

**24 139**

**Regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen)**

**24 141**

**Regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot corporaties (Wet conflictenrecht corporaties)**

#### **MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 24 november 1997

Met belangstelling nam ik kennis van de beschouwingen en vragen van de leden van de fracties van CDA en PvdA. Het verheugt mij dat de fracties in algemene zin konden instemmen met de beide wetsvoorstellen. Op de uitnodiging van de leden van de PvdA-fractie om de opportuniteit van wetsvoorstel 24 139 nog eens te adstrueren zal ik hieronder nog gaarne ingaan.

De leden van de CDA-fractie besteedden in het bijzonder aandacht aan de vraag of het, gelet op de door hen genoemde uitgangspunten, niet passend was in wetsvoorstel 24 139 ook het enquêterecht op de onderwerpelijke buitenlandse vennootschappen van toepassing te verklaren. Zij wezen erop dat de commissie vennootschapsrecht zich daartegen heeft uitgesproken, voornamelijk op grond van de overweging dat daarmee te zeer zou worden getreden binnen het «inwendig bestel» van de buitenlandse vennootschap wanneer de ondernemingskamer voorzieningen zou treffen. Deze leden merkten op dat voor die stelling nog iets te zeggen valt met betrekking tot de voorzieningen als bedoeld in artikel 2:256, onderdelen b tot en met f, BW, maar dat ten aanzien van de voorzieningen in a (schorsing of vernietiging van een besluit) niet valt in te zien waarom deze toepasselijkverklaring van het enquêterecht prohibitief wordt geacht, terwijl de Wet op de ondernemingsraden een soortgelijke voorziening mogelijk maakt door de bevoegdheid van de ondernemingskamer te verplichten een besluit geheel of ten dele in te trekken.

Zoals deze leden al opmerkten is overweging om het enquêterecht niet toepasselijk te verklaren op formeel buitenlandse vennootschappen geweest, dat de voorzieningen die de regeling mogelijk maakt, niet geschikt zijn voor deze vennootschappen, met name als het gaat om de voorzieningen schorsing, ontslag en vervanging van bestuurders. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor de voorzieningen van onderdeel a, schorsing of vernietiging van besluiten. Het zou ertoe leiden dat besluiten

die naar Nederlands recht nietig zijn, naar buitenlands recht geldig zijn. Het is waar dat de Wet op de ondernemingsraden van toepassing is op in Nederland werkzame ondernemingen van zowel Nederlandse als buitenlandse rechtspersonen en dat deze wet het mogelijk maakt dat de ondernemingskamer de onderneming verplicht besluiten geheel of ten dele in te trekken. De Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht wijst er in haar advies over het internationaal rechtspersonenrecht van 30 november 1990 op dat ondernemingen van buitenlandse rechtspersonen aan de Wet op de ondernemingsraden zijn onderworpen, maar maakt de aantekening dat toepassing van de artikelen 26 en 27 van die wet op problemen kan stuiten: artikel 16 sub 2 van het EEG-Executieverdrag verhindert de Nederlandse rechter kennis te nemen van verzoeken of vorderingen strekkende tot het nietig verklaren of ongedaan maken van besluiten van organen van rechtspersonen die in een andere verdragsstaat zijn gevestigd. Artikel 16 sub 2 kent ter zake van geldigheid, nietigheid of ontbinding van rechtspersonen rechtsmacht toe aan de plaats van de vestiging van de statutaire zetel van de rechtspersoon. Volgens prof. mr. A. V. M. Struycken in de bundel «Van vennootschappelijk belang», blz. 330–331, gaat het bij de maatregelen van artikel 26 Wet op de ondernemingsraden in feite om vernietiging van besluiten. Prof. mr. J. M. M. Maeijer, in de bundel *Op recht*, blz. 192, kan de verwachting dat het Europese Hof artikel 16 sub 2 zo ruim zal uitleggen niet zonder meer delen. Hij wijst erop dat in de Wet op de ondernemingsraden anders dan bij de voorzieningen in het enquêterecht, niet over besluiten van rechtspersonen gaat, maar over besluiten van de ondernemer. Ik noem deze discussie omdat het feit dat de Wet op de ondernemingsraden van toepassing is op ondernemingen van buitenlandse rechtspersonen niet zonder meer tot de conclusie leidt dat de voorzieningen van artikel 2:256, onderdeel a, kunnen worden toegepast. De vraag rijst dan of de enquêteregeling zonder de mogelijkheid voorzieningen te treffen niet ook heilzaam kan werken. De leden van de CDA-fractie merken op dat het instellen van een onderzoek de laatste jaren is uitgegroeid tot een veel gevraagd en toegepast rechtsmiddel dat reeds zonder voorzieningen groot effect blijkt te hebben. Deze leden wijzen op «schandpaaleffect» en het feit dat enquêteverzoeken ook dienen als opstap voor aansprakelijkheidsprocedures bij de gewone rechter. Deze leden moet worden toegegeven dat het enquêterecht zich in steeds sterkere mate heeft ontwikkeld, dankzij de jurisprudentie van de ondernemingskamer, tot een doeltreffend middel om het beleid van de ondernemingsleiding te onderzoeken en deze ondernemingsleiding haar verantwoordelijkheden in te scherpen. Deze overwegingen zouden als het gaat om grote, publieke ondernemingen mogelijk zwaarder moeten wegen dan enige jaren geleden. Ik betwijfel evenwel of deze overwegingen in dezelfde mate gelden voor het gros van de formeel buitenlandse vennootschappen waar dit wetsvoorstel het oog op heeft. De keuze voor deze vennootschapsvorm zal veelal ingegeven zijn door de wens van de oprichters of bestuurders dwingend Nederlands recht te ontwijken, waarbij men de «vreemde» verschijningsvorm op de koop toe neemt. Het schandpaaleffect zal op dergelijke personen waarschijnlijk niet veel indruk maken.

Ik heb al eerder de verwachting uitgesproken dat dit wetsvoorstel het verschijnsel van de formeel buitenlandse vennootschappen belangrijk zal terugdringen omdat het de redenen om voor zo'n vennootschap te kiezen, wegneemt. Als deze verwachting bewaarheid wordt, lijkt mij een aanpassing van het enquêterecht om dit van toepassing te doen zijn op formeel buitenlandse vennootschappen, niet echt nodig.

Voor ondernemingen van buitenlandse rechtspersonen die niet onder het bereik van dit wetsvoorstel vallen omdat zij een reële band met het land van oprichting hebben en in het buitenland actief zijn, geldt het bezwaar dat toepassing van het enquêterecht tot gewrongen situaties leidt in nog

sterkere mate. Rekening moet worden gehouden met het beginsel van wederkerigheid dat buitenlandse overheden zich dan ook bevoegd kunnen achten Nederlandse vennootschappen te ontbinden of onderzoek te verrichten naar het beleid en de gang van zaken van in het buitenland actieve Nederlandse vennootschappen. Daar komt dan bij dat buitenlandse vennootschappen met ons enquêterecht vergelijkbare rechtsfiguren kunnen kennen: ik wij op de action sociale van verschillende rechtsstelsels, op grond waarvan aandeelhouders met bijvoorbeeld een 10%-belang bestuurders ten behoeve van de vennootschap kunnen aanspreken voor de schade die zij door hun fouten aan de vennootschap hebben toegebracht. Het Engelse recht kent de bevoegdheid van de Secretary of State «to appoint one or more competent inspectors to investigate the affairs of a company and to report on them in such manners as he may direct».

De leden van de CDA-fractie zagen gaarne verduidelijkt of het jaarrekeningrecht nu wel of niet tot het incorporatierecht moet worden gerekend. Naar mijn mening is het incorporatierecht ook van toepassing op het jaarrekeningrecht. Toepassing van Nederlandse jaarrekeningvoorschriften op grond van artikel 5 van wetsvoorstel 24 139 vormt dus een inbreuk op het incorporatiestelsel. Hierbij geldt uiteraard dat het jaarrekeningrecht geharmoniseerd is en dat de verplichting voor formeel buitenlandse vennootschappen om een jaarrekening op te stellen met inachtneming van de voorschriften van titel 9 niet gelden voor vennootschappen die hun jaarrekening inrichten overeenkomstig de 4e en 7e richtlijn.

De leden van de PvdA-fractie, die met grote belangstelling van de twee wetsvoorstellen hadden kennisgenomen, kunnen tot mijn genoegen instemmen met de keuze voor het incorporatiestelsel en met het standpunt dat uitzondering op dit beginsel een beperkte moet zijn. Naast het Verenigd Koninkrijk, zoals deze leden al memoreerden, kennen overigens Ierland, Zweden en Finland het incorporatiestelsel. In het bijzonder wetsvoorstel 24 139 kent een lange voorgeschiedenis. Hierbij heeft een rol gespeeld dat men eerst de effecten van het in 1995 ingevoerde artikel 2:138 lid 11, waarbij dit artikel ook van toepassing werd verklaard op buitenlandse rechtspersonen die aan de heffing van de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, wilde afwachten. Het gebruik van formeel buitenlandse vennootschappen maakte het evenwel wenselijk daarop tijdig een rem te zetten. De opportuniteit van het wetsvoorstel is hierin gelegen dat de keuze voor het incorporatiestelsel er niet toe moet leiden dat dwingend Nederlands recht op eenvoudige manier kan worden ontgaan. Ik wil ook voorkomen dat passiviteit van de wetgever ruimte heeft voor een ontwikkeling die nog slechts te keren is door zeer ingrijpende middelen die misschien ten koste gaan van bona fide buitenlandse ondernemers. Het gebruik van buitenlandse vennootschappen kan leiden tot benadeling van schuldeisers als minder stringente kapitaal-, boekhoud- en publicatievoorschriften gelden. Het geeft deze ondernemers in dat geval ook een concurrentievoordeel ten opzichte van ondernemers die zich wel aan de Nederlandse wet houden. Een bijkomend voordeel is dat, naar ik verwacht, de thans voorgestelde maatregelen ook dubieuze handelaren in buitenlandse vennootschappen, al dan niet allang ontbonden in het land van oprichting, de wind uit de zeilen neemt. Ondernemers die buitenlandse vennootschappen gebruiken om dwingend Nederlands recht te ontwijken, maken misbruik van internationaal privaatrecht. Dat verschijnsel beoogt het wetsvoorstel tegen te gaan. Het is moeilijk vast te stellen in welke mate derden benadeeld zijn door formeel buitenlandse vennootschappen. In de nota naar aanleiding van het nader verslag heb ik op blz. 7 enige onderzoeken naar fraude en misbruik met buitenlandse vennootschappen aangehaald. De CRI telde in 1986 845 van dergelijke rechtspersonen, waarbij in 587 gevallen procesverbaal werd opgemaakt en in 258 gevallen sprake was van zacht

bewijsmateriaal. Bij een onderzoek in de Rotterdamse haven in 1994 werden 16 van de 20 buitenlandse vennootschappen als dubieus gekenschetst. In het rapport van de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden werd gesteld dat criminele groepen hoe langer hoe meer lijken uit te wijken naar buitenlandse rechtspersonen. Dan spreken we dus over (zware) criminaliteit.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of men in wetsvoorstel 24 139 ook niet het begrip corporatie moet hanteren om te voorkomen dat men zijn toevlucht zoekt tot corporaties, niet zijnde buitenlandse vennootschappen. Het gaat in dit wetsvoorstel om buitenlandse kapitaalvennootschappen. Deze begrenzing van het toepassingsgebied is ingegeven door het feit dat bij deze vennootschappen misbruik van internationaal privaatrecht om dwingend Nederlands recht te ontwijken, geconstateerd is. Waarschijnlijk is de keuze voor kapitaalvennootschappen de gebruiker ervan ingegeven door de aantrekkelijkheid van deze rechtsvorm om persoonlijke aansprakelijkheid te beperken en omdat ze gemakkelijk kunnen worden opgericht en verhandeld. Andere rechtsvormen zijn kennelijk een minder aantrekkelijk vehikel om in Nederland ondernemingen te drijven. Vooralsnog zie ik derhalve onvoldoende grond om het toepassingsgebied uit te breiden. Deze leden signaleerden terecht dat artikel 7 van wetsvoorstel 24 139 met een bestuurder gelijk worden gesteld degenen die met de dagelijkse leiding van de aan de vennootschap toebehorende onderneming zijn belast. De omschrijving is ontleend aan het huidige artikel 2:138 lid 11 en omvat een andere groep van personen dan de (mede-)beleidsbepaler. Het gaat hier om bedrijfsleiders die onder verantwoordelijkheid van de bestuurders hier te lande werkzaam zijn. Op hen rust bijvoorbeeld de verplichting opgave te doen aan het handelsregister.

De Minister van Justitie,  
W. Sorgdrager