Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 1983–1984

16 631 Wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen

Nr. 9

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET EINDVERSLAG

Ontvangen 24 augustus 1984

Het verheugt mij dat de aan het woord zijnde leden van de fractie van de P.v.d.A. met waardering hebben kennis genomen van de memorie van antwoord. Ook ik ben van mening dat de beide tegen misbruik van rechtspersonen gerichte wetsontwerpen spoedig zullen moeten worden ingevoerd. De nota naar aanleiding van het eindverslag van wetsontwerp 16 530 is in maart 1984 uitgebracht zodat de behandeling van deze wetsontwerpen gelijktijdig zal kunnen plaatsvinden.

Met de leden van de P.v.d.A.-fractie ben ik het eens, dat zowel ter bescherming van het stelsel van sociale zekerheid als ter bescherming van het bona fide bedrijfsleven mala fide ondernemingen zoveel mogelijk uit het sociaal-economische leven geweerd dienen te worden. Daarom is de uitbetaling van de toepassing van de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW voorgesteld tot verenigingen en stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. De aan het woord zijnde leden vroegen of deze uitbreiding wel in alle gevallen tot een redelijke oplossing leidt. Zij achten de voorgestelde uitbreiding nog te beperkt. Waarom, zo vragen zij, is alleen het onderworpen zijn aan de heffing van de vennootschapsbelasting als criterium genomen en is niet ook gedacht aan het ondernemingscriterium van de wet op de omzetbelasting?

Ik merk hierover, na overleg met het departement van Financiën, het volgende op. In de eerste plaats herinner ik eraan, dat het criterium van onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting ook geldt voor het wetsontwerp 16 530. In dat wetsontwerp was aanvankelijk voorgesteld in beginsel te abstraheren van het al dan niet commerciële karakter of het onderworpen zijn aan enige belasting. Blijkens het voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie was deze van mening, dat dit te ver ging en dat er reden was om niet-commerciële verenigingen en stichtingen van de regeling van het wetsontwerp uit te zonderen. Daarop is het wetsontwerp gewijzigd, waarbij het criterium van het onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting werd geïntroduceerd. Met dat criterium wordt naar mijn mening op juiste wijze uitvoering gegeven aan de wens om niet-commerciële verenigingen en stichtingen uit te sluiten. Toepassing van het criterium ontleend aan de Wet op de omzetbelasting in wetsontwerp 16 631 – en dan ook in wetsontwerp 16 530 – zou ertoe leiden dat een aantal rechtspersonen die volgens de bedoeling van de vaste commissie dienden te worden uitgesloten weer onder de regeling vallen. Immers, het omzetbelastingcrite-

rium is zeer ruim. Uit de jurisprudentie blijkt, dat een natuurlijk persoon of een rechtspersoon reeds tot ondernemer wordt bestempeld, indien er een rechtspersoon reeds tot ondernemer wordt bestempeld, indien er een duurzaam streven is om door deelneming aan het maatschappelijk verkeer maatschappelijke behoeften te bevredigen. Het al of niet streven naar winst is hierbij niet van belang. Niet-commerciële verenigingen en stichtingen zijn dan ook veelal als ondernemer in de zin van de Wet op de omzetbelasting 1968 aan te merken. Het kan niet de bedoeling zijn, deze verenigingen en stichtingen onder de regeling te laten vallen. Het lijkt mij dan ook onjuist om het omzetbelastingcriterium te gaan hanteren. Ik merk hierbij nog op, dat de keuze van het vennootschapsbelastingcriterium in wetsontwerp 16530 in het eindverslag over dat ontwerp geen kritiek heeft ontmoet.

De aan het woord zijnde leden waren minder gelukkig met de wijziging die inhoudt dat in de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW een aansprakelijkheid wegens «kennelijk onbehoorlijk» handelen of nalaten is neergelegd. Zij vernamen graag hoe dit begrip moet worden geïnterpreteerd. Naar de mening van de aan het woord zijnde leden wordt met het begrip «kennelijk» een nogal vage norm geïntroduceerd waarmee de rechtspraktijk zeker geen dienst wordt bewezen. Het komt mij voor dat deze vrees van de aan het woord zijnde leden geen grond kan vinden in de uiteenzettingen die in de memorie van antwoord zijn gewijd aan de redenen waarom het woord «kennelijk» is toegevoegd. De bedoeling van die toevoeging is duidelijk te maken, dat in geval van twijfel of er van onbehoorlijke taakvervulling sprake is, de bestuurders van de rechtspersoon het voordeel van de twijfel wordt gegund. Alleen dus wanneer de onbehoorlijkheid als het ware in het oog springt, is er aansprakelijkheid. De toevoeging dient om de beduchtheid weg te nemen, die terecht door leden van verscheidene fracties werd gevoeld, dat een ondernemer te snel in de aansprakelijkheidszone zou kunnen belanden. Dat zou onredelijk zijn gezien het feit dat het ondernemen nu eenmaal uit de aard van de zaak een riskante bezigheid is en dat een ondernemer vaak snel moet beslissen in situaties die hij op dat moment wellicht nog niet voldoende grondig heeft kunnen onderzoeken. De grens die loopt tussen onverantwoordelijk handelen en het nemen van risico's bij bepaalde transacties die zakelijk verantwoord zijn, kan nu eenmaal niet steeds scherp worden getrokken. Voor die beduchtheid heb ik begrip willen tonen. De rechtspraktijk wordt daarmee naar mijn oordeel gediend, immers er wordt haar een aanwijzing gegeven hoe zij in deze gevallen het begrip «onbehoorlijk bestuur» moet benaderen. Bij de interpretatie van «kennelijk onbehoorlijk» moet niet alleen gelet worden op wat iedereen in het maatschappelijk verkeer zou vinden – gedrag waarvan de onbehoorlijkheid bij wijze van spreken in ieders oog springt –, maar ook op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen. Uiteraard is uiteindelijk het oordeel van de rechter beslissend. Deze zal zich daarbij moeten richten naar de omstandigheden van het concrete geval en moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, bezien op het tijdstip van dat handelen of nalaten, als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt. Zoals in de memorie van antwoord reeds uitvoerig is betoogd, is wijsheid achteraf daarbij uit den boze. Ik hoop met deze uiteenzettingen de vragen van de aan het woord zijnde leden bevredigend te hebben beantwoord. Ik moge wellicht ten overvloede nog opmerken, dat de wetgever nu eenmaal niet verder kan gaan dan door het gebruik van bepaalde termen aan te geven wat is bedoeld. De rechtspraktijk zal aan de hand van de concrete situaties de inhoud van het gebruikte rechtsbegrip nader bepalen.

De aan het woord zijnde leden vernemen voorts graag of alleen gedrag dat jegens crediteuren als onbehoorlijk geldt, tot deze aansprakelijkheid dient te leiden of dat ook het belang van werknemers, of ruimer: het belang van de werkgelegenheid, onder het vennootschappelijk belang mag worden gerekend. Zij wilden een vermelding van dit belang uitdrukkelijk bepleiten. In dit verband verwezen deze leden naar de gevoerde discussie

over de interpretatie van de Faillissementswet. Ik wil er als reactie op deze opmerkingen op wijzen, dat in zoverre werknemers crediteuren zijn van de rechtspersoon, ook zij – in feite de bedrijfsvereniging die hun loon heeft uitgekeerd – door de voorgestelde bepalingen van de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW worden beschermd. Voorts vraag ik mij af of het belang van de schuldeisers en dat van de werknemers inderdaad zo scherp moet worden onderscheiden.

Onbehoorlijk bestuur heeft betrekking op de bestuursverantwoordelijkheid in het algemeen. Daarbij dient met alle betrokken belangen rekening te worden gehouden. Zo dient ook het belang van de schuldeisers niet uit het oog te worden verloren. Het is dus niet zo dat het voortzetten van een bedrijf in het belang van de werkgelegenheid terwijl het verlies lijdt, bestuurders van aansprakelijkheid vrijwaart. Uitdrukkelijke vermelding van het belang van de werkgelegenheid voor beoordeling van de vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur lijkt mij niet juist. Ook zonder vermelding in de wet zal met het belang van de werkgelegenheid evenals met alle andere belangen rekening kunnen worden gehouden.

De aan het woord zijnde leden meenden dat met een verwijzing naar de behandeling in de openbare commissievergaderingen van het ISMO-interimrapport niet kan worden volstaan, omdat sommige vragen daarin niet ten gronde zijn behandeld. In het bijzonder denken deze leden aan twee vragen, namelijk de overdracht van aandelen van besloten vennootschappen zonder enige toetsingsmogelijkheid en voorts het niet kenbaar zijn van de aandeelhouders in het handelsregister in geval van wijzigingen in het aandeelhouderschap na de oprichting. Wat betreft de eerste vraag wijs ik erop dat in de memorie van antwoord niet slechts is verwezen naar de behandeling van het ISMO-rapport, maar dat ik daarin tevens als mijn mening heb gegeven dat het verschijnsel van de lege vennootschap niet bestreden zou moeten worden door het preventief toezicht op aandelenoverdrachten toe te passen, omdat het bonafide bedrijfsleven daardoor te zeer gedupeerd zou worden. In dat verband heb ik voorts gewezen op andere methoden om lege vennootschappen op te ruimen en zo te voorkomen dat zij in de handel worden gebracht. Bij de behandeling van het ISMO-interimrapport heb ik mij op dit punt ondubbelzinnig uitgelaten in de zin, dat de bezwaren van een dergelijk stelsel bepaald groter zijn dan de verwachte voordelen. Verwijzing naar deze uitspraken moet dan ook in mijn ogen voldoende en duidelijk zijn, zie in het bijzonder de Handelingen UCV 44, 13 juni 1983, inzake 17 050 en 17 522, blz. 44–4. De intrekking van de hierop betrekking hebbende motie-Linschoten (nr. 16) heeft bij mij de indruk gewekt dat de voorstellers van die motie zelf ook tot de conclusie waren gekomen dat de door hen voorgestelde oplossing inderdaad «niet ideaal» is. Ik heb zelf gewezen op andere mogelijkheden. Die worden nog onderzocht. Omdat het een wijziging van de Handelsregisterwet betreft, is mijn ambtgenoot van Economische Zaken daarbij mede betrokken.

De tweede vraag komt overeen met het voorstel van het CNV in zijn brief van 3 april 1981. Over dit voorstel is in het voorlopig verslag inzake wetsontwerp 16 530, blz. 3, punt 9 door de aan het woord zijnde leden een vraag gesteld. In het antwoord op deze vraag (memorie van antwoord, blz. 8) heeft mijn ambtsvoorganger erop gewezen dat tegenover mogelijke voordelen van de grotere openheid nadelen staan voor het bedrijfsleven, dat er een te rechtvaardigen belang bij kan hebben dat bepaalde vervlechtingen van ondernemingen niet naar buiten komen. Ook is niet gebleken dat voor opsporing van fraude de openbaarheid van het aandeelhoudersregister noodzakelijk is. Bij de behandeling in de UCV van het interimrapport van de ISMO heb ik voorgesteld te zullen bezien of het niet mogelijk is om bij voorbeeld de fiscus of andere instanties die dit zou kunnen aangaan, de gelegenheid te geven een afschrift van het aandeelhoudersregister in te zien, bij voorbeeld door dit als bijlage over te leggen bij een aangifte. Thans kan ik meedelen dat het in het voornemen van de staatssecretaris van Financiën ligt voor besloten vennootschappen in het aangiftebiljet

vennootschapsbelasting de verplichting op te nemen opgave te doen van alle gerechtigden in de vennootschap. Op dit moment moeten bij de aangifte slechts die aandeelhouders worden vermeld die bestuurder en/of commissaris van de vennootschap zijn. Mede gezien deze ontwikkelingen zijn de staatssecretaris van Economische Zaken, de heer Van Zeil, en ik van mening dat een wijziging van de Handelsregisterwet waardoor ook de gegevens omtrent aandeelhouders voor een ieder toegankelijk zijn, niet nodig of wenselijk is.

De aan het woord zijnde leden sloten zich aan bij het pleidooi van de leden van de V.V.D.-fractie voor een aangifteplicht van de curator. In de memorie van antwoord heb ik daaromtrent een mededeling gedaan over een experiment dat in het arrondissement Arnhem is ondernomen betreffende een eenvoudige gestandaardiseerde procedure voor het verstrekken van inlichtingen door de curator ter zake van eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk wegens het geheel of gedeeltelijk ontbreken van boekhouding en administratie. Slaagt dit experiment, dan kan de beproefde werkwijze worden ingevoerd in alle andere arrondissementen. Ik meen dat deze procedure voordelen heeft boven een aangifteplicht van curatoren, waartegen de Nederlandse Orde van Advocaten bezwaren heeft aangevoerd.

De leden van de fractie van het C.D.A. zijn van mening dat de tijd die sinds de vaststelling van het voorlopig verslag en de inzending van de memorie van antwoord is verlopen nuttig is besteed. Het doet mij genoegen van deze positieve beoordeling van de memorie van antwoord en de nota van wijziging kennis te nemen. De aan het woord zijnde leden menen dat door de toevoeging van het woord «kennelijk» een verdere objectivering van het begrip onbehoorlijk bestuur is aangebracht, waaruit blijkt dat voor een ieder duidelijk moet zijn dat op het moment waarop de desbetreffende bestuurshandelingen werden verricht, er sprake was van een gedrag van de bestuurder dat ten aanzien van de schuldeisers als onbehoorlijk moet worden aangemerkt. Deze opvatting van de aan het woord zijnde leden kan ik in zoverre onderschrijven, dat het woord «kennelijk» inderdaad bedoelt aan te geven, dat in geval van een onduidelijke situatie er geen aansprakelijkheid van de bestuurders mag worden aangenomen. De vraag of die duidelijkheid er voor een ieder moet zijn of dat een verdergaande eis mag worden gesteld, namelijk dat die duidelijkheid er moet zijn voor verstandige ondernemers in een zelfde of aanverwante tak van bedrijvigheid, heb ik reeds besproken in mijn antwoord op de opmerkingen van de leden van de fractie van de P.v.d.A., en wel in die zin dat het laatstbedoelde criterium in mijn opvatting inderdaad moet worden gehanteerd. Hier mag dunkt mij een meer op de bijzondere situatie van bestuurders van rechtspersonen die een onderneming drijven, toegespitst criterium worden gehanteerd. Men zou een vergelijking kunnen trekken met bij voorbeeld de aansprakelijkheid van een stuurman op een schip: of hij kennelijke fouten in de navigatie heeft gemaakt moet niet worden afgemeten aan het oordeel van een willekeurige leek op het gebied van de besturing van schepen, maar aan het oordeel van een vakbekwame verstandige stuurman in dezelfde categorie van activiteit als de betrokkene. Overigens kan ik het eens zijn met de opmerking, dat de rechter deze vraag altijd zal beoordelen met inachtneming van alle feiten en omstandigheden met betrekking tot het bestuurlijk handelen.

De aan het woord zijnde leden geven als hun mening dat van onbehoorlijk bestuur sprake zal zijn, wanneer de bestuurder kennelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Inderdaad, maar het antwoord op de vraag wanneer het handelen kennelijk verwijtbaar is, moet steeds worden getoetst aan het oordeel van een verstandig bestuurder in een vergelijkbare situatie. De vraag wat verwijtbaar is kan immers verschillend worden beoordeeld afhankelijk van de omstandigheden, maar ook van de norm die gesteld moet worden bij die beoordeling. In de memorie van antwoord is op dit

punt mijns inziens voldoende duidelijkheid betracht. Een belangrijk uitgangspunt in dit opzicht is dat bestuurders niet onfeilbaar behoeven te zijn, maar dat zij wel moeten instaan voor het bezitten van bepaalde kwaliteiten die van hen kunnen worden verwacht. Ik moge in dit verband nog verwijzen naar hetgeen ik heb geantwoord in de nota naar aanleiding van het eindverslag inzake wetsontwerp 16 530 op vragen van de leden van de fractie van D'66 over een nadere uitleg van de term «onbehoorlijk» (blz. 17).

De aan het woord zijnde leden hadden nog behoefte aan een nadere toelichting van de woorden «redelijk en billijk oordeel» in een zin van de memorie van antwoord die betrekking heeft op de wijze waarop de rechter de vraag, wat onder kennelijk onbehoorlijk bestuur moet worden verstaan, moet benaderen. Die woorden kunnen dunkt mij als volgt worden geduid: de rechter moet alle feiten en omstandigheden van het geval in zijn beoordeling betrekken en zowel aansprakelijkheidsverzachtende omstandigheden als aansprakelijkheidsverzwarende omstandigheden wegen. Zo kan meespelen de mate van ervarenheid van bestuurders, de vraag of hun specifieke ervaring en bekwaamheid op bepaalde gebieden een rol moet spelen bij de beoordeling van hun gedrag, de vraag of de omstandigheden waarin zij handelden uitzonderlijk waren of dat zij handelden in een situatie waarin geen onzekere factoren een rol speelden. Het is bijzonder moeilijk in abstracto aan te geven hoe een dergelijke afweging dient te geschieden. In feite moet de rechter bij de uitoefening van zijn handwerk steeds streven naar een redelijk en billijk oordeel. In die redelijkheid en billijkheid moet in het gegeven geval steeds worden verdisconteerd, dat ondernemen een riskant vak is, dat beslissingen van besturen van ondernemingen vaak snel moeten worden genomen en dat daarbij niet zelden veel factoren moeten worden meegewogen die onzeker zijn en ten slotte, dat de grens tussen gedurfd ondernemerschap en roekeloos en onverantwoord handelen vaak niet haarscherp is te trekken. Ik hoop met het vorenstaande de aan het woord zijnde leden thans voldoende inzicht te hebben verschaft in mijn gedachten over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid door de rechter bij de beantwoording van de vraag wat als kennelijk onbehoorlijk bestuur moet worden aangemerkt.

Hetgeen de leden van de V.V.D.-fractie opmerken in de eerste volle alinea van hun beschouwingen op blz. 3 van het eindverslag kan ik in het algemeen onderschrijven. Daarin klinkt door dat in de opvatting van de aan het woord zijnde leden niet alleen misbruik van rechtspersonen aanwezig is wanneer door onbehoorlijk bestuur het faillissement van een bepaalde rechtspersoon wordt veroorzaakt, maar ook wanneer door constructies met rechtspersonen (besloten vennootschappen) een ondoorzichtig geheel wordt geschapen waarbij met het vermogen dan zo wordt gemanipuleerd, dat de schuldeisers praktisch geen verhaal hebben. Ook naar mijn mening moet misbruik van rechtspersonen in die ruime zin worden opgevat. Het onderhavige wetsontwerp heeft daarop overigens geen betrekking.

De aan het woord zijnde leden vervolgen hun beschouwingen met het uitspreken van hun teleurstelling dat fraudeurs in het algemeen persoonlijk minimale gevolgen van hun handelingen ondervinden en dat uiteindelijk, in verband mede met moeilijkheden inzake de bewijslevering, maar tegen een gering aantal fraudeurs een strafrechtelijk optreden tot een veroordeling leidt. Juist omdat strafrechtelijk optreden niet steeds mogelijk is en ook niet steeds leidt tot een bevredigend resultaat, is het nodig dat op het gebied van het burgerlijke recht de misbruikbestrijding met kracht wordt aangepakt. Wetsontwerp 16 530 en het onderhavige ontwerp zijn uit dat streven voortgekomen.

Ik onderschrijf voorts de mening van de aan het woord zijnde leden, dat het onderhavige wetsontwerp – en ook wetsontwerp 16 530 zou ik daaraan willen toevoegen – zo snel mogelijk kracht van wet moeten krijgen. Een voortvarende behandeling van deze wetsontwerpen door regering en parlement in gezamenlijke inspanning kan daartoe leiden.

Het verheugt mij, dat de aan het woord zijnde leden konden instemmen met de bij nota van wijzigingen voorgestelde uitbreiding tot verenigingen en stichtingen die onderworpen zijn aan de heffing van de vennootschapsbelasting. De hantering van dit criterium brengt overigens niet *alle* sportverenigingen buiten de werking van het wetsontwerp.

Naar aanleiding van het gestelde op blz. 2 van de memorie van antwoord over de positie van een algemene ledenvergadering in geval van paulianeus handelen door het bestuur van een vereniging merken de aan het woord zijnde leden 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 doelstelling van de vereniging en dat het bestuur gehouden is de besluiten van de algemene vergadering uit te voeren.

Vroeger werd op grond van artikel 43, lid 1 W.v.K. (oud), waaraan artikel 40, lid 1 Boek 2 BW ontleend is, wel verdedigd dat de algemene vergadering van de n.v. de hoogste macht in de n.v. had. Artikel 40, lid 1 Boek 2 BW bepaalt nl. dat in de vereniging aan de algemene vergadering alle bevoegdheden toekomen, die niet door de wet of de statuten aan andere organen zijn opgedragen. In het algemeen werd dan met de stelling «de algemene vergadering heeft de hoogste macht» bedoeld dat de algemene vergadering andere organen, zoals het bestuur, opdrachten kan geven over de wijze waarop die organen hun bevoegdheden dienden te gebruiken. Sinds het arrest van de Hoge Raad van 21 januari 1955, NJ 1959, nr. 43 (Forumbank-arrest), waarin de Hoge Raad duidelijk heeft gesteld dat de algemene vergadering van een n.v. niet bevoegd is het bestuur opdrachten te geven op het terrein waarop het bestuur bevoegd is, wordt deze opvatting niet meer aanvaard. Ik kan het betoog van de aan het woord zijnde leden op dit punt dan ook niet onderschrijven.

Deze leden merken op dat men zich kan afvragen of, wanneer de algemene vergadering van haar bevoegdheid gebruik heeft gemaakt om het bestuur «kennelijke onbehoorlijke» handelingen «op te dragen» – welke bevoegdheid in mijn visie niet bestaat – deze vergadering en haar leden niet zouden moeten worden beschouwd als «degene die het beleid van de vennootschap (rechtspersoon) heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder» (artikel 138, lid 7 Boek 2 BW). Het is niet de bedoeling van het zevende lid een orgaan dat binnen de grenzen van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheden gehandeld heeft, als feitelijke bestuurder aan te merken. Een orgaan dat zijn bevoegdheid heeft overschreden door het bestuur opdrachten te geven, kan onder omstandigheden wel als feitelijk bestuurder worden aangemerkt. Zo zal op grond van artikel 138, zevende lid, een moedervennootschap aansprakelijk kunnen zijn voor de schulden van de dochtervennootschap als zij zich als grootaandeelhoudster feitelijk als bestuurder van de dochtervennootschap heeft gedragen. Zie in dit verband ook blz. 18 van de memorie van toelichting van wetsontwerp 16530. Moeilijker voorstelbaar is het dat een algemene ledenvergadering van een vereniging als beleidsbepaler wordt aangemerkt, omdat niet gemakkelijk voldaan zal zijn aan het criterium «als ware hij bestuurder». Aan de door deze leden genoemde praktische bezwaren – het traceren van de natuurlijke personen die aan de besluitvorming hebben meegewerkt en de vraag of degenen die hebben tegengestemd buiten de aansprakelijkheid vallen – komt men dan niet toe. Wel is het mogelijk dat een of meer leden die niet formeel bestuurder zijn van een vereniging, in feite de touwtjes in handen hebben en als beleidsbepaler kunnen worden aangemerkt.

De aan het woord zijnde leden hadden bezwaar tegen een passage in de memorie van antwoord, inhoudende dat ingeval niet aan de schulden aan de fiscus en de bedrijfsvereniging kan worden voldaan, deze schulden mede deel uitmaken van het tekort waarvoor de curator de bestuurders kan aanspreken, maar dat ook de fiscus en de bedrijfsvereniging zelf de bestuurders ter zake aansprakelijk kunnen stellen. Zij achtten dit antwoord verwarrend. Naar hun mening hebben de fiscus en de bedrijfsvereniging

juist niet meer een rechtstreekse actie tegen de bestuurders, maar treedt de curator mede voor hen op, in zijn kwaliteit. Naar de mening van de aan het woord zijnde leden is het dan ook onjuist te spreken van de vordering van de curator en van voorrang van de vorderingen van de fiscus en de bedrijfsvereniging boven die vordering. Naar het mij voorkomt verliezen de hier aan het woord zijnde leden bij hun kritische opmerkingen uit het oog, dat de vorderingen van de fiscus en de bedrijfsvereniging gegrond zijn op de regeling van wetsontwerp 16 530. Het zijn vorderingen op de bestuurders van de rechtspersoon en niet op de (failliete boedel van de) rechtspersoon zelf. Wel hebben zij ook een vordering op de rechtspersoon zelf. Hun vordering op de bestuurders ontstaat eerst, wanneer gebleken is dat de rechtspersoon in gebreke is (artikel 16d, lid 4, Coördinatiewet Sociale Verzekering). In geval van faillissement van de rechtspersoon kan de curator in zijn hoedanigheid en ten behoeve van de boedel een rechtsvordering uit de artikelen 138 respectievelijk 248 Boek 2BW tegen de bestuurders instellen. Ook hebben de fiscus en de bedrijfsvereniging een vordering op de bestuurders uit hoofde van wetsontwerp 16 530. De vorderingen van fiscus en bedrijfsvereniging zijn bevoorrecht boven die van de boedel. De gewraakte passage van de memorie van antwoord houdt daarom naar mijn mening stand. In dit verband wil ik erop wijzen, dat de hier aan de orde zijnde problematiek uitvoerig is behandeld in het eindverslag inzake wetsontwerp 16 530 – zie blz. 9/10 en in de nota naar aanleiding van dat eindverslag. Ik moge daarnaar verwijzen (blz. 15/16).

De aan het woord zijnde leden staan nog uitvoerig stil bij de rol die de curator zou kunnen (dan wel moeten) spelen in verband met door hem bij het onderzoek van de boekhouding geconstateerde vermoedelijke overtredingen van de strafwet, met name de artikelen 340 e.v. Zij vragen of binnen het bestek van artikel 69 Faillissementswet mogelijk zou zijn dat de schuldeisers of de commissie van schuldeisers de rechter-commissaris verzoeken, de curator te bevelen aangifte te doen. Deze vraag is tot dusverre noch in de rechtspraak, noch in de rechtsleer aan de orde gesteld. Men kan er dunkt mij verschillend over denken. De RCO beantwoordt – overigens zonder nadere adstructie – de vraag bevestigend, zie punt 3 van het commentaar van deze raad van 30 mei 1984. Men kan er evenwel ook van uitgaan, dat het in beginsel niet mogelijk is dat iemand door een rechterlijk bevel wordt gedwongen gebruik te maken van een bevoegdheid tot het doen van aangifte. Daarmee zou die bevoegdheid als het ware worden omgezet in een verplichting. De uitspraak van de rechter-commissaris lijkt voorts enigszins vooruit te lopen op de beslissing die op de aangifte zal worden gegeven. Dat lijkt mij niet juist. Ik vraag mij dan ook af of de weg van artikel 69 Fw. hie inderdaad open staat. Overigens is de vraag, wat het belang kan zijn om die weg te begaan. Ingevolge artikel 161 Strafvordering kan immers een schuldeiser ook rechtstreeks aangifte doen. Zoals ik hiervoor reeds heb medegedeeld naar aanleiding van opmerkingen van de leden van de fractie van de P.v.d.A. is in het arrondissement Arnhem een experiment ondernomen met een eenvoudige procedure voor het verstrekken van inlichtingen door de curator. Hierna zal bij de beantwoording van vragen van de leden van de S.G.P.-fractie nader op deze procedure worden ingegaan. Deze procedure kan, indien dit experiment slaagt, ook in andere arrondissementen worden ingevoerd. Mij dunkt dat op deze wijze een bevredigende oplossing van het probleem kan worden bereikt. Met de aan het woord zijnde leden ben ik het eens dat de curator in zijn verslag op grond van artikel 137 Faillissementswet een mededeling behoort op te nemen over de toestand waarin hij de boekhouding en administratie van de failliet heeft aangetroffen. Dat verslag is openbaar en het openbaar ministerie kan daaraan gegevens ontlenen met het oog op de instelling van een strafrechtelijk onderzoek. Niet in alle gevallen evenwel wordt een dergelijk verslag gemaakt. De procedure die in het Arnhemse experiment wordt gevolgd, kan dan ook niet worden gemist.

Het stemt tot voldoening, dat de leden van de fractie van D'66 van oordeel zijn dat de meeste in het wetsontwerp voorgestelde wijzigingen als verbeteringen mogen worden aangemerkt. De kennisneming van de memorie van antwoord heeft deze leden kennelijk milder gestemd ten opzichte van het wetsontwerp, dat door hen aanvankelijk uiterst kritisch werd benaderd. Ook dat doet mij genoegen.

De hier aan het woord zijnde leden kwamen nog terug op hun opmerkingen in het voorlopig verslag over de vlucht naar buitenlandse rechtspersonen. Zij ontwaren op dit punt bij mij een rooskleurige visie. Zij zouden graag nadere gegevens ontvangen, waarmee die visie nader kan worden onderbouwd. Ik heb in de memorie van antwoord op dit punt niet zonder opzet gesproken van een indruk. Het valt bij voorbeeld op dat in de dagbladen niet of nauwelijks nog wordt geadverteerd door lieden die de voordelen van door hen te koop aangeboden buitenlandse vennootschappen aanprijzen. Uit ambtelijke contacten met de Vereniging van Kamers van Koophandel en Fabrieken in Nederland blijkt dat er weliswaar nog geen concrete gegevens kunnen worden geproduceerd over de mate waarin buitenlandse rechtspersonen in Nederland worden gebruikt om Nederlandse beschermingsbepalingen te ontgaan, maar dat er daarover bij de medewerkers van de handelsregisters wel duidelijke indrukken bestaan. Enige jaren geleden werd een aantal buitenlandse vennootschappen ingeschreven ten aanzien waarvan een vermoeden van misbruik of oneigenlijk gebruik zou hebben kunnen bestaan. Het aantal wordt geschat op 150 à 200. Hiervan is inmiddels een aantal gefailleerd of opgeheven. Bij de Kamers, voor zover zij al ervaring hebben met dit verschijnsel, bestaat in het algemeen de indruk dat door de acties van de Justitie en door de negatieve publiciteit en goede voorlichting, deze vorm van misbruik is afgenomen. Aan deze mededeling wil ik nog toevoegen, dat het aantal ooit ingeschreven buitenlandse vennootschappen mij in vergelijking met het aantal ingeschreven Nederlandse besloten en naamloze vennootschappen bepaald niet verontrustend hoog lijkt. Ik heb er voorts alle vertrouwen in dat het verschijnsel niet van blijvende aard zal zijn, aangezien ik mij niet kan indenken dat verstandige Nederlandse ondernemers ook na de negatieve publiciteit die er over deze zogenaamde buitenlandse vennootschappen is geweest, nog gemakkelijk in de verleiding zullen komen om van in een of andere exotische uithoek van de wereld opgerichte vennootschappen gebruik te maken. Evenzeer heb ik er vertrouwen in dat degenen die met dergelijke vreemde (in meer dan één betekenis van het woord) vennootschappen zaken doen, op hun hoede zullen zijn ten aanzien van de betrouwbaarheid van hun contractpartners. De vraag is of het werkelijk nodig is de al te naïeve slachtoffers te beschermen. Wie zou niet begrijpen dat het oppassen geblazen is, wanneer hij met een dergelijke buitenlandse vennootschap van doen heeft, waarvan de directeur doorgaans opvallend vlot Nederlands spreekt? Ook voor de fiscus en de bedrijfsverenigingen geldt, dat zij zeer in het bijzonder met deze buitenlandse vennootschappen op hun hoede moeten zijn en een alert invorderingsbeleid moeten volgen. De omstandigheid dat de vennootschappen in het buitenland zijn opgericht, staat er overigens geenszins aan in de weg dat zij onderhevig zijn aan heffing van belastingen en premies op dezelfde voet als Nederlandse vennootschappen. In dit verband wil ik er nogmaals op wijzen, dat de regelingen van wetsontwerp 16530 ook toepasselijk zijn op dergelijke vennootschappen. Zie memorie van antwoord ter zake wetsontwerp 16530, blz. 15–16. Vertrouwen mag worden gesteld in de rechtspraak en de rechtsleer om, als het moet, korte metten te maken met zogenaamde buitenlandse rechtspersonen die blijken in hoofdzaak of zelfs uitsluitend in Nederland werkzaam te zijn, waarvan de bestuurders kennelijk de landstaal beter beheersen dan de taal van de incorporatiestaat van hun vennootschap, waarbij hun antecedenten kennelijk van dien aard zijn, dat zij het departementale onderzoek daarnaar dat bij oprichting van een Nederlandse vennootschap pleegt te worden ingesteld moeten duchten. Niet alleen enkele beschouwingen in de litteratuur geven mij dat

vertrouwen, zoals de aan het woord zijnde leden veronderstellen, maar in de eerste plaats mijn overtuiging dat de Nederlandse rechter als het erop aankomt op zijn gezonde oordeel zal afgaan. (Zie bij voorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Breda van 21 september 1982, NJ 1984, 283 en Rechtbank Amsterdam van 17 november 1982, NJ 1984, 139). Hij zal niet ingaan op fantasterijen over de bescherming, die buitenlandse vennootschappen zouden bieden aan Nederlandse ondernemers die zich schuldig maken aan mala fide praktijken. Zou mijn vertrouwen in dat opzicht onverhoopt beschaamd worden en zou de praktijk van het toevlucht zoeken bij bedenkelijke buitenlandse vennootschappen inderdaad bedreigend worden voor een gezond bedrijfsleven, dan zal ten leste moeten worden omgezien naar wettelijke maatregelen om het euvel te keren. Dan zal wel weer het protest weerklinken dat de goeden – de bona fide buitenlandse vennootschappen – onder de kwaden moeten lijden. Tot slot van deze beschouwingen moge ik nog verwijzen naar hetgeen ik omtrent buitenlandse vennootschappen heb opgemerkt in de nota naar aanleiding van het eindverslag inzake wetsontwerp 16 530, blz. 2–3. De ontwikkelingen ten aanzien van misbruik van buitenlandse rechtspersonen worden te mijnen departemente nauwlettend gevolgd. Zoals de zaken er thans bijstaan, zie ik geen noodzaak tot wettelijke maatregelen.

De leden van de fractie van D'66 hadden de indruk dat de Kamers van Koophandel zich ter zake passief opstellen. Worden, zo informeerden deze leden, door de Kamers ook controles uitgevoerd naar eventueel gefingeerde namen van bestuurders en van buitenlandse rechtspersonen?

Mede namens de staatssecretaris van Economische Zaken kan ik hierover het volgende meedelen.

Op grond van het bepaalde in het Handelsregisterbesluit (Stb. 1956, 432) onderzoekt de secretaris van een Kamer van Koophandel en Fabrieken in de eerste plaats of een opgaaf voor het handelsregister afkomstig is van de opgaafplichtige of diens gemachtigde, en vervolgens of de opgaaf naar vorm en inhoud voldoet aan de ingevolge de wet daarvoor geldende voorschriften (artikelen 5 en 6, eerste lid). Indien de secretaris niet overtuigd is van de juistheid van de opgaaf, pleegt hij om nadere toelichting c.q. bewijsstukken te vragen. Het ligt in de bedoeling bij een in voorbereiding zijnde wijziging van het Handelsregisterbesluit, welke naar verwachting nog dit kalenderjaar tot stand zal komen, de bevoegdheid van de secretaris om nadere bewijsstukken te vragen, uitdrukkelijk vast te leggen. Een nader bewijsstuk kan bij voorbeeld zijn een legitimatiebewijs van een bestuurder, of een verslag van de algemene vergadering van aandeelhouders, waaruit blijkt dat in de opgaaf genoemde bestuurders inderdaad als zodanig zijn benoemd.

Wat de inschrijving van buitenlandse rechtspersonen betreft kan in aanvulling op het bovenstaande voorts worden opgemerkt, dat de secretaris in dat geval pleegt te vragen om een uittreksel uit het handelsregister van het land waar de onderneming is gevestigd, waaruit blijkt dat deze daar is ingeschreven, en voorts om een gewaarmerkt afschrift van de statuten van de onderneming. In dit verband zij ook nog gewezen op artikel 14 van de Handelsregisterwet (Stb. 1976, 398), dat bepaalt dat een buiten Nederland gevestigde onderneming mede moet opgeven wat ingevolge de wetgeving van dat land omtrent de onderneming ter inschrijving in het handelsregister wordt opgegeven of op andere wijze wordt openbaar gemaakt.

Indien een opgaafplichtige persisteert bij een door de secretaris onjuist geachte opgaaf, is de secretaris uiteindelijk verplicht de opgaaf in te schrijven (artikel 6, tweede en derde lid, van het Handelsregisterbesluit). Dit hangt samen met de rechtszekerheidsfunctie van het handelsregister, die is neergelegd in artikel 31 van de Handelsregisterwet. In zo'n geval kan de Kamer van Koophandel en Fabrieken evenwel een vordering tot doorhaling van de betrokken inschrijving bij de kantonrechter aanhangig maken, dan wel aangifte doen van overtreding van artikel 33 van de Handelsregisterwet,

dat het doen van een onjuiste opgaaf strafbaar stelt. Indien de situatie daartoe aanleiding geeft, zullen de Kamer niet aarzelen deze maatregelen te nemen.

Uit het bovenstaande blijkt, dat de Kamer van Koophandel en Fabrieken zich allerminst passief opstellen. Voorts beschikken zij naar de mening van voornoemde staatssecretaris en mij, zeker na de hierboven reeds vermelde wijziging van het Handelsregisterbesluit, met betrekking tot de controle op de juistheid van opgaven voor het handelsregister over voldoende bevoegdheden. Wijziging van de Handelsregisterwet op dit punt wordt dan ook niet overwogen. Wat betreft de vraag van genoemde leden welke stappen in Europees verband worden ondernomen zij opgemerkt, dat op dat terrein geen initiatieven worden ontplooid. Overigens is ons niet duidelijk aan wat voor «Europese» maatregelen de hier aan het woord zijnde leden denken.

Zoals uit het voorgaande moge volgen, zie ik in de problematiek met betrekking tot buitenlandse vennootschappen geen aanleiding de materie van de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW onder te brengen in de Faillissementswet. Het is ook niet duidelijk waarom dit een oplossing voor die problematiek zou geven. Door overbrenging naar de Faillissementswet verliezen deze bepalingen niet hun karakter van aansprakelijkheidsrechtelijke bepalingen. De Faillissementswet heeft uitsluitend betrekking op de faillissementsprocedure en de verdeling van de failliete boedel onder de schuldeisers. Zij regelt geen aansprakelijkheid, ook niet de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders indien hun onbehoorlijk bestuur het faillissement in belangrijke mate heeft veroorzaakt, en zij behoort dat ook niet te doen.

Dat een curator niet gemakkelijk bestuurders van een zogenaamde buitenlandse vennootschap zal aanspreken op grond van de artikelen 138 of 248 2 BW heeft naar mijn mening minder uitstaande met de internationaal privaatrechtelijke moeilijkheden die hij dan moet overwinnen, als wel met het vermoeden dat ondernemers die hun toevlucht moeten zoeken tot zulke evident verdachte praktijken wel weinig verhaal zullen bieden. Dat is trouwens in het algemeen een reden waarom de toepassing van deze artikelen in vele gevallen niet zal kunnen worden overwogen.

De leden van de S.G.P.-fractie konden ook instemmen met de strekking van het wetsontwerp in zoverre het de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen nastreeft. Ik neem van die instemming met erkentelijkheid kennis en sta aan de zijde van de aan het woord zijnde leden, wanneer zij opmerken dat versterking van de civielrechtelijke middelen naast de bestaande strafrechtelijke middelen gewenst is. Ook de beperking van de geldigheidsduur van de verklaring van geen bezwaar en de verscherping van de toets van het preventieve toezicht had hun instemming. Met de aan het woord zijnde leden hoop ik, dat van dit complex wettelijke maatregelen een sterke preventieve werking zal uitgaan.

Verschillende passages in de memorie van antwoord alsmede enkele aspecten van de nota van wijzigingen hadden echter vragen bij deze leden opgeroepen. Allereerst vroegen zij waarom er kennelijk 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 gedeeltelijk ontbreekt, zodat het vermoeden bestaat van overtreding van de artikelen 340 e.v. van het Wetboek van Strafrecht. Welke activiteiten ontplooit het openbaar ministerie? Waarom doen curatoren zo weinig aangifte? Welke criteria hanteert het openbaar ministerie voor zijn beleid?

Naar aanleiding van het rapport van het WODC heb ik overleg gepleegd met de Nederlandse Orde van Advocaten. Van die zijde werd mij medewerking toegezegd met betrekking tot het doen van aangifte door curatoren van vermoedelijke overtreding van de artikelen 340 e.v. van het Wetboek van Strafrecht, mits daartoe een eenvoudige administratieve procedure zou kunnen worden ontwikkeld. Ik leid daaruit af dat vele advocaten, overigens

ten onrechte, menen dat het doen van aangifte in dit soort van gevallen nogal wat administratieve rompslomp teweeg brengt. Ook lijkt bij de advocatuur de mening te hebben postgevat dat het openbaar ministerie aan aangiften geen strafrechtelijk gevolg geeft. Het is stellig juist dat niet iedere aangifte zal kunnen leiden tot een strafvervolging, maar ook dan biedt een aangifte het openbaar ministerie belangrijke informatie die van nut kan zijn bij de bepaling van de juiste prioriteiten op het terrein van de fraudebestrijding. Van mijn kant heb ik verder bevorderd dat een werkgroep uit het openbaar ministerie te Arnhem zich zal beraden op een betere aanpak. Daartoe heeft deze werkgroep overleg gepleegd met de rechtbank te Arnhem en de plaatselijke orde van advocaten. Dit heeft ertoe geleid dat de handleiding die de rechter-commissaris in faillissementszaken aan faillissementscuratoren voor de aanvang van hun werkzaamheden pleegt uit te reiken, is aangevuld met een vragenlijst toegesneden op de constatering van overtredingen van de artikelen 340 e.v. van het Wetboek van Strafrecht en die, na op een bepaalde manier te zijn ingevuld, kan worden toegezonden aan het openbaar ministerie waardoor op eenvoudige wijze een aangifte tot stand komt. Zoals ik hiervoor reeds vermeld heb, wordt met dit systeem thans geëxperimenteerd. Het ziet er naar uit dat het zich zal lenen voor invoering in alle arrondissementen. Eerst daarna zal het openbaar ministerie in de gelegenheid zijn te beoordelen of een veelheid van aangiften die daaruit zou kunnen resulteren, aanleiding zou moeten geven tot de vaststelling van richtlijnen met betrekking tot het opsporings-, vervolgings- en straftoemetingsbeleid. Vaststelling van richtlijnen op dit ogenblik moet weinig zinvol worden geacht, omdat thans nog te incidenteel klachten of aangiften wegens vermoedelijke overtreding van de genoemde artikelen de politie of het openbaar ministerie bereiken.

De aan het woord zijnde leden stemden in met de uitbreiding van de ontworpen regeling van de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW tot andere rechtspersonen dan naamloze en besloten vennootschappen. Zij vroegen hoe het gesteld is met de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen, werkzaam op het terrein van het onderwijs en de gezondheidszorg. Deze rechtspersonen zijn meestal niet onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. Faillissementen doen zich in deze sector weinig voor. Mij is geen reden bekend waarom juist rechtspersonen die werkzaam zijn op het terrein van onderwijs en gezondheidszorg, uit een opzicht van misbruik en fraude met grotere argwaan zouden moeten worden bezien dan andere niet-commerciële rechtspersonen. Ik moge de aan het woord zijnde leden voorzoveel nodig in herinnering brengen dat wetsontwerp 16 530, zoals het destijds door mijn ambtsvoorganger en de toenmalige betrokken bewindslieden van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Financiën is voorgesteld, in beginsel geen onderscheid maakte tussen wel en niet-commerciële rechtspersonen. Op uitdrukkelijk verlangen van de in het voorlopig verslag inzake dat wetsontwerp aan het woord zijnde fracties van de vaste Commissie voor Justitie is toen door de regering bij nota van wijzigingen dat onderscheid wel aangebracht met als criterium het onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting. Wat kan nu wel de reden zijn om op deze door regering en parlement in eensgezindheid genomen beslissing terug te komen ten aanzien van rechtspersonen in de sector van onderwijs en gezondheidszorg? De aan het woord zijnde leden weiden daarover bij hun vraag niet uit. In het eindverslag inzake wetsontwerp 16 530 is daarover ook geen aanwijzing te vinden. Ik houd het er daarom op, dat er geen aanleiding is om op dit punt nog weer differentiaties in het wetsontwerp (en in wetsontwerp 16 530) aan te brengen. Deze zouden de inzichtelijkheid ervan ook bepaald niet ten goede komen.

Het doet mij genoegen, dat de aan het woord zijnde leden konden instemmen met de verlenging tot één jaar van de in artikelen 43 en 45 van de Faillissementswet genoemde termijnen.

De verruiming – bedoeld zal zijn: verscherping – van het criterium voor de afgifte van de verklaring van geen bezwaar waarmede de aan het woord zijnde leden even tevoren hun instemming hadden betuigd, deed bij hen toch nog de vraag rijzen, hoe ver mijn departement wenst te gaan in de beoordeling van de kwaliteiten van de a.s. bestuurders van vennootschappen.

De verscherping van het criterium heeft betrekking op de gronden waarop de verklaring van geen bezwaar kan worden geweigerd en zal in voorkomende gevallen eerder tot een zodanige weigering kunnen leiden. Het heeft evenwel geen invloed op de wijze waarop het antecedentenonderzoek wordt verricht. Met de verscherping van het toetsingscriterium is dan ook niet beoogd een wijziging te introduceren of een uitbreiding te geven voor wat betreft de mate waarin en de wijze waarop de kwaliteiten en hoedanigheden van de toekomstige beleidsbepalers van de op te richten vennootschap worden beoordeeld. Uit de door de leden van de S.G.P.-fractie geciteerde passages op blz. 11 en 34 van de memorie van antwoord mag niet worden afgeleid dat zulk een beoordeling uitsluitend achteraf, nadat de desbetreffende persoon reeds als bestuurder van een rechtspersoon heeft gefunctioneerd, mogelijk is. In het gestelde op blz. 11 van dat stuk is een voorbeeld gegeven van een geval waarin het vermoeden gewettigd lijkt dat de personen die volgens de bij het departement ingediende notariële akte of het ontwerp daarvan als eerste bestuurders of beleidsbepalers van de op te richten vennootschap zullen optreden, te weinig bekwaamheden bezitten om een vennootschap te leiden. Het ontbreken van bepaalde kwaliteiten en hoedanigheden die nodig zijn om de taak te kunnen vervullen kan bij de uitoefening van het preventief toezicht op vennootschappen ook worden geconstateerd indien de persoon die het beleid zal bepalen of mede bepalen niet eerder als zodanig bij een vennootschap betrokken is geweest. Betrokkene kan bij voorbeeld in het kader van zijn bedrijfsvoering buiten het verband van een rechtspersoon blijk hebben gegeven van gebrek aan vakmanschap of van financiële onkunde.

De aan het woord zijnde leden konden met het voorgestelde principe van de hoofdelijke aansprakelijkheid der bestuurders in beginsel akkoord gaan. De in de memorie van antwoord verdedigde stelling betreffende de collectieve verantwoordelijkheid van alle bestuurders voor het financiële beleid van de vennootschap (rechtspersoon) riep bij hen echter ernstige vragen op. Een belangrijke vraag achtten de aan het woord zijnde leden, of het uitgangspunt dat de individuele bestuurders, ook al behoort het financiële beleid van de vennootschap niet direct tot hun aandachtsgebied in het kader van de interne verdeling van werkzaamheden binnen het bestuur, tot betrokkenheid bij het bestuursbeleid in het algemeen en tot (mede) waakzaamheid ten aanzien van de financiële toestand van de vennootschap zijn gehouden, in alle gevallen wel reëel mag heten. Met name wanneer het om niet-professionele bestuurders gaat die juist vanwege geheel andere kwaliteiten dan financiële deskundigheid zijn aangetrokken, menen de aan het woord zijnde leden dat het te ver gaat om op hun schouders de volle medeverantwoordelijkheid voor het financiële beleid te doen rusten, wanneer zij zich overigens bekwaam van hun taak hebben gekweten. Dit bezwaar klemt te meer, nu het wetsontwerp geen individueel matigingsrecht kent naast de mogelijkheid voor een individuele bestuurder om zich te disculperen.

Ik wil er allereerst op wijzen dat het verschijnsel van niet-professionele bestuurders zich vooral voordoet in de niet-commerciële sfeer, waarop het wetsontwerp dus geen betrekking heeft.

Het hier door de leden van de S.G.P.-fractie aan de orde gestelde probleem is door mijn ambtsvoorganger en de toenmalige betrokken bewindslieden van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Financiën besproken in de memorie van antwoord inzake wetsontwerp 16530 (zie blzz. 17–18). Ik moge allereerst naar die uiteenzettingen, waarmede ik het eens kan zijn, verwijzen.

Ik wil zeker niet de ogen sluiten voor het risico van aansprakelijkheid voor bestuurders die zich krachtens de interne werkverdeling binnen het bestuur van de rechtspersoon niet in het bijzonder met het financieel beleid bezig houden. Zou men hen evenwel op deze grond een mogelijkheid tot bevrijding van die aansprakelijkheid of tot matiging daarvan toekennen, dan wordt daarmee een inbreuk gemaakt op wat ook ik als een belangrijk beginsel van rechtspersonen- en vennootschapsrecht beschouw, namelijk de verantwoordelijkheid – en in verband daarmee ook de aansprakelijkheid – voor het financieel beleid van de rechtspersoon (vennootschap) van het gehele bestuur als zodanig. Dit beginsel leidt ertoe, dat alle bestuurders het als hun taak moeten zien om zich op dit punt actief met het bestuursbeleid in te laten, ook al is dat niet hun dagelijkse taak, en het dwingt hen tot waakzaamheid, in het bijzonder indien de financiële gang van zaken in de rechtspersoon (vennootschap) tot zorg aanleiding geeft. Ik zie daarin een waarborg dat geen roekeloos, onverantwoord en individualistisch beleid wordt gevoerd, waarvan de schuldeisers de dupe kunnen worden.

De aan het woord zijnde leden wezen op de moeilijkheden die zouden verbonden zijn aan de toepassing van het nieuwe criterium «dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.» Dit is vooreerst een verbetering ten opzichte van de huidige wetstekst bezien vanuit het gezichtspunt van de aansprakelijke bestuurders, omdat bij dit nieuwe criterium voor het aannemen van aansprakelijkheid een zwaardere voorwaarde moet zijn vervuld dan het bewijs dat het faillissement ten dele is veroorzaakt door het onverantwoordelijk bestuur. Anderzijds stelt de toepassing van dit ten opzichte van de huidige wet enigszins verfijnde criterium de wetstoepasser wellicht voor grotere problemen dan de huidige wetstekst. Dit wordt evenwel weer in belangrijke mate opgevangen door de bepaling die bepaalde feiten als het ontbreken van een behoorlijke boekhouding of het niet tijdig publiceren van de jaarstukken kwalificeert als onbehoorlijk bestuur, waardoor het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt. Dat dit samenstel van bepalingen de rechter voor onoplosbare problemen stelt zie ik niet. Dat een verfijning van wetsbepalingen aan de toepassing daarvan in het algemeen hogere eisen stelt valt niet te ontkennen, maar moet mijns inziens worden beschouwd als de prijs die men nu eenmaal moet betalen voor rechtsverfijning. Rechtsverfijning is echter des rechters handwerk. Vandaar mijn, zeker niet uitsluitend door de wens tot eufemistische behandeling van het probleem ingegeven opvatting, dat het niet bij voorbaat vaststaat, dat de rechter met het nieuwe criterium weinig zal kunnen beginnen.

De aan het woord zijnde leden beschouwen de vraag wat onder onbehoorlijk bestuur is te begrijpen terecht als een van de kardinale punten bij de toepassing van de voorgestelde regeling. Ik kan het ook met de overige beschouwingen van de aan het woord zijnde leden in het algemeen wel eens zijn, in het bijzonder met de stelling dat moet worden voorkomen dat de rechter plaats neemt op de stoel van de ondernemer. In de memorie van antwoord heb ik op verschillende plaatsen getracht aan te geven, wat mijns inziens onder onbehoorlijk bestuur moet worden verstaan. In de nota naar aanleiding van het eindverslag inzake wetsontwerp 16530 heb ik aan het slot naar aanleiding van vragen van de leden van de fractie van D'66 opnieuw daarover beschouwingen ontvouwd (blz. 17). De aan het woord zijnde leden vragen of de bereikte resultaten inzake het leerstuk van de onrechtmatige daad steun kunnen bieden. Een vergelijking met de jurisprudentiële ontwikkeling van dat leerstuk is ongetwijfeld leerzaam. Ook daar staat de rechtspraak voor de taak een zeer algemeen geformuleerd voorschrift (niet te handelen in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed) in elk concreet geval als het ware te vertalen in een fijnere norm die tegelijkertijd dan ook weer niet algemeen bruikbaar kan zijn. Zoals ik hiervoor reeds heb opgemerkt, reken ik dat tot des rechters handwerk. Ik heb ten volle vertrouwen in de bekwaamheid van de rechter om aan de

hand van de wetstekst en de talrijke daarover in de voorbereidende schriftelijke stukken gegeven beschouwingen, nadere verduidelijkingen en gegeven voorbeelden, in het concrete geval tot een rechtvaardige beslissing te komen. Richtlijnen daarover kan ik hem evenwel niet geven. Het is ook de vraag, wat dergelijke richtlijnen naast de tekst van de wet zouden kunnen betekenen. Denken de aan het woord zijnde leden bij voorbeeld aan de departementale richtlijnen inzake de toepassing van het preventieve toezicht bij de oprichting van naamloze en besloten vennootschappen? Het gaat daarbij om richtlijnen voor de administratie – in casu het departement van justitie – bij de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid. Dergelijke richtlijnen kunnen evenwel niet door de regering worden voorgeschreven aan de onafhankelijke rechter. Anders dan de aan het woord zijnde leden ben ik van mening, dat de rechter het zal moeten doen met de wetstekst en dat hij zo nodig in parlementaire behandeling en ook in de later wellicht op dit stuk te ontwikkelen rechtsleer steun moet vinden bij de toepassing van de wet in het concrete geval.

Inderdaad is er bij onbehoorlijk bestuur een element van schuld en verwijtbaarheid. Dat is er in elk geval, wanneer er opzet tot benadeling van de schuldeisers in het spel is. Doch evenals bij onrechtmatig handelen moet het aanwezig zijn van deze schuld ook reeds worden aangenomen, *wanneer benadeling van de schuldeisers het redelijkerwijs te verwachten* gevolg van het handelen of nalaten van het bestuur is. Schoolvoorbeeld is dat de bestuurders transacties aangaan, waarvan zij kunnen weten dat de rechtspersoon deze niet zal kunnen nakomen. Zowel in de schriftelijke behandeling van wetsontwerp 16 530 als van het onderhavige wetsontwerp is er van regeringszijde steeds van uitgegaan, dat het begrip misbruik niet te eng moet worden opgevat. Daaronder moet niet alleen regelrechte fraude en bedrog worden gerekend, maar ook duidelijk onverantwoordelijk, roekeloos, onzorgvuldig gedrag. Ik moge verwijzen naar de uitvoerige beschouwingen in de memorie van antwoord naar aanleiding van vragen van de leden van de fractie van D'66, die in het voorlopig verslag eveneens zeer pertinente vragen hebben gesteld aangaande de inhoud van de term onbehoorlijk bestuur (blz. 31 e.v.). De aan het woord zijnde leden hebben inderdaad goed begrepen dat onder omstandigheden ook onbekwaam bestuur als onbehoorlijk kan worden beschouwd. Door de toevoeging van het woord «kennelijk» wordt slechts beoogd te bereiken dat in twijfelgevallen geen aansprakelijkheid wordt aangenomen, niet dat het onbehoorlijke gedrag alleen relevant is wanneer het «verregaand onbehoorlijk» is. Onbekwaamheid van bestuurders is mijns inziens gelijk te stellen met onverantwoordelijkheid in die gevallen waarin de bestuurders duidelijk onder de maat zijn wat betreft hun kwaliteiten om als bestuurder van een rechtspersoon te fungeren. Bestuurders moeten instaan voor het bezit van die kwaliteiten die nodig zijn om hun functie behoorlijk te vervullen. Is dat niet het geval, dan behoren toch niet de schuldeisers het slachtoffer te worden van het ontbreken van die kwaliteiten.

Ik kan de beschouwing van de aan het woord zijnde leden met betrekking tot de door hen geciteerde passages van de memorie van antwoord op de bladzijden 14 en 34 onderschrijven. Inderdaad is beoogd in de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW een grens te trekken die het goede gebruik van rechtspersonen bevordert en misbruik bestrijdt. Hier ligt in de wet een kernpunt van rechtspersonen- en vennootschapsrecht, evenals in artikel 1401 BW een kernpunt van het recht inzake het onderscheid tussen maatschappelijk toelaatbaar en ontoelaatbaar gedrag is gelegen. Juist om die reden moeten deze artikelen in Boek 2 worden gehandhaafd en zou overbrenging ervan naar de Faillissementswet, zoals door sommigen wordt voorgestaan, volstrekt onvoldoende recht doen aan de betekenis van deze bepalingen.

De aan het woord zijnde leden hebben de wens uitgesproken dat nader onderzoek en studie zal worden verricht naar de gedachte van de z.g. definitieve afrekening. Hoewel vermoedelijk niet van groot praktisch belang, kan dit punt bij een eventuele herbezinning op de Faillissementswet,

zoals aangegeven in het door mij gegeven antwoord op de vragen van de heer Van der Burg (Aanhangsel Handelingen Tweede Kamer 1982–1983, nr. 1145, blz. 2289–2290), worden meegenomen.

Over een departementaal voorontwerp van wet dat beoogt rechtspersonen die geen activiteit meer uitoefenen op eenvoudige wijze te ontbinden en te schrappen uit handelsregister is nog overleg gaande met de minister van Economische Zaken, onder wiens departement de Handelsregisterwet ressorteert. Dit overleg zal, naar ik hoop, binnenkort kunnen worden afgerond.

Ik blijf voorshands van oordeel dat de vlucht in buitenlandse vennootschappen een randverschijnsel is en dat er geen wettelijke maatregelen nodig zijn om dit verschijnsel te bestrijden. Een garantie geven dat dit zo zal blijven kan ik uiteraard niet; mijn departement zal dan ook op dit punt waakzaam blijven. Zouden de ontwikkelingen te zien geven, dat er inderdaad ernstige misstanden ontstaan als gevolg van vlucht in buitenlandse vennootschappen, misstanden die niet worden opgeheven door wat ik zal aanduiden als een gezonde reactie op dit verschijnsel van de kant van bonafide ondernemers en de wetstoepassers, waaronder de rechter, dan zal alsnog moeten worden omgezien naar wettelijke maatregelen ter bestrijding van die misstanden. Ik heb er overigens vertrouwen in, zoals ik reeds heb opgemerkt naar aanleiding van opmerkingen van de leden van de fractie van D'66 hiervoor, dat zij die met deze «ondernemingen» zaken doen en de rechter zullen begrijpen wat voor vlees zij in de kuip hebben, wanneer zij te maken krijgen met in Nederland werkzame buitenlandse rechtspersonen, die hun oorsprong vonden in een exotisch oord of zelfs een (belasting-)paradijs. Stelliger uitspraken kan ik niet doen, omdat de rechtspraak en de rechtsleer op dit punt nog onvoldoende grondslag bieden voor dergelijke uitspraken. Dat de rechter blijkbaar niet frequent voor deze vragen wordt gesteld, zou overigens kunnen bevestigen dat het gaat om een randverschijnsel.

Artikelen

Artikel I onder A

Artikel 4a

De leden van de fractie van de P.v.d.A. vroegen of het simpelweg laten vervallen van de woorden «of commissaris» nu wel een duidelijk verbod inhoudt. Ik moge deze leden verwijzen naar de nota van wijziging, onderdeel F, waar het verbod nader is uitgewerkt.

Met genoegen neem ik kennis van de positieve ontvangst die de schrapping van de woorden «of commissaris» en de uitwerking van het verbod van commissarissen-rechtspersonen in de artikelen 47, 140 en 250 heeft bij de leden van de fractie van D'66.

De aan het woord zijnde leden besteden nog aandacht aan de interpretatie van de woorden «rust tevens hoofdzakelijk». Zij hebben geen bezwaar tegen de door mij gegeven lezing, dat de aansprakelijkheid die op de bestuurder-rechtspersoon rust dezelfde is, die tevens op bestuurders van die rechtspersoon rust. Zij meenden dat deze lezing onvoldoende tot uitdrukking wordt gebracht door het woordje «tevens». Zij zouden de voorkeur geven aan de vervanging van de woorden «tevens hoofdelijk» door «op overeenkomstige wijze», waarin een verwijzing zowel naar de disculpatiemogelijkheden als naar de hoofdelijkheid kan worden geacht te zijn begrepen. Van mijn kant begrijp ik niet welk misverstand hier in het spel kan zijn. Wanneer de wetstekst spreekt van «de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder», dan kan daarmee niet anders bedoeld zijn dan de aansprakelijkheid met inbegrip van de eventuele mogelijkheden tot disculpatie, die de wetsbepaling waaruit die aansprakelijkheid voortvloeit bevat. Diezelfde aansprakelijkheid rust tevens hoofdelijk op iedere bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder.

De aan het woord zijnde leden zouden het woord «hoofdelijk» willen laten vervallen. Hoewel een aansprakelijkheid van iedere bestuurder voor de gehele schuld van de vennootschap neerkomt op een hoofdelijke aansprakelijkheid, geef ik er ter wille van de duidelijkheid de voorkeur aan het woord «hoofdelijk» in de tekst te laten staan. In geval van twijfel of de aansprakelijkheid tevens de disculpatiemogelijkheden omvat kan kennisneming van de parlementaire gedachtenwisseling op dit punt de geest verhelderen.

Artikel I onder B en D

De leden van de P.v.d.A.-fractie vinden het vanzelfsprekend dat een gering verzuim niet ogenblikkelijk het vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling doet ontstaan, maar zij vreesden dat de voorgestelde wettelijke uitwerking van dit vanzelfsprekende uitgangspunt tot «eindeloze problemen» in de praktijk zal leiden. Ik herinner eraan, dat de toevoeging bij nota van wijzigingen van deze woorden is gedaan op uitdrukkelijk verlangen van leden van verscheidene fracties, die kennelijk minder overtuigd waren van de vanzelfsprekendheid van dit beginsel, evenals de schrijvers Uniken, Venema en Raaijmakers, die een uitdrukkelijke uitzonderingsbepaling hebben bepleit. In de memorie van antwoord is het voorbeeld genoemd van tijdelijke ziekte van de boekhouder, waardoor de boekhouding niet geheel bij is. Ook kan men zich voorstellen dat als onbelangrijk verzuim kan worden beschouwd, dat niet alle bescheiden van artikel 14, lid 3, Boek 2 BW bewaard zijn gebleven. Een beperkte overschrijding van de termijn waarbinnen de jaarstukken moeten zijn gepubliceerd kan ook als een onbelangrijk verzuim worden beschouwd, te meer als deze bij voorbeeld te wijten is aan een langdurige computerstoring. In het algemeen kan men stellen, dat indien de overtuiging bestaat dat de ondernemer een bonafide instelling heeft en een redelijke verklaring kan geven voor het verzuim, de bepaling kan worden toegepast om de al te scherpe kantjes van het tweede lid van de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW, zoals in het wetsontwerp voorgesteld, weg te nemen. Ik hoop dat deze uiteenzettingen ertoe kunnen bijdragen om de ongerustheid van de aan het woord zijnde leden aangaande eindeloze praktische problemen bij de toepassing van de bepaling weg te nemen.

De aan het woord zijnde leden waren verheugd te vernemen dat de regeling ook op buitenlandse vennootschappen kan worden toegepast. Indien de buitenlandse rechtspersoon haar bedrijf in Nederland heeft gevestigd en het faillissement in Nederland wordt uitgesproken, is die mogelijkheid niet uitgesloten. Dat buitenlandse rechtspersonen als bestuurders zouden fungeren van buitenlandse rechtspersonen of van Nederlandse rechtspersonen lijkt niet zeer waarschijnlijk, aangezien de meeste buitenlandse rechtsstelsels de figuur van de rechtspersoon-bestuurder niet kennen. In het zich in de praktijk dus waarschijnlijk nooit voordoende geval dat er een dergelijke rechtspersoon-bestuurder zou bestaan en deze in Nederland geen mogelijkheid tot verhaal zou bieden, zou kunnen worden getracht het tegen deze rechtspersoon verkregen veroordelende vonnis ten uitvoer te leggen in het buitenland, bij voorbeeld via het Brusselde executieverdrag van 21 september 1968 (Trb. 1969, 100).

Voor wat betreft de mogelijkheid om buitenlandse vennootschappen die als bestuurder optreden op grond van wetsontwerp 16 530 effectief aansprakelijk te stellen, kan worden verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van het lid der Kamer Van der Burg over de toepassing van de Wet ketenaansprakelijkheid (Aanhangsel Handelingen Tweede Kamer, zitting 1982–1983, nr. 793, blz. 1579–1580, vraag 3). Daaruit blijkt dat op grond van invorderingsverdragen en artikel 92 van de EEG-verordening nr. 1408/71 invordering van premies en belastingen in het buitenland in bepaalde gevallen mogelijk is.

Het doet mij genoegen, dat de leden van de C.D.A.-fractie kunnen instemmen met de toevoeging aan het tweede lid, dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen. Hiervoor ben ik reeds uitvoerig ingegaan op de vraag wat onder onbelangrijk verzuim moet worden verstaan. Ik moge daarnaar verwijzen.

De positieve beoordeling van de memorie van antwoord door de leden van de V.V.D.-fractie stemt mij tot voldoening. Deze leden hadden evenwel nog enkele vragen inzake de processuele aspecten van de toepassing van de artikelen 138 en 248 Boek BW. Zij begrepen niet in welke situatie het faillissement eerder kan worden afgewikkeld dan de procedure tegen de bestuurders; het is immers de curator in die hoedanigheid die dat proces voert en het leek deze leden niet mogelijk, dat de procedure nog zou voortduren na de afloop van het faillissement. Het spijt mij, dat de woorden van de memorie van antwoord op dit punt blijkbaar tot dit misverstand kunnen leiden. Bedoeld is, dat het faillissement voor het overige, dus met uitzondering van de procedure tegen de bestuurders, kan worden afgewikkeld. In dat geval, zo wordt in de memorie van antwoord betoogd, zijn er geen problemen bij de vaststelling van het tekort waarvoor de bestuurders worden aangesproken. Dat probleem is namelijk een van de voornaamste complicaties bij de toepassing van de artikelen 138 en 248. Ik ben het geheel met de aan het woord zijnde leden eens dat het faillissement eerst kan worden afgesloten wanneer de procedures tegen de bestuurders hebben geleid tot een onherroepelijke uitspraak van de rechter en tot voldoening – voor zover mogelijk – van de door de rechter vastgestelde schuld aan de boedel, zodat de slotuitdelingslijst kan worden opgesteld, die leidt tot betaling van de schuldeisers.

De aan het woord zijnde leden wijden voorts enige beschouwingen aan het verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement. In de memorie van antwoord is uiteengezet, dat de curator het verband tussen de omvang van de schade en de gedragingen van het bestuur niet meer behoeft aan te tonen, omdat de schade in het voorgestelde stelsel gelijk wordt gesteld met het tekort. Dat de rechter bij de toepassing van het matigingsrecht de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling in zijn overwegingen kan betrekken en dat daardoor het verband tussen de gedragingen van het bestuur en de omvang van het bedrag waarvoor het aansprakelijk is toch nog aan de orde kan komen, moet evenwel niet, zoals de aan het woord zijnde leden doen, worden gekwalificeerd als het door een achterdeur weer binnenhalen van het verband tussen gedrag van het bestuur en de omvang van de schade. Waar het om gaat is of de curator dat verband ook moet bewijzen. Bij de toepassing van het matigingsrecht komt die vraag uiteraard niet aan de orde. Dat moet goed van elkaar worden onderscheiden. De in de beschouwingen van de aan het woord zijnde leden verborgen beduchtheid dat het stelsel op dit punt niet consistent of logisch zou zijn, lijkt mij dan ook ongegrond. Dat stelsel komt er kort en goed op neer dat de curator slechts het verband tussen de gedragingen van het bestuur en het faillissement behoeft aannemelijk te maken, dat dit verband in de gevallen van het tweede lid wordt vermoed, en dat ten slotte de rechter bij de toepassing van zijn matigingsbevoegdheid aan het verband tussen aard en ernst van de gedragingen van het bestuur en grootte van het tekort aandacht kan schenken. Ik hoop dat deze uiteenzettingen tot verheldering leidt.

De aan het woord zijnde leden vroegen nog, of de bewijslast van de bestuurder die meent niet aansprakelijk te zijn, een cumulatieve is in die zin, dat hij moet bewijzen zowel dat er geen sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling als dat hij niet nalatig is geweest met het treffen van maatregelen tot afwending van de gevolgen daarvan. Het gaat hier om een situatie waarin de individuele bestuurder meent zich te kunnen disculperen, bij voorbeeld omdat hij zich tegen die besluiten met hand en tand heeft verzet, maar zijn visie in het bestuur niet aanvaard heeft gekregen.

In een dergelijke situatie heeft een bestuurder mijns inziens tevens de plicht om alles te doen wat in zijn vermogen ligt om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur zoveel mogelijk te beperken, met andere woorden alles te doen om een faillissement nog te voorkomen. Doet hij dit niet, dan schiet hij in zijn bestuurstaak tekort. Het kan niet zo zijn, dat een bestuurder er bij wijze van spreken van af is, wanneer hij zijn handen in onschuld meent te kunnen wassen ten aanzien van het deficitaire beleid van het bestuur en zich verder met de gang van zaken niet meer inlaat. Wil hij verantwoordelijkheid blijven dragen ondanks de fatale koers die het bestuur zijns inziens vaart, dan mag van hem worden verwacht dat hij zijn kunde en daadkracht aanwendt om de gevolgen van dat rampspoedige beleid zoveel mogelijk af te wenden. Uit deze visie op de verantwoordelijkheden van bestuurders van rechtspersonen vloeit mijns inziens noodzakelijkerwijs voort, dat de bestuurder die zich wil bevrijden van aansprakelijkheid ter zake van het onbehoorlijke bestuur niet alleen moet aantonen dat hij aan dat bestuur onschuldig is maar ook, dat hij niet heeft stilgezeten daarna. Deze visie is ook neergelegd in de op dat punt mijns inziens niet voor tweeërlei uitleg vatbare bewoordingen aan het slot van het derde lid. Ik merk in dit verband nog op, dat het verband tussen het geen deel hebben aan het onbehoorlijke bestuur en het afwenden van de gevolgen daarvan ook niet mag worden verbroken in die zin, dat een bestuurder te zijner bevrijding er voldoende aan zou hebben aan te tonen, dat hij alles heeft gedaan om de gevolgen van het onbehoorlijke bestuur af te wenden, maar ten aanzien van zijn medeverantwoordelijkheid voor dat bestuur zich niet kan vrijpleiten. De ongerijmdheid van een dergelijke interpretatie springt mijns inziens in het oog.

De aan het woord zijnde leden meenden dat het woord «kennelijk» ook nog zou moeten worden toegevoegd in de leden 3, 4 en 6. Ook bepleiten zij de vermelding van de curator in het eerste lid. Naar mijn mening zijn de voorgestelde bepalingen op dit punt niet onduidelijk. Ik zie dan ook geen aanleiding om de voorstellen van de aan het woord zijnde leden over te nemen.

De aan het woord zijnde leden vroegen zich nog 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. Dit lijkt mij niet aanbevelenswaardig en zou ook niet passen in het systeem van de Faillissementswet. Het zou een doorbreking zijn van het beginsel dat de curator voor de boedel optreedt. De curator moet beoordelen of hij een actie wil instellen of niet. Bij die beoordeling spelen tal van factoren een rol, onder meer de vraag of een dergelijke actie kans van slagen heeft, of er inderdaad noemenswaardig verhaal op de bestuurders mogelijk is (zij kunnen inmiddels met de Noorderzon zijn vertrokken met medeneming van hun vermogen) en of de boedel voldoende baten heeft om een dergelijke procedure te bekostigen. Daarbij zal de curator de belangen van de crediteuren moeten afwegen tegen het belang van een mogelijke snelle en zo min mogelijk kostbare afwikkeling van het faillissement. De crediteuren kunnen altijd een beroep doen op artikel 69 Faillissementswet en een bevel van de rechter-commissaris uitlokken dat de curator de actie moet instellen. De verantwoordelijkheid voor de afwikkeling van het faillissement en de in het kader daarvan te ondernemen acties behoort niet tussen curator en schuldeisers te worden verdeeld. Naar ik aanneem kunnen de aan het woord zijnde leden van de fractie van de V.V.D. dit uitgangspunt onderschrijven.

Zoals de aan het woord zijnde leden uit de hiervoorgaande uiteenzetting zullen kunnen afleiden, heb ik er geen behoefte aan de Faillissementswet aan te vullen met een bepaling in de door hen gedachte zin. Pas wanneer duidelijk wordt dat deze wet op dit punt ontoereikend is – wat naar mijn mening dus geenszins het geval is – zou kunnen worden gedacht aan een verduidelijking van de desbetreffende bepaling. De Faillissementswet is er sinds 1893. In de negentig jaar die nadien verstreken zijn is er niet van een

zodanige behoefte gebleken. Ik vertrouw op het gezonde inzicht van de rechter om de woorden «eene bepaalde handeling» de strekking te geven die daaraan in het gegeven geval moet toekomen. Zie in dit verband ook Molengraaff, De Faillissementswet (4e druk), blz. 320, noot 1, die er geen twijfel over laat bestaan dat het bevel dat de curator een bepaalde handeling zal verrichten «zeer zeker kan wezen een bevel tot het instellen van een rechtsvordering». Het door de aan het woord zijnde leden gelegde verband met de bepaling van artikel 78 van die wet ontgaat mij andermaal. Ik houd mij dus aan mijn opvatting als neergelegd in bladzijden 49 en 50 van de memorie van antwoord. Het punt lijkt mij in het verband van de materie van het wetsontwerp ook van ondergeschikte betekenis.

Het spijt mij te moeten vernemen dat de leden van de fractie van D'66 niet in alle opzichten tevreden zijn gesteld door de uitvoerige uiteenzettingen in de memorie van antwoord met betrekking tot de begrippen «misbruik» en «onbehoorlijk bestuur». In die uiteenzettingen is geenszins uit het oog verloren, dat de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW geen toepassing vinden in de verhouding van de bestuurders tot de vennootschap (rechtspersoon), maar in die tot derden, namelijk de crediteuren. De aan het woord zijnde leden stellen dat die artikelen dus moeten worden gezien als een lex specialis ten aanzien van artikel 1401 BW. Zij zijn voorts van oordeel, dat de materiële vraag niet is wat onder «misbruik» moet worden verstaan, maar onder welke omstandigheden de in artikel 1401 neergelegde norm mag worden verzwaard op een wijze als in het wetsvoorstel wordt voorgesteld.

Ik teken aan, dat in het voorlopig verslag de aan het woord zijnde leden indringend hebben gevraagd naar de betekenis van «misbruik» en «onbehoorlijk bestuur» en dat de uiteenzettingen van de memorie van antwoord dan ook in de eerste plaats beogen op die vragen te reageren. Dat neemt niet weg, dat ik gaarne bereid ben op de thans in een andere vorm gestelde vraag in te gaan. Het antwoord kan niet anders zijn, dan dat de verscherpte aansprakelijkheid – de aan het woord zijnde leden spreken van een drievoudige verzwaring; mijns inziens is het zinvoller om te spreken van een verzwaring op ten minste drie punten – inderdaad gerechtvaardigd is wanneer het bestuur van een rechtspersoon door kennelijk onbehoorlijk bestuur in belangrijke mate het faillissement van de rechtspersoon heeft veroorzaakt. Of er hier sprake is van een lex specialis van het beginsel van artikel 1401 BW mag in het midden blijven. Men kan ook verband leggen met het beginsel van artikel 8 Boek 2 BW. Dat hier een enigszins zwaardere aansprakelijkheid op zijn plaats is, vindt zijn grondslag in de omstandigheid dat het betreft misbruik van rechtspersonen. Tegenover het voorrecht van beperking van aansprakelijkheid door het gebruik van rechtspersoonsvormen, behoort mijns inziens gesteld te worden, dat in geval er van dit voorrecht misbruik wordt gemaakt, een aansprakelijkheid van de bestuurders die zich aan dit misbruik hebben schuldig gemaakt intreedt. De schuldeisers die in het algemeen een risico lopen wanneer zij met een beperkt aansprakelijke rechtspersoon zaken doen, dienen in geval van misbruik van rechtspersonen een sterkere bescherming te krijgen dan de uit de norm van artikel 1401 BW voortvloeiende. Door het faillissement dat in belangrijke mate is veroorzaakt door het gedrag van de bestuurders waarop zij geen vat hebben, wordt de schade op hen afgewenteld. Zij hebben er in dat geval recht op dat de wet hen enigszins tegemoet komt. In het aansprakelijkheidsrecht is dat geen ongewone figuur. Er zijn voorbeelden te over van bijzondere situaties, die een verscherpte aansprakelijkheid rechtvaardigen. De verlichting van de bewijslast, het forfaitaire karakter van de vaststelling van de schade, vormen elementen van de speciale regeling van de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW, die de daar omschreven aansprakelijkheid enigszins het karakter verlenen van een «risicoaansprakelijkheid», die men in het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht vaak aantreft wanneer tegenover een verhoogde mate van gevaarzetting ook een versterking van de bescherming van de potentieel gelaedeerden wordt gesteld. Men zou met deze situaties

een vergelijking kunnen maken en kunnen stellen dat het opereren met rechtspersonen een vergrote gevaarzetting oplevert ten aanzien van de schuldeisers van die rechtspersonen, op wie het ondernemersrisico wordt afgewenteld als de zaken fout gaan en de onderneming in een faillissement verzeild raakt. De schuldeisers hebben geen keus: zij moeten wel met rechtspersonen handelen omdat nu eenmaal deze rechtsfiguur in het handelsverkeer domineert. Tegenover die versterkte gevaarzetting behoort een versterkte bescherming van de potentieel gelaedeerden, de schuldeisers te worden gesteld.

Naar mijn mening kan men op vorenstaande gronden reeds volgens een in het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht min of meer klassieke gedachtengang komen tot een verzwaarde aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen, in geval van een faillissement dat in belangrijke mate is veroorzaakt door de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van die bestuurders. In de gegeven situatie moet daaraan nog worden toegevoegd, dat de voorgestelde wetgeving erop gericht is, bepaalde misstanden te bestrijden, in het bijzonder het verregaand uit de hand gelopen misbruik van rechtspersonen. Het preventieve karakter van de voorgestelde wetgeving in die zin, dat zij bedoeld is om bestuurders van rechtspersonen hun verantwoordelijkheid ten aanzien van hun taak, met name tegenover de schuldeisers van die rechtspersonen, nog eens extra in te scherpen, brengt met zich mee dat de aansprakelijkheid zwaarder moet uitvallen dan de normale, met die uit artikel 1401 BW vergelijkbare aansprakelijkheid.

Tot zover de rechtsgrond voor een verzwaarde aansprakelijkheid van bestuurders in de gevallen van de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW.

De aan het woord zijnde leden zien niet, dat er tussen «kennelijk onbehoorlijk bestuur» en «grove schuld of grove nalatigheid» – de huidige tekst – een meetbaar verschil is en zij trekken daaruit de conclusie, dat het beter zou zijn maar weer terug te keren naar die bestaande terminologie. Ik moge ten antwoord op deze opmerking in de eerste plaats verwijzen naar hetgeen met betrekking tot een soortgelijke opmerking in het voorlopig verslag van de zijde van de leden van de fractie van de P.v.d.A. is geantwoord op blz. 21 van de memorie van antwoord. Anders dan de aan het woord zijnde leden zie ik wel enig verschil tussen de criteria «grove schuld en grove nalatigheid» en «kennelijk onbehoorlijke taakvervulling». Zoals ik hiervoor reeds heb betoogd en ook in de memorie van antwoord valt te lezen (blz. 4) heeft de toevoeging van het woord «kennelijk» uitsluitend ten doel duidelijk te maken, dat het bestuur het voordeel van de twijfel geniet wanneer er redelijke twijfel mogelijk is of een bepaalde gedraging van het bestuur als onbehoorlijke taakvervulling moet worden aangemerkt, maar mag uit die toevoeging niet worden afgeleid dat alleen in geval van uitzonderlijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid ontstaat. Gezien het feit dat bestuurders van ondernemingen vaak voor moeilijke beslissingen staan die snel moeten worden genomen, is er alle aanleiding om een brede marge te aanvaarden. Grove schuld en grove nalatigheid leveren zonder twijfel onbehoorlijk bestuur op, maar het laatste begrip is mijns inziens ruimer. Roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen, onverantwoordelijk gedrag, gebrek aan capaciteiten die men in redelijkheid aan een bestuurder van een rechtspersoon mag stellen, voorwaardelijke opzet ten aanzien van gevolgen die aan bepaalde beslissingen zijn verbonden, zoals het aangaan van verbintenissen ten name van de rechtspersoon in de wetenschap dat zij deze niet zal kunnen nakomen, het zich niet tevoren vergewissen van de (financiële) betrouwbaarheid van contractspartners, het zich in belangrijke transacties niet voorzien van voldoende deskundige voorlichting en bijstand, het onvoldoende verifiëren van voor het welslagen van transacties wezenlijke voorwaarden, onvoldoende informeren van commissarissen, dit alles valt onder onbehoorlijk bestuur, maar men kan er wellicht over twisten of het ook steeds gerekend kan worden tot grove schuld en grove nalatigheid. Ik acht het niet zeer zinvol de terminologische woordentwist over de inhoud van de begrippen onbehoorlijk bestuur en grove schuld en

grove nalatigheid met de aan het woord zijnde leden voort te zetten. Het is duidelijk dat het spectrum van de aansprakelijkheid vele kleurnuances bevat. Er is dunkt mij in de gewisselde stukken voldoende over gezegd. Wat mijns inziens bij de interpretatie van «onbehoorlijk bestuur» telt, is de uit die stukken duidelijk kenbare intentie van de wetgever om door de keuze van andere termen duidelijk te maken dat een ruim begrip is geïntroduceerd. De rechter en andere wetstoepassers zullen ten slotte de inhoud aan de hand van concrete gevallen nader moeten bepalen. De aan het woord zijnde leden menen dat de terugkeer tot de huidige terminologie het voordeel heeft, dat «de mystificerende aansluiting bij artikel 8 wordt vermeden». Van mijn kant heb ik in de memorie van antwoord en in de onderhavige nota ernstig gepoogd, de bij de aan het woord zijnde leden bestaande duisternis op dit punt op te helderen. Mij is nog niet duidelijk kunnen worden waarom deze leden een mystificatie zien in het gebruik van dezelfde termen in artikel 8 en in de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW.

De aan het woord zijnde leden gaan vervolgens in op het gestelde op blz. 36 van de memorie van antwoord met betrekking tot de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur voor met name het financiële beleid van de vennootschap. Zij zien die beschouwingen als een voorbeeld van de mystificatie, die huns inziens het in elkaars verlengde plaatsen van de aansprakelijkheid uit artikel 8 en die uit de artikelen 138 en 248 veroorzaakt. Dat het bestuur collectief verantwoordelijk is voor het financieel beleid wil echter – aldus de aan het woord zijnde leden – nog niet zeggen dat alle handelingen van bestuurders die financiële consequenties hebben, moeten worden aangemerkt als taakvervulling door het bestuur. In dit verband wijzen de aan het woord zijnde leden erop, dat naar de wet iedere bestuurder tot vertegenwoordiging van de vennootschap bevoegd is. De bewuste passages van de memorie van antwoord geven evenwel geen enkele grond voor de veronderstelling dat ik ervan zou willen uitgaan dat alle handelingen van bestuurders die financiële consequenties hebben, moeten worden aangemerkt als taakvervulling door het bestuur, noch dat ik zou willen miskennen dat elke bestuurder doorgaans volgens de wet en de statuten de vennootschap kan verbinden. Reden voor de vrees dat hier een mystificatie in het spel is, zie ik dus niet. Het lijkt mij niet juist aansprakelijkheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid dooreen te halen; dat kan er niet toe bijdragen de discussie te verhelderen. Ik herhaal dat naar mijn mening gedragingen van individuele bestuurders die het financieel beleid van de vennootschap raken, moeten worden toegerekend aan het bestuur als zodanig. Wanneer een individuele bestuurder buiten medeweten van zijn medebestuurders – dus ook de bestuurder die speciaal belast is met het financiële beheer van de vennootschap – een roekeloze speculatieve transactie afsluit die tot het faillissement van de vennootschap leidt, is er mijns inziens wel degelijk sprake van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Een transactie van zodanige omvang dat het faillissement van de onderneming daarmee gemoeid kan zijn raakt mijns inziens per definitie het financiële beheer van de onderneming en kan bij een meerhoofdig bestuur niet tot de werkkring van slechts één afzonderlijke bestuurder worden gerekend. Daarnaast zou men wellicht ook mogen stellen, dat het enkele feit dat de verdeling van bevoegdheden binnen het bestuur zo slecht is geregeld dat het een kennelijk niet door overmatig verantwoordelijkheidsbesef geremde individuele bestuurder is toegestaan, zonder raadpleging van zijn medebestuurders en zonder in dit opzicht gebonden te zijn aan enige duidelijk omschreven interne beperkingen van zijn bevoegdheid de vennootschap te verbinden, de vennootschap in het faillissement te doen verzeilen, op zich zelf als een voorbeeld van onbehoorlijk bestuur oplevert. De schuldeisers zouden slecht beschermd worden indien de curator steeds wordt gedwongen na te gaan welke individuele bestuurder de handeling heeft verricht die de vennootschap in het faillissement heeft gestort. Hij heeft te maken met het bestuur als zodanig, niet met individuele bestuurders. De mogelijkheid tot disculpatie op grond van de interne

verdeling van bevoegdheden binnen het bestuur die de aan het woord zijnde leden in artikel 8 willen lezen, is in de artikelen 138 en 248 niet gegeven. Dat ligt voor de hand, want het gaat daar om een aansprakelijkheid tegenover de buiten de vennootschap staande schuldeisers die aan die interne verdeling van bevoegdheden bij wijze van spreken geen boodschap hebben, en mijns inziens ook niet behoren of behoeven te hebben. Er is dunkt mij dan ook geen reden om de aan het woord zijnde leden te volgen in hun voorstel de aansprakelijkheid op de individuele bestuurders toe te spitsen. Het stemt mij overigens tot voldoening, dat de aan het woord zijnde leden vrede konden hebben met het beginsel van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders.

De aan het woord zijnde leden herhalen hun eerder in het voorlopig verslag geuite bezwaren tegen de tekst van lid 2 van de voorgestelde artikelen 138 en 248 Boek 2 BW, al zijn zij het eens met het uitgangspunt dat behoorlijke naleving van de boekhoud- en publikatieplicht van wezenlijk belang is en dat verwaarlozing van deze bestuursplicht onbehoorlijk bestuur oplevert. De woorden «heeft het zijn taak niet behoorlijk vervuld en» zijn evenwel in hun ogen overbodig. Ook al zou dat zo zijn, dan schaden zij niet en zij doen in elk geval de bepaling van lid 2 goed aansluiten op die van lid 1. Het kan overigens geen kwaad, deze woorden te laten staan. Het laten vervallen van deze woorden zou al te spitsvondige wetsuitleggers ertoe kunnen verleiden onjuiste consequenties – in die zin dat ten aanzien van de vraag of verwaarlozing van de in lid 2 vermelde bestuursplichten kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert slechts van een weerlegbaar vermoeden sprake zou zijn – te verbinden aan een daarop gericht voorstel tot wijziging van mijn kant. Bij zoveel mogelijkheden tot misverstand lijkt een te veel aan duidelijkheid niet overbodig. Tegen de overige tekst blijft bij de aan het woord zijnde leden het bezwaar bestaan, dat het bestuur het verband moet weerleggen tussen niet nader gespecificeerd onbehoorlijk bestuur en het faillissement. De aan het woord zijnde leden voegen aan dit bezwaar onmiddellijk toe, dat er wel een oplossing voor is te bedenken, maar – aldus deze leden – daartoe zou in de eerste plaats moeten worden afgestapt van de ongelukkige ophanging van de regeling aan «onbehoorlijk bestuur». Zoals uit de memorie van antwoord en de beschouwingen in deze nota moge blijken, deel ik de mening van de aan het woord zijnde leden omtrent het in het wetsvoorstel gebezigde kernbegrip «onbehoorlijk bestuur» niet. Integendeel, ik kan niet inzien dat er een andere terminologie zou kunnen worden gevonden die de met het wetsvoorstel beoogde doelen beter uitdrukt. Met weglating van alle details gaat het er immers om dat de wet duidelijk maakt dat de bescherming door rechtspersoonlijkheid toekomt aan rechtspersonen en hun bestuurders indien het handelen van het bestuur van die rechtspersonen aan redelijk te stellen eisen voldoet en wegvalt wanneer zulks niet het geval is. In de tussen de aan het woord zijnde leden en mij gevoerde discussie over de inhoud van de termen misbruik en onbehoorlijk bestuur – zie de blzz. 32–35 van de memorie van antwoord – is gebleken dat het verschil van mening dat ons verdeeld houdt meer schijn dan werkelijkheid is. Immers onbetamelijk gedrag tegenover crediteuren, een terminologie die de aan het woord zijnde leden blijkens het voorlopig verslag (blz. 17) meer aanspreekt, is van onbehoorlijk bestuur in wezen moeilijk te onderscheiden. Onbehoorlijk bestuur kan tot aansprakelijkheid tegenover de vennootschap leiden (artikel 8) indien deze door dat onbehoorlijk bestuur schade heeft geleden; het kan ook tot aansprakelijkheid tegenover de schuldeisers leiden indien deze daarvan schade hebben ondervonden doordat het (mede) oorzaak is geweest van het faillissement van de rechtspersoon (artikelen 138 en 248).

De aan het woord zijnde leden menen, dat het een bezwaar is dat het bestuur het causaal verband moet weerleggen tussen niet nader gespecificeerd onbehoorlijk bestuur en het faillissement. Deze leden hebben in het voorlopig verslag betoogd, dat dit causale verband wellicht niet meer behoeft te worden bewezen indien de criteria voor misbruik voldoende

scherp worden gesteld. Nu – zoals uit het voorgaande moge blijken – ik geen betere en scherpere omschrijving dan «kennelijk onbehoorlijk bestuur» heb gevonden, is er dus in de ogen van de aan het woord zijnde leden geen reden om van het eisen van een causaal verband tussen dat onbehoorlijke bestuur en het faillissement af te zien. Daartegenover zou ik het volgende willen stellen.Gaat het om andere tekortkomingen van het bestuur dan het ontbreken van een behoorlijke boekhouding of verwaarlozing van de publikatieplicht, dan zal de curator het causaal verband tussen onbehoorlijk bestuur en faillissement moeten stellen en zonodig aannemelijk maken. De curator zal feiten en omstandigheden moeten stellen die als kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen worden aangemerkt. Daardoor wordt in het concrete geval dit – in de ogen van de curator – kennelijk onbehoorlijke bestuur nader gespecificeerd en verliest het zijn abstracte karakter. Wanneer het aansprakelijk gestelde bestuur deze feiten en omstandigheden wil ontkennen, zal de rechter de bewijslast tussen curator en bestuur moeten verdelen, dan wel die bewijslast aan één van deze beide partijen in het rechtsgeding moeten opleggen. Het bestuur weet dan waartegen het zich moet verweren. Desgelijks in het geval dat de feiten en omstandigheden die de curator stelt niet door het bestuur worden ontkend, maar dat er tussen de curator en het bestuur een verschil van waardering van die feiten en omstandigheden bestaat in die zin, dat de eerste die als kennelijk onbehoorlijk bestuur wil kwalificeren en het bestuur meent dat die kwalificatie onverdiend is. Zowel de curator als het bestuur zullen in het rechtsgeding alle gelegenheid hebben hun wederzijdse beschouwingen en opvattingen dienaangaande aan de rechter kenbaar te maken.

Lid 2 van de artikelen 138 en 248 brengt in deze situatie in zoverre verandering, dat het bepaalde concrete feiten en omstandigheden, namelijk het – overigens door de curator te stellen en zonodig te bewijzen – verwaarlozen door het bestuur van zijn boekhoud- en publikatieverplichtingen duidt als kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat het daaraan de consequentie verbindt dat onbehoorlijk bestuur het faillissement van de rechtspersoon in belangrijke mate heeft veroorzaakt. Het bestuur bevindt zich dan in een inderdaad moeilijke situatie. Het zal vermoedelijk niet kunnen ontkennen dat de boekhoud- en publikatieverplichtingen niet zijn nagekomen. Het moet dan stellen, dat de verwaarlozing van die wezenlijke bestuurstaken bij wijze van spreken als een bagatel moet worden beschouwd en dat het voor het overige zijn taken naar behoren heeft gekweten. Een dergelijke stelling klinkt reeds weinig geloofwaardig – het klinkt als het verweer van een stuurman op de grote vaart die moet erkennen dat hij zelden of nooit het kompas raadpleegde maar desondanks geen slechte navigatie heeft bedreven – maar het mag de aan het woord zijnde leden worden toegegeven, dat het bestuur zich ten aanzien van die bewijslast in een moeilijke positie bevindt. Slaagt het bestuur niet in de vervulling van die bewijslast, dan kan het nog stellen dat er geen causaal verband bestaat tussen zijn onbehoorlijk bestuur en het faillissement. Enig soelaas kan het benarde bestuur putten uit de omstandigheid dat het in het stelsel van het wetsontwerp slechts tegenbewijs behoeft te leveren tegen het vermoeden dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door zijn onbehoorlijke taakvervulling. Desondanks is de bewijspositie van het bestuur evenwel weinig benijdenswaardig. Het kan in gevallen waarin het faillissement duidelijk in overwegende mate door externe omstandigheden is veroorzaakt, zich ter bevrijding daarop beroepen. Is een dergelijk beroep niet mogelijk, dan zit het bestuur inderdaad klem. Er is dan sprake van een situatie waarin kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur vaststaat en waarin niet kan worden gewezen op externe oorzaken van het faillissement. Is er in zo'n geval nog ruimte voor de veronderstelling dat desalniettemin het faillissement niet in belangrijke mate door dat onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt? De aan het woord zijnde leden gaan daar blijkbaar wel van uit, maar zij geven niet aan, aan welke gevallen zij denken bij het poneren van hun bezwaar tegen het stelsel van het tweede lid. Ik moet bekennen dat het ook

mij moeilijk valt een reëel geval te bedenken waarin de onredelijkheid van dit stelsel in het oog springt.

De aan het woord zijnde leden vragen nog, op wie de bewijslast van de volledigheid van de boekhouding rust, wanneer de curator meent dat de boekhouding onvolledig is. Het antwoord op die vraag is mijns inziens niet moeilijk te geven. Indien de curator stelt dat de boekhouding niet volledig is – welke stelling hij zonodig moet kunnen bewijzen – volgt uit het tweede lid dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en causaal verband met het faillissement worden vermoed. Biedt het bestuur tegenbewijs aan tegen de stelling dat de boekhouding onvolledig is, dan zal naar ik aanneem de rechter het bestuur tot het leveren van dat tegenbewijs toelaten. De bewijslast van de volledigheid rust dan op het bestuur, dat tot het volbrengen van die bewijslast ook het beste in staat is.

De leden van de fractie van D'66 betreuren dat ik geen aanleiding zie voor een andere verdeling van de bewijslast indien de vennootschap failleert kort na de oprichting of de aanvang van de bedrijfsactiviteiten. In een dergelijk geval – aldus de aan het woord zijnde leden – is het vermoeden gerechtvaardigd, dat roekeloos is omgesprongen met de belangen van de crediteuren. In de memorie van antwoord – blzz. 38 en 39 – is uitvoerig op deze stelling van de leden van de fractie van D'66 ingegaan. Hoewel er wellicht grond is voor de veronderstelling, dat er bij rechtspersonen die kort na de oprichting in het faillissement verzeilen méér gevallen van onbehoorlijk bestuur zijn te vinden dan wanneer het faillissement pas na verloop van vijf of tien jaren plaatsvindt, meen ik toch dat het te ver zou gaan om een onderscheid te maken als door de aan het woord zijnde leden bepleit. Dit onderscheid zou overigens de praktische toepassing van de wetsbepaling bemoeilijken, immers het criterium «aanvang van de bedrijfsactiviteiten» kan gemakkelijk tot interpretatieverschillen leiden.

Artikel I, onder N

Artikel 203, derde lid

De leden van de V.V.D.-fractie waren niet overtuigd door mijn antwoord op hun vraag met betrekking tot artikel 203, derde lid. De beschouwingen die de aan het woord zijnde leden andermaal aan de door hen beschreven casuspositie en de door mij te dien aanzien gevolgde redenering wijden, hebben mij er evenwel niet van kunnen overtuigen dat mijn aanvankelijke opvatting op dit punt herziening behoeft. De aan het woord zijnde leden merken op dat door het in vrijwaring roepen van de vennootschap door de aangesproken oprichter uitsluitsel zal worden verkregen over de vraag of de vennootschap wel of niet tot voldoening van de schuld in staat is. Het is evenwel de vraag of vrijwaring in geval van hoofdelijkheid mogelijk is. In de rechtsliteratuur bestaat daarover geen eenstemmigheid. Het ligt meer in de rede dat de oprichter, na te zijn aangesproken, zo spoedig mogelijk een regresvordering tegen de vennootschap instelt. Wordt deze vordering toegewezen en blijkt de vennootschap tot betaling in staat, dan kan de oprichter op die wijze alsnog zijn schade beperken of voorkomen. Ik zou dan ook willen vasthouden aan mijn visie dat het niet redelijk zou zijn om van degene die met de oprichter heeft gehandeld te verlagen, dat hij steeds eerst de vennootschap aanspreekt en uitwint alvorens zich tot de oprichter te wenden. Een andere visie zou niet alleen de positie van de betrokkene verzwakken maar zou ook een verzwakking betekenen van het door het wetsvoorstel beoogde effect, namelijk te voorkomen dat oprichters zich al te gemakkelijk achter de vennootschap in oprichting kunnen verschuilen. Met deze doelstelling van het wetsvoorstel stemmen de aan het woord zijnde leden naar ik mag aannemen wel in.

De minister van Justitie,
F. Korthals Altes