

# Deur naar misbruik weer een beetje geopend

Georg van Daal

redactielid<sup>5</sup>

Tot de Wet FBV haar intrede deed, maakte een aantal zakelijke dienstverleners in Nederland een lucratieve onderneming van onder meer het verkopen aan Nederlandse ondernemers van Engelse Limiteds als alternatief voor Nederlandse

kapitaalvennootschappen. Dergelijke Limiteds, net als de toen in zwang zijnde Delaware Incorporateds, hadden hun zetel in het buitenland, maar dat was dan ook hun enige band met dat buitenland. Zij hadden alle een in Nederland ingeschreven filiaal, waar het daadwerkelijke en enige centrum van de onderneming zich bevond. Niet alleen zijn de oprichtingskosten en kapitaalsvereisten van een Limited (of een Delaware Inc.) bijna non-existent, zij worden ook in principe niet door het Nederlandse vennootschapsrecht beheerst. Nederlands internationaal privaatrecht gaat namelijk uit van het incorporatiebeginsel, oftewel een corporatie – waaronder begrepen kapitaalvennootschappen – die haar zetel heeft op het grondgebied van de jurisdictie naar wier recht zij is opgericht, wordt beheerst door het recht van die jurisdictie.<sup>6</sup> Voor een Limited is dat het recht van Engeland en Wales. Voor een ‘normale’ Limited betekent dit – net als voor elke ‘echt buitenlandse’ kapitaalvennootschap met activiteiten in Nederland – dat onder meer de soms als draconisch ervaren aansprakelijkheidsbepalingen van Boek 2 BW, bijvoorbeeld art. 2:9 BW of art. 2:138/248 BW, niet rechtstreeks gelden.<sup>7</sup>

## TEGEN MISBRUIK

In het verleden is fors misbruik gemaakt van buitenlandse kapitaalvennootschappen in

**Op 30 september 2003 verklaarde het HvJ EG voor recht dat een aantal bepalingen van de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen<sup>1</sup> strijdt met de Elfde Richtlijn van de Raad van 21 december 1989<sup>2</sup>, respectievelijk de art. 43 EG en 48 EG.<sup>3</sup> Anders dan de berichtgeving over het arrest doet vermoeden,<sup>4</sup> is de Engelse Limited niet gelijkgesteld aan de Nederlandse BV. Bestuurders van Limiteds moeten zich bij misbruik realiseren dat er een actie uit onrechtmatige daad dreigt en dat ze na faillissement bestuurdersaansprakelijkheid dragen.**

het Nederlands handelsverkeer. Om daaraan een einde te maken werd de Wet FBV ingevoerd. De Wet FBV geldt voor alle buitenlandse kapitaalvennootschappen, Arubaanse en Nederlands-Antilliaanse daaronder begrepen, die hun werkzaamheden – nagenoeg – geheel in Nederland verrichten, zonder werkelijke band met het land waar zij zijn opgericht en waar zij hun zetel hebben. De Wet FBV verplicht elke formeel buitenlandse vennootschap<sup>8</sup> op straffe van aansprakelijkheid van iedere bestuurder voor de rechtshandelingen verricht tijdens zijn bestuursperiode waarin niet aan de wettelijke vereisten wordt voldaan<sup>9</sup> een flink aantal inschrijvingen bij het Handelsregister te doen, bijvoorbeeld van het feit dat zij een FBV is,<sup>10</sup> alsmede een gestort minimumkapitaal gelijk aan dat van een Nederlandse besloten vennootschap te hebben, daarvan bewijs te deponeren bij het Handelsregister, alsmede dat minimumkapitaal aan te houden.<sup>11</sup> Voor de toepassing van de Wet FBV worden degenen die haar onderneming dagelijks leiden, gelijkgesteld aan bestuurders.<sup>12</sup> Bovendien moet een FBV conform Boek 2 BW boekhouden,<sup>13</sup> haar jaarstukken publiceren,<sup>14</sup> bewijs deponeren van haar buiten-

landse inschrijving,<sup>15</sup> alsmede in alle van haar uitgaande schrifturen en aankondigingen haar volledige vennootschappelijke gegevens én haar hoedanigheid van FBV vermelden.<sup>16, 17</sup>

## INSPIRE ART

Inspire Art Limited lijkt, ondanks haar wat hopeloze beweringen van het tegendeel, geheel te voldoen aan de omschrijving van een FBV. De aanleiding voor de Inspire Art-zaak was het feit dat Inspire Art weigerde zich in te schrijven als FBV, zoals art. 2 Wet FBV dat voorschrijft. De KvK stapte naar de kantonrechter om in rechte een aanvulling van de inschrijving te verkrijgen. De kantonrechter concludeerde in een beschikking van 5 februari 2001 dat Inspire Art een FBV is, en verwees in diezelfde beschikking de zaak met prejudiciële vragen naar het HvJ EG.<sup>18</sup>

Inspire Art had namelijk subsidiair betoogd dat de Wet FBV in strijd is met het gemeenschapsrecht, met name art. 43 en art. 48 EG, die de vrijheid van vestiging binnen de EU regelen. Het Hof toetste de casus niet alleen daaraan, maar ook aan de Elfde Richtlijn, terzake de openbaarmakingsverplichtingen voor in een lidstaat opgerichte

*Belangrijke wettelijke verplichtingen wàren al niet van toepassing op de Limiteds*



filialen van vennootschappen beheerst door het recht van een andere lidstaat. Het Hof stelde vast dat de Wet FBV deels strijdt met dat gemeenschapsrecht.

De zaak ging oorspronkelijk alleen ging om art. 2 Wet FBV, over de inschrijvingsveristen als FBV. Kantonrechter en hof hebben echter, ondanks protesten van een opvallend aantal staten die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, de zaak uitgebreid naar een toetsing van ook de art. 3, 4 en 5 Wet FBV. De zaak had een in hoge mate academisch karakter. Belangrijke verplichtingen van de Wet FBV *golden* namelijk al niet voor Limiteds (en de andere equivalenten van de BV die binnen de EU bestaan)<sup>19</sup>. Het lijkt erop dat het Hof de Wet FBV deels niet goed heeft gelezen. In elk geval hebben degenen die beweren dat de Wet FBV moet worden afgeschaft ongelijk. Met een paar kleine aanpassingen is de Wet FBV in lijn te brengen met het arrest. Tenslotte blijven belangrijke aansprakelijkheidsbepalingen van Nederlands vennootschapsrecht en onrechtmatige daad van toepassing op de bestuurders en leidinggevendenden van alle FBV's, ook die van Limiteds.

#### NIET GETOETST

De Wet FBV hoeft niet te worden afgeschaft. Het Inspire Art-arrest geldt immers alleen voor FBV's uit de EU. Misbruik van alle FBV's van daarbuiten, waarbij met name moet worden gedacht aan de *facto* alleen in Nederland actieve Delaware Incorporateds en Arubaanse en Nederlands-Antilliaanse vennootschappen, wordt door de Wet FBV nog steeds en onveranderd bestreden.

Art. 5 Wet lid 1 FBV verklaart art. 2:10 BW – deugdelijk boekhouden en boekhouding bewaren gedurende zeven jaar – van toepassing op de FBV. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat de FBV jaarstukken moet opstellen en deponeren bij het Handelsregister, ruwweg net zoals een besloten vennootschap dat moet. Art. 5 lid 3 Wet FBV verklaart voornamelijk lid 2 niet van toepassing op, grofweg, kapitaalvennootschappen uit de EU of de Europese Economische Ruimte<sup>20</sup>. Daaronder zijn in elk geval Engelse Limiteds begrepen. Het Hof heeft verklaard de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de leden 1 en 2 van dit artikel in casu *niet* te hoeven toetsen, omdat lid 3 daarvan de leden 1 en 2 niet van toepassing doet zijn op een Limited. Dat is een deels juiste, maar

deels ook onjuiste conclusie van het Hof. Art. 5 lid 3 Wet FBV verklaart immers uitsluitend lid 2 niet van toepassing op een FBV uit de EU, zoals Inspire Art. Lid 1 van dit artikel geldt voor alle FBV's, ook die uit de EU en de EER. Het Hof had dit artikellid dus wél moeten toetsen. Nu deze gelegenheid is voorbij gegaan, zal het wel weer jaren duren voordat de vraag van verenigbaarheid van art. 5 lid 1 Wet FBV met gemeenschapsrecht door het Hof kan worden beantwoord.

#### BETEKENISLOOS

De in art. 4 lid 4 Wet FBV neergelegde hoofdelijke bestuurdersaansprakelijkheid gedurende inschrijvings- en kapitaalsgebreken in de zin van de artikelen 2 en 4 Wet FBV, alsmede de leden 1 tot en met 3 van art. 4 Wet FBV over de kapitaalsminima zelf, worden door art. 4 lid 5 Wet FBV niet van toepassing verklaard op FBV's uit de EU en de EER, mits op een dergelijke FBV de Tweede Richtlijn nr. 77/91/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 13 december 1976<sup>21</sup> van toepassing is. Kortweg zijn daardoor de diverse equivalenten van de naamloze vennootschap van de werking van de Wet FBV uitgezonderd.

Bij de behandeling van art. 5 Wet FBV heeft het Hof vastgesteld dat er vanwege een vergelijkbare uitzondering niet getoetst hoefde te worden aan het gemeenschapsrecht. Bij de behandeling van art. 4 Wet FBV, dat dus een vergelijkbare uitzonderingsbepaling kent voor naamloze vennootschappen uit de EU en EER, gaat het Hof daaraan voorbij. Voor naamloze vennootschappen uit alle EU en EER jurisdicties die in Nederland als FBV functioneren,<sup>22</sup> is het arrest in dit opzicht dus betekenisloos. Op die FBV's is het hele art. 4 Wet FBV, en daardoor ook de hoofdelijkheid bij inschrijvingsgebreken in de zin van art. 2 Wet FBV, namelijk niet van toepassing. Het had het Hof gesierd als het dit onderscheid onder de aandacht had gebracht. Voor een Engelse Limited, waarop de Tweede Richtlijn *niet* van toepassing is, is het arrest natuurlijk wel relevant.

*Misbruik van alle FBV's van buiten de EU wordt door de Wet FBV nog steeds bestreden*

## STRENGER

Interessant genoeg overwoog het Hof dat de aansprakelijkheidsbepaling van art. 4 lid 4 Wet FBV niet per definitie in strijd is met het gemeenschapsrecht, maar alleen indien de nationale rechter concludeert dat art. 4 lid 4 Wet FBV FBV's anders behandelt dan Nederlandse vennootschappen.<sup>23</sup> Deze overweging heeft vanzelfsprekend uitsluitend nog betekenis voor schendingen van die inschrijvingsvereisten uit de Wet FBV bij niet-naamloze vennootschappen uit EU en EER, die door het Hof níet in strijd met het gemeenschapsrecht zijn geoordeeld.<sup>24</sup> Immers, voor zover – zie hierna – vereisten uit de Wet FBV wél in strijd met het gemeenschapsrecht zijn geoordeeld, is daarmee automatisch de op schending van dergelijke vereisten staande aansprakelijkheidssanctie ook geëcarteerd.

Voor schendingen van het deel van de inschrijvingsvereisten uit de Wet FBV dat dit arrest heeft overleefd, lijkt het overigens niet waarschijnlijk dat de nationale rechter zal concluderen dat de formele bestuurders van FBV's anders worden behandeld dan de bestuurders van Nederlandse kapitaalvennootschappen. Op de vergelijkbare vereisten voor Nederlandse kapitaalvennootschappen staat namelijk dezelfde sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor rechtshandelingen gedurende de periode van het inschrijvingsgebrek.<sup>25</sup> Art. 7 Wet FBV bepaalt echter dat degenen die met de dagelijkse leiding van de aan de vennootschap toebehorende onderneming zijn belast, voor de toepassing van de Wet FBV gelijk worden gesteld aan bestuurders. Daar lijkt de Wet FBV voor dergelijke beleidsbepalers strenger dan ons recht voor kapitaalvennootschappen, dus kunnen we aannemen dat in dit opzicht ook deze bepaling geen stand zal houden.

## ONDERHUIDSER

De Elfde Richtlijn over buitenlandse filialen van EU-rechtspersonen kende al een aantal mogelijke inschrijvingsvoorschriften voor de landen waar de filialen actief zijn. Voorzover de Wet FBV die voorschriften codificeert, aldus het Hof, is deze wet vanzelfsprekend niet in strijd met het gemeenschapsrecht.

## *Aanbieders van Limiteds met statutaire zetel in Engeland hebben gescoord voorzover deze Limiteds feitelijk alleen in Nederland actief zijn; deze kunnen iets onderhuisser opereren*

Voorzover zij daarbuiten verplichtingen oplegt aan FBV's uit de EU, is zij dat wél. De facto betekent dat dat art. 3 Wet FBV, over het in alle mededelingen naar buiten moeten vermelden van de hoedanigheid van FBV, evenals art. 2 Wet FBV, voorzover dat ziet op de inschrijving van de hoedanigheid van FBV, van de datum van eerste buitenlandse inschrijving en van een eventuele enig aandeelhouder, evenals het depot van accountantsverklaringen betreffende – de instandhouding van – het minimumkapitaal, en art. 4 lid 4 Wet FBV voor zover dat op schendingen van die vereisten bestuurdersaansprakelijkheid stelt, in strijd met het gemeenschapsrecht zijn verklaard. Dáár hebben de – aanbieders van – Limiteds met statutaire zetel in Engeland dus punten gescoord, voorzover deze Limiteds feitelijk alleen in Nederland actief zijn. De KvK mag dergelijke inschrijvingen en depots van FBV's uit de EU niet meer verlangen. Dat betekent dat Limiteds dus weer iets onderhuisser kunnen opereren, juist omdat zij daarmee deels een uitzonderingspositie innemen ten opzichte van Nederlandse besloten vennootschappen, die wél bestuurdersaansprakelijkheid kennen bij bepaalde inschrijvings- en kapitaalsgebreken en die wél verplicht zijn een enig aandeelhouder in te schrijven. Dat schimmiger kunnen opereren opent de deur naar misbruik van Limiteds dus iets meer.

De Wet FBV kan overigens op simpele wijze in overeenstemming worden gebracht met de conclusies van het hier besproken arrest. Aan art. 2 Wet FBV en art. 3 Wet FBV hoeft elk slechts één lid te worden toegevoegd, dat bepaalt dat deze artikelen voor FBV's uit ruwweg EU- en EER-landen, voor zover zij niet al worden bestreken door de uitzondering van art. 4 lid 5 Wet FBV, slechts gelden voorzover zij in overeenstemming zijn met de Elfde Richtlijn.

## BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

Het Hof is niet toegekomen aan een toetsing van art. 6 Wet FBV, dat de artikelen 2:249 BW en 2:260 BW van overeenkomstige toepassing verklaart op een FBV. Die artikelen regelen de – in gepubliceerde jurisprudentie overigens nog nooit voorgekomen – aansprakelijkheid van bestuurders voor schade bij een derde als gevolg van een misleidende voorstelling van zaken in geopenbaarde jaarstukken of interim-cijfers, respectievelijk een dergelijke aansprakelijkheid van commissarissen voor misleidende jaarrekeningen. Dat lijken non-discriminatoire bepalingen, die gelijkelijk gelden voor Nederlandse kapitaalvennootschappen én FBV's, die geschreven zijn voor van geval tot geval te beoordelen onjuiste voorstelling van zaken door bestuur of commissarissen. Me dunkt dat het niet waarschijnlijk is dat het Hof daar in het kader van toetsing van gemeenschapsrecht aan zal – kunnen – tornen.

De mogelijke aansprakelijkheid jegens een derde uit onrechtmatige daad voor degenen die de FBV lieten handelen, valt buiten het bestek van deze behandeling, buiten de blote constatering dat de Nederlandse rechter bevoegd zal zijn en blijven kennis te nemen van een vordering van een benadeelde tegen een buitenlandse bestuurder of leidinggevende van een FBV, uit de EU of niet, voorzover een onrechtmatige daad in Nederland plaatsvond of zich in Nederland enige gevolgen daarvan manifesteerden.

Iets uitgebreider moet worden stilgestaan bij de toepasselijkheid op elke FBV van art. 2:138 BW, de bekende bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement van iedere bestuurder en feitelijk leidinggevende voor het faillissementsdeficit, indien aan het bestuur verwijtbaar kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak was van het



faillissement. Nu een FBV hier zowel filiaal houdt, als per definitie het belangrijkste centrum van activiteiten in Nederland heeft, kan de Nederlandse rechter namelijk het faillissement uitspreken van elke FBV. Art. 5 WCC verklaart art. 2:138 BW van toepassing op iedere buitenlandse rechtspersoon die hier onderworpen is of hoort te zijn aan het regime van de vennootschapsbelasting. Op grond van fiscaal recht is iedere FBV per definitie vennootschapsbelastingplichtig in Nederland, wat ook geldt en blijft gelden voor iedere FBV uit de EU en de EER. Dús is art. 2:138 BW per definitie van toepassing op iedere FBV, ook die uit de EU en de EER. Art. 2:138 BW kent in lid 2 de wel bekende draconische aansprakelijkheid per definitie met een beperkte mogelijkheid van tegenbewijs, indien niet aan boekhoud- of jaarverslaggevingsbepalingen is voldaan.

#### NOTEN

- 1 Wet van 17 december 1997, Stb. 1997, 697, in werking sinds 1 januari 1998; hierna: Wet FBV.
- 2 89/666/EEG; hierna: 'de Elfde Richtlijn'.
- 3 Het arrest werd gewezen tussen de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam (hierna: 'de KvK') en Inspire Art Limited, in de zaak C-167/01.
- 4 In de persberichten, door diverse kranten en tijdschriften overgenomen (zie bijv. *NJB* 2003/36, p. 1932 ('HvJ EG stelt Engelse Limited gelijk aan BV') en op de website van één van de Nederlandse aanbieders van Limiteds.
- 5 Advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen te Utrecht.
- 6 Art. 2 Wet Conflictenrecht Corporaties, Stb. 1997, 699, in werking sinds 1 januari 1998 (hierna: 'WCC'), codificeerde dit daarvoor al rotsvaste beginsel van het commune Nederlandse IPR.

Zoals hiervoor al gezegd, zijn de Nederlandse jaarverslaggevingsbepalingen juist niet van toepassing verklaard op FBV's uit de EU, maar de boekhoudbepaling van art. 2:10 BW – nog steeds – wél. Bij elke failliete FBV waarvan de boekhouding niet klopt, heeft de curator het dus relatief eenvoudig met zijn vorderingen tegen bestuur en leidinggevendenden. Zoals ik al elders bepleitte,<sup>26</sup> kan de rechter echter ook in het kader van een extensieve interpretatie van art. 2:138 lid 1 BW tot bestuurdersaansprakelijkheid constateren bij gebreke van een deugdelijke boekhouding, onjuiste of ontbrekende publicatie van jaarstukken, al helemaal als dit ook nog eens in strijd zou zijn met mogelijke bepalingen uit het eigen vennootschapsrecht van een FBV.

- 7 Zie voor een uitgebreide bespreking van de Wet FBV, in het bijzonder gericht op de daarin neergelegde bestuurdersaansprakelijkheden, mijn artikel 'Aansprakelijkheden naar Nederlands vennootschapsrecht van bestuurders van buitenlandse rechtspersonen', in *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1998/8, blz. 170-176.
- 8 Hierna: 'FBV'.
- 9 Art. 4 lid 4 Wet FBV.
- 10 Omschreven in art. 2 Wet FBV.
- 11 Art. 4 leden 1-3 Wet FBV.
- 12 Art. 7 Wet FBV.
- 13 Art. 5 lid 1 Wet FBV.
- 14 Art. 5 lid 2 Wet FBV.
- 15 Art. 5 lid 4 Wet FBV.
- 16 Art. 3 Wet FBV.
- 17 Dit stukje beoogt geen uitputtende behandeling van de Wet FBV. Deze kent overigens slechts zeven

#### LID OP NEUS

Het Inspire Art-arrest geeft aanleiding tot een aantal conclusies. In de eerste plaats valt op dat het Hof de zaak in een breder kader heeft getrokken dan de enkele aanleiding voor het arrest. Daarbij heeft het echter een bepaling níét getoetst, namelijk art. 5 lid 1 Wet FBV, die juist wel voor toetsing in aanmerking kwam. Bepalingen die al door de Wet FBV zelf niet van toepassing waren verklaard op bepaalde FBV's uit EU en EER, zoals art. 4 Wet FBV – en daardoor de bestuurdersaansprakelijkheid bij inschrijvingsgebreken in de zin van art. 2 Wet FBV – zijn zonder onderscheid des rechtspersoons weer wél getoetst, wat overbodig lijkt voor de EU-equivalenten van NV's.

Bepaalde inschrijvingsvereisten van de Wet FBV zijn als codificatie van gemeenschapsrecht overeind gebleven. De inschrijvings-, depot- en bekendmakingsverplichtingen rond voornamelijk de hoedanigheid van FBV en de kapitaalvereisten zijn gesneuveld voor FBV's uit de EU. Daarmee is misbruik van bijvoorbeeld Limiteds iets gemakkelijker geworden.

Bestuurders en leidinggevendenden van dergelijke FBV's dienen zich echter bij misbruik te realiseren dat dat allicht tot een Nederlands faillissement van de FBV leidt, en dat zij dan het lid op de neus gaan krijgen van het Nederlandse onrechtmatige-daadsrecht én de bestuurdersaansprakelijkheid ná faillissement in de zin van art. 2:138 BW. ●

- voor deze materie relevante artikelen, zodat de geïnteresseerde lezer een en ander zonder al te veel moeite zelf tot zich kan nemen.
- 18 Hierna: 'het Hof'.
- 19 Voor de diverse EU-equivalenten van de NV gelden nog minder FBV-verplichtingen.
- 20 Hierna: 'EER'.
- 21 PbEG L 26.
- 22 Ik ben een aantal malen curator geweest in Nederlandse faillissementen van Belgische en Luxemburgse naamloze vennootschappen die alleen in Nederland actief waren.
- 23 Zie onder meer rov. 63 en 64 van het arrest.
- 24 Zie voor een opsomming van deze niet-strijdige inschrijvingsvereisten rov. 55-58 van het arrest.
- 25 Zie bijvoorbeeld art. 2:180 BW.
- 26 Zie mijn in noot 7 genoemde artikel.