

Shoppen in het privaatrecht: keuzevrijheid in de bedrijfsfinancieringspraktijk en het vennootschapsrecht - Verslag van de Jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht (10 december 2014)

H.N. Schelhaas, W.H. van Boom & M.W. Scheltema

1. INLEIDING

Juridische keuzestress,¹ dat is waar tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht jongstleden december over werd gedebatteerd. Het onderwerp van de jaarvergadering vormden de preadviezen van Frits-Joost Beekhoven van den Boezem en Aukje van Hoek over Forumshopping in het privaatrecht,² oftewel de mogelijkheid voor een partij om te opteren voor een hem conveniërend juridisch regime. Forumshopping vooronderstelt juridische keuzevrijheid. Die vrijheid bestaat. Het duidelijkste is dat zichtbaar in het contractenrecht, dat uitgaat van contractsvrijheid en waarbij partijen *zelf* de vrijheid toekomt om hun contractuele verhouding naar believen vorm te geven. Ten aanzien van internationale koopovereenkomsten waarbij een consument de koper is, kan worden gedacht aan het optioneel Europees kooprecht.. Ook ten aanzien van het toepasselijke recht op een rechtsverhouding of het forum dat een mogelijk internationaal geschil moet beslechten, bestaat keuzevrijheid.

Keuzemogelijkheden kunnen strategisch worden gebruikt, bijvoorbeeld vanuit bedrijfseconomisch perspectief. Een belastingklimaat kan bijvoorbeeld één van de redenen voor een grote onderneming zijn om zich al dan niet te vestigen in een bepaalde jurisdictie. Verder wijzen wij op het insolventierecht, dat in de Europese lidstaten uiteenloopt. Door het verplaatsen van het *Centre of Main Interest* van een bedrijf kan feitelijk worden geopteerd voor een voor de debiteur gunstiger insolventieprocedure. Deze mogelijkheid tot forumshopping in het insolventierecht wordt in Europees verband wel als onwenselijk ervaren en vormt een belangrijk motief om tot Europese harmonisatie over te gaan, juist om de keuzevrijheid te beperken.³ Forumshopping als katalysator voor harmonisatie dus.

Beekhoven van den Boezem en Van Hoek gaan in hun preadviezen in op de consequenties van Forumshopping. In deze bijdrage besteden wij eerst kort aandacht aan de inhoud van de preadviezen (§ 2), waarna enige discussiepunten die tijdens de jaarvergadering werden aangeroerd worden belicht (§ 3). Wij sluiten af met enige conclusies.

¹ Wikipedia: een vorm van stress die wordt veroorzaakt doordat iemand overspoeld wordt met informatie die overwogen moet worden om een 'goede' keuze te kunnen maken. Niet alleen de complexiteit van de keuze speelt mee, ook het enorm toegenomen aantal keuzes in de laat moderne samenleving is een belangrijke oorzaak van keuzestress.

² F.E.J. Beekhoven van den Boezem en A.A.H. van Hoek, *Forumshopping*, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Paris: Zutphen 2014 ("Peadvies").

³ Zie Van Hoek, Preadvies, p. 60 en p. 78-82 en ook I.F. Fletcher & B. Wessels, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer: Deventer 2012, nr. 49 e.v.

2. DE PREADVIEZEN

2.1. Deel 1: Recht- en forumshopping in de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk (Beekhoven van den Boezem)

Beekhoven van den Boezem belicht in zijn preadvies de keuzemogelijkheden vanuit het perspectief van de internationale bedrijfsfinanciering, waar blijkens zijn preadvies een rechts- en forumkeuze over het algemeen mogelijk en gebruikelijk is.⁴ De preadviseur stelt zich de vraag op welke wijze de internationaalprivaatrechtelijke keuzevrijheid wordt ingevuld: kiezen partijen voor het kwalitatief 'beste' recht voor hun situatie? Dat is volgens de preadviseur slechts in beperkte mate het geval. Ten aanzien van gesyndiceerde leningen en derivatenovereenkomsten wordt de keuzevrijheid ingevuld door *market practice*. Deze *market practice* dicteert dat partijen bij de kredietverstrekking gebruik maken van standaarddocumenten uitgegeven door de *Loan Market Association*. Een aantal factoren zorgt ervoor dat in deze kredietdocumentatie vrijwel standaard wordt gekozen voor de toepasselijkheid van het Engelse recht (Preadvies, p. 28):

- (i) bij de *Loan Market Association* die de leningsdocumentatie opstelt zijn 550 organisaties uit 53 landen aangesloten;
- (ii) de documentatie is bedoeld voor gebruik in een internationale markt;
- (iii) zij is ontwikkeld vanuit Londen en gebaseerd op Engels recht;
- (iv) het Engelse recht is algemeen geaccepteerd in de markt;
- (v) het doel van het opstellen van leningsdocumentatie is standaardisering;
- (vi) het afwijken van de standaardbepalingen bemoeilijkt de doorverkoop van leningparticipaties.

Alleen indien een onderneming niet is aangewezen op internationale gesyndiceerde leningen maar uitsluitend gebruik maakt van Nederlandse kredieten en het niet de verwachting is dat een bepaalde lening zal worden verkocht op de internationale markt, wordt wel geopteerd voor Nederlands recht in plaats van Engels recht.

Beekhoven van den Boezem signaleert echter een aantal materieelrechtelijke punten die – ook als een keuze voor Nederlands recht denkbaar is – verbeterd zouden moeten worden om het Nederlandse recht aantrekkelijker te maken: (i) afschaffing van het fiduciaverbod, (ii) invoering van de trust, (iii) invoering van het dwangakkoord buiten insolventie, en (iv) beperking van de goederenrechtelijke werking van onoverdraagbaarheidsbedingen (Preadvies, p. 45-57).

Beekhoven van de Boezem concludeert echter dat recht- en forumshopping in de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk niet zozeer wordt ingegeven door de kwaliteit van een regeling, maar door overwegingen van praktische of strategische aard. (Preadvies, p. 57).

⁴ Zie de analyse van Beekhoven van den Boezem op p. 7-30 ten aanzien van rechtskeuze en p. 32-42 over de mogelijkheid om het forum te kiezen.

2.2. Deel 2: Shoppen in het recht: het vennootschapsrecht en aanpalende rechtsgebieden 'ontbundeld' (Van Hoek)

Van Hoek stelt zich in haar preadvies vanuit internationaal privaatrechtelijke hoek de vraag welke rol de statutaire zetel speelt als aanknopingsfactor ten aanzien van het bevoegdheidsrecht en het toepasselijke recht (Preadvies, p. 59-63).⁵ Achtergrond voor deze vraag vormt het gegeven dat de plaats van de statutaire zetel in een aantal gevallen het toepasselijke recht (mede) bepaalt en dat in beginsel (binnen de EU) wordt uitgegaan van vrijheid van vestiging. Zo gaat het Nederlandse IPR ervan uit dat het voor de toepasselijkheid van vennootschapsrechtelijke regels voldoende is dat een vennootschap haar formele statutaire zetel in Nederland heeft: een reële, economische of maatschappelijke aanwezigheid in Nederland is niet vereist.⁶ Door de formele plaats van vestiging te verplaatsen kan impliciet ook een keuze worden gemaakt voor een toepasselijk (vennootschapsrechtelijk) regime. Gaat het om een brievenbusfirma die weliswaar formeel gevestigd is in een bepaald land, maar daar geen andere connectie mee heeft, dan zijn over het algemeen weliswaar de belangrijkste bepalingen van het vennootschapsrecht van toepassing, maar is dat niet noodzakelijkerwijs het geval ten aanzien van regels die de belangen van schuldeisers van die vennootschap beschermen. Dat wordt veroorzaakt door het feit dat het toepasselijke recht bij het insolventierecht en bij bestuurdersaansprakelijkheid doorgaans niet wordt bepaald door de formele zetel, maar door andere aanknopingspunten, zoals het *Centre of Main Interest* (COMI) en de gewone verblijfplaats of de plaats waar de schade is ingetreden (voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad).⁷ Dat leidt in de woorden van Van Hoek tot 'ontbundeling' van beschermende maatregelen.

"Regels die in het interne recht logisch samenhangen – hoge drempel voor aansprakelijkheid in het rechtspersonenrecht, maar snelle aansprakelijkheid via onrechtmatige daad en/of in geval van faillissement – raken ontkoppeld in het IPR, hetzij doordat ze worden ondergebracht bij een andere kwalificatie, hetzij omdat ze tot voorrangsregels zijn omgevormd. In beide gevallen loopt de interne coördinatie gevaar en ontstaat het risico van overlap en lacunes."

zo stelt Van Hoek.⁸ Zij onderzoekt in haar preadvies vervolgens hoe deze ontbundeling uitwerkt op de twee terreinen die het nauwste samenhangen met het vennootschapsrecht: het insolventierecht en het regime ten aanzien van bestuurdersaansprakelijkheid. Onder de Europese Insolventieverordening bepaalt het *Centre of Main Interest* van een vennootschap het toepasselijke insolventierecht.⁹ Tot dit insolventierecht behoort ook de aansprakelijkheid van

⁵ De mogelijkheid van een directe contractuele rechtskeuze of forumkeuze blijft in het preadvies buiten beschouwing.

⁶ Zie Van Hoek, Preadvies, p. 90.

⁷ Op grond van Rome I (Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PbEU 2008, L 177/6) en Rome II (Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), PbEU 2007, L 199/40) is ten aanzien van het toepasselijke recht de formele zetel van de rechtspersoon niet relevant, maar is de aanknopingsfactor de 'gewone verblijfplaats', waarbij voor rechtspersonen onder meer wordt verwezen naar de locatie van het hoofdbestuur of hoofdvestiging. Zie nader Van Hoek, Preadvies, p. 68-74.

⁸ Van Hoek, Preadvies, p. 67.

⁹ Van Hoek, Preadvies, p. 78-80.

bestuurders jegens de boedel. Het is echter niet duidelijk welk recht de op het vennootschapsrecht gebaseerde vormen van bestuursaansprakelijkheid beheerst, of welk recht toepasselijk is op het gewone delictuele aansprakelijkheidsrecht. Oftewel, zo stellen wij vast, het 'shoppen' in het vennootschapsrecht (in de zin van het verplaatsen van een formele statutaire zetel) leidt tot onzekerheid ten aanzien van het toepasselijke recht van aanpalende rechtsgebieden. Het recht dat van toepassing is op de rechtspersoon en haar deelnemers dreigt door de vrije keuze van het vennootschapsstatuut uiteen te vallen, of te worden 'ontbundeld'.

3. DE DISCUSSIE TER JAARVERGADERING

3.1. Bedrijfsfinanciering

3.1.1. Het wensenlijstje van Beekhoven van den Boezem

Ter vergadering werden in de eerste plaats vragen gesteld over het hierboven weergegeven wensenlijstje van Beekhoven van de Boezem ter verbetering van het materiële Nederlandse recht. Paulien van der Grinten (Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving) vroeg zich af waarom de wetgever daar enige energie in moet gaan steken indien een mogelijke verbetering toch niet zal leiden tot een keuze voor het Nederlandse recht: de betrokkenen zullen volgens de preadviseur immers toch persisteren bij het Engels recht. Van Boom (Universiteit Leiden) voegde daar aan toe dat ook om een andere reden kan worden betwijfeld of aanpassing van deze onderwerpen wel tot een frequenter keuze voor Nederlands recht kan leiden. Bij vergelijkbaar recht is een Nederlandse bank in vergelijking tot grotere internationale syndicaten a priori minder in het voordeel als het gaat om 'concurrentie om het rechtsstelsel'. Het is dan ook de vraag of, als de obstakels voor het Nederlandse recht worden weggenomen, het Nederlandse recht dan werkelijk een voorsprong heeft ten aanzien van andere stelsels. Beekhoven van den Boezem erkent dit ook, waar hij op p. 22 van zijn Preadvies stelt: 'in de financiële sector bepaalt de internationale markt toch vaak de standaard. In het buitenland zijn deze Nederlandse constructies onbekend, vindt men ze moeilijk te doorgronden, (...) en zijn dus ongewild.' Soms zal het juist uiteenlopen van een ander stelsel meer een *unique selling point* zijn dan een uniform regime dat overal geldt.

Van der Grinten onderstreepte verder dat de Nederlandse wetgever niet het hele wensenlijstje van Beekhoven van den Boezem zal aanpakken, vooral niet omdat de gewenste wijzigingen veelal in het voordeel zijn van de bancaire wereld, die op dit moment nu niet bepaald een gunstige pers heeft. Een wetwijziging is daarom pas geïndiceerd als zij een aantoonbaar positief effect heeft op de economie en gunstig is voor de burger. In dat verband stelde zij de preadviseur de vraag een top 3 te maken van onderwerpen die de wetgever zou moeten aanpakken. Zij plaatst daarbij de volgende kanttekeningen:

- De banken hebben zich naar aanleiding van HR 21 maart 2014 (Coface/Intergamma) nog niet actief getoond ten aanzien van het benoemen van problemen over de mogelijke goederenrechtelijke werking van niet-overdraagbaarheidsbedingen. Is de nood daarom werkelijk zo hoog?
- Is het fiduciaverbod eigenlijk niet vooral iets voor dogmatici. Bestaat werkelijk praktische urgentie voor wetsaanpassing op dit punt?

- Ten aanzien van de trust ligt een voorontwerp klaar op het departement maar op dit moment heeft dit onderwerp geen politieke urgentie. Voor het verder gaan met dit onderwerp zou de dringende maatschappelijke behoefte aan invoering van een Nederlandse trust door betrokkenen moeten worden verduidelijkt. .
- Voor het dwangakkoord buiten faillissement wordt in de politiek wèl enige urgentie gezien. Daarover is consultatie gaande.

Volgens Beekhoven van den Boezem zou aanpassing van het Nederlandse recht wel degelijk een katalysator kunnen vormen voor het vaker toepassen van Nederlands recht. Ter vergadering onderstreepte hij dat de wetgever keuzes moet. Ten aanzien van de andere onderwerpen heeft Nederland een geïsoleerde positie en zou aanpassing gewenst zijn, met name om Europees *level playing field* te garanderen voor het Nederlands bedrijfsleven door het bieden van juridische constructies voor financieringsdoelenden die overal elders in Europa gebruikelijk zijn. Men zou moeten met het dwangakkoord buiten faillissement en de goederenrechtelijke werking van niet-overdraagbaarheidsbedingen.

3.1.2. Bewijsvoering

Van Boom richtte zich ter vergadering verder op een aantal uitspraken over de sociale werkelijkheid (wat doen partijen en waarom?) van Beekhoven van den Boezem in zijn preadvies, zoals:

- (i) Niet altijd staat voor partijen het beste recht of forum voorop (dat wil zeggen het best toegesneden op de transactie of beoordeling van de geschillen), maar veeleer praktische en/of strategische overwegingen, een compromis, een dictaat van wat hetgeen gebruikelijk is in de markt, ingegeven door het feit dat een gewilde constructie niet bestaat in een bepaald rechtsstelsel (Preadvies, p. 7);
- (ii) Shoppen is duur, kost tijd en bij de keuze van toepasselijk recht blijkt kwaliteit lang niet altijd doorslaggevend te zijn (Preadvies, p. 12).
- (iii) Een factor als "gemak" speelt een rol bij de keuze: men kent het eigen recht, en dus wordt geopteerd voor de toepasselijkheid van het eigen recht (Preadvies, p. 12-13).

Beekhoven van den Boezem baseert zijn uitspraken over het gedrag van partijen onder meer op de bevindingen van Vogenauer.¹⁰ Vogenauer ziet een competitie in rechtsregels op het vlak van het ondernemingsrecht en belastingrecht, maar hij betwist dat voor contracten eenzelfde levendige markt bestaat onder meer omdat een gebrek aan informatie bestaat over wat 'beter recht' is. Er zou minder homogeniteit van preferenties zijn en een gebrek aan informatie over wat 'beter recht' is. Omdat Vogenauers studie niet specifiek betrekking heeft op financieringscontracten (maar louter de *voorkeuren* onder bedrijven heeft gemeten, stelde Van Boom zich de vraag of de bovengenoemde uitspraken over de sociale werkelijkheid ook gelden ten aanzien van financieringsovereenkomsten, en waar dat dan uit blijkt. Verder hield Van Boom de

¹⁰ S. Vogenauer, Regulatory Competition Through Choice of Contract law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence, *European Review of Private Law* 2013.

preadviseur voor dat het preadvies een aantal stellingen bevat, dat toets- en meetbaar is.¹¹ Van Boom vroeg zich af op welke wijze het bewijs kan worden geleverd dat deze stellingen ook daadwerkelijk conform de sociale werkelijkheid zijn.

Beekhoven van den Boezem gaf hierop aan dat inderdaad empirisch onderzoek zou moeten worden gedaan om de stellingen ten aanzien van het gedrag van marktpartijen 'hard' te maken. De bevindingen van Vogenauer zijn inderdaad niet toegespitst op de financiële praktijk en nader onderzoek zou dus nuttig zijn. Hij wees er echter ook op dat zijn persoonlijke ervaring in dit veld wel aansluit bij de bevindingen die in het preadvies worden gepresenteerd.

3.2. IPR en rechtspersonenrecht

3.2.1. Hoe ontbundeling tegen te gaan?

Jacobien Rutgers (VU) richtte zich ter vergadering onder meer op de door Van Hoek in haar preadvies omschreven ontbundeling, oftewel het fenomeen dat regels die in het interne recht een coherent geheel vormen in het IPR worden gescheiden vanwege de verschillende verwijzingscategorieën met elk eigen aanknopingsfactoren. Uiteindelijk leidt dat tot verschillend toepasselijk recht. In de eerste plaats toonde Rutgers zich kritisch op de stelling van de preadviseur dat schuldeisers van de vennootschap niet goed worden beschermd, omdat als de situatie wordt gekwalificeerd als een vennootschapsrechtelijk, de incorporatieleer van toepassing is en in andere vermogensrechtelijke situaties de leer van de werkelijke zetel. Afgezien van de brievenbusvennootschappen, wordt in de literatuur gesteld dat schuldeisers van een vennootschap beter beschermd worden door de incorporatieleer, omdat die meer zekerheid biedt.¹² Het is namelijk eenvoudiger te achterhalen volgens welk recht een vennootschap is opgericht dan waar de werkelijke zetel is. In de tweede plaats richtte Rutgers haar vizier op de consequenties van deze ontbundeling: worden de belangen van aandeelhouders van de vennootschap, de belangen van crediteuren van de vennootschap of de belangen van de werknemers in de onderneming van de vennootschap hiermee geschaad? Op welke wijze zou het euvel van de ontbundeling te verhelpen zijn?

Van Hoek gaf aan slechts inzicht te hebben willen geven in deze ontbundeling, de nadelige consequenties daarvan en de (rechts)onzekerheid die dat teweeg brengt. Zo bestaan afbakeningsproblemen tussen het vennootschapsstatuut en de Insolventieverordening, en komen problemen aan het licht bij het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid. Dat bevindt zich immers op het kruispunt tussen vennootschapsrecht, insolventierecht en regulier aansprakelijkheidsrecht. De afgrenzing van die rechtsgebieden is onduidelijk. Het antwoord op de vraag of en in hoeverre dit zou moeten worden opgelost, is sterk verweven met een politieke waardering over de wenselijkheid van forumshopping, aldus Van Hoek.

¹¹ Zie bijv. Beekhoven van den Boezem, Preadvies p. 15: (a) Engelse contracten zijn populair omdat partijen weten waar ze aan toe zijn, (b) *emerging markets* hebben afkeer van het Engelsre recht, net als de Europese centrale bank. Zie verder p. 19: de onhanteerbaarheid van het Nederlandse recht lokt een rechtskeuze uit voor andere rechtstelsels dan het Nederlandse recht.

¹² Zie bijvoorbeeld P. Vlas, Rechtspersonen, Praktijkreeks IPR nr. 9, Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2009, nr. 18.

3.2.2. Voorkeur voor harmonisatie?

Martijn Scheltema (advocaat in Den Haag en hoogleraar in Rotterdam) ging in de discussie ter jaarvergadering in op de vaststelling van de preadviseur dat voor- en tegenstanders bestaan ten aanzien van de mogelijkheid om de (statutaire) vestigingsplaats van een vennootschap te veranderen en dat dit deels kan worden voorkomen door verdergaande EU-harmonisering. Daaruit vloeit de vraag voort of de preadviseur dan een voorstander is van verdergaande harmonisatie. Dat hangt – zo antwoordt Van Hoek – vooral af van een politieke keuze op EU-niveau en die heeft zij niet in haar preadvies willen beantwoorden. Daarin komen de nu bestaande mogelijkheden aan de orde en de problemen die daardoor kunnen ontstaan.

3.2.3. Nog verdergaande ontbundeling?

Scheltema wees er voorts op dat de preadviseur de aansprakelijkheid van bestuurders onder meer in verband met het verstrekken van onjuiste informatie bespreekt en hierbij ingaat op de vraag naar welk recht de aansprakelijkheid van bestuurders moet worden beoordeeld. In dit verband rijst de vraag of gelet op het Spaanse Villa arrest van de Hoge Raad¹³ niet nog een ander recht van toepassing zou kunnen zijn, en daarmee sprake zou kunnen zijn van nog verder gaande ontbundeling, omdat het bij onjuiste informatieverstrekking ook kan gaan om een (zelfstandige) onrechtmatige daad van de bestuurder die de informatie heeft verstrekt en die eventueel ook (voor zover die naar maatschappelijke opvattingen ook aan de vennootschap kan worden toegerekend) als een onrechtmatige daad van de vennootschap kan gelden. De preadviseur beaamde dat dit inderdaad kan meebrengen dat sprake is van nog verder gaande ontbundeling in verband met bestuurdersaansprakelijkheid.

3.2.4. Maatschappelijk verantwoord ondernemen

Tot slot stelt Scheltema het onderwerp van maatschappelijk verantwoord ondernemen, aan de orde. In dit verband heeft Ecuador een voorstel voor een nieuw verdrag aan de Verenigde Naties voorgelegd. In dit beoogde verdrag zou aansprakelijkheid moeten worden gecreëerd voor moederbedrijven in ‘westerse’ landen voor door hun dochters in andere landen begane mensenrechtenschendingen. Dat zal naar verwachting leiden tot nog meer ontbundeling omdat de aansprakelijkheid voor dergelijke schendingen naar alle waarschijnlijkheid naar het recht van het land waarin de dochteronderneming is gevestigd moet worden beoordeeld, nu de schending zich daar heeft voorgedaan. De vraag rijst of dit voorstel vanuit het perspectief van ontbundeling wenselijk is. De preadviseur heeft daarover niet een uitgesproken mening, maar acht dit met name een rechtspolitieke keuze waaraan het ontbundelingsvraagstuk niet veel zal toevoegen.

4. BESCHOUWING

Keuzemogelijkheden en de mogelijkheid tot forumshopping leiden dus zowel tot voordelen (de vrijheid te kiezen) als tot nadelen (een complex systeem ten aanzien van het toepasselijke recht). Uit het preadvies van Beekhoven van den Boezem blijkt voorts dat de vrijheid om te kiezen in de bedrijfsfinancieringspraktijk veelal wordt ingevuld door praktische motieven en de gewoonte om

¹³ HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302. Zie ook voor een verduidelijking van dit arrest HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628.

gebruik te maken van standaardkredietdocumentatie. Van Hoek toont ten aanzien van de keuzevrijheid van het toepasselijk recht en forum in het vennootschapsrecht (de incorporatieleer) aan dat die kan leiden tot doorkruising van consistente en op elkaar afgestemde regels van materieel recht. Theoretische vrijheid betekent in de bedrijfsfinanciering dus niet altijd *echte* vrijheid, terwijl de vrijheid om te kiezen in het IPR niet altijd tot blijheid leidt.