

## 24 139<sup>1</sup>

**Regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen)**

## 24 141

**Regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot corporaties (Wet conflictenrecht corporaties)**

### **VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE<sup>2</sup>**

Vastgesteld 21 oktober 1997

Het voorbereidend onderzoek van de bovengenoemde wetsvoorstellen gaf de leden van de fracties van **CDA** en **PvdA** aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

De leden van de **CDA**-fractie hadden met belangstelling kennis genomen van de bovengenoemde wetsvoorstellen. Handhaving van het incorporatiestelsel doch tegelijkertijd beperking daarvan ten gunste van dwingend Nederlands recht ter wille van een ordelijk en verantwoordelijk vennootschappelijk rechtsverkeer, heeft de instemming van deze leden.

Wetsvoorstel 24 139 steunt goeddeels op het advies van de Commissie Vennootschapsrecht. De daarin geformuleerde uitgangspunten ter zake (paragraaf 4) betreffen onder meer «waarborgen voor de maatschappelijke betrouwbaarheid van zulk een rechtspersoon in het rechtsverkeer en voor de bescherming van derden (schuldeisers) waarmee de rechtspersoon handelt», het voorkomen van «aantasting van de Nederlandse Rechtsorde» en het «onder gelijke voorwaarden aan het Nederlands handelsverkeer moeten kunnen deelnemen». Die uitgangspunten vormen de kern voor de beperking van het incorporatiesysteem.

Geheel conform deze uitgangspunten zou hebben gepast dat ook het enquêterecht op de onderwerpelijke buitenlandse vennootschappen toepasselijk zou zijn verklaard. De Commissie Vennootschapsrecht heeft zich echter daar tegen uitgesproken (zie paragraaf 6) voornamelijk op grond van de overweging dat daarmee te zeer zou worden getreden binnen het «inwendig bestel» van de buitenlandse vennootschap wanneer de Ondernemingskamer voorzieningen zou treffen. Valt voor die stelling nog iets te zeggen met betrekking tot de voorzieningen als bedoeld in

<sup>1</sup> Het eerder verschenen stuk met betrekking tot dit wetsvoorstel is gedrukt onder EK nr. 352, vergaderjaar 1996–1997.

<sup>2</sup> Samenstelling:

Heijne Makkreel (VVD) (voorzitter), Talsma (VVD), Glasz (CDA), Michiels van Kessenich-Hoogendam (CDA), Holdijk (SGP), Vrisekoop (D66), Pitstra (GL), Le Poole (PvdA), Meeter (PvdA), De Wit (SP), Hirsch Ballin (CDA) en De Haze Winkelman (VVD).

artikel 2:356 onderdelen b tot en met f BW, ten aanzien van de voorziening in dit artikel genoemd in onderdeel a valt niet in te zien waarom deze toepasselijkverklaring van het enquêterecht prohibitief wordt geacht terwijl de Wet op de Ondernemingsraden, die wel van toepassing wordt verklaard, een soortgelijke voorziening mogelijk maakt door de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om de ondernemer te verplichten een besluit geheel of ten dele in te trekken enzovoort, wanneer de ondernemer, mede gelet op het (afwijkend) advies van de ondernemingsraad, bij afweging van de desbetreffende belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit had kunnen komen (zie artikel 26 WOR).

Doch het is zeer wel praktisch denkbaar de voorzieningen in dit geval buiten toepassing te houden en overigens het enquêterecht toe te passen. De wet voorziet immers in twee onderscheiden procedures: de een tot het instellen van een onderzoek en de andere tot het treffen van voorzieningen na gebleken wanbeleid. De eerste procedure is vooral de laatste jaren uitgegroeid tot een veel gevraagd en toegepast rechtsmiddel dat reeds zonder voorzieningen groot effect blijkt te hebben. Die ontwikkeling en dat effect was nog niet manifest toen de Commissie Vennootschapsrecht in 1992 tot haar advisering kwam. Ook de wetgever heeft het nut van de enquêteregeling ingezien toen zij deze met ingang van 1 januari 1994 heeft uitgebreid op stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die een onderneming in stand houden en waar krachtens wettelijke verplichtingen een ondernemingsraad moet worden ingesteld. De ondernemingskamer heeft zich juist in de laatste jaren ontwikkeld tot een centrale uitlegger van vennootschapsrechtelijke normen.

Deze leden konden dan ook heel goed volgen dat tijdens de behandeling in de Tweede Kamer van meer zijden is voorgesteld het enquêterecht met uitzondering van de voorzieningen alsnog van toepassing te verklaren.

Het antwoord van de minister, waarbij zij die suggestie van de hand deed, overtuigt deze leden niet.

De praktijk laat zien dat het enquêterecht zonder voorzieningen geen «bot instrument» is. De minister ziet dit gezegd hebbende volstrekt voorbij aan de effecten van de publiciteit wanneer wanbeleid is vastgesteld. Zelfs in het voorafgaande stadium, waarbij nog slechts een onderzoek is gelast, pleegt een vennootschap niet buiten de publiciteit te blijven. En de uitstraling daarvan ten aanzien van de integriteit van de onderneming, haar bestuurders en commissarissen in de markt is veelbetekenend. Het verslag van de uitkomst van het onderzoek wordt ingevolge artikel 2:353, eerste lid BW ter griffie van het Gerechtshof te Amsterdam nedergelegd. In de praktijk komt de inhoud van het verslag altijd in de openbaarheid. Het resultaat daarvan is wat in de literatuur het «schandpaaleffect» wordt genoemd.

De formulering van de minister (in de nota naar aanleiding van het verslag, 24 139, nr. 6, blz. 7) volgens welke het enquêterecht zonder voorzieningen een «geamputeerde vorm» zou aannemen, lijkt op de gedachtegang te stoelen dat een enquête zonder voorzieningen een papieren tijger zou zijn. Die gedachtegang is gedateerd. In het verleden werd nog wel tegen een enquêteverzoek in stelling gebracht dat als een onderneming gefailleerd is een onderzoek mosterd na de maaltijd was en voorzieningen niet meer konden helpen. Reeds in de Ogemzaak heeft de Hoge Raad dat argument verworpen en geoordeeld dat de enquêteprocedure mede van belang is «zo sprake is geweest van fouten, wie daarvoor verantwoordelijk is». Sedertdien biedt vaststelling van wanbeleid en duiding van de verantwoordelijkheden een uitstekende opstap voor aansprakelijkheidsprocedures bij de gewone rechter. Van die mogelijkheid wordt ruimschoots gebruik gemaakt ook door curatoren.

Men denke aan de zaak Bobel, waarin de curator eerder dit jaar publiekelijk aankondigde bestuurders en commissarissen in persoon te zullen aanspreken op basis van het vastgesteld wanbeleid zonder dat (nog) van enige voorziening sprake is.

De leden van de CDA-fractie concludeerden dat ter voldoening van eerder genoemde uitgangspunten ook het enquêterecht wellicht zonder de voorzieningen volgens artikel 2:356, onderdelen b tot en met f BW toepasselijk dient te worden verklaard, gelet op de sedert het advies van de Commissie Vennootschapsrecht onstane ontwikkelingen en verworven inzichten. Zij nodigden de minister uit haar standpunt ten deze te herzien.

Hoewel de minister in de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 24 141 (stuk nr. 3) het enquêterecht rekent tot de onderdelen van het ondernemingsrecht die een karakter van openbare orde dragen, geldt het bovenstaande, aldus de leden van de CDA-fractie, ook voor dat wetsvoorstel, omdat ook in wetsvoorstel 24 141 het enquêterecht niet wordt toegepast.

Deze leden zagen gaarne verduidelijkt of het jaarrekeningenrecht, evenals bij wetsvoorstel 24 139, naar het oordeel van de minister in dit wetsvoorstel nu wel of niet tot het incorporatierecht moet worden gerekend. Zo niet – en de daarop betrekking hebbende passages in de memorie van toelichting (Kamerstuk 24 141, nr. 3 § 4, blz. 7 en de artikelsgewijze toelichting bij artikel 3, blz. 17) doen zulks vermoeden – dan vernamen zij gaarne op welke gronden.

De leden van de **PvdA**-fractie hadden eveneens met grote belangstelling kennis genomen van deze twee wetsvoorstellen.

Wetsvoorstel 24 141 is een wettelijke vastlegging van een ongeschreven regel van internationaal privaatrecht (IPR). Met uitzondering van het IPR in het personen- en familierecht zijn dit soort regels slechts mondjesmaat gecodificeerd. De noodzaak om dit in dit geval te doen lijkt te zijn ingegeven door het andere wetsvoorstel 24 139. De regel – het incorporatiestelsel: een corporatie, die haar zetel heeft op het grondgebied van de staat naar welk recht zij is opgericht wordt beheerst door het recht van die staat – wordt algemeen aanvaard als «geldend recht». Tegen het incorporatiestelsel verzetten deze leden zich dan ook niet. Overigens kennen onze buurlanden – met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk – deze regel, zo dachten zij, niet; deze (bijvoorbeeld België) passen het stelsel van de werkelijke zetel toe.

Deze leden merkten vervolgens op dat wetsvoorstel 24 139 een correctie vormt op het met wetsvoorstel 24 141 gecodificeerde incorporatiestelsel. Is deze correctie wel nodig? De voorgangers van deze minister van Justitie hebben kennelijk geaarzeld en lange tijd geen wetgeving geïnitieerd ondanks een in 1984 gehouden hoorzitting van de Tweede Kamer over het fenomeen van de bestrijding van misbruik c.q. oneigenlijk gebruik van buitenlandse rechtspersonen. Ook de Raad van State vraagt zich af of het wetsvoorstel wel opportuun is, gegeven de beperkte doelstelling om dit misbruik tegen te gaan. Het gaat immers (memorie van toelichting, blz. 5) in de praktijk om «kleine ondernemingen, vaak eenmansvennootschappen, die uitsluitend plaatselijk werkzaam zijn». In de wandeling pleegt deze doelgroep aangeduid te worden met «glazenwassers». De leden van de PvdA-fractie nodigden de minister uit om de opportuniteit van het wetsvoorstel nog eens te adstrueren, zo mogelijk met behulp van de meest recente cijfers omtrent het te bestrijden misbruik c.q. oneigenlijk gebruik.

De leden hier aan het woord toonden voor het overige begrip voor het door de minister ingenomen standpunt, dat deze uitzondering een beperkte moet zijn en dat met deze uitzondering het incorporatiestelsel niet zodanig mag worden ingeperkt, dat van dit stelsel niets overblijft.

Op twee detailpunten vroegen zij de minister nog het volgende.

Zouden niet met het oog op een zo goed mogelijke bestrijding van het misbruiken van een buitenlandse rechtspersoon de begrippen corporatie (wetsvoorstel 24 141) en buitenlandse vennootschap (wetsvoorstel 24 139) identiek moeten zijn? Met andere woorden: zou niet ook in wetsvoorstel 24 139 het begrip corporatie moeten worden gehanteerd (een begrip dat in het Nederlandse recht overigens nergens anders voorkomt)? Zouden anders niet de gebruikers van een buitenlandse vennootschap, die van verder gebruik weerhouden worden door wetsvoorstel 24 139, hun toevlucht zoeken tot corporaties, niet zijnde buitenlandse vennootschappen?

In artikel 7 van wetsvoorstel 24 139 wordt een bestuurder gelijk gesteld met een persoon die belast is met de «dagelijkse leiding» van een onderneming. Deze terminologie wijkt af van de in Boek 2 BW gebruikte term «beleidsbepaler». Is ondanks de verschillende terminologie hetzelfde bedoeld? Zo ja, waarom is dan een verschillende terminologie gehanteerd?

De voorzitter van de commissie,  
Heijne Makkreel

De griffier van de commissie,  
Hordijk