

Vergaderjaar 1994–1995

24 139

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)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen

Het wetsvoorstel strekt ertoe bepaalde regels van het Nederlandse recht voor besloten vennootschappen toe te passen op vergelijkbare buitenlandse rechtspersonen die overwegend met de Nederlandse rechtssfeer verbonden zijn en uitsluitend formeel als buitenlandse rechtspersoon bestaan. Vergelijkbare vennootschappen zijn in dit verband alle buitenlandse kapitaalvennootschappen met rechtspersoonlijkheid, derhalve ook vennootschappen die zich eerder met de naamloze dan met de besloten vennootschap laten vergelijken en voorts vennootschappen die weliswaar belangrijke verschillen met de bv vertonen maar op de enkele grond dat zij kapitaalvennootschap zijn, met de bv kunnen worden gelijkgesteld. Het doel van de wet is het optreden van dergelijke rechtspersonen tegen te gaan.

Het wetsvoorstel hangt nauw samen met het gelijktijdig ingediende wetsvoorstel conflictenrecht corporaties. Dat legt het thans al in Nederland geldende incorporatiestelsel in de wet vast. Volgens dat stelsel zijn buitenlandse vennootschappen onderworpen aan het (vennootschaps-)recht van de staat van herkomst, waarbij niet ter zake doet of de vennootschap in die staat een bedrijf uitoefent. Het incorporatiestelsel maakt het daarom mogelijk dat een Nederlandse ondernemer die zijn Nederlandse onderneming in een vennootschap wil onderbrengen, daarvoor een buitenlandse vennootschap kiest. Dwingende regels van Nederlands vennootschapsrecht blijven dan buiten toepassing.

In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel conflictenrecht corporaties worden uitvoerige beschouwingen gewijd aan de rechtvaardiging van de vrijheid die het incorporatiestelsel ondernemers op dit punt biedt. Maar tevens wordt daarin aandacht besteed aan de grenzen die aan deze vrijheid behoren worden gesteld. Ik zou allereerst daarnaar willen verwijzen. Kort samengevat komt de uiteenzetting erop neer dat voor het gebruik van een buitenlandse vennootschap om in Nederland een onderneming te drijven, goede redenen kunnen bestaan en dat er geen reden is dergelijk bona fide gebruik aan banden te leggen, maar dat de grens van het aanvaardbare wordt overschreden, wanneer voor een

buitenlandse vennootschap wordt gekozen overwegend om aldus dwingend Nederlands vennootschapsrecht te ontgaan. Er zijn aanwijzingen dat zulk oneigenlijk gebruik niet slechts incidenteel, op een verwaarloosbare schaal, voorkomt, maar dat sprake is van een tot zorg aanleiding gevende groei. Er is daarom aanleiding de bestrijding ervan ter hand te nemen. Het gaat bijvoorbeeld om het verschijnsel van corporations naar recht van de staat Delaware (VS) en Engelse limited companies, die in toenemende mate lijken te worden gebruikt door Nederlandse ondernemers die geen bv kunnen of willen oprichten.

Uit een onderzoek van de Economische Controledienst blijkt dat in 1991 in totaal 3717 buitenlandse rechtspersonen in het handelsregister waren ingeschreven. 2245 daarvan waren ingeschreven bij tien Kamers van Koophandel, waar de ECD verder onderzoek heeft gedaan. Daarbij bleek dat van de 2245 buitenlandse rechtspersonen 651 hun hoofdvestiging in Nederland hadden. Recente gegevens van de Kamers van Koophandel geven aan dat sinds 1991 het aantal ingeschreven buitenlandse rechtsvormen nog belangrijk is toegenomen: het aantal in het handelsregister ingeschreven buitenlandse rechtspersonen beliep in november 1994 in totaal 5289, in vergelijking met 3717 ten tijde van het ECD-onderzoek in 1991.

Uit deze gegevens is af te leiden dat de omvang van het oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen in absolute en reeltieve zin nog niet heel groot is. Van buitenlandse vennootschappen met een hoofdvestiging buiten Nederland, is begrijpelijk en volledig aanvaardbaar dat zij niet een Nederlandse rechtsvorm hebben. Doorgaans zullen zij zijn opgericht naar het recht van het land waar hun hoofdvestiging gelegen is. Maar ook als de hoofdvestiging wél hier te lande is, is daarmee niet gezegd dat de keuze voor een buitenlandse vennootschap is ingegeven door de wens aan de toepasselijkheid van het Nederlandse vennootschapsrecht te ontkomen. De ondernemer kan voor zijn keuze voor een buitenlandse vennootschap goede, te respecteren redenen hebben gehad. De meest voor de hand liggende is dat de onderneming ook in het buitenland, al dan niet vanuit daar gelegen nevenvestigingen, activiteiten ontplooit. Maar ook kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een buitenlands concern met een in Nederland gevestigde werkmaatschappij, waarvoor met het oog op een eenvormige concernopbouw dezelfde rechtsvorm is gekozen als voor haar moedermaatschappij. Van oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen is dus slechts sprake in een gedeelte van het op zichzelf al beperkte aantal gevallen dat een buitenlandse vennootschap haar hoofdvestiging in Nederland heeft. Het gaat naar schatting om enkele honderden gevallen, een aantal dat in vergelijking zowel met het aantal in het handelsregister ingeschreven b.v.'s – ongeveer 330 000 – als met het totale aantal geregistreerde ondernemingen – ongeveer 803 000 – gering is.

Daar staat tegenover dat uit de genoemde gegevens ook blijkt, dat het aantal in Nederland actieve buitenlandse vennootschappen toeneemt. Zo is het aantal Amerikaanse corporations dat bij de tien in het verdere onderzoek van de ECD betrokken Kamers van Koophandel was ingeschreven, in de periode 1989–1991 gestegen van 126 tot 292. In dezelfde periode nam het aantal bij deze Kamers ingeschreven Engelse limiteds toe van 283 to 415. Weliswaar gaat het dan zowel om vennootschappen met een hoofdvestiging in Nederland als om Nederlandse nevenvestigingen van primair in het buitenland gevestigde ondernemingen, maar toch ligt hier een aanwijzing dat het oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen groeit. Die gedachte wordt verder gevoed door de geregeld op verschillende plaatsen terugkerende advertenties van personen en instellingen die met kennelijk succes hun bedrijf maken van het bemiddelen bij de oprichting van – in het bijzonder – Delaware corporations door Nederlandse ondernemers die de weg van een bv niet kunnen of willen gaan.

Ik meen dat er aanleiding is thans, nu het oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen nog beperkt is, daarop een wettelijke rem te zetten. Het is zaak te voorkomen dat het verschijnsel blijft groeien. Ondernemers die in het verleden al, om oneigenlijke redenen, voor een buitenlandse vennootschap hebben gekozen, behoort het «voordeel» dat zij aldus dachten te bereiken, te worden ontnomen. Waar het Nederlandse vennootschapsrecht op oneigenlijke wijze in toenemende mate wordt ontgaan, is het geboden daartegen met wettelijke maatregelen op te treden.

Over de vraag op welke wijze het oneigenlijk gebruik van het incorporatiestelsel het beste kan worden tegengegaan, heb ik advies gevraagd aan de Commissie vennootschapsrecht. Het advies is als bijlage bij deze toelichting gevoegd. De commissie adviseert om, met handhaving van het incorporatiestelsel voor het overige, op buitenlandse vennootschappen die zeer overwegend met Nederland en niet met hun staat van herkomst verbonden zijn – hier verder formeel buitenlandse vennootschappen genoemd – bepaalde regels van Nederlands vennootschapsrecht toe te passen. Het gaat om de belangrijkste voorschriften die strekken tot bescherming van de belangen van derden die met de vennootschap te maken hebben: de voorschriften omtrent de inschrijving in het handelsregister en de vermelding van belangrijke gegevens op het briefpapier en in stukken waarbij de vennootschap partij is, en die omtrent het minimumkapitaal, de boekhoudplicht, het opmaken, de inrichting en de openbaarmaking van jaarstukken en de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen als aan de inschrijvings- en kapitaalvoorschriften niet is voldaan of de jaarstukken een misleidende voorstelling van zaken geven.

Ik kan mij in de benadering van de commissie goed vinden. De bezwaren van het ontgaan van dwingend Nederlands vennootschapsrecht doen zich vooral voelen, waar de belangen van derden in het geding zijn. Het is goed die belangen te beschermen door de desbetreffende voorschriften voor bv's op formeel buitenlandse vennootschappen toe te passen. Het voordeel dat een ondernemer kan hebben door zich aan zulke regels – in het bijzonder de minimumkapitalseis en de jaarrekeningvoorschriften – te onttrekken, wordt zo ongedaan gemaakt. Het mag worden verwacht dat daarmee het optreden van formeel buitenlandse vennootschappen doeltreffend wordt teruggedrongen.

De niet-toepasselijkheid van Nederlands recht kan ook voor aandeelhouders bezwaarlijk zijn, omdat bepalingen waaraan zij bescherming kunnen ontnemen evenmin gelden. Ik zie op dat punt echter geen reden tot ingrijpen. De aandeelhouders hebben vrijwillig voor een buitenlandse vennootschap gekozen en zij kunnen er geen aanspraak op maken zelf van de bezwaarlijke gevolgen van die keuze te worden gevrijwaard. Het toepassen van Nederlandse regels voor aandeelhoudersbescherming stuit bovendien op het bezwaar dat die regels veelal zullen botsen met de toepasselijke regels van buitenlands recht. Dat kan leiden tot onontwarbare knopen, die het incorporatiestelsel juist beoogt te voorkomen.

Het advies van de Commissie vennootschapsrecht beperkt de toepassing van voorschriften van Nederlands recht tot kapitaalvennootschappen en past daarop regels van bv-recht toe. Die benadering lijkt mij juist. Het buitenlandse recht fungeert vooral als vluchthaven voor personen die in Nederland geen bv kunnen of willen oprichten. Zij richten doorgaans een Amerikaanse corporation, een Engelse limited company of een andere met de bv vergelijkbare rechtspersoon op¹. Het is dergelijk oneigenlijk gebruik dat het wetsvoorstel beoogt te voorkomen. Van oneigenlijk gebruik van het incorporatiestelsel door oprichting van buitenlandse coöperaties, onderlingen, verenigingen of stichtingen is mij in de praktijk niet gebleken. Ik zie geen noodzaak dienaangaande maatregelen te treffen.

¹ Uit het ECD-onderzoek blijkt dat van de 2245 buitenlandse rechtspersonen – puur formele en andere – die in oktober 1991 in de tien in het verdere onderzoek betrokken Kamers van Koophandel waren ingeschreven, 1647 kapitaalvennootschappen waren. Daaronder waren 420 Engelse limiteds en 292 Amerikaanse corporations.

Van twee groepen van regels van derdenbescherming stelt de commissie vast dat ze zich voor toepassing op formeel buitenlandse vennootschappen niet goed lenen. Het gaat om de vereisten van een ministeriële verklaring van geen bezwaar en een notariële akte bij de oprichting en om de regeling van het enquêterecht. Met de commissie meen ik dat toepassing van die regels slecht mogelijk is. Wat de twee oprichtingseisen betreft, is er het bezwaar dat een formeel buitenlandse rechtspersoon per definitie in het buitenland wordt opgericht. Het is op zichzelf al niet goed voorstelbaar hoe daarbij de Nederlandse oprichtingseisen, die mogelijk strijdig zijn met plaatselijke voorschriften, moeten worden nageleefd. Daarbij komt dat niet-naleving van de regels niet doeltreffend kan worden gesanctioneerd. Van Nederlandse bv's zegt artikel 4 van boek 2 BW dat zij bij gebreke van een verklaring van geen bezwaar of een notariële oprichtingsakte niet ontstaan. Deze sanctie toe te passen op buitenlandse vennootschappen zou echter de grondslag van het incorporatiestelsel aantasten, dat buitenlandse rechtspersonen die naar hun eigen recht rechtsgeldig zijn opgericht als zodanig worden erkend. Voor derden die met de vennootschap handelen kan de sanctie hoogst bezwaarlijk zijn, omdat achteraf blijkt dat hun wederpartij niet bestaat. Ik meen dan ook dat een zo ingrijpende sanctie, mede gezien de omvang van het probleem van de formeel buitenlandse vennootschappen, te ver gaat.

Wat de regeling van het enquêterecht betreft deel ik de mening van de grote meerderheid van de commissie dat zij in haar huidige vorm voor toepassing op buitenlandse vennootschappen ongeschikt is. Het probleem is dat de voorzieningen die de regeling mogelijk maakt – schorsing of vernietiging van besluiten, schorsing, ontslag of tijdelijke aanstelling van bestuurders of commissarissen, tijdelijke afwijking van de statuten, tijdelijk overdracht van aandelen ten titel van beheer, ontbinding – daarvoor ongeschikt zijn. Zij zouden in strijd kunnen komen met het buitenlandse recht dat de vennootschap beheerst en dat de Nederlandse enquêtemaatregelen niet zal erkennen. De commissie geeft voorbeelden van de onmogelijke situaties die zo zouden kunnen ontstaan: iemand is bestuurder, omdat hij door het krachtens het toepasselijke buitenlandse recht bevoegde orgaan is benoemd, en tevens niet bestuurder, omdat hij door de Nederlandse rechter is ontslagen; iemand is zowel commissaris, omdat hij door de Nederlandse rechter tijdelijk is aangesteld, als niet commissaris, omdat hij niet overeenkomstig het buitenlandse recht door de algemene vergadering is benoemd; een besluit is geldig, omdat dat volgt uit het buitenlandse recht, maar tevens ongeldig, omdat de Nederlandse rechter het heeft vernietigd; een statutaire bepaling is tegelijkertijd toepasselijk, omdat zij volgens het buitenlandse recht deel uitmaakt van de statuten, en niet toepasselijk, omdat de Nederlandse rechter haar buiten toepassing heeft verklaard. Het enquêterecht zou daarom alleen zinvol op formeel buitenlandse vennootschappen kunnen worden toegepast, als de regeling ingrijpend werd aangepast, in het bijzonder op het punt van de voorzieningen bij gebleken wanbeleid. Het lijkt mij dat het niet nodig is die moeilijke weg te gaan. Het doel van het wetsvoorstel eist het niet, omdat mag worden aangenomen dat de toepassing van de Nederlandse voorschriften waarin het wetsvoorstel nu al voorziet in het bijzonder van de minimumkapitaalseis en van de jaarrekeningvoorschriften – het optreden van formeel buitenlandse vennootschappen voldoende zullen tegengaan. Ik verwacht niet dat een aangepaste enquêteregeling daaraan veel zal toevoegen.

De Commissie vennootschapsrecht heeft haar advies vergezeld doen gaan van een voorstel voor wettelijke bepalingen inzake de toepassing van Nederlandse voorschriften op formeel buitenlandse rechtspersonen. Bij de voorbereiding van het wetsvoorstel is van deze inspanning

dankbaar gebruik gemaakt. De inhoud van het wetsvoorstel sluit nauw bij de voorstellen van de commissie aan.

In het kader van de voorbereiding van het wetsvoorstel is verder advies gevraagd van de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties en van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen. Hun adviezen, waaruit bij de finalisering van het wetsvoorstel is geput, zijn als bijlage bij deze toelichting gevoegd.

Artikelen

Artikel 1

Dit artikel bakent de formeel buitenlandse vennootschappen af, waarop het wetsvoorstel zijn pijlen richt. Het gaat om (i) naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die (ii) hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en (iii) geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht, noch, zo deze staat onderdeel is van een land, met dat land of een onderdeel daarvan.

Voor de toelichting op de eerste eis – het moet gaan om een buitenlandse kapitaalvennootschap met rechtspersoonlijkheid – mag ik verwijzen naar het algemene deel van de toelichting. Het kapitaal van de vennootschap hoeft niet in aandelen te zijn verdeeld. De regeling is ook van toepassing op bijvoorbeeld de Gesellschaft mit beschränkter Haftung, waarbij dat niet het geval is.

De tweede en de derde eis – werkzaamheden (nagenoeg) geheel in Nederland en geen werkelijke band met de staat van herkomst – sluiten internationaal opererende vennootschappen van de toepasselijkheid van de regeling uit. Dat zulke vennootschappen een buitenlandse rechtsvorm hebben, is geenszins oneigenlijk, zodat voor de toepassing van Nederlandse vennootschapsrechtelijke regels in die gevallen geen aanleiding bestaat. In de praktijk gaat het bij formeel buitenlandse vennootschappen in de meeste gevallen ook om kleine ondernemingen, vaak eenmansvennootschappen, die uitsluitend plaatselijk werkzaam zijn¹.

Een internationaal opererende vennootschap zal zich doorgaans kenmerken doordat zij niet slechts in Nederland, maar ook daarbuiten activiteiten ontplooit. Daarop zie de tweede eis. Zij plaatst vennootschappen die mede buiten Nederland werkzaam zijn, in beginsel buiten de werking van de regeling. Een uitzondering op dit beginsel geldt als de vennootschap weliswaar een enkele buitenlandse activiteit heeft, maar toch *nagenoeg* uitsluitend in Nederland optreedt. Aldus wordt voorkomen dat een ondernemer door een – al dan niet geforceerde – incidentele buitenlandse werkzaamheid aan de toepasselijkheid van de wet ontkomt.

De derde eis bewerkstelligt dat vennootschappen die (nagenoeg) uitsluitend in Nederland werken, desondanks niet onder de regeling vallen als zij een werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht. In dat geval bestaat er voor de keuze voor een buitenlandse vennootschap een voldoende rechtvaardiging en is het onnodig haar aan voorschriften van Nederlands vennootschapsrecht te onderwerpen. Niet al te snel mag worden aangenomen dat aan de eis van een werkelijke band is voldaan. De band die een buitenlandse vennootschap reeds door haar oprichting in het buitenland met de betrokken staat heeft, is niet de werkelijke band waarop de bepaling doelt. Evenmin is bijvoorbeeld het enkele feit dat de meerderheid van de bestuurders van de vennootschap in het land van herkomst gevestigd zijn, voldoende om zo'n band tot stand te brengen. Een werkelijke band kan in het bijzonder wel bestaan in het in het algemeen deel van de toelichting al genoemde geval dat een buitenlandse vennootschap deel uitmaakt van een concern, dat er om redenen van eenvormigheid voor heeft gekozen de in Nederland werkzame groepsmaatschappijen dezelfde rechtsvorm te geven als de

¹ Uit het ECD-onderzoek blijkt dat in 1719 van de 2245 buitenlandse rechtspersonen die in het handelsregister waren ingeschreven, minder dan vijf personen werkten.

concernmoeder. Vanzelfsprekend moet dan wel het concern zelf internationaal geïntereerd zijn. Als de moedermaatschappij zelf een formeel buitenlandse vennootschap is, moet een beroep door haar dochters dat zij niet aan de derde eis voldoen, falen. De in de eis opgenomen regel dat in plaats van een werkelijke band met de staat van oprichting ook voldoende is een werkelijke band met een onderdeel van het land waarvan de staat van oprichting deel uitmaakt, is opgenomen met het oog op landen als de Verenigde Staten, die verscheidene gebiedsdelen hebben met elk een eigen vennootschapsrecht. Aldus wordt voorkomen dat een naar het recht van het ene gebiedsdeel opgerichte vennootschap die niet met dat, maar met een ander gebiedsdeel een werkelijke band heeft, onder de werking van de regeling valt.

De voorgestelde regeling wordt pas op een buitenlandse vennootschap van toepassing wanneer deze aan alle voorwaarden van het eerste lid voldoet. Dat hoeft niet het tijdstip van oprichting te zijn. Het is voorstelbaar dat een buitenlandse vennootschap aanvankelijk uitsluitend in het buitenland of zowel in het buitenland als in Nederland optreedt en pas na verloop van tijd alle voorwaarden van artikel 1 vervult. In dat geval worden de regels van de artikelen 2–6 dan pas van toepassing. Evenzo houdt de regeling op van toepassing te zijn, als een buitenlandse vennootschap ophoudt aan de voorwaarden van artikel 1 te voldoen, bijvoorbeeld doordat zij haar werkterrein tot buiten Nederland uitbreidt. De vennootschap is dan weer uitsluitend onderworpen aan het (vennootschaps-)recht van de staat van haar herkomst.

Artikel 2

De door de Commissie vennootschapsrecht voorgestelde wettelijke bepalingen voorzagen erin dat de bestuurders van een formeel buitenlandse vennootschap haar moesten inschrijven in het handelsregister. Nederlandse bv's zijn daartoe verplicht op grond van artikel 180 van boek 2 BW. Mede om een eenvoudig inzicht te krijgen in het aantal, de aard en de werkzaamheid van formeel buitenlandse rechtspersonen, stelde de Adviescommissie voor de inschrijving te doen plaatsvinden bij één Kamer van Koophandel, die in Rotterdam.

Op het laatste punt wijkt het wetsvoorstel van het advies van de commissie af. De huidige Handelsregisterwet eist dat gegevens betreffende een onderneming worden ingeschreven bij de Kamers van Koophandel zowel van de plaats van de hoofdvestiging als van de plaatsen van alle nevenvestigingen. Een Nederlandse rechtspersoon moet zich daarnaast inschrijven bij de Kamer van zijn statutaire zetel. Er wordt echter naar gestreefd dit stelsel in de nabije toekomst te vervangen door een stelsel van enkelvoudige registraties, waarbij de inschrijving van alle gegevens betreffende een onderneming en van de rechtspersoon waaraan zij toebehoort bij één Kamer van Koophandel geschiedt. Een wetsvoorstel van deze strekking is inmiddels bij het Parlement aanhangig (Kamerstukken 23 970). Thans van formeel buitenlandse vennootschappen te eisen dat zij, naast de nu al verplichte inschrijving bij de Kamer van Koophandel van de plaats waar haar onderneming gevestigd is, een registratie aanhouden bij de Kamer te Rotterdam, staat haaks op de gedachte van de enkelvoudige registratie. Met het oog op het verkrijgen van inzicht is de registratie te Rotterdam niet werkelijk nodig. De vereiste gegevens kunnen in het stelsel van enkelvoudige registratie ook op andere wijze eenvoudig worden verkregen.

Artikel 2 eist dat formeel buitenlandse vennootschappen ter inschrijving in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel van de plaats waar hun onderneming is gevestigd opgaaf doen van het feit dat zij aan de voorwaarden van artikel 1 voldoen, met andere woorden: er opgaaf van doen dat zij een formeel buitenlandse vennootschap zijn. Derden die met de vennootschap handelen, kunnen van dat gegeven dan eenvoudig

kennis nemen en het zo betrekken bij hun oordeel over de betrouwbaarheid van hun wederpartij. In overeenstemming met wat ingevolge artikel 180 van boek 2 BW voor bv's geldt, moet bij de opgave een afschrift van de akte van oprichting van de vennootschap en van de geldende statuten worden neergelegd. Voor vennootschappen als Delaware corporations en Engelse limiteds betekent dat dat het certificate of incorporation alsmede de by-laws of de articles of association moeten worden gedeponereerd. Latere wijzigingen in de statuten moeten eveneens worden neergelegd, samen met een nieuwe doorlopende tekst van de statuten; artikel 19 Handelsregisterwet voorziet daar al in. Op grond van hetzelfde artikel moet, als de vennootschap ophoudt om aan de voorwaarden van artikel 1 te voldoen, dat aan het handelsregister worden opgegeven.

Een belangrijk aspect van de opgaveplicht is de sanctionering. Formeel buitenlandse vennootschappen zijn op grond van de Handelsregisterwet al verplicht hun onderneming in het handelsregister in te schrijven en niet-voldoen aan die inschrijfplicht is een economisch delict. Nalaten te voldoen aan de opgaveplicht van artikel 2 leidt ingevolge artikel 4, tweede lid, van de regeling echter tevens tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap en van degenen die met de leiding van de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn belast. Ik mag op dit punt verwijzen naar de toelichting bij de artikel 4, vierde lid. Van de sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid gaat, dunkt mij, een grotere afschrikwekkende werking uit dan van een strafsanctie.

De opgaveplicht dwingt de bestuurders van een formeel buitenlandse vennootschap voorts zich er rekenschap van te geven dat de vennootschap onder een bijzonder wettelijk regime valt, waarvan de zojuist genoemde hoofdelijke aansprakelijkheid een van de meer naar voren tredende elementen is. Voorlichting hierover door de Kamers van Koophandel aan de betrokkenen kan die bewustwording bevorderen en zo wellicht ook preventieve werking hebben. Het doel van de wet is immers het gebruik van formeel buitenlandse vennootschappen te ontmoedigen.

Artikel 3

De eerste twee leden van dit artikel schrijven voor dat op geschriften die van een formeel buitenlandse vennootschap uitgaan de naam, rechtsvorm, statutaire zetel en plaats van vestiging van haar onderneming worden vermeld alsmede, als melding wordt gemaakt van het kapitaal, het geplaatste en gestorte deel daarvan. De regeling stemt overeen met die voor bv's in artikel 186 van boek 2 BW. Als de formeel buitenlandse vennootschap krachtens haar nationale recht moet zijn ingeschreven in een register, moeten tevens de nodige gegevens over deze inschrijving worden vermeld. Deze verplichting geldt naast die van artikel 32a, derde lid, Handelsregisterwet, maar gaat iets verder: anders dan van niet-formeel buitenlandse rechtspersonen met een onderneming in Nederland wordt geëist, vraagt het artikel ook de vermelding van de datum van eerste registratie in het buitenlandse register. Derden kunnen zich zo een beeld vormen van de geschiedenis van de vennootschap waarmee zij handelen. Desgewenst kunnen zij bij het buitenlandse register nadere inlichtingen inwinnen. Overigens zal een formeel buitenlandse vennootschap op zijn uitgaande geschriften ook moeten vermelden waar en onder welk nummer de aan haar toebehorende onderneming in het Nederlandse handelsregister is ingeschreven. Artikel 32a Handelsregisterwet voorziet daar al in.

Het artikel eist in het derde lid tenslotte dat een formeel buitenlandse vennootschap die is ontbonden en krachtens het op haar toepasselijke buitenlandse recht na de ontbinding nog blijft voortbestaan (bijvoorbeeld ingeval de vereffening nog niet is voltooid) aan haar naam moet

toevoegen: in liquidatie. Artikel 2: 19 lid 4 BW bevat dezelfde verplichting voor bv's.

Artikel 4

De eerste twee leden van dit artikel bevatten twee belangrijke eisen. In de eerste plaats moet ingevolge het eerste lid het geplaatst en gestort kapitaal van een formeel buitenlandse vennootschap ten minste gelijk zijn aan het minimumkapitaal dat in artikel 2: 178 BW is voorgeschreven voor Nederlandse besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Deze eis geldt gedurende de gehele tijd dat de vennootschap als formeel buitenlandse vennootschap in Nederland optreedt. In de tweede plaats eist het tweede lid dat het eigen vermogen van de vennootschap ten minste het minimumkapitaal bedraagt. Deze eis geldt alleen op het tijdstip waarop de vennootschap formeel buitenlandse vennootschap wordt, dat wil zeggen het tijdstip waarop zij aan alle voorwaarden van artikel 1 komt te voldoen. Het artikel vergt dus niet dat het eigen vermogen wordt aangezuiverd, als het door verliezen tot onder het minimumkapitaal is gedaald. Wel geldt de eis opnieuw, als een vennootschap die in het verleden puur formeel buitenlands is geweest maar is opgehouden dat te zijn, opnieuw aan de voorwaarden van artikel 1 gaat voldoen en dus opnieuw formeel buitenlands wordt.

De eisen van de eerste twee leden te zamen waarborgen dat formeel buitenlandse vennootschappen op het punt van het minimumkapitaal zoveel mogelijk gelijke behandeld worden als bv's. Artikel 178 van boek 2 BW eist dat het maatschappelijk, geplaatst en gestort kapitaal daarvan altijd ten minste het minimumkapitaal bedraagt; de artikelen 203a e.v. van dat boek waarborgen dat het eigen vermogen bij de oprichting ten minste gelijk is aan het gestort kapitaal. Op de gelijke behandeling bestaat één uitzondering. Het minimumkapitaal voor bv's wordt bij tijd en wijle aangepast aan de inflatie. Het verhoogde bedrag heeft niet alleen gevolgen voor nieuwe bv's, maar ook voor de bestaande: zij moeten een reserve aanhouden ter grootte van het verschil tussen het verhoogde minimumkapitaal en het lagere werkelijke kapitaal. Dat brengt mee, dat een bv geen (winst-)uitkeringen kan doen zolang het eigen vermogen niet op het niveau van het verhoogde minimumkapitaal is gekomen. Het wetsvoorstel geeft voor formeel buitenlandse vennootschappen een enigszins afwijkende regeling. Voor vennootschappen die formeel buitenlands worden na een verhoging van het minimumkapitaal, geldt het verhoogde bedrag. Voor vennootschappen die ten tijde van de verhoging al formeel buitenlands zijn, blijft echter beslissend het minimumkapitaal, zoals dit luidde ten tijde dat de vennootschap onder de werking van de wet kwam. De reden hiervoor is dat het wetsvoorstel – in overeenstemming met het uitgangspunt dat niet wordt geraakt aan de interne organisatie in enge zin van de vennootschap – geen regels geeft voor de toelaatbaarheid van uitkeringen aan aandeelhouders. Een verplichting voor de vennootschap om een reserve te vormen zou daarmee in de lucht komen te hangen.

Als waarborg dat de vennootschap ten tijde dat zij formeel buitenlandse vennootschap wordt aan de kapitaals- en vermogenseisen voldoet, verlangt het derde lid dienaangaande een accountantsverklaring, die bij de opgave aan het handelsregister dat de vennootschap formeel buitenlands is, moet worden overgelegd. De verklaring moet betrekking hebben op een tijdstip dat niet eerder ligt dan vijf maanden voor het tijdstip waarop de vennootschap formeel buitenlands is geworden. Deze regeling is ontleend aan de artikelen 204a en 204b van boek 2 BW, die bij inbreng op aandelen in een bv anders dan in geld een accountantsverklaring eisen, die eveneens betrekking mag hebben op een tijdstip dat uiterlijk vijf maanden voor de inbreng valt.

Het vierde lid bevat de sanctie op niet-naleving van de voorschriften van

de eerste drie leden. Zolang daaraan niet is voldaan, zijn de bestuurders naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor alle tijdens hun bestuur verrichte rechtshandelingen waardoor de vennootschap wordt verbonden. Hetzelfde geldt, zolang niet is voldaan aan het voorschrift van artikel 2, eerste lid, om bij het handelsregister opgave te doen dat de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap is. Voor bv's geldt in dergelijke ingevolge 2: 180 lid 2 BW dezelfde sanctie.

Op één punt gaat het vierde lid verder dan de regeling voor bv's: de bestuurders van een formeel buitenlandse vennootschap worden opnieuw hoofdelijk aansprakelijk voor de handelingen van de vennootschap, indien het geplaatste en gestorte kapitaal, nadat het aanvankelijk voldeed aan de minimumkapitaalseis, tot onder het minimumkapitaal wordt verminderd. Een bv kan in die omstandigheden op de voet van artikel 185 van boek 2 BW door de rechter worden ontbonden. Ontbinding door de Nederlandse rechter van een formeel buitenlandse vennootschap stuit echter af op de uit het incorporatiestelsel noodzakelijk voortvloeiende regel dat een buitenlandse vennootschap bestaat totdat haar bestaan overeenkomstig het toepasselijke buitenlandse recht is beëindigd. De sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders naast de vennootschap lijkt mij hier een passend alternatief, dat aansluit op de sanctie die geldt als het minimumkapitaal van aanvang af niet aanwezig is.

De toestand dat het kapitaal van een formeel buitenlandse vennootschap niet meer voldoet aan de minimumkapitaaleisen, kan op verschillende manieren intreden. De meest voor de hand liggende gevallen zijn dat de vennootschap aandelen intrekt of een terugbetaling op aandelen doet. Als door een betaling aan aandeelhouders het eigen vermogen onder het niveau van het minimumkapitaal daalt, is de titel waaronder de betaling plaatsvindt echter niet beslissend. Doet bijvoorbeeld een formeel buitenlandse vennootschap een winstuitkering, met als gevolg dat het eigen vermogen tot minder dan het minimumkapitaal afneemt, dan kan dat worden beschouwd als een ongeoorloofde vermindering van het gestorte kapitaal, die tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders leidt.

De hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders kan alleen bestaan voor de tijd dat de vennootschap formeel buitenlands is. Als de vennootschap ophoudt aan de voorwaarden van artikel 1 te voldoen, zijn de bestuurders voor nadien verrichte rechtshandelingen niet aansprakelijk. De aansprakelijkheid voor handelingen, die zijn verricht in de periode dat de vennootschap nog wel aan de voorwaarden voldeed, eindigt vanzelfsprekend niet. Mocht de vennootschap, nadat zij is opgehouden formeel buitenlandse te zijn, dat opnieuw worden, dan treedt artikel 4, vierde lid, opnieuw in werking en zijn de bestuurders, zo de door artikel 2 vereiste opgave bij het handelsregister niet opnieuw wordt gedaan of de voorschriften van de eerste drie leden van artikel 4 niet zijn nageleefd, voor vervolgens verrichte rechtshandelingen opnieuw hoofdelijk aansprakelijk.

De vraag of bestuurders van een vennootschap ingevolge het vierde lid hoofdelijk aansprakelijk zijn, zal in een concreet geval uiteindelijk door de rechter moeten worden beantwoord. Zo kan zij aan de orde komen in een gerechtelijke procedure tussen een bestuurder enerzijds en een schuldeiser van de vennootschap of, in voorkomend geval, de curator van de gefailleerde vennootschap anderzijds. In beginsel zullen de laatsten moeten bewijzen dat aan alle voorwaarden voor hoofdelijke aansprakelijkheid is voldaan, derhalve dat de vennootschap puur formeel buitenlandse is en dat aan ten minste een van de voorschriften omtrent opgave en minimumkapitaal en -vermogen niet is voldaan. Wat de laatstbedoelde voorschriften betreft zal het bewijs doorgaans niet zeer moeilijk te leveren zijn: of de vennootschap de door artikel 2, eerste lid, vereiste opgave bij het handelsregister heeft gedaan en daar in artikel 4, derde lid, bedoelde

accountantsverklaring heeft neergelegd, kan eenvouding worden vastgesteld en de omvang van het kapitaal en het eigen vermogen van de vennootschap zullen doorgaans blijken uit de jaarstukken. Het bewijs dat de vennootschap formeel buitenlands is, kan in de eerste plaats worden geleverd door te wijzen op de opgave van artikel 2. Als de vennootschap zelf bij het handelsregister heeft geregistreerd dat zij formeel buitenlands is, is nader bewijs op dat punt onnodig. Ontbreekt de opgave – in strijd met de wet – echter, dan zal de wederpartij moeten bewijzen dat de vennootschap aan alle voorwaarden van artikel 1 voldoet. Hoewel in theorie voorstelbaar is dat de wederpartij in een staat van bewijsnood brengt – het negatieve bewijs dat de vennootschap niet in het buitenland werkzaam en geen werkelijke band heeft met de staat van herkomst zal niet altijd eenvoudig te leveren zijn – verwacht ik op dit punt in de praktijk geen grote problemen. Het ligt in de rede dat de rechter, geconfronteerd met een gemotiveerde vordering, waaruit helder naar voren komt dat de vennootschap slechts formeel buitenlands is, van de vennootschap zal verlangen dat zij vervolgens feiten en omstandigheden stelt en zo nodig bewijst, waaruit blijkt dat zij wèl buitenlandse activiteiten ontplooit of wèl een werkelijke band met haar staat van oprichting heeft.

Het vijfde lid bevat een uitzondering voor vennootschappen, waarop de 2de vennootschapsrichtlijn (richtlijn van 13 december 1976 nr. 77/91/EEG (PbEG L 26)) van toepassing is. Deze richtlijn, waarbij onder meer de kapitaalregels voor naamloze vennootschappen zijn geharmoniseerd, sluit uit dat op naamloze vennootschappen uit andere EG-lid-staten de kapitaal- en vermogensregels van artikel 4 van het wetsvoorstel worden toegepast. Zij zijn uitsluitend onderworpen aan het voor hen geldende – geharmoniseerde – nationale recht.

Artikel 5

Het eerste lid van dit artikel verklaart artikel 10 van Boek 2 BW op puur formeel buitenlandse vennootschappen van toepassing en verplicht de bestuurders aldus een boekhouding bij te houden en deze gedurende tien jaren te bewaren. Het tweede lid schrijft voor dat de bestuurders jaarlijks een jaarrekening en een jaarverslag opmaken. In overeenstemming met wat voor bv's geldt, moeten deze jaarstukken voldoen aan de eisen van titel 9 van boek 2 BW, waarmee wordt gewaarborgd dat zij vergelijkbaar zijn met de jaarstukken van Nederlandse vennootschappen. Voor het geval dat de jaarstukken niet aan titel 9 voldoen, opent artikel 999 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de mogelijkheid dat iedere belanghebbende bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam vordert dat de jaarstukken in overeenstemming met de wet worden gewijzigd. Voor zover de overtreding van de voorschriften van titel 9 (bijvoorbeeld de vereisten van accountantscontrole en van openbaarmaking) met straf bedreigd is, geldt dat ook ten aanzien van formeel buitenlandse vennootschappen; artikel 9 van het wetsvoorstel voorziet daarin. De jaarstukken moeten worden opgemaakt binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, met dien verstande dat die termijn, in overeenstemming met wat artikel 210 van boek 2 BW voor bv's bepaalt, met ten hoogste vijf maanden kan worden verlengd in geval van bijzondere omstandigheden. Voor de verlenging is een bevoegd genomen besluit vereist. Het op de formele rechtspersoon toepasselijke buitenlandse recht bepaalt welk vennootschapsorgaan tot het nemen van het besluit bevoegd is. De jaarstukken moeten overeenkomstig de regels van titel 9 van boek 2 openbaar worden gemaakt door neerlegging bij het Handelsregister. Deze verplichting staat naast die van artikel 15d Handelsregisterwet om de naar het eigen recht van de vennootschap opgemaakte jaarrekening ter inzage te leggen.

Het derde lid bevat opnieuw een uitzondering voor vennootschappen uit andere EG-lid-staten. De geharmoniseerde regels die de 4de en de 7de

vennootschapsrichtlijn (richtlijnen van 25 juli 1978 nr. 78/660/EEG (PbEG L 222) en van 13 juni 1983 nr. 83/349/EEG (PbEG L 193)) geven voor de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening, verhinderen dat van EG-vennootschappen wordt verlangd dat zij andere jaarstukken opmaken dan die, welke ingevolge hun nationale recht al verplicht zijn. Omdat het vennootschapsrecht op dit punt is geharmoniseerd, is het ook niet bezwaarlijk dat formeel buitenlandse vennootschappen uit andere EG-lid-staten wat hun jaarstukken betreft van de eisen van de voorgestelde regeling vrijgesteld blijven.

Van een andere richtlijn heeft de Commissie vennootschapsrecht zich de vraag gesteld of het wetsvoorstel er wel mee in overeenstemming is. Het gaat om de 11de vennootschapsrichtlijn (richtlijn van 21 december 1989 nr. 89/666/EEG (PbEG L 395)). Zij beantwoordt die vraag bevestigend. Die richtlijn verbiedt de lid-staten in het algemeen om bij inschrijving in het handelsregister van vestigingen van naamloze en besloten vennootschappen uit een andere lid-staat meer gegevens te verlangen dan in artikel 2 van de richtlijn zijn opgesomd. De opsomming omvat niet een accountantsverklaring, waarvan de nederlegging door artikel 4, derde lid, van het wetsvoorstel wordt geëist. De richtlijn stelt voorts beperkingen aan wat op het punt van het deponeren van jaarstukken van buitenlandse vennootschappen kan worden verlangd. De vraag zou kunnen rijzen hoe het wetsvoorstel zich op die onderdelen tot de 11de richtlijn verhoudt. De commissie wijst er terecht op dat de richtlijn niet beoogt het internationaal privaatrecht van de lid-staten te harmoniseren. Zij staat er niet aan in de weg dat de lid-staten op buitenlandse vennootschappen die op hun grondgebied hun hoofdbestuur hebben het stelsel van de werkelijke zetel toepassen. Dan, aldus de commissie, valt niet in te zien dat de richtlijn de lid-staten die het incorporatiestelsel hanteren, zou verbieden regels te geven die neigen in de richting van het stelsel van de werkelijke zetel met het oogmerk oneigenlijk gebruik van het incorporatiestelsel tegen te gaan. Het wetsvoorstel kan daarom, zo meent de commissie, de toets aan de 11de richtlijn doorstaan. Deze opvatting onderschrijf ik.

Artikel 6

Dit artikel verklaart de artikelen 249 en 260 van boek 2 BW van overeenkomstige toepassing. Die verbinden aan het openbaar maken van misleidende jaarstukken of tussentijdse cijfers hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders en commissarissen voor schade die derden dientengevolge leiden. Deze sanctie zal dus ook gelden voor bestuurders van formeel buitenlandse buitenlandse vennootschappen, die misleidende cijfers publiceren.

Artikel 7

De handhaving en daarmee de afschrikwekkende werking van de voorgestelde regeling zouden illusoir kunnen worden gemaakt, als de gebruikers van formeel buitenlandse vennootschappen zich aan verplichtingen en de sancties van het wetsvoorstel, in het bijzonder die van de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders, konden onttrekken door buitenlandse bestuurders te benoemen, waarop het Nederlandse recht geen greep heeft. Artikel 7 bepaalt daarom dat voor de toepassing van de wet degenen die met de dagelijkse leiding van de onderneming van de vennootschap zijn belast, met de bestuurders worden gelijkgesteld.

Artikel 8

Artikel 8 geeft twee regels voor het geval het wetsvoorstel waarbij de bestaande Handelsregisterwet wordt vervangen (Kamerstukken 23 970)

niet in werking is getreden op het tijdstip, waarop de onderhavige wet in werking treedt.

Onderdeel a geeft voor dit geval een tijdelijk regeling omtrent de tot inschrijving van formeel buitenlandse vennootschappen geroepen Kamer van Koophandel, die aansluit bij de huidige Handelsregisterwet. De regeling treedt in de plaats van artikel 2, tweede lid, dat al op de nieuwe Handelsregisterwet is toegesneden. De regeling van onderdeel a zal tijdelijk gelden, totdat de nieuwe Handelsregisterwet in werking treedt.

Onderdeel b bevat een wijziging van artikel 12 van de huidige Handelsregisterwet. Dat artikel stelt regels die mede van toepassing zijn op ondernemingen die toebehoren aan formeel buitenlandse vennootschappen. Aan het artikel wordt een lid toegevoegd waarin, in aansluiting op artikel 2 van de regeling, de verplichting wordt opgenomen om aan het handelsregister op te geven dat de vennootschap waaraan de onderneming toebehoort een vennootschap is als bedoeld in artikel 1, en om daarbij de oprichtingsakte en de geldende statuten te deponeren. Onder de werking van de nieuwe Handelsregisterwet zal deze materie geregeld worden bij algemene maatregel van bestuur.

Artikel 9

De artikelen 342 en 343 Wetboek van Strafrecht maken niet-naleving van de boekhoudverplichtingen en van de bewaarplichten met betrekking tot boekhoudkundige bescheiden uit hoofde van de artikelen 10 van boek 2 en 15a van boek 3 BW in bepaalde omstandigheden tot een strafbaar feit. Nu in artikel 5 lid 1 van het wetsvoorstel – door verwijzing naar artikel 10 van boek 2 BW – een boekhoud- en bewaarplicht voor formeel buitenlandse rechtspersonen is opgenomen, ligt het in de rede de sanctie van de artikelen 342 en 343 WvS tot die verplichting uit te breiden.

Artikel 10

Onderdeel a waarborgt dat, voor zover op overtreding van bepalingen van titel 9 van Boek 2 BW een strafsanctie is gesteld, deze ook op formeel buitenlandse vennootschappen kan worden toegepast. Onderdeel b bestempelt niet-naleving van de geboden om op geschriften de nodige gegevens te vermelden tot een economisch delict. Dat geldt op grond van artikel 1, onder 4°, Wet op de economische delicten al voor bv's.

Artikel 11

Dit artikel regelt het overgangsrecht. Het uitgangspunt daarvan is, dat de nieuwe regeling onverkort van toepassing moet zijn op bestaande formeel buitenlandse rechtspersonen. De regeling beoogt vennootschappen te treffen, die overwegend worden gebruikt om dwingend Nederlands recht te ontgaan. Dat is niet een rechtens te respecteren belang. Ik meen dat zulke vennootschappen, die aanvankelijk in de gelegenheid zijn geweest om van een tekortkoming in de Nederlandse wet gebruik te maken, er geen aanspraak op kunnen maken daarmee tot in lengte van dagen te mogen voortgaan. Dat laat onverlet dat deze vennootschappen – en, waar het gaat om het bijeenbrengen van het voorgeschreven eigen vermogen, hun aandeelhouders – een zekere termijn moet worden gegund om aan de nieuwe regeling te voldoen. Artikel 11 voorziet in een termijn van drie maanden. Dat lijkt mij redelijk.

De Minister van Justitie,
W. Sorgdrager