

Vergaderjaar 1985–1986 Nr. 27a

16 631

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

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE¹

Vastgesteld 28 januari 1986

Gelet op de omstandigheid dat het betoog van de leden van het C.D.A. een doorlopend karakter heeft, heeft de commissie gemeend de vragen van de leden van de fracties van de P.v.d.A. en de V.V.D. afzonderlijk te moeten stellen, hoewel zij zich realiseert dat hierdoor sommige vragen meermaals worden gesteld.

De leden van de fractie van het C.D.A. onderschreven gaarne de noodzaak om effectieve wettelijke maatregelen te treffen teneinde het misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Zij waren met de indiener van dit voorstel van wet van mening, dat de meest effectieve methode om een zodanig misbruik tegen te gaan, gevonden kan worden in het creëren c.q. verruimen van de mogelijkheid om natuurlijke personen, die bij een zodanig misbruik direct betrokken zijn privé aansprakelijk te stellen voor de daardoor ontstane schade jegens derden.

De aan het woord zijnde leden hadden niettemin aarzeling over dit voorstel van wet, zulks met name vanwege de wijze waarop de beoogde misbruikbestrijding in dit voorstel van wet zijn uitwerking heeft gevonden. Het hoofdprobleem voor deze leden is met name daarin gelegen, dat de kring van aansprakelijk te stellen personen, de omstandigheden waaronder deze aansprakelijk kunnen worden gesteld, alsmede de aard en omvang van de aansprakelijkheid, zodanig ruim zijn omschreven, dat daarmede het geenszins denkbeeldige risico is ontstaan, dat bepaalde personen aansprakelijk zullen zijn voor zeer aanmerkelijke bedragen, terwijl toch een zodanige aansprakelijkheid (in die omvang), alle relevante omstandigheden afwegende, niet redelijk kan worden geacht.

Deze leden wilden overigens op voorhand stellen, dat zij in zoverre begrip hebben voor een aantal problemen, die zij hierna zullen signaleren, dat zij zich bewust zijn, dat de in dit voorstel van wet vervatte rechtsregels moeten functioneren binnen de grote pluriformiteit, zoals deze zich bij de hier aan de orde zijnde rechtspersonen in de praktijk nu eenmaal voordoet. Daarbij doelden zij niet uitsluitend op het onderscheid tussen enerzijds de personen, die duidelijk op malafide wijze misbruik maken van rechtspersonen in het kader van fraude-activiteiten en anderzijds de

¹ Samenstelling: Mw. Leyten-de Wijkerslooth de Weerdesteyn (CDA) (voorzitter), Wagemakers (CDA), Kuiper (CDA), Mw. J. H. B. van der Meer (PvdA), Van Veldhuizen (PvdA), Burkens (VVD), Heijne Makkreel (VVD), Glastra van Loon (D'66), Mw. Van Leeuwen (PSP), Hoekstra (CPN), Abma (SGP), De Gaay Fortman (PPR), Schuurman (RPF) en Van der Jagt (GPV).

groep waarvan dat redelijkerwijze niet gezegd kan worden, doch ook het verschil tussen de kleine bedrijfjes in B.V.-vorm met één persoon als directeur c.q. aandeelhouder en daarnaast grote ondernemingen, met een Raad van Bestuur, bestaande uit meerdere personen, die vaak in de eigendomsverhoudingen van de betreffende vennootschap niet betrokken zijn.

Voor wat betreft een aantal problematische aspecten van dit voorstel van wet verwezen deze leden met name naar het hierna gestelde betreffende de zogenaamde collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur, het toetsingscriterium «kennelijk onbehoorlijke vervulling van de bestuurs-taak», met name in dat verband de in het voorstel van wet neergelegde wettelijke fictie ten aanzien van die onbehoorlijke taakvervulling in combinatie met een daaraan gekoppeld wettelijk vermoeden, alsmede het ontbreken van een individueel matigingsrecht.

Daarnaast zijn wellicht andere onderdelen van dit voorstel van wet, met name de regeling van de overdracht van aandelen op naam, niet steeds even gelukkig uitgewerkt.

Op deze en andere kwesties zullen deze leden hierna uitvoeriger ingaan. De aan het woord zijnde leden van de C.D.A.-fractie hechtten eraan te vermelden dat zij bij haar inbreng ten behoeve van dit verslag zeer veel nuttige informatie hebben aangetroffen in voordrachten, die door mr. P. C. van den Hoek, mr. P. J. Dortmund, prof. mr. H. J. M. M. Honée, mr. H. L. J. Roelvink, alsmede prof. mr. P. van Schilfgaarde op 21 en 22 november 1985 zijn gehouden op een congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht te Groningen, dat handelde over het tweede en derde misbruikontwerp.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid is in dit voorstel van wet neergelegd, althans beoogd neer te leggen het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur, zijnde dat iedere bestuurder aansprakelijk is, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. De minister vat in dit verband de taakvervulling van het bestuur ruim op: volgens hem zou elke uitvoeringshandeling door een individuele bestuurder, die het financieel beheer raakt, vallen onder die taakvervulling. Naar de mening van deze leden doet een en ander geen recht aan de feitelijke omstandigheid dat in de grotere ondernemingen in Nederland binnen het bestuur, althans zeker voor wat betreft de uitvoering, een interne taakverdeling bestaat, zodat iedere bestuurder onmogelijk reeds op de hoogte kan zijn van allerlei handelingen van andere bestuurders, laat staan van alle financiële consequenties, die mogelijkerwijze daardoor voor de onderneming zouden kunnen optreden.

De vraag is ook of dit uitgangspunt wel aanvaardbaar is, indien het althans niet gepaard zou gaan met een in het voorstel van wet neer te leggen mogelijkheid, waarbij iedere bestuurder aan wie voor wat betreft dat onbehoorlijk optreden redelijkerwijze niets te verwijten valt, onder alle omstandigheden zich kan disculperen en alsdan niet aansprakelijk gesteld kan worden. Op bladzijde 19 van de nota naar aanleiding van het eindverslag wordt gesteld: «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 II B.W., die de daar omschreven aansprakelijkheid enigszins het karakter verlenen van een risico-aansprakelijkheid...». Vervolgens meent de minister een vergelijking te kunnen maken en te kunnen stellen dat het opereren (kennelijk door die bestuurders) met rechtspersonen een vergrote gevaarstelling oplevert ten aanzien van de schuldeisers van die rechtspersonen, weshalve een zodanige «risico-aansprakelijkheid» te rechtvaardigen zou zijn. Ook dit doet toch geen recht aan de omstandigheid dat veel bestuurders in Nederland

redelijkerwijze niet beschreven kunnen worden als personen die door het opereren met rechtspersonen een vergrote gevaarstelling opleveren ten aanzien van schuldeisers van die rechtspersonen, doch, nuchter bezien, als personen die door aard, aanleg, belangstelling en gebleken bekwaamheden de functie bereikt hebben binnen een onderneming van bestuurder? Een zodanige functie impliceert ongetwijfeld een verhoogde verantwoordelijkheid, doch waarom zulks «beloond» zou moeten worden met een soort risico-aansprakelijkheid onder bepaalde omstandigheden, inclusief omstandigheden waarbij de desbetreffende individuele bestuurders volledig te goeder trouw zijn, was deze leden vooralsnog niet duidelijk.

Zij wilden niet verhelen met enig genoegen de beschouwingen van Van den Hoek en Schilfgaarde gelezen te hebben, waaruit zij concluderen dat mogelijkerwijze de wettekst in bepaalde gevallen wat redelijker en realistischer zal kunnen functioneren dan de daarop gegeven toelichting doet vrezen, c.q. vermoeden. In artikel 138, lid 1, is de aansprakelijkheid van iedere bestuurder eerst aan de orde, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, enz.. Van Schilfgaarde en van den Hoek wijzen erop dat derhalve een zodanige aansprakelijkheid niet aan de orde is in het geval dat niet het bestuur als zodanig, maar juist een afzonderlijke bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult, bijvoorbeeld in een situatie waarin een bestuurder geheel op eigen houtje of zelfs tegen de uitdrukkelijke beslissing van het bestuur in, een tot faillissement leidende rechtshandeling verricht, danwel in het geval desastreuze gevolgen optreden tengevolge van bepaalde feitelijke handelingen van een bestuurder. Beide personen wijzen er in dit verband nog op, dat een amendement van het kamerlid Wessel-Tuinstra, dat beoogde juist ook in deze gevallen aansprakelijkheid voor een individuele bestuurder in het voorstel van wet neer te leggen, is ingetrokken. Gaarne vernamen deze leden enige beschouwingen van de Minister naar aanleiding van het vorenstaande.

In artikel 138, lid 3 (248, lid 3), is een disculpatiemogelijkheid voor een individuele bestuurder voorzien. Wat dient redelijkerwijze van een individuele bestuurder gevergd te worden, teneinde hem met succes een beroep te kunnen laten doen op deze disculpatiemogelijkheid? Het in lid 3 neergelegde element «dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden», lijkt te impliceren, dat voor enige verwijtbaarheid, en vervolgens aansprakelijkheid eerst plaats is, indien de desbetreffende individuele bestuurder redelijkerwijze op de hoogte had kunnen zijn van datgene waartegen maatregelen getroffen moesten worden, alsmede dat het treffen van die maatregelen voor hem als individuele bestuurder ook mogelijk moet zijn geweest.

Over het toetsingscriterium kennelijk onbehoorlijk bestuur is gedurende de behandeling door de Tweede Kamer het nodige gesteld. Het betreft hier weliswaar een nogal open normstelling, doch deze leden hadden daarvoor uitdrukkelijk begrip. Terecht is door de minister benadrukt, dat een en ander steeds afhankelijk zal zijn van de bijzondere omstandigheden van ieder geval, weshalve de nadere invulling opengelaten zal moeten worden aan de jurisprudentie. Deze leden benadrukten nog eens dat kennelijk onbehoorlijk bestuur voor een groenteman, die zijn zaak in de vorm van een b.v. drijft, ook wat anders zal moeten inhouden, dan voor de leden van de raad van bestuur van een zeer grote onderneming.

Door Dortmund, is in zijn voordracht een proeve gegeven van een definitie van het begrip «onbehoorlijk bestuur», als volgt:

« Onbehoorlijk bestuur is beleid:

a. dat, anders dan in vergelijkbare omstandigheden mag worden verwacht van het bestuur, dat zijn taak goed verstaat en deze – mede gelet op het belang van de onderneming en het ondernemingsrisico – op

verantwoorde wijze uitoefent, zodanig is, dat het redelijkerwijs de benadeling van crediteuren in het algemeen of de ernstige benadeling van bepaalde crediteuren ten gunste van andere crediteuren ten gevolge heeft;

of

b. dat door verwijtbare onachtzaamheid of onbezonnenheid, leidt tot een hiervoor bedoelde benadeling van crediteuren, danwel opzettelijk gericht is op een zodanige benadeling.»

Spreekt deze definitie de minister aan? Kan de minister wellicht een nog betere definitie geven?

Van Schilfgaarde is van mening, dat de omstandigheid, dat artikel 138, anders dan artikel 8, betrekking heeft op de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de crediteuren, betekenis heeft voor de interpretatie van de in beide bepalingen voorkomende term (on)behoorlijke taakvervulling. Naar zijn mening hoeft, wat onbehoorlijke taakvervulling tegenover de vennootschap is, nog geen onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 138 te zijn. Anderzijds is hij van mening, dat aan het oordeel, dat er sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling tegenover de crediteuren niet de vaststelling vooraf hoeft te gaan dat de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 8 (40). Vooral deze laatste stelling acht Van Schilfgaarde van materiële betekenis. Hij wijst in dat verband op de situatie, waarin een bestuurder met instemming van de algemene vergadering van aandeelhouders en de raad van commissarissen roekeloze handelingen verricht, die het faillissement ten gevolge hebben. Hij is van mening, dat die instemming in het algemeen aan een vordering uit artikel 8 in de weg zal staan, maar niet van een vordering uit artikel 138. Van Schilfgaarde acht voorts de omstandigheid dat een vordering van artikel 138 een vordering is van de gezamenlijke crediteuren van belang voor drie door hem vermelde andere kwesties. Ten eerste de kwestie of de aangesproken bestuurder zich kan beroepen op compensatie met een vordering op de vennootschap. Van Schilfgaarde acht zulks niet mogelijk omdat de vordering uit artikel 138 een vordering is van gezamenlijke crediteuren. Voorts de kwestie of de crediteuren, naast de vordering van de curator, een vordering uit artikel 1401 kunnen instellen. Dit acht Van Schilfgaarde in beginsel mogelijk. Voorts de kwestie of bestuurders en beleidsbepalers ook met betrekking tot artikel 138 baat kunnen vinden bij een exoneratie-clausule in hun contract met de vennootschap, althans voor zover deze betrekking heeft op niet uit opzet of grove schuld voortvloeiende aansprakelijkheid. Van Schilfgaarde acht het denkbaar dat in bepaalde omstandigheden een curator een zodanige exoneratie-clausule in redelijkheid tegen zich zou moeten laten gelden.

Gaarne vernamen deze leden het standpunt van de minister naar aanleiding van het vorenstaande.

In de memorie van antwoord op bladzijde 4 staat aangegeven dat de bewijslast voor het onbehoorlijk bestuur en het causaal verband met het faillissement op de curator rust. De beschouwingen, die daarop volgen, gaan ervan uit dat de bestuurders over de nodige schriftelijke stukken beschikken, waarmee zij zonodig de stellingen van de curator kunnen betwisten en hun stellingen kunnen waarmaken. De volledige administratie van de onderneming zal zich echter bij de curator bevinden. Weliswaar kunnen de bestuurders aan de curator de afgifte van kopieën van bepaalde stukken verzoeken, doch een beeld van wat kan dienen om hun stellingen waar te maken, kunnen zij waarschijnlijk eerst hebben, nadat zijzelf die administratie, althans bepaalde onderdelen van de administratie, waarover het dispuut in concreto handelt, hebben kunnen inzien. Kunnen die

bestuurders de inzage, c.q. (tijdelijke) afgifte in volledige vorm van (onderdelen van) die administratie, zonodig in afschrift op hun kosten, van de curator vorderen?

In dit verband rijst de vraag, welke inhoud aan de term «belangrijk» in artikel 138, lid 1, moet worden toegekend. Betekent dit dat de betreffende oorzaak tegenover de som van de overige oorzaken overwegend moet zijn (meer dan 50%) of slechts, dat zij van betekenis moet zijn voor (het ontstaan van) het faillissement?

Deze leden zullen vervolgens stilstaan bij de wettelijke fictie die ten aanzien van de boekhoud- en publikatieplicht is neergelegd in artikel 138, lid 2 (248, lid 2) en het daaraan gekoppelde wettelijk vermoeden, ten aanzien van de causaliteit.

Door de minister is terecht benadrukt, dat de vraag of in een bepaald geval sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur steeds afhankelijk is van omstandigheden van het geval. Derhalve is aan de rechter overgelaten steeds in concreto vast te stellen of sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het was deze leden onduidelijk waarom juist ten aanzien van de boekhoud- en publikatieplicht van dit uitgangspunt is afgeweken en in abstracto is gesteld, dat bij niet-naleving van die verplichtingen steeds sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Naar het voorlopig oordeel van deze leden zou het de voorkeur hebben verdiend, indien de hier aan de orde zijnde wettelijke fictie niet in de tekst van het voorstel van wet was neergelegd, doch slechts in de toelichting op het voorstel van wet zou zijn vermeld dat een belangrijke aanwijzing voor een mogelijk kennelijk onbehoorlijk bestuur onder meer gelegen zou kunnen zijn in de afwezigheid van een fatsoenlijke boekhouding, danwel de omstandigheid, dat de publikatieplicht niet was nageleefd. Zonodig had ten aanzien van het niet naleven van de boekhoudingsverplichting een weerlegbaar wettelijk vermoeden in de wettekst neergelegd kunnen worden.

De hier aan het woord zijnde leden bestreden niet, dat in gevallen van misbruik van rechtspersonen c.q. fraude vrijwel steeds een fatsoenlijke boekhouding ontbreekt, terwijl tevens de publikatieverplichting niet is nageleefd. Deze stelling kan echter niet worden omgedraaid in die zin, dat, indien bij voorbeeld de verplichting om jaarstukken te publiceren niet is nageleefd, dan over het algemeen wel sprake zal zijn van fraude c.q. misbruik van rechtspersonen.

In dit verband wezen deze leden op een uitlating van de minister in de Eerste Kamer bij de behandeling van het wetsvoorstel aanpassing van de wetgeving aan de vierde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake het vennootschapsrecht, Handelingen Eerste Kamer 1983, blz. 158: «Het Openbaar Ministerie kan gemakkelijk navragen welke ondernemingen in verzuim zijn (toevoeging, met het naleven van de publikatieverplichting), maar ik ben van mening, dat het Openbaar Ministerie terughoudend moet optreden, uitgezonderd gevallen van vermoedelijke fraude. Het betreft hier geen hoofdtaak van het Openbaar Ministerie.»

Gaarne vernamen deze leden hoe vaak het Openbaar Ministerie sedertdien aanleiding heeft gezien tot het optreden tegen vennootschappen wegens het niet-naleven van de publikatieverplichting, een en ander in situaties waarin fraude vermoed werd. Heeft de minister ook cijfers beschikbaar, die een indicatie geven van de mate waarin door de vennootschappen de publikatieverplichting niet wordt nageleefd? Deze leden zouden bedoelde cijfers gaarne willen betrekken bij de beoordeling van de redelijkheid van de in het voorstel van wet neergelegde fictie zijnde dat niet publiceren per definitie duidt op misbruik van de betreffende rechtspersoon.

Deze leden vroegen zich voorts af of de inhoud van artikel 138, lid 2, wel geheel logisch is. Deze vraag rijst met name indien men zich realiseert, dat in het betreffende artikel de woorden «onbehoorlijke taakvervulling» in twee geheel onderscheiden betekenissen worden gebruikt. Dit kan met name worden gedemonstreerd door de abstracte rechtsregel te herformuleren aan de hand van een concreet voorbeeld als volgt: indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting om de jaarrekening te publiceren, heeft het een essentiële bestuursverplichting niet nageleefd en wordt vermoed, dat het niet-naleven van *die* essentiële bestuursverplichting, zijnde derhalve het niet publiceren van de jaarrekening, een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het niet publiceren van de jaarrekening kan toch als zodanig niet als een belangrijke oorzaak van het faillissement worden aangemerkt.

In feite staat er derhalve in artikel 138, lid 2, het navolgende: als A zich voordoet, dan wordt dat per definitie gekwalificeerd als B en tegelijkertijd wordt vermoed, dat C een belangrijke oorzaak is van D.

Voormelde regel lijkt uitsluitend nog logisch te duiden, indien A, zijnde het niet naleven van de publikatieverplichting, per definitie steeds samenvalt met C, zijnde een zodanig financieel mismanagement van het bestuur, danwel misbruik van de rechtspersoon, dat daaruit eventueel het faillissement van die rechtspersoon kan resulteren. Blijkens de hiervoor geciteerde uitlating van de minister is hij zich zeer wel bewust, dat dat in de praktijk zeer zeker niet het geval is. Deze leden vernamen gaarne het standpunt van de minister over het vorenstaande.

Deze leden vroegen zich overigens af, waarom bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur er geen onderscheid is gemaakt tussen enerzijds het niet-naleven van de boekhoudverplichting, anderzijds het niet-naleven van de publikatieverplichting. Het niet aanwezig zijn van een behoorlijke boekhouding zal zeer vaak, echter ook voor een rechter, – een wettelijke fictie is daar niet voor nodig – een belangrijke en zo nodig beslissende aanwijzing kunnen zijn, dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Voor het niet-naleven van de publikatieverplichting ligt een en ander anders. Daarbij denken zij dan overigens ook met name aan de situatie bij kleinere bedrijven, bij voorbeeld een groenteman, die zijn zaak drijft in B.V.-vorm.

De wettelijke fictie ten aanzien van het niet voldoen aan de verplichtingen uit artikel 14 (de boekhoudverplichtingen) lijkt overigens feitelijk minder duidelijk dan het niet voldoen aan de publikatieverplichting. Uit de handelingen van de Tweede Kamer 1984–1985, blz. 6349, blijkt dat thans een studie aan de gang is om te bezien of ten aanzien van de verplichting ex artikel 14, nadere criteria ontwikkeld kunnen worden. Dit laatste bevestigt dat vooralsnog de wettelijke fictie op dit onderdeel gebonden is aan iets, dat zich in concreto niet steeds eenduidig laat vaststellen. Het gevolg van een en ander zal waarschijnlijk zijn dat de curator eens te meer zich in verband met de hier aan de orde zijnde wettelijke fictie zal concentreren op het al dan niet nageleefd hebben van de verplichtingen ex artikel 394 (de publikatieverplichting). Dat immers kan eenduidig worden vastgesteld, doch juist het dan aan de orde zijnde feit heeft iets willekeurigs als het moet dienen voor de vaststelling dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, met als ingrijpende consequentie dat, behoudens tegenbewijs tegen het wettelijk vermoeden en de mogelijkheid van individuele disculpatie, de desbetreffende bestuurders aansprakelijk zijn voor het volledige tekort. In dit verband attendeerden deze leden er nog op, dat, tengevolge van de overgangsbepaling onder nr. 1, in combinatie met het gestelde onder artikel 138, lid 6, het in de afgelopen periode, derhalve vóór het moment waarop dit voorstel van wet in het Staatsblad zou verschijnen, niet gepubliceerd hebben van de jaarrekening zou leiden tot een van toepassing zijn van de wettelijke fictie, zoals neergelegd in artikel 138, lid 2, met alle mogelijke consequenties van dien.

In dit verband hadden dezelfde leden nog twee nadere vragen. Of ten aanzien van het boekjaar, voorafgaande aan het jaar waarin het faillissement wordt uitgesproken, de publikatieverplichting al dan niet is nagekomen, blijkt eerst vanaf een bepaald tijdstip volgend uit artikel 394 in het jaar waarin het faillissement wordt uitgesproken. Nadat het faillissement is uitgesproken pleegt de curator gewoonlijk niet meer jaarstukken te gaan publiceren over het afgesloten boekjaar. Betekent een en ander dat het tijdstip waarop het faillissement wordt uitgesproken onder omstandigheden van beslissende betekenis zal zijn voor de vraag of al dan niet sprake was van het niet-naleven van de publikatieverplichting en derhalve van kennelijk onbehoorlijk bestuur? Indien bevestigend, is dat dan wel, gezien de buitengewoon ernstige consequenties, die een en ander kan hebben voor de betrokken bestuurders, redelijk te achten?

Daarnaast merkt Van den Hoek op dat verwaarlozing van de publikatieplicht geenszins hoeft te duiden op wanbeleid. Daarvan is in de regel wel sprake indien bewust onjuiste cijfers worden gepubliceerd. Van den Hoek is echter van mening dat een zodanig handelen niet gekwalificeerd kan worden als handelen in strijd met artikel 394. Artikel 394 handelt over openbaar maken van de jaarrekening, niet over de inhoud van de stukken. Indien dit juist is, is dat dan, gezien de verdere consequenties, redelijk te achten?

Op bladzijde 5 van de memorie van toelichting is gesteld, dat de individuele disculpatiemogelijkheid openstaat in geval van het ontbreken van een behoorlijke boekhouding en jaarstukken «al zal niet gemakkelijk mogen worden aangenomen dat een bestuurder geen verwijt treft ten aanzien van de verwaarlozing van een zo fundamentele bestuursplicht». Blijkens het gestelde op bladzijde 30 van de nota naar aanleiding van het eindverslag, is de minister van mening, dat het beginsel van de collectieve bestuursverantwoordelijkheid ertoe leidt «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 tot zorg aanleiding geeft». Wat moet een individuele bestuurder, niet zijnde een financieel directeur, nu in concreto doen om te verzekeren dat hij op enig ogenblik met een behoorlijke kans van slagen terzake een beroep kan doen op de individuele disculpatiemogelijkheid? Moet hij buiten de financieel directeur om, op geregelde tijdstippen de boekhouding gaan controleren? Moet hij in het Handelsregister gaan nakijken of de jaarrekening is gepubliceerd of mag hij terzake afgaan op de mededelingen van de financieel directeur of op datgene waarvan hij weet, dat het de gebruikelijke gang van zaken binnen de onderneming is? Zou hij redelijkerwijze niet met succes het argument moeten kunnen hanteren, dat de vennootschap – naar hij wist – gebruik maakte van diensten van een te goeder naam en faam bekend staande accountant en dat hij nimmer van deze accountant mededelingen heeft ontvangen, die hem twijfel hebben kunnen geven over de naleving van de bewuste verplichtingen?

Deze leden van de C.D.A.-fractie wilden vervolgens stilstaan bij de positie van commissarissen.

Zij merkten op, dat de relatief geringe aandacht bij de behandeling van dit voorstel van wet voor de positie van commissarissen enigszins in tegenstelling staat met de feitelijke omstandigheid, dat in veel gevallen bij een eventuele aansprakelijkheidsstelling de personen van de commissarissen eerder verhaal zullen bieden, dan de betreffende bestuurders, althans zeker in situaties, waarin zodanige commissarissen gerecruteerd zouden zijn uit de kringen van het bank- en verzekeringswezen, de grotere bedrijven en maatschappen van vrije beroepsbeoefenaars. Dit dreigt een premie te zetten op de keuze om dan ook maar te trachten de commissarissen

rissen aansprakelijk te stellen. Deze leden waren echter van mening – en zij betreunden zulks niet – dat in feite die mogelijkheden nogal beperkt moeten worden geacht.

Van den Hoek is van mening, dat voor wat betreft de toezichthoudende en adviserende taak van commissarissen een aansprakelijkheid van commissarissen niet goed denkbaar is, zonder dat tevens en allereerst ook de aansprakelijkheid van het bestuur uit artikel 138 vaststaat.

Voorts staan aan het aansprakelijk stellen van commissarissen in veel gevallen, naar de mening van Van den Hoek, althans zoals deze leden hem begrijpen, de navolgende omstandigheden in de weg:

- het is zeer wel denkbaar, dat het bestuur zich aan onbehoorlijke taakvervulling heeft schuldig gemaakt, edoch dat hetzelfde niet gezegd kan worden van de Raad van Commissarissen, zulks met name in de situatie waarin de Raad van Commissarissen getracht heeft op een juiste wijze geïnformeerd te blijven over het wel en wee van de onderneming, doch aan de Raad van Commissarissen geen, onvoldoende, onjuiste of te late informatie is verstrekt;
- voorts mogen de leden van de Raad van Commissarissen in zijn algemeenheid op de door het bestuur gegeven antwoorden en uitgebrachte adviezen afgaan, tenzij ze redenen hebben om te veronderstellen dat deze niet juist zijn;
- aangezien commissarissen zich vooral met het bestuursbeleid bezighouden en niet met de uitvoering ervan en toezicht op het dagelijks beheer van het bestuur onmogelijk is, is, indien het faillissement van de onderneming wordt uitgesproken, toch vaak een situatie aan de orde, waarin zij redelijkerwijze kunnen stellen, dat zelfs bij de uitoefening van diligent toezicht, dat faillissement niet had kunnen worden voorkomen;
- de aansprakelijkheid van de commissarissen moet niet beoordeeld worden alsof zij van alles verstand hebben en nog minder alsof zij precies en recentelijk weten wat er binnen de onderneming aan de hand is;
- de mogelijkheden, die commissarissen hebben om het tij te keren, nadat zij onraad hebben ontdekt, zijn zeer beperkt.

Deze leden vernamen gaarne het standpunt van de minister over het vorenstaande.

Van den Hoek is van mening, dat, afgezien van bijzondere omstandigheden van het concrete geval, bij voorbeeld een malafide optreden van één of meer leden van de Raad van Commissarissen, de aansprakelijkheid van commissarissen door de rechter altijd zodanig moet worden gematigd, dat deze in een aanvaardbare verhouding tot de aansprakelijkheid van het bestuur komt te staan, op een zodanige wijze dat op een juiste wijze tot uitdrukking komt, dat een aanmerkelijk verschil tussen beiden is in de kans om brokken te maken en deze te voorkomen, in verantwoordelijkheid, tijdsbeslag en beloning, verbonden aan de respectievelijke functies. Onderschrijft de minister dit en kan de minister een indicatie geven wat in een normale situatie een redelijke verhouding zou zijn?

Uitgaande van de feitelijke omstandigheid, dat een commissaris in collegiaal verband met mede-commissarissen functioneert, vroegen deze leden zich af, wat van een individuele commissaris moet worden gevergd, teneinde met succes een beroep te kunnen doen op de individuele disculpatiemogelijkheid. Dient zo'n commissaris aan te tonen dat hij bij bepaalde besluitvorming niet betrokken is geweest, danwel is overstemd, of is onder omstandigheden voldoende dat hij redelijkerwijze hard kan maken, dat bij het bestreden besluit een problematiek aan de orde was op het terrein waarop hij niet over specifieke deskundigheid beschikte? Teneinde zich individueel te kunnen disculperen, is ingevolge het overeenkomstig toepasselijke artikel 138, lid 3, voorts nodig dat een commis-

saris maatregelen heeft getroffen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur af te wenden. Wat stelt de minister zich bij een persoon in de positie van commissaris daarvan voor? Welke betekenis zou overigens naar het oordeel van de minister in dit verband toegekend kunnen worden aan «de gedragsregels voor commissarissen» zoals deze thans door het «Nederlands Centrum voor Directeuren» (NCD) worden overwogen?

Deze leden achtten het juist, dat in het voorstel van wet tevens voorzieningen zijn getroffen teneinde andere personen, dan de formele bestuurders van de onderneming, aansprakelijk te stellen, indien die andere personen feitelijk het beleid in de onderneming hebben uitgemaakt en zulks op een kennelijk onbehoorlijke wijze. Van zo'n (mede)beleidsbepaler is naar het oordeel van de minister sprake indien er enerzijds directe bemoeienis met het bestuur is, anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur. Deze door de minister gehanteerde criteria kunnen waarschijnlijk redelijk goed functioneren in een situatie waarin een persoon, die geen formele positie binnen de onderneming heeft, zich feitelijk als bestuurder gedraagt, terwijl de formele bestuurder slechts een marionet c.q. stroman is. De kwestie is echter beduidend ingewikkelder, indien men een orgaan van de vennootschap, niet zijnde het formele bestuur, als (mede)beleidsbepaler wil aanmerken. Men kan een orgaan van de vennootschap, althans de natuurlijke personen, die dat orgaan vormen, onmogelijk aansprakelijk stellen, omdat zij zich met het wel en wee van de betreffende vennootschap bemoeid hebben. De minister is zich van deze problematiek bewust. Gesteld wordt dat een ander orgaan, dat binnen de grenzen van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheden gehandeld heeft, en bij voorbeeld op basis van die statutaire bevoegdheden aanwijzingen heeft gegeven aan het bestuur, niet als een (mede)beleidsbepaler, zoals bedoeld in artikel 138, lid 7, dient te worden aangemerkt. Dit kan onder omstandigheden anders zijn, indien een orgaan aan het bestuur opdrachten geeft en daarmee tevens zijn bevoegdheden zou overschrijden, dan wel indien het bestuur in feite materieel de leiding van de onderneming aan dat orgaan zou overlaten.

Aldus geformuleerd, lijkt, voor wat betreft zo'n orgaan, alles af te hangen van de vraag of al dan niet grenzen van de vennootschapsrechtelijke competenties zijn overschreden. Honée acht een eenduidige oplossing via deze weg vrijwel onmogelijk, omdat er nauwelijks beslissingen denkbaar zijn, die niet op enigerlei wijze actieve betrokkenheid van het bestuur veronderstellen, eenvoudig omdat het bestuur de vennootschap als regel vertegenwoordigt. Hij is van mening, dat de bepaling over de aansprakelijkheid van beleidsbepalers foutief is opgezet, omdat zij puur feitelijke omstandigheden een juridisch gehalte wil geven door de toevoeging «als ware hij bestuurder». Naar zijn mening dient de doorslag te geven het criterium of men op de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur een actief dominerende invloed heeft gehad, waarbij het niet terzake doet of die invloed bevoegelijk of puur feitelijk is geweest. Deze leden vernamen hierover gaarne het standpunt van de minister.

Op bladzijde 24 van de memorie van antwoord stelt de minister: «Een moedermaatschappij kan, zonder formeel bestuurder te zijn van haar dochter, toch als beleidsbepaler optreden, wanneer zij in feite uit hoofde van haar machtspositie de leiding van de dochter in handen neemt en rechtstreeks haar wil oplegt aan de formele bestuurders.» Honée, zoals deze leden hem begrijpen, benadrukt in dit verband het feit dat concernverhoudingen naar Nederlands recht als maatschappelijk aanvaardbare verhoudingen zijn erkend en bestrijdt dat gesteld zou kunnen worden, dat de bestuurszelfstandigheid van een dochter per definitie weinig om het lijf zou hebben, ook in een situatie, waarin het bestuur van de dochterven-

nootschap, voor wat betreft de doelmatigheid van zijn beleid, zich zou laten domineren door instructies van de moedervernootschap, die ingegeven zouden zijn door het concernbelang. Indien het bestuur van de dochtervernootschap ten aanzien van de rechtmatigheid van dat beleid, voor wat betreft de eigen vennootschap zelfstandig zou blijven beoordelen, is de bestuursautonomie van die dochtervernootschap niet terzijde gesteld, weshalve er geen aanleiding zou bestaan de moedervernootschap eerder dan in een andere situatie voor andere personen c.q. rechtspersonen zou gelden, als beleidsbepaler aan te merken. Ook hierover vernamen deze leden gaarne het standpunt van de minister.

Honée staat ook stil bij de vraag, welke aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder tevens ingevolge het gestelde in 4 A, aansprakelijkheid is van zijn bestuurder(s). Naar zijn mening, gelet op de gehanteerde terminologie «als bestuurder», alleen de aansprakelijkheid, die voortkomt uit wetbepalingen, die rechtstreeks betrekking hebben op de aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge tekortkoming in hun taakvervulling. Derhalve niet contractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder; evenmin de in de rechtspraak op grondslag van artikel 1401 aanvaarde aansprakelijkheid van bestuurders tegenover crediteuren van de vennootschap. Via dat laatste dan evenmin de aansprakelijkheid ingevolge artikel 7, boek II BW. Onderschrijft de minister deze opvatting?

Deze leden van de C.D.A.-fractie waardeerden het dat in het voorstel van wet een voorziening is opgenomen, waardoor een aansprakelijkheidsstelling van personen, die leiding geven aan een onderneming, die in Nederland gevoerd wordt in de vorm van een naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon, eveneens onder omstandigheden aansprakelijk kunnen worden gesteld voor kennelijk onbehoorlijk bestuur. Aan de hand van de voordracht van Roelvink wilden zij in verband hiermee nog enige opmerkingen maken en vragen stellen.

Bij de behandeling in de Tweede Kamer is erop gewezen, dat artikel 14 en 394 niet voor buitenlandse rechtspersonen gelden. Roelvink betoogt, in afwijking van het standpunt van de minister, dat artikel 138, lid 2, zich niet leent voor overeenkomstige toepassing krachtens lid 11. In deze gedachtengang kan aan het niet voorhanden zijn van een behoorlijke boekhouding bij een naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon, dan de rechter daaraan de betekenis toekennen, die hij passend acht. Hoe is daarover het oordeel van de minister?

Naar de mening van Roelvink heeft in het geval van lid 11, de koppeling aan de vennootschapsbelasting een afbakeningseffect, dat onder omstandigheden enigszins willekeurig kan uitvallen. In dit verband wijst hij op drie kwesties, zijnde:

- het onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting is vaak afhankelijk van een al dan niet binnen het Rijk aanwezige vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger. De inhoud van die begrippen zoals die in belastingverdragen wordt omschreven, wijkt vaak af van de nationale regel en wisselt dus per verdragsituatie;
- de vaste inrichting, in het kader waarvan de als buitenlandse belastingplichtige aan te merken vreemde rechtspersoon schulden heeft gemaakt welke tot het faillissement hebben geleid, kan in het zicht van de déconfiture zijn opgeheven. Vond die opheffing plaats vóór het tijdstip waarop het faillissement werd uitgesproken, dan is de rechtspersoon in kwestie op dat tijdstip niet (meer) onderworpen aan de heffing van de VPB. De vraag is in dit verband of de term «is» mag worden gelezen «is of was»;
- voorts attendeert hij erop dat het onderworpen zijn aan de heffing van de VPB normaliter – in geval van betwisting – door de belastingrechter wordt beoordeeld. Bij toepassing van lid 11 kan de burgerlijke rechter voor een vraag worden gesteld, die niet tot zijn gewone werkterrein behoort.

Voorts vraagt Roelvink zich af of het billijk is, dat de persoon, die met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden is belast aansprakelijk te stellen in een situatie waarin het zou gaan om een lokale manager met beperkte bevoegdheden, die sterk afhankelijk is van de in het buitenland door het bestuur genomen beslissingen en in de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur niet deelt. Kan een zodanige lokale manager zich met beroep op zodanige omstandigheden individueel disculperen?

Kan onbehoorlijke taakvervulling door de lokale manager eigenlijk wel worden gekwalificeerd als onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, als bedoeld in lid 1 van artikel 138? Moet de bewuste bepaling zodanig worden gelezen dat voor de toepassing van artikel 138 degenen die met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden zijn belast worden gelijkgesteld met bestuurders?

Ingevolge artikel 50 a en artikel 300 a, zijn de artikelen 138 en 149 van overeenkomstige toepassing ingeval van faillissement van een stichting en in geval van een vereniging waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariële akte, indien bedoelde stichting c.q. vereniging aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen. Er kan zich echter een situatie voordoen, waarin een stichting of vereniging slechts tijdelijk aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. Zijn de artikelen 138 en 149 dan slechts van toepassing voorzover die rechtspersonen vennootschapsbelasting moeten betalen en slechts gedurende de periode dat dat het geval is?

Deze leden betreurden dat in het voorstel van wet geen individueel matigingsrecht is neergelegd voor de individuele bestuurder, die aan de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur niet geheel vrijuit gaat, doch slechts in de verhouding tot andere bestuurders in zeer beperkte mate daaraan schuldig is. Een zodanige persoon binnen het bestuur is thans volledig afhankelijk van de mogelijkheid zich al dan niet individueel te kunnen disculperen. Dat echter is een kwestie van alles of niets. Dit nu stelt de betrokken rechter nodeloos voor een zeer moeilijke beslissing omdat hij bij een keuze uit slechts die alternatieven in beide gevallen dan niet volledig recht kan doen aan de bijzondere omstandigheden van het hem voorgelegde geval. Door de bestuurder volledig vrijuit te laten gaan onthoudt hij de crediteuren een zeker bedrag dat tot verhaal van hun vordering had kunnen strekken. Door de bestuurder de individuele disculpatiemogelijkheid te ontzeggen, straft hij een slechts in beperkte mate schuldige persoon in gelijke mate als bijvoorbeeld evident malafide bestuurders, die eveneens bestuurder c.q. mede beleidsbepaler van de betrokken onderneming zouden zijn. Deze leden vroegen zich af of zulks te billijken valt.

De minister is van mening dat via onderling regres de harde kanten van het gekozen systeem enigszins afgeslepen zouden kunnen worden. Dit kan uiteraard alleen indien de desbetreffende malafide bestuurders, nadat zij door de curator zijn aangesproken, daarna nog solvabel zouden blijken te zijn voor het bedrag van de betreffende regresvordering. Geen erg waarschijnlijke mogelijkheid.

In dit verband rijst overigens nog de vraag of in beginsel ook commissarissen regres kunnen nemen op bestuurders.

Deze leden wilden vervolgens stilstaan bij mogelijke effecten, die zullen optreden ten gevolge van dit voorstel van wet bij behandeling van faillissementen.

Deze leden verwachtten, dat crediteuren in een faillissement, met name de niet batig gerangschikte, druk zullen uitoefenen op de curator om een vordering ex artikel 138 in te stellen tegen bestuurders en beleidsbepalers. Zonodig zullen zij de curator middels een verzoekschrift

ex artikel 69 daartoe trachten te dwingen. Dit nu is niet onbegrijpelijk, aangezien veel crediteuren, die ten gevolge van een faillissement een aanzienlijk geldbedrag dreigen te verliezen, al gauw van mening zijn, dat bestuurders van die gefailleerde vennootschap zich kennelijk onbehoorlijk gedragen hebben. In dit verband valt één van deze leden de woorden in van een politicommissaris, die ooit zei: «Diefstal van een fiets is kleine criminaliteit, diefstal van mijn fiets is grote criminaliteit.»

Ook de curator zal, zolang de boedel de lasten van een zodanige procedure kan dragen, een soort eigenstandig belang hebben een zodanige procedure te voeren. Indien de procedure verloren wordt, wordt weliswaar de boedel verwezen in de betaling van de geliquideerde proceskosten van de wederpartij, doch een zodanige boedelvordering zal niet snel ten laste gaan van de mogelijke uitkeringen aan concurrente crediteuren, doch veeleer ten koste van de preferente. Zo gesteld lijkt een procedure ex artikel 138 voor concurrente crediteuren een loterij met een mogelijke hoofdprijs, terwijl de loten hen niets kosten. Kortom een aantrekkelijke zaak.

Naar de mening van deze leden dienen echter ook de mechanismen te werken teneinde te voorkomen, dat niet nodeloos en zonder behoorlijke proceskansen procedures ex artikel 138 worden gevoerd. Deze leden waren van mening dat weliswaar terzake een bijzondere verantwoordelijkheid drukt, zowel op de curator als de rechter-commissaris, doch overigens zodanige mechanismen lijken te ontbreken. Deze leden hadden in dit verband nog de navolgende vragen.

Kan een rechter-commissaris bij beslissing op een verzoekschrift ex artikel 69 Faillissementswet aan toewijzing van een verzoek van crediteuren om een procedure ex artikel 138 te starten de voorwaarde verbinden dat crediteuren gelden aan de boedel ter beschikking stellen, om een zodanige procedure te voeren? Dient de rechter-commissaris zijn beslissing op een zodanig verzoekschrift van crediteuren positief te laten beïnvloeden door de eventuele omstandigheid dat crediteuren reeds op voorhand hebben aangeboden de voor het voeren van een procedure benodigde gelden aan de boedel ter beschikking te stellen?

Op bladzijde 42 van de memorie van antwoord, staat aangegeven, dat de curator, nog vóór het tijdstip waarop het tekort van het faillissement kan worden vastgesteld, zonodig maatregelen kan treffen door het leggen van conservatoir beslag op de goederen van de bestuurders, waardoor het verhaal van de vordering zoveel mogelijk wordt gewaarborgd. Dit lijkt enigszins te miskennen dat degene die conservatoir beslag legt, in zijn algemeenheid een risico-aansprakelijkheid draagt voor de schade, indien op enig ogenblik zou blijken, dat ten onrechte een conservatoir beslag is gelegd. Kan een bestuurder op wiens goederen conservatoir beslag is gelegd, de curator persoonlijk aansprakelijk stellen voor alle schade, die hij ten gevolge van een zodanig beslag mocht ondervinden in een situatie waarin een terzake in te dienen boedelvordering niet of niet volledig batig gerangschikt zou kunnen worden?

Kan een bestuurder, die tevens crediteur is in het faillissement, worden ontvangen in een verzoekschrift ex artikel 69 Faillissementswet en zo nodig daarna in hoger beroep ex artikel 67 Faillissementswet, indien de strekking van zijn vordering zou zijn een bezwaar zijnerzijds, dat de curator tegen hem als bestuurder c.q. beleidsbepaler, een procedure ex artikel 138 zou wensen in te stellen?

In het geval de aangesproken bestuurders de omvang van de belasting of premies betwisten en daarover geen vergelijk mogelijk is, kan dit een reden zijn om de voorkeur te geven aan een geding krachtens het derde misbruikontwerp door de curator. Deze immers vordert het tekort en

betaalt dan de fiscus c.s. op hun vordering, zoals hij deze in het faillissement heeft geverifieerd. In zo'n situatie kunnen de bestuurders, omdat zij niet zelf door de fiscus worden aangesproken, zich niet wenden tot de belastingrechter, om de hoogte van de belastingschuld te betwisten, terwijl zij echter wel voor die volledige belastingschuld aansprakelijk zijn. Acht de minister een en ander een redelijke gang van zaken?

Door aanvaarding van het amendement nr. 31 is in een laat stadium in het voorstel van wet ook een nieuwe regeling voor de uitgifte en levering van aandelen op naam of beperkt recht daarop gekomen. Zoals door mr. S. E. Eisma, in zijn artikel «Verkrijging van aandelen op naam, na invoering van het derde misbruikontwerp», alsmede door Van Schilfgaarde is gesignaleerd, roept deze nieuwe regeling een reeks van vragen op.

Voor een deel vinden deze hun oorzaak in de bepaling dat de levering tegenover de vennootschap eerst werkt vanaf het tijdstip waarop zij aan de vennootschap is meegedeeld. Op welke wijze moet deze bepaling worden begrepen? Is het zo dat de verkrijger tegenover de vennootschap niet als aandeelhouder kan gelden voordat de mededeling heeft plaatsgevonden, ook al weet de vennootschap van de overdracht? Of is het zo dat de vennootschap het aandeelhouderschap van de opvolger kan, maar niet hoeft te negeren? Of is het juist het standpunt, zoals bepleit door Eisma in zijn artikel, zijnde: De vennootschap is niet verplicht om de overdracht tegen zich te laten werken, zolang deze niet formeel is meegedeeld, maar heeft de vennootschap eenmaal uitdrukkelijk blijk gegeven, dat zij de verkrijger als aandeelhouder erkent (bijvoorbeeld door hem toe te laten tot de aandeelhoudersvergadering, of daarvoor op te roepen, of door hem dividend uit te betalen), dan kan zij zich er niet meer op beroepen, dat de mededeling overeenkomstig het bepaalde in lid 3 niet is gedaan?

Eisma werpt, in verband met deze kwestie, in zijn artikel ook nog twee andere vragen op.

Hij vraagt zich af hoe men de regel toepast, dat de levering eerst tegenover de vennootschap werkt, vanaf het tijdstip van de mededeling, doch tussen partijen en tegenover andere dan de vennootschap reeds werkt vanaf het moment dat aan het voorschrift van lid 1 is voldaan, bijvoorbeeld in een situatie waarin A aan B overdraagt door middel van een akte en B, al dan niet in dezelfde akte aan C, waarna notariële afschrift(en) van die akte(n) eerst daarna aan de vennootschap worden afgegeven. Eisma is geneigd aan te nemen, dat de vennootschap niet kan stellen, dat de overdracht B naar C niet geldig tot stand is gekomen omdat de overdracht A naar B niet vóór die overdracht aan de vennootschap is meegedeeld.

Een andere vraag, die naar het oordeel van Eisma kan rijzen, als gevolg van het feit dat de levering tussen partijen en tegenover derden eerder werkt, dan tegenover de vennootschap, zou zich kunnen voordoen bij besloten vennootschappen waarvan de overdracht van de aandelen op naam is geblokkeerd. Eisma geeft in zijn artikel een aantal voorbeelden, uitgaande van een situatie, waarin de statuten van de betrokken vennootschap voor de overdracht van aandelen de goedkeuring van de raad van commissarissen vereisen en voorts bepalen, dat de overdracht moet plaatsvinden binnen drie maanden nadat de goedkeuring is verleend. Naar de mening van Eisma kan men de in de gegeven voorbeelden rijzende vragen vermijden, als men zou aannemen, dat de woorden «overdracht» en «overdragen» in artikel 195 lid 3 en lid 4 BW, zien op de overdracht die tussen partijen werkt, ongeacht of de mededeling van de levering overeenkomstig lid 3 van artikel 86 (196) BW binnen de in artikel 195, lid 3 en lid 4, BW genoemde termijn heeft plaatsgevonden.

Van Schilfgaarde verdedigt de opvatting, dat de vennootschap de verkrijger niet als aandeelhouder kan of mag beschouwen, zolang de vereiste mededeling niet heeft plaatsgevonden. Ook bij die interpretatie ziet hij een reeks van problemen. Hij is van mening, dat de nieuwe regeling in deze uitleg een verrassende nieuwe mogelijkheid opent, om aandelen met behoud van stemrecht tot zekerheid over te dragen of buiten het vermogen te stellen. Hij verwacht, dat van deze mogelijkheid zeer geregeld gebruik zal worden gemaakt. In verband met die gevallen ziet hij een aantal vragen – deels hiervoor reeds gesignaleerd – rijzen. Wie heeft als aandeelhouder te gelden in de zin van de uitkoopregeling, de geschillenregeling, de deelnemingsvoorschriften in de jaarrekening, de toerekening bij de structuurregeling, de bijtelling van aandelen gehouden door dochtervennootschappen in de inkoopregeling? Kan de vennootschap beslag leggen op aandelen van de verkrijger vóór de mededeling? Wie heeft te gelden als mede-aandeelhouder aan wie de aandelen vrijelijk kunnen worden overgedragen in de zin van de blokkeringsregeling? Moet alleen de overdracht tussen partijen, of ook de mededeling plaatsvinden binnen een termijn van 3 maanden van artikel 195, lid 3 of 4, BW?

Eisma vraagt zich voorts af of lid 2 van artikel 86 (196 BW) voor de overdracht constitutieve eisen stelt. Komt de overdracht ook tot stand, indien wel is voldaan aan de eisen van lid 1, maar niet aan de eisen van lid 2? Ook in de brief dd. 11 november 1985 van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen wordt gesteld, dat het uitermate gewenst is, dat op enigerlei wijze bevestigd zou worden, dat onvolledigheid c.q. onjuistheid van deze gegevens civielrechtelijk geen nietigheid van rechtswege ten gevolge heeft.

In dezelfde brief wordt gesteld, dat de belangrijke verzwaring van de formele leveringsvereisten het gevaar met zich meebrengt, dat het op de langere duur moeilijk, zo niet onmogelijk zal worden, om achteraf met zekerheid te kunnen vaststellen of deze vereisten bij opeenvolgende rechtsovergangen van een aandeel in het verleden zijn nageleefd. Daarbij wordt opgemerkt dat de wet thans niet in een bewaarplicht van het aandeelhoudersregister voorziet. Het zou naar het oordeel van de stellers van deze brief voorts onwenselijk zijn, dat bij verkoop van een aandeel op naam een onderzoek naar de naleving van de nieuwe leveringsvereisten bij eerdere leveringen in principe tot de datum van de invoering van deze nieuwe vereisten zou moeten teruggaan. Om de bedoelde redenen acht men het dringend gewenst een aantal aanvullende wettelijke bepalingen op te nemen om te voorkomen dat op dit gebied een ernstige rechtsonzekerheid zou ontstaan:

- invoering van bewaarplicht van de op de rechtsovergang van aandelen op naam – voorzover de nieuwe vereisten daarop van toepassing zijn – betrekking hebbende stukken gedurende 10 jaar;
- beperking van de mogelijkheid een beroep te doen op niet-nakoming van de nieuwe leveringsvereisten tot eveneens een periode van 10 jaar;
- de invoering van een weerlegbaar vermoeden, dat het door de vennootschap gehouden aandeelhoudersregister de rechtstoestand juist weergeeft.

Gaarne vernamen deze leden het commentaar van de minister naar aanleiding van het vorenstaande.

– In artikel 86 en 196, lid 1, wordt gesproken van «of een beperkt recht daarop». Ware het niet beter geweest aan te sluiten bij de thans in de wet gebruikelijke terminologie, zijnde «of voor de levering of vestiging van een vruchtgebruik of pandrecht daarop»? Deze leden namen overigens aan, dat de constitutieve eisen, die lid 1 van artikel 86 (196) BW stelt aan de levering van een beperkt recht op aandelen, eveneens gelden voor de vestiging van een zodanig recht. De gehanteerde terminologie is ook op dat onderdeel niet eenduidig.

Moet de aanduiding «voornaam», die ingevolge het gestelde van lid 2 van artikel 86 (196) BW in de akte van levering moet worden vermeld, zodanig worden opgevat dat uitsluitend de eerste voornaam, danwel alle voornamen moeten worden vermeld? Hoe beoordeelt de minister de omstandigheid dat lid 2 niet voorschrijft, dat de akte door partijen, met name ook door de verkrijger, getekend moet worden? Doet zulks geen afbreuk aan het kunnen vaststellen dat aanvaarding heeft plaatsgevonden? Op welk moment moet overigens de aanvaarding plaatsvinden. Dient aanvaarding te hebben plaatsgevonden, voordat de mededeling als bedoeld in lid 3 van artikel 86 (196) BW geschiedt?

Deze leden wezen er voorts op, dat, in tegenstelling tot lid 4 van het bestaande artikel 86, dat volgens het amendement lid 7 van het nieuwe artikel 86 wordt, het gestelde in lid 2 van het bestaande artikel 196 niet in het nieuwe artikel 196 is overgenomen. Dit heeft tot consequentie, dat in het laatste geval, in geval van levering van niet-volgestorte aandelen, geen verplichting bestaat de dag van levering in het register van aandeelhouders aan te tekenen. In dit verband wezen zij er nog op, dat de nieuwe wet evenmin een verplichting voor de besloten vennootschap zal bevatten, de akten van levering te bewaren. Zij hadden de indruk dat hierdoor de navolgende bepalingen worden ondermijnd:

- artikel 194, lid 4, laatste zin: de gegevens van het register omtrent niet volgestorte aandelen zijn ter inzage van een ieder;
- artikel 199, lid 1: de aansprakelijkheid van de vorige aandeelhouder voor stortingen, uitgeschreven binnen één jaar te rekenen van de dag der overdracht.

Op welke wijze kan de curator in het faillissement van een besloten vennootschap thans nog vaststellen of hij de vorige aandeelhouder nog kan aanspreken?

De aan het woord zijnde leden van de C.D.A.-fractie konden zich voorstellen dat het in bepaalde situaties ten aanzien van bepaalde vennootschappen, waarvan misbruik wordt vermoed c.q. vaststaat, gewenst is eenduidig te kunnen vaststellen aan welke natuurlijke perso(o)n(en), c.q. rechtsperso(o)n(en), de aandelen in eigendom toebehoren. Deze leden vroegen zich echter af of voor die wens de thans gevonden oplossing, zijnde steeds registratie van alle akten tot aandelenoverdracht van aandelen op naam, wel de juiste oplossing moet worden geacht. Van Schilfgaarde verwacht een zodanig aantal massagegegevens, dat slechts met geavanceerde dataverwerking, daarin nog enige orde kan worden gebracht. Voorts attendeert hij er op, dat voor de potentiële misbruiker(s) een aantal vluchtwegen beschikbaar blijven. Men zou gebruik kunnen maken van certificering, tussengeschoven B.V.'s en strolieden. Voorts zou men zijn toevlucht kunnen nemen naar de N.V. met aandelen aan toonder. Ook zou nog gekozen kunnen worden voor de variant, dat de aandelen in eerste instantie op naam worden gesteld, maar bij voorgenomen overdracht worden omgewisseld in aandelen aan toonder, waarna de verkrijger de aandelen weer omwisselt in aandelen op naam. Voor wat betreft het laatste neemt Van Schilfgaarde aan, dat omwisseling niet onder levering valt en ook niet onder uitgifte, zodat een nieuwe bepaling daarop geen vat heeft. Ook op dit deel van zijn betoog, zagen deze leden gaarne het commentaar van de minister tegemoet.

In artikel 138, lid 10, is voorzien, dat een curator de minister kan verzoeken hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen voor het instellen van een rechtsvordering. Welk bedrag gaat de minister daarvoor op zijn begroting opnemen?

Welke activiteiten zijn overigens door de minister ontwikkeld, of gaat hij nog ontwikkelen, zodra het voorstel van wet het Staatsblad zou

hebben bereikt, teneinde voorlichting te geven aan de betrokkenen over de inhoud en consequenties van deze wet? Deze leden hadden overigens kennisgenomen van een brief, welke door de minister op 21 maart 1985, nummer 123/685, is gezonden aan de Raad van Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO) te 's-Gravenhage (en wellicht ook aan andere instellingen). Deze brief bevat ondermeer de navolgende alinea:

«Speciaal wil ik echter onder uw aandacht brengen, dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in geval van frauduleuze benadeling van schuldeisers van een vennootschap, naar mijn oordeel het bij uitstek geëigende middel is om die vorm van frauduleus handelen tegen te gaan. Doel van de fraude is immers de persoonlijke bevoordeling van de bestuurder. Doel van de wetsontwerpen is de bestuurder toch aansprakelijk te doen zijn en hem aldus het beoogde voordeel weer te ontnemen.»

Acht de minister een en ander een juiste karakterisering van dit voorstel van wet?

Deze leden attendeerden tenslotte op een drukfout in artikel 175, lid 2. «Opzichter», dient te zijn «Oprichter». De desbetreffende fout kwam ook reeds voor in het tweede nader gewijzigd voorstel van wet.

De leden van de fractie van de P.v.d.A. merkten op dat het onderhavige wetsvoorstel een aantal wijzigingen inhoudt die uit een oogpunt van misbruikpreventie verbeteringen betekenen. Dat waardeerden deze leden positief. Nadat het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is aanvaard, is er van verschillende kanten kritiek geleverd zowel op de inhoud als op de uitvoerbaarheid van de wet c.q. bepaalde wetsartikelen. De geleverde kritiek is voor deze leden aanleiding hetzij op bepaalde punten meer toelichting te vragen, hetzij om een beter onderbouwde motivering, maar ook om antwoord te vragen op gerezen vragen.

Ondanks dat deze leden in beginsel veel waarde hechten aan de uitgangspunten van dit wetsvoorstel is de reactie, respectievelijk beantwoording van de regering op de door hen gemaakte opmerking respectievelijk gestelde vragen een niet onbelangrijke factor voor de uiteindelijke beoordeling van dit wetsvoorstel.

Gaat een b.v. failliet, dan wordt onbehoorlijke taakvervulling vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement wanneer het niet heeft voldaan aan zijn verplichting met betrekking tot de boekhouding (artikel 14) en de publikatie van jaarcijfers (artikel 394). Het gevolg daarvan is dat het tekort in het faillissement in beginsel op de bestuurders – en op degenen die het beleid bepaald hebben of mede bepaald hebben als waren zij bestuurders – kan worden verhaald. Aan dat verhaal ontkomen de bestuurders alleen wanneer zij tegenbewijs kunnen leveren, maar wat daarvoor nodig is weet nog niemand, aldus mr. P. van Schilfgaarde in WPNR 5756, blz. 669. Hoe levert men tegenbewijs tegen een niet nader bepaald vermoeden, vroegen de leden van de P.v.d.A.-fractie in navolging van deze auteur?

Het bestuur dat niet of gebrekkig boekhoudt, kan wat Van Mourik betreft (WPNR 5767) onbehoorlijke taakvervulling worden verweten. Minder soepel wil hij heenstappen over de relatie tussen het niet – of niet tijdig – publiceren en het wettelijk vermoeden. Verwaarlozing van de publikatieplicht behoeft geenszins te duiden op wanbeleid, zo merkte mr. P. C. van den Hoek op tijdens een op 21 en 22 november 1985 gehouden congres te Groningen met betrekking tot de onderhavige misbruikontwerpen op. Daarvan is wel sprake indien bewust onjuiste cijfers worden gepubliceerd. Valt dat onder strijd met artikel 394? Van den Hoek meent dat de tekst van de bepaling en haar geschiedenis daarvoor geen ruimte laten. Artikel 394 handelt over openbaarmaking van de jaarrekening, niet over de inhoud van de stukken. Evenals de leden van de C.D.A.-fractie zouden deze leden graag het commentaar van de bewindsman op het bovenstaande vernemen.

Onder andere uit de literatuur blijkt (WPNR 5756 blz. 2 mr. M. J. A. van Mourik, De nieuwe misbruikwetgeving) dat het niet duidelijk is wie degene is die «het beleid van het lichaam c.q. de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder». Deze leden zouden daarom hierover nader willen worden geïnformeerd.

In wetsvoorstel 16 530 wordt onder bestuurder mede verstaan «ten aanzien van wie aannemelijk is» dat hij het beleid (mede) heeft bepaald. In de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW wordt van «aannemelijkheid» niet gerept. Is de bewijslast in laatstbedoelde artikelen een zwaardere, zo vroegen de leden.

In artikel 138 (en 248) staat dat in geval van faillissement voor de n.v. (b.v.) iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Voor wie moet het aannemelijk zijn of wie moet aannemelijk maken dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement?

Zowel bij de schriftelijke als de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer is aandacht besteed aan de term «kennelijk onbehoorlijk bestuur». «Kennelijk onbehoorlijk bestuur» impliceert steeds onverantwoordelijkheid, onbezonnenheid, roekeloos handelen, kortom dingen doen die een behoorlijk bestuurder niet zou mogen doen. Steeds moet het gaan om handelingen die uiteindelijk de schuldeiser duperen. Het besef hiervan moet bij het bestuur aanwezig zijn. De bestuurders zouden dat besef in elk geval moeten hebben gehad bij enig doordenken van hun handelen en hun laten. Onder «kennelijk onbehoorlijk bestuur» vallen niet beslissingen die behoren tot het ondernemen. Dit is per definitie een met risico's gepaard gaande activiteit, aldus de minister in de Tweede Kamer (Handelingen 6337). Deze leden zouden de minister willen vragen waar de grens ligt tussen onverantwoord handelen en het nemen van ondernemingsrisico's. Wie moet nu aannemelijk maken dat er van het een danwel van het ander sprake is.

Deze leden waren het met de minister eens dat de rechterlijke macht in de loop der jaren een goede invulling heeft gegeven van abstracte begrippen als onrechtmatige daad en goede trouw. Gelet echter op de consequentie voor het doen of nalaten van een bestuurder met het oog op de artikelen 138 en 248 leek het deze leden juist om vooraf zoveel mogelijk door de wetgever te bepalen wat hij onder «kennelijk onbehoorlijk bestuur» verstaat, dan de invulling daarvan aan de rechter over te laten. Dat geeft duidelijkheid zowel voor de bestuurders als de (mede) beleidsbepalers.

Deze leden zouden vervolgens graag willen worden geïnformeerd waarom de minister vasthoudt aan «bestuur» als collectiviteit. Is het met name in de grotere b.v.'s en in de n.v.'s veelal niet zo dat iedere bestuurder een bepaald terrein c.q. onderdeel van het bestuur van de vennootschap onder zich heeft.

Waarom, zo vroegen deze leden, moet ingeval een bestuurder iets doet (of nalaat) wat een behoorlijk bestuurder niet zou moeten doen, dit aan het bestuur als collectiviteit worden toegerekend, waardoor in geval van faillissement iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk wordt. Lid 3 van artikel 138 (248) biedt aan een individuele bestuurder een disculpatiemogelijkheid. Als het bestuur een collectiviteit is zoals de minister stelt, hoe laat een individuele disculpatiemogelijkheid zich daarmee rijmen? Waarom is hier niet verwezen naar de regresprocedure zoals dat bij het 4e lid wel is gebeurd?

Ingevolge het 4e lid kan de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn matigen, indien hem dit bovenmatig voorkomt. Daarnaast heeft de rechter de mogelijkheid om het bedrag van een individuele bestuurder te verminderen, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest. Het zou naar de mening van deze leden juist zijn geweest als de mogelijkheid was gecreëerd voor de rechter om het bedrag voor een individuele bestuurder te matigen gelet op zijn positie binnen het bestuur. De minister is van mening dat de verdeling van de aansprakelijkheid tussen collectief handelende bestuurders dient te worden opgelost via het regresrecht en niet via een individueel matigingsrecht.

«Afgezien van het principiële aspect van de zaak, wijs ik er nog op dat het voor de rechter vrijwel ondoenlijk wordt het matigingsrecht toe te passen, als hij bij elke bestuurder zou moeten afwegen wat diens aandeel is geweest in het onbehoorlijk handelen van het bestuur en hoe dat moet worden uitgedrukt in termen van matiging van het bedrag van de aansprakelijkheid», aldus de minister (blz. 6344).

Wat moet in casu onder het principiële aspect van de zaak worden verstaan, zo vroegen deze leden. Daarnaast vroegen zij in hoeverre de positie (situatie) van de rechter een andere is in een regresprocedure dan de door de minister geschetste. Moet de rechter die afweging dan niet maken alvorens hij de vordering kan toewijzen?

Wat is de (rechts)positie van de (gewezen) bestuurder als later blijkt dat hij per saldo voor een veel lager bedrag aansprakelijk is, dan waartoe hij op grond van artikel 138 (248) aansprakelijk is gesteld?

In het eerder door deze leden aangehaalde artikel van Van Mourik schrijft hij dat het op één hoop vegen van wat de aansprakelijkheid betreft van de commissarissen met de bestuurders geen vrucht blijkt te zijn voor diepgaande bezinning. De taak van de raad van commissarissen is een geheel andere dan die van het bestuur. Onderscheid verdient derhalve te worden gemaakt tussen de raad die zijn toezichhoudende en adviserende taak onbehoorlijk vervult en commissarissen die zich geroepen voelen mede het beleid te bepalen «als waren zij bestuurder». Nu dit onderscheid niet is gemaakt zouden deze leden graag vernemen waarom niet.

Het door de Tweede Kamer aangenomen amendement nr. 31 inzake levering en registratie van aandelen heeft van verschillende kanten aandacht gekregen. Het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen heeft in zijn brief van 11 november 1985 aandacht gevraagd voor een tweetal kwesties – van technische aard – die nadere explicitering behoeft. Evenals de leden van de fractie van het C.D.A. zouden de aan het woord zijnde leden graag de reactie van de minister op deze brief vernemen.

Naar aanleiding van het artikel van mr. G. E. Eisma «Verkrijging van aandelen op naam na invoering van het Derde Misbruikontwerp» (W.P.N.R. 6763, blz. 773 e.v.) wilden deze leden de volgende vragen stellen. Nu noch uit de tekst van het nieuwe artikel 2:86 (196) B.W. noch uit de daarop gegeven toelichting blijkt dat men op dit punt van het thans geldende recht heeft willen afwijken, neemt de auteur aan dat ook na invoering van het nieuwe artikel 2:86 (196) B.W. de aanvaarding vormvrij kan plaatsvinden. Is deze aanname juist?

Niet duidelijk is op welk moment de aanvaarding moet plaatsvinden en met name of aanvaarding moet hebben plaatsgevonden vóórdat de mededeling als bedoeld in lid 3 van artikel 2:86 (196) B.W. geschiedt. Deze leden zouden dit punt graag zien toegelicht.

«Partijen bij de akte» zijn de vervreemder en de verkrijger. De vervreemder zal daarnaast ook «partij in de akte» zijn, maar de verkrijger hoeft dat niet steeds te zijn. De vraag kan rijzen – aldus mr. Eisma – of lid 2 van artikel

2:86 (196) B.W. voor de overdracht constitutieve eisen stelt. Anders gezegd: komt de overdracht ook tot stand indien wel is voldaan aan de eisen van lid 1, maar niet aan de eisen van lid 2? Deze vraag is ook gesteld in de hiervoor aangehaalde brief van het Nederlands Genootschap voor Bedrijfsjuristen.

Lid 3 van artikel 2:86 (196) B.W. bepaalt dat de mededeling aan de vennootschap dient te geschieden «overeenkomstig het bepaalde in dit lid», derhalve door afgifte van een bepaald stuk aan de vennootschap. De toelichting zegt: vanaf het tijdstip van afgifte, werkt de overdracht ook tegenover de vennootschap, wat van belang kan zijn voor de uitkering van dividend en de toelating tot de algemene vergadering van aandeelhouders. De vraag die rijst is: wat is rechtens indien de vennootschap uit andere hoofde kennis draagt van de overdracht en de betrokken verkrijger als aandeelhouder behandelt bij voorbeeld door hem toe te laten tot een algemene vergadering van aandeelhouders of hem dividend uit te keren?

De tekst van lid 3 lijkt duidelijke taal te spreken. Dit kan echter tot hoogst onbevredigende resultaten leiden juist in die gevallen waarin de vennootschap uit anderen hoofde kennis draagt van de overdracht en de verkrijger reeds als aandeelhouder is behandeld. Zijn deze onbevredigende resultaten inderdaad beoogd? Zo nee, hoe zijn deze eventueel te verhelpen? Deelt de minister de mening van de auteur dat de meest wenselijke uitleg van lid 3 is, dat enerzijds de vennootschap niet verplicht is om de overdracht tegen zich te laten werken zolang de mededeling van de levering niet overeenkomstig het bepaalde in lid 3 van artikel 2:86 (196) B.W. aan haar is gedaan, maar dat anderzijds de vennootschap die eenmaal uitdrukkelijk er blijk van heeft gegeven dat zij de verkrijger als aandeelhouder «erkent», zich er niet (meer) op kan beroepen dat de mededeling van de levering haar niet overeenkomstig het bepaalde in lid 3 is gedaan?

Prof. mr. P. van Schilfgaarde is blijkens zijn voordracht gehouden te Groningen van mening dat de vennootschap de verkrijger niet als aandeelhouder kon of mag beschouwen zolang de vereiste mededeling niet heeft plaatsgevonden.

Hij merkt op dat bij deze uitleg de nieuwe regeling een verrassende nieuwe mogelijkheid opent om aandelen met behoud van stemrecht tot zekerheid over te dragen of buiten het vermogen te «stellen». Hij gaat er van uit dat voor deze mogelijkheid zeker gebruik zal worden gemaakt hetgeen wil zeggen dat «onvoltooide» overdrachten betrekkelijk vaak zullen voorkomen. Deelt de minister deze zienswijze?

Als gevolg van de hierboven genoemde stellingname rijzen de volgende vragen:

- wie heeft als aandeelhouder te gelden:
- in de zin van de uitkoopregeling;
- in de zin van de geschillenregeling;
- bij de deelnemingsvoorschriften in het jaarrekeningzicht;
- de toerekening bij structuurrekening;
- de bijtelling van aandelen gehouden door dochtermaatschappijen in de inkoopregeling?

Kan de vennootschap beslag leggen op aandelen van de verkrijger vóór de mededeling?

Wie heeft te gelden als mede-aandeelhouder aan wie de aandelen vrijelijk kunnen worden overgedragen in de zin van een blokkeringsregeling? Mag worden aangenomen dat de woorden «overdracht» en «overdragen» in artikel 2:195 lid 3 en lid 4 zien op de overdracht die tussen partijen werkt, ongeacht of de mededeling voor de levering overeenkomstig lid 3 van artikel 2:86 (196) B.W. binnen de in artikel 2:195 lid 3 en lid 4 B.W. genoemde termijn van drie maanden heeft plaatsgevonden?

Deze leden zouden graag een reactie op deze vragen vernemen.

De leden van de fractie van de V.V.D. konden met dit voorstel in hoofdlijnen van harte instemmen. Op enkele punten koesterden zij echter nog enige bedenkingen. Zij wilden over dit voorstel nog de volgende vragen stellen:

Valt onder degenen die bedoeld worden in artikel 138 c.q. 248, 7e lid ook de commanditaire vennoot die zich achter de schermen met het beleid van de vennootschap bemoeit? Zo ja, verwacht de minister dat zulks in het algemeen in voldoende mate bewijsbaar zal blijken om de aansprakelijkheid van betrokkene te realiseren? Wil de minister ook voor andere gevallen als in dit artikel-lid bedoeld zijn verwachtingen omtrent de bewijsbaarheid mededelen?

Treft het nieuwe derde lid van artikel 93 c.q. 203/204 ook gevallen waarin de verplichting weliswaar uit de eerdere, bekrachtigde rechtshandeling voortkomt doch pas *na* de bekrachtiging ontstaat, zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn bij huurtermijnen?

Op grond van een formele opvatting omtrent de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de bestuurders is een constructie gekozen waarbij ingeval van onbehoorlijk bestuur alle bestuurders gelijkelijk aansprakelijk zijn. Zulks is gezien vanuit het oogpunt van bewijsproblematiek ongetwijfeld aantrekkelijk, doch de vraag rijst of zulks ook materieel juist is. Komt geen betekenis toe aan taakverdeling tussen bestuurders en aan het feit dat de onderlinge controle mogelijkheden in de praktijk veelal beperkt zullen blijken te zijn? Kan dit er niet toe leiden dat in gevallen waarin de mate van werkelijke schuld aan wanbeleid niet parallel loopt met de mate van individuele draagkracht van de bestuurders, uitermate onrechtvaardige resultaten zullen worden bereikt?

In dit verband wordt ook de vraag gesteld waarom individuele matiging van de aansprakelijkheid door de rechter in het voorstel niet mogelijk is gemaakt en door de minister in eerdere stadia van de behandeling ook uitdrukkelijk is afgewezen, terwijl de veel verder gaande individuele disculpatie wel mogelijk is?

Ernstige bedenkingen koesterden de hier aan het woord zijnde leden voornamelijk tegen de regeling van de overdracht van aandelen op naam, zoals die is geworden door de aanvaarding in de Tweede Kamer van het amendement-Vermeend c.s. In dit verband stelden zij nog de volgende vragen:

Zal een fout in de akte van overdracht (bijvoorbeeld onjuiste vermelding van een van de daarin verplicht op te nemen gegevens) leiden tot nietigheid van de overdracht? Zo nee, zal dan het effect van deze verplichting feitelijk niet gering zijn? Zal van deze regeling het gevolg zijn dat na een aantal jaren het in toenemende mate moeilijk wordt om vast te stellen dat degene die een aandeel te koop aanbiedt bevoegd is daarover te beschikken? Wil de minister ingaan op de bedenkingen die door Eisma in WPNR 5763 tegen deze regeling worden geformuleerd, en in het bijzonder op hetgeen t.a.p. wordt opgemerkt over de werking van de overdracht tegenover de vennootschap, met name indien deze werking op een ander tijdstip ingaat dan die tussen partijen bij de overdracht?

De voorzitter van de commissie,
Leyten-de Wijkerslooth de Weerdesteyn

De griffier van de commissie,
Dijkstra-Liesveld