

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

VENNOOTSCHAPSRECHT / DROIT DES SOCIÉTÉS

### ***Kornhaas*: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen**

*Hans De Wulf*<sup>f</sup>

1. De context .....	436
2. Feiten en rechtsvragen in het bodemgeschied " <i>Kornhaas</i> " .....	438
3. De eerste vraag behandeld door het Hof: betreft een bestuurdersaansprakelijkheidsnorm als § 64, II GmbHG een insolventierechtelijke aangelegenheid? .....	440
4. De tweede vraag: de verenigbaarheid van de toepassing van de bestuurdersaansprakelijkheid met de vrijheid van vestiging .....	442
a. Het korte antwoord van het Hof en verkeerde interpretaties ervan .....	442
b. De motivering van het arrest .....	444
5. Criteria voor de behandeling van aanverwante regels .....	446
Conclusie .....	447

#### SAMENVATTING

*Het arrest Kornhaas van het Hof van Justitie<sup>2</sup> brengt belangrijke verduidelijkingen aan in het internationale vennootschaps- en insolventierecht, en is meer bepaald van belang voor de afbakening van de lex fori concursus tegenover de lex societatis enerzijds<sup>3</sup> en de impact van de vrijheid van vestiging op de toepassing van regels uit het insolventierecht die gericht zijn op de bescherming van vennootschapscrediteuren anderzijds<sup>4</sup>. Het geschil draaide in wezen*

<sup>1</sup> Financial Law Institute, UGent.

<sup>2</sup> Arrest van 10 december 2015, C-594/14, gepubliceerd in dit nummer, p. 463. Substantiële besprekingen die op het moment van schrijven beschikbaar waren, zijn A. SCHALL, "Das Kornhaas-Urteil gibt grünes Licht für die Anwendung des § 64 GmbHG auf eine Limited mit Sitz in Deutschland- alles klar dank EuGH!", *ZIP* 2016, 289; P. KINDLER, "Insolvenzrecht als Tätigkeitsausübungsregel – die sachliche Reichweite der Niederlassungsfreiheit nach dem Kornhaas-Urteil des EuGH", *EuZW* 2016, 136; L. JONKERS, "Het HvJ EU in Kornhaas v. Dithmar: over toepasselijk recht op bestuurdersaansprakelijkheid en de verhouding tot de vrijheid van vestiging" in *INSUpdates* van 16 december 2015, [www.ins-updates.nl/commentaar/INS\\_2015\\_0358](http://www.ins-updates.nl/commentaar/INS_2015_0358). Reeds voor het arrest werd geveld had een auteur de mogelijke opties voor het Hof van Justitie geanalyseerd, zie A. SCHALL, "The Forthcoming Decision of the Kornhaas Case (C-594/14) – The Final Chapter in the European Traveller's Tales?", *ECFR* 2015, 280-298. Bij het ter perse gaan kreeg ik nog kennis van de noot van F. JAULT-SESEKE en D. ROBINE in *Bulletin Joly Sociétés* 2016, afl. 3, 29. Deze noot is kritisch, vooral over de conclusie van het Hof dat een vordering zoals bedoeld in Kornhaas tot het toepassingsgebied van de lex concursus gerekend wordt (de auteurs vinden het arrest "H" – zie infra – in dat opzicht ook verkeerd. Verder is hun standpunt mede ingegeven door het verbod van "virtueel faillissement" in Frankrijk, dat wil zeggen dat men een vennootschap die niet insolvent is verklaard, niet als insolvent mag behandelen). Eens die volgens hen verkeerde conclusie getrokken is vinden zij het wel logisch – al bekritisieren zij ook hier de motivering van het Hof – dat het Hof niet toelaat dat de toepassing van de lex concursus uitgehold wordt door een beroep op de vrijheid van vestiging.

<sup>3</sup> In de Belgische rechtsleer werd de problematiek onder meer behandeld in A. VAN HOE, "De reikwijdte van de vestigingsvrijheid in het vennootschapsrecht en het insolventierecht: convergentie of divergentie?", *TRV* 2012, 65-80 (annotatie van het arrest Interedil); H. DE WULF en L. VAN DEN STEEN, "Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen lex concursus en lex societatis, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS" in J. ERAUW en P. TAELEMAN (eds.), *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal, XXXV<sup>ste</sup> Cyclus Willy Delva*, Kluwer, 2009, 391-458. Zie verder bv. C. GERNER-BEUERLE en E. SCHUSTER, "The cost of Separation: Friction Between Company Law and Insolvency Law in the Single Market" *Journal of Corporate Law Studies* 2014, 287.

<sup>4</sup> Over de ganse problematiek, zie in de eerste plaats K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Deel 18, Reeks Instituut Financieel Recht, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 542 p., waar de implicaties van vrijheid van vestiging voor vennootschaps-, insolventie- en fiscaal recht worden belicht en vooral de wisselwerking tussen die drie domeinen. Men leze zeker ook K. MARESCEAU, "De "Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijk harmonisatieprogramma", *TPR*, 2015/2, 549-598.

rond de vraag of de rechter die bevoegd is voor insolventie bijzondere aansprakelijkheidsgronden voor vennootschapsbestuurders van failliete vennootschappen ook mag toepassen op bestuurders van buitenlandse vennootschappen die in het binnenland failliet verklaard worden en of, indien men de eerste vraag principieel bevestigend moet beantwoorden, de toepassing van die aansprakelijkheidsregels aan de beginselen van vrijheid van vestiging moet getoetst worden.

## RÉSUMÉ

*L'arrêt Kornhaas de la Cour de justice de l'Union européenne apporte des clarifications importantes sur le plan du droit international des sociétés et de l'insolvabilité. L'arrêt concerne plus spécifiquement la délimitation du champ d'application de la lex fori concursus vis-à-vis de celui de la lex societatis d'une part et, d'autre part, l'impact du principe de la liberté d'établissement sur l'application des règles du droit de l'insolvabilité, dont le but est la protection des intérêts des créanciers. Les questions centrales dans le litige étaient de savoir si le juge compétent pour prononcer la faillite d'une société étrangère peut également appliquer la loi du for pour se prononcer sur la responsabilité des administrateurs de cette société et, le cas échéant, si l'application de cette loi pour déterminer la responsabilité des administrateurs doit être soumise aux règles sur la liberté d'établissement.*

## 1. DE CONTEXT

Het is welbekend dat men in een internationale context het toepasselijk vennootschapsrecht aan de hand van de werkelijke zetelleer dan wel aan de hand van de incorporatieleer kan bepalen, en dat binnen de EU de statutaire zetelleer een boost heeft gekregen door de rechtspraak van het Hof van Justitie gaande van *Centros*<sup>5</sup> tot en met *Vale*<sup>6</sup>. Een belangrijke conclusie uit die arresten is dat wanneer een vennootschap opgericht is volgens het recht van een lidstaat, die lidstaat het recht behoudt om de aanknopingsfactoren te bepalen die vereist zijn opdat die vennootschap blijvend als een vennootschap van die lidstaat beschouwd zou worden (bv. mag die lidstaat bepalen dat een verplaatsing van de werkelijke zetel alleen het verlies van rechtspersoonlijkheid met zich meebrengt), maar dat wanneer een lidstaat van immigratie zijn eigen vennootschapsrecht op een vennootschap wil toepassen die is opgericht volgens het recht van een andere lidstaat, dit alleen kan indien de proportionaliteitstoets<sup>7</sup> – die qua vrijheid van vestiging gevestigd werd

met de arresten *Gebhard*<sup>8</sup>, *Segers*<sup>9</sup> en *Centros* – doorstaan wordt<sup>10</sup>. Tot voor kort – en met name tot voor *Kornhaas* – leefde bij velen de indruk dat weinig onderdelen van het vennootschapsrecht een toepassing van de proportionaliteitstoets konden overleven<sup>11</sup>.

Maar de incorporatieleer bepaalt alleen de *lex societatis* en die beheerst alleen maar de “internal affairs” van een vennootschap – voornamelijk oprichting, ontbinding en nietigheid; interne organisatie; bevoegdheidsverdeling qua interne beslissingsmacht en externe vertegenwoordigingsmacht<sup>12</sup>.

De *lex concursus* daarentegen beheerst uiteraard de insolventierechtelijke aangelegenheden. Overeenkomstig de Europese insolventieverordening<sup>13</sup> wordt de *lex concursus* aangeduid door het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar, kortweg COMI (*centre of main interests*). Nu bevat diezelfde verordening een vermoeden dat het COMI van rechtspersonen op hun statutaire zetel ligt, en

<sup>5</sup> HvJ 9 maart 1999, C-212/97, *Centros Ltd / Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Jur. 1999, p. I-01459.

<sup>6</sup> HvJ 12 juli 2012, C-378/10, *VALE Építési kft.*, Jur. 2012, p. I-0000.

<sup>7</sup> Ro. 133 uit het arrest *Inspire Art* geeft bv. de proportionaliteitstoets weer: “Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten nationale maatregelen die de uitoefening van de in het verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, om te kunnen worden gerechtvaardigd aan vier 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 (zie met name arresten van 31 maart 1993, C-19/92, *Kraus*, Jur., p. I-1663, punt 32 en 30 november 1995, C-55/94, *Gebhard*, Jur., p. I-4165, punt 37 en arrest *Centros*, reeds aangehaald, punt 34).”

<sup>8</sup> HvJ 30 november 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard / Consiglio dell'ordine degli avvocati procuratori di Milano*, Jur. 1995, p. I-04165.

<sup>9</sup> HvJ 10 juli 1986, nr. 79/85, *D.H.M. Segers / Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, Jur. 1986, 02375.

<sup>10</sup> Zie H. DE WULF m.m.v. K. MARESCAU, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie” in *Corporate Mobility in België en Europa*, Intersentia, 2014, 11-46 voor een algemeen overzicht.

<sup>11</sup> Voor die conclusie, zie K. MARESCAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Deel 18, Reeks Instituut Financieel Recht, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, Hoofdstukken 5 tot 7.

<sup>12</sup> Zie art. 111 WIPR voor een omschrijving van het toepassingsgebied (naar Belgische opvatting) van de *lex societatis*.

<sup>13</sup> Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (*Pb.L.* 160, p. 1). In 2015 werd een nieuwe insolventieverordening aangenomen, nl. verordening (EU) nr. 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 141, 5 juni 2015, maar deze is slechts van toepassing op insolventieprocedures die gestart worden na 26 juni 2017. Vandaar wordt er in dit artikel van de oude verordening uitgegaan (net als in het *Kornhaas*-arrest uiteraard).

het Europese Hof van Justitie heeft met de mijlpaalarresten *Eurofood*<sup>14</sup> en *Interedil*<sup>15</sup> duidelijk gemaakt dat het niet wil dat dit vermoeden gemakkelijk weerlegd kan worden, integendeel het Hof beschouwt het vermoeden als sterk. Maar de rechtspraak van nationale rechtbanken was al voor *Eurofood* en *Interedil* in die zin gevestigd dat rechters het vermoeden gemakkelijk weerlegd achten, en *Eurofood* heeft die tendens niet echt kunnen afremmen<sup>16</sup>.

Het gevolg is bekend: een vennootschap kan vennootschapsrechtelijk aan het recht van één lidstaat onderwerpen zijn, wellicht omdat zij volgens het recht van die lidstaat is opgericht en daar haar statutaire zetel heeft. Maar diezelfde vennootschap kan, in geval van insolventie, met het insolventierecht van een andere lidstaat, die van haar COMI, geconfronteerd worden, waarbij COMI zoals opgevat door nationale rechtbanken toch grotendeels met het concept “werkelijke zetel” correspondeert.

Tegen die achtergrond is de kwalificatie van bepaalde wettelijke voorschriften als “vennootschapsrechtelijk” of “insolventierechtelijk” van groot praktisch belang: het insolventierecht wordt regelmatig door een andere lidstaat geleverd dan het vennootschapsrecht. De afbakening tussen *lex societatis* en *lex concursus* was en is niet duidelijk<sup>17</sup>, zodat soms niet duidelijk is welk recht men op een grensoverschrijdende feitenconstellatie moet toepassen. Bovendien zijn op nationaal vlak de vennootschaps- en de insolventiewetgeving doorgaans min of meer behoorlijk op elkaar afgestemd en kunnen zij dus als tandem op elkaar inspelen<sup>18</sup>. Internationaal gezien, wanneer land A het vennootschapsrecht levert en land B het insolventierecht, is van dergelijke “coördinatie” natuurlijk geen sprake. De problematiek wordt heel duidelijk bij de bestudering van plichten van bestuurders in de nabijheid van insolventie en aansprakelijkheid na en voor feiten kort voorafgaand aan de insolventie. Indien een bestuurder van een vennootschap opgericht volgens het recht van land A ook kan geconfronteerd worden met bestuursplichten uit land B omdat rechters van land B zich bevoegd achten omdat het COMI van de vennootschap aldaar ligt, dreigt er onzekerheid te ontstaan voor de bestuurder over de vraag aan welke bestuurs-

plichten en gedragsregels in het algemeen hij zich te houden heeft. Dit is een situatie die zich in werkelijkheid voordoet, want het betreft hier normen waarvan de kwalificatie (vennootschapsrecht en dus beheerst door *lex societatis*, doorgaans aangewezen door de statutaire zetel; of insolventierecht dus beheerst door de *lex concursus*, vaak geleverd door de werkelijke zetel) betwist kan worden, en het is rond dergelijk voorschrift – artikel 64 van de Duitse BVBA-wet, meer bepaald § 64, II GmbHG – dat het arrest *Kornhaas* draaide.

Om de inzet van de discussie te begrijpen moet men er zich voorts rekenschap van geven dat sommigen in het kwalificeren van een wettelijk voorschrift als insolventierechtelijk van aard – zogenaamde “insolvencification”<sup>19</sup> – een middel zien om wat zij ervaren als de te verregaande interpretatie van de vrijheid van vestiging door het Hof van Justitie, een beetje terug te draaien. Deze juristen<sup>20</sup> zijn bang dat door het grote belang dat aan de incorporatieleer gehecht wordt ten gevolge van de rechtspraak over vrijheid van vestiging, malafide vennootschappen zich te eenvoudig zullen kunnen onttrekken aan het “lokaal” recht van het land waar hun werkelijke zetel zich bevindt en waar zich, volgens deze opvatting, de schuldeisers van de vennootschap blijkbaar in hoofdzaak bevinden. Minstens gaat men er bij die gedachtegang van uit dat er in hoofde van de schuldeisers een legitiem vertrouwen mag zijn dat hun juridische behandeling door het recht van het COMI zal beheerst worden. In werkelijkheid is die verwachting niet legitiem<sup>21</sup>, en wanneer men die verwachting toch als juridisch legitiem behandelt, is dit vooral nuttig voor overheidsschuldeisers (fiscus, RSZ) die inderdaad “nationaal” denken en wier claim op nationale wetten en niet op “grensoverschrijdende” contracten gebaseerd is. Het op het COMI en daarmee een bij de werkelijke zetel aansluitend begrip gebaseerd insolventierecht wordt dan als tegengewicht gezien. Die visie is terecht in die zin dat het op basis van het COMI aangeduid insolventierecht schuldeisersbeschermende maatregelen kan bevatten die niet in de *lex societatis* voorkomen. Daarentegen getuigt van een verkeerde rechtsopvatting de visie dat eens een regel internationaalprivaatrechtelijk als insolventierechtelijk gekwalificeerd is, de toepassing van de

14. HvJ 2 mei 2006, C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd.*, *Jur.* 2006, p. I-03854; zie bv. V. MARQUETTE, “Insolvabilité transfrontalière des groupes de sociétés: le rappel à l’ordre de la CJCE en faveur d’une interprétation stricte de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur”, *TBH* 2006, 804-809.

15. HvJ 20 oktober 2011, *Interedil Srl*, in *vereffening / Fallimento Interedil Srl en Intesa Gestione Crediti SpA*, *Jur.* 2011, p. I-09915. In dezelfde strengte zin HvJ 15 december 2011, C-191/10, *Rastelli Davide e C. Snc / Jean-Charles Hidoux*, *Jur.* 2011, p. I-13209.

16. *Ex multis* bv. B. WESSELS, “Multinational groups of companies under the EC Insolvency regulation: where do we stand?”, *Ondernemingsrecht* 2009, 243.

17. Zie bv. K. PANNEN (ed.), *European Insolvency Regulation*, Berlin, de Gruyter, 2007, 207-244 en in het bijzonder de tabel op p. 230-235 voor een gedetailleerd en leerrijk overzicht van de verschillende strekkingen in de zeer uitgebreide Duitse rechtsleer over dit kwalificatievraagstuk. Voor een beperkte aanvulling met een greep uit de meer recente rechtsleer, zie bv. A. SCHALL, voetnoot 1, *ZIP* 2016, zijn voetnoten 19 en 21 en bijhorende tekst.

18. L. LENNARTS, “EU Corporate Insolvency Law in the Wake of the ECJ’s *Deko Marty* Judgment”, *European Company Law* 2010, 108.

19. L. ENRIQUES en M. GELTER, “Regulatory Competition in European Company law and Creditor Protection”, *EBOR* 2006, (420), 450 lijken aan de oorsprong van het begrip te liggen. Zie tevens S. VAN DEN BRAAK, “Creditor protection at the Crossroads of Company and Insolvency law: the Dutch Example”, *European Company Law* 2008, 229.

20. Zie J. VANANROYE en G. LINDEMANS, “Het einde van de wereld die we kennen is nabij”, *TRV* 2015, 701 voor een illustratie van de (onterechte) vrees die bij sommigen leeft. In *TRV-RPS* 2016, nr. 2 zal een reactie verschijnen van D. BRULOOT en K. MARESCAU.

21. Zie mijn behandeling van het IPR van de zekerheidsrechten in H. DE WULF en P. WAULETEL, “Aspecten van internationaal privaatrecht” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (eds.), *Faillissement en gerechtelijk akkoord: het nieuwe recht*, Kluwer, 1998, (131), 177-196.

regel niet getoetst zou moeten worden aan de regels van vrijheid van vestiging van vennootschappen<sup>22</sup>. Dat is een misvatting en iets anders volgt ook niet uit het arrest *Kornhaas*. *Kornhaas* is misschien wel vooral een belangrijk arrest omdat het bevestigt – helemaal nieuw is dat zeker niet – dat sommige rechtsregels helemaal buiten het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging vallen en dus niet als belemmering ervan gezien kunnen worden. Het Hof lijkt daarbij vooral te denken aan regels die eerder de uitoefening van activiteiten dan de organisatie van een vennootschap viseren, maar heel duidelijk is de grens nog niet getrokken. Maar de grens tussen rechtsregels die wel als potentiële belemmering van de vestigingsvrijheid kunnen gezien worden – bijvoorbeeld duidelijk kapitaalvereisten –

en regels die, ook al zijn ze hinderlijk voor een grensoverschrijdend operationele vennootschap, in de ogen van het Hof niks te maken hebben met vrijheid van vestiging – zoals verschillen tussen de lidstaten in fiscale aanslagvoeten – valt niet samen met de grens tussen het vennootschapsrecht (*lex societatis*) en het insolventierecht (*lex concursus*), al zal het insolventierecht natuurlijk wel een kleiner percentage aan regels bevatten dat in essentie de organisatie en de markttoegang van een onderneming viseert dan het vennootschapsrecht<sup>23</sup>.

Nu de context geschetst is, is het tijd het arrest zelf te bekijken.

## 2. FEITEN EN RECHTSVRAGEN IN HET BODEMGESCHIL “KORNHAAS”

Mevrouw Kornhaas was zaakvoerder van een Britse *limited* (*private company limited by shares –ltd.*), nl. Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd., die zich bezig hield met het installeren van ventilatiesystemen. De vennootschap verrichtte het grootste deel van haar activiteiten in Duitsland en werd failliet verklaard door een Duitse rechtbank, op aangifte van de vennootschap zelf. De Duitse rechtbank achtte zich daarvoor bevoegd op basis van de vaststelling dat het centrum van voornaamste belangen (*COMI-centre of main interests*) van de ltd. zich in Duitsland bevond. Volgens artikel 3, 1. van de Europese insolventieverordening is de rechter van het COMI bevoegd om een vennootschap failliet te verklaren, en zal die rechter in beginsel zijn materieel insolventierecht toepassen op de insolventie die hij uitspreekt (art. 4, 1. verordening). De *limited* had in Duitsland zelf aangifte van faillissement gedaan. Volgens de curator was de insolventie van de ltd. feitelijk evenwel al enkele maanden voor de aangifte van faillissement ingetreden. In die tussenperiode had mevrouw Kornhaas, als zaakvoerder, nog meer dan 110.000 EUR aan betalingen door de ltd. laten gebeuren. De curator vordert die van haar terug op basis van § 64, leden 1 en 2 van de GmbH-wet. In de vertaling die het Hof van Justitie ervan geeft, luidt § 64 GmbHG:

- (1) “in geval van insolventie van de vennootschap dienen de bestuurders onverwijld, en uiterlijk drie weken nadat de insolventie is ingetreden, een verzoek in tot opening van de insolventieprocedure. Dit geldt eveneens, in wezen, indien blijkt dat de vennootschap een te hoge schuldenlast heeft;

- (2) de bestuurders zijn gehouden de vennootschap te vergoeden voor betalingen die zijn verricht na het intreden van de insolventie van de vennootschap of nadat is vastgesteld dat zij een te hoge schuldenlast heeft. [...]”

Merk meteen op dat deze Duitse aansprakelijkheidsnorm streng en rechtlijnig is: de bestuurder die betalingen heeft laten verrichten nadat insolventie *de facto* was ingetreden moet deze betalingen aan de vennootschap vergoeden, zonder dat beoordeeld moet of mag worden of de betaling gerechtvaardigd was of al dan niet in het nadeel van de schuldeisers is gebeurd. Bovendien is er naar Duits recht insolventie niet alleen wanneer er een liquiditeitsprobleem is, maar ook – en dat is voor een bestuurder vaak moeilijker vast te stellen – wanneer de vennootschap te veel schulden heeft in verhouding tot haar activa.

Het Duitse *Bundesgerichtshof* werd in wezen met drie rechtsvragen geconfronteerd, waarvan het de eerste en de derde bij wijze van prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voorlegde<sup>24</sup>.

De eerste vraag was of een aansprakelijkheidsvordering zoals omschreven in § 64, lid 2 GmbHG kon gekwalificeerd worden als een insolventierechtelijke aangelegenheid in de zin van artikel 4 insolventieverordening. Een bevestigend antwoord zou immers in beginsel betekenen dat de Duitse insolventierechter deze bepaling uit een Duitse vennootschapswet, op basis van de regel in artikel 4 verordening, kon toepassen op de bestuurder van wat onbetwist een bui-

<sup>22</sup> Zie vn. 45 voor auteurs die terecht geschreven hebben dat ook insolventierechtelijke regels aan de vrijheid van vestiging moeten getoetst worden.

<sup>23</sup> Zie J. ARMOUR, “Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition” in J. HOLDER en C. O’CINNEIDE (eds.), *Current Legal Problems*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 369-413.

<sup>24</sup> Zie voor het BGH-arrest van 2 december 2014 – II ZR 119/14, “Vorlagebeschluss zum EuGH bezüglich anwendbaren Rechts in internationalen Insolvenzverfahren”, *NZJ* 2015, 85, noot S. MOCK. Zie ook de bespreking van het BGH-verwijzingsarrest door W. SERVATIUS, “Insolvenznahe Geschäftssleiterhaftung bei EU-Auslandgesellschaften”, *Der Betrieb* 2015, 1087-1094.

tenlandse vennootschap was<sup>25,26</sup>, *in casu* een ltd. met statutaire zetel in Wales. Dit thans voor zover de Duitse insolventierechter bevoegd was om de insolventieprocedure over zulke vennootschap te openen overeenkomstig artikel 3 van de verordening omdat het insolventierechtelijke COMI van de vennootschap zich in Duitsland bevond; dát de Duitse rechter daartoe *in casu* bevoegd was stond in het geschil evenwel niet ter discussie.

Artikel 4 bepaalt welk recht van toepassing is op insolventieprocedures. Artikel 4, 1. bevat het beginsel: de lidstaat op wiens grondgebied een insolventieprocedure geopend wordt, levert het toepasselijk insolventierecht (voor zover de verordening zelf niet van dit beginsel afwijkt). Artikel 4, 2. bevat dan een niet-exhaustieve lijst van aangelegenheden betreffende het openen, verloop en sluiten van insolventieprocedures die in elk geval door deze *lex fori concursus* beheerst worden. Artikel 4, 2., m) bepaalt bijvoorbeeld dat de *lex fori concursus* de regels levert in verband met nietigheid en niet-tegenwerpelijkheid van rechtshandelingen die nadelig zijn gebleken voor alle schuldeisers<sup>27</sup>. Maar over aansprakelijkheid wegens het doen van betalingen nadat men aangifte van faillissement had moeten doen – de aansprakelijkheid die centraal stond in het bodemgeschil – de aansprakelijkheid voor laattijdige faillissementsaangifte als dusdanig, de aansprakelijkheid van bestuurders van failliete vennootschappen in het algemeen of nog de aansprakelijkheid voor handelingen die tot het faillissement hebben bijgedragen (kennelijk grove fouten, ongeoorloofde uitkeringen, ...) zwijgt de insolventieverordening in alle talen, zij bevat zelfs geen hint over wat het toepasselijk recht zou kunnen zijn of, wat hetzelfde anders geformuleerd is, of zulke aansprakelijkheidsvorderingen deel uitmaken van “het recht toepasselijk op insolventieprocedures”, dan wel van het vennootschapsrecht. Vandaar de eerste vraag van het BGH. Het Hof zal antwoorden dat vorderingen gebaseerd op § 64, lid 2 GmbH-wet wel degelijk als insolventierechtelijke vorderingen in de zin van artikel 4 van de insolventieverordening moeten beschouwd worden.

Het is duidelijk dat het BGH met een antwoord op de eerste vraag ook een uitweg zocht voor de tweede rechtsvraag waarmee het op nationaal niveau geconfronteerd werd. § 64, lid 2 GmbHG is ontegensprekelijk deel van een Duitse wet die alleen op Duitse vennootschappen van toepassing is, en dan nog wel zeer duidelijk enkel op vennootschappen die de vorm van een GmbH hebben aangenomen. “Kornhaas ltd.” was natuurlijk een Britse vennootschap die niet de rechtsvorm van een GmbH had aangenomen. Het is duidelijk dat het BGH en de meeste Duitse rechtsleer een “analoge” toepassing van § 64 op het “functionele equivalent” van de GmbH, nl. een ltd., niet zuiver vonden<sup>28</sup>. § 64 is immers niet van toepassing op “vennootschappen” of “rechtspersonen” of “insolvente handelaars”, maar enkel en alleen op *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* opgericht volgens het GmbH-Gesetz. Maar het BGH zag voor zichzelf een uitweg, die overigens ook al in bepaalde Duitse rechtsleer naar voor was geschoven<sup>29</sup>: indien § 64 GmbHG ondanks zijn plaats in het GmbHG materieel gezien als een norm van insolventierecht kon gekwalificeerd worden, dan zou, volgens deze stelling, de toepassing van § 64 GmbHG op een Britse limited met COMI in Duitsland rechtstreeks uit de insolventieverordening volgen. Weliswaar zou de Britse limited daarvoor niet geherkwalificeerd worden in een Duitse GmbH, maar toch zouden de Duitse rechtbanken zich in dat geval blijkbaar meer gelegitimeerd voelen om een regeling geschreven voor Duitse GmbHs op een buitenlandse andere rechtsvorm toe te passen. Het is twijfelachtig dat er een overtuigende logica schuilgaat achter deze opvatting – er is immers geen relevant verschil tussen de analoge toepassing van artikel 64 GmbHG omdat het COMI van de betrokken vennootschap nu eenmaal in Duitsland ligt en de zogezegd rechtstreekse toepassing van § 64 GmbHG ten gevolge van artikel 4 van de verordening. Artikel 4 bevat immers zelf geen substantiële regels van insolventierecht maar verwijst gewoon door naar het nationaal insolventierecht, dus naar § 64 GmbHG (als die insolventierecht is), en die bepaling is duidelijk alleen voor GmbHs, niet voor ltds geschreven. De ganse gedachtegang lijkt mij eerder een kwestie van psycho-

<sup>25</sup>. In het bodemgeschil werd niet betwist dat Kornhaas ltd. een Britse vennootschap was. Duitsland hanteert overigens voor vennootschappen van binnen de EU de statutaire zetelleer: BGH 3 maart 2003, *BGHZ* 154, 185; BGH 7 mei 2007, *ZIP* 2007, 1306.

<sup>26</sup>. Het BGH stelt zijn prejudiciële vraag zo dat het Hof van Justitie impliciet ook moet antwoorden op de vraag of het relevant is dat de betalingen die volgens de Duitse wet tot aansprakelijkheid aanleiding geven, gebeurd zijn in het tijdvak voor de opening van de insolventieprocedure, maar wel nadat de insolventie zoals gedefinieerd naar Duits recht, was ingetreden. Het BGH zal beseft hebben dat het iets meer – al is het duidelijk niet veel – voor de hand ligt een aansprakelijkheidsvordering voor bestuurshandelingen die ten onrechte na opening van een formele procedure zijn gesteld als insolventierechtelijk te kwalificeren dan dit het geval is voor handelingen die voor de opening van een insolventieprocedure zijn gesteld, al is het nadat de insolventie feitelijk is ingetreden. Het BGH stelt de vraag naar de relevantie evenwel niet expliciet, als aparte vraag, en het Hof van Justitie antwoordt er dan ook niet expliciet op. Aangezien het Hof van Justitie niets expliciets over de vraag zegt, is het redelijk aan te nemen dat het voor het Hof geen verschil maakt of een aansprakelijkheidsvordering betrekking heeft op na dan wel voor de opening van de procedure gestelde rechtshandelingen om haar insolventierechtelijk te kwalificeren. Het tegendeel zou verwonderd hebben nu het bestuur in de regel geen tot weinig handelingen meer zal mogen stellen, althans niet in een liquidatieprocedure, na het openen van de procedure.

<sup>27</sup>. Art. 13 insolventieverordening bevat een uitzondering op de mogelijkheid tot nietigverklaring op basis van de *lex fori concursus* van nadelige rechtshandelingen. De wederpartij bij een *pauliana*-vordering kan opwerpen dat de bestreden handeling onderworpen is, als dusdanig, aan het recht van een andere lidstaat dan die van het COMI, en dat die andere lidstaat geen mogelijkheid tot aanvechting voorziet. In dat geval mag de handeling niet nietig verklaard worden met toepassing van het recht van het COMI-land.

<sup>28</sup>. Zie A. SCHALL, vn. 2, *ECFR* 2015, 283, punt III.1 met verdere verwijzingen.

<sup>29</sup>. Zie A. SCHALL, vn. 2, *ECFR* 2015, 283.

logie te zijn<sup>30</sup>, een gewetenssusser dus. Maar het eindresultaat lijkt in elk geval wel bevredigend en terecht: aangezien het COMI van de vennootschap in Duitsland ligt, mag het gans Duits insolventierecht toegepast worden, ook al is een deel daarvan te vinden in een vennootschapswet.

Hoe dan ook, het Hof van Justitie zou niet bevoegd geweest zijn om rechtstreeks de vraag te beslechten of § 64 GmbHG kon toegepast worden op een buitenlandse vennootschap die geen GmbH is. Dat zou, zo geformuleerd, immers een vraag van toepassing van nationaal recht geweest zijn, terwijl het Hof alleen Europees recht mag uitleggen. Het BGH heeft de vraag dan ook niet rechtstreeks gesteld, maar wou er duidelijk wel een antwoord op. Dit verklaart de verwijzing van het BGH naar de meningsverschillen binnen de Duitse rechtsleer over de toepasselijkheid van § 64 GmbHG op lts met zwaartepunt in Duitsland<sup>31</sup>. Met het antwoord van het Hof van Justitie dat § 64, lid 2 inderdaad een insolventierechtelijke vordering betreft, kan het BGH nu wel vooruit in de nationale procedure.

Het derde probleem waarmee het BGH geconfronteerd werd gaf aanleiding tot de tweede prejudiciële vraag: indien § 64

GmbHG inderdaad een insolventierechtelijke norm is die bijgevolg door de Duitse insolventierechter in beginsel mag toegepast worden op een Britse limited met COMI in Duitsland, strijdt de toepassing van die regel dan niet met het beginsel van vrijheid van vestiging? Hierop zal het Hof van Justitie antwoorden dat de aard van de regel uit § 64 GmbHG met zich mee brengt dat deze regel de vrijheid van vestiging niet aantast. Er moet dus niet *in concreto* getoetst worden of de toepassing van de aansprakelijkheidsvordering *ex* § 64 GmbHG verenigbaar is met de vrijheid van vestiging, want het staat reeds *in abstracto* en algemeen vast dat de regel niet raakt aan de vrijheid van vestiging, dus als het ware buiten het toepassingsgebied ervan valt.

De antwoorden die het Hof gegeven heeft zijn duidelijk en zowel positiefrechtelijk als beleidsmatig goed verdedigbaar. We zullen nu de motivering en de implicaties van deze antwoorden nader bekijken, en daarbij vaststellen dat het Hof helaas slordig is geweest bij de motivering van zijn oordeel, hetgeen tot misverstanden kan en zal<sup>32</sup> leiden bij de interpretatie van het arrest.

### 3. DE EERSTE VRAAG BEHANDELD DOOR HET HOF: BETREFT EEN BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEIDSNORM ALS § 64, II GmbHG EEN INSOLVENTIERECHTELIJKE AANGELEGENHEID?

De eerste vraag die het Hof beantwoordt is of § 64, lid 2 GmbHG een insolventierechtelijke vordering betreft in de zin van artikel 4 insolventieverordening, die bijgevolg door de Duitse insolventierechter kan toegepast worden op een buitenlandse vennootschap.

Het was voorspelbaar dat het Hof hierop bevestigend zou antwoorden. Reeds in het arrest “*H*” had het Hof geoordeeld dat de rechter die overeenkomstig artikel 3 van de insolventieverordening bevoegd was om een insolventieprocedure te openen, tevens bevoegd was om uitspraak te doen over een vordering op basis van § 64, lid 2 GmbHG<sup>33</sup>. Weliswaar betrof de zaak “*H*” de interpretatie van artikel 3 insolventie-

verordening en dus de vraag *welke rechter bevoegd* was voor zulke aansprakelijkheidsvorderingen, terwijl “*Kornhaas*” rond artikel 4 van de verordening draaide en dus de vraag stelde naar het *toepasselijk recht*. Niettemin was in “*H*” reeds duidelijk geoordeeld dat de aansprakelijkheidsnorm in § 64, lid 2 GmbHG als een insolventierechtelijke vordering mocht gekwalificeerd worden. Het Hof bouwde hierbij voort op de zaak “*Deko Marty*”, ook bekend als “*Seagon*”<sup>34</sup>, zaak die op haar beurt mede geïnspireerd was door de gedachtegang van het Hof in het arrest “*Gourdain / Nadler*”<sup>35</sup>. *Gourdain / Nadler* betrof de interpretatie van het toenmalige EEX-verdrag van 1968, vandaag de Brussel I-Verordening

<sup>30</sup>. De emotie die speelt is m.i. ongeveer de volgende: “De grote Europese papa heeft gezegd dat het mag, dus het mag, het zijn niet wij, stoute Duitsers, die het recht in eigen handen hebben genomen om tegen onze Engelse broer te zeggen dat hij volgens onze Duitse regels moet spelen.”

<sup>31</sup>. Zie ro. 9 uit “*Kornhaas*”: “*In de Duitse doctrine bestaat echter een controverse over de vraag of § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG kan worden opgevoerd tegen de bestuurders van vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van andere lidstaten van de Europese Unie, maar waarvan het centrum van hun voornaamste belangen in Duitsland is gelegen.*” Zie ook het verwijzingsarrest van het BGH, NZI 2015, 85, randnrs. 15 en 16 met talrijke verwijzingen naar de Duitse rechtsleer.

<sup>32</sup>. Eén van de weinig annotaties die op het moment van schrijven al gepubliceerd is, die van Peter Kindler, bevat reeds een foutieve gevolgtrekking uit het arrest, nl. dat voorschriften die geen betrekking hebben op het minimumkapitaal van een vennootschap, maar slechts op andere aspecten van kapitaalvorming en -bescherming, niet aan de vrijheid van vestiging moeten getoetst worden wanneer men ze wil opleggen aan een in het buitenland opgerichte vennootschap met werkelijke zetel of COMI in het binnenland. (KINDLER, vn. 2, 139, punt IV, derde streepje van de kleingedrukte tekst). Het gaat nochtans zonneklaar om puur vennootschapsrechtelijke voorschriften en Kindler zelf is van oordeel – een afbakening die wij als dusdanig verwerpen – dat vennootschapsrechtelijke voorschriften aan de vestigingsvrijheid getoetst moeten worden (en insolventierechtelijke niet). Kindler baseert zijn oordeel enkel op het feit dat het Hof van Justitie in “*Kornhaas*” enkel over minimumkapitaal en niet over kapitaal in het algemeen spreekt.

<sup>33</sup>. Arrest *H*, C-295/13, EU:C:2014:2410, met name ro. 26.

<sup>34</sup>. HvJ 12 februari 2009, C-339/07, *Jur.* 2009, p. I-00767. Zie ook bv. L. LENNARTS, “EU Corporate Insolvency Law in the Wake of the ECJ’s *Deko Marty* Judgment”, *European Company Law* 2010, 106-112.

<sup>35</sup>. 22 februari 1979, C-133/78, *Jur.* 1979, 733.

inzake rechterlijke bevoegdheid. Die verordening bepaalt dat zij niet van toepassing is in onder meer insolventiezaken; “*Gourdain*” draaide ronde de interpretatie van het begrip insolventierecht voor toepassing van de Brussel I-Verordening, en het Hof oordeelde hier dat vorderingen die rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien en geheel binnen het kader van een faillissement passen, als insolventierechtelijke vorderingen moesten beschouwd worden. Het Hof van Justitie bouwde uitdrukkelijk op “*Gourdain*” voort om in “*Deko Marty*” te oordelen dat de rechtbank die bevoegd was een insolventieprocedure te openen, ook bevoegd was om kennis te nemen van de pauliaanse vordering die door de curator van de failliete vennootschap werd ingesteld tegen een derde die een vennootschap met statutaire zetel in het buitenland was. Zulke faillissementspauliana behoorde volgens het Hof tot de categorie van de vorderingen die rechtstreeks uit de faillissementsprocedure voortvloeien en er nauw mee samenhangen, en dat is volgens het Hof de categorie vorderingen die, in het licht van considerans 6 bij de insolventieverordening en teneinde artikel 3, 1. van de verordening zijn nuttig effect te geven, als een insolventievordering in de zin van artikel 3, 1. verordening moeten gezien worden. “*H*” had dan gewoon bevestigd dat vorderingen op basis van § 64, lid 2 GmbHG ook onder die categorie vielen.

Het Hof gaf in “*Kornhaas*” nog andere redenen dan de gelijkloop met de zaak “*H*” om § 64 GmbHG als insolventierecht te kwalificeren.

Het Hof hecht er belang aan dat de § 64-vordering afwijkt van het gemeen burgerlijk en handelsrecht, “juist vanwege de staat van insolventie waarin deze vennootschap” moet verkeren. De Duitse rechtsleer leert dat § 64 GmbHG ook kan ingeroepen worden zonder dat formeel een insolventieprocedure geopend is<sup>36</sup>, maar de eiser zal inderdaad steeds minstens feitelijk ingetreden insolventie moeten bewijzen. Verder ziet het Hof § 64, lid 2 als een sanctivering van § 15bis insolvenzordnung<sup>37</sup>, die in wezen bepaalt dat het bestuursorgaan binnen de 3 weken na het intreden van de insolventie, aangifte van faillissement moet doen. Het Hof oordeelt dat indien er tijdig aangifte van faillissement wordt gedaan, de aansprakelijkheid ex § 64 niet meer kan intreden. Het Hof wijst vervolgens ook nog op het feit dat § 64 bijdraagt aan de verwezenlijking van een “doelstelling die intrinsiek verband houdt met elke insolventieprocedure”, nl. verhinderen dat de toekomstige faillissementsboedel verkleind wordt voordat de insolventieprocedure wordt geopend.

Misschien al minder overtuigend is de parallel die het Hof trekt tussen § 64 GmbHG en de regels over de niet-tegenwerpelijke van voor de schuldeisers nadelige handelingen die volgens artikel 4, 2., onder m) van de insolventieverordening onder de *lex fori concursus* valt. Dit argument is nl. een tweesnijdend zwaard. Aangezien bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen, in tegenstelling tot de sanctie van niet-tegenwerpelijke of nietigheid van rechtshandelingen, nergens in de verordening genoemd worden als onderdeel van het insolventierecht, ook niet de aansprakelijkheid voor de “*action en comblement du passif*” (het Belgische art. 530 W.Venn.), heeft men een tekstargument om te zeggen dat zij niet gevat worden.

Zwak en kunstmatig is ten slotte de argumentatie van het Hof in ro. 19<sup>38</sup>. Het Hof zegt daar dat uit de insolventieverordening volgt dat de *lex fori concursus* toepasselijk is op aansprakelijkheidsvorderingen zoals in het geschil omdat volgens de verordening de regels over het openen van de procedure geleverd worden door de *lex fori concursus* en de bedoelde aansprakelijkheidsregels zijn ter sanctivering van de voorschriften over het openen van de procedure. Dit is een onovertuigende gedachtegang omdat de geviseerde aansprakelijkheidsregeling niet de laattijdige aangifte van faillissement viseert, maar het doen van betalingen nadat insolventie was ingetreden. Het is daarom ietwat kunstmatig te argumenteren dat de aansprakelijkheidsregeling de regels over het openen van insolventieprocedures sanctioneren.

Maar deze laatste zwakkere motivering kan niet wegnemen dat globaal genomen er overtuigende redenen waren om de bedoelde vorderingen als insolventierechtelijke vorderingen te zien. Daarmee heeft het Hof meteen terecht de visie van heel wat rechtsleer bevestigd dat de plaats van een wettelijke regel, nl. of hij in vennootschaps- dan wel in insolventiewetgeving voorkomt, geen enkel belang heeft voor de beantwoording van de vraag of de regel onder de *lex societatis* dan wel onder de *lex concursus* valt<sup>39</sup>. In casu werd een regel uit de vennootschapswet als insolventierechtelijk bestempeld, maar het omgekeerde zou even goed kunnen gebeuren. In dat licht moet men het belang van een wetwijziging die in België gepland is, relativeren. Op initiatief van minister Geens wordt momenteel gewerkt aan aanpassingen aan de insolventiewetgeving door een werkgroep onder leiding van Ivan Verougstraete, en aan een volledig nieuw Wetboek Vennootschappen en Verenigingen door een andere werkgroep<sup>40</sup>.

<sup>36</sup>. Zie ook het verwijzingsarrest van het BGH, *NZI* 2015, 85-86, nrs. 8 en 19 met verwijzingen naar de Duitse rechtsleer.

<sup>37</sup>. De Duitse faillissementswet. § 15bis InsO betreft de aangifteplicht en daarmee ook de zgn. “Konkursverschleppung”.

<sup>38</sup>. Aldus ook de kritiek van Kindler (vn. 2, p. 138) en van A.L. Jonkers in INSUpdates van 16 december 2015, [www.ins-updates.nl/commentaar/INS\\_2015\\_0358](http://www.ins-updates.nl/commentaar/INS_2015_0358).

<sup>39</sup>. Zie reeds M. VIRGOS en F. GARCIMARTIN, *The European Insolvency regulation: law and Practice*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 61, vn. 101 (deze beide auteurs zijn de voornaamste opstellers van de oorspronkelijke insolventieverordening en haar voorbereidende werken). Verder onder meer L. ENRIQUES en M. GELTER, “Regulatory Competition in European Company law and Creditor Protection”, *EBOR* 2006, (420), 450; W-G. RINGE, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, *EBOR* 2008, 609; E.M. KIENINGER, “The Law Applicable to Corporations in the EC”, *RebelsZ* 2009, 614.

<sup>40</sup>. Waarbij de leiding over het eigenlijke schrijfwerk in handen ligt van vier personen, nl. Paul-Alain Foriers, Jean-Marie Nelissen-Grade, Marieke Wyckaert en mijzelf. Er wordt evenwel een beroep gedaan op een ruimere groep van “drafters” voor allerlei deelmateries.

Deze twee werkgroepen zijn akkoord gegaan om het huidige artikel 530 W.Venn. – de bestuurdersaansprakelijkheid, na faillissement, voor het nettopassief indien een kennelijk grove fout tot het faillissement heeft bijgedragen – naar de insolventiewetgeving (die in het WER geïntegreerd wordt) te verplaatsen, in zekere zin als tegengewicht voor de invoering van de statutaire zetelaar die door de werkgroep vennootschapsrecht voorbereid wordt. Ik sta achter deze verplaatsing van wat steeds in wezen een insolventierechtelijke norm geweest is, maar ze is niet nodig om de regeling onder artikel 4 insolventieverordening te laten vallen. Het enige voordeel van een verplaatsing naar de insolventiewetgeving is dat deze laatste niet rechtsvormgebonden is, terwijl de meeste bepalingen in het W.Venn. slechts voor een bepaalde rechtsvorm gelden (art. 530 bv. voor NV's, hoewel er wel een equivalent voor BVBA's – art. 265 W.Venn. – maar niet voor andere vennootschapsvormen is). Overigens verhindert, omgekeerd, de locatie van een norm in de insolventiewetgeving niet dat de toepassing ervan aan de vrijheid van vestiging zou getoetst worden – zoals verder uit te leggen is één les die men in geen geval uit “Kornhaas” mag trekken dat de

insolventiewetgeving immuun zou zijn voor de proportionaliteitstoets die sinds *Gebhardt* en *Centros* geldt. In Duitsland heeft men overigens enkele jaren geleden reeds een gelijkwaardige ingreep doorgevoerd als degene die nu in België gepland staat: door het zogenaamde MoMiG werd de regel over niet-tijdige aangifte van faillissement verplaatst van de vennootschapswetgeving naar de insolventiewetgeving, tevens in de hoop aldus te kunnen argumenteren dat de regel insolventierechtelijk van aard is en dus kan toegepast worden op vennootschappen opgericht in het buitenland maar met COMI in Duitsland<sup>41</sup>. “Kornhaas” maakt zonneklaar dat dergelijke verplaatsing overbodig is geweest.

Een laatste opmerking over de insolventierechtelijke kwalificatie van § 64, II GmbHG. Die kwalificatie heeft onvermijdelijk tot gevolg dat men de norm niet zal kunnen toepassen op een GmbH die zijn COMI buiten Duitsland heeft, bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk of België. Daar zal men deze “harde” beschermingsmaatregel voor vennootschapsschuldeisers niet kunnen invoeren, maar zich moeten beperken tot de toepassing van de zwakkere lokale regels<sup>42</sup>.

#### 4. DE TWEDE VRAAG: DE VERENIGBAARHEID VAN DE TOEPASSING VAN DE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID MET DE VRIJHEID VAN VESTIGING

##### a. Het korte antwoord van het Hof en verkeerde interpretaties ervan

Wat de tweede prejudiciële vraag betreft, of de toepassing van § 64, II GmbHG verenigbaar is met de vrijheid van vestiging, komt het Hof van Justitie in ro. 29 tot een glasheldere conclusie: “Een nationale bepaling als § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG kan derhalve de vrijheid van vestiging niet aantasten.” Het is duidelijk dat het Hof de proportionaliteitstoets niet toepast. Het zegt dus niet: een regeling als de onderhavige kan de *Centros*-test doorstaan. Het zegt: de regeling raakt niet aan de vrijheid van vestiging. De reden hiervoor is volgens de motivering van het Hof dat de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling uit § 64 GmbHG geen betrekking heeft op de oprichting van een vennootschap of de vestiging ervan in een ander land, maar daarentegen alleen op de *activiteiten* van de vennootschap en dan nog slechts wanneer de vennootschap insolvent wordt. In ro. 25 maakt het Hof duidelijk dat regels die de rechtsbekwaamheid van een vennootschap betreffen, of haar minimumkapitaalplichten, daarentegen duidelijke voorbeelden zijn van regels die wel de vestiging van een vennootschap betreffen. De cruciale motiverende rechtsoverweging in het

arrest is nr. 29. Hoewel het Hof daar strikt genomen alleen een negatieve uitspraak doet – nl. dat een norm zoals § 64, II GmbHG niets te maken heeft met oprichting of vestiging in een andere lidstaat, en dus niet gevat wordt door de regels over vrijheid van vestiging – kan er toch zonder twijfel een positieve conclusie uit getrokken worden, nl. dat het Hof onderscheidt tussen enerzijds regels over vestiging en anderzijds regels die primair activiteiten viseren.

Zoals Alexander Schall heeft aangegeven, leefden voor “Kornhaas” geveld werd, minstens vier opvattingen (allemaal vertegenwoordigd in minstens de ideeënrijke Duitse rechtsleer) over de toetsing van de verenigbaarheid van een toepassing van § 64 op bestuurders van een buitenlandse vennootschap met de vrijheid van vestiging<sup>43</sup>.

Bij sommigen leefde het idee – en minstens één Duitse auteur heeft in “Kornhaas” de bevestiging van deze methodologisch foute denkwijze gezien<sup>44</sup> – dat als een regel tot de *lex concursus* behoort, hij niet aan vrijheid van vestiging getoetst moet worden. Het insolventierecht vormt in die opvatting een “safe harbour” die beschermt tegen de vrijheid van vestiging. Dat is natuurlijk niet waar: om het even welke norm, of hij nu in een vennootschaps- of insolventiewet

<sup>41</sup> Zie A. SCHALL, vn. 2, *ECFR* 2015, 291 boven.

<sup>42</sup> Vgl. A. SCHALL, vn. 2, *ECFR* 2015, 288.

<sup>43</sup> A. SCHALL, vn. 2, *ZIP* 2016, 291 punt 1. Uit de omvangrijke Duitse rechtsleer over de toepassing van § 64 GmbHG op buitenlandse vennootschappen (en met name Ltds) vermelden we als één van de meest geciteerde bijdragen: M.-Ph. WELLER en A. SCHULZ, “Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Auslandsgesellschaften”, *IPRax* 2014, 336.

<sup>44</sup> P. KINDLER, vn. 2, p. 138.

staat, materieel gezien vennootschaps- of insolventierechtelijk is en verder ongeacht of hij nationaalrechtelijk is dan wel behoort tot het secundair recht van de Europese Unie, moet aan de vestigingsvrijheid getoetst worden<sup>45</sup>. Zelfs de insolventieverordening moet aan de verdragsvrijheden getoetst kunnen worden. Maar wel juist is dat sommige regels (opnieuw: ongeacht of ze in vennootschappenwet dan wel insolventiewet staan), niets te maken hebben met vrijheid van vestiging; dát heeft het Hof in *Kornhaas* via een *Keck*-achtige ingreep bevestigd (zie *infra*), en in het insolventierecht heeft men ongetwijfeld meer regels die men aan de categorie “activiteiten” kan koppelen dan in het vennootschapsrecht, waar de regels eerder “oprichting en organisatie” viseren. Maar het weze herhaald dat het methodologisch fout is de categorieën “vennootschapsrecht” en “insolventierecht” te gebruiken om het toepassingsgebied van de proportionaliteitstoets af te bakenen.

Een variant van de “*lex concursus* als safe harbour”-opvatting is de visie dat het Hof in “*Kornhaas*” afstand heeft gedaan van de “algemene proportionaliteitstest” zoals die door *Gebhard* en *Centros* in zaken van vrijheid van vestiging van vennootschappen was gevestigd en ook voor de drie andere fundamentele vrijheden geldt<sup>46</sup>. Niet elke maatregel die potentieel de vrije vestiging belemmert zou daarom aan de proportionaliteitstoets onderworpen moeten worden, alleen maatregelen in verband met oprichting en rechtsbekwaamheid en vestiging in de zin van de verplaatsing van een entiteit opgericht in de ene lidstaat naar een andere lidstaat. Dergelijke conclusie kan uit *Kornhaas* niet getrokken worden. Indien het Hof had willen terugkomen op het fundamentele principe, dat tegenwoordig zelfs inzake vrijheid van kapitaalverkeer erkend wordt, dat de proportionaliteitstoets moet toegepast worden op alle potentiële belemmeringen, had het dit ongetwijfeld expliciet gezegd. De zienswijze alsof “*Kornhaas*” op de veralgemeende proportionaliteitstoets wil terugkomen, is vanuit een rechtssystematisch, zeg maar methodologisch standpunt verkeerd: de vraag is niet of de proportionaliteitstoets moet toegepast worden als een potentiële belemmering van de vrijheid van vestiging voorligt – daarop blijft het antwoord zonder twijfel: “ja” – de enige vraag is of een maatregel de vrijheid van vestiging betreft. Het Hof schrijft in “*Kornhaas*” dan ook niet dat een regel zoals § 64 GmbHG niet aan de proportionaliteitstoets onderworpen is; het schrijft dat zulke regels noch de oprichting noch de vestiging in een ander land betreffen, en dus niet onder de vestigingsvrijheid vallen.

Aan het ander extreem van het opvattingenspectrum werd gesteld dat er een verbod van “dubbele regulering” van vennootschappen zou zijn: de toepassing van zowel het vennootschapsrecht van het land van oprichting als het land van “immigratie” (door wat de vennootschap zelf als een secundaire vestiging zag) zou voor de vennootschap (en haar bestuurders) zoveel problemen met zich meebrengen dat dit onverenigbaar met de vestigingsvrijheid zou zijn, zodat het land van de werkelijke zetel geen regels aan de vennootschap zou mogen opleggen<sup>47</sup>. Deze opvatting is nauw verbonden met een strekking in de Duitse literatuur die al sinds *Daily Mail* argumenteert dat er “verborgen collisioneelrechtelijke normen” in de regels over vrijheid van vestiging zitten. Voor die opvatting biedt *Kornhaas* zeker geen steun. Dat sommige arresten van het Hof van Justitie deze opvatting gesteund zouden hebben, is nooit verdedigbaar geweest, eenvoudigweg omdat het Hof van Justitie in de arresten waarin het prejudiciële vragen beantwoordt alleen maar de draagwijdte van Europees recht mag uitleggen, en geen uitspraak mag doen over IPR. Niettemin is iedereen die *Überseering*, *Cartesio* en *Vale* leest onvermijdelijk onder de indruk van de “herkomstland”-gedachte die die arresten uitademen. Daar komt in *Vale* dan nog specifiek het gebod bovenop dat lidstaten bij toepassing van de binnenlandse wetgeving op een vennootschap die vanuit het buitenland wil immigreren, rekening moeten houden met de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit<sup>48</sup>. Maar men mag in die arresten niet meer lezen dan er in staat, nl. dat de oprichtingsstaat de aanknopingsfactoren bepaalt die vervuld moeten zijn en blijven opdat die vennootschap een vennootschap overeenkomstig haar recht zou zijn en blijven; dat die lidstaat van oorsprong de vennootschap niet mag hinderen wanneer zij de banden wil doorknippen met haar land van oorsprong door een vennootschap van een andere lidstaat te worden volgens de vereisten van die lidstaat van bestemming; dat de lidstaat van ontvangst (elk ander land waarmee de vennootschap banden heeft dan het land van oorspronkelijke oprichting) naar aanleiding van de immigratie “slechts” op niet-discriminatoire wijze zijn eigen regels mag toepassen op de immigrerende vennootschap, rekening houdend met effectiviteit en gelijkwaardigheid, zonder de rechtsbekwaamheid van de vennootschap in twijfel te kunnen trekken; en dat, tot slot, alle nationale regels die men wil toepassen op secundaire vestigingen de proportionaliteitstoets moeten doorstaan. Wat uit die arresten niet volgt is dat een land van immigratie op basis van de werkelijke zetelleer in het geheel niet zijn eigen vennootschapsrecht mag toepassen

<sup>45</sup>. L. ENRIQUES en M. GELTER, “Regulatory Competition in European Company law and Creditor Protection”, *EBOR* 2006, (420), 450; W.-G. RINGE, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, *EBOR* 2008, 609; E.M. KIENINGER, “The Law Applicable to Corporations in the EC”, *RabelsZ* 2009, 614; A. SCHALL, vn. 2, *ECFR* 2015, 293, punt IV.

<sup>46</sup>. A. Schall (vn. 2, *ECFR* 2015, in het bijzonder p. 291, punten 2 en 3) lijkt dat te geloven.

<sup>47</sup>. H. EIDENMÜLLER, “Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandsitz”, *NJW* 2005, 1618. In die richting ook het ganse proefschrift van K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Deel 18, Reeks Instituut Financieel Recht, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 542 p., ook al bevestigt deze auteur terecht uitdrukkelijk dat het EU-Verdrag geen verborgen conflictenrechtelijke norm bevat (bv. nr. 482, p. 493).

<sup>48</sup>. Ro. 48-61 arrest *Vale*, C-378/10.

– al zal de proportionaliteitstoets ook na *Kornhaas* moeilijk doorstaan kunnen worden bij immigratie via secundaire vestigingen. Evenmin verduidelijken die arresten wat de *lex societatis* juist omvat. En de arresten oordelen al helemaal niet dat normen die geen vennootschapsrecht zijn, niet mogen geleverd worden door het land van secundaire vestiging.

Wat het Hof in *Kornhaas* wél gedaan heeft, met name in ro. 29 die de voornaamste motivering vormt van het dispositief, is zoals reeds gezegd een “Keck”-achtige afbakening doorvoeren<sup>49</sup>. In dat belangrijke arrest<sup>50</sup> inzake vrij verkeer van goederen oordeelde het Hof dat er geen beperking van het vrij goederenverkeer voorlag in geval van “toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten”. Verkoopmodaliteiten – in casu een verbod van verkoop met verlies – betreffen immers niet de markttoegang. De “vier vrijheden” kunnen niet gebruikt worden om alle regels van economisch recht die een potentiële beperking vormen voor grensoverschrijdend economisch verkeer, uit de weg te ruimen. Voorwaarde blijft wel steeds dat de regel niet-discriminerend wordt toegepast, in feite en in rechte, op “binnen- en buitenlandse”. Wanneer men hiermee voor de vrije vestiging van vennootschappen parallellen wil trekken, passen twee opmerkingen. Vooreerst is de situatie van vennootschappen en van goederen niet te vergelijken: wie een bepaalde soort goederen fysiek importeert in een ander land kan er niet aan twifelen dat deze goederen wat verdere verkoop betreft aan de lokale regels onderworpen zullen worden, en hij kan niet in twijfel verkeren over de geografische en daarom juridische locatie van het fysiek geïmporteerde goed. In een vestigingscontext is dit anders: de bestuurders van een vennootschap die is opgericht volgens het recht van land X, kunnen wel degelijk in twijfel verkeren over de vraag of zij zich naar aanleiding van een secundaire vestiging in land Y moeten gedragen volgens de regels van land Y dan wel van land van oorsprong X. Ze mogen zich er integendeel aan verwachten dat, wat alles wat de organisatie van de vennootschap betreft, zij zich volgens de regels van de vennootschap en niet die van de secundaire vestiging en dus volgens de regels van land X, het land van oorsprong, mogen en moeten gedragen. Een tweede opmerking is dat het Hof van Justitie in het arrest *Vale* – waar “*Kornhaas*” duidelijk niet op terug wil komen – benadrukt heeft dat wanneer een lidstaat nationaal vennoot-

schapsrecht mag en dan ook wil toepassen op een vennootschap die zich primair op haar territorium wil vestigen, zij bij de toepassing van haar nationaal vennootschapsrecht de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit voor ogen moet houden, wat impliceert dat inlandse regels waarvan de doelstellingen reeds op gelijkwaardige wijze door het land van oorsprong gerealiseerd worden, buiten toepassing moeten blijven.

Niettemin lijkt het ons een te begroeten aanpak dat het Hof een onderscheid maakt tussen maatregelen die de vestiging als dusdanig raken, en maatregelen die slechts de activiteiten als dusdanig viseren en die dus niet aan de volle proportionaliteitstoets moeten getoetst worden, maar waarvan slechts moet nagegaan worden of zij niet rechtens of in feite discriminerend toegepast worden.

## b. De motivering van het arrest

De manier waarop het Hof in *Kornhaas* deze aanpak motiveert – en dus meer algemeen de motivering van het antwoord op de tweede prejudiciële vraag – is nochtans ongelukkig en kan tot misverstanden aanleiding zijn.

Het Hof verwijst vooreerst naar de eerdere zaken *Inspire Art*<sup>51</sup> en *Überseering*<sup>52</sup>. Het Hof wijst er, op zich terecht, op dat *Überseering* over rechtsbekwaamheid ging<sup>53</sup>. In verband met *Inspire Art* overweegt het Hof (ro. 24): “*Het Hof heeft tevens geoordeeld dat voor zover nationale bepalingen betreffende het minimumkapitaal onverenigbaar zijn met de door het verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging, noodzakelijkerwijze hetzelfde geldt voor de sancties die aan de niet-nakoming van deze verplichtingen zijn verbonden, zoals de persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders wanneer het kapitaal het door de nationale wettelijke regeling voorgeschreven minimumbedrag niet bereikt of wanneer het tijdens de bedrijfsuitoefening onder dit bedrag daalt.*” Wie *Inspire Art* in zijn geheel leest, wordt nochtans niet bijzonder getroffen door de geciteerde passage (die overigens niet in het beschikbare gedeelte terugkeert). Wel opvallend is dat *Inspire Art* omgekeerd duidelijk maakte dat ook wanneer een materiële bepaling (bv. een kapitaalvoorschrift) op zich verenigbaar was met de vrijheid van vestiging, de sanctionering ervan disproportioneel streng of discriminerend kan zijn en daarom als dusdanig in strijd met de vrijheid van vestiging (zie o.a. ro. 59 *Inspire Art*). Belangrijker is dat het Hof in de geciteerde passage niet alleen naar de minimumkapitaalplichten verwijst, maar ook naar bestuurdersaansprakelijkheid, inclusief bestuurdersaansprakelijkheid die gekop-

<sup>49</sup>. Aldus ook P. KINDLER, vn. 2, 136 en 139 boven en de noot bij *Kornhaas* van M.-Ph. WELLER en L. HÜBNER in *NJW* 2016 (223), 225.

<sup>50</sup>. Arrest van 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en 268/91, *Jur.* 1993, 6097.

<sup>51</sup>. HvJ 30 september 2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam / Inspire Art Ltd*, *Jur.* 2003, p. I-10155.

<sup>52</sup>. HvJ 5 november 2002, C-208/00, *Überseering en Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, *Jur.* 2002, p. I-9919.

<sup>53</sup>. “Rechtsbevoegdheid” zegt de Nederlandse tekst van “*Kornhaas*”, maar dat is minstens in Belgisch juridisch Nederlands een minder juist woord dan “rechtsbekwaamheid” voor de situatie bedoeld in “*Überseering*”.

peld wordt aan het onder een bepaald niveau zakken van het kapitaal tijdens de bedrijfsuitoefening – wat dus naar iets anders verwijst dan de verplichting bij de oprichting een minimumkapitaal bijeen te brengen. Alleen daarom al is de lezing van *Kornhaas* te verwerpen die er op neerkomt dat alleen de door het Hof aangehaalde elementen “rechtsbekwaamheid” (uit “*Überseering*”) en “minimumkapitaal” (uit “*Inspire Art*”) samen met regels over “oprichting”, betrekking hebben op de vrijheid van vestiging. Niet alleen draaiden noch “*Überseering*” noch “*Inspire Art*” in wezen om regels over oprichting van vennootschappen maar is dit een element dat in “*Kornhaas*” toch herhaaldelijk wordt aangehaald door het Hof; het Hof citeert bovendien uit “*Inspire Art*” het element bestuurdersaansprakelijkheid voor instandhouding van een minimaal kapitaal. De volgens ons correcte interpretatie is dat men geen groot belang moet hechten aan de verwijzing in *Kornhaas* naar *Inspire Art* en *Überseering* – in het beschikkende gedeelte van *Kornhaas* vindt men overigens geen spoor van de problematieken die in beide arresten behandeld werden. Die verwijzingen naar de twee arresten zijn (volgens ons) alleen maar ingelast omdat het BGH in zijn prejudiciële vraagstelling zelf expliciet had verwezen naar die twee arresten, om te verduidelijken dat het zich op basis van die arresten afvroeg of regels over de interne organisatie van vennootschappen niet tot het exclusieve domein van het vennootschapsrecht van de lidstaat van oorsprong van een vennootschap behoorden. Hierop antwoordt het Hof van Justitie – en dat is een terechte opmerking van het Hof – dat die twee arresten over andere soorten regels handelden dan § 64, II GmbHG. Meer moet men daar niet achter zoeken.

Men mag dus niet uit *Kornhaas* besluiten dat alleen regels over oprichting, rechtsbekwaamheid en minimumkapitaal aan de vestigingsvrijheid kunnen raken. De echte boodschap van “*Kornhaas*” zit, naast in het apodictische dispositief<sup>54</sup> dat niets meer zegt dan dat § 64 GmbHG niet aan de vestigingsvrijheid raakt, in ro. 29: “*De toepassing van een nationale bepaling als § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG [heeft] geenszins betrekking op de oprichting van een vennootschap in een bepaalde lidstaat, noch op de latere vestiging ervan in een andere lidstaat, aangezien deze bepaling van nationaal recht pas van toepassing wordt nadat de vennootschap is opgericht, in het kader van haar activiteit, en meer bepaald hetzij vanaf het tijdstip waarop zij volgens het nationaal recht dat krachtens artikel 4 van verordening*

*nr. 1346/2000 van toepassing is, als insolvent wordt beschouwd, hetzij vanaf het tijdstip waarop in overeenstemming met dit nationale recht is vastgesteld dat haar schuldenlast te hoog is.*” Anders gezegd, § 64 GmbHG gaat niet over oprichting noch over vestiging elders, maar slechts over activiteiten en dan nog alleen over activiteiten na insolventie of “*Überschuldung*”. Maar over hoe “vestiging” verder moet ingevuld worden, zegt “*Kornhaas*” niets, behalve de vingerwijziging dat regels die primair met activiteiten te maken hebben, niet primair als vestigingsbeperkende maatregelen kunnen gezien worden. Om de afbakening van beide categorieën – vestiging versus activiteiten – verder te verduidelijken, zullen evenwel nog arresten van het Hof van Justitie nodig zijn.

Een beperking van dat toepassingsgebied, in vennootschapsaangelegenheden, tot regels over de oprichting, rechtsbekwaamheid en minimumkapitaal zou ook niet te rijmen zijn met tientallen arresten over vrijheid van vestiging die maatregelen uit volledig andere sferen aan de vrijheid van vestiging getoetst hebben en de vaste rechtspraak dat alle maatregelen die de vrijheid van vestiging potentieel belemmeren of de uitoefening ervan minder aantrekkelijk maken, de proportionaliteitstoets moeten doorstaan<sup>55</sup>. Zo is welbekend dat het Hof in vaste rechtspraak oordeelt dat zelfs de bevoegdheid van lidstaten om directe belastingen te heffen, een gebied waarop de Europese Unie als dusdanig geen enkele bevoegdheid heeft, in overeenstemming met de vrijheid van vestiging moet uitgeoefend worden<sup>56</sup>. Een overzicht van rechtspraak levert talloze voorbeelden uit de meest uiteenlopende domeinen op van regels die getoetst werden aan de vrijheid van vestiging. De rechtsleer heeft al lang ingezien dat er een bepaalde categorie regels moet bestaan die daarentegen buiten het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging vallen en dus niet aan de *Centros*-test onderworpen kunnen worden<sup>57</sup>. Het Hof zelf heeft bijvoorbeeld (terecht) geoordeeld dat verschillen in belastingaanslagvoeten tussen lidstaten, niet kunnen gezien worden als een potentiële belemmering van de vestigingsvrijheid<sup>58</sup>. Hetzelfde geldt, blijkens het *Peralta*-arrest<sup>59</sup>, voor een regel die lozing van afvalstoffen in extraterritoriale wateren verbodt. Het onderwerp heeft aanleiding gegeven tot volledige proefschriften. *Kornhaas* is een expliciete bevestiging van het bestaan van zulke categorie. Zoals gezegd lijkt de grens ergens getrokken te kunnen worden aan de hand van de begrippen “organisatie” en “markttoegang” enerzijds en

<sup>54</sup>. A. Schall (vn. 2, ZIP 2016, 292) schrijft terecht dat “*Kornhaas*” is gemotiveerd op een manier die men ternauwernood acceptabel zou vinden van een flauwe plezante student die op een mondeling examen over geen ander hulpmiddel dan de letterlijke wettekst beschikt.

<sup>55</sup>. Voor een belangrijk precedentarrest waarin dit beginsel werd bevestigd, volledig buiten de sfeer van het vennootschapsrecht, zie HvJ, C-442/02, *Caixa Bank France*, Jur. 2004, p. I-8961.

<sup>56</sup>. Bv. HvJ 13 december 2005, C-446/03, *Marks & Spencer plc / David Halsey*, Jur. 2005, p. I-10837, ro. 29 met verwijzingen naar eerdere rechtspraak.

<sup>57</sup>. Voor vroege pogingen uit de Belgische rechtsleer om die categorie af te bakenen (beiden daterend van lang voor “*Centros*”), zie M. TISON, *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, Antwerpen, Intersentia, 1999, nrs. 57 *et seq.* en J. WOUTERS, *Het Europese vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken*, proefschrift KU Leuven 1996-97, 419 *et seq.*

<sup>58</sup>. Bv. HvJ, C-293/06, *Deutsche Shell*, Jur. 2008, p. I-1129, ro. 43 zoals goedkeurend geciteerd in *National Grid Indus*, HvJ 29 november 2011, C-371/10.

<sup>59</sup>. Arrest van 14 juli 1994, C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296.

“activiteit” anderzijds. Alleen zullen er nog meerdere arresten van het Hof nodig zijn om te beslissen of deze of gene regel nu als een regel die primair verband houdt met activi-

teiten dan wel met de organisatie en haar markttoegang te maken heeft.

## 5. CRITERIA VOOR DE BEHANDELING VAN AANVERWANTE REGELS

Een nuttige leidraad om de categorieën verder af te bakenen zou kunnen zijn dat men rekening moet houden met de legitieme verwachtingen van bestuurders van vennootschappen en van vennootschappen zelf, voor wie de regels aan dewelke ze zich moeten houden, kenbaar moeten zijn<sup>60</sup>. Als dusdanig blijft dat, toegegeven, een criterium waarvan de rechtvaardigheid veel groter is dan de operationaliseerbaarheid, zodat het Hof het wellicht niet zal willen gebruiken. Maar het biedt wel een aanloop naar een criterium dat volgens ons wel goed praktisch inzetbaar is, nl. de vraag of een regel primair de organisatie van de vennootschap betreft dan wel haar activiteiten. Men kan dat criterium dan ook op bestuurdersplichten toepassen, en de bestuurdersaansprakelijkheidsregel laten aansluiten bij de soort plicht die hij sanctioneert. Daarbij zullen specifiek vennootschapsrechtelijke gedragsregels, die ook buiten insolventie spelen, natuurgetroouw vlugger beschouwd worden als rakend aan de vrijheid van vestiging dan louter insolventierechtelijke regels.

En eerste voorbeeld is de toepassing van de alarmbelprocedure (art. 633 W.Venn.). Dit betreft niet de oprichting of interne structuur van de vennootschap. Maar het gaat wel duidelijk om een vennootschapsrechtelijke “black letter”-plicht van bestuurders: zij moeten de algemene vergadering bijeenroepen binnen een specifieke termijn (2 maanden) wanneer bepaalde precies gedefinieerde grenzen bereikt worden. Dit is geen regel inzake de activiteiten van de vennootschap, en evenmin een regel die alleen of hoofdzakelijk bij insolventie speelt. Het betreft een regel over hoe de vennootschap en meer bepaald haar bestuur zich moet organiseren. Vandaar dat hij tot de *lex societatis* behoort. Sommigen zullen opwerpen dat een regel als § 64, II GmbHG eveneens duidelijke plichten aan bestuurders oplegt: geen betalingen doen nadat insolventie is ingetreden. Maar de vergelijking gaat niet op, precies omdat insolventie een begrip is dat niet wordt vastgeknoopt aan precieze financiële ratio's, en omdat de regel zeer rechtlijnig is “geen betalingen meer doen”, het-

geen iets heel anders is dan “een algemene vergadering bijeenroepen binnen de 2 maanden om die te laten beslissen over de toekomst van de vennootschap”. Daarmee willen we niet gezegd hebben dat er volgens ons geen discussie over kan bestaan of de eis de alarmbelprocedure toe te passen de vrijheid van vestiging belemmert. *In abstracto* lijkt dit immers niet het geval, aangezien de markttoegang zeker niet geraakt wordt. Maar een insolventierechter die vaststelt dat het COMI van een vennootschap op zijn territorium ligt, mag de alarmbelprocedure toch niet toepassen op een vennootschap met statutaire zetel in het buitenland, want de vaststelling dat het COMI in het binnenland ligt, legitimeert alleen de toepassing van het lokaal insolventierecht, en daartoe behoort de alarmbelprocedure niet.

Indien het Hof van Justitie in de toekomst anders zou oordelen, zou het harde kritiek te verduren moeten krijgen, aangezien het het dan onmogelijk maakt voor bestuurders om te weten aan welke gedragsplichten zij zich moet houden, temeer daar de alarmbelprocedure vaak moet toegepast worden in situaties waar er van dreigende insolventie helemaal geen sprake is. In elk geval lijkt het ons onmogelijk dat het Hof, indien het wil voldoen aan de eisen van minimale consistentie met zichzelf, tot een ander besluit zou komen zonder eerst *Cartesio* en *Vale* te herroepen. Samen gelezen met *Daily Mail* en *Überseering* hebben die arresten immers duidelijk gemaakt dat een lidstaat niet de bevoegdheid heeft om een vennootschap die opgericht is een andere lidstaat en zelf niets bewusts en expliciets ondernomen heeft om een vennootschap van een andere lidstaat te worden, aan haar eigen vennootschapsrecht te onderwerpen. Het is immers aan de lidstaat van oprichting om de aanknopingsfactoren te bepalen die een vennootschap moet vertonen om als vennootschap van die lidstaat beschouwd te worden en dat statuut te behouden. *In die zin* moet dubbele aanknopings vermeden worden.

<sup>60</sup>. A. SCHALL, *ECFR* 2015, 297 punt 3 en A.L. JONKERS in *INSUpdates* van 16 december 2015, [www.ins-updates.nl/commentaar/INS\\_2015\\_0358](http://www.ins-updates.nl/commentaar/INS_2015_0358) hebben beiden op art. 13 insolventieverordening gewezen als een mogelijk meer elegante uitweg uit het conflict tussen *lex societatis* en *lex concursus* dan de weg die het Hof van Justitie gekozen heeft, en verdienen daarvoor bijval. Zoals hoger uitgelegd laat dit artikel toe dat de wederpartij bij een rechtshandeling die op basis van de faillissementspaulliana uit het recht van het COMI-land wordt aangevallen, bewijst dat de bestreden handeling onaanvechtbaar is volgens de *lex causae*, het recht van het land dat de rechtshandeling als dusdanig beheerst. Naar analogie had men bestuurders die aansprakelijk gesteld worden op basis van een norm uit de *lex fori concursus* kunnen toelaten aan te tonen dat de handeling of het nalaten te handelen in de periode voorafgaand aan de opening van de insolventieprocedure volgens de *lex societatis* niet tot aansprakelijkheid kon leiden. Het zou interessant zijn te weten of de Europese rechters en hun referendarissen in de zaak *Kornhaas* aan deze aanpak gedacht hebben, want hij lijkt ons zeker het overwegen waard als een beleidsmatig goed verdedigbaar compromis tussen de noodzaak aan schuldeisersbescherming en de noodzaak te vermijden dat men bestuurders aansprakelijk stelt op basis van normen waarvan zij redelijkerwijze niet kunnen weten dat zij op hen van toepassing zijn.

Het tweede voorbeeld dat we willen geven betreft de uitkeringstests<sup>61</sup>. De balans-test – in essentie: geen uitkering mag geschieden indien daardoor het netto-actief zou dalen beneden het bedrag van het geplaatste kapitaal vermeerderd met de onuitkeerbare reserves<sup>62</sup> – houdt geen verband met de activiteiten van de vennootschap. Hij raakt evenmin aan de interne structuur (welke organen zijn vereist? Wat zijn hun bevoegdheden? ...) van de vennootschap. Toch is dit duidelijk een vennootschapsrechtelijke regel, die het gedrag van de vennootschap reguleert door de handelingsvrijheid van haar organen via een precies omliggende test te beperken; die kwalificatie zou blijven indien (puur hypothetisch) de regel bijvoorbeeld naar het Burgerlijk Wetboek, in een nieuwe afdeling “Schuldeisersbescherming” zou verplaatst worden. Uit *Kornhaas* volgt zeker niet dat lidstaten het recht zouden hebben in het buitenland opgerichte vennootschappen op basis van hun werkelijke zetelleer “gewoon, niet-discriminatoire” aan de binnenlandse regels zoals de balans-test te onderwerpen, bovendien zonder dat die praktijk de proportionaliteitstoets moet kunnen overleven. Om dezelfde reden geloven wij dat de “solvency test” – in essentie: geen uitkering mag gebeuren indien de vennootschap daardoor haar schulden naargelang zij in een normale gang van zaken vervallen, niet zou kunnen betalen (wegens gebrek aan liquiditeit) – wel degelijk een vennootschapsrechtelijke test is: hij richt zich tot de organisatie die de vennootschap is, en heeft geen betrekking op haar activiteiten als dusdanig. Bovendien treedt de test niet pas in werking na of in de buurt van insolventie en mogen bestuurders er in dat “tijdstip” van uitgaan dat de werking van de organisatie beheerst wordt door het recht van haar vennootschapsrechtelijke vestiging.

De norm uit artikel 530 W.Venn., nl. de aansprakelijkheid voor kennelijk grove fout die tot insolventie heeft bijgedragen, is duidelijk insolventierechtelijk<sup>63</sup> en de toepassing ervan raakt niet aan de vrijheid van vestiging: de norm is pas na faillietverklaring van toepassing, viseert niet de organisatie van de vennootschap of haar oprichting, maar slechts de aansprakelijkheid van de bestuurders, en dit niet voor het niet naleven van een specifieke procedure of gedetailleerd in de wet beschreven regel, maar voor het universele verbod geen kennelijk grove fouten te maken.

Interessant is de mogelijke kwalificatie van de oprichtersaansprakelijkheid voor kennelijk ontoereikende beginfinanciering die heeft bijgedragen tot een faillissement binnen de 3 jaar na de oprichting. Deze regel zou men als insolventierechtelijk kunnen beschouwen, aangezien hij in zijn specifiek Belgische vorm alleen na insolventie kan ingeroepen worden. Toch moet de toepassing van dit beginsel op een buitenlandse EU-vennootschap aan de vrijheid van vestiging getoetst worden, aangezien het een norm is die bij de oprichting van de vennootschap speelt en niet de activiteiten van de vennootschap betreft.

We zullen het als oefening voor de lezer laten om zelf regels over de achterstelling van aandeelhoudersleningen te kwalificeren<sup>64</sup>. Onze voorkeur gaat uit naar een insolventierechtelijke kwalificatie, gezien het over de rangschikking van schuldeisers gaat en niets te maken heeft met oprichting of organisatie van de vennootschap, en zelfs niets met haar activiteiten. Om dezelfde redenen (in dit geval) raken dergelijke regelingen o.i. niet aan de vrijheid van vestiging.

## CONCLUSIE

Het arrest “*Kornhaas*” bevat een welkome bevestiging van de gedachte dat niet alle regels die de economische activiteiten van een buitenlandse vennootschap in het binnenland raken, noodzakelijk de vrijheid van vestiging raken: sommige van die regels zullen de proportionaliteitstoets niet moeten doorstaan. De meeste insolventierechtelijke regels, die op een vennootschap worden toegepast omdat haar COMI in het binnenland ligt, zullen in die “beschermde” categorie vallen, maar het is methodologisch fout de afbakening tussen “*lex societatis*” en “*lex concursus*” zonder meer

te laten samenvallen met het verschil tussen regels die toetsbaar zijn onder vrijheid van vestiging en regels die dat niet zijn. Verder en vooral zou het fout zijn uit “*Kornhaas*” af te leiden dat alleen regels over de oprichting van een vennootschap, haar rechtsbekwaamheid of haar minimumkapitaal aan de vrijheid van vestiging raken. Hoe de categorieën dan precies afgebakend moeten worden, blijft ook na *Kornhaas* niet volledig duidelijk, maar het onderscheid tussen regels over de organisatie van de vennootschap als dusdanig versus regels over de activiteiten als dusdanig brengt al een eind op

<sup>61</sup>. Over die tests, zie het uitgebreid rechtsvergelijkend en beleidsmatig onderzoek van D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 591-768, met overvloedige verwijzingen. Het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht/Centre belge du droit des sociétés heeft voorgesteld dat het W. Venn. zo aangepast zou worden dat winstuitkeringen (bij NV, BVBA en CVBA) in de toekomst slechts mogelijk zouden zijn na een dubbele test: een variant op de huidige balans-test en een liquiditeitstest: zie p. 9 van het verslag van de gedachtewisseling rond een hervorming van het vennootschapsrecht, *Parl.St.* Kamer 2015-16, Doc. 54-1500/001, tevens beschikbaar op [www.bev-cds.be](http://www.bev-cds.be).

<sup>62</sup>. Art. 617 W.Venn. voor de Belgische NV; art. 15 van de 2de EU-vennootschapsrichtlijn.

<sup>63</sup>. Deze opvatting is in België traditioneel en onbetwist te noemen, zie bv. de voorbereidende werken van het WIPR, “Wetsontwerp houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht”, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3/27-7, 205-206 en ook bv. V. SIMONART, “L’application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre état de la communauté et, en particulier, aux *Limited*”, *RPS* 2008 (111), 127.

<sup>64</sup>. Zie o.a. A. VAN HOE en M. VANMEENEN, “Shareholder loans at the crossroads between corporate and insolvency law: impact of the freedom of establishment on national insolvency law”, *ILLR* 2011, 468.

weg. Het zal zaak zijn door verdere verfijning van deze categorieën een evenwicht te vinden tussen de noodzaak schuldeisers te beschermen en te vermijden dat bestuurders aan gedragsplichten worden onderworpen die onderling tegenstrijdig zijn omdat zij door meer dan twee landen geleverd

worden, of meer algemeen aan gedragsregels waarvan zij redelijkerwijze niet konden weten dat zij ten tijde van het aansprakelijkheidsuitlokkend gedrag op hen van toepassing waren.