

Rechtspraak

Het Inspire Art-arrest en de Wet formeel buitenlandse vennootschappen

Een dreigend einde of een inspirerend begin?

Mr. I.G.F. Cath

In de publiciteit heeft dit arrest enig stof doen opwaaien. De ondertoon varieert. De ene ziet een risico: de deur naar het misbruik zou weer een beetje zijn geopend;¹ de andere ziet mogelijkheden: het gaat hier om een nieuwe ontwikkeling die noopt tot vereenvoudiging van het Nederlands vennootschapsrecht ten einde beter te concurreren met het vennootschapsrecht in andere lidstaten.² De eerste benadering veronderstelt dat de 'anti-misbruik' deur dicht was voordat Europa die op een kier zette; de andere dat zou het hier om een nieuwe ontwikkeling gaan. De eerste benadering vindt weinig steun in het arrest: volgens het Hof ging het hier om een (grotendeels) ondeugdelijk middel.³ De tweede benadering is de logische consequentie van het arrest: centraal staat hierin dat het geen misbruik vormt 'gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling'.⁴ De vraag is dan of deze ontwikkeling nieuw is en deze conclusie niet al zijn grondslag had gevonden in veel eerdere rechtspraak van het Hof, met name het arrest Segers/Bedrijfsvereniging uit 1986,⁵ alsmede (meer recent in 1999) het arrest Centros.⁶

HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01, Inspire Art Ltd/ Kamer van Koophandel en Fabrieken

Wet formeel buitenlandse vennootschappen

De Wet formeel buitenlandse vennootschappen ('Wfbv')⁷ uit 1997 is de meest recente stap geweest in het al uit het begin van de jaren tachtig stammende beleid van de Nederlandse overheid (Nederlandse) ondernemers te 'ontmoedigen' zich te hullen in het kleed van een buitenlandse rechtspersoon, ook indien deze in het bezit is van een 'EU paspoort'. Dit zou misbruik in de hand zou werken, met name doordat een buitenlands rechtskleed minder bescherming van crediteuren zou bieden tegen het risico van (frauduleuze) insolventie. Overtuigend is het punt niet: ook met gebruik van Nederlandse rechtspersonen laten sommige ondernemers een spoor van onbetaalde rekeningen achter zonder dat de nationaliteit van het rechtskleed, waarin de (potentiële) wanbetaler zich hult, in dit verband een relevant gegeven oplevert.

Segers-arrest

Voordat dit 'ontmoedigingsbeleid' werd vastgelegd in de Wfbv, vond het met name zijn toepassing in de praktijk. Ook dit leidde tot 'aanvaringen' met de communautaire vrijverkeerregels. Zo werd in 1984 de Nederlandse directeur-groootaandeelhouder ('DGA') van Slenderose Ltd (opgericht naar Engels recht) een zieketewuitkering, waarop de Nederlandse DGA van een BV naar de toenmalige rechtspraak recht had, geweigerd met het argument dat het niet om een BV, maar om een Ltd ging.

Op verwijzing van de Centrale Raad van Beroep oordeelde het Hof dat dit een beperking opleverde van het (secundair) vestigingsrecht, te weten het recht van Slenderose Ltd in andere lidstaten werkzaamheden uit te oefenen door middel van een agentschap, dochteronderneming of filiaal. Hierbij maakte het uitdrukkelijk geen verschil of Slenderose Ltd wel of niet handelsactiviteiten ontwikkelde in de lidstaat van oprichting (Verenigd Koninkrijk);⁸ ook indien deze activiteiten uitsluitend in Nederland plaatsvonden, volstond het enkele feit van oprichting van de rechtspersoon naar Engels recht voor toepasselijkheid van de vrij verkeer regels. Reeds toen bleek dus (bijvoorbeeld) de Engelse Ltd een (concurrerend) alternatief voor de Nederlandse BV.

¹ Bijvoorbeeld: mr. G. van Daal in het Advocatenblad 20 van 31 oktober 2003.

² Bijvoorbeeld: mr. A.D.G. Heering in Het Financieele Dagblad van 27 november 2003.

³ HvJ EG, 30 september 2003, zaak C167/01, Inspire Art/Kamer van Koophandel, r.o. 140

⁴ HvJ EG, t.a.p. (Inspire Art), r.o. 96.

⁵ HvJ EG, 10 juli 1986, zaak 79/85, Segers/Bedrijfsvereniging, Jur. 1986, p. 2375.

⁶ HvJ EG, 9 maart 1999, zaak C-212/97, Centros, Jur. 1999, p. I-1459.

⁷ Wet van 17 december 1997 (Stb. 1997, 697).

⁸ HvJ EG, (Slenderose), t.a.p., r.o. 16.

Centraal voor toepasselijkheid van de Wfbv staat het onderscheid tussen het al dan niet uitoefenen van bedrijfsactiviteiten in de lidstaat van oprichting. Is dit niet het geval, dan is de Wfbv van toepassing; is dit wel het geval, dan mist de Wfbv toepassing. Op grond van het Segers-arrest was 'voorspelbaar' dat dit onderscheid de regeling niet aan toepassing van de vrijverkeerregels kon doen ontsnappen. In het Inspire-arrest is dit door het Hof uitdrukkelijk bevestigd met verwijzing naar het Segers-arrest.⁹

Over de eventuele 'misbruik'-rechtvaardiging ingevolge artikel 46 (ex 56) EU uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, van de in dit geval getroffen maatregel was het oordeel in het Segers-arrest dat fraudebestrijding 'in bepaalde omstandigheden' grond voor een gedifferentieerde behandeling zou kunnen opleveren, maar de weigering ziektegeld uit te keren 'is in dit verband geen passende maatregel'.¹⁰

Centros-arrest

Inzake de Wfbv kon hieruit worden afgeleid dat voor 'misbruikrechtvaardiging' de lat hoog lag. Bovendien was voordat de Wfbv eind 1997 het Staatsblad bereikte, de Nederlandse overheid reeds bekend met de verwijzing van de (hoogste) Deense rechter van juni 1997 in de Centros-zaak, waar het om een met de 'Wfbv-casus' vergelijkbaar geval ging, en waarin de Nederlandse overheid ook schriftelijke opmerkingen ingediend. Enige voorzichtigheid leek op zijn plaats.

De Centros zaak betrof de weigering van (het Deense equivalent van) het handelsregister om het Deense filiaal van een Engelse rechtspersoon (Centros Ltd) in te schrijven, omdat Centros Ltd geen enkele bedrijfsactiviteit in het land van oprichting (Verenigd Koninkrijk) ontwikkelde, niet aan de Deense eisen voldeed inzake het gestorte minimumkapitaal, en de aandeelhouders Denen waren die volgens de inschrijvende instantie in werkelijkheid probeerden met omzeiling van de Deense voorschriften niet een filiaal, maar een hoofdvestiging in Denemarken op te richten.

Met verwijzing naar het Segers-arrest herhaalde het Hof dat het niet uitoefenen van bedrijfsactiviteiten in de lidstaat van oprichting toepasselijkheid van de vrij verkeer regels niet kan uitsluiten.¹¹ Over de gestelde rechtvaardiging voor de plicht het Deense minimumkapitaal te storten – bescherming van crediteuren tegen oninbare vorderingen, onder meer, door ontoereikend aanvangskapitaal – oordeelde het Hof dat deze rechtvaardiging niet is begrepen onder de noties openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid in de zin van artikel 46 EU.¹²

Evenmin voldoet deze maatregel, voor zover zou moeten worden aangenomen dat deze gerechtvaardigd zou zijn als dwingende reden van een (eventueel) algemeenbelangbescherming van crediteuren, aan de overige daarvoor geldende voorwaarden, te weten geschikt te zijn ter verwezenlijking van het nagestreefde doel (effectiviteit) en niet verder te gaan dan hiertoe noodzakelijk (evenredigheid). Wat het eerste betreft, wijst het Hof erop dat Centros Ltd bij ontwikkeling van bedrijfsactiviteiten in het Verenigd Koninkrijk wel zou zijn ingeschreven in Denemarken, terwijl de bescherming van Deense crediteuren even zwak zou zijn geweest, zodat het in feite een ondeugdelijk middel is. Wat het tweede betreft, blijkt uit de aanduiding 'Ltd' reeds dat het om een rechtspersoon naar Engels recht gaat, waarvoor dus mogelijk andere oprichtingsregels gelden dan in Denemarken, terwijl bovendien de communautaire richtlijnen vennootschapsrecht de crediteuren bepaalde (geharmoniseerde) waarborgen garanderen.¹³

De inschrijving mocht dus niet op deze gronden worden geweigerd, waarbij het Hof overigens niet uitsluit dat een lidstaat maatregelen mag treffen ter bestrijding of bestraffing van fraude met betrekking tot de rechtspersoon of haar oprichters indien daadwerkelijk wordt aangetoond dat deze is opgericht met als doel zich aan verplichtingen jegens crediteuren te onttrekken.¹⁴ Ook in dat geval blijft de inschrijvingsweigering een ondeugdelijk middel.

Inspire Art-arrest

Hiermee was in belangrijke mate het communautair lot van de Wfbv gegeven. Het onderscheidend criterium wel of geen activiteiten in de lidstaat van oprichting onttrekt de Wfbv niet aan toetsing onder de vrijverkeerregels. Ook het beroep van de 'voorstanders' van de Wfbv op het Daily Mail-arrest¹⁵ brengt hierin geen wijziging: reeds daarom niet, omdat het in die zaak ging om de voorwaarden die werden gesteld in de lidstaat van oprichting van de te 'verplaatsen' rechtspersoon, terwijl het in deze zaak ging om een wettelijke regeling in een andere lidstaat, waar de rechtspersoon haar activiteiten uitoefent, hetgeen, zoals het arrest *Überseering*¹⁶ bevestigt, deze situatie onder bereik van de vrijverkeerregels brengt.¹⁷

Onvoldoende is een abstracte rechtvaardiging met als doel bescherming van crediteuren. Het gestelde misbruik moet in concreto daadwerkelijk worden aangetoond. Hiervan was in casu geen sprake.¹⁸ Voor dit oordeel maakte geen verschil het gegeven dat – anders dan in de Deense zaak – onder de Wfbv inschrijving niet wordt geweigerd, maar – naast verplichtingen die ingevolge communautaire richtlijnen voor iedere rechtspersoon gelden – door inschrijving de ingeschrevene, c.q. diens oprichters, aan een aantal regels wordt onderworpen die niet gelden voor Nederlandse rechtspersonen of buitenlandse rechtspersonen die wel bedrijfsactiviteiten ontwikkelen in de lidstaat van herkomst. Wat betreft het voorschrift dat aan de Nederlandse eisen inzake minimumkapitaal moet worden voldaan, was na Centros duidelijk dat dit de 'rule of reason'-toets niet zou overleven¹⁹, waarbij door Inspire Art terecht erop werd gewezen dat naar de Nederlandse rechtspraak deze bescherming ook heel betrekkelijk is: na storting en inschrijving van de rechtspersoon vormt dit geen 'garantievermogen', maar kan hierover vrijelijk worden beschikt.²⁰

Na Centros was ook duidelijk dat de regel dat de oprichters van de als 'formeel buitenlandse vennootschap' op zich al – doelbewust²¹ – als zodanig 'gestigmatiseerde' buitenlandse rechtspersoon ook na

⁹ HvJ EG, (Inspire), t.a.p., r.o. 139.

¹⁰ HvJ EG, (Slenderose), t.a.p., r.o. 17.

¹¹ HvJ EG, (Centros), t.a.p., r.o. 29-30.

¹² HvJ EG, (Centros), t.a.p., r.o. 34.

¹³ HvJ EG, (Centros), t.a.p., r.o. 34-37.

¹⁴ HvJ EG, (Centros), t.a.p., r.o. 38.

¹⁵ HvJ EG, 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jur. 1988, p. 5483.

¹⁶ HvJ EG, 5 november 2002, zaak C-208/00, *Überseering*, Jur. 2002, p. I-9919.

¹⁷ HvJ EG, (Inspire Art), t.a.p., r.o. 103.

¹⁸ HvJ EG, (Inspire Art), t.a.p., r.o. 139-140.

¹⁹ HvJ EG, (Inspire Art), t.a.p., r.o. 135.

²⁰ HvJ EG, (Inspire Art), t.a.p., r.o. 127.

²¹ Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Alber van 30 januari 2003 bij Inspire Art, punt 107-109.

oprichting persoonlijk aansprakelijk zouden blijven voor de schulden van de rechtspersoon niet als gerechtvaardigd zou worden aangemerkt: een 'paardenmiddel', waarvan in de Centros-zaak zelfs de Deense instantie die de inschrijving had geweigerd, vond dat deze onevenredig zou zijn.²²

Bovendien was, zoals ook beklemtoond door de Commissie en Inspire Art, de behandeling van de oprichters (en bestuurders) ook nog discriminerend,²³ omdat naar de 'gewone' regels van Nederlands burgerlijk recht deze aansprakelijkheid uitsluitend geldt voor verplichtingen, aangegaan vóór oprichting van de rechtspersoon en voor zoveel niet nadien door de rechtspersoon bekrachtigd.²⁴

²² HvJ EG, (Centros), t.a.p., r.o. 33.

²³ HvJ EG, (Inspire Art), t.a.p., r.o. 128.

²⁴ Zie (bijvoorbeeld) voor de besloten vennootschap: artikel 2:203 e.v. BW.

²⁵ Zie (bijvoorbeeld) HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal, Jur. 1978, p. 629, r.o. 21.

²⁶ Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, New York 16 december 1966 (Trb. 1969, 99).

Mogelijke gevolgen

Het praktisch gevolg van het Inspire Art-arrest is dat de bepalingen van de Wfbv die door het Hof onverenigbaar met het gemeenschapsrecht zijn geoordeeld, buiten toepassing moeten worden gelaten²⁵ voorzover het rechtspersonen aangaat die zijn opgericht conform het recht van een andere lidstaat. Komt hierop een reactie van de wetgever en zo ja welke? Een wetswijziging blijkt in de maak te zijn. De tekst hiervan wordt pas wordt vrijgegeven bij indiening bij de Tweede Kamer, nadat de Raad van State hierover het licht heeft laten schijnen, waarmee nog enige maanden kunnen zijn gemeoid.

Een vraag die dan mogelijk ook zou kunnen spelen, is hoe het staat met rechtspersonen uit derde landen, voor zover deze niet op één of andere wijze aanspraak kunnen maken op 'communautaire behandeling'. Blijven voor hen de 'gewraakte' Wfbv-bepalingen in stand? Zou mogelijk dit verschil in behandeling (moeten) worden weggenomen door de werking van internationale waarborgen op dit terrein, zoals bijvoorbeeld artikel 26 'Bupo Verdrag'?²⁶ Dan blijft er weinig over. Afgewacht moet worden welke consequenties de wetgever uiteindelijk aan het Inspire Art-arrest gaat verbinden.