

56 Ook in Nederland vrij baan voor Engelse limiteds

Engelse limiteds hoeven niet te voldoen aan de bepalingen in de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen betreffende het minimumkapitaal. Evenmin zijn op hen van toepassing de bepalingen in deze wet betreffende hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders als sanctie op niet-nakoming van de in deze wet voorziene verplichtingen. Bedoelde bepalingen van deze wet zijn volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in strijd met de in de artikelen 43 en 48 van het EG-verdrag geregelde vrije vestiging van een filiaal van een vennootschap opgericht in een andere lidstaat.

Inleiding

In navolging op het Centros-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG of Hof) voor Denemarken (HvJ EG 9 maart 1999, Centros (C-212/97, Jurispr. p. I-1459, NJ 2000, 48, m.nt. Vlas) en het Überseering-arrest voor Duitsland (HvJ EG 5 november 2002, Überseering, C-208/00, Jurispr. p. I-19919, NJ 2003, 58, m.nt. Vlas) heeft het HvJ EG ook voor Nederland onderzocht of het nationale recht beperkingen oplevert voor de vrijheid van vestiging zoals vervat in de artikelen 43, 46 en 48 van het EG-verdrag en de Vierde en Elfde richtlijn.

Voor Nederland betreft het de hierna te noemen bepalingen in de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv). De inhoud van deze wet is besproken in JBN 1995, nr 94 en 1998, nr 11.

Al eerder is in dit blad de vraag gesteld of deze wet onverenigbaar is met het Europees recht (JBN 2000, nr 12).

Bij beschikking van 5 februari 2001 heeft het Kantongerecht te Amsterdam (JOR 2001/200, m.nt. Van Solinge) aan het HvJ EG, kort weergegeven, gevraagd of de nadere voorschriften die worden gesteld in de artikelen 2 tot en met 5 van de Wfbv aan de vestiging in Nederland van een filiaal van een vennootschap, welke in het Verenigd Koninkrijk is opgericht, verenigbaar zijn met de artikelen 43 juncto 48 (nieuw) EG, en, zo deze daarmee onverenigbaar zijn, of de door de Nederlandse wetgever aangevoerde redenen in het licht van artikel 46 EG rechtvaardigen dat het bepaalde in de artikelen 43 en 48 EG niet afdoet aan de toepasselijkheid van de Wfbv.

Feiten

Inspire Art Ltd. (hierna: Inspire Art) is op 28 juli 2000 opgericht in de rechtsvorm van een private company limited by shares (privaatrechtelijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) naar Engels recht en heeft haar bedrijfszetel te Folkestone (Verenigd Koninkrijk). Haar enige bestuurder (director), woonachtig te 's Gravenhage (Nederland), is bevoegd om alleen en zelfstandig namens de vennootschap op te treden. De vennootschap, die onder de handelsnaam Inspire Art Ltd. werkzaam is op het gebied van de verkoop van kunst, is haar werkzaamheden op 17 augustus 2000 begonnen en beschikt over een filiaal te Amsterdam.

Inspire Art is ingeschreven in het handelsregister te Amsterdam zonder vermelding dat zij een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 Wfbv is.

De Kamer van Koophandel, die deze vermelding verplicht achtte omdat Inspire Art haar ondernemingsactiviteiten uitsluitend in Nederland verricht, heeft het Kantongerecht te Amsterdam op 30 oktober 2000 verzocht, te gelasten dat de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister wordt aangevuld met de vermelding formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 Wfbv, hetgeen andere in de wet voorziene verplichtingen meebrengt.

Inspire Art is van mening dat zij niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 Wfbv. Voor het geval dat het Kantongerecht te Amsterdam zou beslissen dat zij wel onder die omschrijving valt, heeft Inspire Art gesteld dat de Wfbv in strijd is met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de artikelen 43 EG en 48 EG. In zijn verwijzingsbeschikking van 5 februari 2001 heeft het Kantongerecht te Amsterdam geoordeeld dat Inspire Art een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 Wfbv is.

Naar aanleiding van de vraag, of de Wfbv verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, heeft het Kantongerecht de behandeling van de zaak geschorst en aan het Hof de hierboven weergegeven prejudiciële vragen voorgelegd.

Uitspraak HvJ EG

In de eerste plaats stelt het Hof vast dat de in artikel 5 leden 1 en 2 Wfbv neergelegde verplichting tot het opmaken en neerleggen van de jaarrekening van formeel buitenlandse vennootschappen (fbv's) niet van toepassing is op een vennootschap waarop het recht van een andere lidstaat en met name de Vierde richtlijn van toepassing zijn (artikel 5 lid 3 Wfbv) en dat Inspire Art onder deze uitzondering valt, zodat het Hof verenigbaarheid van artikel 5 met het gemeenschapsrecht niet hoeft te onderzoeken.

De openbaarmakingverplichtingen, te weten de vermelding in het handelsregister dat de vennootschap een fbv is (artikelen 1 en 2 lid 1 Wfbv), de vermelding in het handelsregister van de datum van eerste inschrijving in het buitenlandse handelsregister en de gegevens betreffende de enig aandeelhouder (artikel 2 lid 1 Wfbv), alsmede de verplichte neerlegging van een verklaring van een accountant dat de vennootschap voldoet aan de voorwaarden betreffende het minimum kapitaal, het geplaatste en gestorte kapitaal en de eigen middelen (artikel 4 lid 3 Wfbv) en voorts de vermelding van de hoedanigheid van fbv op alle van deze vennootschap uitgaande stukken (artikel 3 Wfbv) zijn in strijd met de Elfde richtlijn betreffende de openbaarmakingplicht voor in een lidstaat opgericht bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere lidstaat vallen, omdat deze richtlijn niet in de genoemde openbaarmakingverplichtingen voorziet en de daarin genoemde openbaarmakingverplichtingen limitatief zijn geformuleerd.

Vervolgens gaat het Hof na of de niet onder de Elfde richtlijn vallende bepalingen van de Wfbv, zoals de regels betreffende het vereiste minimumkapitaal, alsmede die betreffende de sanctie die aan de niet-nakoming van de in de Wfbv voorziene verplichtingen is verbonden, dat wil zeggen de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders naast de vennootschap (artikel 4 leden 1 en 2 Wfbv) in strijd zijn met de artikelen 43 EG en 48 EG.

In dit kader geeft het Hof aan dat het Hof al eerder in het arrest van 10 juli 1986, Segers (79/85, Jurispr. p. 2375) en het hiervoor genoemde Centros arrest

heeft geoordeeld dat het voor de toepassing van de bepalingen betreffende het recht van vestiging niet van belang is dat een vennootschap in een lidstaat enkel is opgericht met het doel zich te vestigen in een tweede lidstaat, om daar haar voornaamste, zo niet al haar economische activiteiten te ontplooiën en dat de omstandigheid dat de vennootschap in een lidstaat wordt opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, geen misbruik oplevert, zelfs niet indien de betrokken vennootschap haar activiteiten hoofdzakelijk of uitsluitend in die tweede staat uitoefent.

Het Hof concludeert dat de bepalingen van de Wfbv betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders de door de artikelen 43 en 48 EG gegarandeerde vrijheid beperken. De redenen waarom de vennootschap in de eerste lidstaat is opgericht en de omstandigheid dat zij haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend in de lidstaat van vestiging uitoefent, ontnemen haar niet het recht, zich op de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging te beroepen, tenzij er sprake is van misbruik, wat van geval tot geval moet worden vastgesteld.

Op de vraag of de regels in de Wfbv betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van bestuurders kunnen worden gerechtvaardigd door een van de in artikel 46 EG genoemde gronden of, bij gebreke daarvan, door een dwingende reden van algemeen belang, antwoordt het Hof als volgt. Noch artikel 46 EG, noch de door de Nederlandse regering aangevoerde argumenten zoals de bescherming van schuldeisers, de bestrijding van oneigenlijk gebruik van de vrijheid van vestiging, de waarborging van de eerlijkheid van de handelstransacties en de doeltreffendheid van de fiscale controles, kunnen een rechtvaardiging vormen voor de belemmering van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging door de genoemde bepalingen in de Wfbv.

Commentaar

Dit arrest van het HvJ EG geeft vrij baan om de in Nederland voor NV's en BV's geldende voorschriften betreffende het minimum kapitaal te omzeilen door oprichting van een Engelse limited. Schuldeisers zijn volgens het Hof voldoende geïnformeerd: Inspire Art presenteert zich als een vennootschap naar Engels recht en niet als een Nederlandse vennootschap. Daaraan voegt het Hof toe dat zij eveneens een

beroep kunnen doen op bepaalde gemeenschapsrechtelijke regels die hen beschermen, zoals de Vierde en de Elfde Richtlijn die ook op Engelse limiteds van toepassing zijn.

Volgens het Hof is de keuze van een onderdaan van een lidstaat die een vennootschap wil oprichten, om deze op te richten in een lidstaat waar de regels van vennootschapsrecht hem minder beperkend lijken, en vervolgens in andere lidstaten filialen op te richten, inherent aan de gebruikmaking binnen een gemeenschappelijke markt van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging. Bovendien is het vaste rechtspraak (zie de reeds genoemde Segers- en Centros-arresten), zo vervolgt het Hof, dat het feit dat een vennootschap geen activiteiten ontplooit in de lidstaat waar zij is gevestigd, en haar activiteiten uitsluitend of hoofdzakelijk uitoefent in de lidstaat van haar filiaal, niet volstaat ten bewijze van misbruik of bedrog op grond waarvan laatstbedoelde staat de betrokken vennootschap een beroep op de communautaire bepalingen inzake het recht van vestiging zou kunnen ontzeggen.

'Bad luck' dus voor de Nederlandse regering.

De Tweede richtlijn betreffende het minimum kapitaal gold alleen voor NV's (in Nederland ingevoerd in

1981). Nederland heeft echter in 1986 het minimumkapitaal ook verplicht gesteld voor – met Engelse limiteds vergelijkbare – BV's. Dat laatste was derhalve destijds een keuze van de Nederlandse regering. Zo is het van het Verenigd Koninkrijk de keuze geweest om niet een minimumkapitaal verplicht te stellen voor de daar opgerichte limiteds. Bovendien wordt in Engeland geen antecedentenonderzoek gedaan naar de oprichters van een limited. En nu kunnen deze limiteds zich vrij in Nederland vestigen.

Wellicht is dit arrest aanleiding voor de Nederlandse wetgever om zich te bezinnen op de wettelijke vereisten voor de oprichting van een BV, zoals de verklaring van geen bezwaar en het minimumkapitaal (en alle daarmee verband houdende bepalingen zoals die betreffende kapitaalbescherming) en op de wettelijke regels betreffende de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders als sanctie op het niet voldoen aan bepaalde wettelijke eisen. Een en ander zou meegenomen kunnen worden bij de vereenvoudiging van het BV-recht welke thans wordt voorbereid door de ministeries van Economische zaken en Justitie.

HvJ EG 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01)

W. Bosse

57 Het 'ex-echtgenotenartikel' 4:52 BW en de notariële praktijk

Het bestaan van artikel 4:52 BW betekent (helaas) niet dat bij het redigeren van testamenten geen aandacht meer hoeft te worden besteed aan de 'ex-echtgenotenproblematiek'.

Kleyn behandelde in JBN 2003, nr 52 jurisprudentie over de uitleg van een making ten behoeve van een aanstaande echtgenote en haar kinderen in de situatie dat het huwelijk ten tijde van het overlijden van de testateur door echtscheiding is ontbonden.

Het leek goed om in aansluiting daarop aandacht te besteden aan het nieuwe artikel 4:52 BW, waaraan in de bijdrage van Kleijn diverse malen wordt gerefereerd.

Artikel 4:52 BW luidt als volgt:

'Een beschikking, getroffen ten voordele van degene met wie de erflater op het tijdstip van het maken van de uiterste wil gehuwd was of reeds trouwbeloften

gewisseld had, vervalt door een daarna ingetreden echtscheiding of scheiding van tafel en bed, tenzij uit de uiterste wil zelf het tegendeel is af te leiden'.

Betekent het bestaan van deze bepaling nu, dat het niet langer nodig is om bij het maken van een testament aandacht te besteden aan de mogelijkheid dat de verhouding tussen de testateur en zijn partner ten tijde van het overlijden bekoeld is?

Jammer genoeg is artikel 4:52 BW op een aantal punten onvolledig en/of onduidelijk.

Ik noem er een aantal:

- Het geldt alleen als de testateur en zijn partner ten tijde van het maken van het testament gehuwd zijn