

JBN 2011/55 Naar Bonaire, Sint Eustatius of Saba: buitenland of niet?

Juridische Berichten voor het Notariaat 2011/55

Titel	Naar Bonaire, Sint Eustatius of Saba: buitenland of niet?
Auteur	A.B. van Rijn, R.J. de Heer
Documentnummer	JBN 2011/55
Trefwoorden	Rechtspersonen, grensoverschrijdende omzetting rechtspersonen Koninkrijk der Nederlanden, Veiling, grensoverschrijdende omzetting rechtspersonen Koninkrijk der Nederlanden
Documentdatum	01-01-2011
Samenvatting	Grenzen aan grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen binnen het Koninkrijk der Nederlanden.

Naar Bonaire, Sint Eustatius of Saba: buitenland of niet?

Inleiding

Aan de staatkundige geschiedenis van het Koninkrijk der Nederlanden is op 10 oktober 2010 een nieuw hoofdstuk toegevoegd. De Nederlandse Antillen zoals we deze vanaf de inwerkingtreding van het Statuut in 1954 hebben gekend, zijn niet meer. Het Koninkrijk der Nederlanden bestaat sinds vorig najaar naast Nederland en Aruba uit de nieuwe landen Curaçao en Sint Maarten. De eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba (de BES-eilanden) zijn als openbare lichamen toegetreden tot het staatsbestel van Nederland. Aan beide kanten van de oceaan roepen de nieuwe verhoudingen juridische vragen op, bijvoorbeeld met betrekking tot de zetelverplaatsing en grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen. Betoogd wordt bijvoorbeeld dat het dankzij de staatkundige vernieuwingen voor rechtspersonen mogelijk is geworden om zich via de sluiproute van de BES toegang tot of juist een vlucht uit Nederland te verschaffen (J.W. Beerman en S.C. Roozendaal, 'Van Amsterdam naar Delaware of van Australië naar Amsterdam? Met de Antillen als tussenstop', in *V&O* 2010, nr. 12, p. 243-245.). Wij vragen ons af of deze stelling wel klopt.

Begripsbepaling

Volgens het in het Koninkrijk geldende incorporatiestelsel bepaalt de statutaire zetel van een rechtspersoon, onder het recht van welk land deze ressorteert. Verplaatsing van de statutaire zetel naar een ander land zorgt derhalve voor een gedaanteverwisseling. Dit is een metamorfose die niet principieel verschilt van de figuur die we kennen uit het Burgerlijk Wetboek, de grensoverschrijdende omzetting van een rechtspersoon (J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2008, p. 298). Beide begrippen zijn wettelijk op verschillende wijze geregeld. Voor wat betreft de zetelverplaatsing vormen artikel 38, lid 4 van het Statuut en de daarop gebaseerde Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen (*Stb.* 1976, 161) het belangrijkste wettelijke kader. De omzetting is geregeld in Boek 2 van de binnen de verschillende delen van het Koninkrijk geldende Burgerlijk Wetboeken.

Omzetting in het Nederlands BW

Grensoverschrijdende omzetting van een rechtspersoon is naar geldend Nederlands recht verboden. Voor de oprichting van bijvoorbeeld een bv geldt op grond van artikel 2:177 lid 1 en 3 BW de eis dat haar statutaire zetel in Nederland moet zijn gelegen. Deze oprichtingseis is ingevolge artikel 2:25 BW dwingend van aard en zoals blijkt uit artikel 10:119 BW en de toelichting daarbij speelt deze ook bij beëindiging en omzetting van rechtspersonen een rol (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 68). Zowel de zogenoemde *inbound*- als de *outbound*-omzetting vallen onder het verbod. Aan beide verschijningsvormen heeft de

wetgever een verschillende rechtvaardiging ten grondslag gelegd. De outbound-omzetting, waarbij een Nederlandse rechtspersoon zich aan de werking van het Nederlands recht onttrekt door een vertrek naar het buitenland, is verboden ter bescherming van de rechtszekerheid van minderheidsaandeelhouders en schuldeisers. Ook speelden voor de wetgever argumenten van fiscale aard, zoals het risico op belastingvlucht, een rol (*Kamerstukken II 1992/93*, 23 316, nr. 3, p. 2). De inbound-omzetting, waarbij een buitenlandse rechtspersoon zich onder het Nederlands recht schaart, heeft de wetgever vooral willen verbieden met het oog op de geldende strenge oprichtingsvereisten. Inbound-omzetting zou de controle op deze eisen aanzienlijk bemoeilijken, bijvoorbeeld waar het preventief antecedentenonderzoek naar aandeelhouders en bestuurders in het kader van artikel 2:68 BW aan de orde is (*Kamerstukken II 1993/94*, 23 316, nr. 5, p. 1-2).

Omzetting in de BW's van Curaçao, Sint Maarten en de BES

Tot voor kort gold op Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden het Nederlands-Antilliaans Burgerlijk Wetboek (BWNA). Aan deze situatie kwam op 10 oktober 2010 formeel een einde, materieel echter niet, ook voor de BES-eilanden. Hoewel de BES-eilanden zijn toegetreten tot het Nederlands staatsbestel, is de Nederlandse wet- en regelgeving er niet automatisch van toepassing geworden. Veel van de Antilliaanse regelingen hebben net als op Curaçao en Sint Maarten ook op de BES-eilanden - in ieder geval vooralsnog - hun geldigheid behouden. Op grond van artikel 2, lid 1 van de Invoeringswet BES en de bij deze wet behorende bijlage is het BWNA een daarvan. Het BWNA heet nu BW BES, maar heeft zijn geldigheid integraal behouden. De omzetting is net als in het Nederlands BW geregeld in Boek 2. Op grond van de artikelen 300 en 302 staat het BW BES een rechtspersoon toe zich van de ene vorm in een andere om te zetten. Speciaal verdienen hier de artikelen 303, lid 1, 304 en 305 BW BES de aandacht. Het eerste van deze drie artikelen staat gebruik van de omzettingsregeling toe aan buitenlandse rechtspersonen, mits het recht waaronder die rechtspersonen ressorteren zich daartegen niet verzet. De artikelen 304 en 305 bieden omgekeerd Antilliaanse rechtspersonen de mogelijkheid zich naar een buitenlandse rechtspersoon om te zetten. Dit op voorwaarde dat het recht van het land van bestemming aan de omzetting de voortzetting van de rechtspersoon in dezelfde vorm verbindt.

De BES: Nederland of buitenland?

Het voorgaande roept vragen op over invulling van het begrip 'buitenland', of eigenlijk over de inhoud van de term 'Nederland' in de diverse regelingen. Een antwoord hierop kan om te beginnen worden gevonden in de geschiedenis van Boek 2 BWNA. Hieruit blijkt dat de Antilliaanse wetgever op meerdere terreinen bewust heeft gekozen voor een onderscheid in regelgeving tussen het Caribische en het Europese deel van het Koninkrijk en Nederland in zoverre als buitenland wilde beschouwen. Zo werd bij de herziening van het BWNA in de jaren negentig een groot deel van het Nederlandse nieuw BW overgenomen. De invloed van het Europese recht op het Nederlandse rechtspersonen- en vennootschapsrecht van het nieuwe BW zorgde echter dat Boek 2 van het Nederlands BW slecht aansloot bij de veel meer op Amerika gerichte Antilliaanse praktijk. Daarnaast maakten de verschillen in sociaalmaatschappelijke verhoudingen overname van het Nederlandse Boek 2 niet wenselijk. Het rechtspersonen- en vennootschapsrecht werd daarom specifiek aangepast aan de situatie in het Caribische deel van het Koninkrijk (M.A. Loth, J. Sybesma et al., *Hoofdstukken Nederlands-Antilliaans en Arubaans recht*, Den Haag: BJu 2003, p. 12-13). Deze argumenten hebben niets van hun geldigheid verloren wanneer het gaat om de definiëring van de nieuwe verhouding tussen de BES-eilanden en Nederland. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Invoeringswet BES. In de toelichting bij artikel 4 van deze wet is aangegeven dat ook in de omgekeerde situatie voor Nederlandse regelgeving die niet van toepassing is geworden op de BES-eilanden begrippen als 'buitenland' en 'derde landen' op de BES-eilanden van toepassing blijven (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 957, nr. 3, p. 19). De wetgever geeft hiermee aan de bestaande verhoudingen niet te willen wijzigen. In de zin van het BW blijven het Europese deel van Nederland en de BES-eilanden derhalve voor elkaar als buitenland gelden.

Zetelverplaatsing

Omzetting van rechtspersonen is privaatrechtelijk geregeld, maar zoals opgemerkt bevat het Statuut (in artikel 38, lid 4) een bijzondere regeling op koninkrijksniveau voor de zetelverplaatsing. Deze is uitgewerkt in de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing, ingevolge waarvan zetelverplaatsing van een rechtspersoon onderhevig is aan goedkeuring door de

Minister van Justitie van het betrokken land van het Koninkrijk. Artikel 6 van de Rijkswet bepaalt daarvoor het toetsingskader. De kern van deze toets bestaat uit handhaving van de vennootschapsrechtelijke eisen die eerder in het kader van de omzetting aan bod kwamen. Deze heeft de wetgever nadrukkelijk niet buiten spel willen zetten (*Kamerstukken II* 1965/66, 8022, p. 2). Zetelverplaatsing is in het incorporatiestelsel niets anders dan een grensoverschrijdende omzetting. Op grond van de onderdelen b en c van artikel 6 moeten daarom zowel de inhoud als de wijze van totstand koming van de statutenwijziging voldoen aan het vennootschapsrecht dat in het desbetreffende land van het Koninkrijk geldt. Slechts in buitengewone omstandigheden, zoals oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar of revolutie bestaat een bijzondere verhouding tussen de verschillende Koninkrijksdelen. Artikel 6 creëert in onderdeel a voor dergelijke situaties (en alleen dan) een uitzondering in die zin dat zetelverplaatsing van het ene naar het andere land in die situaties wel is toegestaan.

Conclusie

Naar Nederlands recht is grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen verboden. De BES-eilanden zijn sinds 10 oktober 2010 onderdeel van het staatsbestel van Nederland. Op grond daarvan wordt wel gesuggereerd dat een verplaatsing van een rechtspersoon naar dit gedeelte van het Koninkrijk niet langer onder het omzettingsverbod van Boek 2 BW valt. Deze opvatting vindt naar onze mening geen steun in het recht. Allereerst zou dan ten onrechte voorbij worden gegaan aan het feit dat Nederland en de BES-eilanden in de zin van het BW gelden als elkaars buitenland. Op het gebied van het rechtspersonen- en vennootschapsrecht zijn Nederland en de Antillen bewust hun eigen weg gegaan. De omstandigheid dat de BES-eilanden deel zijn gaan uitmaken van het Nederlandse staatsbestel en het begrip 'Nederland' daardoor in sommige opzichten een andere betekenis heeft gekregen, heeft daaraan niets veranderd, zoals onder meer blijkt uit de Invoeringswet BES en de toelichting daarbij. Nederlandse vennootschapsrechtelijke eisen blijven in de weg staan aan het vervullen van de voorwaarden die het BW BES stelt aan grensoverschrijdende omzetting. Bovendien zou met het relativeren van het omzettingsverbod de plaats worden miskend die het Statuut en de daarop gebaseerde Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing innemen. Binnen het Koninkrijk kan een grensoverschrijdende omzetting in de vorm van een zetelverplaatsing enkel geschieden indien aan de eisen van artikel 6 van deze rijkswet is voldaan. De kern van deze toets bestaat uit handhaving van de vennootschapsrechtelijke eisen die in de verschillende delen van het Koninkrijk volgens het BW aldaar gelden voor omzetting. Alleen voor buitengewone omstandigheden zoals oorlog en revolutie creëert de het koninkrijksrecht daarop een uitzondering.

A.B. van Rijn

Advocaat in Den Haag en buitengewoon hoogleraar Staatsrecht en staatkundige vernieuwing aan de University of Curaçao

R.J. de Heer

Student Rechtsgeleerdheid en Politicologie aan de Universiteit Leiden