

Vergaderjaar 1984–1985

16 631

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

Nr. 14

VIERDE NOTA VAN WIJZIGING

Ontvangen 17 januari 1985

In het wetsvoorstel worden de volgende wijzigingen aangebracht:

A. In artikel I onder B:

Aan artikel 138 boek 2 B.W. wordt een nieuw lid toegevoegd, luidende:

9. Dit artikel is van overeenkomstige toepassing in geval van faillissement van een buiten Nederland opgerichte rechtspersoon die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. In dat geval zijn eveneens aansprakelijk als bestuurders degenen die met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden zijn belast.

B. Aan artikel II van het wetsvoorstel wordt een nieuw onderdeel toegevoegd, luidende:

Q. In artikel 131 wordt na de eerste volzin ingevoegd een volzin, luidende:

In de gevallen van het negende lid van artikel 138 is bevoegd de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken.

C. In artikel II onder A:

Artikel 43 wordt gelezen:

Indien de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring en de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn daartoe had verplicht, wordt de aan het slot van artikel 42 bedoelde wetenschap, behoudens tegenbewijs, vermoed aan beide zijden te bestaan:

1°. bij overeenkomsten, waarbij de waarde der verbintenis aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die der verbintenis aan de andere zijde overtreft;

2°. bij rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld;

3°. bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die een natuurlijk persoon is, verricht met of jegens:

a. zijn echtgenoot, zijn pleegkind of een bloed- of aanverwant tot in de derde graad;

b. een rechtspersoon waarin hij, zijn echtgenoot, zijn pleegkind of een bloed- of aanverwant tot in de derde graad bestuurder of commissaris is, dan wel waarin deze personen, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal deelnemen;

- 4°. bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een natuurlijk persoon,
- a. die bestuurder of commissaris van de rechtspersoon is, dan wel of jegens diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad;
 - b. die al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, zijn pleegkinderen en zijn bloed- of aanverwanten tot in de derde graad, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal deelneemt;
 - c. wiens echtgenoot, pleegkinderen of bloed- of aanverwanten tot in de derde graad, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor tenminste de helft van het geplaatste kapitaal deelnemen;
- 5°. bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een andere rechtspersoon, indien
- a. een van deze rechtspersonen bestuurder is van de andere;
 - b. een bestuurder, natuurlijk persoon, van een van deze rechtspersonen, of diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad, bestuurder is van de andere;
 - c. een bestuurder, natuurlijk persoon, of een commissaris van een van deze rechtspersonen, of diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal deelneemt in de andere;
 - d. in beide rechtspersonen voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal rechtstreeks of middellijk wordt deelgenomen door dezelfde rechtspersoon, dan wel dezelfde natuurlijke persoon, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, zijn pleegkinderen en zijn bloed- of aanverwanten tot in de derde graad;
- 6°. bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een groepsmaatschappij.
- Met een echtgenoot wordt een andere levensgezel gelijkgesteld.
- Onder pleegkind wordt verstaan hij die duurzaam als eigen kind is verzorgd en opgevoed.
- Onder bestuurder, commissaris of aandeelhouder wordt mede verstaan hij die minder dan een jaar vóór de rechtshandeling bestuurder, commissaris of aandeelhouder is geweest.
- Indien de bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder zelf een rechtspersoon is, wordt deze rechtspersoon met de rechtspersoon-bestuurder gelijkgesteld.

Toelichting

Onderdelen A en B

De kwestie van het misbruik van buitenlandse rechtspersonen is in de schriftelijke behandeling van de wetsontwerpen 16 530 en 16 631 meermaals ter sprake geweest. Zij is voorts aan indringende beschouwingen onderworpen die zijn neergelegd in het verslag van een schriftelijk overleg van de bijzondere commissie 17 050/17 522 met enkele deskundigen. Deze deskundigen hebben in een daarna gehouden hoorzitting hun opvattingen nog nader toegelicht (zie stukken 17 050/17 522, nrs. 30 en 34). Over dit onderwerp was eerder een motie ingediend door de leden Salomons, Linschoten en Buikema (nr. 14). Daarin wordt aangedrongen op voorstellen die moeten tegengaan dat vitale Nederlandse beschermingsbepalingen worden ontweken door buitenlandse rechtspersonen die overwegend in Nederland werkzaam zijn. Publikaties van deskundigen (prof. mr. E. Cohen Henriquez in W.P.N.R. 5603 en mr. dr. P. Vlas in W.P.N.R. 5714 en in het boek «Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht») gaan in diezelfde richting.

Bij nadere beschouwing zie ik geen overwegend bezwaar tegen een beperkte actie van de wetgever, in de vorm van een aanvulling van wetsvoorstel 16 631 dat er toe strekt, artikel 138 boek 2 B.W. van overeenkomstige toepassing te doen zijn in geval van faillissement van een buiten Nederland gevestigde rechtspersoon die in Nederland een bedrijf heeft en ter zake aan de vennootschapsbelasting is onderworpen. Dit voorstel is van verschillende zijden bepleit. Daartegen zou eigenlijk alleen als bezwaar ingebracht kunnen worden dat het uit wetssystematisch oogpunt niet erg gelukkig is, incidenteel internationale dimensies van wetsbepalingen te regelen. In dat bijzondere geval zou ik evenwel over dit bezwaar kunnen heenstappen in het vertrouwen dat van deze wijze van aanpak geen precedentwerking zal uitgaan. Ook mogen geen te ver gaande conclusies worden getrokken uit de voorgestelde toevoeging van een negende lid aan artikel 138 boek 2 B.W. voor de overige bepalingen van dat wetboek. De rechter moet steeds vrij zijn in voorkomende gevallen te beslissen dat ook andere bepalingen van rechtspersonenrecht van toepassing zijn op buitenlandse rechtspersonen.

Buitenlandse rechtspersonen kunnen ingevolge artikel 2, vierde lid, van de Faillissementswet indien zij in Nederland een beroep of bedrijf uitoefenen, failliet worden verklaard. Dat de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken ook bevoegd is kennis te nemen van een op artikel 138, negende lid, gebaseerde vordering is aan twijfel onderhevig, gelet op artikel 131 boek 2 B.W. dat slechts voor zuiver Nederlandse situaties een speciale bevoegdheidsregeling geeft voor die vorderingen. Het lijkt daarom wenselijk tevens de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in die gevallen uitdrukkelijk te regelen. Dat de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken in die gevallen bevoegdheid toekomt ligt voor de hand.

Naar mijn mening wordt door dit voorstel op een belangrijk onderdeel tegemoet gekomen aan de wensen van de voorstellers van de motie. Ik moge wellicht ten overvloede in herinnering brengen, dat de materie van wetsvoorstel 16 530 ook de buitenlandse rechtspersonen omvat – zie hetgeen terzake is opgemerkt in de nota naar aanleiding van het eindverslag, blz. 8.

Onderdeel C

De voorgestelde wijziging van artikel 43 Faillissementswet heeft ten doel een meer sluitende opsomming te geven van rechtshandelingen waaromtrent het vermoeden van het bestaan van wetenschap van benadeling gerechtvaardigd is. De Federatie Nederlandse Vakbeweging heeft mij enige tijd geleden erop gewezen dat aan de in het wetsontwerp gegeven opsomming ontbreken de rechtshandelingen die de schuldenaar-rechtspersoon heeft verricht met een andere rechtspersoon terwyl:

1. in beide rechtspersonen voor ten minste de helft van het kapitaal wordt deelgenomen door dezelfde rechtspersoon, c.q. natuurlijk persoon met inbegrip van diens echtgenoot, pleegkind en verwanten tot in de derde graad;

2. een bestuurder of commissaris van de ene rechtspersoon of diens echtgenoot (enz.), alleen of tezamen, voor ten minste de helft deelneemt resp. deelnemen in het kapitaal van de andere rechtspersoon;

3. de ene rechtspersoon voor ten minste de helft deelneemt in het kapitaal van de andere rechtspersoon, dan wel bestuurder is van de andere rechtspersoon;

4. een bestuurder of commissaris van de ene rechtspersoon of diens echtgenoot (enz.) bestuurder of commissaris van de andere rechtspersoon is.

In het thans voorgestelde vijfde onderdeel van artikel 43 is het voorstel van de FNV nader uitgewerkt. In verband met deze wijziging zijn ook de andere onderdelen anders gerangschikt, waardoor een meer overzichtelijke opsomming van de desbetreffende rechtshandelingen wordt gegeven. Zo

zijn de onderdelen 3 en 4 samengevoegd in het nieuwe onderdeel 3 en de onderdelen 5, 6 en 7 in het nieuwe onderdeel 4. Onderdeel 8 is thans onderdeel 6.

Het eerste door de FNV genoemde geval is geregeld in 5°, onder d, het tweede in 5°, onder c, het derde in 5°, onder a, en het vierde in 5°, onder b. Niet overgenomen is de suggestie van de FNV (punt 4) om onderdeel 5°, onder b. ook uit te strekken tot de commissaris. Het verschijnsel dat iemand commissaris bij meer vennootschappen is, komt veel voor en zegt in het algemeen zo weinig over de relatie tussen die vennootschappen, dat er geen aanleiding lijkt te bestaan op grond van dit enkele feit ter zake van handelingen tussen die vennootschappen de bewijslast om te draaien.

De situatie dat de ene rechtspersoon voor ten minste de helft deelneemt in het kapitaal van de andere rechtspersoon (geval 3 FNV) valt onder onderdeel 6.

Aan het artikel is ook een nieuw lid toegevoegd voor het geval dat de bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder zelf een rechtspersoon is. Met name voor onderdeel 5, onder a, is het van belang dat door de gelijkstelling met de rechtspersoon-bestuurder ook rechtshandelingen tussen de bestuurder van de bestuurder-rechtspersoon en de andere rechtspersoon onder de werking van het artikel worden gebracht.

Voorts verdient nog het volgende de aandacht.

Artikel 43 (en het oorspronkelijke artikel 3.2.11a waarop het voortbouwt) moet worden gezien als een opsomming van gevallen waar omdraaiing van de bewijslast *in elk geval* op haar plaats is. Daarnaast mag die opsomming in samenhang met de algemene regels van bewijslastverdeling worden opgevat als een aanwijzing dat de rechter ook in vergelijkbare gevallen op feitelijke gronden de bewijslast kan omdraaien. Gedacht kan bijv. worden aan rechtshandelingen tussen «vrienden» of de b.v.'s van die vrienden.

In het voorlopig verslag betreffende de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijke Wetboek (vierde gedeelte) (wijziging van Boek 3), kamerstuk nr. 17 496, nr. 9, worden over artikel 3.2.11a, dat in belangrijke mate overeenkomt met het in het wetsvoorstel gewijzigde artikel 43 Faillissementswet, twee opmerkingen gemaakt.

In de eerste opmerking wordt de opvatting van mr. A. L. Croes in Kwartaalbericht Nieuw B.W. 1984/3, blz. 83–84 aan de orde gesteld. Deze zou in het tweede lid van de artikelen 3.2.11a en 43 Fw. «de andere levensgezel» met iemands echtgenoot willen gelijkstellen, in plaats van degene met wie de schuldenaar ten tijde van de rechtshandeling een duurzame gemeenschappelijke huishouding had. Het hebben van een duurzame gemeenschappelijke huishouding behoeft nl. geen nauwe lotsverbondenheid te impliceren, terwijl het niet hebben van een dergelijke gemeenschappelijke huishouding lotsverbondenheid niet behoeft uit te sluiten. Zo zouden studenten die samen een flat huren een gemeenschappelijke huishouding kunnen voeren zonder dat van enige lotsverbondenheid sprake is, terwijl bij een zogenaamde LAT-relatie lotsverbondenheid bestaat, maar een gemeenschappelijke huishouding ontbreekt.

De opmerkingen van mr. Croes onderschrijf ik. Inderdaad kan in het tweede lid van artikel 43 beter gesproken worden van «andere levensgezel», overeenkomstig artikel 432 Boek 1 Burgerlijk Wetboek betreffende het beschermingsbewind. Onder «de levensgezel» wordt dan verstaan de persoon met wie de betrokkene een relatie heeft die vergelijkbaar is met die tussen echtgenoten. In de nota van wijziging wordt voorgesteld artikel 43, tweede lid, in die zin aan te passen. Zoals ook naar aanleiding van het beschermingsbewind is opgemerkt (kamerstuk nr. 15 350, nr. 8, blz. 3), zal het van de feitelijke omstandigheden afhangen of er sprake is van een levensgezel. Een duurzame gemeenschappelijke huishouding zal in veel, maar niet alle gevallen een aanwijzing daarvoor kunnen zijn. Van belang is ook of de relatie van effectieve aard is en of partijen kennelijk van een nauwe lotsverbondenheid uitgaan. Gelijkstelling van de levensgezel met

iemands echtgenoot wil niet zeggen dat alleen man-vrouw verhoudingen onder de werking van het artikel vallen. Ook op een hechte relatie tussen twee mannen of twee vrouwen heeft het tweede lid betrekking.

Voor de omkering van de bewijslast behoeft het bestaan van een affectieve relatie niet in strikt juridische zin bewezen te worden. Voldoende is dat zij door de curator aannemelijk is gemaakt op grond van de uiterlijke omstandigheden van het geval. Herinnerd zij aan hetgeen hiervoor werd opgemerkt over de vrijheid van de rechter de bewijslast te verdelen. In veel gevallen zal het hebben van een duurzame gemeenschappelijke huishouding wel een omstandigheid als voornoemd opleveren.

De tweede vraag in het voorlopig verslag over artikel 3.2.11a betreft de opmerking van mr. Croes dat in het kader van eenheid van wetgeving nog eens overwogen kan worden in de artikelen 3.2.11a, 43Fw. en 39 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 eenzelfde begrip «grootaandeelhouder» te hanteren. Mijn oordeel hierover wordt gevraagd.

In het artikel van mr. Croes wordt terecht opgemerkt dat volgens het derde lid van artikel 39 van de Wet op de IB 1964 een aanmerkelijk belang aanwezig wordt geacht indien de belastingplichtige in de loop van de laatste vijf jaren, al dan niet te zamen met zijn echtgenoot en zijn bloed- en aanverwanten in de rechte linie en in de tweede graad van de zijlinie, voor ten minste een derde gedeelte en, al dan niet te zamen met zijn echtgenoot, voor meer dan zeven honderdsten van het nominaal gestorte kapitaal onmiddellijk of middellijk aandeelhouder is geweest.

Tussen de regeling in de artikelen 43 Fw. en 3.2.11a enerzijds en artikel 39 Wet op de IB 1964 anderzijds bestaan evenwel duidelijke verschillen, hetgeen ook begrijpelijk is, gezien de geheel verschillende functies van beide regelingen. Het belangrijkste verschil is wel dat een aanmerkelijk belang aanwezig wordt geacht als een familiegroep ten minste 33¹/₃% van de aandelen heeft, terwijl in de faillissements-Pauliana uitgegaan wordt van een belang van ten minste 50%. Alleen al om die reden is het niet mogelijk een zelfde begrip «grootaandeelhouder» te hanteren. Ik zie ook geen reden terwille van de eenheid van wetgeving wijziging te brengen in dit criterium. Aanpassing aan de aanmerkelijk-belang-regeling zou voorts betekenen dat levensgezellen en pleegkinderen niet worden meegerekend. Ook dat lijkt mij niet juist in het geval van artikel 43 Fw. Hoezeer op zichzelf ook wenselijk, eenheid van begrippen is hier niet te bereiken.

De Minister van Justitie,
F. Korthals Altes