

Vertrek naar het buitenland – grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een Duitse GmbH

Het thema van deze nieuwsbrief is – evenals van de vorige nieuwsbrief – de Duitse Wet ter modernisering van het GmbH-recht en ter bestrijding van misbruiken¹ (MoMiG). Met de Wet MoMiG staat in de Bondsrepubliek Duitsland de belangrijkste verandering van de regelgeving omtrent besloten vennootschappen sinds 1980 voor de deur. Het definitieve wetsontwerp MoMiG is inmiddels in parlementaire behandeling en zal naar alle vooruitzichten in het derde kwartaal van 2008 in werking treden. In het wetsontwerp van de Wet MoMiG wordt de regelgeving omtrent GmbH's zodanig aangepast, dat een grensoverschrijdende gebruikmaking van de rechtspersonenvorm 'GmbH' mogelijk wordt. In deze bijdrage worden de nu geldende regelgeving en de consequenties van de geplande wetswijziging nader belicht aan de hand van navolgende casus.



Andreas Lutze



Jochen Haukes

Casus:

GmbH X staat in Keulen ingeschreven in het handelsregister (statutaire zetel). Het dagelijks bestuur van de GmbH is aanvankelijk eveneens in Keulen gevestigd, maar het bestuur wil de werkelijke bestuurszetel thans naar Amsterdam verplaatsen. Is dit conform de Duitse wetgeving?

Huidige regelgeving

Het Duitse recht maakt onderscheid tussen de statutaire zetel enerzijds en de werkelijke bestuurszetel anderzijds. In artikel 4a lid 2 GmbHG is bepaald dat (a) de plaats waar de rechtspersoon haar activiteiten ontplooit, (b) de dagelijks bestuur van de rechtspersoon zich bevindt of (c) waar het bestuur feitelijk uitgeoefend wordt, in de statuten dient te worden vastgelegd. Besluit de rechtspersoon haar werkelijke bestuurszetel of haar statutaire zetel

¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

naar een andere lidstaat van de Europese Unie te verplaatsen, dan leidt dit dwingend tot ontbinding en afwikkeling van de onderneming. Wordt echter slechts de werkelijke bestuurszetel van de rechtspersoon naar het buitenland verplaatst en blijft de statutaire zetel in Duitsland (divergentie), dan erkent het Duitse recht een dergelijke divergentie slechts dan, indien via de hoofdvestiging nog betrekkingen bestaan naar Duitsland, bijvoorbeeld doordat er zakelijke activiteiten aan de statutaire zetel plaatsvinden.

De ontbinding en afwikkeling van een rechtspersoon als gevolg van zetelverplaatsing naar het buitenland is niet strijdig met Europese regelgeving. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft de afgelopen jaren in diverse uitspraken de vestigingsvrijheid volgens art. 38 en 43 van het EG-verdrag voor de zetelverplaatsing van rechtspersonen uit een lidstaat naar een andere lidstaat geconcretiseerd en uitgelegd.

De belangrijkste precedentes van grensoverschrijdende zetelverplaatsing van rechtspersonen binnen de Europese Unie vormen de beslissingen inzake 'Centros', 'Überseering' en 'Inspire Art'. In deze beslissingen heeft het Europees Gerechtshof diverse regelingen van lidstaten die het **toelaten** van buitenlandse rechtspersonen op een of andere wijze aan banden legden, voor strijdig verklaart met Europese regelgeving.² Het recht van vestiging komt eveneens toe aan een onderneming met werkelijke bestuurszetel in een andere lidstaat dan de lidstaat van oprichting. Volgens deze uitspraken dient dus de toelattende lidstaat de rechtsvorm van de betreffende rechtspersoon conform de regels van de lidstaat waar de onderneming is opgericht te erkennen.

In bovengenoemde casus zou dit betekenen dat Nederland de GmbH X in de vorm van een Duitse GmbH dient te erkennen, ongeacht de verplaatsing van haar werkelijke bestuurszetel naar Amsterdam.

Ten aanzien van nationale wet- en regelgeving van lidstaten die het **vertrek** van hoofdvestigingen van rechtspersonen naar een andere Europese lidstaat beperken, heeft het Europees Gerechtshof tot dusver in het besluit 'Daily Mail' nog terughoudend geoordeeld. Volgens deze uitspraak is het in overeenstemming met de vestigingsvrijheid, indien de lidstaat die wordt verlaten – in het geval van GmbH X dus Duitsland – de verplaatsing van de werkelijke bestuurszetel van een rechtspersoon naar het buitenland beperkt. Of de strekking van het begrip vrijheid van vestiging ook uitgelegd kan worden naar gevallen van ondernemingen die

² Zoals de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.

hun land van oprichting verlaten, zal het Europees Gerechtshof binnenkort in de rechtszaak 'Cartesio' beslissen.

Beoogde wettelijke veranderingen

In het voorgaande is uiteengezet dat het is toegestaan wanneer een buitenlandse rechtspersoon, zoals een Nederlandse B.V. of een Engelse Ltd., gebruik maakt van haar vrijheid van vestiging en haar werkelijke bestuurszetel naar Duitsland verplaatst met behoud van haar rechtsvorm uit de oorspronkelijke buitenlandse lidstaat. Dit gegeven leidt tot een concurrentienadeel voor de Duitse GmbH ten opzichte van buitenlandse rechtspersoonsvormen. Met de Wet MoMiG beoogt de Duitse wetgever dit concurrentienadeel van Duitse GmbH's ten opzichte van buitenlandse rechtspersoonsvormen op te heffen. De regeling van artikel 4a lid 2 GmbHG (nieuw) luidt als volgt: 'Zetel van de rechtspersoon is de plaats in het binnenland, zoals in de statuten wordt bepaald.' Naar de heersende mening zal het door deze formulering mogelijk worden dat de statutaire zetel in de toekomst afwijkt van de werkelijke bestuurszetel.

In de casus van GmbH X zou het bestuur van GmbH X in de toekomst derhalve haar werkelijke bestuurszetel naar Amsterdam mogen verplaatsen.

Met deze nieuwe regeling beoogt de Duitse wetgever enerzijds het een concernmoeder mogelijk te maken een Duitse GmbH op te richten en vervolgens de werkelijke bestuurszetel evenals alle bedrijfsactiviteiten naar het buitenland te verplaatsen. Anderzijds streeft de wetgever ernaar de rechtspersoonenvorm van een Duitse GmbH open te stellen voor buitenlandse ondernemers, die hun bedrijfsactiviteiten geheel of overwegend buiten Duitsland uitoefenen. Er mag van uitgegaan worden dat de Duitse rechtbanken zich in de interpretatie van de Wet MoMiG zullen aansluiten bij de doelstelling van de Duitse wetgever.

Mogelijkerwijs zal het Europees Gerechtshof de Duitse rechters hierbij een handje helpen, indien zij in de aanhangige rechtszaak 'Cartesio' oordeelt dat de vestigingsvrijheid ook betrekking heeft op het geval dat een onderneming het land van oprichting verlaat.

In ieder geval is het echter raadzaam om vooraf de fiscale gevolgen van een dergelijke stap in kaart te brengen. De verplaatsing van de werkelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat kan immers tot een fiscale vaste inrichting in deze lidstaat leiden.

Conclusie

Na het inkrachtreden van de Wet MoMiG mag de werkelijke bestuurszetel van een Duitse GmbH zich in het (Europese) buitenland bevinden, zolang dat de statutaire zetel in Duitsland blijft. Dit maakt het voor Nederlandse ondernemingen aantrekkelijker om een Duitse dochter-GmbH op te richten en deze – onder inachtneming van de fiscale gevolgen – vervolgens feitelijk vanuit Nederland te besturen.

april 2008

Lutze · Haukes Rechtsanwälte

Hoffmannallee 55

47533 Kleve

Tel.: +49 (0) 2821 – 71 30 79-0

Fax: +49 (0) 2821 – 71 30 79-9

lutze@lutze-haukes.de

www.ondernemingsrecht-duitsland.de

Als u wilt dat we uw naam van onze verzendlijst verwijderen, [klijkt u hier](#).

© Deze nieuwsbrief dient ter informatie van de lezer. Het betreft geen individueel advies, inlichting of een bindende offerte en is ook niet geschikt om een persoonlijk advies te vervangen. Hoewel aan deze nieuwsbrief grote zorg is besteed, geeft Lutze · Haukes Rechtsanwälte geen garantie of waarborgen, noch aanvaardt Lutze · Haukes Rechtsanwälte aansprakelijkheid op enig andere wijze voor de inhoud van deze nieuwsbrief. De inhoud van deze nieuwsbrief is het intellectueel eigendom van Lutze · Haukes Rechtsanwälte. Voor de verspreiding, vermenigvuldiging, verandering of publicatie van de inhoud of een gedeelte van de inhoud is toestemming van Lutze · Haukes Rechtsanwälte vereist.