

# Kan een Delaware Corporation haar statutaire zetel in Nederland hebben?

Ktg Rotterdam 28 februari 1992, rep. nr. 5342/91-HA 1 (ongepubliceerd)

Mw. mr. M. Y. Nethe\*

**Dient een buitenlandse vennootschap op basis van het Nederlandse recht haar statutaire zetel in het land van oprichting te hebben? Bevestiging incorporatieleer; vereisten voor erkenning van buitenlandse vennootschappen.**

## Feiten

Op 27 november 1991 is door een advocaat te Zwolle, de akte van oprichting opgemaakt van B.N.C. Holland Inc. (hierna BNC). De 'registered office' evenals de 'registered agent' van deze Amerikaanse vennootschap is gevestigd in de Staat Delaware.

De oprichting van BNC vindt plaats op 24 januari 1992. Op die datum heeft de secretaris van de Staat Delaware een 'certificate of incorporation', een constitutioneel vereiste voor oprichting, afgegeven. Deze verklaring houdt in dat BNC rechtsgeldig is opgericht volgens de wetten van de Staat Delaware.

Directrice Boom zorgt voor de inschrijving van de onderneming van BNC in het door de Kamer van Koophandel te Rotterdam gehouden handelsregister (art. 12 Hrw). Als zaakadres van BNC wordt opgegeven een adres te Rotterdam en als statutaire zetel: Zwolle (de plaats waar de oprichtingsakte is opgemaakt, niet te verwarren met de plaats waar de oprichting is voltooid).

De Rotterdamse Kamer verzoekt de kantonrechter de inschrijving van de onderneming door te halen op de voet van art. 28 Hrw. Als grondslag van het verzoek voert zij aan dat BNC niet kan worden erkend en zelfstandige rechtspersoonlijkheid mist. Voor erkenning is noodzakelijk, aldus de Kamer, dat BNC: a) rechtsgeldig is opgericht, en b) haar statutaire zetel in de Staat Delaware heeft<sup>1</sup>.

Procesgemachtigde Lenstra verdedigt daarentegen dat het hebben van een statutaire zetel hier te lande geen belemmering vormt om BNC te erkennen. Hij beroept zich op hetgeen Vlas heeft gesteld in zijn dissertatie. Volgens Vlas kan een vreemde vennootschap haar statutaire zetel hier te lande hebben, mits het vreemde incorporatierecht de statutaire zetel buiten de staat-van-rechtskeuze toestaat<sup>2</sup>. De Kamer beroept zich op hetgeen Van der Grinten in het Handboek stelt:

'De buitenlandse vennootschap behoeft geen andere band met het buitenland te hebben dan dat zij naar het recht van een vreemde

staat is opgericht en *aldaar statutair gevestigd is*<sup>3</sup>.'

Uit bovenvermeld citaat leidt de Kamer af, dat een vreemde vennootschap op basis van het *Nederlandse recht* haar statutaire zetel in het land van oprichting dient te hebben<sup>4</sup>.

## Beslissing

'Het geschil betreft de vraag of BNC Holland, als een naar het recht van een vreemde staat opgerichte rechtspersoon, statutair gevestigd te Nederland, hier te lande erkend kan worden als zelfstandige rechtspersoon.

Vast is komen te staan dat de oprichting van de vennootschap voldoet aan de eisen die de wetten van de Staat Delaware daaraan stellen; er is een registered office in Delaware en de vennootschap wordt door de bevoegde autoriteiten in Delaware erkend.

Nederland hangt inderdaad de incorporatieleer aan zoals ook volgt uit de Wet van 25 juli 1959 (Stb 256), de invoeringswet van het overigens nog niet in werking getreden verdrag van 's-Gravenhage d.d. 1 juli 1956 nopens de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen.

BNC Holland haakt volledig aan bij het standpunt van Vlas zoals verwoord in genoemde dissertatie op bladzijde 53 en 54. Vlas tekent daarbij echter nadrukkelijk aan, dat het incorporatierecht de aanwijzing van de statutaire zetel buiten de staat mogelijk moet maken. De Kamer van Koophandel beroept zich op Van der Grinten in zijn handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap, 11e druk bladzijde 123 e.v., die stelt dat naar Nederlands recht een door vreemd recht beheerste vennootschap niet statutair in Nederland gevestigd kan zijn. Ook mr. W.R. Veldhuijzen, in zijn werk Handelsregister, Verenigings- en Stichtingenregister, verschenen in 1986 in de serie Praktijkhandleiding, stelt dat Nederland de incorporatieleer aanhangt, maar verbindt daaraan direct de conclusie, dat dit inhoudt dat de vennootschap wordt beheerst door het recht van het land van oprichting *en* van de statutaire zetel.

Naar het oordeel van de kantonrechter berust het standpunt van BNC Holland op een onjuiste lezing van de General Corporation Law van de Staat Delaware en (dientengevolge) op een onjuiste uitleg van het hierboven geciteerde standpunt van Vlas:

BNC Holland gaat ervan uit dat de plaats van (de voorbereide, MN) oprichting ook de statutaire zetel van de vennootschap is. Naar het oordeel van de kantonrechter dient echter par. 131 van de General Corporation Law (...) aldus te worden gelezen, dat de statutaire zetel van de vennootschap overeenkomt met de registered office. De bedoeling van het hebben van een registered office kan toch alleen zijn om daarmee duidelijk te maken door welk recht de vennootschap wordt beheerst (gelijk als bij de statutaire zetel). Genoemde wet geeft verder de mogelijkheid om het zaakadres buiten de Staat te hebben, terwijl ook de (voorbereiding van de, MN) oprichting van de vennootschap niet in Delaware behoeft plaats te vinden (de te Zwolle opgerichte (althans voorbereide, MN) vennootschap is immers in Delaware erkend). Het daarnaast dan nog hebben van een statutaire zetel buiten Delaware heeft geen betekenis.

Naar het oordeel van de kantonrechter staat het incorporatierecht in deze dan ook niet toe de statutaire zetel buiten Delaware te hebben. Met alle hierboven geciteerde auteurs komt de kantonrechter dan ook tot de conclusie dat erkenning in Nederland van een "Delaware-vennootschap" met een statutaire vestiging buiten die staat niet mogelijk is.

In het onderhavige geval betekent dit echter niet dat de vennootschap in het geheel niet erkend kan worden; immers, BNC Holland stelt statutair gevestigd te zijn in Zwolle, welk standpunt de Kamer van Koophandel niet weerspreekt, maar uit het bovenstaande volgt dat BNC Holland statutair is gevestigd te Delaware op het adres van the registered office en derhalve voldoet aan de voorschriften die het incorporatierecht in deze stelt.

De vennootschap kan derhalve erkend worden, maar BNC Holland heeft een onjuist adres verstrekt m.b.t. haar statutaire vestiging. Er dient derhalve een wijziging van de inschrijving plaats te vinden. Een verzoek tot gelasting van die wijziging is echter niet gedaan.

Het verzoek tot gelasting van doorhaling van de inschrijving dient derhalve te worden afgevoerd.

\* Universitair docent, verbonden aan de vakgroep Handelsrecht en Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen.

1. Art. 1 Verdrag inzake de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen noemt eveneens als voorwaarde voor de erkenning dat de statutaire zetel zich in het oprichtingsland bevindt. Dit Haagse Verdrag van 1 juni 1956 (Trb. 1956, 131), dat overigens nog niet in werking is getreden, zou een zekere reflexwerking kunnen hebben.

2. Vlas, P., Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht, dissertatie, serie uitgaven vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 23, Kluwer Deventer, 1982, blz. 53-54.

3. Van der Heijden-Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, 11e druk 1989, nr. 82.

4. Vlas, dissertatie (zie noot 2), blz. 53, geeft dezelfde uitleg aan de geciteerde passage uit het Handboek.

**Commentaar**

- De volgende vragen dringen zich op:
1. waarom wil BNC haar statutaire zetel in Nederland hebben?
  2. welke rol speelt de statutaire zetel bij de vaststelling welk recht BNC beheerst?
  3. welke rol speelt de statutaire zetel bij de erkenning van BNC?
  4. is een 'registered office' te vergelijken met 'onze' statutaire zetel?

Voor zowel het aspect van het toepasselijke recht als dat van de erkenning dient in aanmerking te worden genomen dat bij gebrek aan verdragen en andere regelingen teruggevallen dient te worden op ongeschreven regels van internationaal privaatrecht.

*Ad 1*

Wanneer BNC haar statutaire zetel in Nederland heeft, wordt een voor managers van vreemde vennootschappen bezwarende bepaling: art. 16c lid 1 sub a Coördinatiewet Sociale Verzekering ontweken<sup>5</sup>. Deze bepaling ziet op een hoofdelijke aansprakelijkstelling van een in Nederland wonende bestuurder (of leider van de vaste inrichting of persoon die leiding geeft aan de werkzaamheden in Nederland) voor niet betaalde sociale premies indien de statutaire vestigingsplaats<sup>6</sup> van de werkgever *buiten* Nederland ligt. Deze aansprakelijkstellingen kunnen plaatsvinden ongeacht of sprake is van onbehoorlijk bestuur.

*Ad 2*

In Nederland wordt de incorporatieleer aangehangen<sup>7</sup>. Deze leer wordt ook wel de leer van de statutaire zetel genoemd. Zij houdt kortgezegd in dat het recht dat de oprichters hebben beoogd, de oprichting, de inrichting en de ontbinding van de vennootschap beheerst. Niet in geschil is dat het door de oprichter beoogde rechtsstelsel dat van de Staat Delaware is. Het certificate of incorporation bevestigt de staat-van-rechtskeuze. Aan een eventuele statutaire zetel buiten de staat-van-rechtskeuze wordt geen waarde gehecht als het gaat om het bepalen van het toepasselijke recht. Hierop doelt de kantonrechter wanneer hij stelt:

'Het daarnaast dan nog hebben van een statutaire zetel buiten Delaware heeft geen betekenis.'

Wellicht bestond bij de Rotterdamse Kamer de vrees dat een statutaire zetel h.t.l. met zich mee zou brengen dat twee rechtsstelsels BNC zouden gaan beheersen. Die vrees is ongegrond. Indien het recht van het oprichtingsland (staat-

van-rechtskeuze) niet overeenkomt met het recht van de staat van de statutaire zetel, wordt in de incorporatietheorie uitsluitend het recht van het oprichtingsland als het toepasselijke recht aangemerkt<sup>8</sup>.

In landen die de incorporatieleer aanhangen, staat de rechtskeuze van de oprichter(s) voorop. De plaats van de statutaire zetel is naar Amerikaans recht<sup>9</sup> zelfs in het geheel geen aanknopingsfactor om het toepasselijke recht te bepalen. In ons land wordt het recht van de statutaire zetel slechts als subsidiaire aanknopingsfactor<sup>10</sup> genoemd. De functie van de statutaire zetel teneinde het toepasselijke recht te bepalen, wordt mijns inziens dan ook overschat wanneer de kantonrechter (in een overweging ten overvloede) stelt dat de statutaire zetel ten doel heeft duidelijk te maken door welk recht de vennootschap wordt beheerst.

*Ad 3*

De problematiek van de erkenning kan worden onderscheiden, doch kan niet worden gescheiden van de aanknopingsfactor voor het toepasselijke recht. Voor de erkenning (in ruime zin) van een vreemde vennootschap h.t.l. gelden de eisen dat de vennootschap:

1. rechtsgeldig is opgericht (bestaat) en
2. voldoet aan de regels die haar beheersen.

Welke rechtsregels de vreemde vennootschap beheersen, hangt af van de leer die het land dat met de erkenning wordt geconfronteerd, aanhangt: de incorporatieleer of de leer van de werkelijke zetel.

De kantonrechter gaat na of aan beide erkenningsvereisten is voldaan. Onvoldoende voor erkenning van BNC is, dat zij krachtens het incorporatierecht rechtsgeldig is opgericht en dus bestaat. Voor erkenning acht hij tevens noodzakelijk dat vast komt te staan dat BNC ook qua inrichting voldoet aan de voorschriften van het incorporatierecht. Impliciet wijst de kantonrechter de door de Kamer genoemde erkenningseis: een vreemde vennootschap dient naar Nederlands recht haar statutaire zetel in het land van oprichting te hebben, af.

Door te onderzoeken of *naar het incorporatierecht* (en niet naar Nederlands recht, zoals de Kamer uit het Handboek meent op te maken<sup>11</sup>) de statutaire zetel buiten de staat-van-rechtskeuze kan liggen, wordt gecontroleerd of BNC voldoet aan de regels die haar beheersen, hetgeen noodzakelijk is om tot haar erkenning (in ruime zin) te komen.

Voor de erkenning van een vreemde vennootschap geldt slechts de eis dat de

vreemde vennootschap is opgericht conform en voldoet aan alle voorschriften van het incorporatierecht. Wanneer van de mogelijkheid gebruik wordt gemaakt om de statutaire zetel van de vreemde vennootschap in Nederland te vestigen, staat niets aan de erkenning van deze vreemde vennootschap in de weg<sup>12</sup>. De plaats van de statutaire zetel speelt, zolang geen onduidelijkheid bestaat over het recht dat de oprichters hebben beoogd, slechts een rol als één van de voorschriften van het toepasselijke recht waaraan moet zijn voldaan om de vreemde vennootschap te erkennen.

*Ad 4*

Dat een registered office te vergelijken is met onze statutaire zetel en deze niet in Nederland mag liggen, vloeit voort uit par. 131 van de General Corporation Law van de Staat Delaware. Deze bepaling luidt:

'Every corporation shall have and *maintain in this State* a registered office which may, but need not be, the same as its place of business.'

De (min of meer statische) plaats van de registered office kan maar behoeft niet samen te vallen met het (feitelijke) zaakadres (the place of business of the

5. Dit motief wordt in de noot 15 vermelde proefprocedure genoemd.

6. De CRvB heeft uitgemaakt dat onder woon- of vestigingsplaats in de zin van art. 16c lid 1 sub a CSV het civielrechtelijk begrip woonplaats moet worden verstaan. CRvB 8 april 1991, AB 1991, 492.

7. Art. 1 Wet van 25 juli 1959, Stb. 256 en HR 20 april 1990, NJ 1991, 560 nt JCS (Natco) besproken door Vlas in TVVS 1990, blz. 203 e.v.

8. Vlas, dissertatie (zie noot 2), blz. 52.

9. Scoles, E.F., Hay, P., Conflict of Laws, Hornbook series, 1982, blz. 886 stellen: 'the domicile concept serves no useful purpose: the reference to the law of incorporation is enough for most choice-of-law purposes.' De domicile c.q. registered office heeft wel een functie voor het bepalen van de rechtsmacht. Zie ad 4.

10. Vlas spreekt van een nevenaanknopingsfactor. Vlas, dissertatie (zie noot 2), blz. 52.

11. Naar mijn mening kan uit de geciteerde passage uit het Handboek (zie noot 3) waarop de Kamer zich beroept niet worden afgeleid op grond waarvan (incorporatierecht?, Nederlands recht, omdat de alinea begint met de woorden: 'Hoofddregel in ons recht is?', reflexwerking Haags Verdrag?) de erkenningseis zou gelden dat de statutaire zetel in het land van oprichting moet liggen.

12. In dezelfde zin: Brood, E.A., De vestigingsplaats van vennootschappen, dissertatie, Kluwer Deventer 1989, blz. 71 (terzake van de mogelijkheid om bij statutenwijziging een vestigingsplaats buiten de staat van oprichting te kiezen).

corporation). Diverse Amerikaanse staten waaronder die van Delaware vereisen een besluit van het bestuur om de registered office door middel van een statutenwijziging te kunnen wijzigen<sup>13</sup>. De registered office van een Delaware Corporation kan slechts binnen die Staat worden verplaatst.

Het recht van de Staat Delaware kent naast de registered office een verplicht aan te wijzen 'registered agent' in die Staat. Deze zaakgelastigde (in casu een advocatenkantoor) moet een woonplaats hebben die samenvalt met de plaats van de registered office van de vennootschap. Een te allen tijde uit de statuten (articles of incorporation) kenbare woonplaats van de vennootschap in samenhang met het adres van zaakgelastigde leidt ertoe dat een ondernemingsloze vennootschap (of een vennootschap met een zaaksadres in een andere staat dan de staat-van-rechtskeuze) vrij-

wel altijd een adres heeft in de staat-van-rechtskeuze. De aanwijzing van een registered agent geschiedt uit oogpunt van procesdoeleinden (domicile for service of process).

In Nederland daarentegen is het lastig om processtukken aan een 'lege' vennootschap te betekenen, omdat een adres van de vennootschap waarvan de activiteiten zijn gestaakt (of nimmer zijn aangevangen) veelal ontbreekt. Wanneer tevens de adressen van de bestuurders gedateerd zijn, kan de bekendmaking van een vordering van het Openbaar Ministerie tot ontbinding ex art. 185 (74) lid 1 BW voor problemen zorgen<sup>14</sup>.

De conclusie is dat een vreemde vennootschap de (theoretische) mogelijkheid heeft om, ongehinderd door een rechtsregel van Nederlands recht en met

inachtneming van het incorporatierecht, haar statutaire zetel in Nederland te vestigen. Voor een Delaware Corporation ontbreekt deze mogelijkheid, omdat het recht van die Staat dit niet toestaat<sup>15</sup>.

*Mw. mr. M. Y. Nethé*

13. Par. 133 General Corporation Law.

14. Het dure middel van oproeping via een landelijk verspreid dagblad (art. 4 sub 7 Rv) biedt in dergelijke gevallen soelaas.

15. Dit standpunt is herhaald door dezelfde kantonrechter te Rotterdam (mr. R. Veenendaal) in een proefprocedure die de Rotterdamse Kamer is gestart tegen een andere Delaware Corporation met statutaire zetel te Zwolle. In deze procedure staat met name de uitleg van de term registered office centraal en niet de erkenningsproblematiek. Ktg. Rotterdam 30 juni 1992, rep. nr. 4515/92 Holland Handel & Beheer Inc. Tegen deze beschikking is hoger beroep ingesteld.