

## Het wachten is nog steeds op de uitspraak van het Europese Hof in de Finkensieper-zaak

Sv voor het bewijs mag worden gebruikt. Immers, de vraag of een getuige zich zodanig bedreigd kan achten dat, naar redelijkerwijs moet worden aangenomen, voor aantasting van zijn of haar functioneren moet worden gevreesd (zie art. 226a lid 1 sub a Sv), is niet gerelateerd aan de ernst van het strafbare feit waarover de getuige een verklaring zou kunnen afleggen. De ruimte die het criterium laat aan de hand waarvan de rechter-commissaris moet vaststellen of het om een bedreigde getuige gaat, zou op de lange duur wel eens een aanzuigende werking kunnen hebben op getuigen die tot voor kort mogelijk bereid zouden zijn geweest om ter zitting te verschijnen, maar die nu ook verklaren zich bedreigd te voelen. Dit zou ertoe kunnen leiden dat het getuigenbewijs voor een veroordeling van strafbare feiten die, voor zover bewezen, *niet* vallen onder art. 67 lid 1 Sv voor een belangrijk deel onbruikbaar wordt. Wanneer immers de verdediging niet 'vergeet' de wens te kennen te geven deze getuige te willen ondervragen, mag de betreffende anonieme getuigenverklaring niet voor het bewijs worden gebruikt.

Wordt de getuige uiteindelijk niet als bedreigde getuige aangemerkt dan kan de

rechter ter terechtzitting de officier van justitie het bevel geven deze getuige alsnog ter zitting te dagvaarden dan wel op te roepen. Weigert de officier van justitie dit, bijvoorbeeld wegens de door hem met deze getuige gemaakte afspraken, dan dient de rechter de officier van justitie niet ontvankelijk te verklaren (zie art. 349 lid 3 Sv). Deze ogenschijnlijke tegenslag voor de officier van justitie valt bij nader inzien overigens wel mee. Het Openbaar Ministerie kan opnieuw tot dagvaarding overgaan als de getuige alsnog bereid is te verschijnen en te verklaren of als hij inmiddels wel in aanmerking komt voor de status van bedreigde getuige.<sup>20</sup> Daarnaast kan de officier van justitie tegen de niet-ontvankelijkheid in hoger beroep en cassatie gaan.

### Tot slot

Het wachten is nog steeds op de uitspraak van het Europese Hof in de Finkensieper-zaak. Mogelijk dat die uitspraak ons weer meer inzicht biedt in het oordeel van het Europese Hof over de toelaatbaarheid van de Nederlandse praktijk in strafzaken inzake het (niet) horen van getuigen ter zitting. ■

<sup>20</sup> Dit betekent dat de officier van justitie met de betreffende getuige kan afspreken dat ze eerst zullen trachten de status van bedreigde getuige te bemachtigen om wanneer dat niet lukt alsnog zijn/haar identiteit te onthullen en te verklaren.

## Delaware Corporations in Nederland: onbekend en onbemind

Het aantal buitenlandse vennootschappen in ons land neemt toe, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting bij het recent aanhangig gemaakte wetsvoorstel inzake formeel buitenlandse vennootschappen.<sup>1</sup> Hieronder bevinden zich volgens de minister van Justitie vele formeel buitenlandse vennootschappen, waarvan een groot aantal zogenaamde 'Delaware Corporations' zijn. Veel advocaten blijken niet op de hoogte te zijn van de kenmerken van deze specifieke rechtsvorm, daarom hier een beschrijving van de inrichting, de organisatie en de levenscyclus van de Delaware Corporation.

**Mr J.A.J. van Velzen**  
Van Velzen Juridisch  
Advies, Culemborg; de  
auteur werkt aan een  
handboek en een  
proefschrift over o.m. de  
Delaware Corporation

Overeenkomstig art. 1 van het wetsvoorstel hebben de formeel buitenlandse vennootschappen rechtspersoonlijkheid, verrichten zij hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland en hebben zij geen werkelijke band met de staat naar het recht waarvan zij zijn opgericht. Deze vennootschappen zouden oneigenlijk gebruik maken van de in Nederland aangehangen incorporatieleer<sup>2</sup> en daarmee 'voordelen' behalen.<sup>3</sup>

Oneigenlijk gebruik is de idee, ontmoediging is de sanctie. Een in Nederland gevestigde buitenlandse vennootschap die voldoet aan de definitie van formeel buitenlandse vennootschap kan, overeenkomstig het wetsvoorstel, rekenen op een minimumkapitaaleis ten bedrage van f 40.000, een plicht tot opmaak en publikatie van de jaarrekening

overeenkomstig titel 9 Boek 2 BW en vormvereisten ten aanzien van van de *Corporation* uitgaande geschriften. De zwaarste sanctie op niet-nakoming: hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders c.q. degenen die met de leiding van de vestiging hier te lande zijn belast.

Cijfers over de omvang van het aantal formeel buitenlandse vennootschappen in Nederland zijn niet bekend. Wel zijn er cijfers over de omvang van het aantal Delaware Corporations in Nederland<sup>4</sup> die mogelijk zouden voldoen aan de definitie van formeel buitenlandse vennootschap. Van het totaal aantal ingeschreven buitenlandse vennootschappen in Nederland was ultimo 1994 bijna 23% afkomstig uit Delaware. Dit percentage, 1210 *Corporations* vertegenwoordigend, betreft dan

**De wet heeft een vangnet ingebouwd voor het geval ter zitting blijkt dat de getuige weliswaar een bedreigde getuige is, maar zijn verklaring niet voor het bewijs mag meedoen**

nis gebracht. De rechter ter terechtzitting kan op deze beslissing van de officier van justitie ingevolge het gewijzigde art. 280 lid 5 Sv slechts op twee manieren reageren. Of hij neemt een met redenen omklede beslissing dat door het achterwege blijven van het verhoor van de betreffende getuige de verdachte redelijkerwijs niet in zijn verdediging is geschaad, of hij stelt de stukken in handen van de rechter-commissaris teneinde door hem te laten bepalen of er inderdaad sprake is van een 'bedreigde getuige'.

### **Bedreigde getuige**

Ingevolge het nieuwe art. 136c Sv wordt onder een bedreigde getuige verstaan een getuige ten aanzien van wie door de rechter (dit is de rechter-commissaris, dan wel de raadkamer in beroep, zie art. 226b Sv) bevel is gegeven dat ter gelegenheid van het verhoor zijn identiteit verborgen wordt gehouden.

De procedure volgens welke wordt vastgesteld of een getuige als bedreigde getuige kan worden aangemerkt, is geregeld in de artt. 226a t/m 226f Sv. Volgens art. 226a Sv dient de rechter-commissaris ambtshalve, op verordering van de officier van justitie dan wel op verzoek van de verdachte, diens raadsman of de getuige zelf, het bevel te geven dat ter gelegenheid van het verhoor van een getuige diens identiteit verborgen wordt gehouden indien:

- de getuige of een andere persoon, met het oog op de door de getuige af te leggen verklaring, zich zodanig bedreigd kan achten dat, naar redelijkerwijze moet worden aangenomen, voor het leven, de gezondheid of de veiligheid dan wel de ontwrichting van het gezinsleven moet worden gevreesd, en
- de getuige te kennen heeft gegeven wegens deze bedreiging geen verklaring te willen afleggen.

Beide voorwaarden gelden cumulatief. De getuige wil niet verklaren omdat hij zich bedreigd voelt.

Wordt de getuige als bedreigde getuige aangemerkt dan gaat de rechter-commissaris over tot het horen van deze getuige, maar niet zolang tegen zijn beschikking nog hoger beroep open staat, tenzij het belang van het onderzoek geen uitstel van het verhoor gedooft (art. 226a lid 3 Sv). Voorafgaand aan het verhoor stelt de rechter-commissaris zich op de hoogte van de identiteit van de getuige en vermeldt hij in het proces-verbaal dit gedaan te hebben (art. 226c Sv). Tijdens het verhoor onderzoekt de rechter-commissaris de betrouwbaarheid van de bedreigde getuige en legt daaromtrent in het proces-verbaal reken-schap af (art. 226e Sv). De verdachte en zijn raadsman krijgen de gelegenheid de getuige te ondervragen door middel van telecommunicatie of anders door het stellen van schriftelijke vragen (art. 226d lid 2 Sv). Na het verhoor

door de rechter-commissaris volgt zo nodig een tweede verhoor als de verdediging of het Openbaar Ministerie dat wenst. Antwoorden van de bedreigde getuige kunnen immers aanleiding zijn tot het stellen van nieuwe vragen.

### **Anonieme getuigenverklaring en bewijs**

De verklaring van de bedreigde getuige die door de rechter-commissaris volgens de nieuwe procedure is verhoord, wordt ingevolge het aangevulde art. 295 Sv, mits voorgelezen ter zitting, aangemerkt als zijnde dáár afgelegd en dus voor wat het bewijs betreft als een geldige getuigenverklaring ex art. 342 lid 1 Sv beschouwd. Deze verklaring kan echter ingevolge lid 2 van art. 342 Sv alleen tot het bewijs meewerken, indien het telastegelegde feit, voor zover bewezen, een misdrijf betreft als omschreven in art. 67 lid 1 Sv, dat gezien zijn aard, het georganiseerd verband waarin het is begaan of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven, een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. In deze omschrijving ligt een formeel en een materieel criterium opgesloten. Formeel is de verwijzing naar de misdrijven omschreven in art. 67 lid 1 Sv. Materieel is de verwijzing naar de ernstige inbreuk op de rechtsorde. Of hiervan sprake is wordt afgelezen aan de drie eerdervermelde criteria.

De wet heeft een vangnet ingebouwd voor het geval ter zitting blijkt dat de getuige weliswaar een bedreigde getuige is, maar zijn verklaring niet voor het bewijs mag meedoen omdat de zittingsrechter meent dat aan het materiële criterium van art. 342 lid 2 sub b Sv niet is voldaan. Dan kan het proces-verbaal van het verhoor door de rechter-commissaris als schriftelijk bescheid ex art. 344 lid 3 Sv voor het bewijs meewerken als voldaan is aan twee voorwaarden:

1. dat de bewijsbeslissing in belangrijke mate steun moet vinden in andersoortig, dus niet anoniem bewijs;
2. dat door of namens de verdachte niet de wens te kennen is gegeven de anonieme persoon te ondervragen of te doen ondervragen.

Art. 344 lid 3 Sv geldt trouwens voor alle processen-verbaal waarin een anonieme getuigenverklaring is opgenomen, dus niet alleen die welke door middel van de nieuwe procedure ex artt. 226a t/m 226f Sv tot stand zijn gekomen, maar desondanks niet als getuigenverklaring ex art. 342 Sv aan het bewijs mogen meewerken.

Ingevolge het nieuwe art. 344a Sv mag het bewijs dat de verdachte het hem telastegelegde feit heeft begaan niet enkel worden gebaseerd op anonieme getuigenverklaringen of processen-verbaal houdende verklaringen van anonieme getuigen.

De vraag of sprake is van een bedreigde getuige staat los van de vraag of de verklaring van zo'n getuige overeenkomstig art. 342 lid 2

nog enkel *Corporations* met hoofdvestiging, de onderneming in Nederland.

Gezien het forse aantal Delaware *Corporations* in Nederland, de verwachting dat dit aantal niet binnen een jaar tot nihil zal zijn gereduceerd en het feit dat deze rechtsvorm onder advocaten voornamelijk ongekend is,<sup>5</sup> lijkt mij enige praktische inhoudelijke informatie ter zake alleszins van nut.

### Soorten *Corporations*

Er kan worden onderscheiden naar soorten *Corporations*. Dit artikel beperkt zich tot een onderscheid naar *Close* en *General Corporations*, de zogenoemde '*C*-*Corporations*.'<sup>6</sup>

*Close Corporations* zijn geschikt voor kleine(re) ondernemingen. Aandelen zijn beperkt overdraagbaar, het aantal aandeelhouders moet zijn bepaald en kan niet meer bedragen dan dertig in getal, en de aandelen kunnen niet worden verhandeld op een beurs.<sup>7</sup> De organisatie, het bestuur kan bestaan uit een *board of directors* en *officers*. In het geval van een *Close Corporation* is het zelfs mogelijk dat niet de *board of directors* maar de aandeelhouders de vennootschap besturen.<sup>8</sup>

*General Corporations*, ook wel *Open* of *Regular Corporations* genoemd, kennen ruime(re) mogelijkheden met betrekking tot hun inrichting. Beperkingen aan de overdracht van aandelen zijn wettelijk niet voorgeschreven, evenmin als een nader bepaald aantal aandeelhouders. Een beperking ten opzichte van *Close Corporations* kent de *General Corporation* wel: aan aandeelhouders kunnen geen bestuurdersrechten toekomen. De *General Corporation* is als rechtsvorm geschikt voor grotere ondernemingen die meer dan dertig aandeelhouders hebben of verwachten te hebben of ondernemingen die een beursgang beogen (hiervan stamt de aanduiding *Open Corporation*). Deze rechtsvorm wordt echter eveneens veelal aangewend voor kleine(re) ondernemingen en behoort daarmee tot de meest voorkomende *Corporation*-vorm in Delaware (hiervan stamt de aanduiding *Regular Corporation*).

In Nederland komt men voornamelijk *General Corporations* tegen.<sup>9</sup> Dat voor de toch veelal kleinere ondernemingen in Nederland, die in de rechtsvorm van een Delaware *Corporation* worden gedreven, niet wordt gekozen voor een *Close Corporation* is mijns inziens voornamelijk gelegen in het feit dat een oprichtings-opdrachtformulier standaard uitgaat van oprichting van een *General Corporation*, en daarbij door de opdrachtgever afwijking niet wordt overwogen of aangedurfd. Daarenboven spelen bij de keuze voor een *Close Corporation* belastingmotieven vaak een rol; voor een *Close Corporation* in Nederland zijn deze verwaarloosbaar.<sup>10</sup>

### De oprichting van een Delaware *Corporation*

De oprichtingsfase van een Delaware *Corporation* is relatief kort. De oprichting geschiedt in de staat Delaware en kan in een dag, zelfs in acht minuten<sup>11</sup> rond zijn.

De akte van oprichting bevat slechts een gering aantal bepalingen. Deze betreffen onder meer de naam van de *Corporation*, aanwijzing van een *registered agent* en vestiging van een *registered office* te Delaware, en het doel van de *Corporation*. Eveneens dient te worden vermeld hoeveel aandelen de *Corporation* kan uitgeven en of dit aandelen met of zonder nominale waarde betreft. Verder is nog verplicht het adres van de oprichter te vermelden en een handtekening onder de akte van oprichting te zetten.

Het doel van de *Corporation* is veelal erg ruim en beslaat in het kort alle activiteiten die ingevolge het vennootschapsrecht van Delaware toelaatbaar zijn.

De wettelijk verplicht op te nemen afkorting of aanduiding in de statutaire naam van een Delaware *Corporation* kan elke afkorting of aanduiding betreffen die ergens ter wereld is toegestaan. Afkortingen als Inc. en Corp. zijn bekend; Delaware *Corporations* kunnen hun statutaire naam echter eveneens laten eindigen met afkortingen als GmbH, S.A., Ltd. en zelfs BV. Gebruik van een afkorting zoals BV in de Nederlandse handelsnaam is naar Nederlands recht niet toegestaan.<sup>12</sup>

De opdrachtgever in Nederland, dit kan een bemiddelaar of ondernemer zelf zijn, maakt een keuze voor een '*incorporation-package*' en geeft middels een '*incorporation-order*' aan welk type *Corporation* is gewenst. Indien niets wordt aan- of opgegeven, wordt een *General Corporation* opgericht.

Nadat de akte van oprichting bij de *Division of Corporations* in Delaware is geregistreerd wordt hiervan een afschrift verzonden naar de *Recorder of Deeds* in de *county* waarin het *registered office* van de *Corporation* is gevestigd. Een afschrift van de akte van oprichting, voorzien van een registratienummer en de aanduiding '*filed*' wordt vervolgens naar de opdrachtgever verzonden.

### Registered office en registered agent<sup>13</sup>

Elke Delaware *Corporation* heeft een *registered office* in de staat Delaware. Dit is een geregistreerd kantooradres, vergelijkbaar met een postbusadres, waarop de statutaire zetel is gevestigd. Het *registered office* is geen feitelijk kantooradres.

Naast dit *office* is voor elke Delaware *Corporation* een in Delaware woonachtige (wettelijke) vertegenwoordiger, een *registered agent* verplicht. Deze verzorgt de jaarlijks

- 1 Wetsvoorstel 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)'; ingediend op 10 april 1995.
- 2 Wet van 25 juli 1959, Stb. 256, houdende uitvoering van het op 1 juni 1956 te 's-Gravenhage gesloten Verdrag nopens de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen. Op 11 april 1995 is wetsvoorstel 24 141, 'Regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot corporaties (Wet conflictenrecht corporaties)' ahangig gemaakt. Dit voorstel houdt de wettelijke verankering van de incorporatie in.
- 3 Wetsvoorstel 24 139, t.a.p., Memorie van Toelichting, p. 3. Mijns inziens zijn aan het 'gebruik' van sommige pseudo-buitenlandse vennootschappen, althans aan het gebruik van Delaware *Corporations* meer na- dan voordelen verbonden; men denke hierbij o.m. aan wantrouwen (zie ook noot 5), afwezigheid van sommige fiscale faciliteiten en onbekendheid met het toepasselijke vennootschapsrecht.
- 4 J.A.J. van Velzen, *Rapport Delaware Corporations in Nederland; naar aanleiding van een onderzoek naar inrichting, organisatie en inschrijving van Delaware Corporations in Nederland*, Culemborg, mei 1995 (in eigen beheer). In het rapport zijn de resultaten van gemeld onderzoek opgenomen.
- 5 J.A.J. van Velzen, *Onderzoek naar bekendheid, ervaringen en meningen ter zake Delaware Corporations in Nederland*, Culemborg, juni 1995. Aan het onderzoek werkten 203 advocaten-, accountants- en administratiekantoren mee. 62,1% daarvan bleek niet bekend te zijn met deze rechtsvorm in Nederland. 33,9% bleek deze rechtsvorm in een negatieve context te plaatsen. Slechts 4% bleek positief of neutraal.
- 6 Ter onderscheiding van de '*S*-*Corporation* die haar naam te danken heeft aan een paragraaf (Subchapter S) uit de Internal Revenue Code van 1958.
- 7 8 Del. Code § 342 (a) (1), (2) en (3). De akte van oprichting dient de aanduiding '*Close Corporation*' te bevatten. 8 Del. Code § 343 (1).
- 8 8 Del. Code § 351. Meer over *Close Corporations*: H. Bungert, 'Die GmbH im US-amerikanischen Recht: *Close Corporation*', GmbHR 1993/8, p. 478 e.v. en O'Neal/Thompson, *O'Neal's Close Corporations, Law and Practice*, 3rd ed. 1987.
- 9 J.A.J. van Velzen, *Rapport...* t.a.p., pp. 13, 35 & 54.

## De oprichting van een Delaware Corporation kan in acht minuten rond zijn

10 De statutaire restricties die een Close Corporation kent aan aandelenoverdrachten en het aantal aandeelhouders, tezamen met de veelal eenvoudige constructie van de vennootschap maken haar geschikt voor aanvraag van de 'S'-status. De 'S' Corporation kent fiscale transparantie. Verlening van de 'S'-status geschiedt slechts indien, naast overige voorwaarden, is voldaan aan de voorwaarde dat alle aandeelhouders burger of inwoner zijn van de Verenigde Staten. De 'S' status is, gezien deze eisen voor Nederlandse aandeelhouders (die hier te lande hun onderneming middels een Corporation uitoefenen) niet relevant. Vgl. Department of the Treasury, Internal Revenue Service, *Tax Guide for small business* (Rev. nov. 94), Part VI, 31.

11 Via Internet. R. Kerstens, 'Een vennootschap oprichten in 24 uur? Het kan zelfs in 8 minuten!', *Ondernemersvisie*, jaargang 7, juni 1995, p. 30.

12 Art. 4 lid 1 Handelsnaamwet.

13 8 Del. Code §§ 131 & 132.

14 Zoals gemeld, ga ik uit van 'C'-Corporations. Delaware kent eveneens *Membership Corporations*, ook wel aangeduid met *Non-stock Corporations*; deze kennen geen aandeelhouders maar participanten.

15 8 Del. Code § 151. J.H. Choper/J.C. Coffee, Jr./C.R. Morris, Jr., *Cases and Materials on Corporations*, Third Edition, Little, Brown and Company, pp. 551 & 552.

16 8 Del. Code § 141 (a) en (b). Revised Model Business Corporation Act § 8.01. (a).

17 8 Del. Code § 211 (b). *Institutum of N.Am., Inc. v. Chandler*, Del. Ch., 534 A.2d 257 (1987).

18 Tenzij sprake is van een *Close Corporation* of tenzij in de akte van oprichting bestuursbevoegdheden zijn toebedeeld aan een zelfde, doch anders genaamd orgaan, hetwelk alsdan in de plaats treedt van de *board of directors*. 8 Del. Code § 141 (a).

19 'By-laws are rules and guidelines for the internal government and control of a corporation', Am Jur 2d § 310.

20 'All by-laws which are inconsistent with the charter or articles of incorporation of a corporation or with the governing law [General Corporation Law of the State of Delaware, HVV] are void', Am Jur 2d §§ 313 & 318. Van gelijke strekking: 8 Del. Code § 109 (b) en Centaur Partners, IV v. National Intergroup, Inc., Del. Supr., 582 A.2d 923 (1990).

21 Tenzij nog geen betaling op aandelen is ontvangen; in dat geval geschiedt wijziging door de *board of directors*. 8 Del. Code § 109 (a).

door de *Corporation* in Delaware te vervullen formaliteiten en neemt voor deze onder meer van de Amerikaanse instanties uitgaande ambtelijke stukken in ontvangst. De *registered agent* blijkt veelal ook de oprichter van de *Corporation*; daarnaast is het *registered office* van de *Corporation* vrijwel altijd op zijn adres gevestigd.

### Kapitaal en aandelen

Het kapitaal van een Delaware Corporation in Nederland is verdeeld in aandelen.<sup>14</sup> Dit kunnen aandelen met of zonder nominale waarde zijn, onderverdeeld naar *common* en *preferred stock*.<sup>15</sup>

*Common stock* betreft gewone aandelen zonder enig voorrecht ten opzichte van overige uit te geven aandelen. *Preferred stock* creëert enig voorrecht dat kan bestaan uit een voorrecht op uitkering van dividend, prioriteit en/of een voorrecht op het liquidatie-over-schot in geval van ontbinding.

In het algemeen wordt door Delaware Corporations (in Nederland) *common stock* zonder nominale waarde uitgegeven. Het maximum aantal uit te geven aandelen bedraagt veelal vijftienhonderd. Op aandelen kan normaliter stemrecht worden uitgeoefend.

Uitgifte van aandelen geschiedt door de *board of directors*. Voor uitgifte en levering van aandelen is geen notariële tussenkomst vereist. De *board of directors* bepaalt de prijs, de *consideration* van aandelen. Volstorting tot deze waarde kan onder bepaalde voorwaarden worden uitgesteld, totdat hiertoe wordt verzocht door de board of directors of door de curator in het faillissement van de *Corporation*.

Een verplichting tot het aanhouden van enig minimumkapitaal kent de Delaware Corporation naar het recht van Delaware niet. Met verwijzing naar eerder genoemd wetsvoorstel zal Nederlandse wetgeving hiertoe wellicht binnen afzienbare tijd verplichten.

### Bestuur

De *General Corporation Law of the State of Delaware* kent de onder haar bepalingen opgerichte Corporations de mogelijkheid toe om meerdere bestuurslagen in te stellen. Te onderscheiden is naar *directors*, *officers* en *committee-members*.

*Directors* maken deel uit van de *board of directors*, een soort raad van bestuur; de *board* bestaat uit een aantal van één of meer.<sup>16</sup> Verkiezing van *directors* dient jaarlijks te geschieden in de vergadering van aandeelhouders.<sup>17</sup> De *board of directors* is het eindverantwoordelijke orgaan en is belast met de leiding van de *Corporation*.

*Officers* zijn ondergeschikt aan directors en zijn belast met de leiding van de onderneming van de *Corporation*. Veel voorkomende benamingen voor *officers* zijn achtereenvolgens: *president*, *vice-president*, *secretary* en *treasurer*.

*Committee-members* zijn verenigd in (*executive*) *committees*. Een committee kan worden beschouwd als het bestuur over een divisie van de *Corporation*; aan het hoofd ervan staat een lid van de *board of directors*.

Het is niet verplicht enkele of alle voorgaande organen in te stellen; een Delaware Corporation kent echter in ieder geval een *board of directors*.<sup>18</sup> In de praktijk ziet men de functies van *director* en *officer(s)* veelal vervuld door één persoon, hetgeen naar het vennootschapsrecht van Delaware is toegestaan.

### Statuten en Bylaws

De inrichting van een Delaware Corporation wordt beheerst door dwingendrechtelijke bepalingen van de *General Corporation Law of the State of Delaware*, door de *Articles of Incorporation* (de bepalingen in de akte van oprichting) en de *Bylaws*. De akte van oprichting bevat slechts een zeer gering aantal statutaire bepalingen, die inhoudelijk vrijwel niets regelen met betrekking tot de inrichting en organisatie van de *Corporation*.

Regels die hierin voorzien worden derhalve opgenomen in *Bylaws*. Deze hebben de kracht van een reglement<sup>19</sup> en kunnen niet worden vereenzelvigd met statuten; hieraan zijn zij in geval van strijdigheid ondergeschikt.<sup>20</sup> Het opmaken van *Bylaws* is voor een Delaware Corporation niet verplicht.

Wijziging in statuten geschiedt door middel van wijziging van de akte van oprichting. Tot een wijziging kan worden besloten door de aandeelhouders van de *Corporation*, nadat deze is voorgesteld door de *board of directors*. Een gewijzigde akte van oprichting of een akte van wijziging dient te worden ingeschreven in het register van de *Division of Corporations* te Delaware; een afschrift hiervan wordt door deze afdeling ter deponering verzonden naar de *Recorder of Deeds*.

Wijziging in *Bylaws* geschiedt relatief eenvoudig; hiertoe wordt besloten door de aandeelhouders.<sup>21</sup> *Bylaws* worden niet ingeschreven noch gedeponereerd te Delaware; een wijziging hierin wordt in de boeken van de vennootschap gevoegd.

### Inschrijving in Nederland – het handelsregister

Nadat het afschrift van de akte van oprichting is ontvangen, kan de Delaware Corporation, indien zij een onderneming uitoefent of zal uitoefenen in Nederland, overeenkomstig het bepaalde in art. 15d Handelsregisterwet in het

**Een verplichting tot het  
aanhouden van enig  
minimumkapitaal kent  
de Delaware  
Corporation naar het  
recht van Delaware  
niet**

22 Art. 15 d lid 1 sub 1 juncto art. 15b lid 1 sub 3 Handelsregisterwet; vgl. eveneens de toelichting van de Kamers van Koophandel en Fabrieken op de formulieren die worden gebruikt voor het inschrijven van gegevens in het handelsregister.

23 Hierover o.m. I. Znidarsic, 'Slim alternatief voor de BV. De nieuwe sluipwegen', *Management Team*, 21 april 1992, p. 28 en W. Debets, 'Paal en perk stellen aan fraude Amerikaanse corporations', *Algemeen Politieblad*, nr. 20, 27 september 1986, p. 455.

24 Jaarlijks dient door en/of voor de Delaware Corporation een *annual franchise tax* report te worden ingevuld en te worden verzonden naar de *Secretary of State*; eveneens dient *annual franchise tax* te worden voldaan. Indien aan het voorgaande niet wordt voldaan, wordt na enige tijd het bestaansrecht aan de Corporation onttrokken. Deze sanctie wordt eveneens opgelegd indien niet wordt voldaan aan de eis van het aanhouden van een *registered agent* in de staat. Vgl. 8 Del. Code §§ 136 (c), 312 (b), 502, 510 en 511.

25 8 Del. Code § 284 (a). *Young v. National Ass'n for Advancement of White People*, Del. Ch., 109 A.2d 29 (Ch. 1954). *Craven v. Fifth Ward Republican Club, Inc.*, Del. Ch., 146 A.2d 400 (1958). Een Corporation kan echter tot twee jaar na oprichting op de plank blijven liggen, voordat een klacht ter zake geen gebruik wordt gehonoreerd. Gebruik van een Delaware Corporation door een criminele organisatie heeft in Nederland reeds geleid tot een uitspraak van de rechtbank Utrecht: KG 04.21.556/93, d.d. 3 augustus 1993. Hierover: Astrid K.H. Klein Sprokkelhorst, 'De fiscus en de 'corporate veil'', *Weekblad voor fiscaal recht*, 6089, 3 februari 1994, p. 161.

26 Zo blijkt uit een lopend onderzoek van mijn hand naar afwikkeling en achtergronden van faillissementen van Delaware Corporations met vestiging in Nederland.

27 J.A.J. van Velzen, *Rapport..* t.a.p., p. 39. Geregeld blijkt ook van economische delicten.

handelsregister worden ingeschreven. Het ruime statutaire doel is als doel van de onderneming niet toegestaan.<sup>22</sup> De Delaware Corporation als pseudo-buitenlandse vennootschap in Nederland heeft haar onderneming, de hoofdvestiging hier te lande. Nadat een Vpb- en BTW-nummer zijn aangevraagd kan de Corporation van start gaan als feitelijk in Nederland gevestigde naar buitenlands recht opgerichte vennootschap.

Dat vele (opgerichte) buitenlandse vennootschappen in Nederland, waaronder Delaware Corporations, niet in het handelsregister worden ingeschreven, maar hier te lande toch zaken doen is een bekend feit.<sup>23</sup>

Eveneens komt het voor dat zaken worden gedaan met een Delaware Corporation die nooit is opgericht of waaraan het bestaansrecht door bijvoorbeeld non-betaling van *franchise tax* is onttrokken.<sup>24</sup> Het verdient aanbeveling om bij twijfel het vennootschapsregister te Delaware te raadplegen; aldaar kan worden geïnformeerd naar het bestaan en de status van Corporations.

### Ontbinding

Ontbinding van de Corporation dient te geschieden door middel van registratie en deponering van een akte van ontbinding te Delaware.

Ontbinding kan wenselijk zijn indien de onderneming van een Delaware Corporation wordt overgeheveld naar een Nederlandse rechtsvorm, zoals een besloten vennootschap, of indien het faillissement van een Delaware Corporation is opgeheven wegens gebrek aan baten. Een veel voorkomend misverstand onder curatoren is het feit dat een Delaware Corporation net als een Nederlandse rechtsvorm als de besloten vennootschap van rechtswege ophoudt te bestaan indien het faillissement wordt opgeheven wegens gebrek aan baten. Na afwikkeling, althans opheffing van het faillissement naar Nederlands recht, waarop derhalve ook Nederlandse misbruikwetgeving van toepassing is, dient ter bewerkstelling van de ontbinding de daarvoor naar het recht van Delaware geldende procedure te worden gevolgd.

Ontbinding kan tevens worden bewerkstelligd indien van de Corporation misbruik (zoals fraude), oneigenlijk gebruik of geen gebruik wordt gemaakt.<sup>25</sup> Hiertoe dient de *Attorney General* te Delaware uit eigen beweging of op instigatie van enige derde, die het omstreden feit gemotiveerd kenbaar maakt, een (civiele) klacht in te dienen bij het gerecht in de *county* waarin het registered office van de Corporation is gevestigd.

### Aansprakelijkheid

Een Delaware Corporation kent rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid van haar aandeelhouders. In de praktijk blijkt echter geregeld van *'piercing the corporate veil'*. In faillissementen van Corporations worden bestuurders frequent in privé aansprakelijk gesteld.<sup>26</sup> Oorzaken hiervan zijn onder meer te vinden in het niet naleven van formaliteiten met betrekking tot het toepasselijke (vennootschaps)recht.<sup>27</sup> Onachtzaamheid voert in deze de boventoon.

### Slot

Aan onderzoeksgegevens, opgenomen in eerder vermeld rapport, kan het vermoeden worden ontleend dat vele 'Nederlandse' Delaware Corporations voldoen aan de in het wetsvoorstel opgenomen definitie van formeel buitenlandse vennootschap. Voor alle duidelijkheid – tevens verwijzend naar de ogenschijnlijke hausse in het aantal oprichtingen en inschrijvingen van (pseudo-)buitenlandse vennootschappen in de afgelopen maanden – dient te worden opgemerkt dat de voorgestelde wettelijke regeling tevens geldt voor reeds bestaande (en ingeschreven) vennootschappen. Deze dienen binnen drie maanden na inwerkingtreding van de wet aan de daarin opgenomen bepalingen te voldoen. De sanctie op niet-nakoming is hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders.

Een aanzienlijk aantal ontbindingen van onder meer Delaware Corporations in Nederland kan worden verwacht indien het wetsvoorstel onverkort tot wet verwordt. ■