leden erop, dat in het vervallen vierde lid bepaald werd dat de curator aanvulling kan vorderen van het tekort. In het achtste lid wordt de curator nog genoemd. Nu de artikelen ervan uitgaan dat de curator de desbetreffende actie instelt, leek het hun eleganter, juist en ook duidelijker dit met zoveel woorden in het eerste lid te vermelden, zoals ook in de thans nog geldende tekst van de artikelen 138 en 248 geschiedt.

In verband met het voorgaande vroegen deze leden zich af, of het geen aanbeveling zou verdienen een regeling te treffen die het mogelijk maakt dat gedupeerde crediteuren zelf de bestuurders aanspreken ingeval de curator zou weigeren een actie in te stellen.

De leden van de V.V.D.-fractie bleven van opvatting dat in de Faillissementswet een bepaling dient te worden opgenomen waardoor het aan geen twijfel onderhevig is dat de commissie van crediteuren de curator kan dwingen tot het instellen van een rechtsvordering als bedoeld in de artikelen 138 en 248. Huns inziens is het twijfelachtig of een dergelijke actie beschouwd kan worden als «een bepaalde handeling» als bedoeld in artikel 69 Faillissementswet. Artikel 78 van deze wet geeft immers geen actief recht aan de commissie van crediteuren, c.q. aan de crediteur.

De uitvoerige uiteenzetting van de minister over het begrip «misbruik», de term «onbehoorlijk bestuur» en de strekking van de artikelen 138 en 248 bevredigden de leden van de fractie van D'66 niet in alle opzichten. De minister stelt dat artikel 138 (248) in het verlengde ligt van artikel 8. Naar de mening van deze leden mag niet uit het oog worden verloren dat artikel 138 (248) geen toepassing vindt in de verhouding tot de vennootschap, maar in die tot de crediteuren, en derhalve moet worden aangemerkt als een uitwerking van artikel 1401 BW. De materiële vraag is voorts niet wat onder «misbruik» moet worden verstaan, maar onder welke omstandigheden de in artikel 1401 vastgelegde norm mag worden verzwaaard op de wijze als wordt voorgesteld. Men bedenke dat er sprake is van ten minste een drievoudige verzwarende: de bestuurder is niet aansprakelijk voor de door hem veroorzaakte schade, maar voor het «tekort»; de causaliteit tussen de gedraging en het tekort hoeft niet te worden aangetoond, geëist wordt slechts dat «aannemelijk is» dat de gedraging een belangrijke oorzaak is van het faillissement; bij niet voldoen aan de boekhoud- en publicatieplicht wordt de vereiste causaliteit tussen gedraging en faillissement vermoed. De minister meende aanvankelijk dat voor deze krasse verzwarende reeds aanleiding is bij onbehoorlijk bestuur. In de benadering van de hier aan het woord zijnde leden zou het element van persoonlijk voordeel een rol moeten spelen met daarnaast als algemene categorie het geval dat het faillissement te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van een bestuurder. De minister stelt nu voor te spreken van «kennelijk onbehoorlijk bestuur», zulks echter met de toevoeging dat dit naar zijn oordeel «een minder strenge toetssteen vormt dan de thans in de artikelen 138 en 248 gebruikte term grove schuld of grove nalatigheid» (blz. 21 memorie van antwoord).

Met de toevoeging «kennelijk» komt de minister inderdaad een eindweegs tegemoet aan de bezwaren van deze leden. Anders dan de minister zien zij echter niet dat deze toetssteen «minder streng» zou zijn dan die van «grove schuld of grove nalatigheid», zeker niet wanneer gesproken wordt van «geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid», zoals thans in de artikelen 138 en 248. Is een situatie denkbaar waarin gezegd kan worden dat het faillissement voor een belangrijk deel wordt veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur, terwijl het toch niet te wijten (of mede te wijten) is aan grove schuld of grove nalatigheid van een bestuurder? Indien de minister het per saldo met deze leden eens zou kunnen zijn dat hier geen meetbaar verschil is, zou hij dan niet willen overwegen de thans in artikel 138 (248) voorkomende term «grove schuld of grove nalatigheid» te handhaven? Een belangrijk voordeel is dat deze terminologie beter aansluit bij artikel 1401 BW en dat de mystificerende aansluiting bij artikel 8 wordt vermeden.

Van de mystificatie die de hier aan het woord zijnde leden op het oog hadden geeft de minister zelf een voorbeeld op blz. 36 van de memorie van antwoord. Gesteld wordt daar dat in het voorgestelde artikel (248) voortgebouwd wordt op de aan artikel 8 ten grondslag liggende gedachtengang en uitgegaan wordt van een collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur voor met name het financiële beleid van de vennootschap. Dat het bestuur collectief verantwoordelijk is voor het financieel beleid wil echter niet zeggen dat alle handelingen van bestuurders, die financiële consequenties hebben, moeten worden aangemerkt als «taakvervulling» door «het bestuur». Men bedenke hierbij dat naar de wet iedere bestuurder tot vertegenwoordiging van de vennootschap bevoegd is. Stel nu dat één van de drie bestuurders van een vennootschap buiten medeweten van zijn collega's, op het terrein dat tot zijn werkkring behoort, een roekeloze speculatieve transactie afsluit die tot het faillissement van de vennootschap leidt. De medebestuurders zullen niet aansprakelijk zijn in de zin van artikel 8 omdat de aangelegenheid niet mede tot hun werkkring behoort, of in elk geval omdat zij zich kunnen disculperen. In de voorgestelde opzet van artikel 138 (248) komt men aan deze vragen niet eens toe omdat er geen

sprake is van een handeling van «het bestuur». Het gevolg is dat ook de handelende bestuurder niet zal kunnen worden aangesproken uit artikel 138 (248). De conclusie moet naar de mening van de leden van de fractie van D'66 zijn, dat artikel 138 moet worden toegespitst op handelingen van individuele bestuurders. Een aparte vraag is of daarnaast hoofdelijkheid moet worden geïntroduceerd. Nu het aansprakelijkheids criterium in elk geval wordt verscherpt, konden zij daarmee vrede hebben.

Op blz. 38 van de memorie van antwoord gaat de minister in op de bezwaren van deze leden tegen de tekst van lid 2. Geen verschil van mening bestaat er tussen de minister en deze leden over het belang van een behoorlijke naleving van de boekhoud- en publicatieplicht. Dat echter het bestuur zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld indien het deze verplichtingen niet nakomt, volgt reeds uit de artikelen 14 en 394. Overbodig zijn daarom de woorden «heeft het zijn taak niet behoorlijk vervuld en». Tegen de overblijvende tekst blijft dan nog het bezwaar bestaan dat het bestuur het causaal verband moet weerleggen tussen niet nader gespecificeerd onbehoorlijk bestuur en het faillissement, welke moeilijkheid terugkomt in lid 3. Voor dit probleem is wel een oplossing te bedenken, maar daartoe zou in de eerste plaats moeten worden afgestapt van de ongelukkige ophanging van de regeling aan «onbehoorlijk bestuur».

Het probleem van de bewijslast zal zich niet voordoen wanneer de curator kan stellen dat hij geen boekhouding heeft aangetroffen. Hoe echter indien de curator meent dat de boekhouding onvolledig is? Op wie rust dan de bewijslast van de volledigheid?

De leden van de fractie van D'66 betreurden het dat de minister geen aanleiding ziet voor een andere verdeling van de bewijslast indien de vennootschap faillieert kort na de oprichting of de aanvang van de bedrijfsactiviteiten. In een dergelijk geval is immer het vermoeden gerechtvaardigd dat roekeloos is omgesprongen met de belangen van de crediteuren. Heeft niet een soortgelijke overweging geleid tot toevoeging van een zin aan het derde lid van artikel 93 (203)?

Artikel I, onder N

Artikel 203, derde lid

De leden van de V.V.D.-fractie kwamen terug op hun opmerkingen, betrekking hebbend op het geval dat op het moment van de betrokken rechtshandeling de in lid 3 van artikel 203 bedoelde wetenschap aanwezig was, maar nadien een situatie is ontstaan waarin de vennootschap de door haar bekrachtigde handeling niet nakomt terwijl zij daartoe wel in staat is. De minister blijkt met deze leden van mening, dat er in dat geval niets op tegen is dat degeen die met de oprichter gehandeld heeft eerst de vennootschap uitwint indien vaststaat dat deze solvent is. Maar, aldus de bewindsman, wanneer onzeker is dat de vennootschap solvent is, zou het te ver gaan om van degeen die met de oprichter handelde te verlangen dat hij eerst de vennootschap uitwint alvorens degeen aan te spreken die namens de vennootschap in oprichting handelde. De minister meent dat daardoor de positie van degeen die met de oprichter handelde onredelijk verzwakt zou worden. Weigert de vennootschap na bekrachtiging van de handeling de daaruit voortvloeiende verplichting na te komen, dan moet degeen die met de oprichter handelde wel aannemen dat de vennootschap daartoe niet in staat is.

De hier aan het woord zijnde leden vonden deze redenering niet overtuigend. Wanneer de vennootschap weigert de bekrachtigde handeling na te komen, betekent zulks nog niet dat de derde-belanghebbende weet dat de vennootschap insolvent is, c.q. dat die vennootschap daadwerkelijk insolvent is. Dat kan pas blijken na veroordeling en een vervolgens plaatsgehad hebbende executie. Deze leden konden dan ook niet inzien dat de positie van degeen die met de oprichter handelde onredelijk verzwakt zou worden in de zin als door de minister bedoeld.

Bovendien wordt bij de redenering in de memorie van antwoord vergeten, dat wanneer de oprichter door de belanghebbende in rechte wordt aangesproken, hij de vennootschap meestal, en terecht, in vrijwaring zal roepen. Dan zal toch – maar dan door middel van een gecompliceerder en tijdrovende procedure – het standpunt zoals door deze leden in het voorlopig verslag uiteengezet worden geëffectueerd.

De voorzitter van de commissie,
Kosto

De waarnemend griffier van de commissie,
Mulder