

Publicatieplicht van een naar Luxemburgs recht opgerichte vennootschap in Nederland

Inleiding

Grensoverschrijding door vennootschappen vanuit hun land van oprichting vindt op steeds grotere schaal plaats. Hierbij is niet alleen van belang de vraag of een vennootschap door het ontvangende land dient te worden geaccepteerd, maar ook de vraag welk recht op de vennootschap van toepassing is na migratie. Dit recht bepaalt bijvoorbeeld waar en onder welke voorwaarden de vennootschap dient te voldoen aan de plicht tot publicatie van haar jaarrekening, die voortvloeit uit de Vierde en Zevende Vennootschapsrichtlijn en dient ter bescherming van de deelnemers in de vennootschap en ter bescherming van derden.¹

De vraag die in dit artikel centraal staat, is in hoeverre een naar Luxemburgs recht opgerichte vennootschap die feitelijk gevestigd is in Nederland, verplicht is haar jaarrekening te publiceren en op grond van welk rechtstelsel deze verplichting al dan niet bestaat.

Stelsels van internationaal privaatrecht

Voor de erkenning van een vreemde vennootschap als rechtspersoon en de vaststelling van het op haar toepasselijke recht bestaan twee verschillende stelsels van internationaal privaatrecht: het incorporatiestelsel en het stelsel van de werkelijke zetel.

In Nederland wordt het incorporatiestelsel gehanteerd. Dit stelsel houdt in dat een vennootschap wordt beheerd door het recht van het land volgens welke de vennootschap is opgericht, mits de vennootschap aldaar haar statutaire zetel heeft. Dit betekent dat een in een andere staat, naar het recht van die staat geldig opgerichte vennootschap als zodanig wordt erkend in Nederland en dat het recht van de staat van oprichting van toepassing is op, onder andere, de vraag of deze vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft, de oprichting, de structuur, de inrichting en het einde van de vennootschap. Het Nederlandse vennootschapsrecht blijft hier dus buiten toepassing. Aspecten die niet het interne bestel van de vennootschap betreffen, maar bijvoorbeeld samenhangen met het uitoefenen van een onderneming in Nederland of het werkzaam zijn in een bepaalde bedrijfstak, worden niet beheerd door het incorporatierecht, maar zijn onderhevig aan Nederlandse rechtsregels. Zo dienen in Nederland gevestigde ondernemingen op grond van de Handelsregisterwet en het Handelsregisterbesluit bij het Nederlandse Handelsregister te worden ingeschreven en aan een administratieplicht te voldoen, ook al zijn zij in een andere staat opgericht.

1. Considerans Vierde en Zevende Vennootschapsrichtlijn.

In Luxemburg geldt het stelsel van de werkelijke zetel (*siège réel*). Volgens dit stelsel wordt de vennootschap beheerd door het (vennootschaps)recht van het land waar de vennootschap haar werkelijke zetel (vestigingsplaats van het bestuur, centrum van de bestuursactiviteiten) heeft. Dit houdt in dat voor de erkenning van een vennootschap en haar eventuele rechtspersoonlijkheid, het Luxemburgse internationale privaatrecht verwijst naar het recht van het land waarin de vennootschap haar werkelijke zetel heeft. Dit betekent dat een vennootschap alleen dan door Luxemburgs recht wordt beheerd indien deze vennootschap ook haar werkelijke zetel in Luxemburg heeft. Wanneer de vennootschap die rechtsgeldig is opgericht naar Luxemburgs recht, haar werkelijke zetel heeft in of heeft verplaatst naar een ander land, dan leidt dit tot wijziging van het op de vennootschap toepasselijke recht en, wanneer niet is voldaan aan de oprichtingsvereisten van het recht van het nieuwe land, tot niet-erkenning van de vennootschap als rechtspersoon en daarmee tot ontbinding van de vennootschap. De rechtspersoon dient in de nieuwe staat te worden heropgericht.

Het Nederlandse internationale privaatrecht

Voor de vraag door welk recht een naar vreemd recht opgerichte vennootschap die (al) haar bedrijfsactiviteiten of haar hoofdkantoor en daarmee haar werkelijke zetel heeft in Nederland, wordt beheerd, is in de eerste plaats van belang de Wet conflictenrecht corporaties (Wcc). Op grond van het in artikel 2 Wcc neergelegde incorporatiestelsel is op een in Luxemburg, naar Luxemburgs recht geldig opgerichte vennootschap met statutaire zetel in Luxemburg, Luxemburgs recht van toepassing.

Naast de Wcc gelden bovendien voor naar vreemd recht opgerichte vennootschappen die hun bedrijfsactiviteiten (nagenoeg) geheel in Nederland verrichten en slechts een formele band hebben met het land naar welk recht zij zijn opgericht, de rechtsregels neergelegd in de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV). De WFBV verklaart op deze zogenoemde formeel buitenlandse vennootschappen enkele belangrijke bepalingen van Nederlands vennootschapsrecht van toepassing, ondanks het feit dat deze vennootschappen op grond van artikel 2 Wcc door het recht van oprichting worden beheerd.

Artikel 5 lid 2 WFBV schrijft voor dat de bestuurders van de formeel buitenlandse vennootschap jaarlijks een jaarrekening en een jaarverslag opmaken. Op de jaarrekening, het jaarverslag en de overige gegevens verklaart de WFBV titel 9 van Boek 2 BW van toepassing.

In artikel 5 lid 3 WFBV worden formeel buitenlandse vennootschappen uit EU-lidstaten van de jaarrekeningverplichting uit artikel 5 lid 2 uitgezonderd. De ratio voor deze uitzonderingspositie van EU-vennootschappen ligt in het feit dat de geharmoniseerde regels die de Vierde en de Zevende Vennootschapsrichtlijn geven voor de jaarrekening en de

geconsolideerde jaarrekening, verhinderen dat van EU-vennootschappen kan worden verlangd dat zij andere jaarstukken opmaken dan die welke ingevolge hun nationale recht al verplicht zijn.

In september 2003 heeft het Europese Hof van Justitie in de zaak *Inspire Art*² geoordeeld dat een aantal bepalingen van de WFBV in strijd is met en een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging, zoals deze door artikel 43 en 48 EG-Verdrag en de vennootschapsrichtlijnen wordt gegarandeerd. Naar aanleiding van deze uitspraak is het toepassingsgebied van de WFBV onlangs gewijzigd. Met uitzondering van artikel 6 WFBV, dat een instrument biedt om in concrete gevallen repressief op te treden tegen misbruik en fraude, is de WFBV niet langer van toepassing op vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een lidstaat van de Europese Unie of naar het recht van een land dat partij is bij de EER-Overeenkomst (Noorwegen, Liechtenstein en IJsland).

Alleen voor vennootschappen buiten de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte, die onder de definitie 'formeel buitenlandse vennootschappen' vallen, geldt de WFBV nog onverkort. Deze vennootschappen dienen dan ook op grond van de WFBV hun jaarrekening op te maken overeenkomstig de regels van titel 9 van Boek 2 BW. De 'formeel buitenlandse vennootschappen' uit EU- en EER-lidstaten blijven wat hun jaarstukken betreft van de eisen van de WFBV en daarmee van titel 9 van Boek 2 BW vrijgesteld. De in ons voorbeeld naar Luxemburgs recht opgerichte vennootschap met haar werkelijke zetel gevestigd in Nederland is dus niet op grond van het Nederlandse internationale privaatrecht verplicht in Nederland haar jaarrekening te publiceren.

Het Luxemburgse internationale privaatrecht

Ingevolge artikel 159 van de Luxemburgse wet van 10 augustus 1915 betreffende het vennootschapsrecht hanteert Luxemburg het stelsel van de werkelijke zetel. Wanneer een in Luxemburg opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel verplaatst naar een andere staat waar tevens de leer van de werkelijke zetel geldt, dan leidt dit tot wijziging van het op de vennootschap toepasselijke recht en tot verlies van de Luxemburgse nationaliteit. De vennootschap is dus niet langer op grond van het Luxemburgse recht verplicht haar jaarrekening te publiceren.

Wordt de werkelijke zetel verplaatst naar een land dat de incorporatieleer hanteert, zoals Nederland, dan wijzigt volgens het Luxemburgse internationale privaatrecht het op de vennootschap toepasselijke recht en wordt Nederlands recht op de vennootschap van toepassing, terwijl het Nederlandse internationale privaatrecht het Luxemburgse recht

als het op de vennootschap toepasselijke recht aanwijst. Er is sprake van een negatief IPR-conflict: de vennootschap komt in beide landen voor dichte deuren te staan en dreigt in een rechtsvacuüm terecht te komen. Hoe wordt dit conflict nu opgelost?

Sommige beroepsbeoefenaars in Luxemburg stellen dat de Luxemburgse conflictregels zouden terugverwijzen naar het Luxemburgse recht (het leerstuk van de *renvoi*). Ze zouden in de eerste plaats het recht van het land van de werkelijke zetel aanwijzen als het toepasselijke recht (in ons voorbeeld het Nederlandse recht), dat vervolgens terugverwijst naar het incorporatierecht (het Luxemburgs recht). Er is echter geen Luxemburgs precedentenrecht dat het leerstuk van de *renvoi* als geldend erkent.³

Ook in Nederland wordt gesteld dat het stelsel van de werkelijke zetel zelden in zijn uiterste consequenties wordt toegepast. Zo meent Vlas dat werkelijke zetellanden niet licht tot niet-erkenning van een naar hun eigen recht opgerichte vennootschap zullen overgaan. In België is het bijvoorbeeld zo geregeld dat wanneer een vennootschap haar werkelijke zetel vanuit België naar een ander land verplaatst dat de incorporatieleer hanteert, dit naar Belgisch internationaal privaatrecht geen wijziging van het toepasselijke recht tot gevolg heeft en de vennootschap niet ophoudt te bestaan. Op de vennootschap blijft Belgisch recht van toepassing.⁴

Rechtspraak van het Europese Hof van Justitie

Het Europese Hof van Justitie heeft zich al enkele malen gebogen over het probleem van de controverse tussen het incorporatiestelsel en het stelsel van de werkelijke zetel. Het Hof geeft in zijn rechtspraak weliswaar aanwijzingen dat het incorporatiestelsel meer recht doet aan de door artikel 43 en 48 van het EG-Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging, maar het heeft zich tot op heden nog niet expliciet uitgesproken vóór een van beide stelsels.

Het Hof bepaalde dat de vraag of een vennootschap haar zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging mag verplaatsen, en de gevolgen van die verplaatsing, uitsluitend worden beheerst door het recht volgens welk de vennootschap is opgericht, ongeacht of de vennootschap activiteiten verricht in het land van oprichting en ongeacht het feit dat ze wellicht haar werkelijke zetel in een andere lidstaat heeft.⁵

In geval van verplaatsing van de werkelijke zetel mag de nieuwe lidstaat aan de erkenning van een in een andere staat opgerichte vennootschap niet de voorwaarde verbinden dat zijn eigen regels van vennootschapsrecht op de vennoot-

2. HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01, JOR 2003, 249 (*Inspire Art*).

3. Heico Reinoud, *The Tax and Legal Impact of Transferring a Company to or out of Luxembourg*, Tax Notes International, 14 maart 2005.

4. P. Vlas, *Rechtspersonen, Praktijkreeks IPR*, Deventer: Kluwer 2002, p. 68.

5. HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87 (*Daily Mail*) en HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00 (*Überseering*).

schap van toepassing worden verklaard, tenzij in een individueel geval sprake is van misbruik.⁶ Erkenning van vennootschappen door elke lidstaat waar zij zich willen vestigen, is een noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van hun vrijheid van vestiging. Ook werkelijke zetellanden dienen binnen de Europese Unie rechtsgeldig opgerichte vennootschappen op hun grondgebied te erkennen.

In ons voorbeeld dient Luxemburg de vennootschap die haar werkelijke zetel verplaatst heeft naar Nederland, te erkennen als een vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Als Luxemburg echter de vennootschap erkent, maar enkel als een vennootschap waarop Nederlands recht van toepassing is, dan zijn we weer terug bij af. Je zou kunnen zeggen dat Luxemburg in dat geval in feite zijn rechtsgeldig opgerichte vennootschappen verhindert om hun werkelijke zetel te kunnen verplaatsen naar een andere lidstaat. Anderzijds weigert de ontvangende lidstaat, in ons voorbeeld Nederland, zijn eigen recht op de vennootschap toe te passen. De vennootschap is 'rechteloos'. Dit is een vreemde en onwenselijke situatie.

Conclusie

Er is geen eenduidig antwoord te geven op de vraag op grond van welk recht of welke wet een naar Luxemburgs recht opgerichte vennootschap met haar werkelijke zetel in Nederland al dan niet haar jaarrekening dient op te stellen en te publiceren. Het incorporatiestelsel en het stelsel van de werkelijke zetel leiden tot aanwijzing van verschillende nationale rechtsstelsels. Dit negatieve IPR-conflict leidt ertoe dat de in Nederland feitelijk gevestigde Luxemburgse vennootschap tussen wal en schip geraakt. Geen enkel recht is op de vennootschap van toepassing, waarmee de vennootschap onvrijwillig 'verdwijnt', een onwenselijke situatie.

Mijns inziens zou Nederland in het belang van de rechtszekerheid het Nederlandse vennootschapsrecht inzake de publicatieplicht op de onderhavige vennootschap van toepassing moeten verklaren. Dit sluit ook aan bij de bedoeling van de Vierde Europese Vennootschapsrichtlijn en de gedachte achter de destijds in het leven geroepen WFBV. Hopelijk zal het Europese Hof van Justitie zich in de nabije toekomst uitspreken over dit vraagstuk.

*Mr. A.M. Meerman
Loyens & Loeff*

6. HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97 (Centros) en HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01, JOR 2003, 249 (Inspire Art).