Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Zitting 1980–1981

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

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

Bij de mondelinge behandeling van het wetsontwerp tot invoering van een minimumkapitaal bij de oprichting van naamloze en besloten vennootschappen zijn enkele wettelijke maatregelen tegen misbruik van rechtspersonen aangekondigd[1]. Twee wetsontwerpen zijn inmiddels ingediend, namelijk een wetsontwerp betreffende de aansprakelijkheid van aannemers voor door onderaannemers te betalen belastingen en premies (nr. 15 697) en een wetsontwerp betreffende de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen voor door die rechtspersonen te betalen belastingen en premies (nr. 16 530). De indiening van deze wetsontwerpen is ook aangekondigd in de nota «Bestek» (blz. 46; 197).

Het hierbij voorgestelde derde wetsontwerp heeft niet in het bijzonder betrekking op belasting- en premieschulden. Het bevat wijzigingen van het vennootschapsrecht die in het algemeen de aansprakelijkheid van bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen zowel in als buiten faillissement betreffen en nog enkele andere voorstellen welke met de problematiek van het misbruik van naamloze en besloten vennootschappen verband houden.

In het wetsontwerp wordt voorgesteld de curator in het faillissement van een naamloze of besloten vennootschap en sterkere positie te geven tegenover de bestuurders van die vennootschap. Het wordt de curator minder moeilijk gemaakt een bestuurder die door verwaarlozing van zijn taak het faillissement in de hand heeft gewerkt persoonlijk aan te spreken. Voorts wordt een aanmerkelijke verlenging voorgesteld van de in artikel 43 en 45 van de Faillissementswet genoemde termijnen gedurende welke de wetenschap van benadeling van schuldeisers ten aanzien van bepaalde rechtshandelingen wordt vermoed te hebben bestaan. Tevens wordt het aantal gevallen waarin de curator de nietigheid van rechtshandelingen kan inroepen uitgebreid met gevallen waarin de rechtshandeling door of met een rechtspersoon is verricht.

In verband met de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders is het wenselijk een regeling te treffen, die erin voorziet dat in het geval dat een rechtspersoon bestuurder of commissaris is, de aansprakelijkheid rust op de bestuurders van die rechtspersoon. Anders zou immers de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder of rechtspersoon-commissaris beperkt kunnen blijven tot het minimaal op te brengen aandelenkapitaal van die rechtspersoon.

Ten einde te voorkomen dat de verklaring van geen bezwaar bij de op te richten vennootschappen aan waarde verliest door een te groot verloop van tijd tussen de datum waarop die verklaring wordt afgegeven en de oprichting, wordt voorgesteld de geldigheidsduur van die verklaring te beperken. Op deze wijze wordt tevens voorkomen dat ontwerp-oprichtingsakten waarop de verklaring van geen bezwaar is verkregen als het ware in voorraad worden gehouden voor toekomstige afnemers.

Het gebruik van stromannen bij de oprichting van naamloze en besloten vennootschappen wordt onnodig gemaakt door oprichting bij een eenzijdige rechtshandeling toe te staan.

Om aan het departementale onderzoek naar de antecedenten van bestuurders en beleidsbepalers van vennootschappen meer effect te geven wordt voorgesteld om de toetssteen «ernstig gevaar» voor benadeling van schuldeisers te vervangen door die van «gevaar» voor benadeling.

In het kader van de bestrijding van misbruik van vennootschappen is het van belang, de aansprakelijkheid van degenen die handelen namens een vennootschap in het oprichtingsstadium beter te regelen.

Ik verwacht dat dit pakket van maatregelen zal bijdragen tot het terugdringen van misbruik van rechtspersonen, in het bijzonder naamloze en besloten vennootschappen. Het ontwerp streeft naar een doelmatige en praktische aanpak van de misbruikproblematiek en naar evenredigheid tussen de maatregelen die worden voorgesteld en de te bestrijden misstanden.

Het wetsontwerp is opgesteld in samenwerking met de Commissie Vennootschapsrecht. Voorts zijn bij de voorbereiding geraadpleegd het Genootschap van bedrijfsjuristen, de Koninklijke Notariële Broederschap en de Nederlandse Orde van Advocaten,

ARTIKELEN

ARTIKEL I

Artikel 4a (onderdeel A)

Als een rechtspersoon tot bestuurder van een andere rechtspersoon wordt benoemd, is de aansprakelijkheid van die bestuurder beperkt tot het vermogen van de besturende rechtspersoon. Het is de strekking van de wetsontwerpen tot bestrijding van misbruik, dat bestuurders van rechtspersonen zich minder gemakkelijk achter de rechtspersoonlijkheid kunnen verschuilen wanneer benadeling van crediteuren het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur. Bepaalde rechterlijke uitspraken gaan in diezelfde richting[2]. Naarmate door de wettelijke maatregelen en de rechtspraak de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen meer op de voorgrond treedt, kan de neiging toenemen om rechtspersonen als bestuurders aan te wijzen, omdat daarmee aan de omvang van de bestuurdersaansprakelijkheid een duidelijke grens wordt gesteld. Een dergelijke ontwikkeling zou het effect van de op bestrijding van misbruik gerichte wetgeving en rechtspraak doorkruisen.

Een wettelijk verbod voor rechtspersonen om bestuurder te zijn, zoals in bepaalde buitenlandse wetgevingen bestaat[3], zou te ver gaan. In het rapport van de Commissie Vennootschapsrecht (1974) inzake het voorstel van de Europese Commissie voor een vijfde richtlijn met betrekking tot de structuur van de naamloze vennootschap, waarin onder andere de bepaling is opgenomen dat alleen natuurlijke personen lid kunnen zijn van een orgaan van bestuur, wordt opgemerkt dat de benoeming van een rechtspersoon tot bestuurder in bepaalde omstandigheden voordelen biedt. «In concernverhoudingen kan het wenselijk zijn» – aldus het rapport – «dat een rechtspersoon – gewoonlijk een dochtervennootschap – als bestuurder van een aantal dochtervennootschappen fungeert. De bestuurstaken in deze dochter kunnen dan worden uitgeoefend door de functionaris van de beherende vennootschap

die daarvoor het meest in aanmerking komt. Ook is de vennootschap dan niet afhankelijk van verhindering van één persoon, terwijl zij anderzijds de kosten en nadelen van meerhoofdig bestuur vermijdt, waarvoor de bestuurstaak te licht is».

Deze praktische voordelen kunnen niet worden ontkend. Ook buiten concernverhoudingen komt het voor, dat rechtspersonen als bestuurders optreden. Men denkt aan trustkantoren in gebruik bij banken, advocaten of andere adviseurs. In «joint ventures» willen partijen de leiding van de gezamenlijke onderneming niet in handen leggen van een aantal natuurlijke personen, maar in die van een rechtspersoon. Dit voorkomt het probleem van wisselende bestuurders en het bijeenbrengen van alle vereiste deskundigheid in het bestuur. De gezamenlijke onderneming kan profiteren van het gehele apparaat van de rechtspersoon-bestuurder en alle daarin aanwezige deskundigheid.

Bij de voorbereiding van het wetsontwerp is gebleken, dat er van de zijde van het bedrijfsleven veel waarde aan wordt gehecht, de mogelijkheid om rechtspersonen als bestuurders te benoemen, te behouden. In het licht van het vorenstaande is dat begrijpelijk. Daarom is gezocht naar een minder ver gaande oplossing dan een verbod. Die oplossing komt erop neer, dat als het ware wordt heengezien door de rechtspersoon-bestuurder en dat naast de rechtspersoon ook haar bestuurders (natuurlijke personen) aansprakelijk worden in de gevallen waarin de wet de aansprakelijkheid van bestuurders regelt. Is een van die bestuurders weer een rechtspersoon, dan geldt voor die rechtspersoon hetzelfde enz. Dergelijke gevallen komen overigens weinig voor.

De bepaling ziet tevens op rechtspersonen die commissaris zijn. Dat een rechtspersoon commissaris is, komt voor zover bekend zelden voor. Er is evenwel geen reden de aansprakelijkheid van rechtspersonen-commissarissen niet of anders te regelen dan die van rechtspersonen-bestuurders.

De artikelen 138, 149, 248 en 259 (onderdelen B, C, D, E)

Een voorname reden waarom de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW weinig worden toegepast is, dat de curator een bijna onvervulbare bewijslast heeft. Hij moet aantonen dat «de toestand der vennootschap» te wijten is aan de «grove schuld of grove nalatigheid» van de bestuurder die hij wil aanspreken en hij moet bovendien de omvang aantonen van de schade, die daardoor is veroorzaakt. In het algemeen zal een curator vermijden procedures aan te spannen waarvan de uitslag uiterst onzeker is. De boedel bevat veelal ontoereikende middelen om de kosten daarvan te dekken. Een andere reden waarom curatoren van het instellen van een vordering afzien is, dat er niet altijd inzicht bestaat op verhaal op de bestuurder. In het bijzonder kan zich dit voordoen wanneer onvermogende bestuurders als stromannen naar voren zijn geschoven, terwijl de wel vermogende feitelijke machthebbers in de vennootschap buiten schot blijven.

Het komt regelmatig voor dat door onbehoorlijk bestuur vennootschappen in staat van faillissement geraken en dat de schuldeisers met inmiddels hoog opgelopen vorderingen blijven zitten. Niet zelden ontbreekt in dergelijke gevallen een behoorlijke boekhouding. Het is gewenst, dat de curator in zulke gevallen de bestuurders daadwerkelijk kan aanspreken. Om de wettelijke regeling meer effect te doen hebben, is verbetering daarvan noodzakelijk. Ook aan de preventieve werking die van de regeling uitgaat komt zulks ten goede. Bestuurders van vennootschappen die weten dat zij in geval van faillissement daadwerkelijk door de curator aangesproken kunnen worden en dan niet steeds door de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap worden beschermd, zullen in hun beleid en beheer meer verantwoord te werk gaan.

In de voorgestelde artikelen wordt aansluiting gezocht aan artikel 8 Boek 2 BW, waar het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid is geformuleerd als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon

«tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak». Indien het bestuur zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld, kunnen de bestuurders worden aangesproken. Daartoe is niet meer nodig dat er grove schuld of grove nalatigheid van bestuurders wordt bewezen. Er is geen reden om wat de rechtsgrond voor die aansprakelijkheid betreft onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement.

Indien er een faillissement is en de curator constateert onbehoorlijk bestuur, dan is er een vermoeden van een verband tussen het een en het ander. Het zou uiteraard te ver gaan, in elk geval van faillissement van een vennootschap als het ware ervan uit te gaan, dat onbehoorlijk bestuur daartoe heeft geleid. Er zijn vele redenen, waarom een onderneming aan de grond kan raken. De bestuurders hebben het niet in hun macht, de ongunst der tijden te keren. Zij kunnen de gevolgen daarvan niet steeds afwenden. De aansprakelijkheid van de bestuurder vindt zijn grond niet in het faillissement, doch in de verantwoordelijkheid die de bestuurder in de vervulling van zijn taak ten opzichte van de vennootschap draagt. De curator moet dan ook feiten en omstandigheden kunnen aantonen waaruit het onbehoorlijk bestuur kan worden afgeleid.

Wanneer is bewezen dat het bestuur zijn taak niet naar behoren heeft vervuld, dan is het voldoende dat de curator daarnaast *aannemelijk maakt* dat *de tekortkoming van het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement*, zonder dat daarvoor van hem een strikt bewijs wordt verlangd.

De curator behoeft voorts alleen aan te tonen hoe groot het tekort is. Van hem wordt niet – zoals in de huidige artikelen – het vaak niet eenvoudige bewijs van de omvang van de door de tekortkoming ontstane schade verlangd.

Indien, in strijd met de wettelijke voorschriften ter zake, een behoorlijk bijgehouden boekhouding en een tijdig gepubliceerde jaarrekening die de curator inzicht kunnen geven in het door het bestuur gevoerde beheer ontbreken, moet in ieder geval voor wat betreft die tekortkomingen van onbehoorlijk bestuur worden gesproken (lid 2). Een verder bewijs daarvoor zou ook wegens het ontbreken van die boekhouding en die jaarrekening moeilijk kunnen worden geleverd. Omdat het ontbreken van behoorlijke boekhouding en het niet tijdig publiceren van de jaarrekening duidt op een weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap, leidt de wet uit deze feiten – die dus tekortkomingen van het bestuur vormen die op zich zelf steeds als onbehoorlijk bestuur moeten worden gekwalificeerd – af dat het bestuur zijn taak ook in het algemeen niet behoorlijk vervuld heeft en schept de wet voorts het vermoeden, dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement. De curator heeft dus verder geen bewijslast ten aanzien van het onbehoorlijk bestuur, noch ten aanzien van het verband met het faillissement. De bestuurdersaansprakelijkheid wordt in dit geval dus gemakkelijk vastgesteld.

Het wetsontwerp spreekt van de verplichting van artikel 394. Dit artikel, opgenomen in wetsontwerp 16326 tot aanpassing van de wetgeving aan de vierde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen, schrijft in het eerste lid voor dat de jaarrekening binnen 8 dagen na de vaststelling ervan moet worden openbaargemaakt, of binnen 8 dagen na de goedkeuring indien deze vereist is. Ingevolge het tweede lid moet het bestuur de opgemaakte jaarrekening in elk geval binnen 7 maanden na afloop van het boekjaar openbaar maken, ook al is zij dan nog niet vastgesteld of goedgekeurd[4].

De aangesproken bestuurder kan tegenover de vordering van de curator vooreerst het verweer voeren, dat er geen sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur. Indien er geen behoorlijke boekhouding of jaarstukken kunnen worden gevonden, kan dit verweer niet worden gevoerd: immers de wet neemt aan, zonder mogelijkheid van tegenbewijs, dat er in dat geval van onbehoorlijk bestuur sprake is. Slaagt de bestuurder er niet in, de stellingen van de curator ten aanzien van het onbehoorlijk bestuur te weerleggen of doet het geval van het tweede lid zich voor, dan kan hij wel nog betwisten dat de tekortkoming van het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, bij voorbeeld door aan te tonen dat economische tegenslag tot

het faillissement heeft geleid en dat de tekortkomingen van het bestuur daarbij geen (of een beperkte) rol hebben gespeeld. Het gaat er immers niet om, de bestuurders persoonlijk voor het gehele tekort aansprakelijk te maken wegens het enkele feit van het onbehoorlijke bestuur, ook al heeft dit niet tot het faillissement geleid.

Een aangesproken bestuurder kan ten slotte het verweer voeren, dat het niet aan hem is te wijten dat het bestuur zijn taak heeft verwaarloosd en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. Men vergelijke artikel 8 Boek 2 BW. Dit verweer is ook toegelaten 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. Indien de bestuurstaak is veronachtzaamd, is in beginsel ieder der bestuurders daarvoor aansprakelijk. De bestuurstaak behoort tot ieders werkkring. Een individuele bestuurder kan echter een reden hebben om zich van de aansprakelijkheid te bevrijden, bij voorbeeld wanneer hij kan aantonen dat hij zich heeft verzet tegen het beleid, doch door de andere bestuurders is overstemd.

In het vijfde lid wordt de rechter een matigingsrecht toegekend. In de opzet van het ontwerp is de verplichting tot schadevergoeding vervangen door een verplichting tot vergoeding van het tekort. Dit tekort kan de schade die door het onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt overtreffen. Het is niet redelijk de bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur kan zijn ontstaan. Men zou kunnen denken aan een wettelijke regeling, die de bestuurder opdraagt te bewijzen dat die schade geringer is dan het bedrag van het tekort. Dit leidt tot een gecompliceerde procedure. Deze bewijslast zal niet steeds gemakkelijk kunnen worden vervuld. Het verdient daarom de voorkeur dat de rechter het bedrag dat de bestuurders moeten betalen, indien dit bovenmatig is, kan verminderen, waardoor het in een redelijke verhouding komt tot de aard en ernst van de tekortkomingen van het bestuur. Daarbij moet ook worden gelet op het aandeel van het onbehoorlijk bestuur in het totaal van de oorzaken die tot het faillissement hebben geleid. Hierdoor wordt uiteraard niet afgedaan aan de eis dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, doch er kan aanleiding zijn tot matiging indien er nog belangrijke oorzaken van het faillissement zijn die niet voor rekening van het bestuur komen.

Voorts kan de rechter rekening houden met de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld, bij voorbeeld wanneer het bedrijf door de curator wordt voortgezet ter wille van de werkgelegenheid, hoewel een spoedige liquidatie tot beperking van het tekort zou hebben geleid. Men vergelijke overigens het matigingsrecht ten aanzien van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding van artikel 6.1.9.12a NBW, waar sprake is van «de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid». De daar gegeven criteria zijn overigens in het onderhavige geval niet goed toepasbaar.

Er kan voorts aanleiding zijn rekening te houden met de tijd waarin de tekortkomingen van het bestuur zijn geschied, wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van een nieuwe of een gewezen bestuurder. Het zou niet juist zijn een nieuwe bestuurder aansprakelijk te houden voor het gehele bedrag van het tekort, indien die bestuurder in functie is getreden in een periode dat het bestuur zijn taak al niet behoorlijk vervulde. Het zou ook onjuist zijn, dat de gewezen bestuurder zou zijn gehouden tot betaling van het bedrag waarmede het tekort is toegenomen, indien die toename voornamelijk moet worden toegeschreven aan de voortgezette tekortkomingen van het bestuur in de periode dat hij daarin geen zitting meer had.

Zoals impliciet blijkt uit het vijfde lid, tweede zin, kan ook een gewezen bestuurder worden aangesproken. Het gaat mede om de personen die het bestuur vormden ten tijde van de onbehoorlijke taakvervulling die het faillissement ten gevolge had. Door later af te treden kunnen zij zich niet aan hun aansprakelijkheid onttrekken.

Ingevolge het zesde lid wordt een onbehoorlijke taakvervulling die langer dan drie jaar vóór de faillietverklaring plaats vond niet meer in beschouwing genomen. Zou die beperking in de tijd niet worden genoemd, dan zou de werking van het artikel voor bestuurders (en gewezen bestuurders) al te bezwaarlijk kunnen worden. Als vóór de faillietverklaring surséance van betaling is verleend, begint de termijn te lopen van de aanvang der surséance, zie onderdeel C van artikel II van het wetsontwerp en de daar gegeven toelichting.

Evenals in de huidige artikelen 138 en 248 wordt bepaald dat een aan het bestuur verleende decharge niet aan het instellen van de vordering in de weg kan staan.

Wil de curator de bestuurders aanspreken, dan zal hij zo spoedig mogelijk na de uitspraak van het faillissement zijn vordering moeten kunnen instellen en zo nodig beslag kunnen leggen op goederen van de bestuurders. Dat lijkt geboden, omdat bestuurders wegens de dreiging van een vordering geneigd zullen zijn om te zien naar mogelijkheden om het verhaal te beperken. Omdat de omvang van het tekort eerst bij het einde van het faillissement kan worden vastgesteld, kan de curator geen bepaald bedrag in zijn vordering noemen, maar moet hij vragen om veroordeling van de bestuurder tot betaling van «het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan». De rechter zal dit bedrag moeten begroten. Zou dit begrote bedrag te klein blijken, dan kan de curator – zie het vierde lid – aanvulling vorderen. Is het groter dan het tekort, dan moet restitutie plaatsvinden. Er wordt gesproken van «overige» baten omdat de vordering op de bestuurders zelf ook een bate is. De begroting van het bedrag van de aansprakelijkheid volgens het vierde lid laat uiteraard de matigingsbevoegdheid van de rechter ingevolge het vijfde lid onverlet.

Het kan zijn, dat de curator het bedrijf van de vennootschap voortzet. Dit kan leiden tot een vermindering van het tekort, maar het kan ook zijn dat de schulden van de vennootschap toenemen. Eventueel kan de rechter in dat geval het bedrag van de aansprakelijkheid matigen, gelet op de wijze waarop het faillissement wordt afgewikkeld.

Het zevende lid bepaalt, dat de vordering ook kan worden ingesteld tegen degene die, als ware hij bestuurder, het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald. Hetzelfde beginsel ligt ten grondslag aan de artikelen 151 en 261 van Boek 2 BW. Ook het reeds ingediende wetsontwerp nr. 16 530 inzake de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen voor premie- en belastingschulden kent de regel, dat personen die, als waren zij bestuurders, het beleid (mede) hebben bepaald, op de voet van bestuurders aansprakelijk zijn. Ten slotte kan nog worden gewezen op de artikelen 68 en 179 Boek 2 BW betreffende het preventief toezicht op vennootschappen, waar ook sprake is van personen die het beleid van de vennootschap zullen bepalen of mede zullen bepalen. Deze uitbreiding tot beleidsbepalers verhoogt het effect van de bepaling tegen misbruik: zij maakt immers onmogelijk dat de werkelijke bestuurders van de vennootschap zich aan de aansprakelijkheid onttrekken. Het met «strolieden» bemannen van het bestuur heeft dus geen zin.

Het is van belang er op te wijzen, dat de beleidsbepalers alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij de bestuurstaak daadwerkelijk uitoefenen. Dat is de betekenis van de woorden «als ware hij bestuurder». Niet wordt gedoeld op adviseurs, kredietverleners die bepaalde voorwaarden stellen, een door de overheid benoemde waarnemer of anderen die weliswaar op het beleid van het bestuur een sterke of zelfs beslissende invloed kunnen hebben, doch die niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen. De bewijslast dat een bepaalde persoon het beleid heeft bepaald als ware hij bestuurder, rust in beginsel op de curator.

De vordering van de curator ex artikel 138 of 248 Boek 2 BW is een vordering ten behoeve van de schuldeisers van de vennootschap. De vordering die berust op artikel 8 is een vordering van de vennootschap zelf tegen de bestuurders. Ingeval van faillissement kan de curator ook deze vordering

voor de gefailleerde vennootschap instellen. Om duidelijk te maken, dat het hier gaat om verschillende vorderingen en dat in geval van faillissement de mogelijkheid tot het instellen van een vordering op grond van artikel 8 niet verloren gaat, wordt in het achtste lid uitdrukkelijk bepaald dat artikel 138 en 248 niet in de weg staan aan het instellen van een vordering op grond van artikel 8. Volledigheidshalve en ten einde misverstand te voorkomen wordt ook de overeenkomst met de bestuurder genoemd. Ook op grond van deze overeenkomst kan de curator immers de bestuurders aanspreken. De vordering ex artikel 8 of op grond van de overeenkomst met de bestuurder kan ten gunste van de aandeelhouders strekken.

In de artikelen 149 en 259 worden onder meer de artikelen 138 en 248 van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van commissarissen. Het gaat hier uiteraard alleen om de gevallen, waarin de commissarissen de hun opgedragen taak niet behoorlijk hebben vervuld. Het tweede lid van de voorgestelde artikelen 138 en 248 ziet op het niet vervuld zijn van een taak die de wet op bestuurders legt; het kan dus niet van toepassing zijn ten aanzien van commissarissen. Wel kan men de commissarissen er een verwijt van maken wanneer zij door onvoldoende toezicht het onbehoorlijk bestuur hebben laten voortduren.

Bij het matigingsrecht zal de rechter moeten letten op de aard en de zwaarte van de tekortkomingen van de commissarissen ten aanzien van de hun opgedragen taak, niet die van het bestuur.

De voorgestelde nieuwe redactie maakt duidelijk dat de commissarissen alleen aansprakelijk kunnen zijn indien zij in de hun opgedragen taak zijn tekortgeschoten.

De artikelen 64, 94a, 94b, 204a, 204b en 175 (onderdelen F–J)

De Commissie Vennootschapsrecht heeft bepleit het mogelijk te maken dat een naamloze of besloten vennootschap ook kan worden opgericht bij een eenzijdige rechtshandeling. Reeds lang wordt in het Nederlandse recht aanvaard dat alle aandelen van een naamloze of besloten vennootschap aan één persoon kunnen toebehoren. Daarmee zijn, aldus de commissie, de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap geworden tot rechtspersonen waarmee een of meer personen met een afgezonderd aansprakelijk vermogen aan het economische verkeer kunnen deelnemen. Door het vereiste van meer dan één oprichter te handhaven dwingt de wetgever degene die een eenmansonderneming in de vorm van een naamloze of besloten vennootschap wil gieten er in feite toe, een stroman te zoeken. Deze stroman wordt dan mede-oprichter en draagt zijn enige aandeel terstond na de oprichting over aan de houder van de andere aandelen. De commissie merkt terecht op, dat de wetgever, door deze constructie uit te lokken, bij het publiek twijfel wekt aan de innerlijke waarde van de wet. Een dergelijke afbreuk aan het gezag van de wet bemoeilijkt de toepassing van bepalingen die tegen misbruik zijn gericht. Men gaat zich afvragen of de wetgever misschien evenmin bezwaren heeft wanneer ook deze bepalingen met behulp van een stroman worden omzeild. Op grond van deze beschouwingen heeft de commissie met klem aangedrongen op afschaffing van het vereiste van een meerzijdige rechtshandeling. Naar mijn mening overtuigt het betoog van de Commissie Vennootschapsrecht. De maatschappelijke werkelijkheid en de waarachtigheid van de wet worden hier als het ware geweld aangedaan door vast te houden aan het slechts op historische gronden verdedigbare samenwerkingskarakter van de oprichting van een naamloze of besloten vennootschap. In het wetsontwerp wordt derhalve voorgesteld in het tweede lid van de artikelen 64 en 175 te spreken van oprichting «bij notariële akte» en het vereiste van een meerzijdige rechtshandeling te laten vervallen. Het eerste lid is hieraan redactioneel aangepast. De verwijzing in die zin naar de akte van fusie is voorgesteld in wetsontwerp 16453: Fusie van n.v.'s en b.v.'s.

Het is in dit verband opmerkelijk dat voor het Duitse recht met betrekking tot de «Gesellschaft mit beschränkter Haftung» (vergelijkbaar met onze besloten vennootschap) onlangs dezelfde bepaling is ingevoerd.[5]

De wijziging van artikel 64 maakt een aanpassing noodzakelijk van de artikelen 94a lid 3 en 94b lid 3 (zie wetsontwerp 15304). Deze behelzen een regeling voor inbreng in natura, waarvoor geen deskundigenverklaring is vereist. Een van de voorwaarden voor deze regeling is volgens artikel 94b, dat de *gehele* uitgifte geschiedt tegen inbreng in natura. Artikel 94a, dat bij oprichting geldt, eist dat *negentienden* van de aandelen, dus niet alle, op deze wijze worden genomen. Dit verschil is slechts te verklaren door het vereiste in artikel 64, dat er meer dan één oprichter moet zijn, dus naast de inbrengende moedervennootschap nog een ander, veelal een particulier die volstort in geld. Nu in artikel 64 het verbod op oprichting door één oprichter wordt opgeheven, kan bij oprichting, in artikel 94a, eveneens worden geëist dat de gehele uitgifte geschiedt tegen inbreng in natura. Dezelfde reden ligt ten grondslag aan de overeenkomstige wijziging van de artikelen 204a en 204b, zoals voorgesteld in wetsontwerp 16551: Nieuwe regeling voor het kapitaal van de b.v.

Het is wenselijk, een beperking aan te brengen op de tijdsduur die mag verlopen tussen het tijdstip waarop de verklaring van geen bezwaar op de statuten van een op te richten naamloze of besloten vennootschap is verkregen en het tijdstip van de oprichting. De huidige wet stelt hier geen grens, zodat bij de oprichting de waarde van de verkregen verklaring, in het bijzonder wat betreft de antecedenten van de bestuurders, sterk kan zijn verminderd door het tijdsverloop. Intussen kunnen zich immers omstandigheden hebben voorgedaan ten aanzien van de personen die het beleid van de op te richten vennootschap zullen bepalen, in het licht waarvan de verklaring niet zou zijn verleend. De voorgestelde bepalingen beperken de geldigheidsduur van de verklaring van geen bezwaar tot drie maanden. Die termijn geeft voldoende ruimte voor de afronding van de oprichting. Hierdoor wordt op dit punt verbetering gebracht in het effect van het preventieve toezicht op vennootschappen. Tevens wordt hierdoor tegengegaan dat ontwerp-oprichtingsakten in series worden vervaardigd en daarop de verklaring van geen bezwaar wordt verkregen, waarna dan de vennootschappen, die door de adviseurs «op de plank» worden bewaard, als het ware op afroep kunnen worden opgericht, waarna eventueel de doelomschrijving, plaats van vestiging, etc. worden aangepast. Als oprichters van deze «plank»-vennootschappen worden uiteraard stromannen genoemd. Deze praktijk, waardoor het wettelijk voorgeschreven antecedentenonderzoek wordt ontgaan, is door Staatssecretaris Zeevalking reeds in 1977 aan de kaak gesteld in een brief aan het hoofdbestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap welke is gepubliceerd in het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie nr. 5396. Het notariaat heeft de in die brief gevraagde medewerking tot bestrijding van deze praktijk gegeven. Toch lijkt het mij goed een wettelijke regel te geven die deze praktijk tegengaat.

In bijzondere gevallen kan het voorkomen dat de termijn van drie maanden te kort blijkt om alle voorbereidselen te treffen die aan de oprichting van de vennootschap moeten voorafgaan. Daarom wordt een mogelijkheid tot eenmalige verlenging van de termijn voorgesteld indien daarvoor gewichtige redenen aanwezig zijn. Het verzoek daartoe zal die redenen moeten vermelden en moet uiteraard zijn ingediend voordat de verklaring van geen bezwaar haar geldigheid heeft verloren. Of een verzoek kan worden ingewilligd moet mede worden beoordeeld in het licht van de vraag of de omstandigheden niet inmiddels zozeer zijn gewijzigd, dat een nieuwe beoordeling van het oorspronkelijke verzoek tot afgifte van de verklaring van geen bezwaar nodig is. Is dat het geval, dan zal de verlenging niet kunnen worden verleend en zal opnieuw een verzoek tot afgifte van de verklaring moeten worden gedaan.

Artikelen 69 en 180 (onderdeel K)

De voorgestelde aanvulling van de artikelen 64 en 175, ingevolge welke de verklaring van geen bezwaar die op een ontwerpoprichtingsakte is verleend

vervalt wanneer die akte niet binnen drie maanden daarna wordt verleden, behoeft een sanctie. Daarbij rijst de vraag welke sancties er staan op het voorschrift dat een verklaring van geen bezwaar moet zijn verkregen alvorens de vennootschap als zodanig kan aanvangen. De wet is op dit punt niet volkomen duidelijk. Weliswaar is naar luid van de artikelen 64, tweede lid en 175, tweede lid «voor de oprichting vereist» een ministeriële verklaring van geen bezwaar, doch daaruit kan, gelet op het bepaalde in de artikelen 71 en 182, niet zonder meer worden afgeleid dat een vennootschap die deze verklaring niet zou hebben verkregen nimmer kan bestaan. De bemoeienis van de notaris bij de oprichting staat er uiteraard wel borg voor, dat in de praktijk de verklaring wel steeds wordt gevraagd, doch het is denkbaar dat de vennootschap in het handelsregister wordt ingeschreven en een akte van oprichting in authentiek afschrift wordt gedeponeerd, zonder dat een verklaring van geen bezwaar is verkregen. De wet schrijft nederlegging van die verklaring thans niet voor. Er is hier dus een leemte in de wet. Wanneer de inschrijving heeft plaatsgehad, moeten – zo mag men wel stellen – derden er in beginsel van op aan kunnen dat het hier een bestaande vennootschap betreft. Het ligt daarom voor de hand, een aanvulling van de artikelen 69 en 180 voor te stellen, houdende het voorschrift dat voor de neer te leggen akte van oprichting de verklaring van geen bezwaar moet zijn verkregen. Daardoor wordt boven twijfel verheven, dat de sancties van het tweede lid van bedoelde artikelen – hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders – ook intreedt bij het ontbreken van een verklaring van geen bezwaar. Daarnaast blijft de sanctie van de artikelen 71 en 182 bestaan.

Artikelen 68, lid 2, 125, lid 2, 179, lid 2 en 235, lid 2 (onderdeel L)

Het antecedentenonderzoek van de personen die het beleid van de vennootschap zullen bepalen of mede zullen bepalen is het voornaamste middel bij het preventieve toezicht op vennootschappen om te voorkomen, dat van vennootschappen misbruik wordt gemaakt waarvan de schuldeisers slachtoffer worden. De toetssteen is, of er «ernstig gevaar bestaat dat de vennootschap zal worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of dat haar werkzaamheid zal leiden tot benadeling van haar schuldeisers». Deze bepalingen zijn bij de Wet van 3 mei 1971, Stb. 228 opgenomen. Dat toen het strenge criterium van «ernstig gevaar» is gekozen vond waarschijnlijk zijn grond in de overweging, dat de overheid de vrijheid van de burger om als oprichter of bestuurder van vennootschappen te fungeren slechts in het uiterste geval zou mogen beperken. Destijds werd minder aandacht besteed aan de bestrijding van misbruik. Inmiddels is de situatie veranderd. Veel meer dan destijds zijn ondernemers erop bedacht hun aansprakelijkheid uit te sluiten door zaken te doen onder de bescherming van rechtspersoonlijkheid. Deze bescherming bergt de verleiding in zich dat men zich in het zakenleven stort zonder deugdelijke financiële opzet: het risico van mislukking rust toch grotendeels op de schuldeisers. De praktijk leert, dat de toetssteen «ernstig gevaar» het departement sterk aan banden legt in gevallen waarin de oprichters en eerste bestuurders van twijfelachtig gehalte blijken te zijn of wanneer er een duidelijk onvoldoende financiële opzet van de op te richten vennootschap kan worden geconstateerd. Wanneer een beschikking in beroep staande moet worden gehouden, moet wel zwaar materiaal kunnen worden aangedragen om de bewijslast dat er «ernstig gevaar» aanwezig is te vervullen. Het is bedenkelijk dat een oprichter niet zou kunnen worden geweerd, wanneer onderzoek van zijn voornemens en antecedenten de conclusie wettigt dat de werkzaamheid van de betreffende vennootschap gevaar oplevert voor benadeling van haar schuldeisers of dat gevaar bestaat dat de vennootschap zal worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden. Eveneens moet een verklaring kunnen worden geweigerd wanneer er aanwijzingen zijn voor een onvoldoende financiële opzet van de vennootschap, waardoor gevaar voor benadeling van de schuldeisers dreigt. Om het preventieve toezicht wat betreft het antecedentenonderzoek en het onder-

zoek naar de voornemens van degenen die het beleid in de vennootschap zullen bepalen of mede bepalen te verbeteren, wordt daarom voorgesteld dat gevaar voor benadeling van schuldeisers of gevaar dat de vennootschap zal worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden voldoende grond is voor een weigering van de verklaring van geen bezwaar. In het bijzonder is dat van belang bij de toetsing van de voornemens van de oprichters, waaronder mede wordt begrepen de voorgestelde financiële opzet van de vennootschap. Op grond van de reeds enige tijd in gebruik zijnde vragenlijsten worden daarover globale gegevens verkregen, die een zekere mate van inzicht in die opzet verschaffen. Van een onderneming met steeds dalende winsten, soms zelfs al omgeslagen in verliezen kan worden verwacht, dat het bedrijfsresultaat nog vermindert. Wordt die onderneming ingebracht in een besloten vennootschap waarvan het eigen vermogen kennelijk onvoldoende is om de te verwachten verliezen op te vangen, dan kan worden gesproken van een gevaar voor benadeling van schuldeisers. Omdat de mogelijkheid van verbetering van de resultaten nooit geheel kan worden uitgesloten, zou hier wellicht niet van een «ernstig gevaar» kunnen worden gesproken. Wat betreft de antecedenten van de bestuurders kan gewezen worden op het geval dat een persoon van een aantal rechtspersonen die in staat van faillissement zijn verklaard bestuurder was. Deze omstandigheid kan een aanwijzing zijn voor een gebrek aan zakelijk inzicht en capaciteiten als bestuurder, doch dit behoeft niet het geval te zijn. Onderzocht moet worden, onder welke omstandigheden de faillissementen zich hebben voorgedaan en welke rol de betreffende bestuurder daarbij heeft gespeeld. Wanneer inderdaad gegronde twijfel aan 's mans zakelijke capaciteiten rijst, moet gevaar voor benadeling van schuldeisers worden aangenomen. Voor het aannemen van «ernstig gevaar» zou dit gebrek aan capaciteiten als het ware onomstotelijk moeten worden bewezen. Zowel op het punt van de voorgestelde financiële opzet als wat betreft de bekwaamheden van de bestuurders moet het departement enige beoordelingsvrijheid hebben. Door de voorgestelde verruiming van het toetsingscriterium wordt deze in voldoende mate verkregen.

In verband met de concordantie tussen de bepalingen inzake het preventieve toezicht bij oprichting en bij statutenwijziging worden ook de laatstbedoelde bepalingen gewijzigd. Het gaat hier om het gevaar, dat door de statutenwijziging de vennootschap gebruikt zal worden voor ongeoorloofde doeleinden. Ook hier lijkt enige verruiming van de weigeringsgrond gerechtvaardigd.

De artikelen 93 en 203 (onderdelen M en N)

Het komt in de praktijk veel voor, dat ten behoeve van een vennootschap in oprichting rechtshandelingen worden verricht. Over de aansprakelijkheid van degene die aldus voor een nog niet bestaande vennootschap handelt bestaat veel onduidelijkheid. De voorgestelde wijzigingen beogen deze onduidelijkheid weg te nemen en daardoor degene die handelde met de persoon die namens een op te richten vennootschap optreedt beter te beschermen.

Uit het eerste lid van de artikelen 93 en 203 moet worden afgeleid dat het mogelijk is dat een oprichter, handelende namens een vennootschap in oprichting, niet zich zelf doch alleen de op te richten vennootschap verbindt onder de voorwaarde uiteraard dat deze wordt opgericht en daarna de handeling bekrachtigt. De handelende partijen kunnen ook de bedoeling hebben dat de oprichter zich zelf verbindt. De partijen drukken vaak hun bedoeling in dat opzicht niet duidelijk uit. Veelal zal ook degene die met een oprichter contracteerde zich er niet van bewust zijn, dat het niet zonder meer vaststaat dat deze laatste zelf door de overeenkomst wordt gebonden. Of een overeenkomst moet worden beschouwd als alleen de op te richten vennootschap – onder voorwaarde van bekrachtiging – te binden, dan wel als een overeenkomst waarbij de oprichter ook persoonlijk partij is, maakt veel ver-

schil uit wat betreft de rechtsgevolgen. In het eerste geval moet degene die met de oprichter handelde maar afwachten of de vennootschap inderdaad wordt opgericht en zo ja, of zij de rechtshandeling bekrachtigt. Zo nodig zal degene die met de oprichter handelde een termijn moeten stellen waarbinnen de bekrachtiging moet plaatsvinden. Indien de vennootschap bekrachtigt, doch niet aan haar verplichtingen blijkt te kunnen voldoen, is er geen aansprakelijkheid uit overeenkomst van degene die handelde namens de vennootschap in oprichting. Alleen als de vennootschap niet bekrachtigt, stelt de wet degene die namens de vennootschap in oprichting heeft gehandeld aansprakelijk voor de schade, maar als de vennootschap zelfs niet wordt opgericht, is het niet zeker of hij aansprakelijk is. In het geval dat de oprichter persoonlijk partij is, blijft hij evenwel altijd persoonlijk aansprakelijk, tenzij de wederpartij ermee heeft ingestemd dat de bekrachtiging door de vennootschap hem van die aansprakelijkheid bevrijdt.

In het geval dat leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 1973, NJ 1975, 468 was een computer-gebruiksovereenkomst gesloten met een op te richten besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, met de bedoeling dat daaraan vóór de oprichting uitvoering zou worden gegeven. De computer werd bijna acht maanden vóór de oprichting in het gebouw van de vennootschap geïnstalleerd. Betalingen bleven achterwege. Ten tijde van de oprichting bedroeg de vordering een veelvoud van het geplaatste kapitaal van de vennootschap. Nadat de vennootschap was opgericht, bleek zij niet in staat harerzijds de overeenkomst na te komen en zij werd, een paar maanden na de oprichting, op eigen verzoek failliet verklaard. Degene die met de oprichter – tevens enige aandeelhouder van de opgerichte en gefailleerde vennootschap – had gehandeld, had hem ook eerder persoonlijk aangemaand tot betaling en vroeg tenslotte zijn faillissement aan. Dit verzoek slaagde niet omdat niet was komen vast te staan dat de oprichter zich persoonlijk had verbonden. De wederpartij werd aldus de dupe van de onzekere rechtssituatie.

Het lijkt mij wenselijk de positie van hen die handelen met personen die optreden voor een vennootschap in oprichting beter te beschermen. Het is niet in te zien, waarom de oprichters niet persoonlijk gebonden zouden moeten zijn voor door hen verrichte rechtshandelingen vóór de oprichting van de vennootschap en bekrachtiging door het bestuur van die handelingen. In de rechtsliteratuur is gezocht naar constructies om tot dit resultaat te komen. Zo is wel bepleit dat de oprichters hoofdelijk aansprakelijk zijn omdat zij in het oprichtingsstadium handelen als firmanten van een vennootschap onder firma. Ook wordt wel verdedigd dat door te handelen onder de naam van een vennootschap in oprichting een zo dubbelzinnige schijn wordt gewekt, dat de wederpartij in beginsel kan kiezen hetzij de oprichter persoonlijk, hetzij de op te richten vennootschap als partij te beschouwen[6]. Wat hiervan zij, zolang de wet niet duidelijker is, vormt de mogelijkheid dat al ten name van de op te richten vennootschap gehandeld wordt, een bron van juridische moeilijkheden. Weliswaar zal in de praktijk de derde veelal eisen dat de oprichter zich mede verbindt, doch niet steeds is men voldoende van de werking van de wet op de hoogte.

Verscheidene buitenlandse rechtsstelsels kennen een wettelijke bepaling ingevolge welke degenen die namens een op te richten vennootschap gehandeld hebben hoofdelijk aansprakelijk zijn en eerst door de bekrachtiging door de opgerichte vennootschap, bevrijd worden. Zie voor het Duitse recht par. 41 Aktiengesetz 1965, voor het Zwitserse recht de artikelen 645 en 738 Obligationenrecht, voor het Franse recht artikel 5, alinea 2 van de Loi sur les sociétés van 24 juli 1966. In navolging van deze voorbeelden wordt voorgesteld in artikel 93, tweede lid en artikel 203, tweede lid, dat beginsel op te nemen.

De voorgestelde bepaling laat de mogelijkheid open, dat met betrekking tot de betreffende rechtshandeling uitdrukkelijk anders wordt bedongen. Een dergelijk beding zal doorgaans schriftelijk worden vastgelegd. Zij kan niet uit algemene voorwaarden voortvloeien. Het vereiste van uitdrukkelijk-

heid met betrekking tot de betreffende rechtshandeling geeft voldoende waarborgen dat niet ondoordacht afstand wordt gedaan van de door de bepaling geboden bescherming.

In het nu voorgestelde derde lid wordt de situatie geregeld die ontstaat wanneer na bekrachtiging blijkt, dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt. Degene die gehandeld heeft namens de op te richten vennootschap kan immers niet meer worden aangesproken, omdat door de bekrachtiging de overeenkomst op de vennootschap is overgegaan. De (lagere) rechtspraak heeft verschillende malen beslist, dat een bestuurder van een vennootschap persoonlijk aansprakelijk is voor verplichtingen die door hem zijn aangegaan, als vertegenwoordiger van de vennootschap, in de wetenschap dat de vennootschap er niet aan zou kunnen voldoen[7]. In de lijn van deze rechtspraak wordt voorgesteld, in de wet vast te leggen dat degenen die namens de nog niet betaande vennootschap handelden aansprakelijk zijn voor de schade tegenover degene(n) met wie zij handelden, indien de vennootschap na bekrachtiging haar verplichtingen niet blijkt te kunnen voldoen en zij ten tijde van de rechtshandeling wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Indien de vennootschap kort na haar oprichting failleert, ligt het vermoeden van die wetenschap voor de hand. Ook de bestuurders zullen in zulk een geval kunnen worden aangesproken op grond van de artikelen 8, 138 en 248, hetzij uit onrechtmatige daad. Zij zullen niet steeds verhaal kunnen bieden en het is daarom van belang dat degenen die namens de op te richten vennootschap hebben gehandeld (tevens) kunnen worden aangesproken.

Om het volkomen duidelijk te maken, dat de voorgestelde bepaling de aansprakelijkheid (voor onbehoorlijk bestuur of uit onrechtmatige daad) van de bestuurders wegens de bekrachtiging van de transactie onverlet laat, is zulks aan het slot van de bepaling uitdrukkelijk vermeld.

Aangezien het hier een wettelijke aansprakelijkheid betreft in een situatie van onrechtmatig handelen – degene die namens de op te richten vennootschap handelde heeft de wederpartij bewust misleid ten aanzien van de solvabiliteit van de op te richten vennootschap – is er geen mogelijkheid geboden, de aansprakelijkheid uit te sluiten.

De voorgestelde bepaling zal ertoe bijdragen dat in het oprichtingsstadium voorzichtigheid wordt betracht met het op zich nemen van verplichtingen ten behoeve van een op te richten vennootschap, althans dat zorg wordt gedragen dat de opgerichte vennootschap haar verplichtingen zal kunnen nakomen. Zij voorkomt situaties als die, welke aanleiding gaf tot het geciteerde arrest.

ARTIKEL II

Artikel 43 en artikel 45 van de Faillissementswet

De belangrijkste voorgestelde wijziging is de verlenging van de in de beide artikelen bepaalde termijn van veertig dagen tot een jaar. Ingevolge artikel 42 van de Faillissementswet kan ten behoeve van de boedel de nietigheid worden ingeroepen van alle vóór de faillietverklaring door de schuldenaar onverplicht verrichte handelingen waardoor de schuldeisers benadeeld zijn «mits bewezen worde, dat bij het verrichten der handeling zowel de schuldenaar als degene met wie of te wiens behoeve hij handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeling der schuldeisers het gevolg zoude zijn». De artikelen 43 en 45 geven aan in welke gevallen die wetenschap van benadeling wordt verondersteld.

In het voorlopig verslag van de Tweede Kamer over het wetsontwerp tot vaststelling van Boek 3 van het nieuw Burgerlijk Wetboek (zitting 1958–1959–3770, blz. 31 punt 6 onder d) is reeds gepleit voor een ruimere regeling van deze «Pauliana»-actie, onder meer door verlenging van de termijnen van de artikelen 43 en 45 Faillissementswet. In de memorie van antwoord (blz. 67) werd gesteld, dat de termijn van 40 dagen voor de faillietverklaring in de

praktijk herhaaldelijk te kort is gebleken en dat daarom aan een aanmerkelijk langere termijn de voorkeur werd gegeven, namelijk een termijn van een jaar. Artikel 3.2.11a nieuw BW kent thans deze termijn. In aansluiting daarop is ook in de voorgestelde artikelen 43 en 45 Faillissementswet deze termijn gekozen. Het mag worden verwacht dat hierdoor de positie van de curator aanzienlijk wordt versterkt.

Voorts worden aan artikel 43, eerste lid, enkele nieuwe nummers toegevoegd, die betrekking hebben op het geval dat de failliete schuldenaar een rechtspersoon is of dat de rechtshandeling is verricht met of ten behoeve van een rechtspersoon. Indien de rechtspersoon handelde met een eigen bestuurder, commissaris of grootaandeelhouder, of met de echtgenoot, een pleegkind of een bloed- of aanverwant in de derde graad van een zodanig persoon, is er een situatie waarin het vermoeden van het bestaan van wetenschap van benadeling van schuldeisers gerechtvaardigd is. Het voorstel volgt hierin het voorbeeld van artikel 3.2.11a nieuw BW, waarin deze gevallen zijn genoemd onder b en c. Anders dan in Boek 3 is steeds bloed- of aanverwantschap tot in de derde graad gehandhaafd. De omschrijving van de grootaandeelhouder is verruimd: daaronder worden ook begrepen de gevallen waarin het aandelenbezit is gespreid over de betrokkene en zijn echtgenoot, pleegkinderen of bloed- of aanverwanten tot in de derde graad.

Verwezen worde nog naar de toelichting, die is gegeven in de hiervoor vermelde memorie van antwoord op het voorlopig verslag over het wetsontontwerp tot vaststelling Boek 3 nieuw BW, blz. 67, waar wordt opgemerkt dat ook bij deze categorie «in de praktijk wellicht nog belangrijker dan de handelingen met of jegens de echtgenoot en naaste familie van de schuldenaar zelf, het suspecte karakter van de handeling de omdraaiing van de bewijslast voldoende rechtvaardigt».

In het nieuwe nr. 8 wordt toegevoegd het geval dat een schuldenaar-rechtspersoon heeft gehandeld met of jegens een met die rechtspersoon in een groep verbonden groepsmaatschappij, dat is een andere rechtspersoon of vennootschap die met de failliete rechtspersoon in één concern is verbonden. Er is hier een samenhang met het wetsontwerp tot aanpassing van de wetgeving aan de Vierde richtlijn inzake vennootschapsrecht van de Europese Gemeenschappen (wetsontwerp nr. 16326). Daarin wordt in de nieuwe artikelen 53, lid 4, 76, lid 1, en 187, lid 1, het begrip groepsmaatschappij omschreven als de rechtspersoon of vennootschap waarmede de coöperatie, onderscheidenlijk de n.v. of b.v., in een groep is verbonden.

In het tweede lid wordt de bepaling nog iets uitgebreid. Met een echtgenoot wordt gelijkgesteld degene met wie de schuldenaar dan wel de bij de rechtshandeling betrokken bestuurder, commissaris is of aandeelhouder «ten tijde van de handeling een duurzame gemeenschappelijke huishouding had».

Ten slotte worden transacties met bestuurders, commissarissen en meerderheidsaandeelhouders die die hoedanigheid ten tijde van de suspecte rechtshandeling niet meer bezaten, doch die hoedanigheid minder dan een jaar tevoren nog wel bezaten, onder de werking van dat artikel gebracht. Daardoor wordt voorkomen dat de bepaling wordt ontdoken door vóór de transactie ontslag te nemen als bestuurder of commissaris, of aandelen af te stoten.

Door de verlenging van de termijn in artikel 45 kan dit artikel worden vereenvoudigd. Het tweede lid, dat voorziet in een verdubbeling van die termijn in bepaalde gevallen, kan nu immers vervallen.

De terminologie van beide artikelen is aangepast aan die van Boek 3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

Artikel 249 van de Faillissementswet

In onderdeel C wordt voorgesteld, dat de termijnen van de artikelen 138, zesde lid, en 248, zesde lid, aanvangen bij de surséance van betaling, indien deze aan het faillissement van de vennootschap vooraf gaat. Daarmee wordt

beoogd te voorkomen dat in bepaalde gevallen een tekortkoming van het bestuur niet meer zou meetellen wanneer de rechtspersoon de faillietverklaring weet uit te stellen door zelf surséance aan te vragen terwijl het verzoek tot haar faillietverklaring is ingediend.

ARTIKEL III

Het eerste lid maakt duidelijk, dat de nieuwe artikelen 138 en 248 Boek 2 BW alleen voor de toekomst werken, dat wil zeggen: voor faillissementen die na de dag van inwerkingtreding van de wet zijn uitgesproken. Een nadere bepaling van dit algemene beginsel van overgangsrecht leek hier gewenst.

De bepaling van het tweede lid heeft ten gevolge, dat alle verklaringen van geen bezwaar die vóór de inwerkingtreding van de wet zijn afgegeven vervallen, wanneer niet binnen drie maanden (of uiterlijk zes maandenin geval van verlenging van de termijn) na de inwerkingtreding van de wet de oprichtingsakte wordt verleden. Op deze wijze wordt als het ware schoon schip gemaakt met alle «plank-vennootschappen» die er nog mochten zijn.

De bepaling van het derde lid is noodzakelijk om te voorkomen dat voor rechtshandelingen die hebben plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van de wet de aansprakelijkheid uit de vigerende bepalingen van artikel 93, tweede lid en 204, tweede lid vervalt, terwijl voor die handelingen niet de nieuwe bepalingen gelden die in het wetsontwerp worden voorgesteld.

De Minister van Justitie,
J. de Ruiter

NOTEN

[1] Zitting 1977–1978 wetsontwerp nr. 13483; Handelingen Eerste Kamer blz. 304 en volgende.

[2] Zie overzicht van de rechtspraak in het preadvies van mr. H. L. J. Roelvink voor de Nederlandse Juristen Vereniging, Handelingen der NJV 1977, deel 1, eerste stuk, blz. 103 en volgende. Zie ook Hof Den Bosch, 6 april 1976, NJ 1978, 454 en Hof Arnhem, 19 november 1979, NJ 1980, 419.

[3] Duitsland: par. 76, lid 3 Aktiengesetz; voor de G.m.b.H. wordt sinds kort hetzelfde bepaald, zie par. 6, G.m.b.H.-Gesetz.
Ierland: Artikel 176 van de Companies Act 1963.
Frankrijk: Société Anonyme, artikel 91 Wet van 24 juli 1966 bepaalt, dat een rechtspersoon bestuurder mag zijn mits een permanente vertegenwoordiger wordt aangewezen die aansprakelijk is; artikel 110 van die wet bepaalt, dat de voorzitter van de conseil d'administration een natuurlijke persoon moet zijn - in verband met *artikel 113 van die wet is het deze président du* conseil d'administration die de algemene leiding van de vennootschap heeft en deze vertegenwoordigt in haar betrekkingen met derden. Ingevolge artikel 120, derde lid, van die wet moeten, indien een vennootschap een bestuur en een raad van commissarissen heeft, de leden van het bestuur of de enige directeur na*tuurlijke personen zijn. Voor de S.à.r.l.: artikel* 49 van de Wet van 24 juli 1966 bepaalt dat slechts natuurlijke personen bestuurder kunnen zijn.

[4] Artikel 394 van het Wetsontwerp tot aanpassing van de wetgeving aan de vierde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen (16326) luidt:

Artikel 394

1. De rechtspersoon is verplicht tot openbaarmaking van de jaarrekening binnen acht dagen na de vaststelling; behoeft de jaarrekening goedkeuring dan loopt de termijn van de goedkeuring af. De openbaarmaking geschiedt door nederlegging van een volledig in de Nederlandse taal gesteld exemplaar ten kantore van het handelsregister.

2. Is de jaarrekening niet binnen zeven maanden na afloop van het boekjaar overeenkomstig de wettelijke voorschriften vastgesteld en goedgekeurd, dan maakt het bestuur onverwijld de opgemaakte jaarrekening op de in lid 1 voorgeschreven wijze openbaar; op de jaarrekening wordt vermeld dat zij nog niet is vastgesteld of goedgekeurd.

3. Heeft de algemene vergadering overeenkomstig artikel 48 lid 1, artikel 101 lid 1 of artikel 210 lid 1 van dit boek de termijn voor het opmaken van de jaarrekening verlengd, of heeft de ondernemingskamer overeenkomstig artikel 1002, vierde of vijfde lid van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een termijn gesteld, dan geldt het vorige lid met ingang van twee maanden na afloop van die termijn.

4. De vorige leden gelden niet, indien Onze Minister van Economische Zaken de in artikel 58, artikel 101 of artikel 210 genoemde ontheffing heeft verleend; alsdan wordt een afschrift van die ontheffing ten kantore van het handelsregister nedergelegd.

5. Gelijktijdig met en op dezelfde wijze als de jaarrekening worden een in de Nederlandse taal gesteld exemplaar van het jaarverslag en van de overige in artikel 392 bedoelde gegevens openbaar gemaakt. De vorige zin geldt, behalve voor de in artikel 392 lid 1 onder a en c genoemde gegevens, niet, indien de stukken ten kantore van de rechtspersoon ter inzage van een ieder worden gehouden en op verzoek een volledig of gedeeltelijk afschrift daarvan kosteloos wordt verstrekt; hiervan doet de rechtspersoon opgaaf ter inschrijving in het handelsregister.

6. De in de vorige leden bedoelde bescheiden worden gedurende tien jaren bewaard. Met inachtneming van de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde voorschriften mag de Kamer van Koophandel en Fabrieken daarvan fotografische reprodukties vervaardigen, die zij in hun plaats in het handelsregister bewaart.

[5] Zie par. 1 G.m.b.H.-Gesetz. Zie ook De Naamloze Vennootschap 1978, Buitenlandse documentatie blz. 36.

[6] Zie mr. H. Stein, praeconstitutieve rechtsbevoegdheid, Studiekring «prof. mr. J. Offerhaus», reeks handelsrecht, nr. 6 (1968) en bespreking daarvan door prof. mr. W.J. Slagter in R.M. Themis 1970 blz. 283 en volgende ; zie ook noot Ph.A.N.H. onder H.R. 2 mei 1952, NJ 1952, no. 556. Zie ook H.R. 8 februari 1980, NJ 1980, no. 316.

[7] Rb. Rotterdam, 6 januari 1970; N.J. 1970, 245, Rb. Rotterdam, 26 juni 1970, Hof 's-Gavenhage 12 januari 1972, NJ 1972, 221; Hof 's-Hertogenbosch, 6 april 1976, NJ 1978, 454.