

40 Wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

Onlangs is bij de Tweede Kamer het voorstel van wet tot Wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV) ingediend. De wetgever is hiertoe ‘geïnspireerd’ door het Inspire Art-arrest van het Hof van Justitie van de EG van 30 september 2003, JBN 2003, nr. 56. Het Hof kwam in deze zaak tot de conclusie dat de vrijheid van vestiging van vennootschappen opgericht naar het recht van een lidstaat van de Europese Unie in de weg staat aan een aantal kernbepalingen van de WFBV. Hierna zullen eerst nog in het kort de relevante overwegingen van het Hof van Justitie in het Inspire Art-arrest worden weergegeven en zal vervolgens worden ingegaan op de voorgestelde wijzigingen van de WFBV.

Inspire Art-arrest

In het Inspire Art-arrest van 30 september 2003 oordeelde het Hof van Justitie van de EG (hierna ook: Hof) dat de Elfde Richtlijn voorziet in volledige harmonisatie van de informatieverplichtingen die lidstaten mogen opleggen aan filialen van vennootschappen uit een andere lidstaat. De in de WFBV opgenomen informatieverplichtingen die niet zijn voorgeschreven door de Elfde Richtlijn zijn daarom volgens het Hof niet toelaatbaar ten aanzien van vennootschappen opgericht naar het recht van een lidstaat van de Europese Unie. Het betreft hier de verplichte aanduiding als formeel buitenlandse vennootschap in het handelsregister, de vermelding in het handelsregister van de datum van eerste inschrijving in het buitenlandse register en de gegevens betreffende de enig aandeelhouder (artikel 2, lid 1 WFBV), de neerlegging van een accountantsverklaring inzake het minimumkapitaal, het geplaatste en gestorte kapitaal en de eigen middelen (artikel 4, lid 3 WFBV) en de vermelding op uitgaande stukken dat de vennootschap formeel buitenlands is, artikel 3 WFBV. Het Hof acht de keuze van een EU-onderdaan om een vennootschap op te richten in de lidstaat waar de regels van vennootschapsrecht hem minder beperkend lijken, inherent aan gebruikmaking van de vrijheid van vestiging. Misbruikbestrijding is een legitiem doel, maar de autoriteiten en de rechterlijke instanties dienen van geval tot geval te onderzoeken of de beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd is. Een algemene, preventieve wettelijke regeling als de WFBV voldoet volgens het Hof daar niet aan en kan dus ten aanzien van vennootschappen opgericht naar het recht van een EU-lidstaat niet worden gehandhaafd. Tot slot kunnen volgens het Hof de in de WFBV neergelegde regels inzake het

minimumkapitaal en de sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders die op overtreding daarvan wordt gesteld noch worden gerechtvaardigd door de openbare orde (artikel 46 EG), noch door de bescherming van schuldeisers, de bestrijding van oneigenlijk gebruik van de vrijheid van vestiging, de waarborging van de eerlijkheid van handelstransacties en de doeltreffendheid van controles.

De uitleg die het Hof geeft aan de vrijheid van vestiging leidt ertoe dat lidstaten de vennootschappen die rechtsgeldig zijn opgericht in een andere lidstaat behoudens concrete gevallen van misbruik onverkort moeten erkennen. Het is volgens het Hof zelfs inherent aan de vrijheid van vestiging dat iemand bij de oprichting kiest voor de lidstaat waar de regels van vennootschapsrecht hem het meest aantrekkelijk lijken. De omstandigheid dat hij vervolgens geen enkele activiteit in het land van oprichting ontplooit, is daarbij niet relevant.

Wijzigingen van de WFBV

Het bovenstaande betekent dat de WFBV niet langer mag worden toegepast op vennootschappen uit de EU of de EER (Europese Economische Ruimte). Daartoe wordt in het wetsvoorstel tot wijziging van de WFBV bepaald dat de WFBV met uitzondering van artikel 6 niet meer van toepassing is op vennootschappen die worden beheerst door het recht van een lidstaat van de EU of van een staat die partij is bij de EER-overeenkomst. Artikel 6 van de WFBV mag in EU-verband wel worden gehandhaafd, omdat het Verdrag volgens het Hof ruimte biedt om in concrete gevallen repressief op te treden tegen misbruik en fraude. Op grond van artikel 6 WFBV zijn bestuurders en commissarissen van een formeel buitenlandse vennootschap in Nederland hoofdelijk aansprakelijk voor de schade

die door derden wordt geleden als gevolg van misleidende financiële verslaggeving, artikelen 2:249 en 2:260 BW. De wetwijziging heeft tot gevolg dat de informatie over de geschiedenis en achtergrond van de formeel buitenlandse vennootschappen uit de EU voortaan gezocht moet worden in het handelsregister van de lidstaat van herkomst van de vennootschap. De WFBV blijft van toepassing op formeel buitenlandse vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een staat van buiten de Europese Unie of de EER. Uit het Rapport inzake pseudo buitenlandse vennootschappen van de Erasmus Universiteit blijkt dat deze vennootschappen vooral uit de Nederlandse Antillen en Aruba afkomstig zijn (stand op 10 juli 2003). Op de formeel buitenlandse vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van de Nederlandse Antillen en Aruba blijft de WFBV van toepassing. Volgens de wetgever gelden de regels voor vrije vestiging niet voor formeel buitenlandse vennootschappen die afkomstig zijn uit deze landen. De WFBV zorgt er in die gevallen onder andere voor dat de formeel buitenlandse vennootschap een minimum kapitaal heeft en dat schuldeisers in het Nederlands handelsregister de jaarrekening kunnen raadplegen die voldoet aan de eisen van titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Door de ruime uitleg die het Hof geeft aan de vrijheid

van vestiging verwacht de wetgever dat de nationale stelsels van vennootschapsrecht binnen de Europese Unie in toenemende mate met elkaar in concurrentie treden. Zo blijkt uit het genoemde onderzoek van de Erasmus Universiteit dat het overgrote deel van de per 10 juli 2003 in Nederland ingeschreven formeel buitenlandse vennootschappen uit EU-landen afkomstig is uit het Verenigd Koninkrijk. Inspire Art heeft zich daartoe vooral laten inspireren door het ontbreken in het Verenigd Koninkrijk van de minimum kapitaaleis. Alle reden dus voor de Nederlandse Wetgever om aan de concurrentiestrijd mee te doen, waartoe ik in mijn artikel over het Inspire Art-arrest heb opgeroepen, zie JBN 2003, nr. 56. De wetgever kondigt in de Memorie van Toelichting bij dit wetsvoorstel dan ook aan die concurrentie aan te zullen gaan, onder andere door het BV-recht te vereenvoudigen en beter te laten aansluiten bij de wensen vanuit de praktijk. Daartoe heeft de door de wetgever ingestelde Expert-groep 'Vereenvoudiging BV-recht' onder leiding van H.J. de Kluiver op 6 mei jongstleden haar rapport hierover aangeboden aan de minister van Justitie. Over de inhoud van dit rapport zult u later in dit blad worden geïnformeerd.

Wijziging WFBV, Kamerstukken TK, 2003-2004, 29 524

W. Bosse