

Rechtspraak/Jurisprudence

HOF VAN JUSTITIE 30 SEPTEMBER 2003

VENNOOTSCHAPPEN

Vrijheid van vestiging – Misbruikbestrijding

Zet.: Rodriguez Iglesias (voorzitter), Puissochet, Wathelet (rapporteur), Schintgen, Timmermans (kamerpresidenten), Gulmann, Edward, La Pergola, Jann, Skouris, Macken, Colneric, von Bahr, Cunha Rodrigues en Rosas (rechters)

Advocaat-generaal: Alber

Zaak C-167/01, “Inspire Art”³

1. Nederland huldigt op vennootschapsrechtelijk vlak de incorporatietheorie: een vennootschap wordt qua vennootschapsrecht beheerst door het recht van het land waar zij haar statutaire zetel kiest, ook al ligt de werkelijke zetel elders. Omdat de Nederlandse overheid geconfronteerd werd met wat zij als misbruiken van dit beginsel beschouwde, werd de wet van 17 december 1997 op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen (verder: WFBV) ingevoerd. Formeel buitenlandse vennootschappen hebben hun statutaire zetel in het buitenland, maar zijn toch uitsluitend of nagenoeg uitsluitend economisch actief in Nederland en hebben geen werkelijke band met de staat overeenkomstig wiens recht zij zijn opgericht (art. 1 WFBV). Ondanks hun oprichting volgens vreemd recht, worden dergelijke vennootschappen door Nederland toch aan een aantal vennootschapsrechtelijke voorschriften onderworpen, hetzij voorschriften die ook voor Nederlandse vennootschappen gelden, hetzij specifiek voor hen geschreven verplichtingen. Meerdere van die verplichtingen gelden evenwel niet voor vennootschappen die onderworpen zijn aan de Europese vennootschapsrichtlijnen, zoals de Tweede Richtlijn inzake kapitaalbescherming, omdat Nederland ook wel inzag dat zulks flagrant in strijd met het Europese recht zou zijn geweest (artt. 4, lid 5 en 5 lid 3 WFBV).

2. Inspire Art was een door een Nederlander vanuit Nederland gerunde kunsthandel die de vorm aannam van een Engelse *private company limited by shares*, een vennootschapstype dat niet aan de Tweede Richtlijn inzake kapitaalbescherming onderworpen is. De Nederlandse overheid beschouwde Inspire Art Ltd. als een formeel buitenlandse vennootschap. Op basis van de WFBV (art. 4, leden 1 en 3) wou de Nederlandse overheid Inspire Art verplichten in het handelsregister en op alle stukken van haar uitgaand te laten

vermelden dat zij een formeel buitenlandse vennootschap was, en werd zij onderworpen aan dezelfde kapitaalvoorschriften als Nederlandse vennootschappen. Bij niet-naleving van die voorschriften, die veel strenger zijn dan de Britse regels, geldt volgens de WFBV als sanctie onbeperkte aansprakelijkheid van de vennootschapsbestuurders voor de vennootschapsschulden (art. 4, lid 4 WFBV).

3. Inspire Art meende dat de WFBV strijdig was met de vrijheid van vestiging voor vennootschappen, zoals gewaarborgd door de artikelen 43 en 48 van het EU-Verdrag, en de Nederlandse bodemrechter stelde in dat verband prejudiciële vragen.

De Nederlandse regering merkte onder meer op dat veel van de openbaarmakingsverplichtingen die Nederland aan formeel buitenlandse vennootschappen oplegt, in overeenstemming zijn met de Elfde Richtlijn. Het hof antwoordt hierop dat indien een materieel voorschrift van nationaal recht in overeenstemming is met het Europese recht, dat nog niet automatisch betekent dat de voorschriften, die de materiële regel sanctioneren, eveneens in overeenstemming met het Europese recht zijn. Ook de sanctie als dusdanig kan bijvoorbeeld een onevenredige beperking van het vrije vestigingsrecht zijn. De sanctie voor (formeel) buitenlandse vennootschappen mag bovendien niet strenger zijn dan voor vergelijkbare wetsovertredingen door Nederlandse vennootschappen (punten 62- 64 van het arrest).

4. Als antwoord op de prejudiciële vragen zelf overweegt het hof het volgende.

Artikel 2 van de 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, bevat een limitatieve lijst van de gegevens waarvan een lidstaat de bekendmaking moet respectievelijk mag vragen. De door die richtlijn nagestreefde harmonisering is daarom volledig, en wetgeving die bijkomende openbaarmakingsverplichtingen oplegt, zoals *in casu* de Nederlandse WFBV, is daarom steeds strijdig met de Elfde Richtlijn.

De artikelen 43 EG en 48 van het EU-Verdrag verzetten zich tegen een nationale wettelijke regeling als de WFBV, die de vrijheid van vestiging van een bijkantoor in die Lidstaat door een buitenlandse vennootschap, afhankelijk stelt van bepaalde voorwaarden betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders die in het nationale vennootschapsrecht voor de oprichting van vennootschappen worden gesteld. De redenen waarom de vennootschap in de eerste Lidstaat is opgericht, en de omstandigheid dat zij haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend in de lidstaat van vestiging van het bijkantoor uitoefent, ontne-

³ Nog niet gepubliceerd, raadpleegbaar op:
<http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl>.

men haar niet het recht, zich op de door het EU-Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging te beroepen, tenzij er sprake is van misbruik, hetgeen van geval tot geval moet worden aangetoond.

5. Met Inspire Art is duidelijk geworden dat de aanpak die het Hof van Justitie in de zaak *Centros*⁴ heeft gevolgd, vaste rechtspraak is geworden: het oprichten van brievenbusvennootschappen om te ontsnappen aan hinderlijk geacht vennootschapsrecht, om dan vanuit het land van incorporatie uitsluitend in het buitenland actief te worden middels oprichting van bijkantoren (“filialen”) is op zich onder geen beding een misbruik van de vrijheid van vestiging. Misbruik moet in concreto, van geval tot geval aangetoond worden door de nationale overheden die het willen bestrijden en men kan dus geen vermoedens invoeren die ertoe leiden dat bepaalde vennootschappen automatisch als “verdacht” worden gebrandmerkt en tengevolge daarvan, wanneer zij een secundaire vestiging openen in een ander land dan dat van hun primaire vestiging, worden onderworpen aan maatregelen ter bescherming van het algemeen belang, zoals het belang van schuldeisers. Anders gezegd: men mag alleen concreet bewezen misbruik van de vrijheid van vestiging bestrijden, niet aan de hand van profylactische regelen potentiële misbruiken pogen te bestrijden. Het wordt stilaan duidelijk dat het hof het leerstuk van het rechtsmisbruik inzake de verdragsvrijheden niet genegen is, inzake vrijheid van vestiging kan men zich moeilijk situaties voorstellen die door het huidige hof als misbruik beschouwd zouden worden.

6. Net zoals in *Centros* valt op dat het hof veel vertrouwen heeft in informatie als middel ter bescherming van schuldeisers, zeker nu de relevante bekend te maken informatie door de elfde richtlijn geharmoniseerd is. In punt 135 van het arrest wordt gesteld dat Inspire Art Ltd. zich voordeed als een Engelse vennootschap, dat de schuldeisers dus wisten dat zij niet aan het Nederlandse vennootschapsrecht met de daaraan verbonden waarborgen onderworpen was en dat de schuldeisers op basis daarvan contractuele waarborgen van Inspire Art konden vragen. Zoals bekend, gaat dergelijke gedachtegang niet op voor onvrijwillige schuldeisers. Men zou overigens moeilijk kunnen staande houden dat de WFBV mede is ingegeven door bezorgdheid voor schuldeisers uit onrechtmatige daad. De WFBV wil wel, onder meer, een andere categorie onvrijwillige schuldeisers beschermen, namelijk de belastingadministratie. Daarmee houdt het Hof van Justitie evenwel geen rekening, noch in *Centros*, noch in *Inspire Art*.

Hans De Wulf
Docent UGent
hans.dewulf@ugent.be

⁴ Arrest van 9 maart 1999, zaak C-212/97, *Jur.* 1999-I, 1459, in deze actualiteitsrubriek besproken door M. CRUYSMANS, *T.B.H.* 1999, 364.

SOCIÉTÉS

Liberté d'établissement – Lutte contre les abus

Siège.: Rodriguez Iglesias (président), Puissochet, Wathelet (rapporteur), Schintgen, Timmermans (présidents de chambre), Gulmann, Edward, La Pergola, Jann, Skouris, Macken, Colneric, von Bahr, Cunha Rodrigues et Rosas (juges)

Avocat-général: Alber

Affaire C-167/01, “Inspire Art”⁵

1. En droit des sociétés, les Pays-Bas adhèrent à la théorie de l’“incorporation”: en ce qui concerne le droit des sociétés, une société est régie par le droit du pays où elle a son siège statutaire, même si son siège réel se situe ailleurs. La loi du 17 décembre 1997 sur les sociétés étrangères de pure forme (“Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen”, ci-après: WFBV) a été instaurée parce que les autorités néerlandaises étaient confrontées à ce qu’elles considéraient comme des abus à ce principe. Les sociétés étrangères de pure forme sont celles qui ont leur siège statutaire à l’étranger, mais qui exercent leurs activités entièrement ou presque entièrement aux Pays-Bas et qui, de surcroît, ne présentent pas de lien réel avec l’Etat conformément au droit duquel elles ont été constituées (art. 1 WFBV). Malgré le fait qu’elles soient constituées suivant le droit étranger, ces sociétés sont malgré tout soumises par les Pays-Bas à un certain nombre de dispositions en matière de droit des sociétés, soit des dispositions qui s’appliquent également aux sociétés néerlandaises, soit des obligations qui leurs sont spécifiquement destinées. La plupart de ces obligations ne s’appliquent toutefois pas aux sociétés qui sont soumises aux directives européennes relatives aux sociétés, comme la deuxième directive en matière de protection du capital, car les Pays-Bas se rendent compte que ces obligations s’opposeraient de manière trop flagrante au droit européen (art. 4, alinéa 5 et 5 alinéa 3 WFBV).

2. Inspire Art était une société active dans la vente d’objet d’art, gérée des Pays-Bas par un ressortissant néerlandais, qui avait pris la forme d’une *private company limited by shares* anglaise, un type de sociétés qui n’est pas assujéti à la deuxième directive CE en matière de droit des sociétés. Les autorités néerlandaises considéraient Inspire Art Ltd. comme une société étrangère de pure forme. Sur base de la WFBV (art. 4, 1 et 3), les autorités néerlandaises voulaient obliger Inspire Art à se faire inscrire au registre de commerce et à mentionner sur tous les documents émanant d’elle

⁵ Pas encore publié, peut être consulté sur: <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr>.