

# Complexe vreemde praktijken

## 'FORMEEL BUITENLANDSE VENNOOTSCHAPPEN' EN DE WET

**K**an een tennisleraar zijn eenmansbedrijf laten inschrijven als een buitenlandse onderneming? In de oktober-uitgave van *Account* werd het wetsvoorstel 'Formeel buitenlandse vennootschappen' behandeld. Een ingewikkelde materie.

**Aan de hand van enkele voorbeeldsituaties met het oog op de (uit-)werking van het wetsvoorstel levert de auteur, gespecialiseerd in het vennootschapsrecht van de Staat Delaware, meer helderheid. De voorbeelden zijn opgesteld aan de hand van de oorspronkelijke tekst van het ingediende voorstel.**

• *Wat is een formeel buitenlandse vennootschap?*

Een formeel buitenlandse vennootschap zou volgens de definitie in het wetsvoorstel zijn opgericht naar het recht van een buitenlandse staat, zou geen banden hebben met die staat en verder (nagenoeg) uitsluitend haar werkzaamheden in Nederland verrichten. De drie criteria zijn cumulatief. Een dergelijke vennootschap kan in Nederland worden gevonden in rechtsvormen als de Antilliaanse N.V., de Engelse Limited (Ltd.), de Amerikaanse Corporation (Inc.) en in de Duitse GmbH. De nadruk ligt op 'kàn'. Niet elke van deze rechtsvormen behoort per definitie tot de categorie 'formeel buitenlands'. Voor een 'bezitter' van een van genoemde rechtsvormen is het belangrijk te weten of wordt voldaan aan de criteria. Immers het wetsvoorstel spreekt van sancties als bijvoorbeeld hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders.

• *Wat zijn de consequenties van het bestaan van een formeel buitenlandse vennootschap?*

De vennootschap dient van dat feit opgave te doen aan het handelsregister. Tevens dient die hoedanigheid kenbaar te zijn aan derden. Op alle uitgaande geschriften, met uitzondering van reclame en telegrammen dienen onder meer het adres van de statutaire zetel en eventueel het geplaatste kapitaal en het gestorte gedeelte daarvan te worden vermeld. Er dient een minimumkapitaal, gelijk aan dat van een B.V., te worden aangehouden en er moet een jaarreke-

ning worden opgemaakt en gepubliceerd.

• *Welke zijn de sancties op niet-naleving van de in te voeren wet?*

Sancties zijn zowel civiel- als strafrechtelijk van aard. Het niet voldoen aan de minimumkapitaalseis en de eis van kenbaarheid, en het openbaar maken van misleidende (jaar-)cijfers kan leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Het niet vermelden van de voorgescreven gegevens op uitgaande stukken, is een economisch delict. Het niet naleven van de boekhoud- en bewaarplicht kan leiden tot een geldboete of gevangenisstraf van bestuurders en commissarissen; die sanctie bestaat reeds voor de bestuurder en commissaris van iedere gefailleerde vennootschap (ook een buitenlandse) waarin een bedrijf of zelfstandig beroep werd uitgeoefend.

• *Wanneer is sprake van een formeel buitenlandse vennootschap?*

De grens waarop de wet op de formeel buitenlandse vennootschappen in (en buiten) werking treedt is niet voor iedere situatie even duidelijk. Daarom hierna enkele voorbeelden.

### DE TENNISLERAAR

Een sportleraar werkt naast zijn dienstbetrekking als tennisleraar. Dat doet hij enkele

uren per week op een tennispark in Haarlem. Hij besluit zijn 'ondernemersactiviteiten' onder te brengen in een rechtspersoon. Naar aanleiding van een wervende advertentie kiest hij voor een buitenlandse vennootschap. Hij betaalt f4000 voor zijn vennootschap en laat vervolgens dat bedrag bij inschrijving in het handelsregister registreren als geplaatst kapitaal. Hij is enig aandeelhouder. Als directeur van de vennootschap treedt een zogenoemde 'nominee director' op; voor de slechts formele diensten van deze director wordt hem jaarlijks een honorarium van omgerekend f800 in rekening gebracht. De wet op de formeel buitenlandse vennootschappen treedt een maand na inschrijving van de vennootschap in het handelsregister in werking. De sportleraar/DGA vraagt zich af of de wet toch geen consequenties heeft voor zijn situatie.

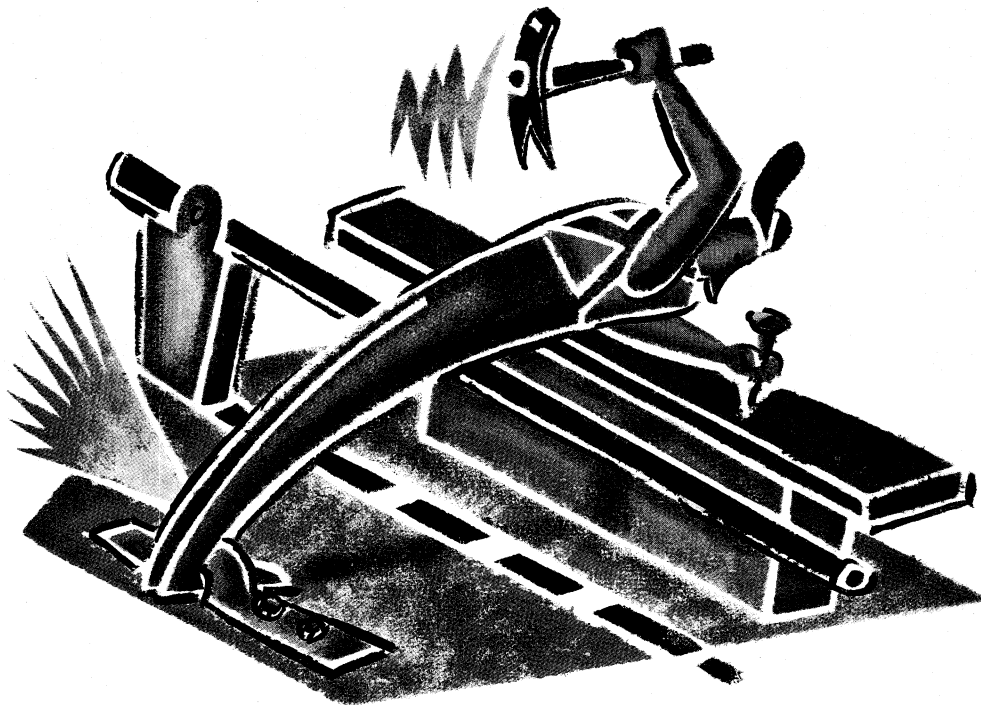
**Relevante feiten:** De eenmansvennootschap is plaatselijk werkzaam (1). De vennootschap is een buitenlandse rechtspersoon met een in aandelen verdeeld kapitaal

(2). Er is een band met de staat van oprichting, daar is de 'nominee director' gevestigd (3).

**Conclusie:** De band met de staat van oprichting is geen werkelijke. De 'nominee director' heeft

geen inhoudelijke bestuursbevoegdheden. De werkelijke leiding bevindt zich in Nederland. Activiteiten van de vennootschap vinden slechts plaats in Nederland. De vennootschap is een rechtspersoonlijkheid bezittende buitenlandse kapitaalvennootschap. De vennootschap voldoet aan de criteria van formeel buitenlandse vennootschap; binnen drie maanden na inwerkingtreding van de wet, dient de vennootschap te voldoen aan de bepalingen ter zake. De in de wet gestelde sancties zijn in dit ge-

Niet voldoen aan kapitaalseis, kenbaarheid en openbaar maken van misleidende (jaar)cijfers kan leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen



TEKENING: VALENTINE EDELMAN

val tevens van toepassing op de sportleraar/DGA; hij is immers met de dagelijkse leiding van de onderneming van de vennootschap belast. De sportleraar/DGA dient onder meer f40.000 op de aandelen te storten; de f4000 die volgens hem bij oprichting zouden zijn gestort, kunnen daarop niet in mindering worden gebracht. Dat bedrag betrof immers de kosten van oprichting en wordt niet aangemerkt als geplaatst kapitaal.

#### SITUATIE: HET AFBOWBEDRIJF

Een recent gestart afbouwbedrijf in Venlo wordt gedreven in de vorm van een vennootschap onder firma. De firmanten willen hun onderneming inbrengen in een rechtspersoon. Inbreng in een besloten vennootschap behoort echter niet de mogelijkheden. Gekozen wordt voor een rechtspersoon naar Amerikaans recht waarin beide firmanten hun deel van de Nederlandse onderneming inbrengen. Het geplaatst kapitaal van de vennootschap bedraagt f5000. De voormalige firmanten nemen ieder deel voor f2500. Zij zijn beide bestuurder van de vennootschap en zijn woonachtig in Nederland. De onderneming heeft geen vestigingen in het buitenland. De eerste grote klant is een Amerikaanse projectontwikkelaar in Düsseldorf. De beide bestuurders/afbouwers rijden iedere dag op en neer. Kort nadat de vennootschap is opgericht, treedt de wet *formeel buitenlandse vennootschappen* in werking. De bestuurders vragen zich af of de wet van toepassing is op hun situatie en zo

ja, wat de te nemen stappen zijn.

**Relevante feiten:** De werkzaamheden worden grotendeels uitgevoerd in Duitsland (1). Er bestaat wel een band met het buitenland, doch niet met de staat van oprichting (2). De buitenlandse vennootschap kent rechtspersoonlijkheid en een in aandelen verdeeld kapitaal (3).

**Conclusie:** Er wordt niet voldaan de drie cumulatieve criteria. De vennootschap is niet onderworpen aan de wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.

**Situatie vervolg:** Na enige tijd zijn de werkzaamheden in Düsseldorf beëindigd. De opdrachtgever was erg tevreden. Een volgende grote opdracht van deze klant kan over ongeveer een half jaar worden verwacht. Tot die tijd moet de onderneming het doen met kleinere klanten in Venlo.

**Relevante feiten:** De vennootschap is na beëindiging van de opdracht in Duitsland weer uitsluitend in Nederland werkzaam (1). Er is sprake van een naar buitenlands recht opgerichte kapitaalvennootschap met rechtspersoonlijkheid (2). Bovendien kent de vennootschap geen enkele band met de staat van oprichting (3).

**Conclusie:** De wet op de formeel buitenlandse vennootschappen is van toepassing. De onderneming is uitsluitend in Nederland werkzaam. Samen met de twee andere feiten voldoet de vennootschap aan de cumulatieve criteria van formeel buitenlandse vennootschap. De bestuurders van de vennootschap dienen te zorgen dat binnen drie

maanden na inwerkingtreding van de wet, wordt voldaan aan de gestelde eisen. Zo dienen zij onder meer het kapitaal van de vennootschap aan te vullen tot f40.000. Doen zij dat niet, dan zijn zij ieder (hoofdelijk) aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. De toepasselijkheid van de wet eindigt weer als (een substantieel gehalte aan) werkzaamheden in het buitenland worden verricht.

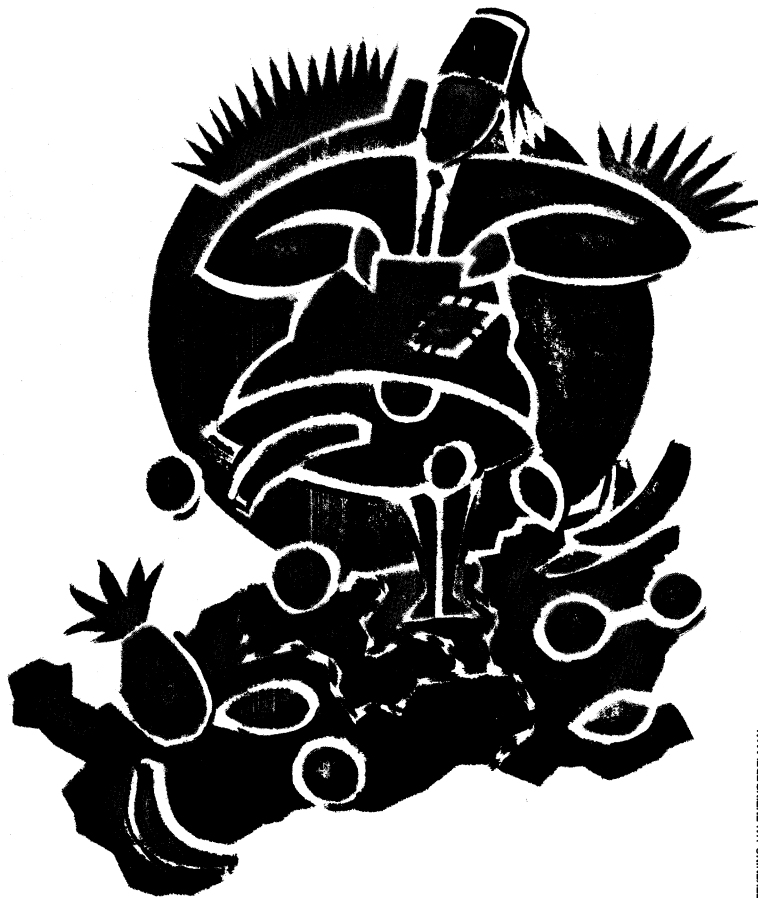
#### SITUATIE: DE TRANSPORTEUR

De eigenaar van een onderneming die zich bezighoudt met nationaal en internationaal sneltransport maakt zich, gezien de malaise in die sector, zorgen. Betaling ter zake van het buitenlandse transport, met name het geregeld voorkomende cabotagevervoer laat te wensen over. Hij wil de zakelijke risico's afschermen. Een besloten vennootschap lijkt hem daarvoor de meest geschikte oplossing, echter hij heeft reeds een faillissement achter de rug.

Hij heeft her en der geïnformeerd en hem is verteld dat hij een B.V. wel kan vergeten. Een alternatief wordt gevonden in een buitenlandse vennootschap. De onderneming, die ongeveer f160.000 aan activa heeft, wordt ingebracht. Een accountantsverklaring wordt bijgevoegd. De voormalige ondernemer meent dat hij, ingevolge de reeds in werking getreden wet op de formeel buitenlandse vennootschappen een jaarrekening dient op te maken en te publiceren. Het kapitaal zit wel goed, het minimumkapitaal heeft hij immers ruim overschreden.

**Relevante feiten:** De onderneming werkt zowel nationaal als internationaal. Werkzaamheden worden met een zekere regelmaat in het buitenland verricht; er is sprake van een substantieel gehalte aan buitenlandse werkzaamheden (1). Er is sprake van een kapitaalvennootschap met rechtspersoonlijkheid, opgericht naar buitenlands recht (2). Er bestaat geen werkelijke band met de staat van oprichting (3).

**Conclusie:** Ondanks het feit dat de onderneming wordt gedreven in een rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap, opgericht naar buitenlands recht en er geen band met de staat van oprichting bestaat, is er geen sprake van een formeel buitenlandse vennootschap. Immers, er is sprake van een substantieel gehalte aan buitenlandse werkzaamheden. De vennootschap is niet (nagenoeg) uitsluitend in Nederland werkzaam. Daarmee wordt slechts voldaan aan twee van de drie cumulatieve



TEKENING: VALENTINE EDELMAN

criteria. De wet is niet van toepassing op zijn situatie. Het is afhankelijk van het recht van oprichting of een jaarrekening dient te worden opgemaakt en gepubliceerd.

De voormalige ondernemer heeft als gevolg van zijn keuze voor een buitenlandse vennootschap (door de 'voorlichting') wel moeten afrekenen; de onderneming is ruisend ingebracht.

Een voorafgaand faillissement houdt niet automatisch de weigering van de ministeriële verklaring dat 'van geen bezwaren is gebleken' in. Hij had mogelijk veel geld kunnen besparen. Immers al met al heeft de open inrichting van zijn buitenlandse vennootschap en de ruisende inbreng van zijn onderneming hem veel geld gekost.

#### DE BUITENLANDSE PARTNER

Een Nederlandse ondernemer besluit om in samenwerking met een buitenlandse partner een C.V.-constructie op te zetten. In deze constructie fungeert de ondernemer als commanditaire vennoot. De beherend vennoot is een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, opgericht naar buitenlands recht. Deze vennootschap is onderdeel van een wereldwijd opererende groep vennootschappen; de vennootschap is opgericht

naar het recht van de buitenlandse 'groepsmoeder'.

Zowel de ondernemer als de vennootschap is feitelijk in Nederland woonachtig respectievelijk gevestigd. Werkzaamheden in het buitenland worden door de C.V., noch door de buitenlandse vennootschap afzonderlijk uitgevoerd. De firmanten menen dat zij afzonderlijk, noch gezamenlijk een jaarrekening behoeven op te maken en te publiceren. De wet op de formeel buitenlandse vennootschappen is in werking getreden.

**Relevante feiten:** Zowel de C.V. als de buitenlandse ven-

nootschap afzonderlijk verrichten de werkzaamheden uitsluitend in Nederland (1). De vennootschap maakt deel uit van een internationaal opererend buitenlands concern (2). Er is sprake van een kapitaalvennootschap met rechtspersoonlijkheid, opgericht naar buitenlands recht (3).

**Conclusie:** Er is om concern-vennootschappelijke redenen gekozen voor een buitenlandse vennootschap. Die keuze wordt in dit geval aanvaardbaar geacht; de wet op de formeel buitenlandse vennootschappen is op de vennootschap niet van toepassing. Ondanks het feit dat de vennootschap/rechtspersoon niet valt onder de werking van de wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, dient toch een jaarrekening te worden opgemaakt en gepubliceerd. Immers, er is sprake van een C.V.-constructie waarin de beherend vennoot, die jegens schuldeisers volledig aansprakelijk is, een kapitaalvennootschap naar buitenlands recht is. Overigens is het niet de vennootschap, maar de C.V. die een jaarrekening dient op te maken en te publiceren.

Een in Nederland woonachtige Egyptische commissionair in zuidvruchten werkt vanuit zijn kantoor aan huis. Zijn werkgebied beslaat, middels moderne telecommunicatie

zowel Nederland als de rest van Europa. Internationaal werkt hij voornamelijk met Duitsland, Zwitserland en Oostenrijk.

Ten behoeve van zijn internationale werkzaamheden, heeft hij bij de start van de onderneming gekozen voor een rechtsvorm naar Duits recht, een GmbH. De commissair meent dat zijn vennootschap niet is onderworpen aan de wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, want de vennootschap werkt internationaal, heeft zeer zeker banden met de staat van oprichting en kent geen in aandelen verdeeld kapitaal. Van oneigenlijk gebruik is geen sprake, immers, hij heeft niet gekozen voor de buitenlandse rechtspersoon enkel en alleen om het Nederlandse vennootschapsrecht te ontgaan.

**Relevante feiten:** De vennootschap werkt internationaal, doch verricht de werkzaamheden niet in het buitenland (1). De buitenlandse vennootschap is opgericht uit zakelijk oogpunt, niet om te ontkomen aan Nederlandse vennootschapswetgeving (2). De vennootschap kent geen in aandelen verdeeld kapitaal (3).

**Conclusie:** De onderneming is in de zin van de wet op de formeel buitenlandse vennootschappen plaatselijk c.q. in Nederland werkzaam, waarover kan worden getwist. De banden met de staat van oprichting zijn eveneens in de zin van genoemde wet niet werkelijk te noemen. Activiteiten worden weliswaar verricht met, maar niet in het, respectievelijk dat, buitenland. Er bestaat tevens geen vestiging in het buitenland.

De stelling van de commissair dat zijn vennootschap geen vennootschap is als bedoeld in de wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, daar het kapitaal van de vennootschap niet in aandelen is verdeeld, wordt verworpen. Ook die vennootschappen vallen onder de werking van de wet.

#### CONSEQUENTIES

Niet altijd is even duidelijk aan te geven of een in Nederland gevestigde buitenlandse vennootschap als een formeel buitenlandse is aan te merken. Van belang is dat echter wel. Het zijn van een formeel buitenlandse vennootschap, doch het niet voldoen aan de wettelijke bepalingen daaromtrent kan onder meer consequenties hebben voor de bestuurder in privé. ACCOUNT

MR J.A.J. VAN VELZEN is jurist te Culemborg