CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 10 juni 1986 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De Nederlander Segers staat sinds 1980 aan het hoofd van een in Nederland gevestigde handelsonderneming, „Free Promotion International". Gedreven door de wens om zijn werkzaamheden onder meer uit te breiden tot de commissiehandel op de tendermarkt, besluit hij de onderneming om te zetten in een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Omdat hij de wettelijke termijnen die in Nederland voor een dergelijke omzetting gelden, te lang vindt en de benaming „Ltd" aantrekkelijker vindt dan het Nederlandse equivalent „BV", gaat hij als volgt tewerk:

— in het Verenigd Koninkrijk wordt een „private company limited by shares" opgericht, genaamd „Slenderose Ltd";

— de Nederlandse onderneming wordt omgezet in een filiaal van de Britse vennootschap, „Free Promotion International Company Ltd" genaamd, dat in feite alle werkzaamheden van Slenderose verricht.

Na deze operatie wendt Segers zich voor een uitkering wegens ziekte krachtens de Nederlandse Ziektewet tot het hiertoe bevoegde orgaan, de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen (hierna: „de Bedrijfsvereniging").

Deze wijst zijn aanvraag af, op grond dat Segers niet kan worden beschouwd als een werknemer van zijn onderneming, nu in de arbeidsverhouding elke gezagsverhouding ontbeekt. Bij de bevoegde rechter in eerste aanleg heeft hij niet meer succes; verzoeker in het hoofdgeding stelt hierop beroep in bij de Centrale Raad van Beroep, die in zijn verwijzingsbeschikking het aan het Hof voorgelegde uitleggingsvraagstuk nader toelicht.

2. De Ziektewet dekt degenen die de status van werknemer bezitten; bepalend hiervoor is nu juist het bestaan van een gezagsverhouding tussen de werkgever en de werknemer. Zoals de Nederlandse rechter opmerkt, kan daarvan in beginsel geen sprake zijn bij de directeur van een vennootschap die zelf de helft van de aandelen in zijn onderneming bezit, terwijl de andere helft aan zijn echtgenote toebehoort. Desondanks is de Centrale Raad van Beroep zelf omgegaan in verband met de wil van de wetgever om te komen tot coördinatie van de toepasselijke regels op sociaal en fiscaal terrein. Bij twee uitspraken van 10 december 1968 heeft hij de directeur van een vennootschap, die zelf 50% of meer van de aandelen van die vennootschap bezit, gelijkgesteld met een werknemer.

De Bedrijfsvereniging nu wenst de voordelen van deze gelijkstelling voor te behouden aan directeuren-grootaandeelhouders van vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd. Daarom zou Segers, ofschoon Nederlander, als directeur van een te Londen

* Vertaald uit het Frans.

gevestigde vennootschap daar geen aanspraak op kunnen maken.

Een en ander was voor de Centrale Raad van Beroep aanleiding om het Hof de volgende twee vragen voor te leggen:

„1) Brengt het beginsel van de vrije vestiging binnen de EEG respectievelijk van het vrij verrichten van diensten binnen de EEG — met name artikel 52, laatste zin, juncto artikel 58, respectievelijk artikel 60, laatste zin, juncto artikel 66 van het EEG-Verdrag — met zich mee dat de Nederlandse rechter bij de beoordeling van de verzekeringsplicht krachtens een Nederlandse sociale-verzekeringswet geen onderscheid mag maken tussen de directeur-grootaandeelhouder van een besloten vennootschap naar Nederlands recht en die van een besloten vennootschap naar het recht van een andere Lid-Staat, ook indien de buitenlandse vennootschap kennelijk niet in de betrokken andere Lid-Staat, doch uitsluitend in Nederland daadwerkelijke bedrijfsactiviteiten ontplooit ?

2) Zo neen, is het maken van dat onderscheid dan krachtens het EEG-sociale-zekerheidsrecht (met name: artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1408/71) dan wel krachtens enige andere bepaling van gemeenschapsrecht niet toegestaan ?"

3. Twee opmerkingen vooraf, om het uit te leggen terrein af te bakenen en een antwoord te kunnen geven dat voor de Nederlandse rechter nuttig is.

Allereerst moet worden beklemtoond dat het hier bedoelde verschil in behandeling niet berust op de nationaliteit van de betrokkene. Bepalend voor het genot van de sociale-zekerheidsregeling is de plaats — in Nederland en niet in een andere Lid-Staat — waar de moedermaatschappij is gevestigd.

In de tweede plaats dient te worden aangetekend dat de directeur van Slenderose Ltd, Segers, is gevestigd in Nederland, waar hij ook de leiding heeft van het filiaal waar, zoals gezegd, alle werkzaamheden van Slenderose zijn geconcentreerd. Hij valt dus niet onder artikel 59 EEG-Verdrag, dat de vrijheid van dienstverrichting waarborgt. Immers, volgens de vaste rechtspraak van het Hof brengt deze bepaling

„de opheffing mee van elke discriminatie tegen de dienstverlener op grond van zijn nationaliteit of van het feit dat hij is gevestigd in een andere Lid-Staat dan die waar de dienst moet worden verricht" (gevoegde zaken 62 en 63/81, Seco, Jurispr. 1982, blz. 223, r. o. 8).

Kortom, de verschillende behandeling die Segers volgens de Bedrijfsvereniging ten deel moet vallen, vindt zijn oorsprong noch in de nationaliteit noch in de woonplaats van Segers, maar in het feit dat de moedermaatschappij waarvan hij directeur is, in een andere Lid-Staat is gevestigd. Het antwoord op de vraag of een onderdaan van een Lid-Staat enkel om deze reden kan worden beroofd van het genot van zijn nationale sociale-zekerheidswetgeving, moet dan ook worden gezocht in de artikelen 52 tot en met 58 EEG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging.

Naast deze vraag suggereren de verwijzingsbeschikking en de bij het Hof ingediende opmerkingen naar aanleiding van de vaststelling dat het Nederlandse filiaal van Slenderose in feite alle werkzaamheden van deze vennootschap verricht, dat het Hof

ook zou moeten onderzoeken of een dergelijk verschil in behandeling zijn rechtvaardiging kan vinden in het streven om pogingen tot wetsontduiking te voorkomen.

Ik wil achtereenvolgens op beide aspecten van het aldus omschreven uitleggingsvraagstuk ingaan.

4. Volgens artikel 52, tweede alinea, EEG-Verdrag omvat

„de vrijheid van vestiging... de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

De verplichting tot opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een Lid-Staat op het grondgebied van een andere Lid-Staat wordt in artikel 52, eerste alinea, uitgebreid tot

„beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een Lid-Staat die op het grondgebied van een Lid-Staat zijn gevestigd."

Deze bepaling moet worden gelezen in samenhang met artikel 58 EEG-Verdrag, dat bepaalt:

„De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een Lid-Staat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de Lid-Staten."

Het fundamentele beginsel van behandeling als eigen onderdanen, dat aldus sinds het eind van de overgangsperiode door artikel 52 wordt gewaarborgd, los van eventuele uitvoeringsrichtlijnen als voorzien in de artikelen 54 en 57 (zaak 2/74, Reyners, Jurispr. 1974, blz. 631, r. o. 24-30), werkt dus niet enkel ten gunste van natuurlijke personen, maar ook van vennootschappen, zodra deze voldoen aan de twee cumulatieve voorwaarden van artikel 58, eerste alinea, betreffende respectievelijk hun wettigheid en het bestaan van een aanknoping met een van de Lid-Staten.

De vrijheid van vestiging houdt dus enerzijds voor alle onderdanen van een Lid-Staat het recht in om in een andere Lid-Staat een vennootschap op te richten, zelfs als nevenvestiging, op de voorwaarden die in die Lid-Staat voor eigen onderdanen gelden (artikel 52, tweede alinea), en anderzijds voor vennootschappen het recht om in andere Lid-Staten activiteiten te ontplooien door middel van agentschappen, filialen of dochterondernemingen (artikel 52, eerste alinea).

Met betrekking tot dit laatste punt maakt het arrest van 28 januari 1986 (zaak 270/83, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1986, blz. 273), betreffende de weigering van Frankrijk om Franse filialen en agentschappen van in andere Lid-Staten gevestigde verzekeringsmaatschappijen in aanmerking te laten komen voor een bepaalde belastingvrijstelling, de strekking duidelijk van de in artikel 58 EEG-Verdrag neergelegde gelijkstelling van vennootschappen met natuurlijke personen. Het Hof overwoog in dit arrest:

„Voor vennootschappen moet in dit verband worden opgemerkt, dat hun zetel in de zin (van dat artikel) dient om de verbondenheid met de rechtsorde van een bepaalde Lid-Staat vast te stellen, zoals de nationaliteit dat bij natuurlijke personen doet."

Het Hof concludeerde hieruit, dat

„deze bepaling geheel zou worden uitgehold, wanneer men aanneemt dat de Lid-Staat van vestiging naar believen een andere behandeling zou mogen toepassen om de

enkele reden dat de zetel van de vennootschap zich in een andere Lid-Staat bevindt" (zaak 270/83, r. o. 18).

Nu heb ik hierboven al opgemerkt, dat de afwijzing van Segers' aanvraag uitsluitend berust op het feit dat hij aan het hoofd staat van een vennootschap met statutaire zetel te Londen. Zo bezien moet die afwijzing dus als discriminatoir worden gekwalificeerd.

Maar er is meer. Aan deze eerste principiële vaststelling moet nog een tweede worden toegevoegd, die berust op de feiten van de zaak. Een dergelijk verschil in behandeling op het gebied van de sociale zekerheid houdt het risico in, dat gemeenschapsonderdanen van welke nationaliteit ook, die reeds in Nederland zijn gevestigd, er bij voorbaat maar liever van afzien in het buitenland een vennootschap op te richten of grootaandeelhouder van een dergelijke vennootschap te worden. In dit licht bezien is het het in artikel 52, tweede alinea, EEG-Verdrag gegarandeerde recht van natuurlijke personen om in een andere Lid-Staat vennootschappen op te richten en te beheren, dat uiteindelijk iedere betekenis verliest.

Zo bezien lijkt ook de differentiatie op sociaal vlak, die de Bedrijfsvereniging wenst aan te brengen, in Nederland woonachtige gemeenschapsonderdanen te belemmeren in hun vrijheid van vestiging, aangezien de vennootschappen waarvan zij directeur zijn, daardoor de nationale behandeling wordt ontzegd die zij wel krijgen wanneer de directie de statutaire zetel op Nederlands grondgebied handhaaft.

5. Geen van de argumenten die de Bedrijfsvereniging heeft aangevoerd om onder de toepassing van de artikelen 52 en 58 uit te komen, is mijns inziens houdbaar.

In de eerste plaats stelt artikel 58 buitenlandse vennootschappen weliswaar niet uitdrukkelijk op één lijn met nationale vennootschappen, doch daaruit mag niet worden afgeleid dat deze bepaling in casu niet van toepassing is. Door de toepassing van artikel 52 EEG-Verdrag uit te breiden tot vennootschappen, geeft artikel 58 hun immers dezelfde vrijheden als particulieren en verplicht het de Lid-Staten om vennootschappen die hun zetel in een andere Lid-Staat van de Gemeenschap hebben, een nationale behandeling te geven.

In de tweede plaats kan ook de analyse van de Bedrijfsvereniging, dat het in casu om een zuiver nationale situatie zou gaan, nu het een Nederlander betreft die in Nederland woont en aldaar in feite al zijn werkzaamheden verricht, niet worden gevolgd. Immers, de verschillende behandeling die de Bedrijfsvereniging Segers wil geven, berust, zoals ik al enkele malen opmerkte, uitsluitend op het feit dat de moedermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd. De onderhavige situatie valt dus binnen het door de artikelen 52 en 58 EEG-Verdrag bepaalde communautaire kader. Laat ik hieraan toevoegen, dat het er weinig toe doet of het filiaal *in feite* alle werkzaamheden van de Britse vennootschap verricht, wanneer laatstgenoemde naar Brits recht is opgericht en voldoet aan een van de drie alternatieve aanknopingscriteria die artikel 58 noemt, in casu de vestiging van de statutaire zetel in Londen.

Ten slotte stelt de Bedrijfsvereniging ter weerlegging van het verwijt van discriminatie, dat onderdanen van de Lid-Staten met volledige kennis van zaken kunnen kiezen voor de oprichting van een vennootschap in Nederland dan wel in een andere Lid-Staat. Met een dergelijk argument holt men in werkelijkheid de vrijheid van vestiging voor vennootschappen totaal uit, want onder de bedrieglijke schijn van een vrije keuze voor de betrokkenen maakt men het voor de bui-

tenlandse vennootschappen, door hun sociale bescherming te onthouden, onaantrekkelijk om een vestiging in Nederland op te richten. Dit komt neer op een met de artikelen 52 en 58 strijdige beperking. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, brengt de regel van de nationale behandeling, toegepast op vennootschappen wier zetel in een andere Lid-Staat is gevestigd, mee, dat hun — al dan niet leidinggevend — personeel valt onder de sociale wetgeving die geldt voor hun collega's die werkzaam zijn bij vennootschappen die hun zetel in de Lid-Staat van vestiging hebben. In het Algemeen programma voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging van 18 december 1961 (PB 1962, blz. 36) vindt men een „nuttige aanwijzing" in die richting, om de woorden van het Hof te gebruiken (zie bij voorbeeld het arrest van 18 juni 1985, zaak 197/84, Steinhauser, Jurispr. 1985, blz. 1819, r. o. 15); volgens dit programma behoren tot de beperkingen van de vrijheid van vestiging onder meer die welke

„het recht om deel te nemen aan de sociale voorzieningen verbieden of beperken..." (titel III, punt A, sub i).

De weigering om leidinggevend personeel van een vennootschap in aanmerking te laten komen voor de voordelen van de nationale wettelijke regeling inzake verzekering tegen ziekte, om de enkele reden dat de vennootschap in een andere Lid-Staat is gevestigd, terwijl deze voordelen wel ten goede komen aan leidinggevend personeel van vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd, moet bijgevolg worden aangemerkt als een beperking van de vrijheid van vestiging, die sinds het eind van de overgangsperiode ingevolge artikel 52 juncto artikel 58 EEG-Verdrag is verboden, en dit niet alleen omdat als gevolg hiervan het recht wordt beperkt van in andere Lid-Staten gevestigde vennootschappen om door middel van hiertoe opgerichte filialen, agentschappen of dochterondernemingen hun werkzaamheden in Nederland uit te oefenen, maar ook omdat zij in Nederland gevestigde onderdanen ervan zou kunnen weerhouden om een dergelijke vennootschap op te richten of grootaandeelhouder ervan te worden.

6. Rest het probleem van de wetsontduiking.

Door een vennootschap naar het recht van een bepaalde Lid-Staat om te zetten in een filiaal van een in een andere Lid-Staat gevestigde vennootschap, zouden de onderdanen van eerstgenoemde Lid-Staat zich volgens de Bedrijfsvereniging mogelijk kunnen onttrekken aan de toepassing van hun nationale wetgeving. Het algemeen belang zou een beperking van het recht van vestiging verlangen om dit soort misbruik te voorkomen.

Deze stelling vraagt om de volgende opmerkingen:

De hierboven omschreven constructie wordt mogelijk gemaakt door de combinatie van het recht van natuurlijke personen om in een andere Lid-Staat een vennootschap op te richten, en het recht van rechtspersonen, met inbegrip van de aldus opgerichte vennootschappen, om hun werkzaamheden te verrichten door middel van een filiaal in het land van oorsprong van de natuurlijke persoon.

Deze situatie is, hoe paradoxaal zij ook moge lijken, het logisch gevolg van de rechten die het Verdrag waarborgt. Zij draagt overigens bij tot de verwezenlijking van het doel waarvoor de vrijheid van vestiging in het EEG-Verdrag is opgenomen: de bevordering van het vrije verkeer van personen en daardoor de verwezenlijking van een gemeenschappelijke markt. Het past in deze

opzet, dat een onderdaan van een Lid-Staat van de soepelheid van het Britse vennootschapsrecht profiteert en de aantrekkingskracht die een benaming met een angelsaksische connotatie volgens hem op zijn clientèle heeft, uitbuit.

Ook al heeft de Bedrijfsvereniging ter terechtzitting erkend dat zij de aanvraag niet heeft afgewezen omdat verzoeker in het hoofdgeding zou hebben proberen te frauderen, toch is niet uit te sluiten dat een constructie van het type als door verzoeker opgezet, voor frauduleuze doeleinden kan worden gebruikt. De enkele mogelijkheid van een dergelijk risico rechtvaardigt echter niet een algemene beperking van het recht van vestiging van natuurlijke en rechtspersonen. Anderzijds kan men de nationale autoriteiten niet het recht ontzeggen om van geval tot geval na te gaan, of de aldus opgerichte vennootschappen wel, zoals artikel 58 EEG-Verdrag uitdrukkelijk bepaalt, in overeenstemming met de desbetreffende wetgeving zijn opgericht. Het staat hun ook vrij om de werkzaamheden van de vennootschappen te controleren in het licht van de eisen van openbare orde. Artikel 56 EEG-Verdrag verklaart in dit verband dat de verdragsbepalingen

„niet afdoen aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgelegd voor vreemdelingen, welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn."

Onder dit voorbehoud, en hoe legitiem deze controle ook moge zijn, is de Lid-Staat verplicht om voor vennootschappen van andere Lid-Staten dezelfde voorwaarden te laten gelden ten aanzien van oprichting en functioneren als voor „nationale" vennootschappen zijn voorzien.

Waar het niet nodig is op de tweede prejudiciële vraag van de Centrale Raad van Beroep in te gaan, geef ik het Hof in overweging, voor recht te verklaren dat:

de weigering om de voordelen van een stelsel van sociale bescherming toe te kennen aan een directeur van een vennootschap, om de enkele reden dat de vennootschap in een andere Lid-Staat is gevestigd, vormt een met de artikelen 52 en 58 EEG-Verdrag strijdige beperking van de vrijheid van vestiging.