

Vergaderjaar 2004–2005

29 524

Wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

Nr. 8

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 13 oktober 2004

Met genoegen heb ik kennis genomen van de inbreng van de fracties die aan het woord zijn in het verslag.

Algemeen

De leden van de PvdA-fractie vroegen of nader kan worden ingegaan op het spanningsveld tussen het gemeenschapsrecht en de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (hierna: WFBV).

De vrijheid van vestiging omvat volgens artikel 43 EG-verdrag de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen. Het Hof van Justitie heeft deze verdragsbepaling in de zaak Inspire Art aldus uitgelegd, dat het inherent is aan de vrijheid van vestiging dat een onderdaan van een lidstaat de keuze heeft om een vennootschap op te richten in die lidstaat waar de regels van vennootschapsrecht hem minder beperkend lijken, en vervolgens in andere lidstaten filialen op te richten. De lidstaat van het filiaal moet de vennootschap in beginsel onverkort erkennen. De omstandigheid dat de vennootschap in de lidstaat van oprichting geen reële activiteiten ontplooit, speelt hierbij geen rol. Het treffen van maatregelen die de vrijheid van vestiging beperken is een lidstaat slechts toegestaan voorzover deze beperkingen kunnen worden gerechtvaardigd uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid (artikel 46 EG-verdrag) of op grond van een in de jurisprudentie erkende dwingende reden van algemeen belang.

Het is deze Europeesrechtelijke achtergrond waartegen de WFBV moet worden beoordeeld. Het spanningsveld met het gemeenschapsrecht vloeit met name voort uit het feit dat de WFBV aanvullende regels oplegt aan vennootschappen die rechtsgeldig zijn opgericht in een andere lidstaat. Bezien vanuit de systematiek van de WFBV wordt de toepassing van de Nederlandse regels gerechtvaardigd door de omstandigheid dat een formeel buitenlandse vennootschap de werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht terwijl een werkelijke band met het land van oprichting ontbreekt. Bezien vanuit het gemeenschapsrecht vormen de regels echter, zo blijkt uit het arrest Inspire Art, een beperking op de vrijheid van vestiging van een vennootschap die in een andere

lidstaat rechtsgeldig is opgericht. De beperking moet telkens worden getoetst aan de rechtvaardigingsgronden uit het EG-verdrag en de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Misbruikbestrijding kan volgens het Hof een rechtvaardigingsgrond opleveren, maar alleen indien de maatregel zich richt op het bestrijden van misbruik in concrete gevallen. Een algemeen en preventief ingericht stelsel zoals dat van de WFBV, met ondermeer inschrijvingsverplichtingen en kapitaalisen, voldoet daaraan niet. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat het opleggen van een aansprakelijkheidssanctie voor bestuurders en commissarissen ingeval van misleidende financiële verslaggeving wel gerechtvaardigd is. Er is immers sprake van misbruikbestrijding in een concreet geval. Om die reden zal artikel 6 van de WFBV van toepassing blijven op formeel buitenlandse vennootschappen uit de EU of de EER. Deze leden vroegen voorts waarop in Nederland de incorporatieleer is gebaseerd.

Het incorporatiestelsel volgt uit artikel 2 van de Wet conflictenrecht corporaties. Daarin is bepaald dat een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar zetel of, bij gebreke daarvan, haar centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting, heeft op het grondgebied van de Staat naar welks recht zij is opgericht, wordt beheerst door het recht van die Staat. Het recht van de Staat van oprichting is dus bepalend voor het bestaan, de beëindiging, de structuur en inrichting van vennootschappen. Artikel 2 van de Wet conflictenrecht corporaties is de codificatie van een uitgangspunt dat reeds lang onderdeel vormt van het Nederlandse internationaal privaatrecht.

In aansluiting hierop vroegen deze leden waarom de incorporatieleer niet geheel terzijde kan worden geschoven als het overgrote deel van de feitelijke activiteiten in Nederland plaatsvindt.

Deze vraag komt in wezen neer op de vraag of Nederland niet zou kunnen overstappen op het stelsel van de werkelijke zetel. Het stelsel van de werkelijke zetel hanteert namelijk de plaats waar zich het zwaartepunt van de feitelijke activiteiten bevindt (de hoofdvestiging) als aanknopingspunt voor het toepasselijke recht. Het stelsel van de werkelijke zetel staat blijkens de recente jurisprudentie van het Hof van Justitie op gespannen voet met het gemeenschapsrecht, althans voor zover de toepassing van dat stelsel ertoe leidt dat een lidstaat zonder rechtvaardigingsgrond de eigen regels van vennootschapsrecht toepast op een vennootschap die rechtsgeldig is opgericht in een andere lidstaat. Het betreft hier de uitspraken van het Hof van Justitie in de zaak Centros (C-212/97), de zaak Überseering (C-208/00) en de zaak Inspire Art (C-167/01). Het incorporatiestelsel sluit beter aan bij de gedachte van de vrijheid van vestiging en meer in het bijzonder bij de hofuitspraak in de zaak Inspire Art, waaruit blijkt dat eenieder vrij is om een vennootschap op te richten waar de regels het minst beperkend lijken. Ook op andere gronden heeft de wetgever in Nederland de incorporatieleer verkozen boven de werkelijke zetelleer. Bij de totstandkoming van de Wet conflictenrecht corporaties is het volgende gesteld: «De incorporatieleer is te verkiezen uit een oogpunt van eenvoud, juridische logica en rechtszekerheid. Het bevordert het internationale handelsverkeer. Dat een corporatie wordt beheerst door het recht in overeenstemming waarmee zij is opgericht, ligt voor de hand; daarmee wordt een duidelijk en in de praktijk gemakkelijk hanteerbaar criterium verschafte voor een antwoord op de vraag of een naar vreemd recht opgericht lichaam moet worden erkend en welk rechtstelsel van toepassing is op onderwerpen die tot het rechtspersoonstatuut behoren» (Tweede Kamer 1994–1995, 24 141, nr. 3, blz. 5). Deze argumentatie wordt nog steeds onderschreven.

De leden van de PvdA-fractie stelden de vraag hoe wordt bepaald bij welke hoeveelheid activiteiten er sprake is van toepasselijkheid van deze wet en hoe het criterium «geheel of nagenoeg geheel» moet worden opgevat.

De wettelijke definitie van het begrip «formeel buitenlandse vennootschap» beoogt allereerst internationaal opererende ondernemingen uit te sluiten van de toepassing van de WFBV. Voor ondernemingen met activiteiten in het buitenland is het gebruik van een buitenlandse rechtsvorm niet oneigenlijk en bestaat er geen aanleiding om regels van Nederlands vennootschapsrecht toe te passen. De WFBV is pas van toepassing wanneer de werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland wordt verricht en er geen werkelijke band is met de staat van oprichting. Van een werkzaamheid die geheel in Nederland wordt verricht is sprake wanneer de vennootschap geen activiteiten buiten Nederland heeft, anders dan de strikt formele handelingen die samenhangen met de oprichting en inschrijving in de lidstaat van oprichting. Men spreekt ook wel van brievenbusvennootschappen. Van een werkzaamheid die nagenoeg geheel in Nederland wordt verricht, is sprake wanneer een onderneming weliswaar een enkele buitenlandse activiteit heeft, maar vrijwel uitsluitend in Nederland actief is. Met de formulering «nagenoeg geheel» wordt beoogd te voorkomen dat een ondernemer door een – al dan niet geforceerde – incidentele buitenlandse werkzaamheid aan de toepasselijkheid van de wet ontkomt.

Deze leden vroegen vervolgens hoe wordt bepaald of er geen werkelijke band is met het land van oprichting. Blijkens de wetsgeschiedenis mag niet al te snel worden aangenomen dat aan de eis van de werkelijke band is voldaan. Het enkele feit dat de meerderheid van de bestuurders van de vennootschap in het land van herkomst gevestigd zijn, is bijvoorbeeld niet voldoende. De praktijk zal het beste in staat zijn om op grond van feitelijke gegevens vast te stellen of er sprake is van een werkelijke band. Ingeval de Kamer van Koophandel bij inschrijving van een buitenlandse vennootschap vermoedt dat een daadwerkelijke band met het land van oprichting ontbreekt, zal zij die vennootschap wijzen op de in artikel 2 WFBV neergelegde verplichting om zich, op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders, als formeel buitenlands in te schrijven. De Kamer van Koophandel kan eventueel op grond van artikel 23 Handelsregisterwet 1996 de rechter verzoeken om de inschrijving als formeel buitenlands te gelasten. De beoordeling of er een werkelijke band is met het land van oprichting is dan aan de rechter.

De Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

De leden van de CDA-fractie gaven aan dat het in hun ogen maar zeer de vraag is of het aantal van 481 formeel buitenlandse vennootschappen overeenkomt met de werkelijkheid. Zij vroegen hoe de regering deze relativering van de cijfers beoordeelt, welke conclusies daaruit worden getrokken en hoe het in de toekomst kan worden bevorderd dat het aantal registraties meer overeenkomt met de werkelijkheid.

Of het aantal van 481 geregistreerde formeel buitenlandse vennootschappen overeenkomt met het werkelijke aantal, is lastig te beoordelen. De geringe respons op het bij inwerkingtreding van de wet uitgegane verzoek van de Kamer van Koophandel om aan te geven of men formeel buitenlands is, zou kunnen betekenen dat er in de praktijk meer formeel buitenlandse vennootschappen actief zijn dan thans uit het handelsregister blijkt. Hier staat tegenover dat een vennootschap die kwalificeert als formeel buitenlands, maar hiervan geen opgave doet bij het handelsregister, wordt gesanctioneerd met hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders naast de vennootschap (artikel 4, vierde lid, WFBV). Het niet voldoen aan de opgaveverplichting kan dus vergaande gevolgen hebben voor de bestuurders van de vennootschap. Het is de vraag of bestuurders bereid zijn om dat vergaande risico te accepteren. De registratie van formeel buitenlandse vennootschappen wordt bevorderd doordat de Kamers van Koophandel er bij de inschrijving van een buitenlandse vennootschap op wijzen dat de opgaveverplichting bestaat en dat het niet

naleven daarvan wordt gesanctioneerd met hoofdelijke aansprakelijkheid. Het ligt in de rede dat de Kamers van Koophandel in het vervolg extra alert zullen zijn bij de inschrijving van buitenlandse vennootschappen die buiten de EU of de EER zijn opgericht. Indien vermoed wordt dat opgaven onrecht wordt nagelaten, kan de opgave via de rechter worden afgedwongen. Bij de beoordeling van de WFBV mag tot slot niet uit het oog worden verloren dat de WFBV meer bepalingen bevat dan alleen de opgaveverplichting. Ook indien een vennootschap geen opgave bij het handelsregister heeft gedaan op grond van de WFBV, kan de rechter vaststellen dat de vennootschap feitelijk kwalificeert als formeel buitenlands en de bepalingen uit de WFBV toepassen. Het beoogde effect van de WFBV, het bestrijden van oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen, wordt ook bereikt als schuldeisers zich in een concrete procedure beroepen op de sanctiemogelijkheden uit de WFBV, zoals de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders.

De leden van de CDA-fractie vroegen tevens of de regering op basis van bijvoorbeeld jurisprudentieonderzoek en gegevens van de Centrale Recherche Informatiedienst (CRI) en de Economische Controledienst (ECD) informatie kan verstrekken over de ontwikkeling van het misbruik en oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen.

Uit navraag is gebleken dat de FIOD-ECD hierin geen duidelijk inzicht heeft. De informatie die vanuit de onderzoeken van FIOD-ECD beschikbaar is, richt zich op bepaalde delicten zoals fiscale fraude en niet op de vraag hoe vaak er sprake is van misbruik of oneigenlijk gebruik van een buitenlandse rechtspersoon. Wel is er bij de FIOD-ECD in 1999 een project gestart dat zich vooral richt op de aanpak van handelaren in buitenlandse rechtspersonen. In dat kader hebben circa 30 strafrechtelijke onderzoeken plaatsgevonden. Hieruit kan echter geen compleet beeld worden afgeleid ten aanzien van de ontwikkelingen van misbruik en oneigenlijk gebruik. Uit navraag bij de financiële recherche is gebleken dat het gebruik van buitenlandse rechtspersonen in fraude- en witwaszaken voorkomt. Het gaat daarbij om buitenlandse rechtspersonen van binnen en buiten de EU. Om beter inzicht te krijgen in de precieze aard en omvang van het oneigenlijk en crimineel gebruik van buitenlandse rechtspersonen, met name in fraude- en witwaszaken, zal ik nader onderzoek uitvoeren.

Deze leden gaven aan geïnteresseerd te zijn in de vraag of buitenlandse vennootschappen zich schuldig maken aan misbruik van de faillissementswetgeving.

Op dit moment bestaat geen inzicht in het bestaan en de omvang van dergelijk misbruik. Op 13 september jl. is het Actieplan bestrijding faillissementsfraude naar de Tweede Kamer gezonden (Kamerstukken II, 27 244, nr. 22). Daarin heb ik aangegeven dat de door deze leden gestelde vraag wordt meegenomen in het door het WODC uit te voeren onderzoek naar faillissementsfraude.

De leden van de CDA-fractie vroegen voorts of de regering inzicht heeft in de vraag of er sprake is geweest van een uitwijk naar pseudo-vennootschappen als stichtingen en coöperaties.

Het is niet waarschijnlijk dat een dergelijke uitwijk heeft plaatsgevonden. Voor het drijven van een onderneming ligt de stichting qua karakter niet voor de hand als alternatief voor de BV of de NV. Het aantal stichtingen is de laatste jaren in verhouding tot andere rechtsvormen ook niet toegenomen. Ook het aantal coöperaties vertoont over meerdere jaren een stabiel beeld. Per 1 januari 2004 waren er volgens het CBS 1775 coöperaties en 171 375 BV's. De coöperatie zou als rechtsvorm een alternatief kunnen zijn voor een BV of NV, maar wordt in de praktijk relatief weinig als zodanig gebruikt. Tot slot kan nog worden gewezen op een recent onderzoek van het EIM naar het gebruik van de BV in het MKB (Het MKB en de BV, Achtergronden van de keuze van ondernemers, EIM, 24 maart 2004). Hieruit komt naar voren dat het aantal BV's toeneemt met de bedrijfsgrootte. Naarmate er meer werkzame personen in de onderne-

ming zijn, neemt het gebruik van de BV ten opzichte van de eenmanszaak of vennootschap onder firma toe. De voornaamste redenen om te kiezen voor de BV-vorm zijn gelegen in het fiscale voordeel, de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders en het kunnen afscheiden van vermogen. Het gebruik van de BV lijkt aldus een tamelijk logisch patroon te volgen. Ook om deze reden ligt een uitwijk naar andere rechtsvormen niet voor de hand.

Deze leden vroegen wat de reden is geweest om gebruik te maken van de formeel-buitenlandse vennootschap, mede in het licht van de komende vereenvoudiging van het BV-recht en de herziening van het vennootschapsrecht in het algemeen.

In de zaak Inspire Art was de reden om gebruik te maken van een formeel buitenlandse vennootschap volgens de betrokken onderneming gelegen in de omstandigheid dat naar Engels recht geen volstorting van aandelen tot 18 000 euro wordt voorgeschreven, de oprichting aanmerkelijk sneller zou verlopen, geen toetsing vooraf van de oprichting is voorgeschreven en minder dwingende bepalingen inzake statutenwijziging, aandelenoverdracht en publicatie zouden gelden. In de zaak Centros, een eerdere zaak bij het Hof van Justitie (zaak C-212/97), hadden de betrokken Deense ondernemers gekozen voor een Engelse limited om de strengere Deense eisen ten aanzien van het minimumkapitaal te omzeilen. Ik ben het met de leden van de CDA-fractie eens dat de vraag waarom wordt gekozen voor een vennootschap naar buitenlands recht van belang is bij de modernisering van het vennootschapsrecht. Uit het arrest in de zaak Inspire Art is gebleken dat het eenieder in beginsel vrij staat om te kiezen voor de rechtsvorm van de lidstaat waar de regels hem het meest aantrekkelijk lijken. Binnen de EU zal dit waarschijnlijk leiden tot een toenemende concurrentie tussen nationale rechtsvormen. We zullen daarom in toenemende mate rekening moeten houden met de ontwikkeling van rechtsvormen in andere EU-lidstaten en ons moeten afvragen hoe onze eigen rechtsvormen zich daartoe verhouden. Hierbij past het inmiddels gestarte project van vereenvoudiging en flexibilisering van ons BV-recht. Ik verwacht bijvoorbeeld dat het afschaffen van het verplichte minimumkapitaal voor de BV zal bijdragen aan de aantrekkingskracht van deze rechtsvorm op ondernemers. Bij de recente aanbevelingen van de werkgroep onder leiding van prof. De Kluiver over de modernisering en flexibilisering van het BV-recht is eveneens aandacht geschonken aan de rechtstelsels van andere EU-landen en de Nederlandse Antillen.

De zaak Inspire Art

De leden van de CDA-fractie vroegen of er vergelijkbare wetgeving in andere lidstaten van toepassing was of is die nu mogelijk door de uitspraak van het Hof van Justitie aangetast wordt.

Er is mij geen wetgeving in andere lidstaten bekend die vergelijkbaar is met de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen. In Engeland, waar ook de incorporatieleer wordt gehanteerd, biedt de Insolvency Act 1986 de mogelijkheid om een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap met activiteiten in Engeland vanuit een vaste inrichting (een «overseas company») te ontbinden in geval van insolventie (Insolvency Act 1986). De gevolgen van de jurisprudentie zijn waarschijnlijk het meest ingrijpend voor landen die in hun internationaal privaatrecht gebruik maken van het stelsel van de werkelijke zetel. Op grond van die leer wordt een vennootschap beheerst door het recht van de Staat waar zich het zwaartepunt van de feitelijke activiteiten bevindt. De uitleg die het Hof geeft aan de vrije vestiging leidt ertoe dat toepassing van de werkelijke zetel niet is geoorloofd wanneer dat tot gevolg heeft dat de erkenning van een vennootschap die in een andere lidstaat rechtsgeldig is opgericht, wordt geweigerd of beperkt. De beperkende werking van de werkelijke zetelleer was aan de orde in de zaak Überseering. In die zaak oordeelde

het Hof van Justitie dat Duitsland niet met een beroep op het stelsel van de werkelijke zetel de erkenning van de rechtspersoonlijkheid mocht weigeren van een vennootschap die in Nederland rechtsgeldig was opgericht en na een bepaalde periode alle activiteiten had overgebracht naar Duitsland. In Oostenrijk wordt de leer van de werkelijke zetel alleen nog toegepast op vennootschappen van buiten de EU-EER. Naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof van Justitie past men in Oostenrijk op EU- en EER-vennootschappen nu de incorporatieleer toe.

Deze leden vroegen of in de ogen van de regering bij de beoordeling van de uitspraak van het Hof van Justitie de redengeving voor het oprichten van een formeel buitenlandse vennootschap relevant is.

In beginsel zijn de redenen waarom een vennootschap voor oprichting in een andere lidstaat kiest, niet relevant voor de toepassing van de regels inzake de vrijheid van vestiging. Dit is anders, wanneer de motieven voor oprichting kunnen worden aangemerkt als fraude, misbruik of bedrog. Een lidstaat mag volgens het Hof van Justitie maatregelen treffen om te verhinderen dat onderdanen van de vrijheid van vestiging profiteren door zich op onaanvaardbare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken en zich met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen (rechtsoverwegingen 95 en 136 van het arrest in de zaak Inspire Art).

Op de vraag van de leden van de CDA-fractie of het de regering bekend is of het Haags Juristen College op grond van de uitspraak van het Hof van Justitie een schadeclaim wegens omzetsderving heeft ingediend en zo ja, hoe de regering deze claim beoordeelt, antwoord ik dat een dergelijke schadeclaim mij niet bekend is.

Gevolgen van de uitspraak

De leden van de CDA-fractie vroegen of er zaken aanhangig zijn waarbij rechtsvorderingen zijn ingesteld of de bestuurders en commissarissen hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld.

Er is geen inzicht in de vraag of er momenteel rechtsvorderingen op grond van de WFBV aanhangig zijn of worden voorbereid. In de jurisprudentie komen dergelijke zaken wel voor. Ter illustratie verwijs ik naar een recente uitspraak van de rechtbank Haarlem in een zaak waarin de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder werd gevorderd op grond van de WFBV (uitspraak van 28 april 2004, zaaknummer 91 127). Deze leden vroegen of de regering het nog noodzakelijk acht om de houdbaarheid van artikel 6 WFBV en de conclusie dat formeel buitenlandse vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van landen en gebieden overzee op grond van het LGO-besluit niet door de uitspraak van het Hof worden geraakt, voor te leggen aan de Europese Commissie. Mede gezien de lopende infractieprocedure tegen Nederland inzake de WFBV, is de Commissie in maart 2004 in kennis gesteld van de uitvoering die de regering middels deze wetwijziging geeft aan het arrest in de zaak Inspire Art. Daarop is van de zijde van de Commissie tot op heden geen reactie gekomen. Hieruit leid ik af dat de Commissie geen aanleiding ziet om de juistheid van de wetwijziging te betwijfelen. Uit de infractieprocedure en de schriftelijke opmerkingen in de zaak Inspire Art blijkt overigens dat de Commissie het huidige artikel 6 niet aanmerkt als een bepaling die Europeesrechtelijk problematisch zou kunnen zijn. Zoals in de memorie van toelichting uiteen is gezet, ben ik van mening dat gezien het Centros-arrest de toepassing van artikel 6 op formeel buitenlandse vennootschappen van binnen en buiten de EU gerechtvaardigd blijft. Deze leden vroegen voorts of het verschil in behandeling tussen lidstaten en andere staten houdbaar is en bijvoorbeeld niet strijdig met artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR).

Artikel 26 IVBPR betreft het ook in het Nederlandse recht aanvaarde

beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. Het in dit wetsvoorstel opgenomen verschil in behandeling tussen vennootschappen uit de EU/EER- en vennootschappen van buiten de EU/EER vloeit zoals gezegd voort uit de omstandigheid dat het recht van vrije vestiging op de eerste categorie wél en op de tweede categorie niet van toepassing is. De toepassing van het EG-verdrag leidt op veel terreinen tot een differentiatie tussen EU-ingezetenen en anderen. Juist omdat er voor EU-vennootschappen een groot aantal regels geldt die voortvloeien uit Europese wetgeving, is er geen sprake van gelijke gevallen. Van strijdigheid met het internationale recht is mijns inziens dan ook geen sprake. De leden van de CDA-fractie wilden weten of de regering nog genoeg mogelijkheden ziet om schuldeisers (preventief) te beschermen tegen misbruik of oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen uit andere lidstaten en zo ja, welke.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie laat weinig ruimte voor algemene, preventieve maatregelen door de lidstaten. Binnen de EU/EER staan schuldeisers evenwel voldoende andere mogelijkheden ter beschikking. Het wegvallen van de WFBV in EU/EER-verband betekent wel dat schuldeisers zich extra bewust moeten zijn van de risico's die verbonden kunnen zijn aan het handelen met een buitenlandse vennootschap. Bij vennootschappen uit andere lidstaten worden schuldeisers thans preventief beschermd door informatieverplichtingen ten aanzien van het handelsregister (eerste en elfde richtlijn) en de jaarrekening (vierde en zevende richtlijn). Als de vennootschap een onderneming in Nederland heeft, moet die onderneming worden ingeschreven in het Nederlandse handelsregister en is de informatie daar beschikbaar. Indien het een vennootschap betreft met enkel losse activiteiten in Nederland, kan de informatie worden geraadpleegd bij het handelsregister van het thuisland. Bij het aangaan van een transactie zal men dus via het handelsregister moeten nagaan met wie men zaken doet. Wanneer er naar aanleiding van die informatie twijfel rijst omtrent de motieven achter het gebruik van een buitenlandse vennootschap door een wederpartij, kan men zich bijvoorbeeld indekken door extra zekerheid te bedingen bij het aangaan van een transactie. Repressief laat de vrijheid van vestiging meer ruimte voor maatregelen van de lidstaten die schuldeisers kunnen beschermen. In concrete gevallen van misbruik is een lidstaat volgens het Hof van Justitie gerechtigd om repressieve maatregelen te treffen. Om die reden wordt de toepassing van artikel 6 WFBV gehandhaafd ten aanzien van vennootschappen van binnen en buiten de EU/EER. In dit kader is eveneens van belang dat bestuurders en commissarissen van een buitenlandse vennootschap op grond van artikel 5 van de Wet conflictenrecht corporaties jegens de boedel aansprakelijk zijn in geval van faillissement als gevolg van onbehoorlijk bestuur. Wanneer buitenlandse vennootschappen zich schuldig maken aan fraude, kan repressief worden opgetreden via het strafrecht. Thans worden in een interdepartementale werkgroep voorstellen ontwikkeld rond de toezichtstructuur op rechtspersonen, waarbij ook aandacht wordt besteed aan de strafrechtelijke aanpak van rechtspersonen en aan maatregelen in het kader van de bestrijding van terroristische organisaties.

De leden van de CDA-fractie vroegen of de regering overtuigd is en blijft van de toegevoegde waarde van de WFBV en of de regering bereid is om de wenselijkheid van de WFBV opnieuw te bezien in het kader van de vereenvoudiging van het BV-recht of de integrale herziening van het vennootschapsrecht.

De WFBV is ingesteld om oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen te bestrijden, ontwijking van dwingende regels van Nederlands recht te voorkomen en schuldeisers te beschermen. Deze doelstellingen blijven nu en in de toekomst van belang ten aanzien van vennootschappen van buiten de EU-EER. Om deze doelstellingen te bereiken is de toepassing, via de WFBV, van een aantal dwingende bepalingen van

Nederlands recht noodzakelijk. Bij de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht zal ook de WFBV worden gezien. Daarbij zal niet zozeer de vraag aan de orde zijn of de WFBV moet worden gehandhaafd voor vennootschappen van buiten de EU/EER, maar of de verandering van het BV-recht ertoe noodzaakt om de inhoud van de WFBV op onderdelen aan te passen. Ik denk dan bijvoorbeeld aan een eventuele aanpassing van het stelsel van schuldeisersbescherming.

Deze leden vroegen of de regering als gevolg van de uitspraak een toename van het aantal formeel buitenlandse vennootschappen uit andere lidstaten (vooral de Engelse limited) verwacht. De leden van de PvdA-fractie vroegen in dit kader of dit wetsvoorstel kan leiden tot een explosieve groei van het aantal formeel buitenlandse vennootschappen ten koste van op Nederlands recht gebaseerde vennootschappen.

Of de uitspraak zal leiden tot veranderingen in het aantal formeel buitenlandse vennootschappen is moeilijk te voorspellen. Zoals hierboven is toegelicht in antwoord op een vraag van de leden van de CDA-fractie, geldt voor MKB-ondernemers dat het gebruik van de BV een tamelijk logisch patroon vertoont. Een massale uitwijk naar buitenlandse rechtsvormen acht ik om die reden niet erg waarschijnlijk. Het is wel zo dat een aantal lidstaten vennootschappen aanbiedt die op bepaalde punten meer flexibiliteit bieden aan de oprichters. Om die reden is gestart met de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht. Dit project zal moeten resulteren in een BV die beter aansluit bij de wensen van ondernemers in de praktijk. Door het aanbieden van aantrekkelijke en betrouwbare rechtsvormen, zal de behoefte bij Nederlandse ondernemers om gebruik te maken van een formeel buitenlandse vennootschap afnemen en zal Nederland als vestigingsland aantrekkelijker worden.

De leden van de CDA-fractie vroegen voorts of de regering het mogelijk en wenselijk acht, dat er niet zozeer meer concurrentie tussen nationale stelsels van vennootschapsrecht ontstaat, maar dat er sprake zal zijn van (natuurlijke) harmonisatie. De harmonisatie via vennootschapsrichtlijnen is de laatste jaren moeizamer verlopen. Communautaire harmonisatie, met uitzondering van het jaarrekeningrecht en het effectenrecht, lijkt een kritische grens te hebben bereikt. Steun voor ingrijpen vanuit Brussel lijkt zich te concentreren op zaken die internationaal geregeld moeten worden, zoals grensoverschrijdende fusie en zetelverplaatsing. De interne inrichting van een rechtspersoon kan echter nationaal worden geregeld.

Convergentie tussen nationale stelsels zal allereerst plaatsvinden daar waar een beroep wordt gedaan op de internationale kapitaalmarkt. Bij beursvennootschappen is dit al zichtbaar. Voor niet-beursvennootschappen is het minder duidelijk in hoeverre er convergentie op zal treden. Wanneer ondernemers vrij zijn om een vennootschap in een andere lidstaat op te richten, zullen lidstaten waarschijnlijk vaker kijken naar elkaars rechtsvormen. Indien dit betekent dat zij daarbij de goede eigenschappen van het recht van andere lidstaten overnemen in hun eigen rechtsvormen, beschouw ik dit als een aantrekkelijk vooruitzicht. De leden van de PvdA-fractie vroegen hoe toegankelijk de handelsregisters zijn en of elektronische informatie bijvoorbeeld kosteloos en zonder uitvoerige inlogprocedures beschikbaar zal zijn na het effectief worden van Europese regelgeving ter zake.

Op 15 juli 2003 is richtlijn nr. 2003/58/EG tot wijziging van de Eerste richtlijn vennootschapsrecht totstandgekomen. Deze richtlijn heeft ondermeer tot doel de toegankelijkheid van de handelsregisters te vergroten. Op grond van de richtlijn moet vennootschappelijke informatie langs elektronische weg van de handelsregisters verkregen kunnen worden. Aan het verkrijgen van de informatie kunnen kosten verbonden worden. Op grond van de richtlijn mogen deze echter de administratiekosten niet overschrijden. Het ligt niet in de lijn der verwachting dat in andere lidstaten uitvoerige inlogprocedures doorlopen moeten worden alvorens de informatie beschikbaar is. Dit zou in de weg zou staan aan de effectieve

werking van de richtlijn. De richtlijn moet uiterlijk op 1 januari 2007 omgezet zijn in nationale regelgeving. Voor Nederland zal deze omzetting geschieden door wijziging van de Handelsregisterwet 1996 en het Handelsregisterbesluit 1996.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of de regering bereid is om de te ruime uitleg van de incorporatieleer en de vrijheid van vestiging in Europa aan de orde te stellen, teneinde oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschapsvormen, alsmede verkeerde beleidsconcurrentie, tegen te gaan.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie betreft de uitleg van regels uit het EG-verdrag. Dit betekent dat er een verdragswijziging nodig zou zijn om de reikwijdte van de vrije vestiging in te perken, bijvoorbeeld om de mogelijkheden voor een preventieve aanpak van misbruik te verruimen. Een verdragswijziging is in de EU voorlopig niet aan de orde. De Europese Commissie heeft in de procedures bij het Hof van Justitie de ruime uitleg van de vrijheid van vestiging expliciet bepleit. Nu formele harmonisatie van het vennootschapsrecht de laatste jaren moeizamer tot stand blijkt te komen, zet de Commissie ondermeer in op het verruimen van de vrijheid van vestiging. Van de zijde van de Commissie verwacht ik daarom weinig steun voor een pleidooi voor inperking van de vrijheid van vestiging. In aansluiting hierop vroegen deze leden of er bijvoorbeeld sprake is van beleidsconcurrentie op het punt van het vereiste minimumkapitaal. Er is sprake van beleidsconcurrentie tussen lidstaten op de onderdelen van het vennootschapsrecht die niet zijn geharmoniseerd. Dit geldt ook voor het kapitaalbeschermingsrecht voor de BV (voor de NV is het kapitaalbeschermingsrecht wel geharmoniseerd via de Tweede Vennootschapsrichtlijn). Ik verwacht niet dat beleidsconcurrentie tussen lidstaten snel zal leiden tot het aanbieden van met de BV vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen zonder enige vorm van schuldeisersbescherming. Wanneer een lidstaat een vennootschap aanbiedt zonder minimumkapitaaleis, zal daarvoor een andere vorm van schuldeisersbescherming gelden, bijvoorbeeld door van het bestuur te eisen, op straffe van aansprakelijkheid, dat zij een solvabiliteits- of liquiditeitsverklaring afgeven bij uitkeringen uit het kapitaal. Alle lidstaten willen een systeem met een behoorlijk niveau van schuldeisersbescherming in ruil voor het voordeel van rechtspersoonlijkheid. Mocht de beleidsconcurrentie in de toekomst toch ten koste gaan van de bescherming van schuldeisers, dan ligt het voor de hand om op Europees niveau tot een aantal minimumgaranties te komen.

Deze leden vroegen ten slotte of het waar is dat Nederlandse ondernemingen straks kunnen kiezen uit 25 stelsels van vennootschapsrecht, of dit kan leiden tot een onoverzichtelijke wirwar van buitenlandse vennootschapsvormen in Nederland en welk belang hiermee is gediend. Het is juist dat Nederlandse ondernemers sinds de laatste uitbreiding van de Europese Unie de keuze hebben uit 25 stelsels van vennootschapsrecht in plaats van 15 stelsels vóór de uitbreiding. Ze hebben ook de keuze om een rechtsvorm van buiten de EU of de EER te kiezen, mits zij daarbij voldoen aan de WFBV. Zoals ik hierboven heb geantwoord op vragen van de leden van de CDA-fractie, verwacht ik niet dat Nederlandse ondernemers massaal zullen uitwijken naar buitenlandse rechtsvormen. Voor een onoverzichtelijke wirwar van rechtsvormen behoeft dan ook niet te worden gevreesd. Tijdens het debat in de Tweede Kamer op 16 september 2004 over het wetsvoorstel tot uitvoering van de Verordening inzake de Europese vennootschap heb ik al aangegeven dat ik het waarschijnlijk acht dat binnen de verscheidenheid aan rechtsvormen bepaalde rechtsvormen vaker gebruikt zullen gaan worden en dat er door het keuzesysteem een zekere selectie gaat plaatsvinden. Nu een aantal waarborgen uit de WFBV voor vennootschappen uit de EU/EER komt te vervallen, zullen schuldeisers wel extra alert moeten zijn wanneer zij zaken doen met een wederpartij die gebruik maakt van een buitenlandse rechtsvorm. Tot

slot mag niet worden vergeten dat een belangrijk voordeel van de ruime uitleg van de vrijheid van vestiging voor Nederlandse ondernemingen is gelegen in het feit dat zij in de andere 24 lidstaten onverkort moeten worden erkend als vennootschap naar Nederlands recht.

Artikelsgewijs

Artikel I, onderdeel A

De leden van de fractie van GroenLinks vroegen, in navolging van de Raad van State, waarom niet ook artikel 7 WFBV van toepassing wordt verklaard op EU- en EER-vennootschappen en of de regering een overweging zou willen geven over de wenselijkheid om voor Nederlandse ondernemingen aansprakelijkheid voor onregelmatigheden toe te kennen aan feitelijk leidinggevend, zonder dat ze daarbij in de zin van artikel 2:261 BW daden van bestuur verrichten.

In het nader rapport is uiteengezet dat de toepassing van artikel 7 WFBV op EU- en EER-vennootschappen ten aanzien van de aansprakelijkheid voor misleidende financiële verslaggeving zou leiden tot benadeling van EU en EER-vennootschappen ten opzichte van vennootschappen naar Nederlands recht en dat de vrijheid van vestiging in de weg staat aan een dergelijke discriminatoire behandeling. Discriminatie zou weliswaar worden voorkomen door, zoals deze leden suggereren, in boek 2 BW voor Nederlandse vennootschappen eveneens aansprakelijkheid voor misleidende verslaggeving te introduceren voor feitelijk leidinggevend. Een dergelijke aansprakelijkheid acht ik echter niet opportuun. Het opstellen en publiceren van de jaarrekening, het jaarverslag en tussentijdse cijfers is de taak van het bestuur (artikel 2:210 BW), terwijl de raad van commissarissen is belast met het toezicht op de uitoefening van die bevoegdheid. Omdat de bestuurders en de commissarissen de jaarrekening ondertekenen (artikel 2:210, tweede lid, BW), zijn zij verantwoordelijk voor de stukken. Hierbij past persoonlijke aansprakelijkheid ingeval van misleidende gegevens (artikel 2:249 BW en artikel 2:260 BW). In uitzonderings-situaties zal de ondertekening niet door de bestuurders zelf worden verricht, maar door iemand die krachtens de statuten of een besluit van de algemene vergadering daartoe bevoegd is. In dat geval zorgt de toepassing van artikel 2:261 BW ervoor dat diegene als bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld ingeval van misleidende gegevens. Personen die louter feitelijk leiding geven binnen een Nederlandse vennootschap zijn niet bevoegd om de jaarrekening te ondertekenen. Het introduceren van aansprakelijkheid voor misleidende financiële gegevens is daarom voor die categorie niet zinvol. Tot slot is van belang dat artikel 7 WFBV bedoeld is om de in Nederland werkzame bedrijfsleider van een buitenlandse vennootschap aansprakelijk te kunnen stellen in situaties waarin de formele bestuurders aan de werking van het Nederlandse recht ontsnappen. Bij vennootschappen naar Nederlands recht ontbreekt de noodzaak voor een dergelijke bepaling, omdat daar de formele bestuurders aansprakelijk kunnen worden gesteld. Bij EU-EER-vennootschappen is het eveneens relatief eenvoudig om de formele bestuurders via het handelsregister te traceren en een aansprakelijkheidsvordering in te stellen. De verordening Brussel I geeft binnen de EU regels inzake de bevoegde rechter en de erkenning en tenuitvoerlegging van gerechtelijke beslissingen. Artikel 7 WFBV blijft onverkort van belang voor formeel buitenlandse vennootschappen van buiten de EU/EER, omdat het bij die categorie vaak onduidelijk is of de formele bestuurders aansprakelijk gesteld kunnen worden.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner