

De gevolgen van de opheffing van de Nederlandse Antillen voor de ondernemings- en financieringspraktijk: een puzzel met een paar ontbrekende stukjes

45

1. Inleiding

De Nederlandse Antillen zijn op 10 oktober 2010 opgeheven. Curaçao en Sint Maarten zijn per diezelfde datum nieuwe landen geworden binnen het Koninkrijk der Nederlanden. Het Koninkrijk omvat daarnaast Nederland en, sinds 1 januari 1986, Aruba. De vier landen maken op voet van gelijkwaardigheid onderdeel uit van het Koninkrijk, ieder land gebonden aan het Statuut voor het Koninkrijk, rijkswetten en algemene maatregelen van rijksbestuur, maar daarbuiten autonoom en beschikkend over haar eigen wetten. De drie andere eilanden die tot voor kort samen met Curaçao en Sint Maarten de Nederlandse Antillen vormden, Bonaire, Sint-Eustatius en Saba, ook wel bekend als de BES-eilanden, hebben ervoor gekozen om als openbare lichamen onderdeel van Nederland te worden, een status die vergelijkbaar is met die van een Nederlandse gemeente.

Curaçao, Sint Maarten en, voorzover het de BES-eilanden betreft, Nederland zijn rechtsopvolgers van de Nederlandse Antillen en treden daarom ten aanzien van rechten, verplichtingen en rechtsverhoudingen in beginsel in de plaats van de Nederlandse Antillen. Dat uitgangspunt laat onverlet dat Curaçao, Sint Maarten en Nederland zelf kunnen beslissen welke wettelijke regelingen na statuswijziging op deze eilanden blijven gelden, een logisch gevolg van hun autonome status. In deze bijdrage bespreek ik de wijzigingen die de staatkundige veranderingen meebrengen voor de volgende onderwerpen: (i) het ondernemings- en financiële recht van Curaçao, Sint Maarten, en de BES-eilanden, (ii) de gebondenheid van deze eilanden aan verdragen die voorheen de Nederlandse Antillen bonden, en (iii) de geldigheid van vergunningen, ontheffingen en andere beslissingen die verleend of genomen zijn door Nederlands-Antilliaanse bestuursorganen.

2. Ondernemings- en financieel recht na 10-10-10

2.1 Curaçao en Sint Maarten

Het vennootschapsrecht van de voormalige Nederlandse Antillen is op 1 maart 2004 ingrijpend gewijzigd en was

net als in Nederland opgenomen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De Antilliaanse wetgever had zich voorgenomen nog voor ontmanteling van de Nederlandse Antillen een aantal landsverordeningen in te voeren ter voltooiing van het Nieuw BW-project, maar of dat is gelukt was op het tijdstip van afronding van dit artikel nog onduidelijk. De belangrijkste ontwerp-landsverordeningen voorzien in een herziening van Boek 2 BW, regeling van de op Anglo-Amerikaanse leest geschoeide trust in Boek 3 BW (art. 3:127 BW e.v.), aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Faillissementsbesluit 1931 en, zoals Nederland dat ook van plan is, invoering van titel 13 van Boek 7 BW (inzake personenvennootschappen). De meest in het oog springende wijziging betreft de tegenstrijdigbelangregeling opgenomen in het voorstel tot herziening van Boek 2 BW. Evenals onder inmiddels oud-Antilliaans recht, bestrijkt de voorgestelde regeling in beginsel alleen rechtshandelingen van de rechtspersoon met of rechtsgedingen tegen een bestuurder. In die gevallen moet de rechtspersoon worden vertegenwoordigd door de raad van commissarissen als die er is, zo niet door de andere bestuurders tezamen, en als ook die ontbreken, door een persoon die daartoe door de algemene vergadering van aandeelhouders is aangewezen (art. 2:11 lid 1 BW). Alle andere mogelijke gevallen van tegenstrijdig belang (bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst met de zoon van een bestuurder) vallen buiten het bereik van de wetsbepaling, met dien verstande dat in de statuten of in een krachtens de statuten vastgesteld reglement de regeling kan worden uitgebreid of geheel of ten dele terzijde kan worden gesteld (art. 2:11 lid 2 BW). Omdat de regeling extern werkt (behoudens in het bijzondere geval dat de wederpartij te goeder trouw is), blijft het oppassen geblazen. Geschrapd wordt de bevoegdheid van de algemene vergadering om 'steeds' een of meer personen incidenteel of voor een bepaalde periode als bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen en de daaraan gekoppelde mededelingsplicht van de bestuurders om de algemene vergadering zoveel mogelijk tijdig op de hoogte te stellen van een tegenstrijdig belang.

De financiële toezichtwetgeving van de voormalige Antillen was sectoraal ingericht zoals dat in Nederland het geval was tot invoering van de Wft op 1 januari 2007. De Bank van de Nederlandse Antillen (BNA) hield toezicht op Antilliaanse financiële instellingen uit hoofde van de Landsverordening bank- en kredietwezen 1994, de Landsverordening toezicht beleggingsinstellingen en administrateurs, de Landsverordening deviezenverkeer,

1. Mr. B.A. Boersma is advocaat bij Sprenger & Associates te New York (e-mail: boersma@sprengerlaw.com).

de Landsverordening toezicht effectenbeurzen, de Landsverordening toezicht trustwezen en de Landsverordening toezicht verzekeringsbedrijf. De Antilliaanse wetgever werkte aan een landsverordening met als doel nog voor ontmanteling van de Antillen inconsistenties tussen financiële toezichtwetten weg te nemen, die deels te wijten zijn aan het feit dat sommige wetten van latere datum zijn dan andere. Het heeft betrekking op onder meer de volgende onderwerpen: (i) aanwijzingsrecht en stille curatele, (ii) dwangsom en boete, (iii) publicatie van overtredingen en (iv) aanstelling van een externe deskundige (accountant). De aangestipte landsverordening kan niet gedetailleerd worden beschreven omdat die nog niet integraal is gepubliceerd.

De ontmanteling van de Antillen zelf heeft geen inhoudelijke wijzigingen gebracht in het ondernemings- en financiële recht van Curaçao en Sint Maarten. Een vennootschap met haar zetel op Curaçao dan wel Sint Maarten wordt sinds de constitutionele veranderingen geregeerd door respectievelijk Curaçaos of Sint Maartens recht (op grond van de incorporatieleer). Alle wetten die golden op de Antillen op het tijdstip van opheffing, waaronder de in de vorige paragrafen beschreven ondernemings- en financiële wetten, blijven ongewijzigd van kracht in de nieuwe landen. Voor Sint Maarten blijkt dat ondubbelzinnig uit additioneel art. 1 van de Staatsregeling van Sint Maarten dat bepaalt dat alle voor statuswijziging geldende Antilliaanse regelgeving van kracht blijft totdat deze is gewijzigd of ingetrokken. Curaçao heeft hetzelfde geregeld in de op grond van additioneel art. 1 van de Staatsregeling van Curaçao door de eilandsraad vlak voor ontmanteling aangenomen ontwerp-Landsverordening algemene overgangsregeling wetgeving en bestuur (de Overgangsregeling Curaçao), met dien verstande dat de regelgeving die niet is overgenomen in een bijlage bij de Overgangsregeling Curaçao wordt opgesomd. In deze bijlage staan onder meer organieke wetten waarvoor vervangende wetten zijn opgesteld, zoals de Staatsregeling van de Nederlandse Antillen die wordt vervangen door de Staatsregeling van Curaçao, en wetboeken waarvoor thans een onderlinge samenwerkingsregeling met Sint Maarten en Aruba wordt voorbereid. Op grond van het op 16 september 2010 in werking getreden art. 60b Statuut hebben bij eilandsverordening door de eilandsraad van Curaçao of Sint Maarten voor de statuswijziging vastgestelde ontwerp-landsverordeningen per 10 oktober 2010 de status van landsverordening verkregen. Behalve de Overgangsregeling Curaçao, is de enige andere op die grondslag door de eilandsraad van Curaçao vastgestelde ontwerp-landsverordening die mij bekend is, een regeling ter bescherming van persoonsgegevens, een onderwerp dat naar Antilliaans recht nog ongeregeld was.

Het ondernemings- en financiële recht van Curaçao en Sint Maarten kent aanzienlijke verschillen met dat van Nederland en Aruba, maar lijkt daar ook sterk op. Een

reden voor de gelijkenis is art. 39 lid 1 Statuut dat voorschrijft dat onder meer het burgerlijk- en handelsrecht in de landen van het Koninkrijk zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze wordt geregeld (dit wordt wel aangeduid met het concordantiebeginsel). Hoewel veelvuldig bekritiseerd in Nederlandse en Antilliaanse literatuur, blijft het concordantiebeginsel onverkort van kracht. Curaçao en Sint Maarten hebben zich bovendien voorgenomen dat hun burgerlijk-, proces- en faillissementsrecht in de toekomst eenvormig (lees: identiek) zal blijven. Dat is noodzakelijk om het nieuwe Gemeenschappelijk Hof van Justitie voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden niet voor een schier onmogelijke taak te stellen. Deze verplichting tot eenvormigheid geldt echter niet voor de BES-eilanden. Curaçao en Sint Maarten hebben afgesproken dat ook hun financiële recht hetzelfde zal blijven, mede omdat BNA de financiële toezichthouder wordt voor beide eilanden. Deze goede intenties moeten worden gerelativeerd door erop te wijzen dat Aruba en de Nederlandse Antillen 25 jaar geleden een vergelijkbare samenwerkingsregeling hebben gesloten toen Aruba zelfstandig werd (die waarschijnlijk is beëindigd op 10-10-10), waar maar mondjesmaat uitvoering aan is gegeven.

2.2 *BES-eilanden*

De BES-eilanden beschikken sinds de statuswijziging over een hybride en ingewikkeld rechtssysteem. De meeste Antilliaanse wetten zoals van toepassing op 15 december 2009 zijn zonder materiële wijzigingen omgezet in wetten die gelden op de BES-eilanden (zogenaamde BES-wetten). Dat is geregeld in de Invoeringswet openbare lichamen BES, die een lijst bevat met Antilliaanse regelingen die blijven gelden op de BES-eilanden. Op deze lijst staan onder meer het Antilliaanse Burgerlijk Wetboek en de Antilliaanse financiële wetten behalve onder andere de Landsverordening deviezenverkeer. De aldus in Nederlandse wetgeving omgezette Antilliaanse wetgeving is onmiddellijk daarna aangepast via de aanpassingswetten BES. Merkwaardig is dat Antilliaanse wetten die zijn ingevoerd of gewijzigd na 15 december 2009 niet direct van toepassing zijn geworden, maar erg kwalijk is dat niet omdat in de aanpassingswetten BES waar nodig rekening is gehouden met nadien door de toenmalige Nederlandse Antillen gemaakte wijzigingen.

Sinds de statuswijziging is derhalve noch het vóór statuswijziging in Nederland geldende recht, noch Europese regelgeving direct van toepassing op de BES-eilanden. Nederland kent daarom sinds kort twee gescheiden rechtsregimes. De complicaties die dat zou kunnen meebrengen lijken overzienbaar. Dat illustreer ik aan de hand van drie voorbeelden. Een vennootschap met haar zetel op de BES-eilanden lijkt door statutenwijziging haar zetel te kunnen verplaatsen naar het Europese deel van Nederland en omgekeerd. De Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen, die zetelverplaatsing

naar andere delen van het Koninkrijk alleen toestaat in noodsituaties zoals oorlog, lijkt niet van toepassing op zetelverplaatsing binnen Nederland. Dat zet, mogelijk onbedoeld, de deur open voor zetelverplaatsing van een Nederlandse vennootschap naar landen buiten de EU/EER, die anders alleen mogelijk zou zijn in noodsituaties (op grond van de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen). Daarvoor is wel een tussenstop nodig op de BES-eilanden, waar zetelverplaatsing naar derde landen is toegestaan mits het bestaan van de vennootschap in het ontvangende land wordt voorgezet. Net als geldt voor buitenlandse zekerheidsrechten, zal een volgens het recht van de BES-eilanden geldig tot stand gekomen fiduciare zekerheidsoverdracht in de rest van Nederland worden erkend omdat het gelijkgesteld kan worden met een Nederlands zekerheidsrecht, in dit geval een pandrecht. Financiële instellingen uit de BES-eilanden mogen zonder additionele Nederlandse vergunning niet in de rest van Nederland actief zijn en omgekeerd geldt hetzelfde voor Nederlandse financiële instellingen die actief willen zijn op de BES-eilanden, al zullen laatstgenoemde instellingen zonder problemen een vrijstelling van de vergunningsplicht kunnen krijgen van DNB of de AFM.

De meeste Antilliaanse wetten zijn zonder inhoudelijke wijzigingen van kracht gebleven op de BES-eilanden, met een paar voor de ondernemingspraktijk relevante uitzonderingen, waarvan ik er twee noem. De Wet vestiging bedrijven BES is aangepast. Het is volgens deze wet een ieder verboden zonder vergunning een zaak te vestigen of te drijven. De op de Antillen geldende vestigingsregeling was niet van toepassing op in de Antillen geboren personen die ouder zijn dan 21 jaar, maar die uitzondering is geschrapt. Omdat niet lijkt te zijn voorzien in een overgangsregeling, overtreden zij direct na statuswijziging de wet. De tweede uitzondering is het vervallen van de Zegelverordening 1908 en de Registratieverordening 1908. Een rechter mocht naar Antilliaans recht geen vonnis wijzen naar aanleiding van bewijsstukken die niet zijn voorzien van het vereiste zegel of zijn geregistreerd bij de belastinginspecteur. Meestal had dat niet meer om het lijf dan betaling van een nominaal bedrag. Anders was dat bij hypotheekaktes waarvoor de belasting in de praktijk behoorlijk kon oplopen (20 cent per 100 Antilliaanse gulden van het bedrag waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, rente en kosten niet meegerekend), welke belasting bovendien betaalbaar was op het moment van het verlijden van de hypotheekakte.

De omgezette Antilliaanse financiële wetgeving die thans geldt op de BES-eilanden ondergaat in eerste instantie nauwelijks aanpassingen, met enkele uitzonderingen, waarvan ik er drie behandel. De voor de praktijk belangrijke Landsverordening deviezenverkeer is vervallen omdat de Amerikaanse dollar de Nederlands Antilliaanse gulden zal vervangen als officiële munteenheid. Opvallend is dat de Landsverordening deviezenverkeer is ingetrok-

ken op 10 oktober 2010, terwijl de Amerikaanse dollar pas op 1 januari 2011 zal worden ingevoerd. De Landsverordening deviezenverkeer verbood al het internationale betalingsverkeer van een Antilliaanse rechtspersoon of personenvennootschap en het verstrekken van zekerheden voorzover daarop betrekking hebbend zonder vergunning van BNA, behoudens een aantal weinig handzame uitzonderingen (het aangaan van kortlopende bankfaciliteiten was de meest nuttige). De Landsverordening deviezenverkeer blijft overigens van kracht op Curaçao en Sint Maarten omdat beide landen voorlopig nog de Nederlands Antilliaanse gulden zullen gebruiken en die op termijn zullen vervangen door een nieuwe munt, de Caribische gulden. BNA is als financiële toezichthouder inmiddels vervangen door DNB en de AFM. DNB houdt toezicht op banken, verzekeraars en trustkantoren, terwijl de AFM assurantiebemiddelaars, beleggingsinstellingen en -administrateurs voor haar rekening neemt. Andere financiële instellingen (denk aan effecten uitgevende instellingen) staan niet onder toezicht en dat zal voorlopig zo blijven. Aangezien de meeste financiële instellingen een filiaal of bijkantoor zijn van instellingen met hun hoofdkantoor op Curaçao en Sint Maarten, zullen BNA en de Nederlandse toezichthouders in de toekomst nauw gaan samenwerken.

Het is de bedoeling dat de BES-wetten na een overgangsperiode van vijf tot zes jaar in beginsel vervangen zullen worden door Nederlandse wetten. De verschillende financiële toezichtwetten zullen naar verwachting al op 1 januari 2012 worden vervangen door de Wet financiële markten BES en de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering terrorisme BES. Na die periode van relatieve legislatieve terughoudendheid zullen de BES-eilanden deel gaan uitmaken van de Europese Unie door de huidige 'landen en gebieden overzee'-status van de eilanden te veranderen in 'ultraperifere gebieden'-status. Hoewel na de overgangsperiode voornamelijk Nederlandse en Europese regelgeving zal gelden op de BES-eilanden, blijven uitzonderingen mogelijk voorzover dat gepast is omdat de BES-eilanden zich wezenlijk zouden onderscheiden van het Europese deel van Nederland.

3. Geldigheid van verdragen na 10-10-10

3.1 Curaçao en Sint Maarten

Er bestaat enige onduidelijkheid of verdragen die van kracht waren voor de Antillen na statuswijziging zonder nadere handeling ook Curaçao en Sint Maarten binden. De Raad van State is met een beroep op art. 17 van het Verdrag van Wenen inzake statenopvolging met betrekking tot verdragen van mening dat beide nieuwe landen de gelding van verdragen kenbaar dienen te maken aan de verdragspartners door middel van een verklaring van de Koninkrijksregering. De Minister van Buitenlandse Zaken heeft daar terecht tegen in gebracht dat de opheffing van de Nederlandse Antillen geen statenopvolging

betreft maar een constitutionele herverdeling van het Koninkrijk. Alleen het Koninkrijk kan immers verdragen sluiten; Nederland, Aruba en de voormalige Antillen kunnen, respectievelijk konden dat zelf niet, al kan de gelding van een verdrag beperkt worden tot delen van het Koninkrijk, wat in de praktijk regelmatig gebeurt. Ook na opheffing van de Nederlandse Antillen is het Koninkrijk de verdragsluitende partij gebleven, in zoverre is er niets veranderd. Dit betekent dat Curaçao en Sint Maarten gebonden zijn en rechten kunnen ontlenen aan de verdragen waar het Koninkrijk namens de toenmalige Nederlandse Antillen partij bij is zonder dat een nadere handeling vereist is, hetgeen onder meer voor de door het Koninkrijk ten behoeve van de toenmalige Nederlandse Antillen gesloten belastingverdragen van belang is.

3.2. *BES-eilanden*

Voor de BES-eilanden geldt voor reeds tot stand gebrachte verdragen dat de voltrokken staatkundige wijzigingen in beginsel geen veranderingen te weeg brengen in hun verdragspositie. De voor de Antillen goedgekeurde verdragen, die niet voor Nederland gelden, blijven van kracht, met dien verstande dat de toepassing van twee voor de ondernemings- en financieringspraktijk irrelevante verdragen is beëindigd. De geldigheid van voor Nederland gesloten verdragen die niet gelden voor de Nederlandse Antillen, blijven vooralsnog beperkt tot het Europese deel van Nederland, met uitzondering van 77 voor ons onderwerp onbelangrijke verdragen. De Nederlandse wetgever zal met betrekking tot andere verdragen nader bekijken of deze van toepassing moeten blijven of kunnen worden op de BES-eilanden. In de toekomst zal per verdrag worden bekeken of er redenen zijn om een verdrag dat voor Nederland wordt gesloten, niet van toepassing te laten zijn voor de BES-eilanden vanwege dezelfde redenen die doorslaggevend zijn bij het al dan niet toepassen van Nederlandse wetgeving.

4. **Geldigheid van verleende vergunningen, ontheffingen en andere beslissingen na 10-10-10**

4.1 *Curaçao en Sint Maarten*

Beslissingen van de Nederlandse Antillen die niet van regelgevende aard zijn behouden hun rechtskracht in Curaçao (art. 2 Overgangsregeling Curaçao). Volgens de memorie van toelichting vallen hieronder in ieder geval concessies, vergunningen en belastingvrijstellingen. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat deze beslissingen eveneens van toepassing blijven in Sint Maarten, maar een expliciete landsverordening die dat duidelijk maakt, ontbrak op het tijdstip van afronding van deze bijdrage nog. De Overgangsregeling Curaçao en de hierna te bespreken BES-wetten kunnen wat dat betreft als blauwdruk dienen voor Sint Maarten. Door BNA verleende vergunningen en ontheffingen behouden eveneens hun

geldigheid op Curaçao en Sint Maarten. Een bepaling van die strekking zal worden opgenomen in het statuut van de (rechtsopvolger van) BNA. Rechterlijke beslissingen van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie en de Gerechten in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen en Aruba die zijn genomen vóór de statuswijziging blijven van kracht. Rechtsgedingen die op de dag voorafgaand aan de statuswijziging aanhangig waren bij het Gemeenschappelijk Hof of een Gerecht in eerste aanleg worden geacht aanhangig te zijn bij het nieuwe Hof respectievelijk het Gerecht in eerste aanleg dat de zaak behandelt.

4.2 *BES-eilanden*

Beslissingen die voor statuswijziging zijn genomen door een destijds bevoegd Antilliaans bestuursorgaan worden gelijkgesteld met beslissingen van een Nederlands bestuursorgaan. Door de Antilliaanse overheidsinstanties verleende vergunningen, ontheffingen en andere beslissingen behouden in beginsel dan ook hun werking op de BES-eilanden. Kredietinstellingen en verzekeraars met een bijkantoor op de BES-eilanden worden vrijgesteld van veel toezichtbepalingen, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan. DNB zal wel toezien op de naleving door deze bijkantoren van regels bedoeld om witwassen en financiering van terrorisme te voorkomen. Financiële instellingen met een vergunning van BNA die onmiddellijk voor 10 oktober 2010 niet op de BES-eilanden actief waren, krijgen geen vergunning van rechtswege. Indien zulke vergunninghouders alsnog actief willen worden op de BES-eilanden, zullen zij een nieuwe vergunning bij DNB of de AFM moeten aanvragen.

5. **Conclusie**

De Antilliaanse wetgever had zich voorgenomen om nog voor opheffing van de Antillen een aantal voor de ondernemings- en financieringspraktijk belangrijke landsverordeningen in te voeren, maar of hij daarin is geslaagd, is nog onduidelijk. De op de Antillen geldende ondernemings- en financiële wetten blijven inhoudelijk ongewijzigd van toepassing op Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden. Op Curaçao en Sint Maarten verandert er door de opheffing zelf inhoudelijk niets op het gebied van het ondernemings- en financiële recht. De belangrijkste uitzonderingen voor de BES-eilanden zijn het vervallen van de Landsverordening deviezenverkeer, de Zegelverordening en de Registratieverordening. Vergunningen, ontheffingen en andere beslissingen die zijn verleend of genomen door Antilliaanse bestuursorganen worden in beginsel gelijkgesteld met beslissingen van de Nederlandse overheid voorzover het de BES-eilanden aangaat. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor Curaçao en Sint Maarten, met voor Sint Maarten de kanttekening dat nog geen landsverordening dienaangaande is bekendgemaakt. Een nog niet aangestipte complicatie is of een keuze voor het recht van de toenmalige Nederlandse Antillen in een overeenkomst moet worden begrepen als een keuze voor

het recht van Curaçao, Sint Maarten of de BES-eilanden (hetzelfde probleem speelt bij forumkeuzes). Beslissend acht ik de bedoeling van partijen, met een forumkeuze of, indien die geen uitsluitel geeft of ontbreekt, de locatie van partijen en goederen als nuttige aanknopingspunten. Een leningsovereenkomst tussen een Curaçaose en Ame-

rikaanse vennootschap met daarin opgenomen een rechtskeuze voor Antilliaans recht wordt sinds 10 oktober 2010 waarschijnlijk beheerst door Curaçaos recht. Het is in de meeste gevallen dan ook niet nodig om bestaande overeenkomsten om deze redenen aan te passen.