

Vergaderjaar 1994–1995

24 141

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

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

1. Inleiding

Het wetsvoorstel past in het voornemen tot codificatie van het Nederlandse internationaal privaatrecht. Regels betreffende het toepasselijke recht op vennootschappen, verenigingen, coöperaties, onderlingen, stichtingen en andere al dan niet rechtspersoonlijkheid bezittende juridische lichamen – in het wetsvoorstel samengevat onder de term corporaties – kunnen daarin niet ontbreken. Het onderwerp is aan de orde gesteld in diverse verdragen waarbij het Koninkrijk partij is of voornemens is (geweest) partij te worden.

In het bijzonder kan hier worden vermeld het op 1 juni 1956 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag nopens de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen (Trb. 1956, 131), dat is goedgekeurd bij de Rijkswet van 25 juli 1959, Stb. 255. Ter uitvoering van dat verdrag is bij Wet van 25 juli 1959, Stb. 256, bepaald, dat Nederland niet is «een land welks wet de werkelijke zetel in aanmerking neemt, als bedoeld in artikel 2» van het verdrag. Op de betekenis van die wet voor het Nederlandse conflictenrecht zal hierna nog nader worden ingegaan. Het Haagse verdrag is bij gebreke van voldoende belangstelling niet in werking getreden en de kansen op die inwerkingtreding lijken thans gering.

Nadien is op initiatief van de Europese Commissie in het kader van artikel 220 van het EG-Verdrag op 29 februari 1968 tussen de zes Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap te Brussel tot stand gekomen een Verdrag betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen, met Protocol (Trb. 1968, 113). Artikel 4 van dit verdrag betreft de kwestie van het op corporaties toepasselijke recht. Het verdrag is voor het Koninkrijk ondertekend. Een ontwerp van Rijkswet tot goedkeuring van dat verdrag is op 19 april 1972 bij de Tweede Kamer ingediend (kamerstukken II 1972–1973, 11 790, R 859). De behandeling van dat wetsvoorstel is door de intrekking van dit wetsvoorstel bij brief van 4 november 1993 beëindigd. Het is niet duidelijk wat het lot zal zijn van dit verdrag, dat inmiddels door België, de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Italië en Luxemburg is aanvaard maar nog niet in

werking is getreden. Op de betekenis van dit verdrag voor het Nederlandse recht zal hierna nader worden ingegaan.

Van enig belang voor de materie is voorts nog, dat de eenvormige Beneluxwet betreffende het internationaal privaatrecht (Trb. 1951, 125), een wet die nooit in werking is getreden, in artikel 3 bepaalde, dat het bestaan van een rechtspersoon, alsmede de organen welke haar vertegenwoordigen, bepaald worden door de wet van het land der vestiging. Deze opvatting is nadien gewijzigd. De uitvoeringswet van het Haagse verdrag van 1956 gaat, zoals hiervoor reeds is opgemerkt, uit van een ander beginsel. In de latere versie van de Benelux uniforme wet van 1969 (Trb. 1969, 167) komt deze bepaling dan ook niet meer voor; zij is evenmin vervangen door een andere. De Benelux uniforme wet is overigens voor deze materie nog slechts van historisch belang omdat het werk aan die wet is stilgelegd en het wetsontwerp tot goedkeuring is ingetrokken¹.

De bovengenoemde verdragen hebben voornamelijk betrekking op rechtspersonen en de discussie die in het internationaal privaatrecht wordt gevoerd heeft zich steeds historisch geconcentreerd op de rechtspersonen, op het vraagstuk van hun erkenning en het toepasselijke recht. In de hierna te geven beschouwingen gaat het dan ook voornamelijk om deze rechtspersonen en zal slechts incidenteel aandacht worden besteed aan de juridische lichamen of samenwerkingsverbanden die als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optreden, zoals te onzent de vennootschap onder firma en bijvoorbeeld de offene Handelsgesellschaft in het Duitse recht, die elementen van rechtspersoonlijkheid bezitten, maar geen rechtspersonen zijn.

De in het wetsvoorstel gebruikte term «corporaties» omvat meer dan alleen de rechtspersoonlijkheid bezittende juridische lichamen. De voorgestelde regeling heeft ook betrekking op juridische lichamen die geen rechtspersonen zijn, maar aan wie het recht toch als «zedelijke lichamen» een bepaalde plaats inruimt. Door het gebruik van de juridisch neutrale term «corporatie» worden kwalificatieproblemen vermeden, die een term als «rechtspersoon» meebrengt. Naar algemeen aanvaarde regels van internationaal privaatrecht zal immers de kwalificatie van een zedelijk lichaam als rechtspersoon dienen te geschieden naar het recht van de rechter, derhalve naar Nederlands recht. Door het gebruik van het Nederlandse rechtsbegrip «rechtspersoon» zouden samenwerkingsverbanden die naar Nederlands recht geen rechtspersoon zijn maar naar het recht van incorporatie die kwalificatie wel bezitten, buiten het toepassingsgebied van deze wet blijven. En ook samenwerkingsverbanden die naar het recht van incorporatie een beperkte zelfstandigheid kennen zonder rechtspersoon te zijn, zouden buiten dit toepassingsgebied blijven. Dat resultaat past in een wetgeving die uitgaat van de leer van de werkelijke zetel, niet in een op het incorporatiestelsel gebaseerde wetgeving, die ervan uitgaat dat in het bijzonder het bestaan en de beëindiging, de structuur en inrichting, de bevoegdheden en aansprakelijkheden, en de vertegenwoordiging van een als zelfstandige eenheid optredend lichaam of samenwerkingsverband bepaald wordt door het recht van de plaats van de oprichting en van de statutaire zetel. Wij zullen op dit kwalificatievraagstuk terugkomen.

2. De rechtsontwikkeling in Nederland

Wat betreft de rechtsontwikkeling in het Nederlandse internationaal privaatrecht inzake corporaties kan het volgende worden vermeld.

Volgens een oud arrest van de Hoge Raad (23 maart 1866, W.2718) moet een buitenlandse naamloze vennootschap, wettig bestaande in het land van haar oprichting, in Nederland als zodanig worden erkend. In een later arrest (19 mei artikel 1950, N.J. 1951, 150) wordt overwogen dat het in de

¹ Zie brief Staatssecretaris van Justitie van 11 oktober 1976, kamerstukken II 1976–1977, 2329, nr. 7.

Verenigde Staten door de Verenigde Naties in het leven geroepen lichaam, de United Nations Relief and Rehabilitation Administration (U.N.R.R.A.), in Nederland als rechtspersoon moet worden erkend, en dat zulks niet afhankelijk is van de in de Nederlandse wet voor het bestaan van een rechtspersoon gestelde voorwaarden. Uit deze uitspraken blijkt wel, dat het Nederlandse recht steeds een vrijgeveige houding heeft aangenomen ten aanzien van de erkenning van buitenlandse rechtspersonen¹. De bekrachtiging van het in overeenstemming met die vrijgeveige houding opgestelde Haagse verdrag van 1956 vormt daarvan in zekere zin de bevestiging. De opvatting dat de toekenning van rechtspersoonlijkheid als soevereine handeling van de buitenlandse Staat hier te lande geen gelding kan hebben, is reeds vroeg verlaten en geniet geen enkel gezag meer. De term «erkenning» herinnert nog wel aan deze oude opvatting, alsof het betreft de erkenning van de vreemde soevereine handeling die de schepping van rechtspersoonlijkheid ten gevolge had, maar daarom gaat het niet meer. In het centrum van de problematiek staan thans de vragen wat die erkenning inhoudt en vooral: door welk recht de buitenlandse rechtspersoon (corporatie) wordt beheerst. Het internationaal privaatrecht inzake corporaties moet op die vragen een antwoord zien te vinden. Daarbij dient zich steeds ook de vraag aan, binnen welke grenzen die erkenning geschiedt en, indien de corporatie actief is in andere landen, welke de verhouding is tussen het recht in overeenstemming waarmee de vreemde corporatie is opgericht en het recht van het land waar zij haar (voornaamste) activiteit bedrijft of zelfs haar hoofdkantoor («centrum van haar optreden naar buiten») heeft.

Bij de beschouwing van deze vragen hebben zich verschillende opvattingen ontwikkeld. Dat blijkt reeds uit het hiervoor gesignaleerde feit dat artikel 3 van de oorspronkelijke Benelux uniforme wet (1951) aanknoopte aan het land waar de hoofdadministratie van de rechtspersoon is gevestigd, terwijl de latere wet van 1959 ter uitvoering van het Haagse verdrag van 1956 te kennen geeft dat Nederland niet is een land dat de werkelijke zetel als aanknopingscriterium in aanmerking neemt als bedoeld in artikel 2 van dat verdrag. In hoofdzaak gaat het inderdaad om een keuze tussen twee stelsels, waarvan het ene aanknoopt aan het land in overeenstemming met welks recht de rechtspersoon is opgericht (geïncorporeerd) en waarnaar dit stelsel tot uitgangspunt neemt: dus – de statutaire zetel is gevestigd, en het andere aan het land waar de werkelijke zetel is gevestigd. In het eerstvermelde stelsel behoeft het land van de statutaire zetel niet tevens het land te zijn waar de rechtspersoon haar werkelijke zetel, m.a.w. haar hoofdkantoor heeft. In het tweede stelsel wordt er van uitgegaan dat statutaire zetel en werkelijke zetel samenvallen en wordt in beginsel niet aanvaard dat de werkelijke zetel zich elders zou bevinden. In een dergelijk stelsel wordt aan de vreemde rechtspersoon in het land van de werkelijke zetel erkenning onthouden of wordt daarop in elk geval het recht van dat land toegepast.

Totdat de Wet van 25 juli 1959, Stb. 256 aan deze onzekerheid een einde maakte, was het niet volkomen duidelijk welk stelsel in het Nederlandse internationaal privaatrecht gold². In de lagere rechtspraak zijn uitspraken te vinden die uitgaan van het stelsel van de werkelijke zetel en andere die uitgaan van de incorporatieleer. Doorgaans wordt evenwel aangenomen dat de arresten van de Hoge Raad van 1866 en 1950 het beste kunnen worden geplaatst in het incorporatiestelsel. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de wet van 1959 heeft geleid, was de toenmalige minister van Justitie van mening, dat voor de juistheid van de in de doctrine wel verdedigde opvatting ten gunste van het stelsel van de werkelijke zetel noch in de wet noch in de jurisprudentie beslissende aanknopingspunten zijn te vinden. De rechtspersoonlijkheid van een vreemde corporatie – aldus de minister – is hier te lande nimmer ontkend op de enkele grond dat de centrale leiding vanuit Nederland werd gevoerd. In overeenstemming daarmee was in het wetsvoorstel bepaald

¹ Zie L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht 1990, nr. 199 e.v.

² Zie P. Vlas, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht (1982), blz. 70 e.v.

dat Nederland niet uitgaat van het stelsel van de werkelijke zetel, zodat de erkenning van een vreemde vennootschap, vereniging of stichting in Nederland niet mag worden geweigerd, uitsluitend op de grond dat de werkelijke zetel zich niet bevindt in het land van oprichting, doch in Nederland of in een land dat de werkelijke zetel in aanmerking neemt. Artikel 2 van het Haagse verdrag gaf de verdragsstaten de bevoegdheid om in dergelijke gevallen de erkenning te weigeren. De Wet van 1959 houdt in, dat de Nederlandse rechter van die bevoegdheid geen gebruik mag maken. Algemeen wordt aangenomen dat uit de strekking van de wet tevens voortvloeit, dat in het Nederlandse internationaal privaatrecht voor de vraag welk recht op buitenlandse rechtspersonen van toepassing is, wordt aangeknoopt aan het land waar de rechtspersoon, in overeenstemming met het recht van dat land, is opgericht¹.

In deze situatie is geen verandering gebracht door het Verdrag van Brussel van 29 februari 1968 (Trb. 1968, 113). Evenals het Haagse verdrag kenmerkte dat verdrag zich door het streven naar een compromis tussen het stelsel van de werkelijke zetel en het incorporatiestelsel. Verdragsstaten die het stelsel van de werkelijke zetel huldigen konden ingevolge artikel 4 van het verdrag verklaren dat zij hun interne dwingende recht zullen toepassen op vennootschappen en rechtspersonen die in een andere Lid-Staat zijn opgericht maar hun werkelijke zetel hebben op het grondgebied van de Lid-Staat die zo'n verklaring heeft afgelegd. In zo'n situatie is ook het aanvullend recht van de desbetreffende Staat in beginsel toepasselijk. Het verdrag ging uit van de incorporatieleer, maar deed in artikel 4 dus een wezenlijke concessie aan het stelsel van de werkelijke zetel, zonder evenwel dat daarvan het gevolg was dat de erkenning zelf in gevaar kwam. Dat zou in het verband van de EG niet mogelijk zijn; op dat punt moest het Brusselse verdrag wel een andere oplossing vinden dan het Haagse.

Bij brief van 4 november 1993 (kamerstukken II, 1993–1994, 11 790 (R 852), nr. 7) heeft de Minister van Justitie aan de voorzitter van Uw Kamer medegedeeld het wetsvoorstel 11 790 in te trekken. Reden daartoe was de onduidelijkheid omtrent het lot van het Brusselse verdrag, nu dat tussen de oorspronkelijke zes lidstaten van de EEG gesloten verdrag nooit in werking is getreden en de besprekingen over de toetreding van de andere lidstaten zijn afgebroken. Het ontbreken van een reële kans op een internationale regeling van het verwijzings- en erkenningsrecht van vennootschappen en rechtspersonen in de nabije toekomst en de toenemende internationale, i.c. Europese regelgeving op het terrein van deze rechtsfiguren onderstreept de noodzaak van een nationale codificatie van dit onderwerp.

Als markant punt in de rechtsontwikkeling is ter afsluiting te noemen het recente arrest van de Hoge Raad van 20 april 1990, N.J. 1991, 560 (nt. Schultsz), TVVS 1990, blz. 203 – 205 (nt. Vlas). In deze Antilliaanse zaak oordeelde de Hoge Raad dat naar regels van Nederlands-Antilliaans internationaal privaatrecht de structuur en inrichting van de vennootschap en het functioneren van haar organen beheerst wordt door het recht volgens hetwelk de vennootschap is opgericht. Omdat er op het punt van het vennootschappelijk i.p.r. geen wezenlijke verschillen bestaan tussen het Nederlands-Antilliaans en het Nederlands recht, heeft dit arrest ook voor het Nederlandse i.p.r. een belangrijke vaststellende waarde.

3. Handhaving van de incorporatieleer

In het wetsvoorstel is, in overeenstemming met de heersende rechtsopvatting zoals die laatstelijk is neergelegd in de Wet van 25 juli 1959, Stb. 256, in overeenstemming met het uitgangspunt dat ten grondslag lag aan wetsvoorstel 11 790 (R 852) tot goedkeuring van het Brusselse verdrag van 1968 en in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad van 20 april 1990, N.J. 1991, 520, de incorporatieleer gehandhaafd. Zulks stemt

¹ Zie P. Vlas, *Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht* (1982), blz. 74, 75.

overeen met de uitgebrachte adviezen van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, de Commissie Vennootschapsrecht en het Nederlandse Genootschap van Bedrijfsjuristen¹. Daarbij hebben de volgende overwegingen een rol gespeeld.

In de eerste plaats is er het feit, dat de incorporatieleer in elk geval sedert 1959 geldend recht is, waarbij in het midden kan blijven of de (oude) rechtspraak van de Hoge Raad reeds al niet van die leer is uitgegaan. Rechtspraak noch rechtsleer geven aanleiding tot de veronderstelling dat de incorporatieleer niet (meer) bruikbaar zou zijn of inmiddels door de rechtsontwikkeling zou zijn terzijde gesteld. Sterke argumenten om het incorporatiestelsel te verlaten en op het stelsel van de werkelijke zetel over te gaan of een daaraan verwant tussenstelsel te aanvaarden, zijn er niet.

De incorporatieleer is uitgangspunt van twee verdragen waarvan er een voor het Koninkrijk is bekrachtigd en het andere in verband met bijzondere omstandigheden niet zal worden bekrachtigd. Het is begrijpelijk dat het Nederlandse recht aansluit bij deze internationale regelingen die Nederland in beginsel heeft aanvaard.

Het incorporatiestelsel is uit een oogpunt van eenvoud, juridische logica en rechtszekerheid te verkiezen. Het bevordert het internationale handelsverkeer. Dat een corporatie wordt beheerd door het recht in overeenstemming waarmee zij is opgericht, ligt voor de hand; daarmee wordt een duidelijk en in de praktijk gemakkelijk hanteerbaar criterium verschaft voor een antwoord op de vraag of een naar vreemd recht opgericht lichaam moet worden erkend en welk rechtsstelsel van toepassing is op onderwerpen die tot het rechtspersoonsstatuut behoren. Moeilijk valt in te zien waarom in deze situatie verandering zou moeten komen wanneer de corporatie zich in haar activiteiten buiten de grenzen van dat land beweegt of het centrum van haar feitelijke activiteit verlegt naar een ander land. Met name voor de onderwerpen die van wezenlijk belang zijn voor het bestaan van de corporatie, in het bijzonder de oprichting en het inwendig bestel (de structuur), is moeilijk in te zien waarom (en hoe) zij door een ander recht zouden (moeten) worden beheerd dan door het recht van het land van de oprichting.

Het incorporatiestelsel past in een maatschappelijk bestel als het Nederlandse, gebaseerd op de ondernemingsgewijs georganiseerde, op expansie buiten de grenzen gerichte economie met een zo groot mogelijke vrijheid van mededinging. Het past daarom ook in een bestel waarin Staten in een regionaal georganiseerde gemeenschap een internationale markt opbouwen met als leidend beginsel de vrijheid van vestiging en van dienstverlening. Een analyse van de desbetreffende artikelen van het EG-verdrag en van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG bij deze artikelen² leert dat deze verdragsbepalingen de keuze tussen het incorporatiestelsel en het werkelijke zetel-stelsel niet rechtstreeks beïnvloeden. Wel zou men de stelling kunnen verdedigen dat het in artikel 52 EG-verdrag neergelegde beginsel van vrijheid van vestiging zich met de toepassing van het stelsel van de werkelijke zetel minder goed laat rijmen³. Immers, een van de voornaamste doelstellingen van dit stelsel is het tegengaan van de overheersing van de nationale markt door ondernemingen die door buitenlandse vennootschappen in stand worden gehouden. Deze doelstelling is slecht te rijmen met die van de EG, gericht op ontsluiting van de nationale markten, de integratie daarvan in een gemeenschappelijke markt en als gevolg daarvan een zekere «vergemeenschappelijking» van het nationale bedrijfsleven. De slotsom van dit alles moet zijn dat het incorporatiestelsel het beste aansluit bij de aard van de Nederlandse maatschappelijk-economische bestel en bij de doelstellingen van de EG, waarvan Nederland deel uitmaakt.

Als belangrijk voordeel van de incorporatieleer is wel gezien, dat ondernemingen vrij zijn in hun keuze van het op de rechtspersoon

¹ Deze adviezen zijn ter griffie neergelegd.

² In het bijzonder het «Segers»-arrest van 10 juli 1986, zaak 79/85, Jur. 1986, bladzijde 2374 e.v., en – in zekere zin – het arrest «Daily Mail»-arrest van 27 september 1988, zaak 81/87, Jur. 1988, bladzijde 5483 e.v.

³ Zie C. W. A. Timmermans, Preadvies 1980, Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, blz. 52. Zie ook van dezelfde schrijver «Europeesrechtelijke erkenning van de pseudo-buitenlandse vennootschappen» in de opstellenbundel «Tot Vermaak Van Slagter» (1988), blz. 321 e.v. en G. van Solinge «Vestigingsvrijheid van vennootschappen», TVVS 1991, blz. 169–174.

toepasselijke recht, en aldus een rechtsvorm kunnen kiezen van een land waar het rechtspersonen- en ondernemingsrecht goed is ontwikkeld, op welks rechtsstelsel zij steeds kunnen terugvallen ook wanneer zij hun activiteit ontwikkelen in landen met een rechtsstelsel dat in deze opzichten is achtergebleven of waarvan het recht moeilijk kenbaar is. Dat in die landen ook van het incorporatiestelsel moet worden uitgegaan, is natuurlijk wel een voorwaarde om dit voordeel van de incorporatieleer te kunnen genieten.

Ook het stelsel van de werkelijke zetel heeft zijn voor- en nadelen. Reeds is opgemerkt, dat sterke argumenten om de incorporatieleer te verlaten ten gunste van de leer van de werkelijke zetel of een daaraan verwant stelsel ontbreken. De leer van de werkelijke zetel onderwerpt het rechtspersoonsstatuut aan het recht van het land waar het hoofdbestuur van de rechtspersoon gevestigd is. Deze leer maakt van de behoefte van de staat van vestiging controlerend op te treden een hoofdregel en is daarmee vooral defensief van karakter¹. Zij ontnemt de oprichters van een corporatie de vrijheid hun economische activiteiten in te richten naar het rechtspersonenrecht van een door hen daartoe gekozen staat; zij is gericht op het indammen van concurrentie door buitenlandse ondernemingen en tracht het ontgaan van dwingend nationaal rechtspersonenrecht te voorkomen. Ook belet zij corporaties zich naar believen in dat land te vestigen waar het zwaartepunt van haar activiteiten is. Internationale verplaatsing van de werkelijke zetel brengt in dit stelsel in beginsel ontbinding van de corporatie in de oorspronkelijke staat en de noodzaak van heroprichting ervan in de nieuwe staat mee; artikel 52 j° 58 EG-Verdrag biedt in dit belangrijke verschil tussen de incorporatie- en de vestigingsleer bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht geen oplossing². Toch zal het streven van de EU om te komen tot een bepaalde mate van harmonisatie en gelijktrekking van de vennootschapsrechtelijke regimes van de Lid-Staten er uiteindelijk toe moeten leiden dat althans binnen de Gemeenschap het wantrouwen ten aanzien van het buitenlandse vennootschapsrecht vermindert en dat de behoefte afneemt om buitenlandse vennootschappen te dwingen in het gareel van het eigen interne recht.

Als voordeel van het stelsel van de werkelijke zetel wordt wel gezien, dat dit het misbruik van buitenlandse rechtspersonen het meest doelmatig bestrijdt. In het bijzonder zou zulk misbruik er in bestaan dat de onderneming profiteert van de gemakkelijke voorwaarden waarop rechtspersonen in bepaalde landen kunnen worden opgericht, maar met het land van oprichting overigens geen noemenswaardige band onderhoudt – slechts een adres, een brievenbus, soms alleen een registratie in het handelsregister –, terwijl zij haar voornaamste activiteit ontplooit in landen die hoge(re) eisen stellen aan de desbetreffende rechtsvorm of zelfs haar daadwerkelijke zetel in zo'n land vestigt. Maar de bestrijding van misbruik en wetsontduiking door het omhelzen van de leer van de werkelijke zetel is een wel zeer verregaande maatregel; er zijn immers genuanceerdere methoden te vinden om aan ongewenst gebruik van het incorporatiestelsel effectief het hoofd te bieden. De juiste verhouding tussen het euvel dat men wil bestrijden en het middel dat men daartoe kiest mag niet uit het oog worden verloren. Men kan bovendien, zoals hiervoor is opgemerkt, met recht de vraag stellen of de toepassing van de leer van de werkelijke zetel niet op gespannen voet staat met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder de artikelen 52 en 58 van het EG-verdrag³. Een bevestigende beantwoording van die vraag zou, afgezien van andere overwegingen, op zich zelf reeds een belemmering vormen om deze leer in de wet neer te leggen.

Een voordeel van het stelsel van de werkelijke zetel is verder wel weer, dat er een grotere harmonie heerst tussen het recht dat de rechtspersoon regeert en het economisch, sociaal en arbeidsrecht van de plaats waar die

¹ Zie ook J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, tweede druk 1994, blz. 456 e.v.

² Aldus het in noot 6 genoemde «Daily Mail»-arrest.

³ Zie C. W. A. Timmermans, *Preadvies 1980*, Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, blz. 70, alsmede de opstellenbundel «Tot Vermaak Van Slagter» (1988) blz. 321 e.v.

rechtspersoon zijn hoofdzetel heeft en veelal ook zijn belangrijkste economische activiteiten verricht.

Een belangrijk theoretisch bezwaar van het stelsel van de werkelijke zetel is daarentegen, dat niet duidelijk is hoe men het kan toepassen zonder in feite het bestaan van de buitenlandse rechtspersoon te ontkennen. Het Haagse verdrag heeft daartoe nog een speciale voorziening opgenomen in artikel 2, derde lid, inhoudende dat weigering van de erkenning achterwege blijft indien de rechtspersoon binnen een redelijke termijn zijn statutaire zetel verplaatst naar de Staat waar de werkelijke zetel is gevestigd.

4. Beperkingen op het incorporatiestelsel

De vorenstaande beschouwingen kunnen dienen ter adstructie van de in de artikelen 2 en 3 het wetsvoorstel neergelegde uitgangspunten. Hiermee kan echter niet worden volstaan. Het is nodig tevens stil te staan bij de negatieve consequenties van het incorporatiestelsel en bij de vraag of de wet bepalingen moet bevatten om deze op te heffen of te beperken. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, heeft het stelsel van de werkelijke zetel mede ten doel om ondernemingen die, door zich te incorporeren in een land met een «gemakkelijk» rechtspersonenrecht, beogen het recht van het land waar zij feitelijk werkzaam zijn te ontgaan, de pas af te snijden. De vraag rijst of de incorporatieleer niet moet worden aangevuld met bepalingen die grenzen stellen aan de gevolgen daarvan en die een zeker evenwicht bewerkstelligen tussen het buitenlandse recht dat in beginsel van toepassing is op de vreemde rechtspersonen en het recht van het land waar zij feitelijk werkzaam zijn.

Zoals hiervoor bij de bespreking van de argumenten ten gunste van het stelsel van de werkelijke zetel is opgemerkt, kenmerkt het Nederlandse vennootschaps- en ondernemingsrecht zich door een gestadige ontwikkeling in de richting van een gecompliceerd, door dwingendrechtelijke regels beheerst stelsel, waarin aan de vennootschap en haar bestuurders hoge eisen worden gesteld. De vraag kan worden gesteld of met die ontwikkeling valt te rijmen dat in Nederland werkzame buitenlandse rechtspersonen zich aan de toepassing van dat recht kunnen (blijven) onttrekken. De medezeggenschap, het enquêterecht, het jaarrekeningenrecht, de misbruikwetgeving, de kapitaalbescherming vormen onderdelen van dit vennootschaps- en ondernemingsrecht die enigszins een karakter van openbare orde dragen. De Wet op de ondernemingsraden, Stb. 1971, 54, is van toepassing op elke in Nederland gevestigde onderneming, ongeacht of deze wordt gedreven door een Nederlandse of door een buitenlandse rechtspersoon. De bepalingen van het enquêterecht kunnen daarentegen niet worden toegepast op hier te lande gevestigde ondernemingen van buitenlandse vennootschappen, al is het mogelijk bij het onderzoek naar het beleid van een Nederlandse vennootschap het beleid van een buitenlandse moedermaatschappij of dochtermaatschappij te betrekken. Het jaarrekeningenrecht behoort tot de onderwerpen die worden beheerst door het op de vennootschap toepasselijke recht. De vraag kan echter worden gesteld – zie het advies van de Commissie Vennootschapsrecht inzake het Brusselse verdrag van 1968 – of er aanleiding is Nederlandse bepalingen betreffende de publikatie van jaarrekeningen toepasselijk te verklaren ten aanzien van buitenlandse vennootschappen die hier te lande werkzaam zijn of hun werkelijke zetel hebben. Het is in dit verband vermeldenswaard dat het ontwerp-Molengraaff van 1890 een dergelijke bepaling bevatte. Wat betreft de misbruikwetgeving verdient de aandacht, dat bij de Wet van 16 mei 1986, Stb. 275, artikel 138 Boek 2 B.W. een nieuwe tekst heeft gekregen en dat daarin – zie lid 11 – een bepaling is opgenomen die er van uitgaat dat ook bestuurders en commissarissen van buitenlandse vennootschappen overeenkomstig de bepalingen van dat artikel aansprakelijk kunnen

worden gesteld. Als bestuurders zijn eveneens aansprakelijk degenen die met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden zijn belast. Wat het vennootschappelijk kapitaal betreft, dit is ook een onderwerp dat wordt beheerst door het op de vennootschap toepasselijke recht. Het lijkt bezwaarlijk mogelijk het Nederlandse recht in het algemeen zonder enige beperking daarop toepasselijk te verklaren, maar de vraag kan worden gesteld of ook op dit punt aan de bescherming die de Nederlandse wet aan aandeelhouders en crediteuren van Nederlandse vennootschappen biedt, niet een zekere uitbreiding tot in Nederland opererende buitenlandse vennootschappen moet worden gegeven.

De vraag naar de houdbaarheid van de incorporatieleer en naar de mogelijkheden om met behoud van het incorporatiestelsel aan de mogelijke uitwassen daarvan paal en perk te stellen is in de laatste tijd weer herhaaldelijk aan de orde gesteld, in het bijzonder in verband met de misbruikwetgeving. Reeds eerder was uit het medio 1973 verschenen voorlopig verslag inzake wetsvoorstel 11 790 gebleken dat er bij talrijke leden van de vaste Commissie voor Justitie sterke twijfel bestond over de juistheid van de opvatting van de regering dat er geen aanleiding is om de incorporatieleer te verlaten en de verklaring van artikel 4 van het Brusselse verdrag van 1968 af te leggen. Deze leden vroegen toen ook aandacht voor de in het advies van de Commissie Vennootschapsrecht uitgesproken minderheidsstandpunten, die op dat punt van een enigszins andere opvatting uitgaan. Zij vroegen zich evenals die minderheid af of Nederland niet een stap moest doen in de richting van het stelsel van de werkelijke zetel.

Eenzelfde geluid klonk bijna tien jaar later door in de motie welke door de leden van de Tweede Kamer Salomons, Linschoten en Buikema werd voorgesteld in de uitgebreide commissievergadering inzake misbruik en oneigenlijk gebruik op het gebied van belastingen, sociale zekerheid en subsidies op 30 mei 1983 (Zitting 1982-1983, 17 050 en 17 522, nr. 14). In die motie werd gesteld dat het toenemend gebruik van buitenlandse rechtspersonen ter ontwijking van Nederlandse beschermingsbepalingen voorkomen dient te worden en dat daarom heroverweging van de exclusieve hantering van het incorporatiestelsel noodzakelijk is in die zin, dat vitale beschermingsbepalingen ook op overwegend hier te lande opererende buitenlandse rechtspersonen van toepassing moeten kunnen zijn. Minister Korthals Altes heeft ontkend dat er een toenemend misbruik van buitenlandse rechtspersonen viel te constateren en heeft als zijn mening gegeven dat het incorporatiestelsel ten grondslag ligt aan verdragen waarbij Nederland partij is of zal worden en dat het stelsel niet kan worden opgegeven ook al brengt het bepaalde nadelen met zich mee. (Verslag 44e vergadering Bijzondere Commissie ISMO op 13 juni 1983, blz. 2-4). De motie is daarna niet in stemming gebracht.

In de Nederlandse rechtsliteratuur heeft het onderwerp de laatste tijd eveneens een grote belangstelling ondervonden. Door prof. mr. A. V. M. Struycken is bepleit, dat het aansprakelijkheidsregime voor rechtspersonen dat geldt ter plaatse van waaruit een rechtspersoon betrekkingen met derden aanknoopt ook zal gelden voor buitenlandse rechtspersonen (WPNR 1981, 601). In het proefschrift van 1982 van de hand van prof. mr. P. Vlas «Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht» wordt de leer van de «maatschappelijke prioriteit» ontwikkeld en de schrijver heeft als resultaat daarvan een wetsbepaling ontworpen die er op neerkomt dat op een rechtspersoon naar buitenlands recht die nauw met Nederland verbonden is een vijftwintig-tal bepalingen van Boek 2 B.W. van toepassing zijn die ook op de vergelijkbare Nederlandse rechtspersoon toepasselijk zijn, met dien verstande evenwel dat indien de door die wetsbepalingen beschermde belangen door het op de buitenlandse rechtspersoon toepasselijke recht voldoende worden gewaarborgd, de toepassing van de Nederlandse wetsbepalingen achterwege kan blijven. Ook in een in 1984 in het WPNR verschenen artikel «Methoden ter

bestrijding van misbruik van buitenlandse rechtspersonen in Nederland» bepleit de schrijver deze oplossing. In gelijke zin zijn door prof. mr. E. C. Henriquez beschouwingen gegeven in WPNR 1982 «Misbruik van buitenlandse vennootschappen» en in TVVS 1982 «Nederlandse ondernemingen in de vorm van buitenlandse rechtspersonen». Over de Europees-rechtelijke erkenning van pseudo-buitenlandse vennootschappen heeft prof. mr. C. W. A. Timmermans een belangwekkende bijdrage gepubliceerd in de Slagter-bundel (1988). Zie tenslotte «De Delaware-constructie onder vuur», mr. drs. S. M. van den Braak en mr. C. R. Huiskes in N.J.B. 1992, blz. 1165 e.v.

Een niet onbelangrijke stap in de door Struycken, Vlas en Henriquez aangeduide richting is inmiddels gedaan bij de totstandkoming van de zgn. derde misbruikwet (Wet van 16 mei 1986, Stb. 275). Bij die gelegenheid is immers – zoals hiervoor reeds is vermeld – in artikel 138 Boek 2 B.W. betreffende de aansprakelijkheid van bestuurders, beleidsbepalers en commissarissen voor schulden van de vennootschap in geval van faillissement als gevolg van hun kennelijke onbehoorlijke taakvervulling een elfde lid opgenomen, dat buitenlandse vennootschappen betreft welke onderneming hier te lande is gevestigd en failliet is verklaard. In dat geval zijn eveneens aansprakelijk als bestuurders degenen die met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden zijn belast¹.

Deze bepaling is in de loop van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel (16 631) bij een nota van wijziging daaraan toegevoegd om tegemoet te komen aan de wens van de Kamer, iets te doen aan het probleem van misbruik van buitenlandse rechtspersonen. Daaraan vooraf was gegaan een hoorzitting van de Bijzondere Commissie ISMO, waar een viertal deskundigen – prof. mr. W. C. L. van der Grinten, prof. mr. P. Vlas, prof. mr. E. C. Henriquez en mr. L. de Vries – zich over deze problematiek hebben uitgesproken en mogelijkheden hebben verkend om door wetgeving de uitwassen van het incorporatiestelsel, dat in beginsel zou kunnen worden gehandhaafd, af te snijden².

5. Het advies van de Staatscommissie voor internationaal privaatrecht

De Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht is van oordeel, dat er geen aanleiding is om verdergaande wetgeving voor te stellen. De Commissie ziet niet voorbij – aldus het advies – aan het belang van de misbruikbestrijding, maar is van oordeel dat met de invoering van artikel 138, elfde lid, Boek 2 B.W. reeds een ingrijpend middel is geschapen ter bestrijding van de in de praktijk belangrijkste vorm van misbruik en dat van het bestaan van dit middel vermoedelijk preventieve werking uitgaat. Zij zou dan ook eerst het effect van dit middel willen afwachten. Zou dat effect onverhoopt te gering blijken te zijn, dan zou aan de hand van de opgedane ervaring kunnen worden omgezien naar passende maatregelen die de kern van het incorporatiestelsel onaangetast laten. De Staatscommissie neemt aldus uitdrukkelijk afstand van het door prof. Vlas voorgestane stelsel van regels van maatschappelijke prioriteit en tekent daarbij aan dat de feitelijke activiteiten van hier te lande opererende buitenlandse rechtspersonen reeds in diverse opzichten aan de Nederlandse wetgeving zijn onderworpen. Zij wijst op de Wet op de ondernemingsraden en op wetten die bepaalde takken van bedrijf reguleren zoals die betreffende het verzekeringswezen, het bankwezen, de kredietverlening aan consumenten.

Naar mijn mening kan het gebruik van de term «misbruik» in de context van het aan de orde zijnde onderwerp verwarring scheppen wanneer niet scherp wordt onderscheiden welk misbruik men op het oog heeft. De Staatscommissie doelt op het misbruik van rechtspersonen dat heeft geleid tot de recent tot stand gekomen wetgeving, waarvan o.a. de

¹ Enigszins kritisch gestemde commentaren zijn daarover gegeven door H. L. J. Roelvink, De nieuwe misbruikwetgeving (1986), blz. 83, e.v. en P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen (1986), blz. 81 e.v.

² Zie kamerstukken II Zitting 1984–1985, nr. 17 050–17 522, nr. 34.

bepaling van artikel 138, elfde lid, Boek 2 B.W. het resultaat is. Dit misbruik speelt zich voornamelijk af op het nationale plan, maar de bedoelde wetsbepaling heeft het desbetreffende onderdeel van de misbruikwetgeving – aansprakelijkheid van bestuurders, beleidsbepalers en commissarissen in geval van faillissement van de rechtspersoon – tevens toepasselijk gemaakt ten aanzien van bestuurders etc. van buitenlandse rechtspersonen. De doelstelling van dit onderdeel van de misbruikwetgeving is de bescherming van de rechtspersoonlijkheid op te heffen in gevallen waarin de bestuurders etc. door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling het faillissement van de rechtspersoon in belangrijke mate hebben veroorzaakt. De uitbreiding tot buitenlandse rechtspersonen is, zoals de Staatscommissie terecht stelt, een ingrijpend middel ter bestrijding van de in de praktijk belangrijkste vorm van misbruik, waarvan zeker ook een duidelijke preventieve werking uitgaat.

Het gaat bij door buitenlands recht beheerste rechtspersonen echter niet alleen om de vraag of zij ook onderworpen moeten zijn aan specifieke nationale bepalingen die de bestrijding van misbruik ten doel hebben. Het gaat in de eerste plaats om de vraag of moet worden aanvaard dat dergelijke rechtspersonen, ook indien zij hun werkterrein voornamelijk of zelfs uitsluitend in Nederland hebben, onderworpen blijven aan het buitenlandse recht en dus in beginsel niet te maken hebben met het Nederlandse recht of onderdelen daarvan. In het bijzonder moet die vraag worden gesteld voor de gevallen dat het duidelijk is dat de incorporatie in het buitenland voornamelijk ten doel heeft de rechtspersoon op gemakkelijke voorwaarden op te richten, waarna kan worden geprofiteerd van het liberale Nederlandse erkenningsregime. De buitenlandse rechtspersoon is dan feitelijk een Nederlandse onderneming, maar zij kan zich door een beroep op haar buitenlandse statuut ten dele onttrekken aan de werking van dwingende bepalingen van Nederlands ondernemingsrecht. Daardoor wordt niet alleen haar concurrentiemogelijkheid ten aanzien van Nederlandse rechtspersonen die aan strenger recht onderworpen zijn versterkt, maar ook zou zulks er toe kunnen leiden dat degenen die in Nederland met de buitenlandse rechtspersoon handelen in bepaalde opzichten de bescherming moeten ontberen die het Nederlandse recht hun geeft.

In deze situatie gaat het niet zozeer om misbruik dat wordt gemaakt van de bescherming welke de rechtspersoonlijkheid aan de bestuurders biedt, maar om misbruik van het liberale erkenningsregime en het incorporatiestelsel door in feite Nederlandse ondernemers die zich hullen in een buitenlandse rechtsvorm, hoewel de onderneming met dat buitenland geen werkelijke band heeft. Het gaat om de vraag of de erkenning van de rechtskeuze, die de kern vormt van het incorporatiestelsel, niet aan bepaalde beperkingen moet worden onderworpen indien een werkelijke band met het land welks recht is gekozen ontbreekt en de werkzaamheid in feite in een ander land, Nederland, wordt uitgeoefend. De Staatscommissie wijdt aan dit vraagstuk in haar advies weinig aandacht. Zij is dus kennelijk van oordeel dat hier niet van misbruik kan worden gesproken of dat dit misbruik in dit geval uit een oogpunt van internationaal privaatrecht niet van zodanig belang is dat daaraan door de wetgever aandacht behoeft te worden besteed. Het is ook zeer wel mogelijk, dat de Staatscommissie van oordeel is, dat het incorporatiestelsel nu eenmaal uitgaat van de mogelijkheid dat de werkelijke zetel van een rechtspersoon zich in een ander land bevindt dan het land van incorporatie en dat dan toch het recht van het land van de statutaire vestiging de rechtspersoon blijft beheersen, ook al wordt de voornaamste activiteit in het land van de werkelijke zetel bedreven. De eventuele bezwaren van dit stelsel moeten in deze opvatting bij wijze van spreken op de koop toe genomen worden; iedere inbreuk op dat stelsel is in beginsel verwerpelijk en leidt tot onwenselijke complicaties.

Het kan de Staatscommissie worden toegegeven dat het scheppen van uitzonderingen op het incorporatiestelsel tot complicaties kan leiden en de

gaafheid van het stelsel aantast. Toch moet het opmerkelijk heten dat de twee verdragen die op dit punt voor Nederland van belang zijn dergelijke uitzonderingen kennen en dat de opstellers kennelijk gezocht hebben naar een compromis tussen de stelsels van incorporatie en werkelijke zetel, althans op het incorporatiestelsel correcties hebben aangebracht om de voor bepaalde Staten onaanvaardbare consequenties ervan te kunnen afwenden. De Nederlandse wetenschapsbeoefenaars die zich met het onderwerp hebben bezig gehouden zoals Struycken, Henriquez en Vlas, komen eveneens tot de slotsom dat er iets gedaan moet worden om de onwenselijke consequenties van het stelsel af te snijden. In de minderheidsopvattingen die in het advies van de Commissie Vennootschapsrecht van 1972 zijn vermeld klinkt duidelijk twijfel door ten aanzien van de vraag of het incorporatiestelsel wel volledig kan en moet blijven gelden binnen het verband van de EG. Dat er een vraagstuk is van de territoriale werkingssfeer van nationaal vennootschaps- en ondernemingsrecht met betrekking tot buitenlandse vennootschappen die een vestiging binnen het territoir van de Staat hebben wordt aan het slot van dat advies door de Commissie in haar geheel erkend. Blijkens de in 1983 voorgestelde motie-Salomons, door leden van de meerderheid van de toenmalige fracties in de Tweede Kamer ondertekend, was men van mening dat «vitale beschermingsbepalingen» van Nederlands recht ook op hier te lande opererende buitenlandse rechtspersonen van toepassing moeten kunnen zijn. Het vraagstuk van misbruik van buitenlandse rechtspersonen heeft in het parlement steeds sterke belangstelling gehad, hetgeen blijkt uit de talrijke daarover gestelde schriftelijke vragen en voorts uit de discussies die in het kader van de ISMO en de behandeling van de misbruikwetgeving daarover zijn gevoerd. In het bijzonder moge worden vermeld de gedachtenwisseling van de Bijzondere Commissie ISMO met een viertal deskundigen (kamerstukken II, 1984–1985, 17 050 – 17 522, nr. 34)¹.

Uit beslissingen van de lagere rechtspraak blijkt dat de Nederlandse rechter met het vraagstuk heeft geworsteld en getracht heeft, langs wegen welke juridische houdbaarheid soms in twijfel kon worden getrokken, te komen tot een doorbraak van aansprakelijkheid in situaties dat men er niet van overtuigd was dat een buitenlandse rechtspersoon die in Nederland opereerde de bescherming van haar buitenlandse statuut onverkort mocht blijven genieten. Bij de behandeling van wetsvoorstel 16 631 («derde misbruikwet») is door minister Korthals Altes gewezen op een uitspraak van de rechtbank Breda (21 september 1982, N.J. 1984, 283) met betrekking tot een naar het recht van de Staat New York opgerichte rechtspersoon die niet had voldaan aan de inschrijvingsverplichting ex artikel 14 Handelsregisterwet. De rechter oordeelde dat artikel 69 (c.q. 180) Boek 2 B.W. in een zodanig geval van overeenkomstige toepassing kunnen worden geacht en dat de bestuurders van een dergelijke rechtspersoon aansprakelijk kunnen worden gehouden. Deze uitspraak is van belang omdat de Hoge Raad aan deze kennelijk te gedurfde rechtsvinding een einde heeft gemaakt in het arrest van 11 november 1988, N.J. 1989, nr. 606 (nt. Maeijer). De mogelijkheden voor de rechter om aan de uitwassen van het incorporatiestelsel tegenwicht te bieden zijn – zo moet men uit dit arrest wel afleiden – beperkt en aan de hoop van Minister Korthals Altes dat de wetgever in deze delicate materie op de achtergrond zou kunnen blijven wanneer de rechtspraak in concrete gevallen de grens zou kunnen trekken, lijkt daarmee veel grond te zijn ontvallen².

5. Het advies van de Adviescommissie Vennootschapsrecht³

Nu er in het kader van de codificatie van het internationaal privaatrecht aanleiding bestaat om het conflictenrecht inzake corporaties nader te regelen, lijkt mij dat het inderdaad voor de hand ligt dat de wetgever ook op dit punt enige richting geeft.

¹ Zie laatstelijk kamerstukken II 1990/1991, 17 050, nr. 123, blz. 47 en vragen van het lid der Tweede Kamer Ybema met het daarop door de Minister van Justitie gegeven antwoord, Aanhangsel handelingen II 1990/1991, 727, blz. 1485–1486.

² Zie daarover ook P. Vlas, TVVS 1989, blz. 156 e.v. en M. V. Polak, TVVS 1989, blz. 70. De uitspraak van de Rb. Breda was eerder kritisch besproken door H. L. J. Roelvink in «De nieuwe misbruikwetgeving» (1986), blz. 87 e.v.

³ Dit en de overige bij dit wetsvoorstel ontvangen adviezen zijn ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

In verband daarmee heb ik mij bij een brief van 5 februari 1991 gewend tot de Adviescommissie Vennootschapsrecht met het verzoek mij te willen dienen van advies inzake het internationaal privaatrecht met betrekking tot corporaties en daarbij in het bijzonder aandacht te willen schenken aan de problematiek van het misbruik van buitenlandse rechtspersonen, met name de vraag of en in welke mate Nederlands (dwingend) recht ook van toepassing behoort te krijgen op naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen die in Nederland hun (voornaamste) werkterrein hebben.

De Adviescommissie heeft haar desbetreffende advies uitgebracht op 30 oktober 1992, vergezeld van een voorstel inzake wetgeving op dit stuk. Dat voorstel komt er op neer dat, evenals de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht had voorgesteld, het incorporatiestelsel in beginsel wordt aanvaard, maar dat voor puur formeel buitenlandse kapitaalvennootschappen met rechtspersoonlijkheid, die geen werkelijke band hebben met de Staat van oprichting en die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten, een speciaal regime zal gelden. Op die vennootschappen zijn bepalingen van Nederlands recht toepasselijk wat betreft inschrijving in het handelsregister, vermelding van gegevens in stukken waarbij de vennootschap partij is of die van haar uitgaan, kapitaal en eigen vermogen, boekhoudplicht, jaarrekening en aansprakelijkheid van bestuurders voor misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap in de jaarstukken. Niet-naleving van die bepalingen wordt, voor wat betreft de eisen van inschrijving in het handelsregister en de instandhouding van een kapitaal en eigen vermogen, gesanctioneerd met hoofdelijke aansprakelijkheid, naast de vennootschap, van haar bestuurders.

De Adviescommissie verwacht dat van een zodanige regeling een ontmoedigende werking zal uitgaan op ondernemers die hun bedrijvigheid willen uitoefenen in de rechtsvorm van een buitenlandse corporatie zonder dat daarmee enig ander doel wordt gediend dan het ontgaan van dwingend Nederlands rechtspersonenrecht. Zij vertrouwt dat het incorporatiestelsel daardoor een noodzakelijke correctie krijgt zodat uitwassen worden afgesneden.

Het advies van de Adviescommissie Vennootschapsrecht bevat naar het mij voorkomt zeer bruikbare uitgangspunten terzake van de beheersing van de problematiek van de puur formeel buitenlandse vennootschappen. Met de Adviescommissie ben ik van oordeel dat een verbod van erkenning te ver zou gaan en over het doel zou heen schieten. De toepasselijkverklaring van bepalingen van Nederlands vennootschapsrecht, in het bijzonder die betreffende de inschrijving in het handelsregister en die ten aanzien van het minimum kapitaal en eigen vermogen, zoals in het advies voorgesteld, lijkt mij een afdoende remedie. De aantrekkelijkheid van het aannemen van een rechtspersoonlijkheid naar een buitenlands recht dat, zoals het recht van staat Delaware VS, aanzienlijk lagere eisen stelt dan het Nederlandse recht, wordt sterk verminderd en het is te verwachten dat de door de Adviescommissie voorgestelde regeling zijn doel zal bereiken.

6. Het advies van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen

Het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen beperkt zijn commentaar tot de opmerking dat de voorgenomen wettelijke ombouw van het incorporatiestelsel zijn volledige instemming heeft.

7. Twee wetsvoorstellen

De vraag is gerezen of de materie van het internationaal privaatrecht inzake corporaties in één wettelijke regeling moet worden samengevat, of dat er aanleiding bestaat om te onderscheiden tussen wat ik kort zal aanduiden als «normale situaties» en «misbruiksituaties». Onder die laatste situaties zou ik dan willen begrijpen de gevallen dat het faillissement van een in Nederland gevestigde, naar buitenlands recht opgericht rechtspersoon aanleiding geeft tot aansprakelijkstelling van bestuurders op grond van artikel 138, elfde lid, Boek 2 B.W., alsmede de gevallen van puur formeel buitenlandse rechtspersonen waarop het advies van de Adviescommissie Vennootschapsrecht in het bijzonder betrekking heeft.

Naar het mij voorkomt is er veel voor te zeggen deze situaties te onderscheiden en in afzonderlijke wetsvoorstellen onder te brengen. In dit verband moet worden bedacht dat het onderwerp van het op corporaties toepasselijke recht te zijner tijd deel zal uitmaken van een algemene wetgeving op het internationaal privaatrecht die sinds 1982 in voorbereiding is. Als uitvloeisel daarvan heeft de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht haar advies van november 1990 uitgebracht. De Staatscommissie heeft zich bepaald tot de vraag welke regels van internationaal privaatrecht als hoofdbeginselen in de algemene wetgeving passen en zich min of meer gedistantieerd van de vraag wat zou moeten gelden ten aanzien van het in haar opvatting enigszins marginale verschijnsel van de formeel buitenlandse vennootschappen. De Adviescommissie Vennootschapsrecht heeft zich voornamelijk met die vraag bezig gehouden en heeft regels ontworpen die er op gericht zijn dit verschijnsel zoveel mogelijk te elimineren. Het karakter van die regels is derhalve wezenlijk verschillend dan die van de door de Staatscommissie voorgestelde. Zij hebben – zo zou men kunnen stellen – een enigszins incidenteel en uitzonderlijk karakter. Hun ontstaan is immers vooral een gevolg van onrust die sinds enige tijd bestaat over de toename van het aantal in Nederland werkzame puur formeel buitenlandse rechtspersonen en de beduchtheid dat hier een gelegenheid wordt gegeven tot het misbruik maken van rechtspersoonlijkheid door malafide ondernemers. Naar het mij voorkomt passen deze regels wegens hun specifieke, incidentele karakter minder goed in een algemene wet op het internationaal privaatrecht die de strekking heeft hoofdlijnen aan te geven op dat rechtsgebied. Een samenvatting van de regeling van de normale situatie met die van de afwijkende gevallen zou ook uit een oogpunt van behoorlijke wetgeving een enigszins onevenwichtig resultaat opleveren: twee artikelen zouden de algemeen geldende hoofdregels bevatten, waarna nog eens twee artikelen – waarvan een van buitengewone omvang, in negen leden onderverdeeld – de marginale misbruiksituaties zouden behandelen.

Op grond van de voorgaande beschouwingen heb ik er de voorkeur aan gegeven de materie over twee wetsvoorstellen te verdelen. Het eerste daarvan, de hoofdbeginselen betreffend, zal – zoals gezegd – te zijner tijd in de in het vooruitzicht gestelde algemene wet op het internationaal privaatrecht worden opgenomen. Het andere, gericht op bepaalde vormen van misbruik van rechtspersoonlijkheid, blijft daarbuiten als bijzondere regeling tot bestrijding van uitwassen van het in de hoofdregeling verankerde incorporatiestelsel.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel 1

De definitie is geïnspireerd op het voorstel van de Staatscommissie maar wijkt terminologisch daarvan enigszins af. Dat voorstel kiest als verzamelbegrip de term «lichamen» en verstaat daaronder mede «andere als zelfstandige eenheid naar buiten tredende samenwerkingsverbanden en corporaties». Welke inhoud aan de term «corporaties» in dit verband nog kan toekomen naast «samenwerkingsverbanden» is niet geheel duidelijk, maar wel gaat de Staatscommissie er van uit dat het een ruim(er) begrip is en met name ook publiekrechtelijke rechtspersonen omvat. Er lijkt daarom iets voor te zeggen het begrip «corporaties» als verzamelbegrip te kiezen. Weliswaar wordt de term «lichaam» wel in de Nederlandse fiscale en administratiefrechtelijke wetgeving gebruikt, zo bijvoorbeeld in artikel 2, onderdeel c, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (Wet van 2 juli 1959, Stb. 301) en artikel 3b van de Coördinatiewet Sociale Verzekering (Wet van 24 december 1953, Stb. 577), maar in het burgerlijke recht heeft de term minder vaste voet gevonden. De leden 1 en 2 van artikel 1 Boek 2 B.W. spreken van lichamen in verband met (de definitie van) publiekrechtelijke rechtspersonen. Het begrip «zedelijke lichamen» kwam voor in Titel 10 van Boek 3 B.W., dat bij de invoering in 1976 van Boek 2 is vervallen. Het heeft voornamelijk historische betekenis. Al met al lijkt er geen groot bezwaar tegen te bestaan dat in een nieuwe wet op het internationaal privaatrecht het begrip corporaties wordt ingevoerd als ruim te interpreteren verzamelbegrip voor die als zelfstandige eenheid naar buiten tredende lichamen en samenwerkingsverbanden die door het recht als zodanig worden erkend, al dan niet als rechtspersonen. Ook voor de aanduiding van de wet lijkt het geschikter van corporaties te spreken en niet van een «wet conflictenrecht (zedelijke) lichamen».

Zoals uit het vorenstaande reeds moge zijn gebleken, gaat het hier niet alleen om rechtspersonen. Ook maatschappen, commanditaire vennootschappen, vennootschappen onder firma, vallen onder het begrip. In dit verband is het van belang er op te wijzen dat in het protocol bij het Brusselse verdrag van 1968 een gemeenschappelijke verklaring is opgenomen waarin wordt vastgesteld dat de Italiaanse «società semplice» en de Nederlandse vennootschap onder firma onder de bepalingen van artikel 1 van het verdrag vallen, hoewel aan deze rechtsvormen naar nationaal recht geen rechtspersoonlijkheid toekomt. Zoals in de toelichting op het ontwerp van Rijkswet 11 790 (R 852) wordt gesteld, mag uit die verklaring niet worden afgeleid dat andere vennootschapsvormen waaraan geen rechtspersoonlijkheid toekomt doch die wel geacht kunnen worden in de zin van het verdrag de bevoegdheid te bezitten drager te zijn van rechten en verplichtingen, rechtshandelingen te verrichten en in rechte op te treden, niet onder artikel 1 zouden kunnen worden begrepen. Het begrip «corporaties» in artikel 1 van het wetsvoorstel is nog ruimer, omdat het niet de eis stelt dat de corporatie deze drie bevoegdheden bezit. Het enige criterium is, dat de corporatie als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optreedt en dat het toepasselijke recht daar bepaalde gevolgen aan verbindt, zoals bijvoorbeeld bij de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap wordt gedaan in de derde titel van Boek 1 Wetboek van Koophandel. Daarbij vormt het vereiste van zelfstandigheid de grens tussen een samenwerkingsovereenkomst die tot een corporatie met naar het incorporatierecht geregelde eigen rechten en plichten leidt en een dergelijke overeenkomst die dat gevolg niet kent.

In het advies van de Staatscommissie wordt er op gewezen dat het feitelijke karakter van de omschrijving tot gevolg heeft dat kwalificatieproblemen worden vermeden die tot rechtsonzekerheid zouden kunnen

leiden. Het beslissende criterium is gezocht in het naar buiten als zelfstandige eenheid optreden, dat duidelijk het verschil met een zuiver contractuele samenwerking markeert. Het gaat bij de «corporatie» dus om een tot enig doel samengaande groep van (rechts-)personen die zich als zelfstandig subject van rechten vertoont en door het recht als eenheid wordt behandeld; zelfstandigheid in economische of bedrijfsmatige zin is daarbij niet van belang¹. Toepassing van dit criterium maakt duidelijk dat het op de corporatie toepasselijke recht bepaalt welke mate van juridische zelfstandigheid de corporatie heeft, en dat juridisch onzelfstandige «zedelijke lichamen» door de onderhavige wet niet worden geregeld. Toepassing van dit criterium maakt ook duidelijk dat bijvoorbeeld de uit het Angelsaksische recht bekende zakenrechtelijke figuur van de trust niet onder de omschrijving valt. In dit verband moge worden gewezen op het Haagse trust-verdrag van 1985, dat regels geeft betreffende het op een trust toepasselijke recht en de erkenning van trusts (Trb. 1985, 141), waarvan de aanvaarding door Nederland in behandeling is (kamerstukken II, 1992–1993, 23 057 j° 23 027).

Onder het begrip corporatie vallen naast samenwerkingsverbanden als vennootschappen en verenigingen ook instellingen als stichtingen, kerkgenootschappen en andere religieuze lichamen die als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optreden. De vraag of een kerkgenootschap rechtssubject is en welke rechten en plichten zij als zodanig heeft, wordt bepaald door het recht van de statutaire zetel, of bij gebreke daarvan van het centrum van zijn optreden naar buiten ten tijde van zijn oprichting. Overigens is het voor zover bekend niet voorgekomen, dat de Nederlandse rechter internationaal privaatrechtelijke vragen omtrent kerkgenootschappen zijn voorgelegd².

De omschrijving omvat ook publiekrechtelijke rechtspersonen. De term «lichamen en samenwerkingsverbanden» is gekozen om discussie te vermijden over de vraag of er bij een bepaalde rechtsfiguur wel van een samenwerkingsverband kan worden gesproken.

Artikel 1 geeft ook een definitie van het begrip «functionaris». Dat is de persoon die zonder orgaan te zijn van de corporatie bevoegd is deze te vertegenwoordigen. Die bevoegdheid kan rechtstreeks uit de op de corporatie toepasselijke wet of de statuten voortvloeien of uit een opdracht door een daartoe binnen de corporatie bevoegd orgaan. Functionaris zijn bijvoorbeeld de gedelegeerde commissarissen, procuratiehouders en eventuele andere met bijzondere bevoegdheden uitgeruste personen indien zij althans de corporatie kunnen verbinden. Aldus wordt de vraag of deze persoon als functionaris aansprakelijk is jegens de corporatie, en of hij als functionaris aansprakelijk is jegens derden beheerst door het recht dat op de corporatie van toepassing is. Opmerking verdient dat het op de corporatie toepasselijke recht niet beslissend hoeft te zijn voor de vraag in hoeverre derden tegen eventuele vertegenwoordigingsonbevoegdheid van organen en functionarissen van de corporatie worden beschermd. Het is zeer wel denkbaar dat hier het recht van het land waar de derde met de corporatie handelde toepassing verlangt.

Artikel 2

Dit artikel behelst de hoofdregel van het in het wetsvoorstel neergelegde incorporatiestelsel, inhoudende dat de corporatie wordt beheerst door het recht van de Staat in overeenstemming met hetwelk de corporatie is opgericht en waar de statutaire zetel dan wel het centrum van optreden naar buiten is gevestigd. Opgemerkt zij, dat de overeenkomst welke aan de oprichting ten grondslag kan liggen en waarin over de inrichting van de corporatie en de bevoegdheden van de organen regels kunnen zijn neergelegd, zelf niet beheerst wordt door het

¹ Zie Asser-van der Grinten II, 1991, no. 14, die deze definitie geeft voor de corporatie-samenwerkingsverband.

² Zie Asser-van der Grinten II (De Rechtspersoon), 7e druk 1991, no. 205 e.v.

corporatiestatuuat maar door het recht dat de verbintenissen uit overeenkomst beheerst. Dat recht kan een ander recht zijn dan het recht dat de corporatie beheerst, maar waarschijnlijk zullen als regel de overeenkomst en de oprichting in dezelfde rechtssfeer worden tot stand gebracht en dus door hetzelfde recht worden beheerst.

Zoals hiervoor in de algemene beschouwingen reeds is opgemerkt, stemt deze regel overeen met het uitgangspunt van de verdragen van 's-Gravenhage (1956) en Brussel (1968), met de Wet van 25 juli 1959, Stb. 256 ter uitvoering van het eerstvermelde verdrag, met artikel 10, tweede lid, Boek 1 B.W. en met de in de rechtspraak en de rechtsleer heersende opvatting. Zeer onlangs heeft de Hoge Raad deze bevestigd in een arrest van 20 april 1990, NJ 1991, 560 (nt. Schultsz), TVVS 1990, blz. 203–205 (nt. Vlas).

Onder (statutaire) zetel moet worden verstaan de zetel welke overeenkomstig het incorporatierecht in de oprichtingsovereenkomst of de akte van oprichting (de statuten) van de corporatie is vermeld als zetel, vgl. artikel 10, tweede lid, Boek 1 B.W. (Vgl. ook: Rb. Rotterdam 20 augustus 1993, NJ 1994, 356, TVVS 1994, 78–79). «Akte van oprichting» moet ruim worden uitgelegd en omvat elke (andere) oprichtingshandeling. Voor het geval dat de oprichtingsakte geen duidelijke aanwijzing bevat omtrent de plaats waar de zetel is gevestigd, zoals bij personenassociaties zonder rechtspersoonlijkheid mogelijk is, geldt als zetel het «centrum van het optreden naar buiten». Dit begrip is overgenomen van het voorstel van de Staatscommissie. Doorgaans zal het centrum van optreden naar buiten ook de plaats van de werkelijke zetel van de corporatie zijn; in zulke gevallen zal toepassing van het incorporatiestelsel leiden tot hetzelfde resultaat als de toepassing van het recht van de werkelijke zetel ten tijde van de oprichting van de corporatie (Vgl. Hof 's-Gravenhage 24 april 1986, NIPR 1988, 129). «Centrum van het optreden naar buiten» is een feitelijk criterium, waarvan de vaststelling in het algemeen weinig problemen zal opleveren. Volgens artikel 3 van de eenvormige Beneluxwet van 1951 en artikel 2, derde lid, van het Haagse Verdrag wordt een rechtspersoon geacht te zijn gevestigd ter plaatse waar de «hoofdadministratie» («administration centrale») zich bevindt. In artikel 5 van het Brusselse verdrag van 1968 wordt gesproken van de plaats waar het «hoofdbestuur» van de vennootschap of rechtspersoon is gevestigd. In de Franse tekst wordt ook hier gesproken van «administration centrale».

Het is denkbaar dat de plaats waar het hoofdbestuur (de hoofdadministratie) is gevestigd een andere is dan die waar het «centrum van optreden naar buiten» is gevestigd, maar het lijkt niet erg waarschijnlijk dat zich zulks in de praktijk vaak zal voordoen. In het advies van de Commissie Vennootschapsrecht van 1972 wordt er op gewezen dat de plaats van vestiging van het bestuur in bepaalde gevallen weinig duidelijk is, bijvoorbeeld bij internationaal werkende vennootschappen waarvan het bestuur in verschillende landen vergadert. De vestiging van het hoofdbestuur zou dan kunnen worden opgevat als de plaats waar de fundamentele beleidsbeslissingen worden genomen. In concernverhoudingen zou dit de plaats van vestiging van de moedermaatschappij kunnen zijn. De keuze van de term «centrum van optreden naar buiten» is gekozen om zulke rechtsonzekerheid te vermijden. Dat een corporatie meer dan één centrum van optreden naar buiten zou kunnen hebben lijkt immers weinig waarschijnlijk. In dit verband is van belang er op te wijzen, dat het moet gaan om het centrum, niet om een willekeurige andere vestiging van de corporatie van waaruit zij eveneens naar buiten optreedt.

Dat een corporatie haar statutaire zetel zou hebben in een bepaalde Staat en zou zijn opgericht naar het recht van een andere Staat is in theorie denkbaar, maar in werkelijkheid hoogst uitzonderlijk. Het Nederlandse rechtspersonenrecht gaat er van uit dat een Nederlandse rechtspersoon haar statutaire zetel in Nederland heeft – zie de artikelen 27, vierde lid, onderdeel a., 66, derde lid, 177, derde lid, en 286, vierde lid,

onderdeel d., Boek 2 B.W. – en de rechtsstelsels van andere landen zijn overwegend op overeenkomstige leest geschoeid. Met «statutaire zetel» wordt in deze wet dus niet bedoeld de in de statuten opgenomen zetel van de corporatie, maar de plaats die volgens het op de corporatie toepasselijke recht als plaats van vestiging in de statuten moet worden opgenomen. In zijn arrest van 20 augustus 1993, N.J. 1994, 356, spreekt de Rotterdamse rechtbank in dit verband van een «plaatsvermelding die geldt als kenmerk van de «nationaliteit» van de [corporatie]». Het is juist deze plaats waar, indien het op de corporatie toepasselijke recht registratie vereist (wat in het algemeen het geval is), die registratie zal plaatshebben en waar derden aldus kennis kunnen nemen van de structuur en inrichting van de corporatie, en van de bevoegdheden en aansprakelijkheid van haar organen en functionarissen.

Ook al zal in het algemeen het recht van de statutaire zetel en het recht in overeenstemming waarmee de corporatie is opgericht, hetzelfde recht zijn, toch is de vermelding van het recht van oprichting van betekenis, omdat aldus geheel duidelijk is, dat dat recht bepalend is voor de vraag of de corporatie als zelfstandige eenheid bestaat of niet, en of de corporatie bestaat in de vorm waarin de oprichters deze bedoeld hebben, dan wel door het op de oprichting toepasselijke recht een andere vorm aan die corporatie wordt toegekend.

Zoals hierboven reeds gesteld is het land van oprichting in beginsel hetzelfde als dat waar de statutaire zetel is gevestigd. Waar dat niet het geval is, laat het wetsvoorstel de rechter de vrijheid het toepasselijke recht te kiezen. Die keuze zal sterk op de concrete situatie moeten worden toegespitst en leent zich daarom niet voor een wettelijke regeling.

Door de toevoeging van de woorden «ten tijde van de oprichting» wordt in dit artikel buiten twijfel gesteld dat de bepaling ook in geval van een latere verplaatsing van de statutaire zetel – zie artikel 4 – haar effect behoudt voor de periode tot aan de zetelverplaatsing.

Artikel 3

Artikel 3 geeft een opsomming van de onderwerpen welke door het recht dat op de corporatie van toepassing is, worden beheerst. De opsomming heeft tot doel aan te geven welke onderwerpen in elk geval door het incorporatierecht worden beheerst. Hoewel de opsomming niet uitputtend is – reeds is erop gewezen, dat ook het jaarrekeningenrecht en het enquêterecht in hun algemeenheid onder het vennootschapsstatuut vallen¹ – moet erop worden gewezen dat de feitelijke activiteiten van hier te lande opererende buitenlandse corporaties reeds in diverse opzichten aan de Nederlandse wet zijn onderworpen. Men denke aan de Wet op de Ondernemingsraden en de wetten die bepaalde takken van werkzaamheden reguleren, zoals het verzekeringswezen, bankwezen en de kredietverlening aan consumenten.

De opsomming betreft in de eerste plaats de oprichting. Het gaat hier om vragen betreffende het rechtskarakter van de oprichtingshandeling, of daarbij meer dan één persoon betrokken is of dat – zoals in het Nederlandse recht sinds 1986 – de oprichting van een n.v. of b.v. ook door één persoon kan geschieden. Voorts de vraag of vormvereisten een constitutief element van de oprichting vormen, zo bijvoorbeeld de eis dat de oprichting moet geschieden bij notariële akte. Ook de vraag of de oprichting onderhevig is aan enigerlei vorm van goedkeuring door de overheid, zoals het preventieve toezicht van het Nederlandse recht. Voorts de vraag of de inschrijving in een register (handelsregister) voorwaarde is voor het bestaan van, of het bezit van rechtspersoonlijkheid van de corporatie. Samenvattend kan men stellen dat alles wat betrekking heeft op de vraag of de oprichting geldig is geschied door het incorporatierecht wordt beheerst. Voorzover nodig wordt er aan herinnerd dat de geldigheid van de overeenkomst die eventueel aan de oprichting ten grondslag ligt

¹ Zie ook M. V. Polak, Artikelen 71–76 IPR-Schets: Corporaties, WPNR 6110.

wordt beheerst door het recht dat toepasselijk is op verbintenissen uit overeenkomst¹.

Het op de corporatie toepasselijke recht is voorts beslissend voor de vraag of zij rechtspersoonlijkheid bezit. De inhoud van het juridische begrip rechtspersoonlijkheid kan van land tot land verschillen. Dat het recht dat de corporatie beheerst ook de inhoud van het begrip rechtspersoon bepaalt, behoeft weinig toelichting. De buitenlandse corporatie wordt immers niet getransformeerd in een rechtspersoon naar Nederlands recht, waarop bijvoorbeeld alle bepalingen van Titel 1 van Boek 2 B.W. van toepassing zouden zijn. Dat de buitenlandse corporatie in Nederland als rechtspersoon wordt aangemerkt houdt in, dat zij wat het vermogensrecht betreft in beginsel met een natuurlijke persoon gelijk staat, vgl. artikel 4 Boek 2 B.W.

Het is denkbaar dat een corporatie de wezenlijke kenmerken van rechtspersoonlijkheid draagt, te weten de bevoegdheid drager te zijn van rechten en verplichtingen, rechtshandelingen te verrichten en in rechte op te treden, maar desondanks door het op haar toepasselijke recht niet als rechtspersoon wordt aangemerkt. In dat geval kan ermee worden volstaan de corporatie ook naar Nederlands recht als drager van die bevoegdheden aan te merken. Het wetsvoorstel wijkt op dit punt af van het voorstel van de Staatscommissie, dat corporaties die alle wezenlijke kenmerken van rechtspersoonlijkheid bezitten aanmerkt als rechtspersoon, ongeacht of zij naar op hen toepasselijke buitenlandse recht ook rechtspersoon zijn. Voor een zodanig brede opzet bestaat geen noodzaak. Immers, zoals de Staatscommissie zelf opmerkt, het zijn van rechtspersoon brengt op zichzelf geen bijzondere privileges met zich mee. Anderzijds lijkt het bezwaarlijk corporaties met de bevoegdheid drager te zijn van rechten en plichten enz. als rechtspersoon aan te merken, als de incorporatiestaat daaraan rechtspersoonlijkheid onthouden heeft, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de Duitse offene Handelsgesellschaft. Het valt niet goed in te zien waarom de Nederlandse wet zo'n corporatie als rechtspersoon zou aanmerken, terwijl diezelfde wet de overeenkomstige Nederlandse rechtsvorm – de vennootschap onder firma – rechtspersoonlijkheid onthoudt. En eveneens zal het incorporatierecht de gevolgen moeten aangeven van een gebrek in de oprichting van de rechtspersoon of andersoortige corporatie naar dat recht. Ook als het Nederlandse recht een dergelijk gebrek niet kent of daaraan andere gevolgen verbindt, zal de Nederlandse rechter in het algemeen aan dat gebrek de gevolgen moeten verbinden die het incorporatierecht daaraan verbindt.

Wat betreft de opsomming van de betrokken bevoegdheden is aansluiting gezocht bij artikel 1 van het Haagse Verdrag van 1956 alsmede bij artikel 1 in verband met artikel 7 van het Verdrag van Brussel van 1968. In dit verband kan voorts nog worden gewezen op artikel 1, tweede lid, van de E.G.-verordening van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (PbEG L 199/1) waar dezelfde kenmerken zijn vermeld met betrekking tot een EESV, waarbij met opzet de term «rechtspersoon» is vermeden in verband met de verschillende opvattingen die daarover in de Lid-Staten van de EG bestaan. De inhoud van de bevoegdheden wordt ook hier bepaald door het buitenlandse recht.

Onder inwendig bestel moet in de eerste plaats worden verstaan alles wat betrekking heeft op de structuur en de inrichting van de corporaties. In het bijzonder de organen (algemene vergadering, bestuur, raad van commissarissen of raad van toezicht enz.) en hun respectievelijke taken, verantwoordelijkheden, bevoegdheden en verplichtingen.

Om interpretatiegeschillen te vermijden is gekozen voor de term «inwendig bestel», die ook voorkomt in artikel 1, tweede lid, onder e, van het te Rome gesloten Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat toepasselijk is op verbintenissen uit overeenkomst, Trb. 1980, 156 (EVO). Om te vermijden dat de term te beperkt wordt geïnterpreteerd, wordt, in

¹ Vlg. artikel 8 van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980, Trb. 1980, 156, inzake het toepasselijke recht op verbintenissen uit overeenkomst.

afwijking van het voorstel van de Staatscommissie, gesproken van «inwendig bestel en alle daarmee verband houdende onderwerpen». Daarbij kan men denken aan de naam, registratieverplichtingen, doelomschrijving, duur, de vraag wie vennoten, leden of aandeelhouders kunnen zijn, hun rechten en verplichtingen, toelating van leden en beëindiging van hun lidmaatschap, kapitaal en vermogen, uitgifte van aandelen, inbreng op aandelen, soort en waarde van aandelen, inkoop van eigen aandelen, kapitaalvermindering, jaarrekening en jaarverslag, uitkering al dan niet van winst aan leden, vennoten en aandeelhouders, plaats en wijze van vergaderen door de algemene vergadering, bestuur en raad van toezicht, stemrechtovereenkomsten (voorzover dit onderwerp niet valt onder de regeling van het op verbintenissen uit overeenkomst toepasselijke recht), geschillenregelingen, uitkoopregelingen. Het gaat dus niet alleen om alle in Boek 2 B.W. geregelde onderwerpen van rechtspersonenrecht, maar ook om enkele daar niet geregelde zaken zoals de toelaatbaarheid van certificering van aandelen met medewerking van de rechtspersoon en de toelaatbaarheid van stemovereenkomsten tussen aandeelhouders: de toelaatbaarheid van de stemovereenkomst hangt zo nauw samen met de geldigheid van de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders, dat zij wordt beheerst door het recht dat structuur en inrichting van de rechtspersoon beheerst (vgl. HR 20 april 1990, N.J. 1991, 560). Voor het overige is de vraag welk recht van toepassing is op de certificering respectievelijk de stemovereenkomst zelve een zelfstandige die niet beantwoord behoeft te worden door het recht dat op grond van het incorporatiestelsel van toepassing is.

Om twijfel te voorkomen wordt een tweetal belangrijke onderwerpen die men eventueel tot de met het inwendig bestel verband houdende onderwerpen zou kunnen rekenen uitdrukkelijk vermeld: de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de organen en functionarissen van de corporatie en de beëindiging van haar bestaan. Het begrip beëindiging van het bestaan van de corporatie moet breed worden opgevat: zowel de ontbinding als de vereffening zijn daaronder te begrijpen. Het incorporatierecht zal ook toepasselijk zijn op de vraag of een corporatie kan worden omgezet in een andere, zoals naar Nederlands recht mogelijk is ingevolge artikel 18 Boek 2 B.W.

In dit verband moge nog worden gewezen op de omschrijving die wordt gegeven in artikel 1, tweede lid, onder e en f van het Verdrag van Rome 1980 (EVO). In de terminologie van artikel 3 is zoveel mogelijk daarbij aansluiting gezocht om conflicten met dat verdrag te vermijden en voorts om een zo groot mogelijke overeenstemming van begrippen te bereiken.

Door het incorporatierecht worden tenslotte beheerst de aansprakelijkheid naast de corporatie van oprichters, vennoten, aandeelhouders, leden, bestuurders, commissarissen en andere functionarissen van de corporatie als zodanig. Het gaat hier in de eerste plaats om de aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen tegenover de corporatie. Daarnaast betreft het de aansprakelijkheid van bij deze corporatie betrokken personen tegenover schuldeisers van de corporatie. In haar advies wijst de Staatscommissie er op dat de primaire toepasselijkheid van het incorporatierecht op deze onderwerpen geenszins uitsluit dat een bestuurder, aandeelhouder, lid of andere betrokken persoon persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld op grond van specifiek op naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen dwingend toepasselijke bepalingen van Nederlands recht zoals artikel 138, elfde lid, Boek 2 B.W. – zie artikel 5 van het wetsvoorstel. Eveneens wijst zij er op dat denkbaar is dat een bestuurder of andere bij de corporatie betrokken persoon op grond van een onrechtmatige gedraging persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld. De problemen van samenloop die zich op dit terrein kunnen voordoen lenen zich, zo meent de Staatscommissie, wegens hun sterk op het concrete geval toegespitste karakter, niet voor

een wettelijke regeling en dienen aan de rechtspraak te worden overgelaten. Ik kan deze opvatting onderschrijven.

De genoemde aansprakelijkheden kunnen zich ook in concernverband voordoen, bijvoorbeeld omdat de moedervennootschap als aandeelhouder, bestuurder of commissaris in de buitenlandse dochtervennootschap fungeert. Ook hier kunnen zich problemen van samenloop voordoen, ook zij dienen mijns inziens aan de rechtspraak overgelaten te worden.

Artikel 4

Artikel 4 betreft zetelverplaatsingen die zich tussen twee buitenlandse Staten voordoen. Het voorstel volgt het advies van de Staatscommissie. Zetelverplaatsingen vanuit en naar Nederland blijven buiten beschouwing; die verplaatsingen zijn thans geregeld in de wet van 13 oktober 1994, Stb. 800 (Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen), en voorzover deze wet niet van toepassing is zijn zetelverplaatsingen vanuit en naar Nederland op grond van de dwingende regels van Boek 2, B.W. niet mogelijk. Wel sluit artikel 4 aan op de in de Wet zetelverplaatsing derde landen neergelegde regeling.

Het onderwerp zetelverplaatsing van rechtspersonen is niet in verdragsrecht geregeld, maar een dergelijke regeling is geen noodzakelijke voorwaarde. Er is een rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen (Rijkswet van 9 maart 1967, Stb. 161) die de verplaatsing binnen de landen van het Koninkrijk regelt. Tot dusverre heeft het onderwerp wat betreft het aspect van het internationaal privaatrecht geen aanleiding gegeven tot bijzondere problemen en de vraag kan dus rijzen of er behoefte bestaat aan een regeling van dit aspect. De Staatscommissie acht een dergelijke regeling wel gewenst om te voorkomen dat uit de bepaling betreffende het op een rechtspersoon toepasselijke recht zou worden afgeleid dat dit recht die rechtspersoon blijft beheersen ook wanneer zij haar zetel naar elders zou hebben verplaatst. Voorts is een regeling nuttig doordat zij vastlegt dat de zetelverplaatsing in beginsel de continuïteit van de rechtspersoonlijkheid niet verbreekt. Het lijkt mij op deze gronden goed verdedigbaar om een regeling van de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de zetelverplaatsing in het wetsvoorstel op te nemen.

Hoofdregel van artikel 4 is het voortbestaan van de rechtspersoon bij internationale zetelverplaatsing, indien zowel het recht van de Staat van de oorspronkelijke zetel als van de nieuwe zetel het voortbestaan van die rechtspersoon erkennen. Het zal van het recht van de Staat van de nieuwe zetel afhangen of de rechtspersoon voor wat betreft de in artikel 3 geregelde onderwerpen zal worden beheerst door het recht van de Staat van de oorspronkelijke zetel en dus rechtspersoon naar het oorspronkelijke recht blijft, dan wel van de nieuwe zetel en dus rechtspersoon naar het nieuwe zetelrecht wordt.

In haar advies heeft de Staatscommissie zich nog gebogen over de vraag of het wenselijk zou zijn voor de internationale fusie regels te geven. De Staatscommissie constateert dat tot op heden het voor het bestaan van die mogelijkheid vereiste verdragsrecht of gemeenschapsrecht over dit onderwerp nog niet is tot stand gebracht en zij komt tot de conclusie dat dan ook voorshands geen behoefte bestaat aan de regeling van de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de internationale fusie van rechtspersonen. Ik kan deze conclusie onderschrijven.

Artikel 5

Bij de Wet van 16 mei 1986, Stb. 275 («derde misbruikwet») zijn de artikelen 138 en 248 Boek 2 B.W. betreffende de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van naamloze en besloten vennoot-

schappen in geval van faillissement grondig herzien en uitgebreid. Bij die gelegenheid is een bepaling toegevoegd betreffende naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Bestuurders, beleidsbepalers en commissarissen van zodanige vennootschappen zijn op de voet van artikel 138 aansprakelijk in geval van faillissement en in dat geval zijn eveneens aansprakelijk als bestuurders degenen die met de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn belast. Deze bepaling is toegevoegd bij een nota van wijzigingen, mede naar aanleiding van overleg tussen de bijzondere commissie ISMO met deskundigen, zie kamerstukken II 17 050/17 522, nrs. 30 en 34 en een motie-Linschoten, nr. 14, waarin wordt aangedrongen op voorstellen die moeten tegengaan dat vitale Nederlandse beschermingsbepalingen worden ontweken door buitenlandse rechtspersonen die overwegend in Nederland werkzaam zijn. In de toelichting heeft Minister Korthals Altes er op gewezen dat het uit wetssystematisch oogpunt niet erg gelukkig is incidenteel de internationale dimensies van wetbepalingen van materieel recht te regelen. Tevens heeft hij opgemerkt, dat geen te ver gaande conclusies uit de voorgestelde toevoeging aan artikel 138 moeten worden getrokken voor de overige bepalingen van Boek 2. «De rechter moet steeds vrij zijn in voorkomende gevallen te beslissen dat ook andere bepalingen van rechtspersonenrecht van toepassing zijn op buitenlandse rechtspersonen.» Naar het mij voorkomt is het wenselijk om de bepaling van artikel 138, elfde lid, thans over te brengen naar de voorgestelde wet conflictenrecht corporaties. Systematisch behoort de bepaling meer tot het rechtsgebied van het internationaal privaatrecht dan tot dat van Boek 2 B.W. De bepaling is immers te beschouwen als een inbreuk op het incorporatiebeginsel zoals dat in de artikelen 2–4 van het wetsvoorstel is uitgewerkt en het lijkt dan ook aangewezen deze afwijkende regel in het voorstel op te nemen. In haar advies heeft de Staatscommissie terecht opgemerkt, dat de primaire toepasselijkheid van het incorporatierecht geenszins uitsluit dat een bestuurder, aandeelhouder, lid of andere betrokken persoon aansprakelijk wordt gesteld op grond van de – specifiek op naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen dwingend toepasselijke – bepaling van artikel 138, elfde lid, Boek 2 B.W., indien en voorzover aan de in die wetbepaling gestelde voorwaarden is voldaan.

Artikel 6

Het lijkt wenselijk de verhouding van het onderhavige wetsvoorstel tot de regeling met betrekking tot de puur formeel buitenlandse kapitaalvennootschappen in de afzonderlijke daarop betrekking hebbende wet uitdrukkelijk aan te geven. De regels van de laatstbedoelde wet gaan in de daarin omschreven gevallen vóór, in overeenstemming met het beginsel dat de speciale wet prevaleert boven de algemene. Voorzover die speciale wet geen afwijkende regels bevat, geldt het hoofdbeginsel van de toepasselijkheid van het incorporatierecht dat in het onderhavige wetsvoorstel is neergelegd.

Afgezien daarvan is het wenselijk dat in de algemene wet inzake het internationaal privaatrecht, waarin het onderhavige wetsvoorstel te zijner tijd zal opgaan, wordt aangegeven dat voor de zuiver formeel buitenlandse kapitaalvennootschappen een speciale regeling geldt die op bepaalde punten het stelsel van de toepasselijkheid van het incorporatiestelsel doorbreekt.

Artikel 7

De hier bedoelde wet kan worden ingetrokken. Het daarin impliciet neergelegde incorporatiestelsel is in het onderhavige wetsvoorstel uitgewerkt in de artikelen 3 en 4. Als uitvoeringswet van het Haagse

verdrag van 1956 wordt de Wet van 1959 overbodig. Voor het geval dat het verdrag ooit in werking zou treden, kan het onderhavige wetsvoorstel dienst doen als uitvoeringswet.

De Minister van Justitie,
W. Sorgdrager