

MR.DR. L.F.A. STEFFENS

# De Europese genadeslag voor de Wet Formeel Buitenlandse Vennootschappen?

HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01 (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd.)<sup>1</sup>

**D**eze uitspraak van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ EG) is de vijfde (na Segers (10 juli 1986, zaak 79/85), Daily Mail (27 september 1988, zaak 81/87), Centros (9 maart 1999, zaak C-212/97) en Überseering (5 november 2002, zaak C-208/00)) in de serie met betrekking tot de strijd tussen de vrijheid van vestiging van vennootschappen in de Europese Unie (hierna: EU) op grond van de artikelen 43, 46 en 48 EG en de verschillende nationale conflictrechtelijke regels inzake het toepasselijke recht op en erkenning van vennootschappen. In de aanloop naar dit arrest heeft het HvJ EG in hiervoor genoemde arresten min of meer korte metten gemaakt met de leer van de werkelijke zetel, zoals deze leer in onder andere Duitsland wordt toegepast. Bovendien heeft ze een kader gegeven waarbinnen vrijheid van vestiging belemmerende nationale maatregelen toelaatbaar zijn. De voorgaande arresten, en met name Centros,<sup>2</sup> hebben dan ook de vraag doen rijzen of de bepalin-

gen van de Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen (hierna: WFBV) verenigbaar zijn met het Europese beginsel van de vrijheid van vestiging. In het Inspire Art-arrest heeft het HvJ EG deze vraag grotendeels ontkennend beantwoord.

## Achtergrond WFBV

In het internationaal privaatrecht bestaan er ten aanzien van de vraag door welk recht vennootschappen worden beheerst, en derhalve aan welk recht vennootschappen moeten voldoen aangaande hun oprichting, inrichting, kapitaal, interne organisatie, bestuurdersaansprakelijkheid<sup>3</sup> enzovoort, twee theorieën: de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel. Tot voor kort hanteerde de meerderheid van de lidstaten van de EU de leer van de werkelijke zetel (als gevolg van de uitspraak van het HvJ EG in het arrest Überseering lijkt de leer van de werkelijke zetel zijn langste tijd te hebben gehad),<sup>4</sup> terwijl de minderheid, waaronder Nederland, de incorporatie-

1 JOR 2003/11, pp. 1952-1973, m.nt. G.J.Vossestein. Zie ook J.N. Schutte-Veenstra, in: *Ondernemingsrecht* 2003/14, pp. 538-542; en G. van Daal, in: *Advocatenblad* 20, 2003, pp. 896-899.

2 Volgens een aantal schrijvers vloeit al uit Centros voort dat de WFBV de vrijheid van vestiging belemmert, zie onder andere H.J. de Kluiver, 'De wet formeel buitenlandse vennootschappen op de tocht?', in: *WPNR* 1999, 6364; L. Timmerman, 'Actualiteiten, Conferentie in Londen over Centros', in: *Ondernemingsrecht* 2000/8, pp. 218-202; S.M. van den Braak, 'Het Centros en het Nederlands internationaal privaatrecht betreffende vennootschappen', in: *WPNR* 2000, 6402; en J.N. Schutte-Veenstra, 'Bespreekings van het Centros arrest', in: *Ondernemingsrecht* 1999, p. 228. Anders onder andere: P.Vlas, in: *Rechtspersonen*, derde druk, Praktijkreeks IPR, Kluwer, nr. 119 en in zijn noot bij het arrest Überseering in *NJ* 2003/58; S.E.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van rechtspersonen in "Europa" na Hof van Justitie EG Centros. Nieuwe prejudiciële procedures: IPR-zetellers verenigbaar met EG-Verdrag?', in: *NIPR* 2000, afl. 3, met name pp. 278-280 en de Raad van State in zijn advies bij totstandkoming WFBV, TK 1994-1995, 24 139, B, pp. 5-6.

3 Zie voor een niet-limitatieve lijst van onderwerpen die door het incorporatierecht worden beheerst artikel 3.

4 Zie ook de noot bij dat arrest in *NJ* 2003, 58 van P.Vlas.

**De Europese genadeslag voor de Wet Formeel Buitenlandse Vennootschappen?**

leer hanteert. De incorporatieleer, sinds 1998 vastgelegd in artikel 2 Wet Conflictenrecht Corporaties (hierna: WCC), houdt in dat het recht van het land volgens welk de vennootschap is opgericht van toepassing is, mits de vennootschap daar ook haar zetel heeft. Is een vennootschap volgens het incorporatierecht geldig opgericht en heeft ze rechtspersoonlijkheid, dan wordt de vennootschap als zodanig erkend. De leer van de werkelijke zetel, daarentegen, bepaalt dat een vennootschap wordt beheerst door het recht van het land waar de vennootschap haar centrum van activiteiten (dit begrip wordt overigens niet uniform uitgelegd in de landen die deze leer hanteren) heeft. Dit betekent dat een vennootschap die rechtsgeldig is opgericht naar het recht van land A, maar haar centrum van activiteiten heeft in land B, onderworpen is aan het recht van land B en bijvoorbeeld niet als rechtspersoon wordt erkend indien niet is voldaan aan de oprichtingsvereisten van het recht van land B. De voorstanders van de leer van de werkelijke zetel stellen, onder andere, dat de incorporatieleer misbruik in de hand werkt. Immers, een vennootschap kan worden opgericht naar een rechtsstelsel dat minimale regels hanteert inzake kapitaalbescherming, terwijl er geen enkele intentie is om activiteiten te ontplooiën in het land van oprichting. Hoewel de voorstanders van de incorporatieleer onderkennen dat er misbruik kan worden gemaakt, stellen ze dat het voordeel van de incorporatieleer, namelijk dat, anders dan de leer van de werkelijke zetel, de incorporatieleer ondubbelzinnig is over het toe te passen recht, daartegen opweegt. Het HvJ EG heeft in het arrest *Überseering* de strijd tussen de twee leren, in ieder geval binnen de EU, in het voordeel van de incorporatieleer beslecht. Nederland heeft, om redenen als hierboven aangegeven, vastgehouden aan de incorporatieleer, maar heeft onderkend dat daar misbruik van kan worden gemaakt.<sup>5</sup> Om misbruik tegen te gaan is op 1 januari 1998 de WFBV in werking getreden. De bepalingen van de WFBV zijn ingevolge artikel 1 van toepassing op formeel buitenlandse vennootschappen. Een formeel buitenlandse vennootschap is

*[...] een naar een ander dan Nederlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt*

*waarnaar zij is opgericht*.

Formeel buitenlandse vennootschappen worden onderworpen aan een aantal voorschriften van Nederlands vennootschapsrecht, met name op het gebied van minimumkapitaal, openbaarmakingsverplichtingen en sancties indien dergelijke regels niet worden nageleefd. Het recht ingevolge welke de vennootschap is opgericht wordt derhalve niet vervangen, maar heeft geen exclusieve gelding. In zijn noot bij het arrest *Überseering* stelt Vlas<sup>6</sup> dan ook dat de WFBV niet leidt tot weigering van de inschrijving van de formeel buitenlandse vennootschap noch tot weigering van de erkenning van de krachtens het incorporatierecht verkregen rechtspersoonlijkheid. De WFBV legt aan de bestuurders van de formeel buitenlandse vennootschap een aantal extra verplichtingen op zonder dat de structuur en inrichting van die vennootschap overeenkomstig haar incorporatierecht worden aangetast. Vlas (evenals overigens de Raad van State)<sup>7</sup> meent dan ook dat de WFBV niet in strijd zal worden geacht met het gemeenschapsrecht en vindt steun voor die opvatting in het *Centros*-arrest. In het *Inspire Art*-arrest hanteert het HvJ EG, in het kader van de vrijheid van vestiging, echter een veel ruimere opvatting van 'erkenning' en lijkt de WFBV nu te moeten sneuvelen. In ieder geval aangaande buitenlandse vennootschappen opgericht naar het recht van een EU-lidstaat.

**De feiten**

*Inspire Art Ltd.* is op 28 juli 2000 opgericht naar Engels recht als een *private company limited by shares* en heeft haar zetel te Folkestone (Verenigd Koninkrijk). Haar enige bestuurder, woonachtig te Den Haag, is bevoegd om alleen en zelfstandig namens *Inspire Art* op te treden. *Inspire Art* is werkzaam op het gebied van de verkoop van kunst en is haar werkzaamheden op 17 augustus 2000 begonnen en beschikt over een filiaal in Amsterdam, zodat *Inspire Art* is ingeschreven in het handelsregister te Amsterdam. De Kamer van Koophandel en Fabrieken Amsterdam is van mening dat *Inspire Art* bij de inschrijving had moeten vermelden dat het een formeel buitenlandse vennootschap is in de zin van artikel 1 WFBV, omdat *Inspire Art* haar ondernemingsactiviteiten uitsluitend in Nederland verricht. Op 30 oktober 2000 heeft de Kamer van Koophandel het Kantongerecht te

5 Zie onder andere HR 11 november 1988, NJ 1989, 606, waarin de HR strikt de incorporatieleer toepaste en geen ruimte zag om de artikelen 2:69 en 2:180 BW van toepassing te verklaren op een buitenlandse vennootschap.

6 Zie noot 1.

7 Zie noot 1, mits een beroep kan worden gedaan op artikel 46 EG. Artikel 46 EG bepaalt: 'De voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen doen niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.'

## De Europese genadeslag voor de Wet Formeel Buitenlandse Vennoetschappen?

Amsterdam verzocht om Inspire Art te gelasten haar inschrijving aan te vullen met de vermelding ‘formeel buitenlandse vennootschap’. Een dergelijke vermelding brengt echter andere in de WFBV voorziene verplichtingen met zich. Inspire Art heeft daarom primair bestreden dat de inschrijving onvolledig is, omdat zij niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 WFBV. Subsidiar heeft ze gesteld dat, indien het Kantongerecht van oordeel is dat Inspire Art wel als formeel buitenlandse vennootschap in de zin van de WFBV kwalificeert, de WFBV in strijd is met het gemeenschapsrecht en in het bijzonder met de artikelen 43 en 48 EG (de vrijheid van vestiging van vennootschappen).

### Prejudiciële vragen

Aangezien het Kantongerecht van oordeel is dat Inspire Art een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 WFBV is, heeft het naar aanleiding van de vraag of de WFBV in strijd is met het Gemeenschapsrecht, de zaak geschorst en 2 prejudiciële vragen aan het HvJ EG voorgelegd. Kort weergegeven vraagt het Kantongerecht of een regeling zoals opgenomen in de WFBV in strijd is met de bepalingen van artikelen 43 en 48 EG en, indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend is, of een dergelijke regeling dan zijn rechtvaardiging kan vinden in artikel 46 EG dan wel in dwingende redenen van algemeen belang.

### Oordeel van het HvJ

#### *Verenigbaarheid van de bepalingen van de WFBV met het Gemeenschapsrecht*

#### *Artikel 5 leden 1 en 2 WFBV*

Gezien het feit, aldus het HvJ EG, dat de WFBV in het derde lid van artikel 5 de toepassing van artikel 5 leden 1 en 2 uitsluit indien het een vennootschap betreft welke wordt beheerst door het recht van een lidstaat van de EU, waarop bovendien de Vierde Richtlijn (78/660/EEG) en de Zevende Richtlijn (83/349/EEG) van toepassing zijn en Inspire Art aan deze beide vereisten voldoet, hoeft de verenigbaarheid van deze bepalingen van de WFBV met het EG recht niet te worden onderzocht.

Het derde lid van artikel 5 WFBV sluit echter alleen de toepassing van het tweede lid uit en niet tevens van het eerste lid van artikel 5 WFBV. Het eerste lid verklaart artikel 2:10 BW van overeenkomstige toepassing op formeel buitenlandse vennootschappen. Op grond daarvan is het bestuur van een dergelijke vennootschap verplicht

- (i) een administratie te voeren op grond waarvan de rechten en verplichtingen van die rechtspersoon kunnen worden gekend;
- (ii) binnen zes maanden na het eind van het boekjaar de balans en de staat van baten en lasten op papier te stellen, en
- (iii) een dergelijke administratie gedurende zeven jaren te bewaren.

Of artikel 5 lid 1 WFBV in strijd is met het Gemeenschapsrecht blijft derhalve een vraag, tenzij het HvJ EG heeft bedoeld dat bij toepassing van genoemde richtlijnen op een vennootschap ook het eerste lid van artikel 5 WFBV niet van toepassing kan worden geacht. Gezien de verdere beraadslagingen van het HvJ EG aangaande de toelaatbaarheid van de WFBV, meen ik dat het HvJ EG zou hebben gesteld dat daar waar de Vierde en de Zevende Richtlijn de harmonisatie van regels voor het opstellen van de jaarrekening en daarbij behorende administratie beogen, er geen plaats meer is voor het toepasselijk verklaren van artikel 2:10 BW op formeel buitenlandse vennootschappen.

#### *Openbaarmakingsverplichtingen in de WFBV*

Een aantal openbaarmakingsverplichtingen in de WFBV (artikel 2 lid 1 – nederlegging van een authentiek afschrift van de akte van oprichting en statuten en de vermelding van de inschrijving in een buitenlands handelsregister alsmede van het nummer waaronder de vennootschap in dat register is ingeschreven – en artikel 5 lid 4 – de jaarlijkse neerlegging van een bewijs van inschrijving in het buitenlandse register) zijn in overeenstemming met bepalingen uit de Elfde Richtlijn (89/666/EEG) en kunnen, aldus het HvJ EG, derhalve niet worden beschouwd als een belemmering van de vrijheid van vestiging.

De overige in de WFBV opgenomen openbaarmakingsverplichtingen, zoals bijvoorbeeld de vermelding in het handelsregister dat de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap is (artikel 2 lid 1), de verplichte neerlegging van een verklaring van een accountant dat de vennootschap voldoet aan de voorwaarden betreffende het minimumkapitaal (artikel 4 lid 3) en de verplichte vermelding van de hoedanigheid van formeel buitenlandse vennootschap op alle van deze vennootschap uitgaande stukken (artikel 3 lid 1), komen niet voor in de Elfde Richtlijn. Van deze bepalingen moet derhalve worden onderzocht of ze in strijd zijn met het Gemeenschapsrecht, en in het bijzonder met de Elfde Richtlijn. Het HvJ EG komt in het arrest tot de conclusie

## De Europese genadeslag voor de Wet Formeel Buitenlandse Vennoetschappen?

dat genoemde verplichtingen niet alleen niet voorkomen in de Elfde Richtlijn, maar gezien het doel en de ratio van de Elfde Richtlijn, daar ook mee in strijd zijn. Uit de considerans van de Elfde Richtlijn volgt, aldus het HvJ EG, dat de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen, met name op het gebied van openbaarmaking, de uitoefening van het recht van vrije vestiging kunnen belemmeren en derhalve moeten worden opgeheven. Hieruit volgt dat de harmonisatie van openbaarmakingsverplichtingen, zoals deze door de Elfde Richtlijn tot stand is gebracht, volledig is en dat er derhalve voor de lidstaten geen ruimte is om andere dan in de Elfde Richtlijn opgesomde openbaarmakingsverplichtingen verplicht te stellen.

### *Sancties op de niet-naleving van de openbaarmakingsverplichtingen*

De sancties opgenomen in de WFBV voor de niet-naleving van de toegestane openbaarmakingsverplichtingen dienen nog wel te worden getoetst aan het Gemeenschapsrecht. Eén van die sancties is, ingevolge artikel 4 lid 4 WFBV, de persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling namens de vennootschap, zolang niet is voldaan aan de openbaarmakingsverplichtingen. Hoewel de toepasbaarheid van de bepalingen in artikel 4 WFBV wordt uitgesloten indien het een vennootschap betreft opgericht ingevolge het recht van een der lidstaten van de EU en waarop bovendien de Tweede Richtlijn (77/81/EEG) van toepassing is, valt Inspire Art niet onder deze uitzondering omdat Inspire Art een *private limited liability company* is (besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) terwijl de Tweede Richtlijn alleen ziet op naamloze vennootschappen (*public limited liability companies*). Hoewel artikel 12 van de Elfde Richtlijn de lidstaten voorschrijft passende sancties vast te stellen in geval van overtreding van de openbaarmakingsverplichtingen zoals opgenomen in de Elfde Richtlijn, dienen de lidstaten erop toe te zien (op grond van vaste rechtspraak van het HvJ EG – zie een opsomming in het arrest zelf – in verband met artikel 10 EG) dat overtredingen van het Gemeenschapsrecht onder gelijke voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Deze maatregelen moeten dan in ieder geval doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Als gevolg daarvan, aldus het HvJ EG, dient de nationale rechter te bepalen of de sanctie opgenomen in artikel 4 lid 4 WFBV aan deze vereisten voldoet, en met name of zij formeel buitenlandse vennootschappen niet ongun-

stiger behandelt dan Nederlandse vennootschappen. Is dat laatste wel het geval dan moet worden geconcludeerd dat artikel 4 lid 4 WFBV in strijd is met het Gemeenschapsrecht.

### *Andere dan openbaarmakingsverplichtingen*

De overige bepalingen van de WFBV – regels betreffende minimumkapitaal (artikel 4 leden 1 en 2), en de sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders bij niet-naleving van die regels (artikel 4 lid 4) – vallen niet onder de werkingssfeer van de Elfde Richtlijn en dienen derhalve te worden getoetst aan de artikelen 43 en 48 EG. Belemmeren deze bepalingen de door het EG recht gewaarborgde vrijheid van vestiging? Het HvJ EG beantwoordt deze vraag bevestigend. Het HvJ EG herhaalt wat het reeds in Centros en Segers heeft bepaald. Ten eerste heeft de reden, behoudens fraude, waarom een vennootschap wordt opgericht naar het recht van een bepaalde lidstaat geen invloed op de toepasselijkheid van de regels inzake de vrijheid van vestiging. Bovendien levert de enkele omstandigheid dat een vennootschap naar het recht van een bepaalde lidstaat wordt opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijk regime geen misbruik op, ook niet wanneer die vennootschap haar activiteiten uitsluitend in een andere lidstaat uitoefent. Dit betekent dat de artikelen 43 en 48 EG onbeperkt gelden in het onderhavige geval en dat de bepalingen in de WFBV betreffende voorwaarden omtrent het minimum kapitaal en de daarbij horende sanctie direct een belemmering opleveren van de door artikelen 43 en 48 EG gewaarborgde vrijheid van vestiging. Het HvJ EG concludeert dan ook dat de artikelen 43 en 48 EG zich verzetten tegen een nationaal wettelijke regeling als de WFBV. Het argument dat de WFBV geen inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging, omdat buitenlandse vennootschappen in Nederland volledig worden erkend en de inschrijving in het handelsregister niet wordt geweigerd, en dat de WFBV slechts een aantal aanvullende, als administratief aangemerkte verplichtingen stelt, kan volgens het HvJ EG dus niet worden aanvaard. Inspire Art kan zich derhalve beroepen op de door het EG-Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging, tenzij er sprake is van fraude. Dit laatste moet echter per geval worden bekeken.

### *Rechtvaardigingsgronden*

Het HvJ EG stelt voorop dat er voor de openbaarmakingsverplichtingen die in strijd zijn met de Elfde Richtlijn geen rechtvaardigingsgronden zijn. Het HvJ EG bekijkt derhalve alleen of de bepalingen

**De Europese genadeslag voor de Wet Formeel Buitenlandse Vennootschappen?**

inzake het minimumkapitaal en, bij niet-naleving daarvan, de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders, gerechtvaardigd kunnen worden door een van de in artikel 46 EG genoemde gronden of, bij gebreke daarvan, door een dwingende reden van algemeen belang. Het HvJ EG stelt dat geen van de door de Nederlandse regering genoemde rechtvaardigingsgronden – bescherming van schuldeisers, bestrijding van oneigenlijk gebruik van de vrijheid van vestiging en het waarborgen van de doeltreffendheid van fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties – onder artikel 46 EG valt. Deze rechtvaardigingsgronden moeten derhalve worden beoordeeld als dwingende redenen van algemeen belang. In onder andere *Centros* heeft het HvJ EG vastgesteld dat nationale maatregelen die de vrijheid van vestiging belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken moeten voldoen aan vier voorwaarden. Zij moeten:

- 1 zonder discriminatie worden toegepast;
- 2 hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang;
- 3 geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen; en
- 4 niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is.

Volgens het HvJ EG wordt niet aan genoemde voorwaarden voldaan. Aangaande de bescherming van schuldeisers stelt het HvJ EG dat ze niet eens een onderzoek hoeft te doen naar de doelmatigheid van de invoering van een minimumkapitaal. Immers, *Inspire Art* presenteert zich als een Engelse vennootschap en niet als een Nederlandse vennootschap. Potentiële schuldeisers zijn daardoor reeds voldoende geïnformeerd dat de vennootschap niet onder de Nederlandse regels aangaande minimumkapitaal en aansprakelijkheid bestuurders valt, maar wordt beheerst door de Engelse regels daaromtrent. Daarnaast roept het HvJ EG in herinnering dat dergelijke schuldeisers zich kunnen beroepen op de bescherming die de Vierde en Elfde Richtlijn hun bieden. Bovendien stelt het HvJ EG dat de EG-bepalingen inzake vrijheid van vestiging nu juist beogen een vennootschap, opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat en haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de EU heeft, in staat te stellen door middel van een filiaal activiteiten te ontplooiën op het grondgebied van een andere

lidstaat en herhaalt het dat het enkele feit dat een vennootschap geen activiteiten ontplooit in de lidstaat van oprichting geen misbruik oplevert maar inherent is aan de gewaarborgde vrijheid van vestiging. Ten aanzien van de rechtvaardigingsgrond voor de WFBV dat deze dient ter waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties acht het HvJ EG dat er feiten noch omstandigheden zijn aangevoerd waaruit blijkt dat de betrokken maatregel aan de vier genoemde voorwaarden voldoet. Dit betekent dat noch artikel 46 EG noch de rechtvaardigingsgronden die zijn aangevoerd door de Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering, een rechtvaardiging kunnen vormen voor de belemmering van de vrijheid van vestiging door de bepalingen inzake minimumkapitaal en de daaraan verbonden sanctie van de WFBV.

**De genadeslag voor de WFBV?**

Is *Inspire Art* de genadeslag voor het voortbestaan van de WFBV? Het antwoord is bevestigend voor een belangrijk deel van de bepalingen van de WFBV wanneer het een formeel buitenlandse vennootschap betreft die is opgericht ingevolge het recht van een EU-lidstaat, alsmede, op grond van artikel 183 lid 5 EG, Antilliaanse en Arubaanse vennootschappen.<sup>8</sup> Immers, het HvJ EG acht alle openbaarmakingsverplichtingen die niet zijn opgenomen in de Elfde Richtlijn in strijd met het Gemeenschapsrecht en acht tevens de bepalingen aangaande het minimumkapitaal alsmede de sanctie bij niet-naleving daarvan in strijd met de gewaarborgde vrijheid van vestiging in de artikelen 43 en 48 EG. Bovendien is er voor de belemmering van de vrijheid van vestiging door deze bepalingen geen rechtvaardigingsgrond aangevoerd die onder artikel 46 EG valt of voldoet aan de voorwaarden zoals in *Centros* gesteld. De openbaarmakingsverplichtingen opgenomen in de WFBV die wel overeenkomen met de Elfde Richtlijn, alsmede de sanctie bij niet-naleving daarvan, blijven overeind. Bovendien heeft de uitspraak van het HvJ EG geen invloed op de toepassing van de WFBV op formeel buitenlandse vennootschappen die zijn opgericht ingevolge het recht van een niet-EU-lidstaat, met, op grond van artikel 183 lid 5 EG, uitsluiting van Antilliaanse en Arubaanse vennootschappen. Het is echter de vraag of de Nederlandse regering met twee maten wil meten.

<sup>8</sup> Op grond van artikel 183 lid 5 EG (alsmede artikel 45 van het besluit van de Raad van 27 november 2001 betreffende de associatie van de LGO met de EEG, PbEG 2001 L314/1) geldt, via associatie en het discriminatieverbod, de vrijheid van vestiging zoals opgenomen in het EG-Verdrag ook voor onder andere Antilliaanse en Arubaanse vennootschappen. Dit betekent mijns inziens dat de WFBV ook niet in stand kan blijven voor Antilliaanse en Arubaanse vennootschappen. Zie ook Schutte-Veenstra, supra noot 1. Zie voor de lijst met landen die op basis van de artikelen 182 e.v. EG met de EG zijn geassocieerd en derhalve onder het discriminatieverbod vallen, bijlage 2 bij het EG-Verdrag.



**De Europese genadeslag voor de Wet Formeel Buitenlandse Vennootschappen?****Donderslag bij heldere hemel?**

Komt deze uitspraak als een donderslag bij heldere hemel? Ik meen van niet. Na de uitspraak in het Centros-arrest had de Nederlandse regering reeds kunnen nagaan dat de WFBV geen ruimte biedt om per individueel geval te analyseren of er sprake is van misbruik of bedrog. De WFBV is immers van toepassing zodra een naar het recht van een andere lidstaat opgerichte vennootschap nagenoeg al haar activiteiten in Nederland ontplooit en geen werkelijke band (meer) heeft met het land van oprichting. Daarover heeft het HvJ EG reeds in het Centros-arrest bepaald dat dat enkele feit geen misbruik of bedrog oplevert. Hoewel het HvJ EG in het Centros-arrest (en reeds in het eerder gewezen arrest Kefalas van 12 mei 1998, zaak C-367/96)<sup>9</sup> heeft bepaald dat een lidstaat maatregelen mag treffen om misbruik van recht tegen te gaan, heeft het als voorwaarde gesteld dat een beroep op misbruik van recht slechts kan slagen op basis van een analyse van de omstandigheden van het geval. In het Kefalas-arrest werd daarbij als toets gehanteerd of een beroep op een EG-bepaling

*[...] er toe strekt, ten koste van de vennootschap onrechtmatige voordelen te verkrijgen die kennelijk niets van doen hebben met de doelstelling van die bepaling'.*

De doelstelling van de bepalingen opgenomen in de artikelen 43 en 48 EG is nu juist om de vrijheid van vestiging van vennootschappen te waarborgen. Inherent aan die vrijheid van vestiging is dat een vennootschap de vrijheid heeft om te worden opgericht naar het recht van een lidstaat naar keuze.

**Hoe bezwaarlijk is Inspire Art?**

Inspire Art zet inderdaad de deuren open voor het oprichten van een *limited* naar Engels recht waarvan de activiteiten uitsluitend in Nederland worden uitgeoefend. Hoewel dit er wellicht toe zal leiden dat, zolang het regime van de besloten vennootschap niet is versoepeld, er minder BV's en meer Engelse *limiteds* worden opgericht, lijkt me dit niet onevenredig bezwarend of een onacceptabele ondermijning van de bescherming van schuldeisers. Door deze uitspraak in combinatie met de daaraan voorafgaande uitspraken van het HvJ EG is de vrijheid van vestiging werkelijk gerealiseerd. Een vennootschap opgericht naar het recht van een lidstaat die daar ook zijn statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging heeft, moet in elke andere lidstaat zonder enige beperking (anders dan ingevolge EG-recht) worden erkend. Een

lidstaat mag alleen dan beperkende maatregelen nemen indien een analyse van een individueel geval constatering van misbruik dan wel bedrog oplevert. Ik ben het met het HvJ EG eens dat de openbaarmakingsverplichtingen, zoals opgenomen in de WFBV, die in overeenstemming zijn met de Elfde Richtlijn, potentiële schuldeisers van de formeel buitenlandse vennootschap voldoende informatie verschaffen om een goede afweging te maken over het wel of niet aangaan van een rechtsverhouding met die vennootschap. Die afweging moet een potentiële schuldeiser ook maken indien hij te maken heeft met een buitenlandse vennootschap die niet als formeel buitenlandse vennootschap in de zin van WFBV kwalificeert. Bovendien meen ik dat de sanctie bij niet-naleving van deze openbaarmakingsverplichtingen (die overigens ingevolge de Elfde Richtlijn gelden voor zowel formeel buitenlandse vennootschappen als voor gewone buitenlandse vennootschappen) – hoofdelijke aansprakelijkheid bestuurders – niet in strijd is met het Gemeenschapsrecht. Ten eerste omdat dezelfde sanctie geldt voor Nederlandse vennootschappen (artikelen 2:69 lid 2 en 2:180 lid 2 BW) en (formeel) buitenlandse vennootschappen derhalve niet ongunstiger worden behandeld dan Nederlandse vennootschappen. Ten tweede meen ik dat de sanctie doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is.<sup>10</sup> Bovendien is dezelfde sanctie opgenomen in artikel 16 lid 2 van de Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE). De beoordeling daarvan heeft het HvJ EG echter aan de nationale rechter overgelaten.

**Heeft Inspire Art consequenties voor artikel 5 WCC?**

Tot slot is er nog artikel 5 WCC. Daarin wordt bepaald dat, in afwijking van de artikelen 2 en 3 WCC (waarin is opgenomen dat de aansprakelijkheid van bestuurders wordt beheerst door het incorporatierecht), de artikelen 2:138 en 2:149 BW van overeenkomstige toepassing zijn op de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (inclusief feitelijke leidinggevers in Nederland) van een ingevolge artikel 2 door buitenlands recht beheerste vennootschap die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, indien de vennootschap in Nederland failliet wordt verklaard. Deze artikelen bepalen dat iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden van

9 Zie ook H.J. de Kluiver, in: *WPNR* 1999, 6325, pp. 535-536 en in *WPNR* 1999, 6364, pp. 527-528.

10 Voorwaarden gesteld door het HvJ EG in de arresten Commissie/Griekenland 21 september 1989, zaak 68/88, Hansen 10 juli 1990, zaak C-326/99, Siesse 26 oktober 1995, zaak C-36/94 en Ebony Maritime en Loten Navigation 27 februari 1997, zaak C-177/95 en herhaald in de Inspire Art-uitspraak.

## De Europese genadeslag voor de Wet Formeel Buitenlandse Vennootschappen?

de vennootschap, voorzover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Er is discussie of deze bepaling een doorbreking van het incorporatierecht is, of dat de bepaling in lijn is met de regel van de Insolventie Verordening<sup>11</sup> dat het faillissement van een vennootschap wordt beheerst door het (faillissements)recht van het land waar de vennootschap failliet is verklaard (de *lex concursus*), of dat het aanknoopt bij de *lex loci delicti* omdat bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement een gevolg is van een door de bestuurders gepleegde onrechtmatige daad.<sup>12</sup> Hoewel de vordering die ingevolge de artikelen 2:138 en 2:149 BW kan worden ingesteld direct voortvloeit uit het faillissement van de vennootschap en tevens elementen van onrechtmatige daad in zich heeft, gaat de tekst van artikel 5 WCC er, mijns inziens terecht, van uit dat de bepaling een doorbreking oplevert van het incorporatierecht. Immers, ingevolge artikel 3 WCC wordt de aansprakelijkheid van bestuurders beheerst door het incorporatierecht. Zonder artikel 5 WCC zou dat niet anders zijn geweest bij bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement.

Hoe artikel 5 WCC ook dient te worden gekwalificeerd, de Inspire Art-uitspraak heeft, mijns inziens, geen consequenties voor de toepasbaarheid van artikel 5 WCC. Hoewel artikel 5 WCC wellicht als een belemmering van de vrijheid van vestiging dient te worden opgevat, gezien het feit dat het HvJ EG in Inspire Art elke doorbreking van het incorporatierecht als een belemmering lijkt op te vatten van de vrijheid van vestiging, is deze belemmering op verschillende manieren te rechtvaardigen. De strekking van de artikelen 2:138 en 2:149 BW is erop gericht om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Dergelijk misbruik wordt per individueel geval bepaald en de bepalingen worden zonder discriminatie toegepast op Nederlandse rechtspersonen en buitenlandse rechtspersonen. Ook aan de overige voorwaarden door het HvJ EG gesteld wordt mijns

inziens voldaan. Worden de artikelen 2:138 en 2:149 BW gekwalificeerd als gevolgen van faillissement en derhalve artikel 5 WCC als een verwijzing naar de *lex concursus*, dan is de vermeende belemmering van de vrijheid van vestiging gebaseerd op het Gemeenschapsrecht, namelijk de Insolventie Verordening, en daarmee gerechtvaardigd.

### Conclusie

De Inspire Art-uitspraak heeft de verstrekkende consequentie dat, met betrekking tot vennootschappen opgericht ingevolge het recht van een EU-lidstaat met aldaar haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging, en via artikel 183 lid 5 EG Antilliaanse en Arubaanse vennootschappen, de bepalingen van de WFBV inzake minimumkapitaal en de sanctie die daarop wordt gesteld bij niet-naleving daarvan, alsmede de openbaarmakingsverplichtingen opgenomen in de WFBV die niet in overeenstemming zijn met de Elfde Richtlijn, in strijd zijn met het Gemeenschapsrecht en derhalve buiten toepassing worden verklaard. Bovendien volgt uit het arrest dat in beginsel elke nationale maatregel die inbreuk maakt op het incorporatierecht een belemmering oplevert van de vrijheid van vestiging, tenzij de nationale maatregel is genomen in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht of is genomen ter bestrijding van misbruik en bedrog. Dit laatste moet echter per individueel geval worden bekeken en moet voldoen aan de vier voorwaarden zoals door het HvJ EG gesteld.

Het streven van de EU naar verwezenlijking van algehele vrijheid van vestiging is met deze uitspraak bereikt. De consequenties voor nationale maatregelen als de WFBV moet men voor dat hogere doel voor lief nemen. De uitspraak belemmert de lidstaten geenszins in het tegengaan van misbruik en bedrog, maar eist dat daar dan ook werkelijk in dat specifieke geval sprake van is.

**Mw. mr.dr. L.F.A. Steffens is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.**

11 Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

12 Zie voor een overzicht van de verschillende meningen *Asser-Maeijer 2-III*, Kluwer, Deventer, nrs. 29 en 336. Zie ook M.L. Lennarts, 'Toepassing van art. 2:248 en art. 5 WCC na inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening', in: *TVI* 2001/6, pp. 179-189.