

Vergaderjaar 2003–2004

**29 524**

## **Wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen**

**Nr. 5**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 16 februari 2004 en het nader rapport d.d. 14 april 2004, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 16 januari 2004, no. 04.000146, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, met memorie van toelichting.*

*De Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (hierna: WFBV) beoogt oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen te bestrijden, ontwijking van dwingende regels van Nederlands recht te voorkomen en schuldeisers te beschermen. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in de uitspraak van 30 september 2003 in zaak C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd. geoordeeld dat de WFBV in strijd is met het EG-Verdrag wegens beperking van de vrijheid van vestiging. Het wetsvoorstel beoogt de WFBV in overeenstemming te brengen met Europese regelgeving. De Raad van State kan zich met het wetsvoorstel verenigen maar maakt daarbij opmerkingen ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 7 WFBV en het op de hoogte brengen van ondernemingen die blijkens eerdergenoemde uitspraak onnodig als formeel buitenlandse vennootschappen geregistreerd staan. Hij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 16 januari 2004, nr. 04 000146, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 16 februari 2004, nr. W03.04 0039/1 bied ik U hierbij aan.

De Raad van State adviseert om het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat aandacht is geschonken aan de opmerkingen van de Raad van State.

*1. In artikel I, onderdeel A, wordt voorgesteld aan artikel 1 WFBV een tweede lid toe te voegen waarin wordt bepaald dat met uitzondering van artikel 6 de WFBV niet van toepassing is op vennootschappen waarop het recht van toepassing is van een der lidstaten van de Europese Unie of van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische ruimte van 2 mei 1992 (hierna: EU- en EER-vennootschappen). Artikel 6 verwijst naar de artikelen 249 en 260 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW); deze*

*artikelen zien op de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor misleidende financiële verslaggeving. Niet duidelijk is waarom naast artikel 6 niet ook artikel 7 van toepassing is verklaard op EU- en EER-vennootschappen. Artikel 7 stelt de degenen die met de dagelijkse leiding van de aan de vennootschap verbonden onderneming zijn belast gelijk met de bestuurders van de vennootschap.*

*De Raad adviseert nader toe te lichten waarom artikel 7 niet tevens van toepassing is verklaard op EU- en EER-vennootschappen en daarbij ook te betrekken de verhouding tot artikel 2:261 BW betreffende het verrichten van bestuurshandelingen door andere personen dan bestuurders.*

1. Het toepassen van artikel 7 op niet-Nederlandse EU- en EER-vennootschappen zou tot gevolg hebben dat deze vennootschappen worden benadeeld ten opzichte van vergelijkbare Nederlandse vennootschappen. Op grond van artikel 7 kunnen bij een formeel buitenlandse vennootschap de bestuurders en commissarissen, alsmede al diegenen die zijn belast met de dagelijkse leiding aansprakelijk worden gesteld voor onder andere het geven van een misleidende voorstelling in de jaarrekening. In artikel 7 gaat het dan om bedrijfsleiders die onder verantwoordelijkheid van de bestuurders in Nederland werkzaam zijn (Kamerstukken I, 1997–1998, 24 139 en 24 141, nr. 61 a, blz. 4). Bij Nederlandse vennootschappen geldt de aansprakelijkheid behalve voor de bestuurders en commissarissen slechts voor anderen die krachtens de statuten of een besluit van de algemene vergadering daden van bestuur verrichten (artikel 2:261 BW). Een voorbeeld van daden van bestuur krachtens de statuten is vervanging in geval van belet of ontstentenis van een bestuurder (artikel 2:244, vierde lid, BW). In de praktijk wordt de bestuurder meestal vervangen door een commissaris, maar aanwijzing van een derde is toegestaan. Een voorbeeld van daden van bestuur krachtens besluit van de algemene vergadering is vertegenwoordiging in geval van tegenstrijdig belang (artikel 2:256 BW). Het criterium van de dagelijkse leiding in artikel 7 is dus ruimer dan het criterium in artikel 2: 261 BW. Discriminatoire maatregelen zijn vanuit de regels inzake de vrije vestiging in beginsel niet toegestaan. Artikel 7 wordt daarom niet van toepassing verklaard op formeel buitenlandse vennootschappen uit de EU of de EER.

Derden die schade lijden als gevolg van een misleidende jaarrekening van dergelijke vennootschappen, zullen zich kunnen verhalen op de statutaire bestuurder of commissaris. De identiteit van deze personen kan worden achterhaald via het handelsregister.

Er is echter geen beletsel om artikel 2:261 BW van toepassing te verklaren op alle formeel buitenlandse vennootschappen. Dit heeft het voordeel dat, op gelijke wijze als bij Nederlandse vennootschappen, degene die bij een formeel buitenlandse vennootschap daden van bestuur verricht krachtens de statuten of een besluit van de algemene vergadering, aansprakelijk kan worden gesteld voor de gevolgen van een misleidende jaarrekening. Artikel 6 is in deze zin aangepast.

*2. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.*

2. Naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie hebben de Kamers van Koophandel hun beleid aangepast, in die zin dat de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen niet langer wordt toegepast op vennootschappen die worden beheerst door het recht van een lidstaat van de EU of een Staat die partij is bij de EER-overeenkomst. De Kamers van Koophandel zullen de desbetreffende vennootschappen ervan in kennis stellen dat zij niet langer onder de werkingssfeer van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen vallen.

3. De redactionele kanttekeningen van de Raad zijn overgenomen.

*De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,  
J. P. H. Donner

**Bijlage bij het advies van de Raad van State van 16 februari 2004, no. W03.04.0039/I met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.**

- In de Considerans de woorden «als gevolg van de uitleg die het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen heeft gegeven aan de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in» vervangen door: teneinde deze in overeenstemming te brengen met.
- In het onderdeel Artikel I, onderdeel B van de memorie van toelichting het kopje «*Artikel II*» na de eerste paragraaf verwijderen.
- In de memorie van toelichting de uitleg bij Artikel II verwijderen dan wel eraan toevoegen dat de wet zo spoedig mogelijk in werking dient te treden.