

Advies inzake het arrest Centros (C-212/97)

Advies van de Interdepartementale Commissie Europees Recht
december 1999

1. De uitspraak

Het arrest vloeit voort uit de weigering van de Deense autoriteiten een filiaal van een in het Verenigd Koninkrijk (VK) door Deense onderdanen opgerichte vennootschap in het handelsregister in te schrijven. Deze weigering was gebaseerd op de vaststelling dat de vennootschap geen economische activiteiten in het VK ontplooidde en dat het hier een constructie betrof om de Deense eisen inzake de storting van een minimumbedrag aan maatschappelijk kapitaal te omzeilen. In het VK gelden namelijk geen eisen terzake. Naar aanleiding van de prejudiciële vraag van de Deense rechter naar de verenigbaarheid van deze weigering met de verdragsbepalingen inzake het vestigingsrecht, de artikelen 43 en 48 EG (ex artt. 52 en 58), kwam het Hof van Justitie tot de volgende vaststellingen:

vrijheid van vestiging

Voor de toepasselijkheid van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging is niet van belang dat een vennootschap in lidstaat A is opgericht enkel met het doel zich te vestigen in lidstaat B teneinde in lidstaat B haar voornaamste, zo niet al haar economische activiteiten te ontplooien. De Deense praktijk waarbij in bepaalde omstandigheden de inschrijving van een filiaal van een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap wordt geweigerd, vormt een met artikel 43 EG strijdige belemmering van de uitoefening van de vestigingsvrijheid.

bestrijding van misbruik van gemeenschapsrecht

De lidstaten kunnen, volgens vaste rechtspraak van het Hof, maatregelen treffen om te verhinderen dat onderdanen zich op onaanvaardbare wijze onttrekken aan hun nationale wetgeving en om te verhinderen dat justitiabelen zich met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen.

Rechterlijke instanties kunnen van geval tot geval op basis van objectieve gegevens rekening houden met misbruik of bedrog, doch zij dienen daarbij het doel van de betrokken bepalingen van EG-recht in aanmerking te nemen. Gelet op het doel van de regels inzake vrije vestiging, is er nog geen sprake van misbruik van deze regels als een vennootschap wordt opgericht in een lidstaat waar minder beperkingen gelden, ook niet wanneer alle economische activiteiten op een andere lidstaat zijn gericht. Het feit dat het vennootschapsrecht nog niet volledig is geharmoniseerd is van weinig belang.

aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond

De in de Deense zaak ingeroepen rechtvaardigingsgrond (de bescherming van openbare schuldeisers) valt niet onder artikel 46 EG (ex art. 56 EG). Bij de beoordeling of rechtvaardiging op grond van de zogenoemde “rule of reason” mogelijk is, komt het Hof tot de conclusie dat, hoewel de bescherming van de openbare schuldeisers als dwingend vereiste van algemeen belang kan worden aangemerkt, de Deense praktijk niet geschikt is om de doelstelling van de bescherming van schuldeisers te verwezenlijken. Dit doel kan ook met minder ingrijpende maatregelen worden bereikt.

Al kan inschrijving van een filiaal niet worden geweigerd, dit sluit niet uit dat de lidstaten maatregelen kunnen nemen ter bestrijding van fraude, indien is aangetoond dat de vennootschap is opgericht om te ontkomen aan verplichtingen jegens schuldeisers. Fraudebestrijding kan echter geen rechtvaardiging vormen voor een praktijk waarbij de inschrijving van een filiaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap wordt geweigerd.

2. Voorwaarden om tegen misbruik van gemeenschapsrecht op te treden

Het Centros-arrest past in de lijn van eerdere arresten die het Hof heeft gewezen over mogelijkheden van de lidstaten om maatregelen te treffen tegen misbruik op andere terreinen van het gemeenschapsrecht. Dit wordt benadrukt door de uitgebreide verwijzing naar deze jurisprudentie in het arrest zelf (punt 24). Het gaat hierbij om het vrije verkeer van goederen, werknemers en diensten, het vestigingsrecht, de sociale zekerheid, het gemeenschappelijk landbouwbeleid en het vennootschapsrecht. Uit deze jurisprudentie, zoals bevestigd in Centros, blijkt dat de lidstaten onder de volgende voorwaarden kunnen optreden tegen misbruik:

- misbruik moet blijken uit objectieve factoren;
- de vraag of er sprake is van misbruik (en niet gebruik) moet worden beoordeeld in het licht van het doel van de betrokken communautaire bepaling;
- de bewijslast dient niet te liggen bij degene die beweerdelijk misbruik van het gemeenschapsrecht maakt;
- de vraag of er sprake is van misbruik dient van geval tot geval te worden beoordeeld.

Uit deze voorwaarden blijkt dat de mogelijkheden om bepaalde situaties bij voorbaat en categoriaal als vormen van misbruik aan te merken en daartegen preventieve maatregelen te treffen beperkt zijn. Zo zijn op grond van het Verdrag slechts maatregelen geoorloofd met een beroep op de openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. Uit de jurisprudentie over het begrip “openbare orde” blijkt dat daarvoor “een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging voor de openbare orde” vereist is. Aan maatregelen ter handhaving van de openbare orde wordt uitsluitend het individuele gedrag van betrokkenen ten grondslag gelegd.¹

Daarnaast heeft het Hof erkend dat maatregelen geoorloofd zijn wanneer er sprake is een dwingende reden van algemeen belang. Voorwaarde is dan wel, zo blijkt uit de jurisprudentie, dat een maatregel alsdan zonder discriminatie wordt toegepast, geschikt is voor verwezenlijking van het nagestreefde doel en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van het doel.² Een en ander kan er ten aanzien van het vestigingsrecht dus toe leiden dat oprichters van vennootschappen hun toevlucht nemen tot het meest soepele nationale rechtstelsel. Dat wordt inherent geoordeeld aan de uitoefening van het vestigingsrecht binnen de gemeenschappelijke markt.

3. Effecten van Centros in de lidstaten

Naar aanleiding van de uitspraak van het Hof wordt in paragraaf 3.1 in het algemeen ingegaan op de effecten van de uitspraak in de verschillende lidstaten. In paragraaf 3.2 wordt meer specifiek aandacht besteed aan de situatie in Nederland. Concreet gaat het hierbij om de beantwoording van de vraag of de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv) de Europeesrechtelijke toets kan doorstaan. Uitgangspunt is daarbij dat een beperking van het recht van vrije vestiging van filialen in Nederland, door vennootschappen uit andere lidstaten, slechts is toegestaan in geval van misbruik van recht.

3.1 Situatie in de lidstaten

De uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake Centros heeft in een groot aantal lidstaten van de EU onzekerheid veroorzaakt over de gevolgen voor het nationale recht. Landen die het siège réel-stelsel aanhangen, zoals het merendeel van de EU-lidstaten, gaan er thans vanuit dat zij niet langer op basis van dat stelsel filialen

¹ HvJ EG 28 oktober 1975, zaak 36/75, Jur. 1975, p. 1219 (Rutili).

² HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, Jur. 1995, p. I-4165 (Gebhard).

van buitenlandse vennootschappen kunnen wèren. Dit leidt tot de vrees dat de vestigingsvrijheid tot misbruik kan leiden. Duitsland en Oostenrijk nemen daarom het standpunt in dat een harmonisatie van het bv-recht, bijvoorbeeld met betrekking tot regels voor een minimumkapitaal bij oprichting, noodzakelijk is. Indien harmonisatie op verzet stuit, hetgeen ten aanzien van een verplicht minimumkapitaal te verwachten is van de kant van het Verenigd Koninkrijk, wensen deze lidstaten andere maatregelen te treffen om eventueel misbruik in te dammen.

Nederland neemt een afwijkende positie in. Uitgaande van het incorporatiestelsel is in de Wet conflictenrecht corporaties uitdrukkelijk bepaald dat een corporatie wordt beheerst door het recht van de staat van oprichting. Filialen van buitenlandse vennootschappen worden conform de 11^e richtlijn in het Nederlandse handelsregister ingeschreven. Daarbij wordt ook als filiaal beschouwd de hoofdvestiging van een buitenlandse vennootschap, zonder nevenvestiging in het land van oprichting. Een belemmering voor de vestiging van filialen zoals in Denemarken, waar de inschrijving in het handelsregister kan worden geweigerd - zoals Centros overkwam - ontbreekt. Voor een uitgewerkte beschrijving van de praktijksituatie in Nederland wordt hier kortheidshalve verwezen naar paragraaf 5 van dit advies.

Om echter misbruik van vrije vestiging te voorkomen heeft Nederland ervoor gekozen enkele bepalingen van Nederlands vennootschapsrecht op te leggen aan formeel buitenlandse vennootschappen. Het is de vraag of deze voorschriften geoorloofd zijn. Van een inbreuk is in ieder geval geen sprake bij filialen van een vennootschap die buiten de EU is opgericht, zoals een zogenoemde Delaware vennootschap. Ook is van belang dat de meest ingrijpende bepalingen van de Wfbv niet van toepassing zijn op vennootschappen die onder de 2^e en/of 4^e en 7^e richtlijn vallen. Het gaat hierbij om de verplichting een minimum kapitaal aan te houden en de jaarrekeningenplicht. Hiermee is de reikwijdte van de wet bij voorbaat beperkt tot zogenoemde niet-geharmoniseerde vennootschappen.

De Europese Commissie heeft de lidstaten informeel verzocht vooralsnog geen wetgevende activiteiten voor misbruikbestrijding te ontplooien, teneinde verdere ongelijkheid te voorkomen. De Commissie is zich ervan bewust dat er bij de lidstaten onzekerheid bestaat ten aanzien van het nationale recht en de wens van elke lidstaat om zich te kunnen wapenen tegen misbruik van de vrijheid van vestiging. De Commissie heeft daarom aangegeven dat zij in het voorjaar 2000 zal komen met een standpunt ten aanzien van de strekking van het Centros-arrest en daarmee met een standpunt ten aanzien van de nationale mogelijkheden om misbruik van de vrijheid van vestiging tegen te gaan.

Ook binnen de rechterlijke macht bestaat er onzekerheid over de consequenties van het Centros-arrest. Thans is voor de kantonrechter te Groningen een zaak aanhangig waarin de betrokken Kamer van Koophandel heeft verzocht om wijziging van de inschrijving van een Engelse "Ltd" in die zin dat in afwijking van de opgave van de betrokken vennootschap, die beweert een werkelijke band met het Verenigd Koninkrijk te hebben, de aanvulling "formeel buitenlandse vennootschap" in de inschrijving in het handelsregister wordt opgenomen. In een uitspraak van eind oktober heeft deze kantonrechter aan het Europese Hof over de verenigbaarheid van de Wfbv met het EG-recht vragen gesteld aan het Europese Hof. Daarnaast is vernomen dat ook het Duitse Bundesgerichtshof naar aanleiding van het Centros-arrest aanvullende prejudiciële vragen zal stellen.

3.2 De Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen in Nederland

Nederland wil niet zonder meer het gebruik van elke willekeurige buitenlandse rechtsvorm in Nederland toelaten. Via de Wfbv zijn enkele bepalingen van het Nederlandse vennootschapsrecht van toepassing verklaard op een buitenlandse vennootschap die nauw met Nederland is verbonden, doordat zij haar werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht terwijl zij geen werkelijke band met de staat van oprichting heeft. Voor dat geval zijn voorschriften omtrent de inschrijving in het handelsregister, het minimumkapitaal, de boekhoudplicht en het opmaken, inrichten en openbaar maken van jaarstukken van toepassing verklaard. Aangezien de bedoelde buitenlandse rechtsvorm ook een EU-vennootschap kan zijn, moet de Wfbv (in zoverre) voldoen aan het EG-Verdrag.

De Wfbv heeft als uitgangspunt dat het ontbreken van een werkelijke band van een buitenlandse vennootschap met de staat van oprichting, tot gevolg heeft dat een objectieve rechtvaardiging ontbreekt om het recht van die staat in alle opzichten te laten voorgaan op het nationale recht. De nauwe verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer is de rechtvaardiging voor het van toepassing verklaren van enkele dwingende regels van Nederlands recht. Dit is tevens de reden waarom wordt aangenomen dat de Wfbv ook van toepassing is op vennootschappen die nauw met Nederland zijn verbonden, geen band hebben met de staat van oprichting, maar wel met een ander buitenland, eventueel een EU-lidstaat.³

De Wfbv stelt geen eisen aan de oprichting van een buitenlandse vennootschap. Wel gelden de volgende voorschriften.

a. Opgave bij het handelsregister dat sprake is van een formeel buitenlandse vennootschap, depot van de akte van oprichting en eventueel de statuten (opgesteld in het Nederlands, Duits, Engels of Frans), opgave van de registratie elders, opgave van een enig-aandeelhouder (artikel 2 Wfbv). Ten aanzien van het openbaar maken van de akte van oprichting en de statuten, de voorgeschreven taal en de registratie van de vennootschap elders geldt dat Nederland dit op grond van de 11^e EG richtlijn mag bepalen. De registratie van een enig-aandeelhouder sluit aan bij de registratie die op basis van de 12^e EG richtlijn plaatsvindt.

b. Alle geschriften, gedrukte stukken en aankondigingen dienen gegevens te bevatten zoals volledige naam, rechtvorm, zetel, registratienummer en de mededeling dat de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap is (artikel 3 Wfbv). De voorschriften ten aanzien van de rechtsvorm, zetel en het registratienummer sluiten aan bij de 11^e richtlijn.

c. Een formeel buitenlandse vennootschap is gebonden aan een minimum eigen vermogen van f 40.000. Dit dient door een accountantsverklaring te worden gestaafd. Een dergelijke verklaring moet bij het handelsregister moet worden gedeponneerd (artikel 4 Wfbv). De sanctie op het niet naleven van artikel 4 is dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden. Tevens zijn zij aansprakelijk voor uitkeringen aan aandeelhouders of inkoop van aandelen waardoor het eigen vermogen daalt onder de voornoemde grens (artikel 4 Wfbv). Artikel 4 geldt niet ten aanzien van een vennootschap waarop het geharmoniseerde recht van de 2^e richtlijn van toepassing is, dus met de nv vergelijkbare rechtsvormen.

Naar aanleiding van het Centros-arrest is van belang dat artikel 4 onverlet laat dat de oprichting van de buitenlandse vennootschap wordt aanvaard en inschrijving in het handelsregister zal plaatsvinden. Het voorschrift betreft slechts een klein deel van het

³ Memorie van toelichting bij wetsvoorstel 24 139, nr. 3, p. 3

Nederlandse kapitaalbeschermingsrecht, terwijl een minimumkapitaal ook is voorgeschreven voor Nederlandse bv's en nv's.

d. Voor formeel buitenlandse vennootschappen geldt een boekhoud-, jaarrekening- en publicatieplicht (artikel 5 Wfbv). Het opstellen en publiceren van de jaarrekening is niet voorgeschreven voor vennootschappen die onder het geharmoniseerde recht van de 4^e of 7^e richtlijn vallen. De vereisten ten aanzien van de jaarrekening en de publicatie daarvan door andere (formeel buitenlandse) vennootschappen sluiten aan bij de genoemde richtlijnen. De boekhoudverplichting is verbonden aan het hebben van ondernemingsactiviteiten. De boekhoud-, jaarrekening- en publicatieverplichtingen zijn overigens ook geen bepalingen die de vennootschappelijke structuur betreffen. Zij gelden in het algemeen, voor allen die economische activiteiten in Nederland uitoefenen, ongeacht nationaliteit of vestigingsplaats van de eigenaar van de onderneming. De bepalingen gelden op gelijke wijze voor Nederlandse vennootschappen.

Het Centros-arrest heeft in het bijzonder betrekking op (aanvullende) voorschriften voor de oprichting van een vennootschap en haar inschrijving in het handelsregister. Hierbij geldt dat het voor de toepasselijkheid van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging niet van belang is dat een vennootschap in de ene lidstaat enkel is opgericht met het doel zich te vestigen in een andere lidstaat om daar haar voornaamste, zo niet al haar economische activiteiten te ontplooiën. In Nederland wordt de buitenlandse oprichting aanvaard en wordt de inschrijving niet geblokkeerd. Van belang is echter dat het Centros-arrest aangeeft dat het Hof meer in het algemeen oordeelt op basis van de vraag of er sprake is van een belemmering van de uitoefening van het recht op vrije vestiging (punt 22). Op grond van het voorgaande kan niet worden uitgesloten dat het Hof in een procedure tegen de Nederlandse Staat ten aanzien van de Wfbv zal oordelen dat de voorschriften van met name artikel 4 van de wet de vrijheid van vestiging van EU vennootschappen aantasten, omdat deze voorschriften gelden voor elke formeel buitenlandse vennootschap. Artikel 4 betreft de eis dat het eigen vermogen van de vennootschap ten minste f 40.000 is (de eis geldt overigens niet voor vennootschappen waarop de 2^e vennootschaprichtlijn van toepassing is, dus met de naamloze vennootschap vergelijkbare rechtsvormen). Dit artikel is ook toepasselijk indien er in een concreet geval geen sprake is van misbruik. Uit het Centros arrest blijkt dat het Hof oordeelt dat maatregelen die de vrijheid van vestiging kunnen beperken gerechtvaardigd moeten zijn vanuit het oogpunt van misbruikbestrijding (punt 24). Van belang is dat het Hof de oprichting van een vennootschap in een lidstaat die een lichter oprichtingsregime kent dan de lidstaat waar vervolgens via een filiaal (vrijwel) alle activiteiten worden uitgeoefend, niet als misbruik van het recht van vestiging beschouwt (punten 27 en 29). In de benadering van het Hof dient een nationale rechterlijke instantie van geval tot geval rekening te houden met eventueel misbruik (punt 25).

Een dergelijke benadering zou er toe kunnen leiden dat het Hof uitsluitend repressieve maatregelen toestaat, terwijl in de Wfbv preventieve maatregelen zijn neergelegd. In dit verband wordt opgemerkt dat bij het opstellen van de Wfbv er vanuit is gegaan dat de bepalingen proportioneel en niet-discriminatoir zouden zijn. Gelet op het Centros-arrest is het echter de vraag of dit laatste nog onverkort geldt. Meer duidelijkheid in dezen mag worden verwacht van de beantwoording van de prejudiciële vragen die de kantonrechter te Groningen kort geleden heeft gesteld aan het Europees Hof. Aan het slot van paragraaf 3.1 is hierop al gewezen.

4. Vakliteratuur over het Centros-arrest en de Wfbv

Inmiddels zijn er ook enkele commentaren op het arrest in de literatuur verschenen. Deze zijn betrokken bij de voorbereiding van het advies. In deze paragraaf wordt kort

aandacht besteed aan deze commentaren.

J.N. Schutte-Veenstra heeft aangevoerd dat Nederland voor de Wfbv geen beroep kan doen op artikel 46 EG-Verdrag (rechtvaardiging via de openbare orde)(ex art. 56 EG).⁴ Volgens haar blijkt uit de jurisprudentie van het Hof - zoals ook hiervoor gemeld - dat voor een beroep op de openbare orde clause sprake moet zijn van een “werkelijke en genoegzame ernstige bedreiging van de openbare orde”. Een zodanige schending van de openbare orde kan worden afgeleid uit de doelomschrijving van de vennootschap of uit de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten.⁵ Schutte-Veenstra meent dat het Hof op deze mogelijkheid doelde in punt 38 van het Centros-arrest, waar het aangaf dat een lidstaat alle maatregelen mag treffen ter bestrijding of bestraffing van fraude. In afwijking hiervan is de Wfbv echter telkens van toepassing, ongeacht of misbruik is aangetoond. De Wfbv gaat uit van een formeel criterium (“werkelijke band met de staat van oprichting”) dat op zich los kan staan van een misbruiksituatie. Een beroep op de openbare ordeclause is daarmee uitgesloten. Zij is verder van mening dat geen beroep kan worden gedaan op een dwingende reden van algemeen belang. Het enkele feit dat de maatregelen - zo is althans aangevoerd tijdens de parlementaire behandeling - niet discriminatoir zijn, is onvoldoende. Overigens heeft zij twijfel of de maatregelen onder de Wfbv inderdaad niet discriminatoir zijn, omdat er extra inschrijvingsplichten zijn bepaald voor bestuurders van formeel buitenlandse vennootschappen. Op die inschrijvingsplicht is de sanctie gesteld dat de bestuurders naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat is voldaan aan die bijzondere inschrijvingsplicht.

De Kluiver gaat in zijn commentaar specifiek in op de kapitaaleis, zoals gesteld in de Wfbv.⁶ Hij stelt dat het Hof in de Centros zaak oordeelt dat met het stellen van een kapitaal eis geenszins de doelstelling, bescherming van crediteuren, wordt bereikt. Ook verwijst hij naar de opmerkingen van het Hof dat schuldeisers via de inschrijving van de vennootschap en de jaarrekening op de hoogte kunnen zijn van de buitenlandse en financiële status van de vennootschap, terwijl andere maatregelen kunnen worden getroffen die de fundamentele vrijheden minder aantasten (zoals het bedingen van zekerheden door schuldeisers). De conclusie van De Kluiver is dat de kapitaaleis niet in overeenstemming lijkt te zijn met het Europese recht.

Van Solinge concludeert dat het Centros-arrest alleen aangeeft dat de weigering van de inschrijving van een filiaal van een formeel buitenlandse vennootschap in het handelsregister in strijd zou zijn met het vestigingsrecht.⁷ Naar zijn mening heeft het arrest daarom geen verstrekkende gevolgen voor het Nederlandse recht: de Wfbv stelt immers de inschrijving van een filiaal in Nederland verplicht. Indien echter toch zou worden aangenomen dat de kapitaaleis in de Wfbv een belemmering vormt voor een vrije vestiging van filialen, stelt Van Solinge dat Nederland gerechtigd is om maatregelen te treffen ter bestrijding en bestraffing van fraude. In dat verband merkt hij op dat in de loop van het wetgevingsproces is opgemerkt dat de wet ter bescherming van schuldeisers is ontworpen, terwijl het bewijs van het oogmerk van schuldeisersbenadeling rust op de schuldeiser. Dat betekent naar zijn mening dat de wet niet uitgaat van een vermoeden dat iedere in Nederland actieve vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap is. Of van een formeel buitenlandse vennootschap sprake is, dient telkens door de rechter te worden beslist.

⁴ Ondernemingsrecht 1999-8 (pp. 227-229).

⁵ Schutte-Veenstra geeft aan dat zij deze voorbeelden heeft ontleend aan C.W.A. Timmermans, Europeesrechtelijke erkenning van pseudo-buitenlandse vennootschappen, in: Tot vermaak van Slagter, pp. 327-328.

⁶ H.J. de Kluiver, WPNR 6364, pp. 527-528.

⁷ JOR 1999, nr. 117, pp. 744-755.

Naar het oordeel van Vlas beperkt de Wfbv het recht op vrije vestiging geenszins, maar geeft deze wet ter bestrijding van misbruik of oneigenlijk gebruik bepaalde regels waaraan formeel buitenlandse vennootschappen moeten voldoen. In het licht van het Centros-arrest wordt dit geoordeeld als gerechtvaardigd.⁸

5. Handelsregisterwet 1996

Aangezien het Centros-arrest betrekking had op een *praktijk* waarbij inschrijving in het Deense Handelsregister werd geweigerd, indien niet aan de Deense eisen inzake het minimumkapitaal was voldaan, is tevens bezien wat de praktijk is in Nederland met betrekking tot de inschrijving van formeel buitenlandse vennootschappen en nevenvestigingen van in andere lidstaten van de EU op grond van de Handelsregisterwet 1996 (Hrw).

Uitgaande van de Centros-casus dient in het licht van de Wfbv onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie dat er een “werkelijke band” is met de staat waar de vennootschap is opgericht en anderzijds de situatie dat de betrokken kapitaalvennootschap haar werkzaamheid (nagenoeg) geheel in Nederland verricht en zij voorts geen “werkelijke band” heeft met de lidstaat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht. In het eerste geval vindt inschrijving in het handelsregister plaats overeenkomstig artikel 18 van het Handelsregisterbesluit (Hrb) dat betrekking heeft op de in Nederland gelegen onderneming of nevenvestiging van een vennootschap die is opgericht naar het recht van een andere lidstaat van de EU of EER. In dat geval dienen slechts gegevens te worden ingeschreven betreffende de naam en de rechtsvorm van de vennootschap en de registratie in het buitenland, alsmede gegevens betreffende de bestuurders, de commissarissen en de beheerder van de onderneming of nevenvestiging. Daarnaast dienen afschriften van de oprichtingsakte, de statuten en het meest recente exemplaar van de boekhoudbescheiden te worden gedeponereerd.

Bij het ontbreken van een “werkelijke band” met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht, terwijl de werkzaamheid nagenoeg geheel in Nederland wordt verricht, dient daarenboven op grond van artikel 2 Wfbv opgave te worden gedaan van het feit dat de vennootschap de hoedanigheid van formeel buitenlandse vennootschap bezit en dienen de gegevens van de enig aandeelhouder te worden geregistreerd. Tevens schrijft artikel 3 Wfbv onder meer voor dat op alle stukken van de formeel buitenlandse vennootschap melding moet worden gemaakt van het feit dat de vennootschap die hoedanigheid bezit. Bij een vermelding van het kapitaal van de vennootschap dient te worden aangegeven welk bedrag is geplaatst en hoeveel daarvan is gestort (artikel 3, tweede lid, Wfbv). Verder dient bij de inschrijving van een formeel buitenlandse vennootschap een accountantsverklaring te worden overgelegd inhoudende dat is voldaan aan de in artikel 178, tweede lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) gestelde eisen met betrekking tot het minimumkapitaal en aan de eis inzake het minimum eigen vermogen (artikel 4, derde lid, Wfbv). Dit voorschrift geldt evenwel niet voor vennootschappen waarop het recht van een van de lidstaten van de EU of EER en voorts de Tweede Vennootschapsrichtlijn van toepassing zijn (artikel 4, vijfde lid, Wfbv). Een vergelijkbare uitzondering geldt voor de in artikel 5, tweede lid, Wfbv vervatte eis inzake het opmaken van een jaarrekening en jaarverslag overeenkomstig titel 9 van boek 2 van het BW.

Ingevolge artikel 5 Hrb onderzoekt de Kamer van Koophandel nadat een opgave in behandeling is genomen summierlijk of deze juist is. Zij kan om nadere bewijsstukken

⁸ P. Vlas, Rechtspersonen, praktijkreeks IPR, deel 9; tweede, herziene druk, 1999, Kluwer-Deventer.

vragen. Mocht zij van oordeel zijn dat de opgave onjuist is, dan geeft zij de belanghebbende in overweging de opgave te wijzigen of in te trekken. Zij kan ook aanwijzingen geven die zij in het belang van het handelsregister dienstig acht. Indien daaraan niet wordt voldaan, gaat zij desverlangd toch tot inschrijving over (artikel 6, tweede lid, Hrb).

In het systeem van de Hrw wordt de beslissing inzake de juistheid van de opgave aan de kantonrechter overgelaten (artikel 23 Hrw). Artikel 6, tweede lid, tweede volzin, Hrb voorziet er dan ook in dat de kamer in laatstgenoemd geval zich met een verzoekschrift tot de kantonrechter wendt teneinde de ingeschreven gegevens aan te vullen, door te halen of te wijzigen. Weigering een opgave in behandeling te nemen kan slechts geschieden wanneer de kamer er niet van overtuigd is dat de opgave afkomstig is van een bevoegde of indien niet is voldaan aan enig wettelijk voorschrift voor het in behandeling nemen van de opgave of indien de verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor de beoordeling daarvan (artikel 4 Hrb).

Indien het gaat om de vraag of er sprake is van een “gewone” buitenlandse onderneming of een nevenvestiging in de zin van artikel 18 Hrb, dan wel van een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 Wfbv, onthoudt de Kamer van Koophandel zich van het geven van een oordeel of er al dan niet sprake is van een “werkelijke band” met de staat naar wiens recht de betrokken vennootschap is opgericht respectievelijk of de werkzaamheid van de vennootschap al dan niet (nagenoeg) geheel in Nederland wordt verricht. Bij de inschrijving van de rechtspersoon wordt de opgave van de betrokkene gevolgd. Wel zal de kamer bij de inschrijving wijzen op de gevolgen voor bestuurders, commissarissen en bedrijfsleiders van het niet voldoen aan de voor formeel buitenlandse vennootschappen geldende wettelijke verplichtingen, te weten dat zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling (artikel 4, vierde lid, Wfbv) en voorts strafrechtelijk vervolgbaar zijn (artikel 28 Hrw). Ook zal een kamer erop aandringen dat de rechtspersoon zich als formeel buitenlandse vennootschap inschrijft indien naar haar oordeel de werkelijke band ontbreekt en de werkzaamheid nagenoeg geheel in Nederland wordt verricht. Het uiteindelijke oordeel inzake de toepasselijkheid van de Wfbv in een concreet geval is evenwel, zoals gezegd, aan de kantonrechter overgelaten.

Ten aanzien van opgaven die ertoe strekken de betrokken rechtspersoon als formeel buitenlandse vennootschap in te schrijven zonder dat de in artikel 4, derde lid, Wfbv bedoelde accountantsverklaring wordt overgelegd, wordt als gedragslijn gevolgd dat de opgave wordt ingeschreven onder vermelding van het feit dat de accountantsverklaring ontbreekt. Overigens zou in die situatie ingevolge artikel 4, tweede lid, Hrb inschrijving ook kunnen worden geweigerd in verband met het niet voldoen aan een wettelijk voorschrift voor het in behandeling nemen van de opgave. Zoals eerder aangegeven geldt de eis van het overleggen van een accountantsverklaring niet voor vennootschappen waarop het recht van een van de lidstaten van de EU of EER en voorts de Tweede Vennootschapsrichtlijn van toepassing zijn (artikel 4, vijfde lid, Wfbv).

6. Vennootschapsbelasting

Uitgangspunt in de Nederlandse vennootschapsbelasting is dat vennootschapsbelasting wordt geheven van vennootschappen die in Nederland feitelijk zijn gevestigd, ongeacht of deze zijn opgericht naar Nederlands recht of naar buitenlands recht. Indien een vennootschap feitelijk in Nederland is gevestigd, wordt in beginsel geheven over de zogenoemde wereldwinst, uiteraard met inachtneming van de verschillende toepasselijke verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. In dit opzicht doet de situatie zoals deze zich heeft voorgedaan in het arrest Centros, zich niet voor.

Het tegengaan van belastingontwijking en -ontgaan is in alle belastingstelsels van de lidstaten een belangrijk element. Veel vormen van belastingontwijking en -ontgaan hebben een internationaal karakter, bijvoorbeeld door vermogen of winsten aan de belastingsfeer van een staat te onttrekken door deze over te hevelen naar een andere staat met een gunstiger belastingregime. Daarbij is zeer moeilijk een scheidslijn te trekken tussen geoorloofde onttrekking en geoorloofde optimalisering van de fiscale positie aan de ene kant en ongeoorloofde belastingontwijking of het ontgaan van belasting aan de andere kant. De leerstukken en methoden in de lidstaten dienaangaande verschillen sterk. In Nederland is hierbij sprake van een samenstel van wettelijke maatregelen en jurisprudentie (*fraus legis*). Gezien het internationale karakter van belastingontwijking en -ontgaan komt in EU-verband toetsing van maatregelen die belastingontwijking of -ontgaan proberen tegen te gaan, aan de in het arrest *Centros* genoemde principes in beeld.

Allereerst is bij de beoordeling van belang of het verzekeren van de belastingheffing van een staat op zich voldoende reden geeft voor het treffen van maatregelen om een goede belastingheffing te verzekeren. Anders gesteld gaat het erom of de belastingheffing een belang is dat als zodanig in het Gemeenschapsrecht wordt erkend. Naar het oordeel van de ICER staat dit als uitgangspunt buiten kijf. Gewezen kan onder andere worden op de arresten 120/78, *Cassis de Dijon*, Jurispr. 1979, blz. 649; zaak C-204/90, *Bachmann*, Jurispr. 1992, blz. I-249; zaak C-250/95, *Futura*, Jurispr. 1997, blz. I-2471. Zie in het verlengde hiervan ook het arrest in zaak C-29/95, *Pastors en Trans-Cap*, Jurispr. 1997, blz. I-285. Dit uitgangspunt staat een toetsing aan de desbetreffende bepalingen in het Gemeenschapsrecht evenwel niet in de weg. Hiermee ontstaat de vraag of het leerstuk van anti-misbruik in het Gemeenschapsrecht bijzondere eisen stelt aan de vaststelling of sprake is van een gerechtvaardigd heffingsbelang ter zake waarvan de nodige maatregelen mogen worden getroffen. Het is met andere woorden de vraag of het communautaire begrip anti-misbruik een zelfstandige betekenis heeft in het belastingrecht. Gezien de jurisprudentie van het HvJ EG wordt daarom niet ingezien waarom dit leerstuk in belastingzaken niet zou kunnen worden toegepast. Daarbij kan bovendien niet worden uitgesloten dat het communautaire begrip anti-misbruik niet parallel loopt met het nationale systematiek dienaangaande. Dientengevolge kan niet worden uitgesloten dat nationaalrechtelijke stelsels om belastingontwijking of -ontgaan (misbruik) te bestrijden, door het communautaire misbruikbegrip worden ingeperkt, omdat de desbetreffende “constructie” naar gemeenschapsrecht niet als misbruik wordt aangemerkt. Enerzijds is het derhalve mogelijk dat het communautaire misbruikbegrip afwijkt van het nationale begrip, anderzijds kan de nationale anti-misbruikbepaling te ruim of te algemeen geformuleerd zijn. Het HvJ EG lijkt een beperkte toepassing voor te staan. In dit licht kan naast eerdergenoemde arresten nog gewezen worden op het arrest *Leur-Bloem*, C-28/95, gepubliceerd in BNB 1998/32c, in het bijzonder punt 44 en de laatste zin van punt 45. Ook Van der Geld wijst in zijn noot onder dit arrest (onderdeel 5) op de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in gevallen van belastingontwijking of oneigenlijk gebruik.

7. Conclusie

Ten aanzien van de toepasselijke wetgeving concludeert de ICER als volgt.

Wfbv

Het *Centros*-arrest heeft in het bijzonder betrekking op (aanvullende) voorschriften voor de oprichting van een vennootschap en haar inschrijving in het handelsregister.

In Nederland wordt de buitenlandse oprichting aanvaard en wordt de inschrijving niet geblokkeerd. Van belang is echter dat het Centros-arrest aangeeft dat het Hof meer in het algemeen oordeelt op basis van de vraag of er sprake is van een belemmering van de uitoefening van het recht op vrije vestiging (punt 22). Op grond van het voorgaande kan niet worden uitgesloten dat het Hof in een procedure tegen de Nederlandse Staat ten aanzien van de Wfbv zal oordelen dat de voorschriften van met name artikel 4 van de wet de vrijheid van vestiging van EU vennootschappen aantasten, omdat deze voorschriften gelden voor elke formeel buitenlandse vennootschap. Dit geldt ook indien er in een concreet geval geen sprake is van misbruik. Uit het Centros arrest blijkt dat het Hof oordeelt dat maatregelen die de vrijheid van vestiging kunnen beperken gerechtvaardigd moeten zijn vanuit het oogpunt van misbruikbestrijding (punt 24). Van belang is dat het Hof de oprichting van een vennootschap in een lidstaat die een lichter oprichtingsregime kent dan de lidstaat waar vervolgens via een filiaal (vrijwel) alle activiteiten worden uitgeoefend, niet als misbruik van het recht van vestiging beschouwt (punten 27 en 29). In de benadering van het Hof dient een nationale rechterlijke instantie van geval tot geval rekening te houden met eventueel misbruik (punt 25). Een dergelijke benadering zou er toe kunnen leiden dat het Hof uitsluitend repressieve maatregelen toestaat, terwijl in de Wfbv preventieve maatregelen zijn neergelegd.

In dit verband wordt opgemerkt dat bij het opstellen van de Wfbv er vanuit is gegaan dat de bepalingen proportioneel en niet-discriminatoir zouden zijn. Gelet op het Centros-arrest is het echter de vraag of dit laatste nog onverkort geldt. Meer duidelijkheid in dezen mag worden verwacht van de beantwoording van de prejudiciële vragen die de kantonrechter te Groningen kort geleden heeft gesteld aan het Europees Hof.

Gelet op het bovenstaande, alsmede gelet op het informele verzoek van de Europese Commissie aan de lidstaten om vooralsnog geen wetgevende activiteiten voor misbruikbestrijding te ontplooien, teneinde verdere ongelijkheid te voorkomen, adviseert de ICER om naar aanleiding van het Centros-arrest in elk geval niet nu al te overwegen de Wfbv te wijzigen. De Commissie heeft aangegeven dat zij in het voorjaar 2000 zal komen met een standpunt ten aanzien van de strekking van het Centros-arrest en daarmee met een standpunt ten aanzien van de nationale mogelijkheden om misbruik van de vrijheid van vestiging tegen te gaan.

Handelsregisterwet 1996

Uit de praktijk van de Kamers van Koophandel blijkt dat steeds zal worden overgegaan tot inschrijving van ondernemingen en nevenvestigingen van vennootschappen, die in andere lidstaten van de EU zijn opgericht naar het daar geldend recht. Wel worden betrokkenen door de Kamer van Koophandel gewezen op de gevolgen van het eventueel niet voldoen aan de eisen van de Wfbv. Een en ander vloeit voort uit het systeem van de Handelsregisterwet 1996. In dit systeem wordt de beslissing inzake de juistheid van de gegevens uiteindelijk overgelaten aan de kantonrechter. Uit artikel 6, tweede lid, Hrb vloeit namelijk voort dat de betrokken kamer de kantonrechter dient te verzoeken de opgave in overeenstemming te brengen met de werkelijke hoedanigheid van de rechtspersoon.

In deze omstandigheden, waarin slechts op puur formele gronden inschrijving zal worden geweigerd, kan naar het oordeel van de ICER niet worden aangenomen dat de op dit terrein door de Kamers van Koophandel gevolgde praktijk een belemmering vormt voor de vestiging van ondernemingen en nevenvestigingen van vennootschappen uit andere lidstaten van de EU.

Vennootschapsbelasting

In een situatie dat is vastgesteld dat een fiscale maatregel erop is gericht een gerechtvaardigd heffingsbelang te dienen, is vervolgens de vraag aan de orde of de desbetreffende maatregel evenredig is met het te bereiken doel. Het arrest Centros geeft naar het oordeel van de ICER in dat opzicht geen nieuwe gezichtspunten.

=====
=====
=