

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)**

**B**

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

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 3 oktober 1994 en het nader rapport d.d. 4 april 1995, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 8 november 1993, no. 93.009047, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting, houdende 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 kapitaalvennootschappen).*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 8 november 1993, nr. 93.0009047, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 3 oktober 1994, nr. W03.93.0731, bied ik U hierbij aan.

*1a. Het wetsvoorstel heeft blijkens de eerste alinea van het algemene gedeelte van de memorie van toelichting tot strekking bepaalde regels van het Nederlandse recht voor besloten vennootschappen (bv's) toe te passen op vergelijkbare buitenlandse rechtspersonen die overwegend met de Nederlandse rechtsfeer zijn verbonden en uitsluitend formeel als buitenlandse rechtspersoon bestaan. Het doel is het optreden van dergelijke rechtspersonen tegen te gaan. Het voorstel beoogt, zo blijkt uit de tweede alinea van het algemeen deel van de toelichting, te verhinderen dat dwingende regels van Nederlands vennootschapsrecht buiten toepassing blijven wanneer een Nederlandse ondernemer die zijn Nederlandse onderneming in een vennootschap wil onderbrengen daarvoor een buitenlandse vennootschap kiest.*

*De Raad van State acht het wenselijk dat in de toelichting nader wordt ingegaan op de opportuniteit van het wetsvoorstel, gegeven deze beperkte doelstelling.*

*b. De Raad constateert dat de aanhef van het wetsvoorstel, evenals artikel 1, spreekt van «naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen» zonder de in de toelichting aangeduide beperking tot die kapitaalvennootschappen die met de bv vergelijkbaar zijn. Wetttekst en toelichting dienen met elkaar in overeenstemming te worden gebracht.*

Voor wat betreft de beperking van het wetsvoorstel tot met de b.v. vergelijkbare buitenlandse kapitaalvennootschappen verwijst de toelichting naar het advies van de Commissie vennootschapsrecht en naar het feit dat de ondertekenaars van het voorstel niet is gebleken van «oneigenlijk gebruik» van het incorporatiestelsel door oprichting van buitenlandse coöperaties, onderlinge verenigingen of stichtingen.

De Raad acht die argumentatie als grondslag voor deze beperking niet zeer overtuigend, in aanmerking genomen dat elders in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de omvang van het oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen niet heel groot is, terwijl desondanks en ter rechtvaardiging van het voorstel wordt aangevoerd dat er aanleiding is thans, nu het oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen nog beperkt is, daarop een wettelijke rem te zetten.

In het licht van de in de toelichting geconstateerde nauwe samenhang met het gelijktijdig in te dienen wetsvoorstel conflictenrecht corporaties ± waarover de Raad heden eveneens advies uitbrengt (no.W03.93 0726) ± zou het naar de mening van het college vanuit het kennelijk ook door de regering gehuldigde oogpunt van preventie in de rede liggen het onderhavige wetsvoorstel niet tot de buitenlandse equivalenten van de bv te beperken, maar te doen gelden voor alle rechtspersoonlijkheid bezittende corporaties als bedoeld in de Wet conflictenrecht corporaties dan wel tot de rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die vallen onder het daarin gehuldigde corporatiebegrip. Het college geeft de afbakening van het wetsvoorstel in voormelde, ruimere zin in overweging. Bij handhaving van de beperking tot met de b.v. vergelijkbare kapitaalvennootschappen dient te worden aangegeven of naamloze vennootschappen naar Nederlands en Antilliaans recht, nu in dat recht er geen onderscheid bestaat tussen nv en bv, als zodanig worden aangemerkt.

c. Het algemeen deel van de toelichting vermeldt dat het wetsvoorstel beoogt «oneigenlijk gebruik tegen te gaan van de vrijheid die het incorporatiestelsel ondernemers biedt» en constateert voorts dat er goede redenen kunnen bestaan voor de keuze een buitenlandse rechtspersoon in Nederland te bezigen zodat er geen reden is dergelijk gebruik aan banden te leggen. Het doel misbruik of oneigenlijk gebruik te voorkomen van de toepasselijkheid van het incorporatiestelsel op buitenlandse kapitaalvennootschappen, valt in de voorgestelde wettekst evenwel niet te lezen. De Raad acht dit ± daargelaten de vraag of het ontbreken van een dergelijk onderscheid vanuit het Europees-rechtelijk oogpunt aanvaardbaar is (het college komt bij punt 5 van dit advies hierop terug) ± niet wenselijk. Zonder nadere nuancering in artikel 1, onder b, kan immers de onjuiste indruk ontstaan dat het niet hebben van een werkelijke band met de staat naar welks recht de vennootschap is opgericht oneigenlijk gebruik van een dergelijke vennootschap impliceert of doet vermoeden.

De voorgestelde redactie van genoemd onderdeel houdt bovendien geen rekening met het feit dat het niet hebben van een werkelijke band met de staat van oprichting zeer wel gepaard kan gaan met een volkomen aanvaardbare band met één of meer andere staten dan Nederland, in welk geval er geen reden is een dergelijke rechtspersoon vanuit Nederlands oogpunt als formeel buitenlands aan te merken. Het college beveelt aanpassing aan van artikel 1. Voorts dient in de memorie van toelichting het begrip «werkzaamheid» in het in artikel 1, onder a, neergelegde criterium nader te worden toegelicht. Duidelijk dient te zijn of als «formeel» buitenlandse kapitaalvennootschappen gelden de door buitenlands recht beheerste en de elders gevestigde houdster-vennootschappen van welke de werkzaamheid vrijwel uitsluitend bestaat uit het houden van aandelen in Nederlandse dochtermaatschappijen, waarbij het mogelijkerwijs verschil maakt of die dochtermaatschappijen zelf fungeren als werkmaatschappijen dan wel als tussenholding voor buitenlandse (werk)maatschappijen. Aangegeven dient te worden welke werkzaamheden er niet onder vallen. Met name dient de vraag beantwoord te worden of weinig feitelijke werkzaamheden van een holding gerekend worden tot de werkzaamheden die geheel of nagenoeg geheel in Nederland worden verricht.

Eveneens behoeft verduidelijking of onder de werking van de wet vallen de buitenlandse kapitaalvennootschappen die zich ten doel stellen of zich in feite slechts bezighouden met de financiering van ondernemingen die in Nederland zijn gevestigd of vrijwel uitsluitend in Nederland hun bedrijfsactiviteiten uitoefenen.

1a. Het wetsvoorstel is ingegeven door de noodzaak tijdig een rem te zetten op de toename van het aantal formeel buitenlandse vennootschappen. In memorie van toelichting is aangegeven dat bij de Kamers van Koophandel waarnaar de Economische Controledienst in 1991 een gedetailleerd onderzoek had gedaan, het aantal ingeschreven Engelse limited companies in de voorafgaande twee jaar zo goed als verdubbeld was en dat het aantal ingeschreven Delaware corporations zelf was toegenomen met meer dan een factor twee. Het totaal aantal bij de Kamers van Koophandel ingeschreven aantal buitenlandse rechtspersonen is sindsdien nog belangrijk gestegen. Mijn indruk  $\pm$  onder meer op grond van signalen van de Kamers van Koophandel  $\pm$  is dat die toename mede is toe te schrijven aan een toenemend gebruik van formeel buitenlandse rechtspersonen. Er is derhalve sprake van een in absolute en relatieve  $\pm$  afgezet tegen het totaal aantal nv's en bv's  $\pm$  aantallen gemeten nog beperkt, maar door een forse stijging desalniettemin veront-rustend en daarmee tot ingrijpend nopen gebruik van formeel buitenlandse vennootschappen. De bestrijding daarvan, waartoe het wetsvoorstel strekt, zie ik niet als een beperkt, maar als een belangrijk doel. Het gaat erom het Nederlandse vennootschapsrecht en de dwingendrechtelijke regels die door de wetgever zijn gesteld ter bescherming van de bij de vennootschap betrokkenen, te behoeden voor afbraak langs oneigenlijke weg en met oneigenlijke middelen. In de memorie van toelichting is aan de verdere toename van het bij het handelsregister ingeschreven aantal buitenlandse vennootschappen aandacht besteed.

1b. In zijn Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap zet prof. mr W. C. L. van der Grinten uiteen waarin kapitaalvennootschap en personenvennootschap zich onderscheiden. Als een wezenskenmerk van de kapitaalvennootschap noemt hij de beperkte aansprakelijkheid van de vennoten; hun plicht tot samenwerking is in beginsel beperkt tot die van storting. Het is ook deze beperkte aansprakelijkheid die de kapitaalvennootschap maakt tot een aantrekkelijke rechtsvorm voor de  $\pm$  immers niet van risico's ontblote  $\pm$  ondernemingswijze deelname aan het economisch verkeer.

In Nederland heeft de kapitaalvennootschap zich tot twee rechtsvormen ontwikkeld: de nv en de bv. In andere landen zijn soortgelijke rechtsvormen ontstaan, die nu eens sterk met de nv of bv overeenstemmen, maar soms ook belangrijke verschillen vertonen. Over de vraag of zulke verschillende vennootschappen daarmee ophouden met nv of bv vergelijkbaar te zijn, hangt af van de gekozen invalshoek. Naarmate een striktere maatstaf wordt aangelegd, zal van vergelijkbaarheid minder snel sprake zijn. Een fundamenteel punt van overeenstemming blijft echter dat het immer gaat om kapitaalvennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Het is in die zin dat de opmerkingen in de memorie van toelichting over de vergelijkbaarheid van buitenlandse kapitaalvennootschap met de bv zijn bedoeld. Er is een ruimhartig criterium gebruikt, dat inhoudt dat elke buitenlandse rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap met de bv vergelijkbaar is. Om deze gedachtengang beter tot uitdrukking te brengen, is de toelichting verduidelijkt.

Uit het voorgaande volgt reeds dat het wetsvoorstel zijn pijlen niet uitsluitend richt op kapitaalvennootschappen die in alle opzichten met de Nederlandse bv overeenstemmen, maar daarentegen op alle kapitaalvennootschappen, waarvan de met bv vergelijkbare slechts een deelverzameling vormen. Het wetsvoorstel spoort in dat opzicht met de door de Raad voorgestelde lijn dat de toepasselijkheid zich moet uitstrekken over alle rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die vallen onder het corporatiebegrip van het wetsvoorstel conflictenrecht corporaties. Een verdere verbreding, die de Raad alternatief in overweging geeft, tot alle corporaties in de zin van het wetsvoorstel conflictenrecht corporaties, acht ik thans niet opportuun. Zoals hierboven onder 1a al is uiteengezet, is het oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen weliswaar beperkt, maar er tekent zich wel een zorgelijke toename af. Het wetsvoorstel strekt ertoe die toename om te buigen. Van een tot verontrusting aanleiding gevende verbreding van het oneigenlijk gebruik naar andere rechtsvormen dan kapitaalvennootschappen blijkt niet.

1c. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel conflictenrecht corporaties is uiteengezet, dat het gebruik van de term «misbruik» in het kader van het onderhavige wetsvoorstel tot verwarring aanleiding kan geven. Het misverstand kan ontstaan dat bij zulk misbruik, of oneigenlijk gebruik, moet worden gedacht aan de gevallen die in een nationale context worden bestreden met de drie misbruikwetten. Gevallen derhalve waarin degenen die door een onbehoorlijk beleid in de nv of bv derden nadeel hebben toegebracht, zich achter de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap verschuilen, om aldus hun persoonlijk winst te vrijwaren van gerechtvaardigde aanspraken van die derden om hun schade vergoed te krijgen.

Ook formeel buitenlandse vennootschappen kunnen zich lenen voor misbruik in de hiervoor uiteengezette betekenis. Het wetsvoorstel draagt bij aan de bestrijding daarvan, in het bijzonder door de minimumkapitaalregels en de jaarrekeningvoorschriften van toepassing te verklaren. Dit misbruik is voorts langs andere wegen aangepakt. Zo gelden de drie misbruikwetten al sinds hun invoering ook voor formeel buitenlandse rechtspersonen. Ook het buitenlandse recht waaraan de vennootschap onderworpen is, kan belangrijke wapens tegen misbruik in de hier bedoelde betekenis bevatten, bijvoorbeeld in de vorm van een vergaande doorbraak van aansprakelijkheid in gevallen waarin door wanbestuur schuldeisers onbetaald achterblijven.

Het is echter niet dit misbruik waartegen het wetsvoorstel zich primair richt. De strekking is breder. Het gaat in het voorstel niet in eerste instantie om de subjectieve bedoeling van degene die zich van een formeel buitenlandse vennootschap bedient. Centraal staat de vraag waar, naar objectieve maatstaven gemeten, de grenzen van een aanvaardbare toepassing van het incorporatiestelsel moeten worden getrokken. De vrijheid die aan dat stelsel ten grondslag ligt, mag niet zo onbeperkt worden opgevat dat alle gebruik van buitenlandse rechtsvormen in Nederland zonder meer moet worden toegelaten. De grens wordt naar mijn overtuiging bereikt, waar een buitenlandse vennootschap die door zijn werkzaamheden hier te verrichten nauw met Nederland verbonden is, geen werkelijke band met de staat van oprichting vertoont. De integriteit van het Nederlandse vennootschapsrecht vergt in dat geval dat de vrijheid van rechtskeuze die in het incorporatiestelsel besloten ligt, aan banden wordt gelegd door de vennootschap te onderwerpen aan belangrijke dwingendrechtelijke bepalingen van Nederlands recht waaraan zij anders zonder goede grond zou ontkomen.

Om deze redenen is, zoals de Raad met juistheid opmerkt, in de omschrijving van het toepassingsbereik van het wetsvoorstel geen uitdrukkelijke verwijzing naar misbruik of oneigenlijk gebruik te lezen. De subjectieve opzet van misbruik bij degene die zich van een formeel buitenlandse vennootschap bedient, doet immers niet ter zake. De objectieve toets van het bestreden gebruik ligt besloten in de omschrijving van formeel buitenlandse vennootschap. Ontbreekt een werkelijke band met de staat van oprichting, dan is er ook geen objectieve rechtvaardiging het recht van die staat in alle opzichten op het nationale recht te laten voorgaan. Dat de vennootschap haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht, geeft een nauwe verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer aan, die rechtvaardigt dat bepaalde dwingende Nederlandse regels op de vennootschap toepassing vinden. Het wetsvoorstel regelt om welke regels het gaat.

Om deze reden ook is het wetsvoorstel, anders dan de Raad aanbeveelt, mede van toepassing op vennootschappen die weliswaar geen band hebben met de staat van oprichting, maar wel met een ander (buiten-)land. Ook in dat geval geldt dat er geen aansprekende reden is van het recht van de staat van oprichting volledig te laten voorgaan op de dwingende Nederlandse bepalingen. In het bestaan van een werkelijke band met een ander land kan zo'n reden immers niet gelegen zijn. Mogelijk is die band voor het andere land eveneens aanleiding om eigen vennootschappelijke regels op de vennootschap toe te passen, maar dat mag voor de de Nederlandse wetgever geen reden zijn eigen ingrijpen achterwege te laten. Vanuit onze nationale invalshoek is slechts van belang dat niet alleen een werkelijke band met de staat van oprichting ontbreekt, maar dat tevens de werkzaamheden van de vennootschap geheel of nagenoeg geheel in Nederland plaatsvinden. Dat is een voldoende en dwingende reden de vennootschap aan de in het wetsvoorstel bedoelde nationale vennootschapsrechtelijke regels te onderwerpen.

Of een buitenlandse houdstermaatschappij onder de werking van het wetsvoorstel valt als haar activiteit zich beperkt tot het houden van aandelen in een of meer Nederlandse tussenholdings of werkmaatschappijen, zal afhangen van de plaats waar de werkzaamheden in verband met die activiteit worden verricht. Daarbij zal in het algemeen doorslaggevend zijn waar de vennootschap daadwerkelijk kantoor houdt, dat wil zeggen op welke plaats haar administratie wordt gehouden, en haar bestuur en commissarissen ter bepaling van het beleid van de vennootschap bijeenkomen. Voor buitenlandse financieringsmaatschappijen geldt hetzelfde.

*2. De artikelen 4 en 5 van het wetsvoorstel worden van toepassing op bepaalde vennootschappen, waarop het recht van één van de lid-staten van de Europese Unie en bepaalde vennootschapsrichtlijnen van de Raad van de Europese Gemeenschappen van toepassing zijn. De Raad heeft zich de vraag gesteld of de uitzonderingen die het wetsvoorstel maakt voor vennootschappen die worden geregeerd door het recht van een lid-staat van de Europese Unie niet verder moeten strekken dan nu wordt voorgesteld.*

*Het toepassen van eigen vennootschapsrecht op kapitaalvennootschappen uit andere lid-staten van de Europese Unie is, wanneer het om voorschriften gaat die door vennootschapsrichtlijnen van de EG zijn geharmoniseerd, in strijd met die richtlijnen. Voor zover het recht niet is geharmoniseerd, zijn de voorschriften niet in strijd met de vrijheid van vestiging, mits terecht een beroep wordt gedaan op artikel 56 van het EG-Verdrag. De vrijheid tot oprichting en instandhouding van ondernemingen en nevenvestigingen in een andere lid-staat (artikel 52 van het EG-Verdrag) komt immers toe aan vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lid-staat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben (artikel 58 van het EG-Verdrag).*

*Hetgeen hierna over het vrije verkeer van vennootschappen binnen de EG wordt gezegd, geldt eveneens voor het optreden van vennootschappen binnen de EER.*

*Ook formeel buitenlandse vennootschappen, mits opgericht overeenkomstig de eisen van artikel 58, profiteren van de vrijheid van vestiging. Dit volgt uit het Segers-arrest (HvJEG, Segers (79/85), Jur.1986, 2375) waarin het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen overwoog dat de zetel in artikel 58 de functie heeft de verbondenheid met de rechtsorde van een bepaalde lid-staat vast te stellen, zoals de nationaliteit dat doet bij natuurlijke personen (r.o. 13). Als aan de eisen van artikel 58 is voldaan, dan is de omstandigheid dat uitsluitend in de andere lid-staat economische activiteiten worden verricht van geen belang voor de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging.*

*Artikel 56 laat binnen zekere grenzen een bijzondere regeling toe voor vennootschappen, die overeenkomstig het recht van een andere lid-staat zijn opgericht, op voorwaarde dat die regeling gerechtvaardigd is uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid (Segers-arrest, r.o. 17). Het Hof van Justitie heeft in het Segers-arrest aangegeven dat fraudebestrijding in bepaalde omstandigheden grond kan opleveren voor een gedifferentieerde behandeling (r.o. 17). Het begrip openbare orde heeft in artikel 56 overigens een andere inhoud dan de openbare orde in het internationaal privaatrecht. De op artikel 54, tweede lid, van het EG-Verdrag gebaseerde richtlijn nr.64/221/EEG van 25 februari 1964 stelt de voorwaarde dat openbare-ordemaatregelen uitsluitend gerechtvaardigd zijn voor zover gebaseerd op het persoonlijk gedrag van de betrokkene. In het Rutili-arrest (HvJEG, Rutili (36/75), Jur.1975 (1219)), waarin het ging om het vrij verkeer van werknemers en het Hof een nadere uitwerking heeft gegeven aan de richtlijn, gaf het Hof aan dat de term «gerechtvaardigd» in artikel 48, derde lid, van het EG-Verdrag betekent dat er slechts ruimte is voor beperkingen die met het objectieve recht, onder meer het gemeenschapsrecht, in overeenstemming zijn (r.o. 23). In materieelrechtelijk opzicht betekent dit volgens het Hof dat nationale maatregelen ter bescherming van de openbare orde gerechtvaardigd zijn, indien een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging van de openbare orde kan worden aangetoond (r.o. 28). Deze jurisprudentie is ook van toepassing op artikel 56 van het EG-Verdrag.*

*Mits de reikwijdte van het wetsvoorstel beperkt wordt tot misbruikmakende kapitaalvennootschappen, zoals in punt 1c van dit advies wordt geadviseerd, en het gaat om vennootschappen die niet onder de vigerende EG-richtlijnen*

vallen, zijn voorschriften die de vrijheid van vestiging belemmeren mogelijk te rechtvaardigen op grond van artikel 56 van het EG-Verdrag.

*Antilliaanse vennootschappen komt op grond van artikel 132, vijfde lid, van het EG-Verdrag een recht van vrije vestiging toe.*

*De uitzonderingen op dit recht zijn behalve op grond van artikel 56 van het EG-Verdrag te rechtvaardigen op grond van het Zesde Toepassingsbesluit dat gebaseerd is op artikel 136 van het EG-Verdrag. Volgens artikel 232b van dat besluit mogen de Nederlandse Antillen tegenmaatregelen nemen als een lid-staat ten aanzien van Antilliaanse vennootschappen het discriminatieverbod van artikel 52 van het EG-Verdrag schendt. Daaruit volgt impliciet dat een lid-staat van artikel 52 van het EG-Verdrag kan afwijken. In de toelichting dient aan de positie van Antilliaanse vennootschappen aandacht besteed te worden.*

*In de memorie van toelichting ware in het algemene deel in te gaan op de verhouding van dit wetsvoorstel tot de Europeesrechtelijke vrijheid van vestiging.*

2. In het Segers-arrest (HvJEG 10 juli 1986, 79/85, Jur. 1986, 2375) was de vraag aan de orde of het EG-Verdrag toelaat dat een wettelijke uitkering bij ziekte wordt onthouden aan de bestuurder van een buitenlandse vennootschap op de enkele grond dat ± in de woorden van het wetsvoorstel ± de vennootschap formeel buitenlands is. Vast stond dat de bestuurder van een Nederlandse vennootschap in overigens gelijke omstandigheden wel een uitkering zou hebben gekregen. Het Hof van Justitie oordeelde dat een dergelijke ongelijke behandeling in strijd kwam met de artikelen 52 en 58 EG-Verdrag.

De Raad leidt uit deze beslissing van het Hof kennelijk af dat de artikelen 52 en 58 de lid-staten in het algemeen verbieden bijzondere regels te stellen, waaraan formeel buitenlandse vennootschappen moeten voldoen. Naar mijn overtuiging geeft de Raad daarmee aan het arrest een te brede strekking. In het na het Segers-arrest gewezen Daily-Mail-arrest (HvJEG 27 september 1988, 81/87, Jur. 1988, 5483) heeft het Hof uitdrukkelijk beslist dat, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, een vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van een lid-staat en die daar haar statutaire zetel heeft, aan de artikelen 52 en 58 EG-Verdrag niet het recht kan ontlenen om haar werkelijke zetel ± het Hof spreekt van «centrale bestuurszetel» ± naar een andere lid-staat te verplaatsen. De genoemde artikelen laten toe dat de lid-staten in dat geval aan de vennootschap nadere voorwaarden stellen. Het is derhalve niet nodig een beroep te doen op artikel 56 EG-Verdrag, maar de lid-staten kunnen ook buiten de nauwe grenzen die dat artikel stelt, regels geven waaraan formeel buitenlandse rechtspersonen moeten voldoen. Het wetsvoorstel past binnen deze benadering. Daar komt bij dat de regels die het geeft er niet toe leiden dat formeel buitenlandse vennootschappen anders worden behandeld dan Nederlandse nv's en bv's, met als gevolg dat zij daarbij worden tenachtgesteld. Integendeel worden formeel buitenlandse vennootschappen en nv's en bv's op dezelfde lijn geplaatst; voor de buitenlandse vennootschappen gaan de wettelijke voorschriften gelden, die voor Nederlandse bv's krachtens Boek 2 BW al van toepassing zijn. Ook in dat opzicht vertoont het wetsvoorstel een wezenlijk verschil met het geval dat in Segers-arrest voorlag. Om deze redenen heb ik het vertrouwen dat het wetsvoorstel de toets der Europeesrechtelijke kritiek kan doorstaan. De benadering die in het wetsvoorstel is gekozen, is ook met ambtenaren van de Europese Commissie besproken op basis van het advies van de Commissie vennootschapsrecht. Deze ambtenaren achtten geen strijd met Europeesrechtelijke verplichtingen aanwezig.

Het wetsvoorstel is van toepassing op vennootschappen die zijn opgericht naar elk ander dan Nederlands recht en geldt derhalve ook voor formeel buitenlandse vennootschappen van de Nederlandse Antillen of Aruba. Zij worden in het wetsvoorstel niet anders behandeld dan andere buitenlandse vennootschappen van binnen of buiten de Europese Unie. Waar het wetsvoorstel de EG-regels omtrent de vrije vestiging respecteert, is de vraag of Antilliaanse of Arubaanse vennootschappen aan artikel 132, vijfde lid, EG-Verdrag een rechtstreekse aanspraak op vrije vestiging ontlenen in het kader van dit wetsvoorstel niet relevant. Zij behoeft hier geen bespreking. Omdat het wetsvoorstel Antilliaanse en Arubaanse vennootschappen op gelijke wijze als andere buitenlandse vennootschappen behandelt, is het ook

niet nodig daaraan in de memorie van toelichting afzonderlijk aandacht te besteden.

*3. Als voorschriften onderwerp zijn geweest van harmonisatie door een EG-richtlijn, levert toepassing van die voorschriften op in andere lid-staten opgerichte vennootschappen die onder de richtlijn vallen strijd met die richtlijn op. Openbaarmakingsverplichtingen voor vennootschappen zijn door middel van verscheidene vennootschapsrichtlijnen op basis van artikel 54, derde lid, onder g, van het EG-Verdrag geharmoniseerd. Op de gevallen waar het wetsvoorstel betrekking op heeft, namelijk rechtspersonen die statutair buiten Nederland zijn gevestigd, maar in Nederland economische activiteiten uitoefenen, is richtlijn nr.89/666/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een lid-staat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen (PbEG L 395) (de elfde vennootschapsrichtlijn) van toepassing. Deze elfde vennootschapsrichtlijn bepaalt wat omtrent de vestiging in Nederland (in de richtlijn: bijkantoor) van een vennootschap uit een andere staat openbaar gemaakt moet worden.*

*De reikwijdte van de elfde vennootschapsrichtlijn strekt zich uit tot bijkantoren van vennootschappen waarop de eerste vennootschapsrichtlijn van toepassing is (artikel 1 van de elfde vennootschapsrichtlijn). Dat zijn de in artikel 1 van die richtlijn genoemde, met de Nederlandse naamloze vennootschap (n.v.) vergelijkbare, vennootschappen.*

*In de memorie van toelichting wordt vervolgens, in navolging van het advies van de Commissie vennootschapsrecht, betoogd dat het wetsvoorstel met deze elfde richtlijn in overeenstemming is, omdat de richtlijn niet beoogt het internationaal privaatrecht van de lid-staten te harmoniseren en er niet aan in de weg zou staan dat lid-staten op buitenlandse vennootschappen die op hun grondgebied hun hoofdbestuur hebben het stelsel van de werkelijke zetel toepassen. De richtlijn zou volgens deze redenering dan ook niet 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. De Raad meent evenwel dat het onderhavige wetsvoorstel wél getoetst moet worden aan de richtlijn die, blijkens de considerans, beoogt het recht van vestiging van de in artikel 58 bedoelde vennootschappen te vergemakkelijken door de coördinatie van waarborgen die in de lid-staten van vennootschappen wordt verlangd om de belangen van zowel aandeelhouders als derden te beschermen, zulks teneinde na te gaan in hoeverre de uitzonderingen in de artikelen 4, derde lid, en 5, vijfde lid, ook op «bijkantoren» als hier bedoeld zouden moeten slaan.*

3. De bemerking van de Raad stelt de vraag aan de orde of het noodzakelijk is in de artikelen 4, derde lid, en 5, vijfde lid, van het wetsvoorstel een verdere uitzondering te maken voor het geval een formeel buitenlandse vennootschap met statutaire zetel in een ander EG-lid-staat in die lid-staat tevens zijn hoofdkantoor, en in Nederland slechts een bijkantoor in de zin van de elfde richtlijn heeft. Mijn overtuiging is dat zo'n uitzondering niet noodzakelijk is. Naast de beschouwingen die in de memorie van toelichting zijn opgenomen over de verhouding tussen het wetsvoorstel en de elfde richtlijn, kan daartoe worden gewezen op de beperkingen in betekenis die aan het begrip «bijkantoor» naar zijn aard verbonden zijn. Bij de implementatie van de elfde richtlijn is er weliswaar van uitgegaan dat ook een hoofdkantoor een «bijkantoor» kan zijn, namelijk in het geval dat een vennootschap het belangrijkste deel van zijn activiteiten niet in haar land van herkomst, maar in een ander land uitoefent, waar dan het hoofdkantoor gevestigd is (zie Kamerstukken II, 1991/92, 22 566, nr. 3). Maar die lijn hoeft niet zover te worden doorgetrokken dat ook in gevallen als die waarop het wetsvoorstel ziet, waarin van een vestiging van enige betekenis in het land van herkomst geen sprake meer is, de Nederlandse vestiging waarin alle of nagenoeg alle werkzaamheden geconcentreerd zijn, als «bijkantoor» in de zin van de richtlijn moet worden beschouwd. De uitzondering die de Raad noemt, ligt derhalve al in het wetsvoorstel besloten.

*4. In enkele artikelen (2, 4 en 11) en in de toelichting wordt gesproken over de «voorwaarden» en «eisen» van artikel 1. Omdat naar de letter artikel 1 slechts een omschrijving van het begrip formeel buitenlandse kapitaalvennootschappen bevat en op zichzelf geen voorwaarden stelt, verdient het*

*aanbeveling artikel 1 als een definitiebepaling te formuleren. De artikelen 2, 4 en 11 en de memorie van toelichting zouden dienovereenkomstig aangepast moeten worden.*

4. Artikel 1 is omgewerkt tot een definitiebepaling. De andere artikelen van het wetsvoorstel zijn daaraan aangepast. Als te definiëren begrip is gekozen voor «formeel buitenlandse vennootschap». In verband daarmee luidt de voorgestelde citeertitel van het de wet thans «Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen» (in plaats van «Wet op de formeel buitenlandse kapitaalvennootschappen»).

*5. De in artikel 2 neergelegde verplichting om opgave te doen dat de vennootschap aan de elementen van artikel 1 voldoet, is voor zover het gaat om vennootschappen waarop het recht van de lid-staten van de Europese Unie van toepassing is, en voorts de tweede, vierde en zevende vennootschapsrichtlijn, in strijd met artikel 52 van het EG-Verdrag.*

*Aan artikel 2 zou derhalve een uitzondering voor zulke vennootschappen moeten worden toegevoegd. Hetzelfde geldt voor de bijkantoren van vennootschappen die onder de eerste richtlijn vallen. Op deze bijkantoren is de elfde richtlijn van toepassing. Deze richtlijn bevat een limitatieve opsomming van akten en gegevens waarvoor een openbaarmakingsplicht moet worden opgelegd (artikel 2 van de elfde richtlijn). De opgave dat de vennootschap waartoe het bijkantoor behoort aan de elementen van artikel 1 van het wetsvoorstel voldoet, behoort daar niet toe. Voor bijkantoren van naar het recht van een andere lid-staat opgerichte vennootschappen die niet onder de werking van de elfde richtlijn vallen, betekent de verplichting om bij inschrijving in het handelsregister opgave te doen dat de vennootschappen aan de voorwaarden genoemd in artikel 1 een op grond van artikel 52 juncto artikel 58 van het EG-Verdrag verboden beperking van de vrijheid van vestiging, voor zover de vereiste registratie in het Nederlandse handelsregister moet worden geacht het functioneren van de vennootschap te belemmeren. Indien evenwel de reikwijdte van het wetsvoorstel beperkt wordt, zoals geadviseerd in punt 1c van dit advies, rechtvaardigt dat naar de mening van de Raad wellicht het opleggen van de desbetreffende verplichting aan deze categorie van buitenlandse vennootschappen, mede gelet op de uitleg die het Hof van Justitie in het Segers-arrest gaf aan artikel 56.*

5. Zoals hierboven onder 2 en 3 is uiteengezet dwingen artikel 52 EG-Verdrag en de vennootschapsrichtlijnen niet tot andere uitzonderingen dan in artikel 4, vijfde lid, en artikel 5, derde lid, van het wetsvoorstel zijn opgenomen.

*6. De voorschriften van artikel 3, eerste lid, met betrekking tot de vermelding van gegevens op van de vennootschap uitgaande stukken zijn, zoals ook in de memorie van toelichting wordt opgemerkt, deels een overlapping van de voorschriften die in de Handelsregisterwet (Hrgw) worden gegeven voor in Nederland werkzame buitenlandse vennootschappen. Op grond van artikel 32a Hrgw zijn vennootschappen reeds verplicht op alle van de onderneming onderscheidenlijk de rechtspersoon uitgaande brieven, orders, facturen en offertes het handelsregister waarin en het nummer onder welk de onderneming en de nevenvestiging zijn ingeschreven te vermelden.*

*Zoals ook in de toelichting al wordt geconstateerd, gaat de verplichting tot vermelding van de eerste registratie in het buitenlandse register verder dan die van artikel 32a Hrgw. Nu de verplichting tevens verder gaat dan hetgeen de elfde vennootschapsrichtlijn omtrent de registratie in artikel 6 uitputtend bepaalt, dient een uitzondering gemaakt te worden voor de onder de elfde richtlijn vallende buitenlandse vennootschappen.*

6. Anders dan artikel 2 van de elfde richtlijn, dat regels geeft voor de registratie van gegevens van filialen van buitenlandse vennootschappen bij het handelsregister, bepaalt artikel 6, dat de vermelding van bepaalde gegevens op uitgaande stukken verlangt, niet uitdrukkelijk dat de opsomming van die gegevens limitatief is. De formulering van de bepaling stemt overeen met die van artikel 10, die de vermelding van gegevens door niet-EG vennootschappen regelt. Dat artikel is naar mijn opvatting niet limitatief bedoeld. Ten aanzien van niet-EG vennootschappen behoudt de nationale wetgever een ruime vrijheid



de regels te geven die hij nodig oordeelt. Om deze beide redenen zou ik artikel 6 van de richtlijn evenmin als uitputtend willen beschouwen. In die opvatting staat het de nationale wetgever vrij verdergaande regels te stellen en komt artikel 3, eerste lid, van het wetsvoorstel dus niet in strijd met de richtlijn.

*7a. In het vijfde lid van artikel 4 wordt een uitzondering gemaakt voor vennootschappen waarop richtlijn nr.77/91/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 13 december 1976 (PbEG L 26) (de tweede vennootschapsrichtlijn) van toepassing is. De tweede vennootschapsrichtlijn heeft slechts betrekking op n.v.'s en met de n.v. vergelijkbare vennootschappen in andere lid-staten (artikel 1 van de tweede vennootschapsrichtlijn). In verband met de beperkende werking van de in artikel 4 opgelegde verplichtingen op de vrijheid van vestiging zou de uitzondering van het vijfde lid naar de mening van de Raad uitgebreid moeten worden tot vennootschappen opgericht naar het recht van andere lid-staten die niet vallen onder de werking van de tweede vennootschapsrichtlijn, tenzij de voorschriften voor deze categorie vennootschappen gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 56 van het EG-Verdrag.*

*b. Omdat het wetsvoorstel ± in overeenstemming met het uitgangspunt dat niet wordt geraakt aan de interne organisatie van de vennootschap ± geen regels geeft voor de toelaatbaarheid van uitkeringen aan aandeelhouders, wijkt het wetsvoorstel in artikel 4, eerste lid, af van de voor de b.v. geldende regeling omtrent het aanhouden van een minimumkapitaal. De formeel buitenlandse vennootschap wordt in tegenstelling tot de Nederlandse b.v. niet verplicht een reserve aan te houden ter grootte van het verschil tussen het na de oprichting verhoogde minimumkapitaal en het lagere werkelijke kapitaal.*

*Door het ontbreken van de woorden «bij de oprichting» in het eerste lid van artikel 4 (na «moeten») wordt kapitaalvermindering tot onder het minimumkapitaal onmogelijk. Dit kan worden beschouwd als een inbreuk op de interne organisatie van de vennootschap, omdat de bepaling de vennootschap(s-organen) beperkt in het wijzigen van het geplaatste kapitaal (bijvoorbeeld door het intrekken van aandelen of door het bedrag van aandelen bij statutenwijziging te verminderen) en het doen van winstuitkeringen (toelichting op artikel 4). De bepalingen van het eerste en tweede lid zijn aldus niet in overeenstemming met het uitgangspunt dat niet wordt geraakt aan de interne organisatie van de vennootschap. Anderzijds zou de Nederlandse wetgever, indien de kapitaal- en vermogensseis slechts bij de oprichting worden gesteld, niet kunnen bewerkstelligen dat de vennootschap blijvend over eigen vermogen kan beschikken. De met de desbetreffende bepalingen in Boek 2 BW beoogde bescherming van de crediteuren zou aldus voor de desbetreffende vennootschappen niet gerealiseerd worden. De Raad adviseert dan ook het in de toelichting gekozen uitgangspunt te nuanceren in de zin dat niet geraakt wordt aan de inrichting van de vennootschap in enge zin.*

7a. De opmerking van de Raad bouwt voort op de uiteenzetting van de Raad onder 5 omtrent de verhouding tussen het wetsvoorstel en de in de artikelen 52 en 58 EG-Verdrag geregelde vrijheid van vestiging. Ik mag naar mijn opmerkingen naar aanleiding daarvan verwijzen.

7b. De opmerking in de memorie van toelichting dat niet wordt geraakt aan de interne organisatie van de vennootschap, was in de door de Raad uiteengezette beperkte betekenis bedoeld. Het is juist dat de regeling omtrent het minimumkapitaal die interne organisatie in zoverre raakt, dat de vennootschap daardoor wordt beperkt in zijn vrijheid zijn kapitaal naar eigen inzicht te verminderen. De door de Raad voorgestelde verduidelijking in de toelichting is aangebracht.

*8. Artikel 11 regelt het overgangsrecht voor bestaande formeel buitenlandse vennootschappen. Onder b wordt bepaald dat bestaande formeel buitenlandse vennootschappen binnen drie maanden na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet moeten voldoen aan de in artikel 4, eerste lid, gestelde kapitaaleis. De vraag kan gesteld worden waarom voor de bedoelde vennootschappen niet een aan artikel 178, derde lid, Boek 2, BW analoge overgangsbepaling in het wetsvoorstel is opgenomen. Een dergelijke regeling lijkt in dit wetsvoorstel ook op haar plaats. Het onverkort van toepassing verklaren van*

*de nieuwe regeling op bestaande formeel buitenlandse vennootschappen, weliswaar met een overgangstermijn van drie maanden, gaat naar de mening van de Raad te ver. De in de toelichting gegeven rechtvaardiging dat het gebruik van buitenlandse vennootschappen om dwingend Nederlands recht te ontgaan niet een rechtens te respecteren belang is, overtuigt het college niet. Ook al beoogt het wetsvoorstel oneigenlijk gebruik van formeel buitenlandse vennootschappen tegen te gaan, de regeling treft ook buitenlandse vennootschappen waarvan niet gezegd kan worden dat ze gebruikt worden om het dwingend Nederlands recht te ontgaan tenzij de suggestie van de Raad tot beperking van de reikwijdte van het wetsvoorstel wordt gevolgd.*

*Artikel 11 dient in vorenstaande zin gewijzigd te worden.*

8. De vraag die de Raad met zijn opmerking aan de orde stelt, is op welke wijze het overgangsrecht op het punt van de minimumkapitaalregel moet worden vormgegeven. Het wetsvoorstel voorziet erin dat ook reeds bestaande formeel buitenlandse vennootschappen aan het vereiste van een minimumkapitaal en daarmee overeenstemmende vermogen moeten voldoen. De Raad bepleit een regeling overeenkomstig artikel 2: 178 lid 3 BW, die derhalve zou inhouden dat de vennootschap een reserve moet aanhouden ter grootte van het verschil tussen het vereiste en het werkelijke kapitaal.

Mijn voorkeur gaat uit naar de regeling in het wetsvoorstel. Zij stuit niet op principiële bezwaren. Een regel dat wijzigingen in de regeling van het minimumkapitaal ook, na een overgangstermijn, op bestaande gevallen van toepassing zijn, komt in de wet immers al voor. Zie de regeling voor nv's in artikel 2: 67 lid 2 BW. De door de Raad voorgestane benadering roept echter grote praktische problemen op. Zij zou er toe nopen de betekenis van de verplichte reserve in de wet nader te regelen. Voor bv's volgt die betekenis uit artikel 2: 216 lid 2 BW, dat bepaalt dat uitkering van winst aan aandeelhouders niet geoorloofd is, als het eigen vermogen daardoor geringer zou worden dan de som van kapitaal en verplichte reserves. In het wetsvoorstel zou een soortgelijke regeling echter niet passen. De regeling van de toelaatbaarheid van uitkeringen betreft primair de interne organisatie van de vennootschap en daar wil het voorstel niet aan raken. Om dezelfde reden is, zoals in de memorie van toelichting is uiteengezet, de voor bv's geldende regel dat bij verhoging van het minimumkapitaal een reserve moet worden aangehouden, voor formeel buitenlandse vennootschappen buiten toepassing gelaten. Voor hen geldt, behoudens nieuwe wetswijziging, altijd het minimumkapitaal zoals dat luidde ten tijde dat de betrokken vennootschap formeel buitenlands werd.

*9. Voor enkele redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.*

9. Aan de redactionele opmerkingen van de Raad is aandacht besteed.

10. Het wetsvoorstel is op één punt gewijzigd en de memorie van toelichting is op twee punten verduidelijkt naar aanleiding van opmerkingen die de Vereniging van Kamers van Koophandel en Fabrieken hebben gemaakt. De wijziging betreft artikel 2, dat thans voorschrijft dat het afschrift van oprichtingsakte en statuten niet slechts in het Nederlands, maar ook in het Duits, Engels of Frans mag zijn gesteld en voorts dat niet noodzakelijk een authentiek afschrift moet worden overgelegd, maar dat een door de bestuurders gewaarmerkt afschrift volstaat. De regeling spoot zo met die in de Handelsregisterwet. In de memorie van toelichting is duidelijk gemaakt dat vennootschappen als Delaware corporations en Engelse limiteds naast het certificate of incorporation ook de by-laws of de articles of association bij het Handelsregister moeten deponeren en dat de verplichting in overeenstemming met titel 9 van boek 2 BW opgemaakte jaarstukken te deponeren de uit de Handelsregisterwet nu al voortvloeiende verplichting de overeenkomstig het eigen recht van de vennootschap opgemaakte jaarrekening bij het Handelsregister neer te leggen, onverlet laat.

Voorts is een wijziging aangebracht in de artikelen 2 en 8 van het wetsvoorstel om aldus rekening te houden met de indiening bij het Parlement van het voorstel van wet houdende vereenvoudiging van de Handelsregisterwet en wijziging van enige andere wetten (Kamerstukken 23 970).

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

*De Vice-President van de Raad van State,  
W. Scholten*

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,  
W. Sorgdrager

**Bijlage bij het advies van de Raad van State van 3 oktober 1994,  
no.W03.93.0731, met redactionele kanttekeningen die de Raad in  
overweging geeft**

± In artikel 4, derde lid, «de bepalingen van de vorige leden» vervangen door: het eerste en tweede lid van dit artikel.

± In artikel 4, vierde lid, «de bepalingen van de vorige leden» vervangen door: het eerste, tweede en derde lid van dit artikel.

± In artikel 11, aanhef, de woorden «zijn de volgende bepalingen van toepassing» vervangen door: geldt.

± Overeenkomstig aanwijzing 53 van de Aanwijzingen voor de regelgeving in artikel 11, onder b en c, het gebruik van het werkwoord «moeten» achterwege laten.