

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
S. ALBER

van 30 januari 2003 ¹

I — Inleiding

lijkheid van de bestuurders als hoofdelijke schuldenaars en specifieke formele vereisten.

II — Rechtskader

1. Het Kantongerecht te Amsterdam heeft het Hof twee prejudiciële vragen voorgelegd over de uitlegging van de artikelen 43 EG en 48 EG alsmede over de rechtvaardiging krachtens artikel 46 EG. Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam en Inspire Art Ltd. Het gaat daarbij vooral om de vraag, of het Nederlandse filiaal van de in het Verenigd Koninkrijk opgerichte vennootschap Inspire Art Ltd in het Nederlandse handelsregister moet worden ingeschreven met de toevoeging „formeel buitenlandse vennootschap”. Volgens de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (hierna: „WFBV”) moet deze toevoeging in het handelsregister worden opgenomen en moet zij nadien ook in het handelsverkeer worden gevoerd. Het Kantongerecht vraagt, of deze regeling verenigbaar is met de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging. In het kader van deze vraag gaat het ook om andere rechtsregels die mogelijk de vrijheid van vestiging beperken, zoals die betreffende het minimumkapitaal, de persoonlijke aansprake-

2. De artikelen 1 tot en met 5 WFBV ² luiden:

„Artikel 1

In deze wet wordt onder formeel buitenlandse vennootschap verstaan een naar een ander dan Nederlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap, die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht. [...]

2 — Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen), *Sib.* 1997, 697.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

Artikel 2

1. De bestuurders van een formeel buitenlandse vennootschap zijn verplicht ter inschrijving in het handelsregister opgave te doen dat de vennootschap aan de omschrijving van artikel 1 voldoet en ten kantore van het handelsregister neer te leggen een in het Nederlands, Frans, Duits of Engels gesteld authentiek afschrift of een door een bestuurder gewaarmerkt afschrift van de akte van oprichting en van de statuten, indien deze in een afzonderlijke akte zijn opgenomen. Tevens zijn zij verplicht opgave ter inschrijving te doen van het register waarin en het nummer waaronder die vennootschap is ingeschreven en de datum van de eerste registratie.

Voorts zijn zij verplicht opgave ter inschrijving te doen van de naam, persoonlijke gegevens, indien het een natuurlijk persoon betreft, en de woonplaats van de houder van alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap of van een deelgenoot in een huwelijksgemeenschap waartoe alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap behoren, de aandelen gehouden door de vennootschap of haar dochtermaatschappijen niet meegeteld. De bestuurders van een formeel buitenlandse vennootschap zijn verplicht iedere wijziging van hetgeen krachtens de wet in het Handelsregister is ingeschreven op te geven met vermelding van de dag waarop zij is ingegaan. Veranderingen op grond van deze wet kunnen niet bij volmacht geschieden.

2. Het handelsregister, bedoeld in het eerste lid, is het handelsregister dat wordt gehouden door de Kamer van Koophandel en Fabrieken die overeenkomstig de artikelen 6 en 7 van de Handelsregisterwet 1996 bevoegd is.

Artikel 3

1. Alle geschriften, gedrukte stukken en aankondigingen, waarin een formeel buitenlandse vennootschap partij is of die van haar uitgaan, met uitzondering van telegrammen en reclames, moeten de volledige naam van de vennootschap, haar rechtsvorm, haar statutaire zetel en de plaats van vestiging van de aan haar toebehorende onderneming vermelden, alsmede, indien zij krachtens het op haar toepasselijke recht moet zijn ingeschreven in een register, het register waarin en het nummer waaronder de vennootschap is ingeschreven en de datum van de eerste registratie. Tevens moet [sic] zij vermelden onder welk nummer de vennootschap in het handelsregister is ingeschreven en dat de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap is. Het is verboden in de geschriften, stukken of aankondigingen een aanduiding te gebruiken die in strijd met de waarheid inhoudt dat de onderneming toebehoort aan een Nederlandse rechtspersoon.

2. Indien melding wordt gemaakt van het kapitaal van de vennootschap, moet in elk geval worden vermeld welk bedrag is geplaatst en hoeveel van het geplaatste bedrag is gestort.

3. Indien de vennootschap na haar ontbinding blijft voortbestaan, moet aan haar naam worden toegevoegd: in liquidatie.

Artikel 4

1. Het geplaatste kapitaal van een formeel buitenlandse vennootschap en het gestorte deel daarvan moeten ten minste het bedrag belopen van het minimumkapitaal, bedoeld in artikel 178, tweede lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dit bedrag luidt op het eerste tijdstip waarop de vennootschap aan de omschrijving van artikel 1 voldoet.

2. Op het eerste tijdstip waarop de vennootschap aan de omschrijving van artikel 1 voldoet, moet haar eigen vermogen ten minste het bedrag belopen van het minimumkapitaal als bedoeld in het eerste lid.

3. De bestuurders zijn verplicht tegelijk met de opgave als bedoeld in artikel 2, eerste lid, bij het in dat artikel bedoelde handelsregister een afschrift neer te leggen van een verklaring van een registeraccountant of een accountant-administratieconsulent [twee verschillende accountants], inhoudende dat de vennootschap voldoet aan het eerste en tweede lid. De tweede en derde zin van artikel 204a, tweede lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing. De verklaring heeft betrekking op een tijdstip dat niet eerder ligt dan vijf maanden voor het eerste tijdstip waarop de vennootschap aan de omschrijving van artikel 1 voldoet.

4. De bestuurders zijn naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat is voldaan aan artikel 2, eerste lid, en aan het eerste tot en met derde lid van dit artikel, of in enig ander tijdvak gedurende hetwelk niet is voldaan aan het eerste lid of het eigen vermogen door uitkeringen aan aandeelhouders of inkoop van aandelen daalt onder het bedrag, bedoeld in het eerste lid.

5. Het eerste tot en met vierde lid zijn niet van toepassing op een vennootschap waarop het recht van een der lidstaten van de Europese Unie of van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 toepasselijk is en voorts van toepassing is de Tweede richtlijn nr. 77/91/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 26).

Artikel 5

1. Onverminderd het tweede lid is op een formeel buitenlandse vennootschap artikel 10 van boek 2 van het Burgerlijk

Wetboek van overeenkomstige toepassing. De daarin bedoelde verplichtingen rusten op de bestuurders van de vennootschap.

2. De bestuurders zijn verplicht jaarlijks binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar, behoudens verlenging van deze termijn met ten hoogste zes maanden krachtens een bevoegd, op grond van bijzondere omstandigheden genomen besluit, een jaarrekening en een jaarverslag op te maken. Op de jaarrekening, het jaarverslag en de overige gegevens is titel 9 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de openbaarmaking ingevolge artikel 394 van dat boek geschiedt door nederlegging ten kantore van het handelsregister, bedoeld in artikel 2, tweede lid.

3. Het tweede lid is niet van toepassing op een vennootschap waarop het recht van een der lidstaten van de Europese Unie of van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 toepasselijk is en voorts van toepassing zijn de Vierde richtlijn nr. 78/660/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222) en de Zevende richtlijn nr. 83/349/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening (PB L 193).

4. De bestuurders zijn verplicht ieder kalenderjaar vóór 1 april van dat jaar ten

kantore van het handelsregister neer te leggen een bewijs van inschrijving in het register waar de vennootschap krachtens het op haar toepasselijke recht moet zijn ingeschreven. Het bewijs mag niet eerder dan vier weken voor de datum van nederlegging zijn afgegeven.”

III — Feiten en prejudiciële vragen

3. Inspire Art Ltd is een naar Engels recht opgerichte vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Haar statutaire zetel is Folkestone in het Verenigd Koninkrijk. De vennootschap verricht haar werkzaamheden uitsluitend in het Koninkrijk der Nederlanden. De vennootschap heeft geen plannen om een activiteit in het Verenigd Koninkrijk te gaan verrichten.

4. De oprichting vond in het Verenigd Koninkrijk plaats, omdat de Engelse rechtsregels inzake de oprichting en de instandhouding van vennootschappen voordelen bieden ten opzichte van de Nederlandse regels. Volgens de uiteenzetting van de verwijzende rechter, die zich op zijn beurt op de uiteenzetting van Inspire Art Ltd baseert, bestaan die voordelen daarin dat naar Engels recht geen volstorting van aandelen tot 18 000 euro is voorgeschreven, de oprichting aanmerkelijk sneller verloopt, geen toetsing vooraf van de oprichting is voorgeschreven en minder dwingende bepalingen voor statutenwijziging, aandelenoverdracht en publicatie gelden.

5. Volgens de vaststelling van de verwijzende rechter voldoet Inspire Art Ltd aan de omschrijving van artikel 1 WFBV en zou zij daarom als „formeel buitenlandse vennootschap” in het handelsregister moeten worden ingeschreven. De vraag rijst, of deze inschrijving verenigbaar is met de regels inzake de vrijheid van vestiging.

6. Volgens de verwijzende rechter stellen de voorschriften van de WFBV in die zin een beperking aan de vrije vestiging van het Nederlandse filiaal, dat de bestuurder van Inspire Art Ltd wordt blootgesteld aan persoonlijke hoofdelijke aansprakelijkheid, wanneer hij de vennootschap laat inschrijven en activiteiten ontplooit zonder aan de bijzondere voorschriften van de WFBV te voldoen.

7. Het Kantongerecht maakt duidelijk dat deze extra eisen niet worden gesteld aan vennootschappen naar Engels recht die ook in een ander land dan Nederland enige activiteit ondernemen, waarvan het hoofdkantoor in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd of die anderszins een meer dan geringe werkelijke band met het Verenigd Koninkrijk hebben.

8. Ook wijst de verwijzende rechter erop, dat de Nederlandse voorschriften zijn vastgesteld om het gebruik van buitenlandse vennootschapsvormen voor louter Nederlandse ondernemingen aan banden te leggen in die zin dat ingevolge de artikelen van de WFBV ook voor die formeel buitenlandse vennootschappen nadere verplichtingen gelden. Hij noemt in dit verband de hierboven aangehaalde voorschriften van de artikelen 2 tot en met 5 van de WFBV.

Deze regels zouden door de wetgever zijn gesteld ter bescherming van de bij de vennootschap betrokkenen en om deze te behoeden voor afbraak langs oneigenlijke weg en met oneigenlijke middelen.

9. Het Kantongerecht te Amsterdam heeft het Hof daarom de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Dienen de artikelen 43 juncto 48 (nieuw) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap zo te worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat Nederland op basis van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen van 17 december 1997 nadere voorschriften stelt als in artikel 2 tot en met 5 van die wet omschreven, aan de vestiging in Nederland van een filiaal van een vennootschap, welke in het Verenigd Koninkrijk is opgericht met de uitsluitende bedoeling om enig voordeel te verkrijgen ten opzichte van ondernemingen opgericht volgens het recht van Nederland, welk recht strengere voorschriften dan het recht van het Verenigd Koninkrijk inzake de oprichting en volstorting stelt en welke bedoeling door de Nederlandse wet wordt afgeleid uit de omstandigheden dat de vennootschap haar werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waar zij is opgericht?

2) Zo de uitleg van deze artikelen erop neerkomt dat er sprake is van onverenigbaarheid van het bepaalde in de

Wet formeel buitenlandse vennootschappen met deze artikelen, dient artikel 46 van het Verdrag zodanig uitgelegd te worden dat het bepaalde in artikelen 43 en 48 niet afdoet aan toepasselijkheid van de Nederlandse regeling van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, omdat daarbij bepalingen zijn vastgesteld die om de door de Nederlandse wetgever aangevoerde redenen gerechtvaardigd zijn?”

IV — Standpunten van partijen

A — *De vraag van de strijdigheid met het Verdrag (eerste vraag)*

1. Voorstanders van strijdigheid met het Verdrag

10. Inspire Art Ltd, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie zijn van mening dat de bepalingen van de WFBV in strijd zijn met de vrijheid van vestiging. Zij zouden vestiging in Nederland in elk geval minder aantrekkelijk maken.

11. De Commissie gaat eerst in op de vraag, of de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging eigenlijk wel van toepassing zijn op de feiten van de onderhavige zaak en komt uiteindelijk tot de conclusie, dat dit het geval is. Onder verwijzing naar de

arresten Centros³ en Segers⁴ zet zij uiteen dat een vennootschap ook dan een beroep kan doen op de vrijheid van vestiging, wanneer zij in een lidstaat enkel werd opgericht met het doel in een tweede lidstaat een filiaal te vestigen om daar haar voornaamste zo niet al haar economische activiteiten te ontplooiën. Op grond van deze arresten zou niet van belang zijn, dat de oprichting in een bepaalde lidstaat enkel heeft plaatsgevonden met het doel te ontkomen aan de wettelijke vereisten van de andere lidstaat. Volgens de aangehaalde rechtspraak zou dit geen misbruik vormen, maar slechts een gebruikmaking van de in het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging. Inspire Art Ltd en de regering van het Verenigd Koninkrijk zijn ook die mening toegedaan.

12. Een beroep op de voorschriften inzake de vrijheid van vestiging wordt volgens de Commissie evenmin uitgesloten door toepassing van de zogenoemde „zeteltheorie”. Volgens deze theorie is een vennootschap onderworpen aan de wettelijke regels van de staat waarin zij haar werkelijke zetel heeft. Dit wordt bepaald aan de hand van de vraag, waar de centrale leiding of het hoofdbestuur van de vennootschap zich bevindt.

13. De Commissie en Inspire Art Ltd zijn van mening dat de WFBV evenwel geen toepassing van de zeteltheorie vormt. Artikel 1 WFBV knoopt veeleer bij de werkzaamheid van de vennootschap aan.

3 — Arrest van 9 maart 1999 (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, inz. punten 16-18).

4 — Arrest van 10 juli 1986 (79/85, Jurispr. blz. 2375, inz. punt 16).

Met een beroep op de documenten betreffende de wetgevingsprocedure stellen zij, dat de WFBV het uit het internationale privaatrecht bekende concept van de „specifieke aanknopings” volgt, dat tot toepassing van een aantal dwingende voorschriften van de staat van ontvangst leidt. Het in artikel 1 WFBV gekozen aanknopingscriterium van de werkelijke bedrijfsactiviteit voldoet echter aan geen van de in artikel 48 EG genoemde criteria en is daarom in strijd met de vrijheid van vestiging.

14. Inspire Art Ltd staat dezelfde uitlegging van de WFBV voor. Zij beklemtoont dat het onderhavige geding zijn grondslag vindt in het feit dat het Nederlandse recht op een vennootschap in beginsel het recht van de lidstaat van oprichting toepast. Uitsluitend om die reden is het voor Nederlanders mogelijk, vennootschappen naar buitenlands recht op te richten met het doel uitsluitend of voornamelijk in Nederland actief te zijn. Uit de wordingsgeschiedenis van de WFBV blijkt, dat de wetgever nu juist dit fenomeen heeft willen tegengaan. Hij zou deze als misbruik aangemerkte mogelijkheid hebben willen verhinderen, door de regels van het Nederlandse vennootschapsrecht op dergelijke vennootschappen van toepassing te verklaren. Als reden hiervoor heeft de wetgever de bescherming van schuldeisers aangevoerd. De WFBV moet daarom niet als toepassing van de zeteltheorie worden opgevat.

15. Voorts wijst Inspire Art Ltd erop dat de WFBV de in het Nederlands recht reeds bestaande conflictregel, op grond waarvan voor de juridische beoordeling van een vennootschap naar de staat van oprichting moet worden gekeken, slechts in die zin wijzigd dat bepaalde dwingende voorschrif-

ten van het Nederlandse vennootschapsrecht worden toegepast op formeel buitenlandse vennootschappen, dat wil zeggen vennootschappen die buiten Nederland geen of geen werkelijke bedrijfsactiviteit uitoefenen. Daarnaast worden aanvullende vereisten gesteld bij de inschrijving en voor de gegevens die op geschriften moeten worden vermeld.

16. De Commissie is bovendien van mening dat een lidstaat zich niet op de „zeteltheorie” mag baseren om een vennootschap die volgens de voorschriften van een lidstaat rechtsgeldig is opgericht, het recht op vrije vestiging te ontfangen.

17. Van een beperking van de vrijheid van vestiging is volgens Inspire Art Ltd, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie reeds daarom sprake, omdat de WFBV de vestiging minder aantrekkelijk maakt. Volgens de stukken betreffende de totstandkoming van de WFBV beoogt zij juist te verhinderen dat buitenlandse vennootschappen worden opgericht met het doel, na oprichting alleen in Nederland actief te zijn.

18. Inspire Art Ltd stelt voorts dat de vrijheid van vestiging reeds daarom nadelig wordt beïnvloedt, omdat naast de voorschriften van het land van oprichting nog andere voorschriften van toepassing worden verklaard, aangezien dit de uitoefening van het recht van vrije vestiging minder aantrekkelijk maakt.

19. De regering van het Verenigd Koninkrijk wijst er nog op dat de mogelijkheid om in andere lidstaten filialen op te richten, van fundamenteel belang is voor het functioneren van de gemeenschappelijke markt. Zij acht de rechtspraak in de zaak Centros volledig toepasbaar op de onderhavige zaak.

20. Met betrekking tot de afzonderlijke voorschriften voeren Inspire Art Ltd en de Commissie daarnaast nog het volgende aan.

21. De Commissie acht artikel 2, lid 1, WFBV — voorzover het de verklaring betreft dat de vennootschap aan de omschrijving van artikel 1 voldoet, alsmede de opgave van de eerste registratie in een buitenlands handelsregister en van de persoonlijke gegevens van de enige aandeelhouder van de vennootschap — onverenigbaar met artikel 2 van de Elfde richtlijn (89/666/EEG)⁵ en met de artikelen 43 EG en 48 EG. Het gaat hier om opgaven en verklaringen die volgens de Elfde richtlijn niet behoeven te worden gedaan en die daarom de vrijheid van vestiging belemmeren. De andere bepalingen van artikel 2, lid 1 (opgave van het buitenlands handelsregister, opgave van het nummer waaronder de vennootschap is ingeschreven, overlegging van een in het Nederlands, Frans, Duits of Engels gesteld gewaarmerkt

afschrift van de akte van oprichting en van de statuten) zijn volgens de Commissie echter wel verenigbaar met de Elfde richtlijn en de vrijheid van vestiging.

22. Ook artikel 4, lid 3, WFBV (verklaring van een accountant) acht de Commissie onverenigbaar met artikel 2 van de Elfde richtlijn en met de artikelen 43 EG en 48 EG. Deze verklaring wordt niet genoemd in de limitatieve opsomming van artikel 2 van deze richtlijn.

23. De in artikel 5, lid 4, genoemde verplichting om jaarlijks een bewijs van inschrijving in het buitenlands handelsregister over te leggen is volgens de Commissie daarentegen wel verenigbaar met de Elfde richtlijn en met de artikelen 43 EG en 48 EG.

24. De Commissie wil de prejudiciële vragen herformuleren en met name met een beroep op het arrest Dias⁶ die bepalingen van de WFBV van het onderzoek uitsluiten, die geen betrekking hebben op de inschrijving als zodanig. Zij wil in het bijzonder een toetsing van de artikelen 3 en 6 WFBV

⁵ — Elfde richtlijn (89/666/EEG) van de Raad van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen; PB L 395, blz. 36.

⁶ — Arrest van 16 juli 1992, Dias (C-343/90, Jurispr. blz. I-4673, punten 18-20). Zij beroept zich voorts op de arresten van 17 mei 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783, punt 14); 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871); 13 december 1994, Grau-Hupka (C-297/93, Jurispr. blz. I-5335, punt 19), en 26 oktober 1995, Furlanis (C-143/94, Jurispr. blz. I-3633, punt 12).

alsmede van artikel 4, leden 1, 2, en 4, WFBV uitsluiten. Bovendien zou artikel 5, leden 1 en 2, niet van toepassing zijn, aangezien de uitzonderingsbepaling van lid 3 geldt.

2. Tegenstanders van strijdigheid met het Verdrag

25. De Kamer van Koophandel, de Duitse, de Italiaanse, de Nederlandse en de Oostenrijkse regering zijn evenwel van mening, dat de bepalingen van de WFBV verenigbaar zijn met de regels betreffende de vrijheid van vestiging dan wel in overeenstemming zijn met de richtlijnen vennootschapsrecht, met name de Eerste, de Tweede, de Vierde, de Zevende, de Elfde en de Twaalfde richtlijn⁷, en/of een niet-discriminerende toepassing van voorschriften vormen die op naar Nederlandse recht opgerichte kapitaalvennootschappen moeten worden toegepast.

7 — Eerste richtlijn (68/151/EEG) van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8); Tweede richtlijn (77/91/EEG) van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 26, blz. 1); Vierde richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11); Zevende richtlijn (83/349/EEG) van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening (PB L 193, blz. 1); Elfde richtlijn (89/666/EEG) (aangehaald in voetnoot 5); Twaalfde richtlijn (89/667/EEG) van de Raad van 21 december 1989 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (PB L 395, blz. 40).

26. Volgens de Italiaanse regering kan Inspire Art Ltd zich niet op de regels betreffende de vrijheid van vestiging beroepen. Aangezien zij in de staat van oprichting geen enkele bedrijfsactiviteit uitoefent, moet haar vestiging in Nederland als eerste vestiging worden aangemerkt, en niet als de vestiging van een filiaal.

27. De opvatting van de Duitse regering gaat in diezelfde richting. Zij is van mening dat de artikelen 43 EG en 48 EG niet tot doel hebben, zogenoemde „brievenbusvennootschappen” te bevoordelen die in de staat waarin zij hun statutaire zetel hebben geen enkele bedrijfsactiviteit uitoefenen. Deze artikelen gaan veeleer uit van de regel dat het om ondernemingen gaat die in hun vaderland bedrijfsmatig werkzaam zijn. De rechtspraak in het arrest Centros, volgens welke het volstaat dat een vennootschap volgens de regels van een lidstaat regelmatig is opgericht, maar de uitoefening van een bedrijfsactiviteit in deze staat niet is vereist, acht zij dan ook problematisch. Zij is daarom van mening dat nationale maatregelen tegen „brievenbusvennootschappen” ook in de toekomst geoorloofd moeten blijven. Ook de Oostenrijkse regering is uiteindelijk deze opvatting toegegaan.

28. De Italiaanse regering maakt onderscheid tussen de vrijheid van vestiging van natuurlijke personen en die van rechtspersonen. Haars inziens volgen de grondslag en de grenzen van de erkenning van een vennootschap naar buitenlands recht uit de activiteiten die deze vennootschap wil ontplooiën. De erkenning als rechtspersoon vindt plaats in het kader van een concrete rechtsorde. In hoeverre de vennootschap

ook in andere rechtsorden wordt erkend, hangt af van de gelijkwaardigheid van de voorwaarden die de staat van oprichting en die van ontvangst aan de vennootschap stellen. De lidstaten zouden in zoverre aanvullende eisen mogen stellen om te zorgen voor gelijkwaardigheid met de vennootschappen die naar hun recht zijn opgericht.

29. De Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering zijn van mening dat de WFBV de vrijheid van vestiging niet beperkt. Anders dan in de zaak Centros, wordt de inschrijving van de formeel buitenlandse vennootschap niet geweigerd. Het zou dus slechts om voorschriften betreffende het gedrag van een formeel buitenlandse vennootschap gaan, en niet om de oprichting of de erkenning van die vennootschap.

30. De Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering bevestigen dat het Nederlandse recht het toepasselijke recht in beginsel op grond van de statutaire zetel van een vennootschap bepaalt. Zij verwijzen naar artikel 2 van de Wet conflictenrecht corporaties⁸ en het bepaalde in artikel 6 ervan, namelijk dat deze wet onverlet laat hetgeen is bepaald bij de WFBV. De aanknoping naar Nederlands privaatrecht houdt geen rekening met een eventuele bedrijfsmatige activiteit in de staat van oprichting. De werkelijke zetel van de vennootschap is in beginsel niet van belang.

31. Wegens het steeds toenemende aantal pseudo-buitenlandse vennootschappen, vooral naar Engels recht en naar het recht van VS-staat Delaware, die geen werkelijke banden met de staat van oprichting hebben, heeft de Nederlandse wetgever zich genoodzaakt gezien met het oog op de bescherming van de belangen van schuldeisers, de bestrijding van fraude, de doeltreffendheid van fiscale controles en ter voorkoming van misbruik van buitenlandse vennootschappen, door middel van de vaststelling van de WFBV bepaalde beperkte maatregelen te treffen. De Kamer van Koophandel voegt hieraan toe, dat een opvallend groot aantal van deze vennootschappen bij een faillissement betrokken is geweest en de schuldeisers nagenoeg geen mogelijkheid hadden, hun verliezen te beperken.

32. In dit verband verwijst de Kamer van Koophandel naar de preambule van de WFBV waaruit blijkt dat deze wet ertoe strekt bepaalde regels van het Nederlandse vennootschapsrecht toe te passen op buitenlandse rechtspersonen die hun activiteiten uitsluitend of overwegend in Nederland ontplooiën en uitsluitend formeel als buitenlandse rechtspersoon bestaan. Het gaat erom het oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen tegen te gaan en de bescherming van schuldeisers te waarborgen.

33. De Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering zijn van mening dat de in de WFBV neergelegde maatregelen niet discriminerend zijn. Zij vormen slechts de toepassing van dwingende voorschriften van het Nederlandse vennootschapsrecht, die ook worden toegepast op alle naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen.

⁸ — Stb. 1997, 699.

34. Met betrekking tot de afzonderlijke voorschriften van de WFBV stellen de Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering het volgende vast:

35. De in artikel 2 genoemde verplichtingen (verklaring dat de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 is, de overlegging van een in het Nederlands, Frans, Duits of Engels gesteld gewaarmerkt afschrift van de akte van oprichting en eventueel van de statuten, opgave van het buitenlands handelsregister en de datum van de eerste inschrijving) zijn in overeenstemming met artikel 2, lid 2, sub b, en artikel 4 van de Elfde richtlijn alsmede met artikel 2, lid 2, sub c, juncto artikel 2, lid 1, sub c, van de Elfde richtlijn. De Nederlandse regering voegt hieraan toe, dat de overige voorschriften (naam, persoonlijke gegevens, woonplaats van de houder van alle aandelen) overeenstemmen met de voorschriften die voor Nederlandse vennootschappen gelden.

36. Dit geldt volgens de Nederlandse regering ook voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder (artikel 4, lid 4, WFBV). Volgens het Burgerlijk Wetboek (artikelen 2:69, lid 2, en 2:180, lid 2) geldt deze aansprakelijkheid ook voor vennootschappen naar Nederlands recht.

37. Ook de in artikel 3 WFBV neergelegde verplichtingen stemmen overeen met die

welke het Burgerlijk Wetboek voor Nederlandse kapitaalvennootschappen stelt (artikel 2:75, leden 1 en 2, artikel 2:186; Handelsregisterbesluit 1996). Het gaat hierbij preciezer gezegd om de bepalingen over de handelsnaam die een vennootschap voert. Voorts zouden de vereisten van artikel 3 zowel in overeenstemming zijn met artikel 4 van de Eerste richtlijn — die dankzij het Toetredingsverdrag ook van toepassing is op naar Engels recht opgerichte vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid — alsook met artikel 6 van de Elfde richtlijn.

38. Ook artikel 4, leden 1 tot en met 3, WFBV bevatten geen andere bepalingen dan die welke volgens het Nederlands Burgerlijk Wetboek (artikelen 2:178 en 2:204a, lid 2) voor kapitaalvennootschappen gelden. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder krachtens artikel 4, lid 4, WFBV bestaat daarentegen alleen voor bestuurders van een formeel buitenlandse vennootschap. Artikel 4, lid 5, WFBV bewijst met zijn verwijzing naar de Tweede richtlijn wederom slechts, dat de WFBV verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

39. Met betrekking tot artikel 5 WFBV zet de Nederlandse regering uiteen, dat het in overeenstemming is met titel 9 van boek 2 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek met zijn voorschriften betreffende de jaarrekening. Overigens voldoen deze bepalingen aan de Vierde en de Zevende richtlijn. De verplichting ex artikel 5, lid 4, WFBV komt overeen met artikel 2, lid 2, sub c, van de Elfde richtlijn. Voorts verwijst de Neder-

landse regering naar artikel 5, lid 3, WFBV, dat met zijn verwijzing naar het gemeenschapsrecht de verenigbaarheid van deze bepaling met dit recht bevestigt.

40. Ondanks hun gedetailleerde uiteenzetting over de afzonderlijke bepalingen van de WFBV zijn de Kamer van Koophandel, de Nederlandse regering en de Commissie van mening dat de prejudiciële vragen te ruim zijn geformuleerd. Volgens de rechtspraak in de zaak *Dias*⁹ zou het onderzoek van het Hof zich moeten beperken tot de onderdelen van de WFBV die verband houden met de inschrijving in het handelsregister. Dit zijn artikel 2, lid 1, eerste tot en met derde volzin (inschrijving als formeel buitenlandse vennootschap), artikel 4, lid 4 (hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders), alsmede artikel 4, leden 1 tot en met 3 (verklaring van een accountant, minimumkapitaal, eigen vermogen en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor deze opgaven). Alle overige voorschriften zijn irrelevant voor het hoofdgeding, zodat het Hof deze buiten beschouwing kan laten.

41. De Kamer van Koophandel alsmede de Duitse en de Nederlandse regering beroepen zich bovendien op het arrest in de zaak *Daily Mail*.¹⁰ In dit arrest zou het Hof hebben erkend dat er grote verschillen tussen het internationaal privaatrecht van de lidstaten bestaan met betrekking tot de aanknopingspunten voor de juridische behandeling van een vennootschap. Het

Hof zou hebben vastgesteld dat de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging deze regelingen niet overlappen. Door de WFBV worden de Nederlandse rechtsregels betreffende de aanknoping bij de statutaire zetel van een vennootschap (artikel 2 van de Wet conflictenrecht corporaties) slechts aangevuld, doordat bepaalde dwingende voorschriften van het Nederlandse vennootschapsrecht van toepassing worden verklaard op vennootschappen die alleen in Nederland een bedrijfsactiviteit uitoefenen en geen werkelijke band met de staat van oprichting hebben. De WFBV doet dus niets anders dan aanknopen bij de plaats waar een vennootschap daadwerkelijk haar bedrijfsactiviteit uitoefent. Daarom moeten deze bepalingen volgens de rechtspraak in het arrest *Daily Mail* als verenigbaar met de vrijheid van vestiging worden aangemerkt.

42. De Kamer van Koophandel en de Duitse regering wijzen er daarnaast nog op, dat ook na het arrest in de zaak *Daily Mail* geen van de richtlijnen op het gebied van het vennootschapsrecht de vraag van de aanknopingsfactoren heeft geharmoniseerd. De in dit arrest gedane vaststellingen gelden daarom nog steeds.

43. Voorts merken de Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering op, dat de EG pas met het Verdrag van Amsterdam überhaupt een bevoegdheid voor vragen betreffende het internationale privaatrecht heeft gekregen. Maar ook na de invoering van artikel 65 EG moeten bepaalde vennootschapsrechtelijke vragen op grond van artikel 293 EG via afspraken tussen de

⁹ — Aangehaald in voetnoot 6.

¹⁰ — Arrest van 27 september 1988 (81/87, Jurispr. blz. 5483).

lidstaten onderling worden opgelost. Dit geeft aan welke bijzondere positie het internationale privaatrecht nog steeds heeft.

44. Volgens de Nederlandse regering mogen de lidstaten nog steeds gebruikmaken van de oprichtingstheorie, zoals deze in de Wet conflictenrecht corporaties en in de WFBV is geconcretiseerd. De voorschriften betreffende de vrijheid van vestiging verzetten zich niet hiertegen. Volgens het arrest in de zaak Centros¹¹ zijn de lidstaten bevoegd, beschermende maatregelen tegen het oneigenlijk gebruik van fundamentele vrijheden te treffen. Tot deze maatregelen behoort volgens de Nederlandse regering ook de WFBV.

45. Ook de Duitse regering ziet in de WFBV een maatregel ter voorkoming van misbruik van de vrijheid van vestiging en ter omzeiling van strengere nationale voorschriften. Het Hof zou in het arrest Centros uitdrukkelijk hebben erkend dat de lidstaten bevoegd zijn dergelijke maatregelen te treffen.¹²

46. De Nederlandse regering acht deze opvatting ook verenigbaar met de beslissing in de zaak Segers.¹³ Het is juist dat

gebruikmaking alleen van de uit het Verdrag volgende vrijheid nog geen misbruik oplevert. Maar de WFBV weigert ook niet de naar buitenlands recht opgerichte vennootschap te erkennen. Zij verhindert slechts de mogelijkheid dat een vennootschap zich onttrekt aan de dwingende voorschriften van het recht van die lidstaat waarin zij haar bedrijfsactiviteit ontplooit. Wanneer de handelwijze van een vennootschap alleen erop gericht is, zich te onttrekken aan de toepassing van de voorschriften inzake de oprichting van een vennootschap, vormt dit volgens de Nederlandse regering misbruik, die althans naar de huidige stand van het gemeenschapsrecht met de WFBV mag worden bestreden.

47. De Nederlandse regering is van mening dat de door de WFBV opgelegde verplichtingen vooral van administratieve aard zijn. Alle naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen moeten aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen.

48. De Elfde richtlijn voorziet naar de mening van de Nederlandse regering slechts in een gedeeltelijke harmonisatie. Buiten de door de richtlijn geregelde materies mogen de lidstaten nog steeds wetgevend optreden.

49. Gaat men toch van een inbreuk op de vrijheid van vestiging uit, dan moet deze inbreuk in elk geval als gering worden aangemerkt en als zodanig verenigbaar met het gemeenschapsrecht worden geacht.

11 — Aangehaald in voetnoot 3. De Nederlandse regering beroept zich met name op punt 24 van het arrest.

12 — Zij verwijst naar punt 18 van het arrest.

13 — Aangehaald in voetnoot 4.

Ook in het kader van de uitlegging van andere fundamentele vrijheden heeft de rechtspraak steeds een inbreuk van een zekere intensiteit vereist.¹⁴

vrijheid van vestiging gerechtvaardigd is. Een algemene wettelijke regeling als de WFBV volstaat daarvoor niet.

B — *De vraag van de rechtvaardiging (tweede vraag)*

1. Tegenstanders van een rechtvaardiging

50. Inspire Art Ltd, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie zijn van mening dat de voorschriften van de WFBV ook niet gerechtvaardigd zijn.

51. Van een rechtvaardiging krachtens artikel 46 EG kan volgens Inspire Art Ltd, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie geen sprake zijn. Uit het arrest in de zaak Centros¹⁵ zou inderdaad volgen, dat een oneigenlijk beroep op de vrijheid van vestiging is uitgesloten. Dit oneigenlijke gebruik volgt echter niet reeds uit het feit dat een vennootschap in de staat van oprichting geen enkele bedrijfsactiviteit uitoefent. Veeleer dienen de autoriteiten en de rechterlijke instanties van geval tot geval te onderzoeken of de beperking van de

52. Voorts heeft het arrest Centros een mogelijkheid van beperking hoogstens dan aanvaard, wanneer het om de inachtneming van bepalingen betreffende de uitoefening van bepaalde beroepsactiviteiten gaat. In het geval van Inspire Art Ltd gaat het evenwel om de vestiging als zodanig en om de vraag, of de regels van het Nederlandse vennootschapsrecht, bijvoorbeeld die over het minimumkapitaal, moeten worden nageleefd. Zoals in het arrest Centros is vastgesteld, levert het gebruikmaken van de minder stringente regels van een andere lidstaat nog geen misbruik op, maar vormt dit juist een gebruikmaking van het recht van vrije vestiging.

53. Volgens Inspire Art Ltd dient er voor de toepassing van artikel 46 EG sprake te zijn van een concrete bedreiging van de openbare orde. Voorts wijzen Inspire Art Ltd, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie erop dat het Hof in het arrest Centros¹⁶ heeft geoordeeld, dat de bescherming van schuldeisers in beginsel niet onder de uitzonderingsregeling van artikel 46 EG valt.

54. Ten slotte zijn Inspire Art Ltd, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie van mening, dat de voorschriften van de WFBV evenmin kunnen

14 — Zij verwijst in dit verband naar de arresten van 7 maart 1990, Krantz (C-69/88, Jurispr. blz. I-583, punt 11), en 14 juli 1994, Matteo Peralta (C-379/92, Jurispr. blz. I-3453, punt 24).

15 — De Commissie beroept zich met name op punt 24 van het arrest (aangehaald in voetnoot 3).

16 — De Commissie haalt punt 34 van het arrest aan.

worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. De bescherming van schuldeisers vormt weliswaar een reden van algemeen belang, doch de bepalingen van de artikelen 2, 4 en 5 WFBV zijn niet geschikt om deze bescherming tot stand te brengen.

minimumkapitaal onmiddellijk na de volstorting en de inschrijving van de vennootschap in zijn geheel worden uitgeleend. Het staat dus niet ter beschikking van de schuldeisers. De voorschriften van de WFBV zijn in zoverre niet eens geschikt ter verwezenlijking van de beoogde bescherming van schuldeisers.

55. Om te beginnen wijzen Inspire Art Ltd en de Commissie erop dat de vennootschap de naam van een vennootschap naar Engels recht draagt en de schuldeisers in dat opzicht niet kunnen worden misleid. De bepalingen van de Vierde en de Elfde richtlijn garanderen een zekere transparantie van de jaarrekening en de vennootschapsverhoudingen. Maar ook zijn de schuldeisers in zeker opzicht verantwoordelijk voor hun handelen. Indien de zekerheden naar Engels recht voor hen onvoldoende zijn, kunnen zij immers aanvullende zekerheden eisen en/of ervan afzien een overeenkomst te sluiten met een vennootschap naar buitenlands recht.

58. Bovendien zijn de bepalingen betreffende de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders, aldus Inspire Art Ltd en de Commissie, discriminerend. Deze aansprakelijkheid bestaat krachtens artikel 4, lid 4, WFBV ook dan, wanneer het minimumkapitaal na de inschrijving in het handelsregister onder de voorgeschreven grens daalt. Voor bestuurders van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV) geldt deze zware aansprakelijkheid echter niet. Bovendien wordt de kring van aansprakelijke personen ten opzichte van vennootschappen naar Nederlands recht uitgebreid tot de dagelijkse leiding van de aan de vennootschap toebehorende onderneming.

56. Voorts merken de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie op, dat de WFBV niet van toepassing zou zijn geweest indien Inspire Art Ltd in een andere lidstaat ook maar enige bedrijfsactiviteit had uitgeoefend. In dat geval lopen de schuldeisers echter net zo veel risico als wanneer de bedrijfsactiviteit uitsluitend in Nederland wordt uitgeoefend.

59. Ook zijn de voorschriften van artikel 4, leden 1, 2 en 4, WFBV volgens de Commissie onevenredig, aangezien Inspire Art Ltd zich voordoet als een vennootschap naar Engels recht. Maar afgezien daarvan, bieden de bepalingen van de Vierde en de Elfde richtlijn de schuldeisers voldoende transparantie.

57. De bepalingen betreffende het minimumkapitaal waarborgen volgens Inspire Art Ltd geen bescherming van schuldeisers. Zo kan ook volgens Nederlands recht het

60. Inspire Art Ltd en de regering van het Verenigd Koninkrijk nemen alles bij elkaar genomen hetzelfde standpunt is. De rege-

ring van het Verenigd Koninkrijk voegt hieraan toe, dat de lidstaten niet bevoegd zijn, naast de geharmoniseerde bescherming van de belangen van schuldeisers die door middel van de Vierde en de Elfde richtlijn op gemeenschapsniveau is bereikt, aanvullende eisen aan filialen van buitenlandse vennootschappen te stellen.

61. Overigens zijn minder ingrijpende maatregelen denkbaar. Zo zouden bijvoorbeeld de juridische voorwaarden ervoor kunnen worden geschapen dat openbare schuldeisers overeenkomstige garanties van deze filialen krijgen.¹⁷

62. Bovendien zijn de voorschriften van de WFBV betreffende de boekhouding en de jaarrekening volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk onnodig. Het Engelse recht voorziet voor vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid in passende regels voor de jaarrekening. Ook zijn de bepalingen in strijd met de Elfde richtlijn, volgens welke staten waarin het filiaal zijn vestiging heeft, bepaalde informatie niet mogen vragen.

2. Voorstanders van een rechtvaardiging

63. De Kamer van Koophandel, de Duitse, de Nederlandse en de Oostenrijkse regering

stellen zich daarentegen op het standpunt dat de bepalingen van de WFBV in elk geval gerechtvaardigd zijn, en wel door artikel 46 EG alsook door dwingende redenen van algemeen belang.

64. Doel van de WFBV is de bestrijding van fraude, hetgeen in de zaken Centros en Segers uitdrukkelijk als een legitieme rechtvaardigingsgrond is aangemerkt.¹⁸ Een ander doel van de WFBV is de bescherming van schuldeisers, eveneens een in de rechtspraak erkende rechtvaardigingsgrond.¹⁹ Bovendien beoogt de WFBV ook de doeltreffendheid van fiscale controles te waarborgen, een doel dat de rechtspraak ook als een rechtvaardigingsgrond beschouwt.²⁰ Ten slotte waarborgt zij het eerlijke karakter van handelstransacties, een andere legitieme rechtvaardigingsgrond.²¹

65. De registratie van dergelijke „brievensmaatschappijen” vervult volgens de Oostenrijkse regering een waarschuwingsfunctie. De informatie is voor potentiële handelspartners van belang voor de beslissing of zij met deze vennootschap een zakenrelatie willen aangaan. In het arrest Centros is uitdrukkelijk erkend, dat er in het handelsverkeer behoefte aan dergelijke informatie bestaat.²²

18 — Zij beroepen zich op punt 38 van het arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3) en op punt 17 van het arrest Segers (aangehaald in voetnoot 4).

19 — Zij verwijzen naar de arresten van 4 december 1986, Commissie/Duitsland (205/84, Jurispr. blz. 3755); 25 juli 1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007); 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249), en 12 december 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Jurispr. blz. I-6511).

20 — Zij citeren het arrest Bachmann (aangehaald in voetnoot 19).

21 — Zij verwijzen naar het arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments (C-384/93, Jurispr. blz. I-1141).

22 — De Oostenrijkse regering verwijst naar punt 36 van het arrest (aangehaald in voetnoot 3).

17 — De regering van het Verenigd Koninkrijk verwijst hiervoor naar punt 37 van het arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3).

66. Het betoog van de Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering gaat in dezelfde richting. De in artikel 2, lid 1, WFBV verlangde opgave van de eerste inschrijving in een buitenlands handelsregister geeft derden inzicht in de vraag hoe lang een vennootschap bestaat, hoe lang ze economisch actief is en of ze eventueel een gevestigde marktpositie heeft. Deze datum kan bepalend zijn voor het intreden van bepaalde rechtsgevolgen, bijvoorbeeld het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid.

67. De informatie dat de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap is, maakt het derden mogelijk van dat gegeven kennis te nemen en het te betrekken bij hun oordeel over de betrouwbaarheid van de vennootschap. De informatie dat de vennootschap onderworpen is aan buitenlands recht, is ook van belang voor de bevoegde overheidsdiensten.

68. Het belang dat derden hebben bij wetenschap van de omstandigheid dat er slechts één aandeelhouder is (zie artikel 3 WFBV) is uitdrukkelijk erkend in artikel 3 van de Twaalfde richtlijn.

69. De regeling in artikel 4 WFBV beoogt met name de belangen van schuldeisers te beschermen. Het belang van het minimumkapitaal is in artikel 6 van de Tweede richtlijn voor onder deze richtlijn vallende vennootschappen uitdrukkelijk erkend. De regels betreffende het minimumkapitaal dienen vooral ter versterking van de finan-

ciële betrouwbaarheid van vennootschappen en beogen daarmee openbare en particuliere schuldeisers meer bescherming te waarborgen. Meer in het algemeen beogen zij alle schuldeisers te beschermen tegen het gevaar van insolventie van vennootschappen waarvan het aanvangskapitaal ontoereikend was.

70. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders vormt ten slotte slechts een passende sanctie voor het geval dat de voorschriften van de WFBV niet worden nageleefd. Overigens geldt een soortgelijke aansprakelijkheid ook voor bestuurders van een Nederlandse vennootschap. Ook het gemeenschapsrecht kent een dergelijke aansprakelijkheid, hetgeen blijkt uit artikel 51 van het voorstel voor een verordening voor een Europese vennootschap. Ook artikel 4, lid 1, van de Tweede richtlijn biedt de lidstaten de mogelijkheid bepalingen vast te stellen betreffende de aansprakelijkheid voor gevallen waarin ontbinding van de vennootschap niet mogelijk is.

71. De Kamer van Koophandel voert aan dat de bepalingen van de WFBV niet discriminerend zijn, maar veeleer tot gevolg hebben dat op buitenlandse vennootschappen die voorschriften worden toegepast die ook voor naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen gelden. Naast het Burgerlijk Wetboek zijn dit de Handelsregisterwet 1996 en het Handelsregisterbesluit 1996.

72. De Kamer van Koophandel en de Oostenrijkse regering zijn van mening dat de

maatregelen ook geschikt zijn ter verwezenlijking van de beoogde doelstellingen. Zij dragen ertoe bij dat schuldeisers van de vennootschap ervan op de hoogte zijn dat het om een vennootschap gaat die onder buitenlands recht valt. Voorts waarborgen zij de schuldeisers een bescherming die zij van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap mogen verwachten.

73. De Oostenrijkse regering is daarom van mening dat de bepalingen over het minimumkapitaal een geschikt en evenredig middel vormen. In de Tweede richtlijn zelf is voor vennootschappen op aandelen het belang van het minimumkapitaal vastgesteld. Voor vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid ontbreekt echter een vergelijkbare regeling. Met uitzondering van Ierland en het Verenigd Koninkrijk bestaan er evenwel in alle lidstaten voorschriften over het minimumkapitaal van deze vennootschappen. In tegenstelling tot de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten, die in geval van faillissement vaak geen enkel voordeel oplevert, biedt het vereiste van een garanti kapitaal grotere zekerheid.

74. Ook de eisen van het voeren van een boekhouding en het opmaken en publiceren van de jaarrekening en het jaarverslag krachtens de WFBV vormen een noodzakelijke en effectieve maatregel ter bescherming van de schuldeisers van de vennootschap. De Vierde richtlijn stelt slechts minimumvereisten. Wegens de vele keuzemogelijkheden die zij de lidstaten biedt, heeft elke lidstaat een belang om voor alle vennootschappen die hun activiteit op zijn grondgebied verrichten, de naleving van de bepalingen ter uitvoering van deze richtlijn dwingend voor te schrijven.

75. Volgens de Kamer van Koophandel gaan de maatregelen niet verder dan ter bereiking van het doel noodzakelijk is. De niet-inachtneming van de uit de WFBV voortvloeiende verplichtingen heeft niet tot gevolg dat de buitenlandse vennootschap niet wordt erkend, maar dat de bestuurders aansprakelijk worden. In dit verband stelt de Kamer van Koophandel vast dat de omstandigheid dat een vennootschap niet (meer) aan de voorschriften inzake het minimumkapitaal voldoet, een sterke aanwijzing is dat misbruik en fraude dreigen.

V — Beoordeling

76. Moet op grond van de feiten van de onderhavige zaak van de rechtspraak in het arrest Centros worden afgeweken? Dat is de vraag die dit verzoek om een prejudiciële beslissing uiteindelijk doet rijzen.

77. De aan dit verzoek ten grondslag liggende feiten verschillen in zoverre van die in de zaak Centros dat het Nederlandse recht niet de inschrijving van het filiaal weigert, doch verlangt dat het aangeeft een formeel buitenlandse vennootschap te zijn en aan deze inschrijving bepaalde rechtsgevolgen verbindt. Derhalve rijst de vraag of en, zo ja, in hoeverre dit onderscheid tot een andere juridische beoordeling van de verenigbaarheid van de regeling met de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging leidt dan in de zaak Centros.

78. De uitgangsposities van de betrokkenen kunnen schematisch als volgt worden samengevat. Sommigen zijn van mening dat de regeling van de WFBV een niet-gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging oplevert, aangezien zij erop neerkomt dat het Nederlandse vennootschapsrecht, en met name de voorschriften inzake het minimumkapitaal, op de buitenlandse vennootschap wordt toegepast. Anderen menen daarentegen dat de WFBV geen beperking van de vrijheid van vestiging oplevert, aangezien er voor de buitenlandse vennootschappen geen sprake was van daadwerkelijke aanknopingspunt bij de staat van oprichting en zij slechts aan een aantal aanvullende vereisten voor de uitoefening van hun bedrijfsactiviteit moeten voldoen. In elk geval wordt de beperking echter gerechtvaardigd door de bescherming van schuldeisers en de voorkoming van misbruik van de uit de vrijheid van vestiging voortvloeiende mogelijkheden.

A — Toepasbaarheid van de voorschriften inzake de vrijheid van vestiging

79. Alvorens op de afzonderlijke argumenten in te gaan, moeten twee constatering worden gedaan die de werkingssfeer van de voorschriften inzake de vrijheid van vestiging betreffen en gebaseerd zijn op de arresten Segers en Centros.

80. In de eerste plaats is de uitoefening van een bedrijfsactiviteit in de staat van oprichting niet een in het Verdrag voorziene

voorwaarde voor de oprichting van filialen in andere lidstaten.²³ Dat een vennootschap in de staat van oprichting geen bedrijfsactiviteit uitoefent, betekent dus niet dat zij zich niet op de vrijheid van vestiging kan beroepen.

81. In de tweede plaats zijn de redenen waarom een vennootschap in het buitenland wordt opgericht — voorzover zij zuiver zijn — irrelevant. Zelfs wanneer die oprichting uitsluitend plaatsvindt om aan de voorschriften inzake de oprichting en de exploitatie van vennootschappen van de betrokken lidstaat te ontkomen, sluit dit op zich niet uit dat een beroep kan worden gedaan op de regels betreffende de vrijheid van vestiging.²⁴

82. Ik zie in de door het Kantongerecht te Amsterdam voorgelegde vragen en de aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten geen aanleiding om van deze vaste rechtspraak af te wijken. Overigens werd deze rechtspraak evenmin ter discussie gesteld in de arresten Daily Mail²⁵ en Überseering.²⁶

83. Het kan zijn dat de werkingssfeer van de artikelen 43 EG en 48 EG zoals die in de

23 — Arrest Segers (aangehaald in voetnoot 4, punt 16); arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 17).

24 — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 18). De irrelevantie van de redenen die het betrokken rechtssubject heeft, is ook op het gebied van de vrijheid van diensten erkend; zie arrest van 5 oktober 1994, TV 10 (C-23/93, Jurispr. blz. I-4795, punt 15).

25 — Aangehaald in voetnoot 10.

26 — Arrest van 5 november 2002 (C-208/00, Jurispr. blz. I-9919).

arresten Segers en Centros is vastgesteld, voor sommigen onbevredigend is, omdat daardoor belangrijke en juist geachte nationale bepalingen mogelijk hun toepasselijkheid verliezen. Zij dient echter de verwezenlijking van het in het Verdrag gewaarborgde recht van vrije vestiging in de interne markt.

B — Beperking van de vrijheid van vestiging

84. Thans moet worden onderzocht of de voorschriften van de WFBV een beperking van de vrijheid van vestiging opleveren.

1. Relevante voorschriften van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

85. Allereerst moet worden vastgesteld welke voorschriften van de WFBV het voorwerp van het verzoek om een prejudiciële beslissing vormen. De verwijzende rechter heeft naar de artikelen 2 tot en met 5 WFBV verwezen en met name naar het feit dat de formeel buitenlandse vennootschap zich als zodanig in het handelsregister moet laten inschrijven (artikel 2), dat zij op alle van haar uitgaande stukken bepaalde gegevens moet vermelden (artikel 3), en dat het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan ten minste het bedrag moet belopen dat voor naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen geldt (artikel 4). Voorts wees hij op de voorschriften betreffende het opmaken en

publiceren van de jaarrekening en het jaarverslag. Daarnaast heeft hij met name in het voorschrift van de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders als hoofdelijke schuldenaars wanneer niet aan de verplichtingen van de WFBV wordt voldaan, een beperking van de vrijheid van vestiging gezien. Op grond hiervan kan het verzoek om een prejudiciële beslissing aldus worden uitgelegd dat het met name gaat om de aanduiding van formeel buitenlandse vennootschap als zodanig (artikelen 2 en 3), om het bijeen te brengen minimumkapitaal (artikel 4, leden 1 tot en met 3) en om de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders als hoofdelijke schuldenaars (artikel 4, lid 4).

86. De Kamer van Koophandel, de Nederlandse en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Commissie willen het onderzoek echter beperken tot de voorschriften die op de inschrijving van een vennootschap in het handelsregister betrekking hebben. Zij zijn van mening dat de prejudiciële vragen in het licht van het hoofdgeding moeten worden behandeld. Aangezien dit slechts de inschrijving in het handelsregister betreft, is het met name niet nodig in deze procedure de artikelen 3 en 6 WFBV te onderzoeken. Daarnaast willen de Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering nog onderdelen van de artikelen 2 en 5 van het onderzoek uitsluiten.

87. Volgens de door hen aangehaalde rechtspraak²⁷ is „de nationale rechter, die

²⁷ — Zie de in voetnoot 6 genoemde arresten.

als enige rechtstreeks kennis heeft van de feiten van het geding, in het licht van de bijzondere omstandigheden van de zaak, het beste in staat de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen. Wanneer dus de door de nationale rechterlijke instantie gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht, is het Hof in beginsel verplicht uitspraak te doen.” Ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, moet het echter zo nodig een onderzoek instellen naar de omstandigheden „waaronder het door de nationale rechter is geadieerd”. Het is immers zijn taak „bij te dragen tot de rechtsbedeling in de lidstaten en niet om rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vragen te geven [...] Gelet op deze taak meent het Hof, dat het in het bijzonder geen uitspraak over een bij de nationale rechter opgeworpen prejudiciële vraag kan doen, wanneer [...] de door de nationale rechter gestelde vraag over de uitlegging van het gemeenschapsrecht [...] geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding.”²⁸

88. Betrokkenen hebben weliswaar in zoverre gelijk, dat het in het hoofdgeding inderdaad gaat om de vraag of Inspire Art Ltd als formeel buitenlandse vennootschap in het handelsregister moet worden ingeschreven. Aan deze inschrijving worden echter bepaalde rechtsgevolgen verbonden, die in de artikelen 2 tot en met 5 WFBV in detail zijn vastgelegd. Deze rechtsgevolgen houden uitsluitend en onlosmakelijk verband met de inschrijving als formeel buitenlandse vennootschap. De beslissing welk minimumkapitaal Inspire Art Ltd bijeen

moet brengen, welke gegevens zij op haar zakelijke correspondentie moet vermelden en of haar bestuurders eventueel persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, volgt rechtstreeks uit de beslissing of zij al dan niet als formeel buitenlandse vennootschap moet worden inschreven. In zoverre moet in casu ook rekening worden gehouden met de respectieve bepalingen van de artikelen 2, 3 en 4 WFBV en lijkt het niet juist, de vraag van de inschrijving te onderzoeken zonder rekening te houden met de daarmee noodzakelijkerwijze verbonden rechtsgevolgen.

89. Er bestaan in casu geen aanwijzingen dat het om een geësceneerd geding gaat of dat het Hof is verzocht uitspraak te doen over een hypothetische rechtsvraag die voor het hoofdgeding geen enkel belang heeft.

90. Een andere vraag is echter, welke voorschriften van de WFBV concreet op Inspire Art Ltd moeten worden toegepast; bijvoorbeeld of de uitzonderingsbepalingen van artikel 4, lid 5, en artikel 5, lid 3, WFBV van toepassing zijn. Deze vraag moet door de nationale rechter worden beantwoord en moet niet in het kader van het verzoek om een prejudiciële beslissing worden onderzocht.

91. Derhalve moet ervan worden uitgegaan dat het voorwerp van het verzoek om een prejudiciële beslissing de artikelen 2 tot en

28 — Arrest Dias (aangehaald in voetnoot 6, punten 14-18).

met 5 WFBV zijn. In overeenstemming met de hierboven aangehaalde rechtspraak moet met name worden ingegaan op de door de verwijzende rechter naar voren gebrachte aspecten van de inschrijving van de formeel buitenlandse vennootschap als zodanig, de op documenten te vermelden gegevens, het bijeen te brengen minimumkapitaal en de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders als hoofdelijke schuldenaars.

92. Het is dus niet nodig in te gaan op de door een aantal betrokkenen besproken vraag, in hoeverre de bepalingen van de WFBV verenigbaar zijn met de verschillende richtlijnen betreffende de harmonisatie van het vennootschapsrecht. De bepalingen die de verwijzende rechter voor ogen heeft vallen volgens alle betrokkenen namelijk niet onder deze richtlijnen.

2. De vraag of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging

93. Artikel 43 EG juncto artikel 48 EG garandeert de vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, het recht, agentschappen, filialen of dochterondernemingen op te richten en te beheeren, en wel overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

94. Hieruit volgt volgens vaste rechtspraak rechtstreeks, dat deze vennootschappen het recht hebben om in een andere lidstaat hun activiteit uit te oefenen, waarbij hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een lidstaat.²⁹ In het arrest *Überseering* heeft het Hof hieruit de conclusie getrokken dat de erkenning van deze vennootschappen door elke lidstaat waar zij zich willen vestigen, de noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van hun vrijheid van vestiging is.³⁰

95. Volgens de Nederlandse regering is de WFBV verenigbaar met deze rechtspraak. Anders dan in de zaak *Centros*, wordt *Inspire Art Ltd* niet de erkenning in de Nederlandse rechtsorde geweigerd. De WFBV legt haar slechts een aantal aanvullende verplichtingen op, die door de Nederlandse regering als „administratief” worden aangemerkt.

96. Deze zogenoemde administratieve verplichtingen omvatten de toepassing van de Nederlandse voorschriften inzake het minimumkapitaal van een vennootschap en de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor verbintenissen van de vennootschap wanneer niet aan de verplichtingen van de WFBV wordt voldaan. In zoverre zou men kunnen zeggen dat de

29 — Arrest *Segers* (aangehaald in voetnoot 4, punt 13); arrest *Centros* (aangehaald in voetnoot 3, punt 20); arrest *Überseering* (aangehaald in voetnoot 26, punt 57).

30 — Aangehaald in voetnoot 26, punt 59. Incidenteel kan men dit ook reeds uit het arrest *Centros* (aangehaald in voetnoot 3, punt 21) afleiden.

verplichtingen van de WFBV rusten op de beheerders of op degenen die met de dagelijkse leiding van de vennootschap zijn belast, gelijk de Kamer van Koophandel uiteenzet. Het zijn om die reden echter geen „administratieve” verplichtingen, die slechts de uitoefening van een bedrijfsactiviteit regelen. Het bijeenbrengen van een bepaald minimumkapitaal betreft de oprichting van een vennootschap. Dit wordt bevestigd door het Nederlandse recht. De bepalingen betreffende het minimumkapitaal zijn neergelegd in artikel 178 van het Burgerlijk Wetboek, dat wil zeggen zij maken deel uit van de algemene bepalingen betreffende de oprichting van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

de staat Delaware (Verenigde Staten), dat in de praktijk steeds meer toenam, terug te dringen.³¹ Volgens de uiteenzetting van de Kamer van Koophandel waren veel van deze vennootschappen, die in Nederland uitsluitend via filialen werkzaam waren, in een faillissement verwickeld. Volledig of nagenoeg volledig in Nederland werkzame vennootschappen moest daarom het voordeel worden ontnomen dat zij door middel van de oprichting van een vennootschap naar buitenlands recht probeerden te behalen. Met name wat hun minimumkapitaal en de bescherming van hun schuldeisers betreft, dienden zij uiteindelijk aan de voorschriften van het Nederlandse vennootschapsrecht te worden onderworpen.³²

97. Kortom, de regels van de WFBV hebben tot gevolg dat de als dwingend beschouwde voorschriften van het Nederlandse vennootschapsrecht — in het bijzonder inzake het minimumkapitaal — worden toegepast op vennootschappen die naar het recht van een andere lidstaat zijn opgericht en tevens hun zetel in de staat van oprichting hebben, maar hun bedrijfsactiviteit geheel of nagenoeg geheel in Nederland uitoefenen.

99. Behandelt men een filiaal als een eerste vestiging, dan betekent dit in feite dat de naar buitenlands recht opgerichte vennootschap niet wordt erkend. Voor de oprichting van een filiaal moet volgens de WFBV worden voldaan aan de voorwaarden die voor de oprichting van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in Nederland gelden. De gevolgen van het buitenlandse recht, waaruit het bestaan van de vennootschap reeds volgt, worden door de WFBV dus genegeerd.

98. Dit heeft de Nederlandse wetgever ook zo gewild. Dit blijkt uit de considerans van de WFBV, de talrijke hierboven genoemde verwijzingen in de opmerkingen van de Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek en de voorschriften inzake het handelsregister alsmede de door meerdere betrokkenen genoemde stukken betreffende de wordingsgeschiedenis van de WFBV. De WFBV heeft tot doel, het gebruik van buitenlandse vennootschapsvormen, met name naar Engels recht en het recht van

100. Het bijeenbrengen van het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders worden in beginsel geregeld door het recht van de staat volgens het recht waarvan de vennootschap is opgericht, dat wil zeggen in het geval van Inspire

31 — Zie de uiteenzetting in de *Memorie van Toelichting*, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 1994-1995, Publicatie van 19 april 1995, nr. 24139, nr. 3, blz. 2, bekendgemaakt op de internetpagina van het parlement van het Koninkrijk der Nederlanden www.tweede-kamer.nl.

32 — *Memorie van Toelichting* (aangehaald in voetnoot 31), blz. 3.

Art Ltd het Engelse recht. De bepalingen van dit recht worden opzijgezet door de voorschriften van de WFBV. In zoverre beperkt de WFBV de vrijheid van vestiging. Deze vrijheid omvat ook het recht van een onderdaan een vennootschap op te richten in de lidstaat waar de regels van vennootschapsrecht hem minder beperkingen opleggen, en vervolgens in andere lidstaten filialen op te richten. Dit effect van de WFBV is niet verenigbaar met de rechtspraak in de zaken Centros³³ en Überseering.³⁴ Waar het op neerkomt is dat het Nederlandse recht de door het gemeenschapsrecht verlangde erkenning van een naar Engels recht opgerichte vennootschap weigert.

101. Als reden voor de onvolledige erkenning van de regels van de staat van oprichting wordt steeds aangevoerd, dat de vennootschap geen werkelijke band met de staat van oprichting heeft. Deze overweging was ook voor de WFBV bepalend, hetgeen uit de wordingsgeschiedenis en artikel 1 WFBV blijkt. In het geval van Inspire Art Ltd wordt gesteld dat de vennootschap geen bedrijfsactiviteit in het Verenigd Koninkrijk ontplooit, maar volledig in Nederland werkzaam is en dat dit vanaf het begin ook zo was gepland. De verwijzende rechter zelf zet uiteen dat een andere beslissing zou moeten worden genomen, indien Inspire Art Ltd ook in een andere lidstaat een zekere bedrijfsactiviteit uitoefende.

102. Zoals met name uit de opmerkingen van de Kamer van Koophandel blijkt, heeft

de WFBV tot gevolg dat de toepassing van bepaalde rechtsregels wordt verbonden aan de omstandigheid dat de rechtspersoon geen daadwerkelijke band met de staat van oprichting heeft en zijn bedrijfsactiviteit (nagenoeg) volledig in Nederland uitoefent. Ofschoon alle betrokkenen met een beroep op artikel 2 van de Wet conflictenrecht corporaties steeds weer naar voren brengen, dat het Nederlandse recht zich juist niet op de zeteltheorie baseert, die bijvoorbeeld in Duitsland door de rechtspraak en de heersende doctrine wordt gevolgd, maar op de zogenoemde oprichtingstheorie, heeft de WFBV echter precies hetzelfde effect als de toepassing van de zeteltheorie. Zij erkent het bestaan van een buitenlandse vennootschap niet zonder meer.

103. Volgens de huidige rechtspraak is voor het geldend maken van het recht op oprichting van een filiaal niet van belang, of in de staat van oprichting een bedrijfsactiviteit wordt uitgeoefend, gelijk aan het begin van de juridische beoordeling reeds is uiteengezet. Geheel in deze lijn heeft het Hof in het arrest Überseering het rechtsgevolg van de zogenoemde „zeteltheorie”, namelijk dat een vennootschap die haar daadwerkelijke zetel verplaatst, eerst opnieuw moet worden opgericht om erkenning van haar rechtspersoonlijkheid te kunnen verkrijgen, onverenigbaar met de vrijheid van vestiging verklaard. Het vereiste dat een vennootschap in de tweede lidstaat opnieuw wordt opgericht, gaat lijnrecht in tegen de vrijheid van vestiging.³⁵ De beslissing die ten aanzien van de niet-gewilde verplaatsing van de hoofdes-

33 — Aangehaald in voetnoot 3, punt 27.

34 — Aangehaald in voetnoot 26, punt 59.

35 — Arrest Überseering (aangehaald in voetnoot 26, punt 81).

tiging in de zaak *Überseering* is gegeven, moet ook voor de oprichting van een filiaal gelden.

104. Ik zie in casu geen aanleiding om van deze rechtspraak af te wijken. De voor sommigen onbevredigende resultaten zijn uiteindelijk niets anders dan het gevolg van de huidige stand van ontwikkeling van het gemeenschapsrecht. Het Verdrag garandeert de vrijheid van vestiging met inbegrip van de mogelijkheid filialen op te richten zonder enige voorwaarde, onverminderd artikel 46 EG. De lidstaten zijn het met betrekking tot de vraag van het minimumkapitaal van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid tot op heden nog niet eens geworden over een harmonisatie van hun bepalingen. Dit zou zowel op grond van artikel 44 EG alsook van artikel 293 EG mogelijk zijn. Voor vennootschappen op aandelen heeft een dergelijke harmonisatie plaatsgevonden door de vaststelling van de Tweede richtlijn.³⁶ Staat men toe dat als „dwingend” beschouwde voorschriften betreffende het minimumkapitaal op buitenlandse vennootschappen als *Inspire Art Ltd* worden toegepast, dan zou het door het Verdrag gewaarborgde recht van vrije vestiging, met inbegrip van de oprichting van filialen — dat wil zeggen de zogenoemde secundaire vrijheid van vestiging — worden uitgehouden. Een dergelijke uitlegging van de artikelen 43 EG en 48 EG is onverenigbaar met het Verdrag.

105. Tegen de hier genoemde rechtspraak wordt aangevoerd dat het Hof in het arrest *Daily Mail* heeft erkend dat de internatio-

naal-privaatrechtelijke regelingen van de lidstaten inzake de bepaling van het op een vennootschap toe te passen recht van elkaar verschillen. Het Hof zou uitdrukkelijk hebben vastgesteld dat de regels betreffende de vrijheid van vestiging niet hebben geleid tot een aanpassing van deze voorschriften van het internationale privaatrecht van de lidstaten. Op basis hiervan stellen enkelen dat de lidstaten bevoegd moeten zijn om althans tegen zogenoemde „brievenbusmaatschappijen” op te treden, die geen daadwerkelijke aanknoping met de lidstaat van oprichting hebben.

106. In het arrest *Daily Mail* heeft het Hof inderdaad uiteengezet dat het Verdrag „de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot de vereiste aanknoping en de vraag of, en zo ja hoe, de statutaire zetel of het feitelijke hoofdkantoor van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, beschouwt als vraagstukken waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden, doch die in toekomstige wetgeving of overeenkomsten moeten worden geregeld”.³⁷ In het arrest *Überseering* heeft het echter uitdrukkelijk vastgesteld, dat deze passage van het arrest *Daily Mail* de lidstaten niet het recht geeft de eerbiediging van hun eigen vennootschapsrecht als voorwaarde te stellen voor de daadwerkelijke uitoefening van de vrijheid van vestiging.³⁸ Dit is echter precies het effect van de WFBV. Zij maakt de uitoefening van het recht op oprichting van een filiaal nu juist afhankelijk van de naleving van de Nederlandse vennootschapsrechtelijke regels inzake het

36 — Aangehaald in voetnoot 7.

37 — Arrest aangehaald in voetnoot 10, punt 23.

38 — Arrest aangehaald in voetnoot 26, punt 72.

minimumkapitaal. Ook het arrest Daily Mail en de vrijheid van de lidstaten om hun internationaal privaatrecht te organiseren pleiten daarom niet tegen de hier verdedigde oplossing.

107. Ofschoon hiermee reeds vaststaat dat de WFBV, wat de bepalingen inzake het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders betreft, onverenigbaar is met de verdragsregels over de vrijheid van vestiging, moet toch in het kort nog worden ingegaan op de andere door de verwijzende rechter genoemde aspecten, namelijk dat de formeel buitenlandse vennootschap als zodanig in het handelsregister moet worden ingeschreven en dat zij op geschriften bepaalde gegevens moet vermelden. Ter terechtzitting hebben Inspire Art Ltd en de regering van het Verenigd Koninkrijk aangevoerd dat de betrokken vennootschappen door deze inschrijving worden gestigmatiseerd.

108. De inschrijving als formeel buitenlandse vennootschap heeft volgens de toelichting van de regering op het ontwerp van de WFBV tot doel, aan derden die met de vennootschap een zakelijke relatie aangaan, duidelijk te maken dat het om een vennootschap gaat die niet naar Nederlands recht is opgericht, doch geen daadwerkelijke band met de lidstaat van oprichting onderhoudt, maar (nagenoeg) volledig in Nederland werkzaam is. Derden moeten met volledige kennis van zaken kunnen beslissen, of zij met de vennootschap een zakelijke relatie willen aangaan.³⁹

³⁹ — *Memorie van Toelichting* (aangehaald in voetnoot 31), blz. 6, laatste alinea, en blz. 7 bovenaan.

109. De inschrijving in het handelsregister heeft in zoverre een waarschuwingfunctie. Gezien de algemene inschatting van de Nederlandse wetgever dat dergelijke vennootschappen minder kredietwaardig zijn, en dat daarom de Nederlandse regels inzake het minimumkapitaal en de andere regelingen op het gebied van de bescherming van schuldeisers op deze vennootschappen moeten worden toegepast, moet ervan worden uitgegaan dat de aanduiding als formeel buitenlandse vennootschap het moeilijker of althans minder aantrekkelijk moet maken om zakelijke relaties aan te knopen. Ofschoon voor deze motivering begrip kan worden opgebracht, levert dit bij de huidige stand van ontwikkeling van het gemeenschapsrecht als gevolg van de in zoverre tot op heden uitgebleven harmonisatie op dit gebied een beperking van de vrijheid van vestiging op. Soortgelijke overwegingen gelden voor de aanduiding van formeel buitenlandse vennootschap op geschriften.

110. Mitsdien moet op de eerste prejudiciële vraag worden geantwoord dat de artikelen 43 EG en 48 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de toepassing van nationale bepalingen die op de oprichting van filialen van een vennootschap — die in een andere lidstaat is opgericht om enig voordeel te verkrijgen ten opzichte van ondernemingen opgericht volgens het recht van de staat waarin het filiaal zich bevindt, welk recht strengere voorschriften inzake de oprichting en volstorting stelt dan het recht van de staat van oprichting, en welke bedoeling wordt afgeleid uit de omstandigheid dat de vennootschap haar werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in de staat van het filiaal verricht en voorts geen werkelijke band met de staat van oprichting heeft — het strengere recht toepassen van de staat waarin het filiaal wordt opgericht.

C — *Rechtvaardiging van de beperking*

111. Thans moet worden onderzocht in hoeverre de vastgestelde beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd moet worden geacht. Het recht van vrije vestiging kan volgens artikel 46 EG worden beperkt door wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Bovendien mogen de justitiabelen zich volgens vaste rechtspraak niet met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht beroepen.⁴⁰ Daarnaast moeten nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, volgens de rechtspraak aan de volgende voorwaarden voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is.⁴¹

112. Gelijk uit de wordingsgeschiedenis van de WFBV blijkt, is zij vooral ter bescherming van schuldeisers van buitenlandse vennootschappen in het leven geroepen. De Nederlandse regering heeft daarnaast nog de bescherming tegen misbruik van de vrijheid van vestiging, de fraudebestrijding, de waarborging van de doel-

treffendheid van fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties aangevoerd.

1. *Rechtvaardiging krachtens artikel 46 EG*

113. De bescherming van schuldeisers wordt in artikel 46 EG niet uitdrukkelijk genoemd. Volgens vaste rechtspraak valt zij als bescherming van economische belangen ook niet onder het begrip openbare orde of veiligheid.⁴² Er is daarom geen sprake van een rechtvaardiging krachtens artikel 46 EG.

114. Hetzelfde geldt voor de waarborging van de doeltreffendheid van fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties.

2. *De bestrijding van misbruik van de vrijheid van vestiging als rechtvaardiging*

115. Gelijk met name de Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering beklemtonen, dient de WFBV bovendien ter bestrijding van het oneigenlijk gebruikma-

40 — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 24 met verdere verwijzingen).

41 — Arresten van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32), en 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4163, punt 37), en arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 34).

42 — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 34).

ken van een buitenlandse vennootschapsvorm. Dergelijke vennootschappen zouden al te vaak in een faillissement verwickeld zijn, omdat van meet af aan het nodige kapitaal ontbreekt.

116. Het is juist dat het Hof heeft verklaard dat de justitiabelen zich met het oog op misbruik of bedrog niet op de fundamentele vrijheden van het Verdrag kunnen beroepen.⁴³ Bovendien heeft het erkend dat de lidstaten maatregelen mogen treffen om zich tegen misbruik te beschermen.⁴⁴

117. Het Hof heeft de juridische toelaatbaarheid van dergelijke beschermende maatregelen echter steeds afhankelijk gesteld van het bestaan van *concrete* aanwijzingen voor misbruik in het *individuele geval*. De *algemeen abstracte* beoordeling op grond van een *wettelijke regel* heeft het — en hierop moet met name worden gewezen — als ontoereikend afgewezen.⁴⁵

118. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat er nog geen sprake van misbruik van het recht van vestiging is wanneer een onderdaan van een lidstaat die een vennootschap wil oprichten, besluit deze op te richten in de lidstaat waar de regels van vennoot-

schapsrecht hem minder beperkingen opleggen, en in andere lidstaten filialen op te richten.⁴⁶

119. De niet-erkenning van het filiaal van Inspire Art Ltd is het gevolg van een toepassing van de WFBV, die een algemeen abstracte beoordeling inhoudt van de gebruikmaking van de mogelijkheid om in een lidstaat een vennootschap op te richten teneinde (nagenoeg) geheel in andere lidstaten door middel van filialen activiteiten te ontplooiën. Gebruikmaking van de vrijheid van vestiging levert echter op zich volgens de rechtspraak nog geen misbruik op.

120. Dit resultaat is ook in overeenstemming met het arrest in de zaak TV 10⁴⁷, waarop de Nederlandse regering zich ter terechtzitting heeft beroepen. In die prejudiciële procedure ging het eveneens om een beslissing in een concreet geval. Het Commissariaat voor de Media had verzoekster in het hoofdgeding, TV 10, die in Luxemburg was gevestigd, doch in Nederland radio- en televisieprogramma's verzorgde, niet als buitenlandse omroepinstelling in de zin van de Mediawet aangemerkt, omdat zij door haar vestiging in Luxemburg kennelijk aan de toepassing van de Nederlandse regels wilde ontkomen. Ook hier ging het dus om een beslissing in een concreet geval. Overigens heeft het Hof in dit arrest verwezen naar zijn rechtspraak volgens welke artikel 49 EG een lidstaat niet het recht kan onzeggen maatregelen te treffen om in het concrete geval te verhinderen dat de door het Verdrag gewaar-

43 — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 24 met verdere verwijzingen).

44 — Arrest Segers (aangehaald in voetnoot 4, punt 17); arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 24 met verdere verwijzingen).

45 — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 25); arrest Überseering (aangehaald in voetnoot 26, punt 92 („onder bepaalde omstandigheden en mits bepaalde voorwaarden zijn vervuld”).

46 — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 27).

47 — Aangehaald in voetnoot 24.

borgde vrijheden door een dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk op zijn grondgebied is gericht, worden gebruikt om zich te onttrekken aan de regels die, ware hij op het grondgebied van die lidstaat gevestigd, op hem van toepassing zouden zijn.⁴⁸ Op grond van deze bepalingen moet dan echter van geval tot geval worden beslist. De algemeen abstracte mogelijkheid van misbruik volstaat niet ter rechtvaardiging van beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting en van vestiging.

121. Ook het arrest in de zaak *Commissie/Frankrijk*⁴⁹, waarop de Nederlandse regering zich ter terechtzitting eveneens heeft beroepen, verzet zich niet tegen de hier genoemde rechtspraak. In die zaak ging het weliswaar om een algemeen abstracte beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de vorm van een decreet. Het Hof is in zijn arrest echter niet ingegaan op de vraag, of een dergelijke beperking in beginsel niet in de vorm van een decreet kan plaatsvinden. Het heeft veeleer de onevenredigheid van de maatregel en als gevolg daarvan de strijdigheid ervan met het Verdrag vastgesteld. De in casu relevante vraag kwam in het arrest dus niet aan de orde.

122. De vertegenwoordiger van de Duitse regering heeft het Hof ter terechtzitting gevraagd, na de arresten in de zaken *Centros* en *Überseering* in deze zaak aan te geven, hoe de lidstaten de oprichting van „brievenbusmaatschappijen” kunnen verhinderen die huns inziens een „misbruik” van de vrijheid van vestiging oplevert.

123. Een dergelijk verzoek aan het Hof is verrassend, aangezien het toch aan de lidstaten zelf moet worden gericht. Het is niet de taak van het Hof de lidstaten aan te geven hoe zij op geoorloofde wijze kunnen optreden tegen de (vermeende) oneigenlijke uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde rechten. In de zaken *Centros* en *Überseering* heeft het Hof uiteengezet dat het in beginsel is toegestaan, maatregelen te treffen die misbruik van de door het Verdrag gewaarborgde rechten verhinderen. Het Hof is krachtens artikel 220 EG bevoegd de regels van het Verdrag uit te leggen. Evenals in de zaken *Centros* en *Überseering* kan het in deze zaak daarom slechts de grenzen van de uit de artikelen 43 EG en 48 EG volgende rechten van ondernemers en ondernemingen aangegeven. Het staat aan de lidstaten om hieruit de juiste — gewenste en noodzakelijke — conclusies te trekken.

124. Aangezien er geen andere punten zijn aangevoerd die op misbruik kunnen wijzen, kan de beperking van de vrijheid van vestiging door de WFBV evenmin worden gerechtvaardigd door het bestrijden van misbruik.

3. Rechtvaardiging door andere dwingende redenen van algemeen belang

125. Rest nog te onderzoeken in hoeverre de WFBV door andere dwingende redenen van algemeen belang wordt gerechtvaardigd.

48 — Arrest TV 10 (aangehaald in voetnoot 24, punt 20).

49 — Arrest van 4 juni 2002 (C-483/99, Jurispr. blz. I-4781).

126. De Nederlandse regering voert vier dwingende redenen van algemeen belang aan: de bescherming van de schuldeisers, de doeltreffendheid van fiscale controles, de fraudebestrijding en de verhindering van misbruik. Op de verhindering van misbruik is hierboven reeds ingegaan. De overige drie redenen betreffen de bescherming van openbare en particuliere schuldeisers van de vennootschap. Zij kunnen derhalve onder het trefwoord schuldeisersbescherming worden samengevat.

127. Het Hof heeft erkend dat de bescherming van schuldeisers in beginsel een dwingende reden van algemeen belang is.⁵⁰ Een hierop gebaseerde beperking van de vrijheid van vestiging moet volgens vaste rechtspraak aan de volgende voorwaarden voldoen: zij moet zonder discriminatie worden toegepast, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is.⁵¹

a) Discriminatie

128. Volgens de opmerkingen van met name de Kamer van Koophandel en de Nederlandse regering hebben de voorschriften van de WFBV tot gevolg, dat naar buitenlands recht en naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen op dezelfde wijze worden behandeld. Beide moeten voldoen aan bepaalde, als dwingend aange-

merkte regels van het Nederlandse vennootschapsrecht. De Duitse regering heeft hier ter terechtzitting nog aan toegevoegd dat de regeling van de WFBV voor gelijke concurrentievoorwaarden voor ondernemingen zorgt.

129. Hiertegen kan worden aangevoerd dat de WFBV althans op één punt verder gaat dan de voorwaarden die voor naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen gelden. In het Nederlandse recht bestaat er geen met artikel 4, lid 4, WFBV overeenkomende regeling, die in aansprakelijkheid van de bestuurders voorziet wanneer het eigen vermogen van de vennootschap ná de oprichting en haar inschrijving in het handelsregister tot onder het voorgeschreven minimumkapitaal daalt. Dit blijkt uit de toelichting van de Nederlandse regering op het voorstel van de WFBV.⁵²

130. Een persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders is in artikel 2:180, lid 2, Burgerlijk Wetboek voor in Nederland opgerichte vennootschappen alleen voorzien voor de periode vóór de oprichting en inschrijving. Ook deze vorm van aansprakelijkheid is in artikel 4, lid 4, WFBV voorzien. Maar daarnaast is er altijd sprake van persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid wanneer het minimumkapitaal niet meer aanwezig is. Komt een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap na oprichting en inschrijving in een vergelijkbare situatie, dan kan de rechter haar ontbinding gelas-

⁵⁰ — Zie de uiteenzetting in het arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punten 32 e.v.).

⁵¹ — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 34).

⁵² — *Memorie van Toelichting* (aangehaald in voetnoot 31), blz. 9.

ten (zie artikel 2:185 Burgerlijk Wetboek). Een aansprakelijkheid van de bestuurders is in dit geval niet voorzien.

131. Op grond van de in het Nederlands recht toegepaste oprichtingstheorie kan een buitenlandse vennootschap niet door een dergelijke beslissing van een Nederlandse rechtbank worden ontbonden. Haar bestaan wordt immers door het recht van de staat van oprichting beheerst. Om die reden heeft de Nederlandse wetgever als passend alternatief voor de sanctie voor naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen in artikel 4, lid 4, WFBV de aansprakelijkheid van de bestuurders van formeel buitenlandse vennootschappen voorgeschreven.⁵³

132. Deze verschillende behandeling van Nederlandse en buitenlandse vennootschappen weerlegt in de eerste plaats de stelling dat de WFBV buitenlandse vennootschappen in een gelijke positie plaatst als naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen.

133. Weliswaar wordt voor het verschil in behandeling als reden aangevoerd dat het Nederlandse recht slechts beperkt invloed kan uitoefenen op het bestaan van de naar buitenlands recht opgerichte vennootschap, en wordt in zoverre een objectieve reden voor de ongelijke behandeling aangevoerd.

134. Er moet evenwel op worden gewezen dat de bestuurders van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap ook bij ontbinding door de rechter niet aansprakelijk worden voor de schulden van de vennootschap. De WFBV voert een persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders als hoofdelijke schuldenaars in, die in beginsel ongewoon is voor het voor kapitaalvennootschappen geldende systeem van beperking van de aansprakelijkheid tot het vennootschappelijk kapitaal en waarop slechts in zeer buitengewone omstandigheden wordt teruggegrepen.

135. Het is juist dat de bestuurders krachtens de WFBV niet automatisch aansprakelijk worden gesteld, maar dat deze aansprakelijkheid van geval tot geval door de rechter moet worden vastgesteld.⁵⁴ Uit de toelichting op artikel 2 WFBV blijkt echter, dat de sanctie van artikel 4, lid 4, WFBV, die ook wordt toegepast wanneer niet wordt voldaan aan de verplichtingen van artikel 2 WFBV, dat wil zeggen vóór de inschrijving in het handelsregister, volgens de wetgever een afschrikwekkende werking heeft. Doel van de WFBV is, het gebruik van formeel buitenlandse vennootschappen te ontmoedigen. Er moest een sanctie worden gecreëerd met een nog grotere afschrikkende werking dan een strafsancie.⁵⁵

136. Hieruit blijkt dat het de Nederlandse wetgever bij de vaststelling van artikel 4,

⁵³ — Zie de uiteenzetting in de *Memorie van Toelichting* (aangehaald in voetnoot 31), blz. 9.

⁵⁴ — Zie de uiteenzetting in de *Memorie van Toelichting* (aangehaald in voetnoot 31), blz. 9, laatste alinea.

⁵⁵ — Zie de uiteenzetting in de *Memorie van Toelichting* (aangehaald in voetnoot 31), blz. 7 betreffende artikel 2.

lid 4, WFBV niet om een buitengewone behandeling ging, die op vergelijkbare wijze ook bij naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen bij wijze van uitzondering kan leiden tot aansprakelijkheid van degenen die voor de bedrijfsactiviteit van de vennootschap verantwoordelijk zijn. Van deze regeling moest een afschrikwekkende werking uitgaan die verder ging dan die van een strafrechtelijke sanctie. Dat persoonlijke aansprakelijkstelling voor verbintenissen van de vennootschap een geschikt middel hiertoe is, behoeft geen verder betoog.

137. Reeds op grond van deze vaststellingen moet ervan worden uitgegaan dat de Nederlandse wetgever voor buitenlandse vennootschappen bewust een strengere sanctie heeft voorzien dan voor Nederlandse vennootschappen in een vergelijkbare situatie. Derhalve bevat de regeling inzake de aansprakelijkheid van bestuurders een discriminatie op grond van nationaliteit. Net als de nationaliteit van natuurlijke personen, dient de statutaire zetel van een vennootschap ter bepaling van haar binding aan de rechtsorde van een lidstaat.⁵⁶ Om die reden is de in artikel 4, lid 4, WFBV voorziene regeling inzake de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders als hoofdelijke schuldenaars wanneer het minimumkapitaal onder een bepaald bedrag daalt, onverenigbaar met de in de artikelen 43 EG en 48 EG gewaarborgde vrijheid van vestiging.

138. Anders dan de Duitse regering stelt, zorgt de WFBV evenmin voor gelijke con-

currentievoorwaarden. Toepassing van de WFBV leidt er weliswaar toe dat op alle (nagenoeg) geheel in Nederland werkzame vennootschappen de regels van het Nederlandse vennootschapsrecht worden toegepast, doch daarmee wordt de mededinging tussen de verschillende stelsels van de lidstaten juist uitgeschakeld. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht bestaat er echter geen reden voor het beperken van de vrijheid van ondernemers om die rechtsorde uit te zoeken die het meest geschikt is om een vennootschap op te richten.

139. De regeling inzake de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders als hoofdelijke schuldenaars dient er onder meer voor te zorgen dat de regels betreffende het minimumkapitaal (artikel 4, leden 1 tot en met 3, WFBV) worden nageleefd. De problemen die met de WFBV moeten worden opgelost, ontstaan — althans voorzover het om naar Engels recht opgerichte „brievenbusvennootschappen” gaat —, zoals eerder reeds gezegd, doordat de lidstaten het tot op heden niet eens konden worden over een harmonisatie van de voorschriften inzake het minimumkapitaal van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid respectievelijk over effectievere voorschriften ter bescherming van schuldeisers. Zolang deze rechtssituatie voortduurt, is er geen reden om de mededinging tussen de verschillende stelsels door middel van een overeenkomstige uitlegging van de verdragsregels betreffende de vrijheid van vestiging te beperken.

⁵⁶ — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 20 met verdere verwijzingen).

140. De voorlopige conclusie blijft dus dat de WFBV een maatregel is die buitenlandse

vennootschappen discrimineert en derhalve een niet-gerechtigde beperking van de vrijheid van vestiging vormt.

b) Geschiktheid

141. Het is eveneens twijfelachtig in hoeverre de voorschriften van de WFBV geschikt zijn om de bescherming van schuldeisers te waarborgen. De voorstanders hebben in zoverre gelijk, dat het instituut van het minimumkapitaal in het gemeenschapsrecht in de Tweede richtlijn en in verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE)⁵⁷ is erkend als instrument om zeker te stellen dat er een toereikend vermogen aanwezig is.⁵⁸ Wanneer het minimumkapitaal wordt ingebracht staat ten minste op het tijdstip van oprichting een kapitaal ter beschikking om de belangen van schuldeisers te verzekeren.

142. Maar reeds in de conclusie in de zaak Centros heeft advocaat-generaal La Pergola twijfels geuit over de doeltreffendheid van dit instrument.⁵⁹ De verschillende betekenis die de vennootschapsrechtelijke bepalingen van de lidstaten aan het minimumkapitaal geven, welke tot uitdrukking komt in de verschillende hoogten van de bijeen te brengen bedragen, toont eveneens duidelijk aan dat hier geen sprake is van één juiste

opvatting. In de Ierse en Engelse rechtsorde speelt het minimumkapitaal helemaal geen rol van betekenis. Ten slotte moet ook nog worden gewezen op het rapport van de zogenoemde groep-Winter. In dit onlangs aan de Commissie voorgelegde document — van de naar haar voorzitter Jaap Winter genoemde commissie van deskundigen — wordt uiteengezet, dat de voorschriften inzake het minimumkapitaal inderdaad overwegend als een wezenlijke hoeksteen ter waarborging van de bescherming van schuldeisers en de belangen van de vennoten worden beschouwd. De commissie van deskundigen komt echter tot de slotsom, dat de bepalingen over het minimumkapitaal slechts één functie vervullen: zij schrikken particulieren af van de al te lichtvaardige oprichting van vennootschappen. Zij beschermen schuldeisers echter slechts in geringe mate tegen een ondoordachte kapitaalinzet en bieden helemaal geen bescherming wanneer het kapitaal ter compensatie van verliezen wordt gebruikt. Schuldeisers en aandeelhouders kunnen beter worden beschermd door de ontwikkeling van een adequaat solvabiliteitsonderzoek.⁶⁰

143. In het arrest Centros heeft het Hof vastgesteld dat de Deense bepalingen betreffende het minimumkapitaal in elk geval niet geschikt zijn ter bereiking van de doelstelling van bescherming van de schuldeisers, daar, indien de betrokken vennootschap een activiteit in het Verenigd Koninkrijk had ontplooid, haar filiaal in Denemarken zou zijn ingeschreven, ook al

⁵⁷ — PB L 294, blz. 1.

⁵⁸ — Zie vierde overweging van de considerans van de Tweede richtlijn en dertiende overweging van de considerans van verordening nr. 2157/2001.

⁵⁹ — Conclusie van 16 juli 1998 (Jurispr. 1999, blz. I-1461, punt 21).

⁶⁰ — Zie ook de uiteenzetting in het Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe van 4 november 2002, samenvatting blz. 14 en details op blz. 82 e.v., inz. blz. 87, bekendgemaakt op de internetpagina van de Europese Commissie www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern.

was de positie van de Deense schuldeisers dan even zwak geweest.⁶¹

bescherming te verwezenlijken. Ook in dit opzicht moet dus van een niet-gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging worden uitgegaan.

144. Mij lijkt dat de onderhavige zaak zonder meer hiermee kan worden vergeleken. De verwijzende rechter heeft zelfs uitdrukkelijk vastgesteld dat de WFBV niet op Inspire Art Ltd van toepassing zou zijn, indien zij in enige andere staat dan Nederland een bedrijfsactiviteit uitoefende. Niets wijst erop dat de schuldeisers in dat geval over een groter verhaalsobject zouden beschikken. Deze beperking is daarom niet geschikt ter bereiking van het doel van schuldeisersbescherming.

c) Evenredigheid

147. Ten slotte zou de beperking door de WFBV alleen gerechtvaardigd zijn, indien geen minder ingrijpende middelen ter verwezenlijking van de bescherming van schuldeisers ter beschikking stonden.

145. Ook met betrekking tot de inschrijving van de formeel buitenlandse vennootschap als zodanig en de vereiste vermelding van bepaalde gegevens op de geschriften bestaat er aanzienlijke twijfel, of deze maatregelen geschikt zijn om schuldeisers te beschermen. Door de informatie dat de vennootschap geen bedrijfsactiviteit buiten Nederland uitoefent, wordt het kapitaal waarop de schuldeisers verhaal kunnen nemen, immers niet vergroot of veiliggesteld.

146. Om deze redenen moeten de bepalingen betreffende het minimumkapitaal, de inschrijving als formeel buitenlandse vennootschap en de vermelding van bepaalde gegevens worden geacht niet geschikt te zijn om het beoogde doel van schuldeisers-

148. Het valt te betwijfelen of de regeling volgens welke de formeel buitenlandse vennootschap zich als zodanig in het handelsregister moet inschrijven en op van haar uitgaande geschriften bepaalde gegevens moet vermelden, noodzakelijk is. Inspire Art Ltd is een vennootschap naar Engels recht die in de vorm van een Limited in het handelsregister is ingeschreven. Bij haar bedrijfsactiviteiten maakt zij zich kenbaar als een Limited. Wat dat betreft wordt het bedrijfsleven er dus van op de hoogte gesteld, dat het niet om een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap gaat. Een verdere waarschuwingsfunctie, die van de aanduiding als formeel buitenlandse vennootschap zou moeten uitgaan, lijkt noch ter waarborging van de belangen van schuldeisers van de vennootschap noch ter waarborging van de eerlijkheid van de handelstransacties vereist. De regeling is in zoverre dus onevenredig.

61 — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 35).

149. Overigens is de vennootschap naar Engels recht onderworpen aan de regels van de Vierde en de Elfde richtlijn. Schuldeisers van Inspire Art Ltd kunnen zich dus ook op deze beschermende voorschriften beroepen.⁶²

150. Afgezien daarvan moet worden vastgesteld dat het Hof met betrekking tot de bescherming van openbare schuldeisers reeds heeft beslist, dat in plaats van de verplichte naleving van de regels betreffende het minimumkapitaal de mogelijkheid bestaat, zich de nodige zekerheden te verschaffen.⁶³ Deze mogelijkheid bestaat ook voor particuliere schuldeisers. Daarmee staat dus een minder ingrijpend middel ter beschikking dan het in de WFBV gekozen middel. Ook om deze reden moet de uit de WFBV voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging onevenredig worden geacht.

151. De evenredigheid van de WFBV blijkt ten slotte ook vanuit een ander oogpunt twijfelachtig. De WFBV wordt toegepast op vennootschappen die hun bedrijfsactiviteit geheel of nagenoeg geheel in Nederland uitoefenen. Zij geeft evenwel niet aan wanneer dat het geval is. Is bij een bedrijfsactiviteit van 10 % buiten Nederland nog sprake van een bijna volledige bedrijfsactiviteit in Nederland, of bij 15 % dan wel 20 %? Het feit dat aanwijzingen ontbreken, leidt tot onzekerheid over de vraag, of de WFBV op een vennootschap moet worden toegepast of niet. Een zo onzeker

instrument kan echter geen geschikt middel zijn om de bescherming van schuldeisers te waarborgen. Dit geldt te meer daar de toepasbaarheid op een vennootschap kan variëren, zonder dat dit noodzakelijkerwijze uit het handelsregister blijkt, hetgeen uit de toelichting van de regering op het voorstel voor de WFBV blijkt.⁶⁴

152. Een soortgelijke onzekerheid bestaat ook met betrekking tot de persoonlijke en onbeperkte aansprakelijkheid van de bestuurders als hoofdelijke schuldenaars. Hiervan is steeds sprake, wanneer het kapitaal onder het wettelijk voorgeschreven minimumkapitaal daalt.

153. Deze beide regelingen garanderen weliswaar dat voor schuldeisers steeds de voordeligste regeling geldt, maar zij vormen met name voor de bestuurders van de vennootschappen een onmiskenbaar risico. Zij zijn voor de bestuurders vooral onevenredig omdat de gevolgen ervan niet zijn in te schatten.

154. Op de tweede vraag moet daarom worden geantwoord dat noch artikel 46 EG noch de bestrijding van het gevaar voor misbruik noch dwingende redenen van algemeen belang de beperkingen van de vrijheid van vestiging rechtvaardigen die vervat liggen in de artikelen 2 tot en met 5 van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.

62 — Zie ook de soortgelijke uiteenzetting in het arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 36).

63 — Arrest Centros (aangehaald in voetnoot 3, punt 37).

64 — Memorie van Toelichting (aangehaald in voetnoot 31) blz. 6 over artikel 1.

VI — Conclusie

155. Op grond van de voorgaande overwegingen stel ik voor, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) De artikelen 43 EG en 48 EG moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de toepassing van nationale bepalingen die op de oprichting van filialen van een vennootschap — die in een andere lidstaat is opgericht om enig voordeel te verkrijgen ten opzichte van ondernemingen opgericht volgens het recht van de staat waarin het filiaal zich bevindt, welk recht strengere voorschriften inzake de oprichting en volstorting stelt dan het recht van de staat van oprichting, en welke bedoeling wordt afgeleid uit de omstandigheid dat de vennootschap haar werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in de staat van het filiaal verricht en voorts geen werkelijke band met de staat van oprichting heeft — het strengere recht toepassen van de staat waarin het filiaal wordt opgericht.
- 2) Noch artikel 46 EG noch de bestrijding van het gevaar voor misbruik noch dwingende redenen van algemeen belang rechtvaardigen de beperkingen van de vrijheid van vestiging die vervat liggen in de artikelen 2 tot en met 5 van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.”