

Noot

Het vrij vestigingsrecht, de problematiek van de zetelverplaatsing en zijn impact op het internationaal privaatrecht: een stand van zaken na de zaak CartesioKristof Maresceau¹

I. INLEIDING

1. Als voorlopig sluitstuk van de jurisprudentiële saga omtrent het vrij vestigingsrecht van rechtspersonen doet het Hof van Justitie in het onderhavige arrest² uitspraak over de legitimiteit van emigratiebeperkingen opgelegd door het land van oprichting aan vennootschappen die hun zetel naar een andere lidstaat wensen te verplaatsen. Twintig jaar na het beruchte *Daily Mail*-arrest³ kreeg het Hof van Justitie aldus de mogelijkheid om het in de rechtsleer fel gecontesteerde arrest verder te verfijnen, zo niet te herroepen⁴. In afwachting van de grote stortvloed van rechtsliteratuur die ongetwijfeld aan deze zaak zal gewijd worden, beoogt deze bijdrage een eerste, doch zo volledig mogelijke duiding te

geven van zowel de uitspraak, haar samenhang met de andere arresten van het Hof van Justitie in deze materie, haar impact op de noodzaak tot aanname van een Veertiende Vennootschapsrichtlijn inzake grensoverschrijdende zetelverplaatsing als haar juridische implicaties op de decennialange discussie over de verenigbaarheid van de werkelijke zetel-leer met de vrijheid van vestiging. Deze bijdrage bespreekt echter niet de invulling van de in artikel 234, derde lid EG-Verdrag vervatte zinsnede “rechterlijke instantie waarvan de beslissing volgens het nationaal recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep”, die ook in deze zaak aan het Hof werd voorgelegd.

II. FEITENRELAAS

2. Aanleiding tot deze prejudiciële procedure was een bij een Hongaarse handelsrechtbank ingediend verzoek door een commanditaire vennootschap⁵ opgericht naar Hongaars recht (*Cartesio*) om de verplaatsing van haar zetel naar Italië te laten vaststellen en de vermelding van haar zetel dienovereenkomstig in het Hongaarse handelsregister te laten wijzigen. De handelsrechtbank wees dit verzoek evenwel af op grond dat het geldende Hongaars recht een in Hongarije opgerichte vennootschap niet toestaat om haar zetel naar het buitenland te verplaatsen en wel onderworpen te blijven aan

het Hongaars recht dat het personeel statuut⁶ van de vennootschap beheerst. *Cartesio* ging tegen dit besluit in beroep, waarna vervolgens de beroepsrechter aan het Hof van Justitie onder meer een prejudiciële vraag stelde of dat een krachtens het nationaal recht van een lidstaat opgerichte vennootschap op basis van het Gemeenschapsrecht ten aanzien van haar oprichtingsland het recht op een *identiteitsbehoudende*⁷ (d.i. met behoud van de nationaliteit of beter, zonder wijziging van de *lex societatis* of het recht dat het personeel statuut van de vennootschap beheerst) zetelver-

¹ Assistent, Instituut Financieel Recht, Universiteit Gent. Deze tekst werd afgesloten op 1 maart 2009.

² H.v.J. 16 december 2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, (hierna aangeduid met “het arrest” of “de zaak *Cartesio*”).

³ H.v.J. 27 september 1988, nr. 81/87, *The Queen/H.M. Treasury en Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail en General Trust PLC, Jur.* 1988, 5483 (hierna aangeduid met het arrest “*Daily Mail*”).

⁴ In 2000 kreeg het Hof van Justitie ook deze kans maar het verklaarde zich onbevoegd om te antwoorden op de door het *Amtsgericht* Heidelberg gestelde vragen omdat deze verwijzende instantie niet de kenmerken vertoonde van een rechterlijke. Zie: H.v.J. 10 juli 2001, C-86/00, *Jur.* 2001, I-05353 en voor meer informatie omtrent deze zaak: P. BEHRENS, “Reactions of Member State Courts to Centros”, *European Business Organization Law Review* 2001, (159) 169 e.v.

⁵ In de Nederlandse vertaling van het arrest wordt gesproken over een commanditaire vennootschap, wat aldus een vennootschapsvorm met rechtspersoonlijkheid is. Rammeloo wijst er evenwel op dat de Engelstalige versie van het arrest gewag maakt van een “Limited Partnership” wat gelet op het gebrek aan rechtspersoonlijkheid eerder te vergelijken valt met een stille vennootschap. S. RAMMELOO, “The 14th EC Company Law Directive on the Cross-border Transfer of the Registered Office of Limited Liability Companies – Now or Never?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, afl. 15, (359) 370.

⁶ Hoewel de notie op nationaal niveau wordt ingevuld, verstaat men onder personeel statuut doorgaans alle aspecten betreffende de oprichting, werking en ontbinding van de rechtspersoon. Zie meer uitgebreid en voor verdere verwijzingen: G. SCHRANS en H. VAN HOUTTE, *Internationaal handels- en financieel recht*, Leuven, Acco, 1991, p. 88 e.v. en voor België: R. JAFFERALI, “L’application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis*”, *T.B.H.* 2004, 764 e.v.

Hoewel hiertegen bezwaren zijn geuit in de rechtsleer, wordt in deze tekst omwille van de duidelijkheid de begrippen “personeel statuut”, “*lex societatis*” en “nationaliteit” als synoniemen gebruikt. Zie bv. ook: G. VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, Brussel, Bruylant, 1964, 9 e.v.

⁷ De in deze tekst gehanteerde terminologie “identiteitsbehoudende zetelverplaatsing” mag niet verward worden met de in de Europese rechtsleer gebruikte term “identity-preserving transfer of the seat” of “identitätswahrende Sitzverlegung”. Deze laatste termen dekken namelijk de grensoverschrijdende zetelverplaatsing waarbij de vennootschap in de positie is om haar rechtspersoonlijkheid te behouden en dit ongeacht of ze al dan niet een wijziging van het op haar toepasselijk recht ondergaat. Deze tekst vertrekt aldus van een striktere benadering door het behoud van zowel de rechtspersoonlijkheid als de nationaliteit hieronder te laten vallen.

plaatsing heeft⁸. Beknopt gesteld, antwoordt het Hof dat “de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag bij de huidige stand van het Gemeenschapsrecht in die zin moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een regeling van een lidstaat die een krachtens het nationaal recht van deze lidstaat opge-

richte vennootschap belet om haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap die valt onder het nationaal recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht”.

III. BEGRIP “ZETELVERPLAATSING” HANGT AF VAN HET IPR

3. Het begrip “zetelverplaatsing” is ambigu in het licht van het internationaal privaatrecht van de EU-lidstaten. Zoals welbekend, strijden in de Europese Unie twee IPR-leren om de eer van toepassing: de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer⁹. Terwijl de eerstgenoemde leer aansluiting zoekt bij het recht van het land waar de *werkelijke* zetel (d.i. de hoofdvestiging of het bestuurscentrum naar gelang de definiëring ervan in de nationale wetgeving of rechtspraak) van vennootschappen gevestigd is, vertrekt de incorporatieleer van een formeel aanknopingspunt, zijnde de plaats waar de vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft verworven (wat zich principieel uit in de eerste statutaire zetel)¹⁰, dan wel waar haar statutaire zetel is gevestigd¹¹. In deze context

volstaat het te benadrukken dat de verschillende definiëring van het begrip “zetel” (zijnde de werkelijke versus de al dan niet eerste statutaire zetel) vanzelfsprekend gevolgen heeft voor wat lidstaten traditioneel onder “zetelverplaatsing” begrijpen. Waar in de incorporatieleer, althans wat het op het personeel statuut van een vennootschap toepasselijk recht betreft, per definitie geen aandacht aan feitelijke elementen geschonken wordt¹² zodat een vennootschap in de regel haar zetel helemaal niet dan wel slechts door een *formele* beslissing kan verplaatsen, ligt in de werkelijke zetelleer daarentegen in beginsel een zetelverplaatsing voor wanneer de vennootschap haar werkelijke zetel *feitelijk* verplaatst, ongeacht of dit al dan niet gepaard gaat met een formele beslissing van

- ⁸. De letterlijk verwoorde prejudiciële vragen kunnen teruggevonden worden in rechtsoverweging 40 van het arrest. Nu kan al opgemerkt worden dat er een niet te onderschatten nuanceverschil bestaat tussen de wijze waarop de in deze bijdrage besproken prejudiciële vraag geïnterpreteerd wordt door de advocaat-generaal enerzijds en het Hof van Justitie anderzijds. Zoals later in de tekst zal uitgelegd worden, heeft de herformulering door het Hof van Justitie van de gestelde prejudiciële vraag een ruimere draagwijdte en onderzoekt ze of naar het nationaal recht van een lidstaat opgerichte vennootschappen onder het vrij verkeer van rechtspersonen ten aanzien van hun oprichtingsland een recht op identiteitsbehoudende zetelverplaatsing hebben. Zie *infra*, randnr. 9.
- ⁹. Hoewel elke lidstaat in het ene of het andere kamp kan ingedeeld worden, resulteert dit niet in een gelijke behandeling van zetelverplaatsingen door lidstaten behorende tot hetzelfde kamp. De concrete gevolgen verbonden aan de vaststelling dat het door het internationaal privaatrecht gehanteerde aanknopingspunt in het binnen- of buitenland is gelegen, hangen immers in de regel minstens gedeeltelijk af van (de interpretatie van) het materieel recht toepasselijk in het land van de geadieerde forumrechter (*lex fori*) en van het aangewezen recht dat het personeel statuut van de vennootschap beheerst (*lex societatis*). Bijgevolg is het moeilijk om in algemene termen over de behandeling van zetelverplaatsingen in het nationaal recht te spreken, zonder een diepgaande analyse van het recht van de 27 lidstaten door te voeren. Niettemin levert een dergelijke categorisatie een nuttig analytisch denkkader op.
- ¹⁰. In deze verschijningsvorm van de incorporatieleer kunnen vennootschappen principieel niet hun statutaire zetel naar het buitenland verplaatsen of heeft dit althans geen wijziging van het op de vennootschap toepasselijk recht tot gevolg. Zie bv. Nederland waarin een rechtspersoon zich zonder onderbreking in zijn bestaan kan onderwerpen aan een ander rechtsstelsel dan dat van zijn oprichting doch deze statutaire zetelverplaatsing is in beginsel enkel toegestaan in (dreigende) oorlogssituaties (zie hierover onder meer: J. BELLINGWOUT, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen. Privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer, Kluwer, 1996, 64 e.v. en P. VLAS, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks Internationaal Privaatrecht, deel 9, Deventer, Kluwer, 2002, 8). Een ander voorbeeld vormt het Verenigd Koninkrijk alwaar de grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing in het geheel niet toegestaan is, noch voor Britse vennootschappen noch voor in het buitenland opgerichte vennootschappen (zie onder meer: D. PRENTICE, “The Incorporation Theory – The United Kingdom”, *European Business Law Review* 2003, (631) 633 en P. DAVIES, *Gower and Davies. Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 8^{ste} ed., 2008, 119 e.v.).
- ¹¹. Deze variant op de incorporatieleer wordt in deze bijdrage de “statutaire zetelleer” genoemd nu geen aansluiting gezocht wordt bij de plaats waar de vennootschap haar rechtspersoonlijkheid heeft verkregen (principieel de eerste statutaire zetel) maar bij de statutaire zetel op zich. Deze vorm van de incorporatieleer wordt bijvoorbeeld aangehangen door Zwitserland, een land dat evenwel noch tot de Europese Unie noch tot de Europese Economische Ruimte behoort als gevolg waarvan zijn vennootschappen zich aldus niet kunnen beroepen op het vrij vestigingsrecht. In zijn wettelijke regeling wordt namelijk een procedure voorzien voor zowel de immigratie door vreemde vennootschappen als de emigratie door eigen vennootschappen van de statutaire zetel. Deze variant van de incorporatieleer is vooral belangrijk voor de in hoofdstuk VI doorgevoerde analyse van de nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing. Zie voor meer informatie: S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 173 e.v. en F. MUCCIARELLI, “Seat’s Transfer and State of Origin-Imposed Limits to Companies’ Mobility”, 2007, 15, beschikbaar op www.ssrn.com. Een ander minder bekend voorbeeld van een tot deze categorie behorend land wiens vennootschappen zich wel op de vrijheid van vestiging kunnen beroepen, is Malta. Zie voor meer informatie: A. MUSCAT, “Malta”, in K. VAN HULLE en H. GESELL (eds.) *European Corporate Law*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 257.
- ¹². Voor de volledigheid: antimisbruikbepalingen kunnen wel degelijk tot gevolg hebben dat bij wijze van uitzondering toch naar de feitelijke situatie van de vennootschap gekeken wordt. Doordat de incorporatieleer per definitie geen aandacht besteedt aan feitelijke elementen, wordt aan de oprichters van een vennootschap de mogelijkheid geboden om te kiezen in welke binnen- of buitenlandse vennootschapsvorm zij hun economische activiteiten zullen uitoefenen. Hoewel deze “contractuele vrijheid” in hoofdte van vennootschapsoprichters de kern van de incorporatieleer raakt, blijkt dat sommige deze IPR-leer aanhangende lidstaten een dam willen opwerpen tegen “misbruik van buitenlandse vennootschappen”. Om die reden zullen deze lidstaten in voorkomend geval toch feitelijke elementen in beschouwing nemen ter bepaling van het toepasselijk recht dat (een gedeelte van) het personeel statuut beheerst. Meer informatie hieromtrent kan gevonden worden bij onder meer P. VLAS, “Methoden ter bestrijding van misbruik van buitenlandse rechtspersonen in Nederland”, *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 1984, 601; J. KOZYRIS, “Corporate Wars and Choice of Law”, *Duke Law Journal* 1985, afl. 85, 33 en C. HENRIQUEZ, “Misbruik van buitenlandse vennootschappen”, *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 1982, 213.

het bevoegde vennootschapsorgaan tot verplaatsing van de statutaire zetel.

4. Het is tegen deze achtergrond dat het verzoek van de Ierse regering tot heropening van de mondelinge behandeling van de zaak moet gekaderd worden¹³. Zij werpt immers op dat uit de Engelse vertaling van de verwijzingsbeslissing blijkt dat de voorliggende prejudiciële vraag betrekking heeft op een grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel, en niet op die van de werkelijke zetel zoals de advocaat-generaal had betoogd¹⁴. Zonder de Hongaarse regeling in kwestie nader te bekijken, kan het feitenrelaas inderdaad die indruk wekken. Cartesio vraagt namelijk om de verplaatsing van haar zetel naar Italië in het Hongaarse handelsregister in te schrijven wat, bekeken vanuit het standpunt van de incorporatieleer, enkel aan de orde is wanneer de vennootschap haar statutaire zetel wenst te verplaatsen¹⁵. Volgens het Hongaars vennootschapsrecht is de zetel van een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap evenwel niet de statutaire zetel maar wel de plaats waar haar operationele bestuurscentrum (en dus haar werkelijke zetel) zich bevindt en alwaar zij zich in het handelsregister dient te registreren¹⁶. Een verplaatsing van de werkelijke zetel van een vennootschap naar Hongaars recht wordt bovendien normaliter in het handelsregister van het rechtsgebied van de vorige zetel ingeschreven, wanneer die verplaatsing binnen Hongarije plaatsvindt¹⁷. Uit deze Hongaarse wettelijke regeling ter zake volgt met andere woorden dat wanneer een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel binnen Hongarije wenst te verplaatsen, zij tevens verplicht is om haar geregistreerde, en dus ook haar statutaire

zetel mede te verplaatsen. Met haar verzoek tot inschrijving van de zetelverplaatsing in het handelsregister van de vorige zetel wenst Cartesio gevolg te geven aan deze wettelijke verplichting in een grensoverschrijdende context. Mocht haar verzoek door de handelsrechtbank ingewilligd worden, dan zou zij hiermee aldus zowel haar statutaire als haar werkelijke zetel grensoverschrijdend verplaatsen. Bekeken vanuit de optiek van de verschillende aanknopingspunten die de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer hanteren, is het derhalve volstrekt logisch dat Ierland, een land dat de eerstgenoemde leer hanteert, de transactie van Cartesio beschouwt als een verplaatsing van de statutaire zetel. Als we de bewoordingen van het Hof mogen geloven, dan blijkt uit het feitenrelaas echter duidelijk dat Cartesio een vennootschap naar Hongaars recht wenst te blijven en zich aldus niet in een Italiaanse vennootschap wil omzetten. Dit inzicht, namelijk dat Cartesio een vennootschap naar Hongaars recht wenst te blijven, leidt ertoe dat, in het geval Cartesio zou opgericht zijn in een land met de incorporatieleer, zij hoegenaamd niet om een verplaatsing van de geregistreerde en statutaire zetel zou verzoeken omdat dit, bekeken vanuit het standpunt van het oprichtingsland, ofwel tot haar ontbinding zou leiden ofwel, indien de zetelverplaatsing zonder ontbinding wordt toegelaten, in de regel een wijziging van het op de vennootschap toepasselijk recht tot gevolg zou hebben. Omdat, zoals blijkt uit het in het arrest beschreven feitenrelaas, deze beide gevolgen evenwel voor Cartesio onwenselijk zijn, moet geconcludeerd worden dat zij in essentie haar operationele bestuurscentrum naar het buitenland wenst te verplaatsen. Vermits Hongarije echter de werkelijke zetelleer aanhangt¹⁸, verbiedt de Hongaarse handelsrechtbank

¹³. Zie rechtsoverwegingen 41 t.e.m. 45 van het arrest.

¹⁴. Conclusie van advocaat-generaal M. Pocires Maduro van 22 mei 2008 (hierna: “de conclusie”), randnr. 22 en 23.

¹⁵. In deze context moet er op gewezen worden dat deze tekst uitgaat van een vereenvoudigde assumptie. In theorie kan namelijk een onderscheid gemaakt worden tussen het land waar de vennootschap zich registreert (d.i. een inschrijving neemt in het vennootschapsregister) en het land waarin de statutaire zetel is gevestigd (d.i. de zetel zoals vermeld in de statuten en bijgevolg geregistreerd in dat vennootschapsregister). Vanuit theoretisch perspectief is het aldus mogelijk dat het materieel vennootschapsrecht van een land toestaat dat een naar zijn recht opgerichte vennootschap, die in de regel haar rechtspersoonlijkheid verkrijgt gedurende de registratieprocedure in dat land, haar statutaire zetel in het buitenland plaatst. Mocht dat het geval zijn, dan kan men het verzoek tot wijziging van de geregistreerde zetel niet zo maar gelijkstellen met een wijziging van de statutaire zetel. Praktisch gezien mag men echter deze mogelijkheid uitsluiten. Een in het vennootschapsregister van een land ingeschreven of geregistreerde vennootschap moet immers, voor zover mij bekend, steeds haar statutaire zetel in dat land hebben gelet op haar cruciale rol voor het materieel en procesrecht. Wanneer met andere woorden een vennootschap haar statutaire zetel naar het buitenland verplaatst, indien dat toegelaten zou zijn door het vennootschapsrecht van het oprichtingsland, dan moet zij zich tevens uitschrijven uit het vennootschapsregister van haar oprichtingsland en zich opnieuw inschrijven in een vennootschapsregister van het land waarnaar de statutaire zetel verplaatst wordt, in de veronderstelling dat ook dit laatste land dit toelaat. Per definitie gaat dit met een nationaliteitswijziging gepaard. Dit inzicht verklaart waarom de Ierse regering de aanvraag van Cartesio gelijkstelt met een verplaatsing van de statutaire zetel.

¹⁶. Art. 11 en 16 van de wet nr. CXLIV van 1997, zoals vermeld in rechtsoverwegingen 15 en 17 van het arrest.

¹⁷. Art. 34 van de wet nr. CXLIV van 1997, zoals vermeld in rechtsoverweging 19 van het arrest.

¹⁸. Althans in de visie van de verwijzende rechter, de advocaat-generaal en het Hof van Justitie. In de rechtsleer heerst hieromtrent evenwel onduidelijkheid. Hoewel de Hongaarse vennootschapswet in haar toepassingsgebied tot 1 september 2007 inderdaad aansluiting zocht bij de vennootschapszetel (gedefinieerd als de plaats waar zich het operationele bestuurscentrum bevond), zou in het Hongaars internationaal privaatrecht de incorporatieleer worden aangehangen door de verwijzing naar het recht van de plaats waar vennootschappen geregistreerd staan. Op die manier ontstond een logische inconsistentie. Terwijl in het buitenland opgerichte vennootschappen overeenkomstig het Hongaars internationaal privaatrecht onder het recht van het land van registratie bleven ressorteren, verklaarde de Hongaarse vennootschapswet zich toepasselijk wanneer de werkelijke zetel van die vennootschappen op het Hongaarse grondgebied gelokaliseerd werd. Omgekeerd kon een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap niet om de registratie van de werkelijke zetelverplaatsing verzoeken omdat zij hierdoor buiten het toepassingsgebied van de Hongaarse vennootschapswet zou vallen. Het zou om die reden geweest zijn dat de registratie van de zetelverplaatsing geweigerd werd en niet omdat Hongarije de werkelijke zetelleer aanhangt. Zie hierover uitgebreid: V. KOROM en P. METZINGER, “Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06”, *European Company and Financial Law Review* 2009, (125) 141. Nog vóór het Hof van Justitie tot een uitspraak kwam, werd deze logische inconsistentie opgeheven door de afschaffing in het materieel recht van de vereiste dat de werkelijke en de statutaire zetel op dezelfde plaats dienen gelegen te zijn. Anders uitgedrukt, in het materieel toepassingsgebied van de Hongaarse vennootschapswet wordt nu aansluiting gezocht bij de statutaire zetel van de vennootschap als gevolg waarvan Hongarije nu zonder twijfel de incorporatieleer aanhangt (zie *ibid.*, 34 en P. PELLÉ, “Companies crossing borders within Europe”, *Utrecht Law Review* 2008, afl. 1, (7) 13).

deze grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel zonder een omzetting van de emigrerende vennootschap in een vennootschapsvorm van het immigratieland¹⁹. Het is deze onmogelijkheid tot grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel met behoud van de hoedanigheid naar het recht van het oprichtingsland waarvan de conformiteit met het vrij vestigingsrecht in vraag gesteld wordt. Advocaat-generaal Maduro concludeert dan ook naar

mijn mening terecht dat de voorliggende zaak betrekking heeft op de problematiek van de *werkelijke* zetelverplaatsing en niet op die van de grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing²⁰. Het Hof van Justitie sluit zich zonder meer aan bij deze visie²¹ doch zijn antwoord lijkt ingevolge zijn onnauwkeurig en onzorgvuldig taalgebruik niettemin ook implicaties te hebben voor de statutaire zetelverplaatsing²².

IV. VERDERE VERDUIDELIJING VAN DE PREJUDICIËLE VRAAG EN HAAR BELANG VOOR DE WERKELIJKE ZETELLEER

5. De zaak heeft dus in wezen betrekking op de verenigbaarheid van belemmeringen opgelegd door een lidstaat aan de in zijn jurisdictie opgerichte vennootschappen die hun *werkelijke* zetel naar een andere lidstaat willen verplaatsen. Zoals gezegd, wordt in het concrete feitengeval *Cartesio* in die zetelverplaatsing belemmerd doordat haar oprichtingsland dit niet toestaat zonder haar omzetting in een Italiaanse vennootschap. Hierbij moet onmiddellijk in herinnering gebracht worden dat deze concrete belemmering zich niet zou hebben voorgedaan in het geval Hongarije de incorporatieleer op zijn traditionele wijze zou aanhangen. Immers, hierboven werd gesteld dat deze leer aansluiting zoekt bij de (eerste) statutaire zetel waardoor een verplaatsing van het operationele bestuurscentrum naar het buitenland principieel nooit een plicht tot omzetting in een vennootschapsvorm van het immigratieland met zich mee zal brengen²³. Dit maakt duidelijk dat het Hof van Justitie wordt verzocht zich expliciet uit te spreken over de vraag of de werkelijke zetelleer met het vrij vestigingsrecht in strijd is in geval deze leer het een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap onmogelijk maakt om haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van haar oorspronkelijke nationaliteit. Het is in deze context evenwel belangrijk te wijzen op het bestaan van twee “soorten” werkelijke zetelverplaatsingen (zijnde de zuiver feitelijke en de formele zetelverplaatsing) en,

meer cruciaal in het licht van de voorliggende prejudiciële vraag, het bestaan van in essentie twee praktische verschijningsvormen van de werkelijke zetelleer (zijnde de orthodexe en de genuanceerde).

6. Wat het onderscheid tussen de twee soorten werkelijke zetelverplaatsingen betreft, wordt in deze tekst met een formele werkelijke zetelverplaatsing het scenario bedoeld waarin een vennootschap haar werkelijke zetel in feitelijk opzicht grensoverschrijdend verplaatst met het oog op het verkrijgen van rechtsgevolgen, door een formele beslissing van het vennootschapsorgaan dat bevoegd is voor het verplaatsen van de zetel. Indien toegelaten, zal een dergelijke vorm van zetelverplaatsing vaak gepaard gaan met een verplaatsing van de statutaire zetel. In wezen lijkt de in deze bijdrage geanalyseerde zaak op deze vorm van werkelijke zetelverplaatsing betrekking te hebben daar *Cartesio* verzoekt om de feitelijke verplaatsing van de werkelijke zetel in het Hongaarse handelsregister te laten registreren. Bij een zuiver feitelijke zetelverplaatsing daarentegen verplaatst een vennootschap immers haar werkelijke zetel naar een ander land zonder daartoe een rechtshandeling te stellen. Deze internationale verplaatsing van de werkelijke zetel kan onbewust gebeurd zijn door bijvoorbeeld de natuurlijke gang van het economische leven, dan wel bewust ingeval de vennootschap bijvoorbeeld aan *forum shopping* tracht te doen. Hoe-

¹⁹. De notie “omzetting van de vennootschap in een vennootschapsvorm van het immigratieland” is op zich beladen omdat het verschillende verschijningsvormen kan aannemen. Het Hof van Justitie lijkt deze notie evenwel enkel en alleen te gebruiken als het tegenovergestelde van “het behoud van de hoedanigheid naar het recht van het oprichtingsland”. In navolging van het arrest, wordt in deze tekst ervan uitgegaan dat met de eerstgenoemde notie in de eerste plaats een wijziging van het op de vennootschap toepasselijk recht bedoeld wordt. Of dit onder meer gepaard gaat met de ontbinding in het oprichtingsland en de heroprichting in het land waarnaar de zetel verplaatst wordt, dan wel met behoud van de rechtspersoonlijkheid, is in het kader van het arrest op zich niet belangrijk (met uitzondering van hetgeen bepaald is in rechtsoverwegingen 110 t.e.m. 113 van het arrest). Indien het onderscheid in voorkomend geval toch relevant zou zijn in het kader van deze bijdrage, zou dit duidelijk moeten blijken uit de tekst.

²⁰. Zie randnr. 23 van de conclusie.

²¹. Zie rechtsoverwegingen 47 t.e.m. 49 van het arrest.

²². Niettegenstaande het feit dat het begrip “zetelverplaatsing” in de Europese context onnauwkeurig en dubbelzinnig is in het licht van de verschillende aanknopingspunten die lidstaten traditioneel in hun internationaal privaatrecht hanteren, zal hieronder blijken dat het Hof van Justitie immers vaak zonder meer over *een* aanknopingspunt met het nationale grondgebied en *een* zetelverplaatsing spreekt. Hieruit lijken op het eerste gezicht dan ook gevolgen te kunnen worden getrokken voor de houding van het Hof van Justitie tegenover van de lidstaat van oprichting uitgaande belemmeringen bij de grensoverschrijdende verplaatsing van de *statutaire* zetel. In theoretisch perspectief kan men ook hier een onderscheid maken tussen de statutaire zetelverplaatsing waarbij de vennootschap zich al dan niet dient om te zetten in een vennootschapsvorm van het land waar zij haar statutaire zetel naartoe wenst te verplaatsen. Omwille van het hoog theoretische gehalte van het vraagstuk inzake de identiteitsbehoudende statutaire zetelverplaatsing wordt in hoofdstuk VI enkel teruggekomen op de nationaliteitswijzigende statutaire zetelverplaatsing.

²³. Toch niet bekeken vanuit het standpunt van het oprichtingsland. Dit is echter anders indien de lidstaat van ontvangst de werkelijke zetelleer zou aanhangen, in welk geval een probleem van “dubbele nationaliteit” kan rijzen. Gelet op de feitelijke achtergrond van de zaak *Cartesio*, zijnde de verenigbaarheid met het Gemeenschapsrecht van belemmeringen uitgaande van het *oprichtingsland*, wordt in dit hoofdstuk geen rekening gehouden met het gedrag van de *lidstaat waarnaar de zetel wordt verplaatst*.

wel Cartesio wel degelijk een rechtshandeling stelt door de registratie van de zetelverplaatsing in het Hongaarse handelsregister te vragen, lijkt het, bij gebrek aan nadere gegevens omtrent haar beweegredenen hiertoe, evenwel niet in haar bedoeling te liggen om hieraan rechtsgevolgen te verbinden. Om die reden gaat de tekst ervan uit dat Cartesio de registratie *noodgedwongen* aanvraagt teneinde zich in de regel te kunnen stellen met de Hongaarse vennootschapswetgeving. Hoewel het onderscheid tussen beide vormen van werkelijke zetelverplaatsing niet onmiddellijk relevant is tegen de achtergrond van het arrest nu zij beiden tot een *conflict mobile* leiden, is het onderscheid belangrijk voor de behandeling van de grensoverschrijdende zetelverplaatsing met verandering van recht dat het personeel statuut van de vennootschap beheerst. Hierop wordt in hoofdstuk VI teruggekomen.

7. Het hanteren door een land van de werkelijke zetel als aanknopingspunt om het op de vennootschap toepasselijk recht te bepalen, heeft in de eerste plaats zijn invloed op de vraag naar de erkenning van in andere landen opgerichte vennootschappen (d.i. het erkenningsvraagstuk²⁴) maar heeft tevens indirect zijn uitwerking op de vraag naar de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel (d.i. het vraagstuk betreffende de grensoverschrijdende zetelverplaatsing). Beide vraagstukken zijn namelijk nauw met elkaar verbonden: terwijl het erkenningsvraagstuk thans in beginsel volledig wordt beantwoord aan de hand van het recht dat door het internationaal privaatrecht wordt aangeduid, zal de nauwgezetheid waarmee de verwijzingsregel wordt toegepast, sterk beïnvloed worden door het eigen materieel vennootschapsrecht (inzake de

zetelverplaatsing), dan wel zelf op zijn beurt de interpretatie van deze materiële regelen sterk beïnvloeden. Door deze wisselwerking is de mogelijkheid tot (en de gevolgen van) een grensoverschrijdende zetelverplaatsing niet alleen in grote mate afhankelijk van het internationaal privaatrecht, doch ook van het vennootschapsrecht (alsmede van het fiscaal recht). Deze wisselwerking in gedachten houdend, kunnen twee praktische verschijningsvormen van de werkelijke zetelleer in deze onderscheiden worden: de orthodoxe en de genuanceerde.

In een doorgedreven of orthodoxe toepassing van de werkelijke zetelleer zal het recht van het land waar de werkelijke zetel is gelegen, *alle* aspecten van het vennootschapsstatuut beheersen (en derhalve ook dat van de rechtspersoonlijkheid), waar ook de vennootschap moge zijn opgericht. Wanneer dit vertaald wordt naar het erkenningsvraagstuk, dan zal een vennootschap aldus principieel slechts erkend worden indien zij opgericht en ingericht is naar het recht van het land van de werkelijke zetel. Dit principe leidt ertoe dat in een doorgedreven consequente toepassing van de werkelijke zetelleer de hoofdvestiging of het bestuurscentrum zich strikt genomen dient te bevinden in het land waar de vennootschap haar rechtspersoonlijkheid heeft verworven (en waar haar statutaire zetel in de regel gevestigd is nu deze doorgaans niet in het buitenland mag geplaatst worden). Is dit evenwel niet het geval en bestaat met andere woorden een discrepantie tussen het oprichtingsland en het land van de werkelijke zetel, dan zal een naar het recht van een ander land opgerichte vennootschap telkens stuiten op een niet-erkenning, en dus op een verlies van haar rechtspersoonlijkheid, wegens een niet naar het recht van het land van de wer-

²⁴. Over de zin of onzin van de erkenningshandeling bestaat veel discussie. Erkenning stamt immers uit de tijd waarin op grond van de fictieleer een rechtspersoon enkel bestond binnen de grenzen van de jurisdictie die dit "artificieel wezen" in het leven had geroepen waardoor derhalve een bijzondere machtiging vereist was opdat een in het buitenland opgerichte rechtspersoon in het handelsverkeer of in rechte kon optreden. Zo werd in Nederland een "Koninklijke bewilliging" verlangd, in België een goedkeuring door de Koning en in Duitsland een "besluit van de Bundesrat". Hoewel deze erkenningshandeling thans volledig verouderd is en in de huidige maatschappelijke visie over rechtspersonen (realiteitsleer) compleet achterhaald is, blijven sommigen aan het erkenningsvraagstuk een zelfstandige betekenis toekennen: zij menen dat de erkenningsvraag als "Vorfrage" zich noodzakelijkerwijs voorafgaand aan de toepassing van de conflictregel manifesteert. In deze minimumopvatting van de erkenning zal de forumrechter met andere woorden enkel nagaan of de in het buitenland opgerichte vennootschap op grond van zijn recht (de zogenaamde "*lex fori*") als rechtssubject kan "erkend" worden, en dit onafhankelijk van de vraag naar het op de vennootschap van toepassing zijnde recht (de zogenaamde "*lex societatis*"). Zich beroepend op de eenheidsleer (d.i. alle aspecten van het vennootschapsstatuut, en derhalve ook dat van de rechtspersoonlijkheid, moeten worden beheerst door één en hetzelfde recht) wordt door de meerderheid daarentegen al dan niet expliciet gesteld dat, eenmaal de forumrechter het toepasselijk recht heeft gevonden en vaststelt dat de vennootschap in overeenstemming met dat recht is opgericht en ingericht, de erkenning daarmee vanzelf een feit is (d.i. de zogenaamde maximumopvatting). Erkenning wordt in deze visie gezien als een overbodige tussenstap en een "dood instituut". Een tussenpositie wordt ingenomen door auteurs die stellen dat uit het complex van regels die tezamen de rechtspersoon beheersen, er aldus één gelicht wordt, waarvoor door de conflictregel een toepasselijk recht wordt aangewezen, zonder dat men tegelijkertijd ook de overige aspecten van de rechtspersoon aan dit aangewezen recht onderwerpt. Zie voor verdere verwijzingen naar de meest gezaghebbende auteurs in deze materie: C. TIMMERMANS, "Het verdrag van 29 februari 1968 inzake de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen. Enkele Europeesrechtelijke kanttekeningen", in Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (ed.), *Erkenning van vreemde vennootschappen en rechtspersonen*, Deventer, Kluwer, 1980, 37; voor een vurig pleidooi voor de eenheidsleer: P. VLAS, *Rechtspersonen in het Internationaal Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1982, 28-36 en voor een rechtsvergelijkende studie: R. DRURY, "The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the 'Delaware Syndrome'", *Cambridge Law Journal* 1998, 165-194.

In navolging van de meerderheidsvisie gaat deze tekst ervan uit dat de erkenningsvraag zich niet als een voorafgaande stap verhoudt ten opzichte van de vraag naar het op (de andere aspecten van) het personeel statuut van de vennootschap toepasselijk recht. Hoewel beide vragen in de meeste gevallen volledig samenvallen, wordt niettemin aan de aanvaarding door een land van het bestaan en de bekwaamheid van een naar buitenlands recht opgerichte entiteit om in meerdere of mindere mate draagster van rechten en plichten te zijn, een zelfstandige betekenis gegeven. Hoewel vennootschappen zijn opgericht overeenkomstig het recht van het land van de werkelijke zetel (werkelijke zetelleer) of van de (eerste) statutaire zetel (incorporatieleer), kan namelijk op grond van de internationale openbare orde toch de erkenning geweigerd worden (zie bv. de thans achterhaalde Belgische rechtspraak waarin het bestaan van eenhoofdige vennootschappen in de Belgische rechtsorde werd ontkend hoewel zij opgericht waren naar het recht van het land waar hun werkelijke zetel was gelegen: Cass. 5 januari 1911, *Pas.* 1911, I, 68). Omgekeerd blijkt soms dat, ondanks het feit dat een vennootschap niet is opgericht overeenkomstig het aangewezen recht, een land toch het bestaan van de vennootschap als rechtssubject aanvaardt (zie bijvoorbeeld de nuanceringen op de werkelijke zetelleer gemaakt in dit randnummer).

kelijke zetel conforme oprichting²⁵. Wil deze vennootschap de rechtspersoonlijkheid genieten in het land van de werkelijke zetel, dan beschikt ze hiervoor slechts over één oplossing: de heroprichting in dat land²⁶. Een dergelijke houding in het erkenningsvraagstuk heeft in beginsel ook zijn gevolgen voor het vraagstuk betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel. Net zoals aan in het buitenland opgerichte vennootschappen in geen enkel opzicht de mogelijkheid wordt geboden om hun werkelijke zetel naar het binnenland te verplaatsen zonder heroprichting, staan landen in deze orthodoxe toepassing van de werkelijke zetelleer principieel weigerachtig tegenover de verplaatsing van de werkelijke zetel door hun eigen vennootschappen naar het buitenland toe. Om die reden combineren zij doorgaans de orthodox toegepaste werkelijke zetelleer als erkenningstheorie met een materiële of een in de rechtspraak geproclameerde regel die de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel door een in het eigen land opgerichte vennootschap sanctioneert met de ontbinding en vereffening van de vennootschap²⁷.

Uit nader onderzoek blijken de meeste lidstaten de werkelijke zetelleer thans echter meer genuanceerd toe te passen als erkenningstheorie. Zij trachten de uitermate strenge gevolgen van de werkelijke zetelleer ingeval een discrepantie bestaat tussen het oprichtingsland en het land van de werkelijke zetel, te milderen door wel het bestaan van een in een ander land opgerichte vennootschap te erkennen maar ten aanzien van haar personeel statuut integraal toepassing te maken van het (dwingend) recht van het land van de werkelijke zetel²⁸. Het aannemen van een dergelijke houding in het erkenningsvraagstuk biedt vanzelfsprekend perspectieven voor de mogelijkheid van die vreemde vennootschappen om hun werkelijke zetel grensoverschrijdend te verplaatsen. Indien een in het buitenland opgerichte vennootschap in de loop van haar bestaan haar werkelijke zetel naar het binnenland heeft verplaatst, dan zal dat laatste land bij een genuanceerde toepassing van de werkelijke zetelleer die rechtspersoon bij de vervulling van een aantal voorwaarden erkennen maar zij wordt dan gedwongen zich in de regel te stellen met zijn dwingende rechtsbepalingen²⁹. Een dergelijke houding van een land ten opzichte van vreemde vennootschappen

25. Toch wanneer de forumrechter vaststelt dat de werkelijke zetel in het binnenland is gelegen. Ligt de werkelijke zetel evenwel in het buitenland, doch niet in het oprichtingsland, dan kan in voorkomend geval toch tot de erkenning besloten worden mits het land van de werkelijke zetel de incorporatieleer aanhangt en het forumland de doorverwijzing naar het recht van het oprichtingsland aanvaardt.

Sinds het arrest *Überseering* staat voor alle duidelijkheid met zekerheid vast dat het Hof van Justitie een dergelijke houding van de lidstaten tegenover EG-vennootschappen met werkelijke zetel in het binnenland niet tolereert, indien ze niet aan de proportionaliteitstest voldoet. Aangezien landen die deze vorm van de werkelijke zetelleer toepassen, systematisch het bestaan van de vennootschap ontkennen, kan van enige proportionaliteit in deze moeilijk gesproken worden (zie *infra*, randnr. 18 e.v.). Deze houding kan uiteraard nog steeds aangenomen worden voor zover een lidstaat geconfronteerd wordt met een naar het recht van een derde land opgerichte vennootschap.

26. Zo was de teneur in Duitsland bijvoorbeeld dat de verplaatsing van de werkelijke zetel naar het binnenland neerkomt op een *conflict mobile* zodat Duits recht toepassing vindt en de vennootschap naar de in Duitsland geldende regels opnieuw moet worden opgericht. Zie bij wijze van voorbeeld: OLG Nürnberg 7 juni 1984, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1985, 342 en OLG München 6 mei 1986, *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 2197. Sinds de onder druk van de arresten van het Hof van Justitie op 1 november 2008 ingevoerde *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)* moet deze Duitse rechtspraak thans evenwel als volledig achterhaald beschouwd worden voor zover het gaat om GmbH's en AktG's. Zie de volgende voetnoot voor meer informatie omtrent deze wetswijziging.

27. In beginsel maakt het in deze verschijningsvorm van de werkelijke zetelleer niet uit of het om een zuiver feitelijke dan wel om een formele zetelverplaatsing gaat. Dit blijkt duidelijk in het voorbeeld dat Roth over het toepasselijk Duits recht geeft. Hij stelt immers dat wanneer de werkelijke zetel verplaatst wordt van Duitsland naar een land dat de incorporatieleer aanhangt (waardoor het internationaal privaatrecht van dit land bijgevolg naar het Duits recht zal terugverwijzen), dan zal Duitsland deze "renvoi" naar het eigen recht aanvaarden. Hoewel in dit geval aldus geen *conflict mobile* voorligt en derhalve voor de vennootschap wat haar personeel statuut betreft geen nieuwe rechtsorde gaat gelden, wordt naar Duits materieel recht toch de ontbinding van de vennootschap geeïst ofwel op basis van de beslissing genomen door het bevoegde vennootschapsorgaan (dus een formele zetelverplaatsing) ofwel, indien een dergelijke beslissing ontbreekt (dus een zuiver feitelijke zetelverplaatsing), op basis van de wet (W. ROTH, "Recognition of Foreign Companies in Siège Réel Countries: A German Perspective", in J. WOUTERS en H. SCHNEIDER (eds.), *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union*, Antwerpen, Maklu, 1995, (29) 33). Dit laatste is trouwens betwist (J. BELLINGWOUT, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen. Privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer, Kluwer, 1996, p. 170). Eensgezindheid bestaat er wel over dat een wijziging van het op het personeel statuut toepasselijk recht (dus verplaatsing van de werkelijke zetel naar een ander werkelijk zetelland) in elk geval leidt tot de ontbinding van de Duitse vennootschap. Deze discussie is sinds de invoering van de *MoMiG* deels achterhaald, nu onder het nieuwe Duitse regime GmbH's en AktG's hun statutaire zetel van hun werkelijke zetel mogen dissociëren en de laatstgenoemde zetel zelfs buiten Duitsland mogen lokaliseren zonder hun rechtspersoonlijkheid of hoedanigheid naar Duits recht te verliezen (U. SEBERT, "Close Corporations – Reforming Private Company Law: European and International Perspectives", *European Business Organization Law Review* 2007, (83) 89; U. NOACH en M. BEURSKENS, "Modernising the German GmbH – Mere window Dressing or fundamental Redesign?", *European Business Organization Law Review* 2008, (97) 118 en V. KOROM en P. METZINGER, "Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06", *European Company and Financial Law Review* 2009, (125) 159). In het licht van de beslissing van het Hof van Justitie genomen in het in deze bijdrage geanalyseerde arrest wordt in Duitsland trouwens al volop gespeculeerd dat de Duitse wetgever mogelijks de *MoMiG* zal trachten in te trekken (B. KNOF en S. MOCK, "Die Vereinbarkeit von Wegzugsbeschränkungen mit der Niederlassungsfreiheit ('Cartesio')", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009, 33).

28. Diephuis verwoordt het als volgt: "Daarbij sluit aan een regel van intern recht van een land dat dit stelsel (de werkelijke zetelleer) aanhangt, die een naar vreemd recht opgericht lichaam waarvan de zetel zich in dat land bevindt, straft met hetzij niet-erkenning in haar volle omvang (dus de orthodoxe toepassing) dan wel met toepassing van het recht van het land van de zetel t.a.v. het personeel statuut (dus de genuanceerde toepassing)." Zie: J. DIEPHUIS, "Erkenning van vreemde vennootschappen en rechtspersonen", in Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (ed.), *Erkenning van vreemde vennootschappen en rechtspersonen*, Deventer, Kluwer, 1980, 10.

Ook deze vorm van de werkelijke zetelleer als erkenningstheorie is zeker sinds het arrest *Inspire Art* strijdig met het Gemeenschapsrecht indien ze op een algemene wijze op EG-vennootschappen met werkelijke zetel in het binnenland wordt toegepast. De proportionaliteitstest of de zogenaamde Gebhard-test moet immers doorstaan worden (zie *infra*, randnr. 18 e.v.). Merk evenwel op dat sommige auteurs deze conclusie niet willen trekken (zie bv. I. THOMA, "The *Überseering* ruling: a tale of serendipity", *European Review of Private Law* 2003, 545 e.v.). Deze verschijningsvorm kan in ieder geval behouden blijven voor de erkenning van naar het recht van derde landen opgerichte vennootschappen.

heeft in beginsel ook zijn nawerking op de behandeling van de internationale zetelverplaatsing door in het eigen land opgerichte vennootschappen. Zulk land zal de verplaatsing van de werkelijke zetel door een naar zijn eigen recht opgerichte vennootschap doorgaans in zijn materieel recht niet op voorhand beteugelen met de ontbinding en vereffening van de rechtspersoon maar zal aan haar eigen vennootschappen, net zoals zij die mogelijkheid verleent aan vreemde vennootschappen, onder welbepaalde voorwaarden de “gunst” verlenen om zich met continuïteit van de rechtspersoonlijkheid om te zetten in een vennootschapsvorm van het immigratieland³⁰. In elk geval kan deze zetelverplaatsing slechts met rechtszekerheid geschieden indien het recht van zowel het oprichtingsland (emigratieland) als het immigratieland (het land dat erkent) de omzetting toelaat. Deze omzetting heeft dan in de regel tot gevolg dat de vennootschap niet alleen haar werkelijke zetel maar tevens haar statutaire zetel dient mede te verplaatsen, waardoor beiden na de transactie opnieuw in hetzelfde land zullen gelegen zijn. Dit impliceert dus dat in deze verschijningsvorm in ieder geval een formele verplaatsing van de werkelijke zetel vereist is opdat desgevallend tot de continuïteit van de rechtspersoonlijkheid kan besloten worden.

8. De twee verschijningsvormen van de werkelijke zetelleer maken duidelijk dat een vennootschap, ingevolge (de rechterlijke interpretatie van) de nationale bepalingen inzake oprichting en werking van vennootschappen toepasselijk in haar oprichtingsland, haar werkelijke zetel ofwel helemaal niet (orthodoxe toepassing) ofwel slechts met een wijziging van het recht dat haar personeel statuut beheerst³¹ (genuanceerde toepassing) naar het buitenland kan verplaatsen. Uit het feitenrelaas kan niet uitgemaakt worden in welke vorm Hongarije de werkelijke zetelleer toepast³². Op het eerste gezicht zou besloten kunnen worden dat in de voorliggende zaak de leer op een genuanceerde wijze wordt toegepast. Nergens wordt immers gewag gemaakt van een algemeen verbod op grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel, maar eerder van een verbod op dergelijke zetelverplaatsing zonder omzetting van de emigrerende vennootschap in een vennootschapsvorm van het immigratieland³³. In randnummer 34 van zijn conclusie merkt de advocaat-generaal echter op dat het Hongaars recht niet enkel voorwaarden aan een grensoverschrijdende werkelijke zetelverplaatsing stelt, maar eist dat de vennootschap wordt *ontbonden*. Hieruit moet volgen dat Hongarije de werkelijke zetelleer in zijn orthodoxe vorm toepast door principieel de ont-

²⁹. Het meest voor de hand liggend voorbeeld van een lidstaat die de werkelijke zetelleer in deze vorm toepast, is België. Ondanks de ontstane discrepantie tussen het oprichtingsland en het land met de werkelijke zetel, oordeelde het Hof van Cassatie in zijn bekende arrest “*Lamot*” dat een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap onder welbepaalde voorwaarden in de Belgische rechtsorde erkend kan worden. Omdat het oprichtingsland (het Verenigd Koninkrijk) de incorporatieleer hanteerde, verkreeg de vennootschap in casu evenwel een binationaal statuut (zie Cass. 12 november 1965, *Pas.* 1965, I, 336 dat uitgebreid besproken wordt in J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie*, doctoraal proefschrift, Leuven, 1997, 632-641). Zie voor een interessante bespreking van de verhouding tussen de erkenningsproblematiek en het vraagstuk betreffende de grensoverschrijdende zetelverplaatsing naar Belgisch recht ook: K. GEENS, “Over internationale zetelverplaatsing”, in A. VERBEKE, J. VERSTRAETE en L. WEYTS (eds.), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber Amicorum Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 563-577. Deze rechtspraak is nu vervat in art. 112 van het Wetboek Internationaal Privaatrecht. Voor een bondige bespreking van dit artikel wordt verwezen naar C. TUBEUF, “Article 112: transfert de l'établissement principal”, in J. ERAUW e.a. (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht commentariseerd – Le Code de Droit International Privé commenté*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 584 e.v.

Een mooi overzicht van andere werkelijke zetellanden die de immigratie van de werkelijke zetel toelaten, wordt gegeven door E. WYMEERSCH, “The Transfer of the Company’s Seat in European Company Law”, *Common Market Law Review* 2003, (661) 670. Hiertoe zouden onder meer Frankrijk, Portugal en Italië behoren. Wat dit laatste land betreft, moet trouwens gezegd worden dat het ten opzichte van zijn eigen vennootschappen de incorporatieleer toepast. Zie hierover: M. VENTORUZZO, “Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law”, *European Company and Financial Law Review* 2007, (47) 52.

³⁰. In België werd het cassatiearrest *Lamot* door het arrest “*Transport Vanneste*” van de Raad van State, zij het op een minder overtuigende wijze, uitgebreid tot het scenario waarin een naar Belgisch recht opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel naar het buitenland verplaatst. Kritiek bestaat echter op de motivering van het arrest. Door te benadrukken dat het Belgisch vennootschapsrecht de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel niet met de ontbinding sanctioneert, paste de Raad van State in feite in het voorliggende geval de incorporatieleer toe op naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen (ter informatie: in dit arrest lag een zuiver feitelijke verplaatsing van de werkelijke zetel voor). Hoewel de bekomen oplossing (zijnde de niet-ontbinding van de vennootschap) in de voorliggende casus moet aangemoedigd worden, ware het beter geweest dat de Raad van State tot deze conclusie kwam op grond van de terugverwijzing door het land met de werkelijke zetel (in casu Nederland dat de incorporatieleer aanhangt) naar het Belgisch recht (K. LENAERTS, “Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland”, (noot onder het arrest “*Transport Vanneste*”), *T.R.V.* 1988, 112). Indien de werkelijke zetel evenwel naar een land wordt verplaatst dat ook de werkelijke zetelleer toepast, dan mag thans, sinds de afschaffing van het begrip “essentiële elementen” door de vennootschapsodificatie van 7 mei 1999, aangenomen worden dat een Belgische vennootschap zich onder bepaalde voorwaarden (waaronder een rechtsgeldig besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders) met continuïteit van de rechtspersoonlijkheid mag omzetten in een vennootschapsvorm van het immigratieland mits dit laatste land dat aanvaardt. Zie K. VAN HULLE en H. GESELL (eds.) *European Corporate Law*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 67. Dit wordt ook bevestigd door art. 112 van het Wetboek Internationaal Privaatrecht.

Spanje, Portugal, Frankrijk en Italië zijn andere landen die de werkelijke zetelleer aanhangen en toch de emigratie van eigen vennootschappen toelaten. Dit laatste land neemt zoals gezegd evenwel een bijzondere positie in: op de in Italië opgerichte vennootschappen wordt de incorporatieleer toegepast waardoor derhalve van een nationaliteitswijziging geen sprake is.

³¹. Althans in de veronderstelling dat de werkelijke zetel wordt verplaatst naar een land dat ook de werkelijke zetelleer toepast. Volgt het immigratieland evenwel de incorporatieleer, dan zal de vennootschap geen “nationaliteitswijziging” ondergaan indien haar oprichtingsland de *renvoi* naar het eigen recht aanvaardt. In het geval dat de *renvoi* echter niet wordt aanvaard, dan ontstaat het gevaar op apatride vennootschappen.

³². Indien we de veronderstelling van het Hof volgen dat Hongarije de werkelijke zetelleer aanhangt, doch zie evenwel voetnoot 18.

³³. Zoals werd opgemerkt in voetnoot 19, is de notie “omzetting in een vennootschapsvorm van het immigratieland” vaag. Indien de verplaatsing van de werkelijke zetel in elk geval gepaard gaat met een ontbinding in het oprichtingsland en dit ongeacht de houding die het immigratieland tegenover deze transactie aanneemt, moet besloten worden dat Hongarije de werkelijke zetelleer in zijn orthodoxe vorm toepast. Gebeurt de omzetting evenwel met behoud van de rechtspersoonlijkheid, dan moet tot de genuanceerde toepassing van de werkelijke zetelleer geconcludeerd worden.

binding te vereisen van een vennootschap die haar werkelijke zetel naar het buitenland verplaatst. Ook het Hof van Justitie merkt in rechtsoverweging 103 van het arrest op dat de onmogelijkheid om de zetel te verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap naar Hongaars recht, zou vereisen dat de vennootschap eerst *ophoudt te bestaan* en vervolgens opnieuw wordt opgericht overeenkomstig het recht van het land op wiens grondgebied zij haar nieuwe zetel wenst te vestigen. Het ene volgt evenwel niet uit het andere. Zonet werd immers opgemerkt dat deze omzetting in een genuanceerde toepassing van de werkelijke zetelleer niet noodzakelijk hoeft gepaard te gaan met een dergelijk verlies van de rechtspersoonlijkheid³⁴. Niettemin mag in het licht van het onderscheid tussen beide verschijningsvormen van de werkelijke zetelleer samen met de advocaat-generaal en het Hof van Justitie gesteld worden dat Hongarije deze leer op een doorgedreven orthodoxe wijze toepast.

9. Meer van belang echter lijkt de verschillende wijze waarop advocaat-generaal Maduro en het Hof van Justitie de door de Hongaarse beroepsrechter gestelde prejudiciële vraag herformuleren. Maduro concludeert dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag zich verzetten tegen de toepassing van nationale bepalingen die het een naar nationaal recht van een lidstaat opgerichte vennootschap *onmogelijk* maken om haar operationele bestuurscentrum naar een andere lidstaat te verplaatsen³⁵. In het licht van de twee verschijningsvormen van de werkelijke zetelleer zal hij met andere woorden enkel de conformiteit met het vrij vestigingsrecht onderzoeken van de in de orthodox toegepaste werkelijke zetelleer bestaande onmogelijkheid tot grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel. De herformulering van de prejudiciële vraag door het Hof van Justitie heeft daarentegen een ruimere draagwijdte. Het stelt immers dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat die een krachtens het nationaal recht van deze lidstaat opgerichte vennootschap belet haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen *maar daarbij wel haar hoedanigheid te behouden van vennootschap die valt onder het nationaal recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht*³⁶. Deze vraag heeft in elk geval betrekking op de beide varianten van de werkelijke zetelleer. In de genuanceerde verschijningsvorm van de werkelijke zetelleer kunnen vennootschappen, zoals gezegd, wel hun werkelijke

zetel met behoud van de rechtspersoonlijkheid verplaatsen, maar verliezen zij daarbij de nationaliteit en dus de hoedanigheid naar het recht van hun oprichtingsland. Een ernstigere belemmering vloeit uiteraard voort uit de orthodox toegepaste werkelijke zetelleer. Hierin hebben vennootschappen immers in het geheel niet de mogelijkheid hun bestuurszetel te verplaatsen, ook niet met wijziging van het recht dat hun personeel statuut beheerst. Derhalve zal een positief antwoord van het Hof van Justitie op de (door hem geherformuleerde) prejudiciële vraag tevens het besluit tot gevolg hebben dat de in de orthodox toegepaste werkelijke zetelleer bestaande onmogelijkheid tot intracommunautaire verplaatsing van de werkelijke zetel in strijd is met het vrij vestigingsrecht. Hierbij dringt het Hof van Justitie door tot de kern van de bilateraal toegepaste werkelijke zetelleer, zijnde het gebruik van de bestuurszetel of de hoofdvestiging door het oprichtingsland als aanknopingspunt met zijn grondgebied die van naar zijn recht opgerichte vennootschappen vereist wordt.

10. Een en ander samenvattend, komt de door het Hof van Justitie geherformuleerde prejudiciële vraag neer op de vraag of een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap op basis van het Gemeenschapsrecht ten aanzien van haar oprichtingsland het recht heeft om haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen zonder zich daarbij verplicht te moeten omzetten in een vennootschapsvorm van die laatste lidstaat. De door het Hof van Justitie geherformuleerde vraag naar het in hoofde van een onder artikel 48 EG-Verdrag vallende vennootschap (hierna aangeduid met “EG-vennootschap”) bestaande recht op een dergelijke “identiteitsbehoudende” zetelverplaatsing moet scherp onderscheiden worden van de vraag naar het bestaan van een recht op grensoverschrijdende zetelverplaatsing met verandering van het op het personeel statuut van de vennootschap toepasselijk recht³⁷. Dit laatste komt namelijk neer op de vraag of EG-vennootschappen het in hun nationaal recht gehanteerde aanknopingspunt zonder onderbreking in hun rechtspersoonlijkheid doch met verandering van het op hen toepasselijk recht mogen verbreken en behoort tot de toepassings sfeer van het intussen ingetrokken voorstel tot Veertiende Vennootschapsrichtlijn³⁸. Het Hof van Justitie wijdt echter, zonder daartoe verplicht te zijn, tevens uit over deze problematiek³⁹. Deze twee van elkaar te onderscheiden vormen van zetelverplaatsing worden hieronder afzonderlijk behandeld.

³⁴. Wat er ook van moge wezen, aangezien Cartesio deze omzetting niet wil doen (ongeacht of dit al dan niet gebeurt met behoud van de rechtspersoonlijkheid, wat voor alle duidelijkheid afhangt van het recht van zowel het oprichtingsland als het immigratieland), wordt praktisch gezien haar de mogelijkheid ontnomen haar werkelijke zetel in Italië te vestigen.

³⁵. Zie randnr. 23 van de conclusie.

³⁶. Zie rechtsoverweging 99 van het arrest.

³⁷. Zie rechtsoverweging 111 van het arrest.

³⁸. Zie *infra*, randnrs. 41 e.v.

³⁹. Zie nu al rechtsoverwegingen 112 en 113 van het arrest.

V. HET RECHT OP EEN IDENTITEITSBEHOUDENDE VERPLAATSING VAN DE WERKELIJKE ZETEL

11. Alvorens over te gaan tot de conclusie van de advocaat-generaal (B) en de uitspraak van het Hof van Justitie (C), wordt nagegaan in hoeverre een naar het nationaal recht van een lidstaat opgerichte vennootschap in de huidige stand van het Gemeenschapsrecht het recht op een verplaatsing van de werkelijke zetel naar een andere lidstaat toe toekomt zonder daarbij een wijziging van de *lex societatis* te moeten ondergaan (A).

A. Verband met andere arresten van het Hof van Justitie betreffende het recht op een identiteitsbehoudende verplaatsing van de werkelijke zetel

12. In navolging van de reeds gevelde arresten in deze materie moet een onderscheid gemaakt worden tussen de conformiteit met de vrijheid van vestiging van belemmeringen uitgaande van het oprichtingsland (§ 1) enerzijds en die uitgaande van de lidstaat van ontvangst (§ 2) anderzijds. Deze onderscheiden houding van het Hof van Justitie komt ingevolge zijn eigen arresten evenwel meer en meer onder druk te staan (§ 3 en 4).

§ 1. Relevante arresten betreffende beperkingen uitgaande van het oprichtingsland

13. Uit het bovenstaande moge duidelijk zijn dat het Hof van Justitie de aan hem gestelde prejudiciële vraag interpreteert in de zin dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap kan belemmerd worden in de verplaatsing van haar bestuurszetel naar een andere lidstaat toe tengevolge van een of andere nationale rechtsregel van haar oprichtingsland die in dergelijk geval de ontbinding van de vennootschap voorschrijft, dan wel de vennootschap verplicht zich om te zetten in een vennootschapsvorm van het immigratieland. Hiermee sluit het geannoteerde arrest grotendeels aan

bij het beruchte arrest *Daily Mail* waarin de belemmering niet bestond in het verlies van hoedanigheid naar het recht van het oprichtingsland, maar in de verplichting om de voorafgaande toestemming van het oprichtingsland te verkrijgen opdat een vennootschap haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat mocht verplaatsen⁴⁰.

Aanleiding tot dit laatstgenoemde arrest was het verschil inzake het aanknopingspunt gehanteerd in de fiscale wetgeving en in het internationaal privaatrecht op het gebied van vennootschapsrecht. Dit is een belangrijk verschilpunt met de hier geannoteerde zaak. Terwijl in het arrest *Cartesio* het Hof van Justitie uitspraak doet over een mogelijke belemmering door de toepassing van de werkelijke zetelleer, had het arrest *Daily Mail* betrekking op een fiscaalrechtelijke belemmering. De verwijzende rechter paste immers de incorporatieleer toe waardoor bijgevolg een naar zijn recht opgerichte vennootschap haar centrale bestuurszetel naar een andere lidstaat mocht verplaatsen zonder haar rechtspersoonlijkheid te verliezen of een wijziging van het recht dat haar personeel statuut beheerst, te moeten ondergaan. In het belastingrecht daarentegen gold de centrale bestuurszetel als fiscale vestiging van de vennootschap, en derhalve als aanknopingspunt in de vennootschapsbelasting (“résidence”). Om die reden verbood de fiscale wetgeving vennootschappen hun centrale bestuurszetel naar het buitenland te verplaatsen zonder voorafgaande toestemming van het ministerie van Financiën⁴¹. Het is de conformiteit met de vrijheid van vestiging van die toestemmingsvereiste waarover het Hof van Justitie zich diende uit te spreken.

14. Het Hof begon zijn analyse van de voorliggende vraag met de vaststelling dat “hoewel het vrij vestigingsrecht beoogt te verzekeren dat buitenlandse vennootschappen in de lidstaat van ontvangst op dezelfde wijze worden behandeld als de onderdanen van die lidstaat, zij ook de lidstaat van oorsprong verbieden om de vestiging in een andere lidstaat te bemoeilijken van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap”⁴². Opgemerkt kan worden dat deze regel na onder meer de arresten “*ICP*”⁴³, “*Marks & Spencer*”⁴⁴ en “*Cadbury*

⁴⁰. Zie voor enkele commentaren op dit arrest: S. VAN THIEL, “*Daily Mail Case*. Tax Planning and the European Right of Establishment. A Setback”, *European Taxation* 1988, 357-366; S. FROMMEL, “EEC Companies and Migration: A Setback for Europe”, *Intertax* 1988, 409-416; P. ROOS, “Europees vennootschapsrecht, vestigingsvrijheid, zetelverplaatsing en IPR”, *Ars Aequi* 1989, 382-390; C. TIMMERMANS, “*Daily Mail*”, *Tijdschrift voor Europees en Economisch recht (S.E.W.)* 1991, 69-73; J. STUYCK, “Zetelverplaatsing en vrije vestiging van vennootschappen in de EEG”, *T.R.V.* 1989, 198-203 en U. DROBNIG, “Gemeinschaftsrecht und internationales Gesellschaftsrecht”, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht* 1991, 185-206.

⁴¹. Het is tegen deze achtergrond dat de feiten van het arrest kunnen geschetst worden. “*Daily Mail and General Trust PLC*” (hierna: “*Daily Mail*”), een houdster- en beleggingsmaatschappij naar Brits recht, wou een belangrijke groep aandelen uit haar investeringsportefeuille verkopen en met de opbrengst ervan eigen aandelen inkopen. Ter ontwijking van Engelse meerwaardebelasting op de verkoop van die aandelen, wenste *Daily Mail* haar centrale bestuurszetel van Londen naar Nederland te verplaatsen. Op die manier zou ze op grond van de Nederlandse vennootschapsbelasting enkel belast worden voor zover na de overbrenging van de fiscale vestiging nog vermogenswinst op de te verkopen aandelen zou ontstaan. Om dit te verhinderen, weigerde het Britse ministerie van Financiën zijn toestemming tot het verplaatsen van de centrale bestuurszetel te geven. Na twee jaar onderhandelen, bracht *Daily Mail* de zaak voor de rechter, stellende dat de art. 43 en 48 EG-Verdrag haar het recht verleenden om haar bestuurszetel zonder voorafgaande toestemming naar een andere lidstaat over te brengen dan wel het recht om die toestemming te verkrijgen zonder dat daaraan voorwaarden worden verbonden. De Britse beroepsrechter vroeg een prejudiciële beslissing.

⁴². Zie rechtsoverweging 16 van het arrest *Daily Mail*.

⁴³. H.v.J. 16 juli 1998, C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)/Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, *Jur.* 1998, I-04695 (hierna aangeduid met arrest *ICI*); zie rechtsoverweging 21.

⁴⁴. H.v.J. 13 december 2005, C-446/03, *Marks & Spencer plc/David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, *Jur.* 2005, I-10837 (hierna aangeduid met het arrest *Marks & Spencer*); zie rechtsoverweging 31.

*Schweppes*⁴⁵ intussen tot de gevestigde rechtspraak van het Hof behoort. Als gevolg hiervan geldt als algemene stelregel dat belemmerende maatregelen uitgaande van de oprichtingslidstaat slechts in het kader van het Gemeenschapsrecht gerechtvaardigd zijn indien zij aan vier voorwaarden voldoen: de maatregelen 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 is⁴⁶.

15. Onmiddellijk na het declareren van dit algemene beginsel veranderde de toon van het arrest echter volledig. Hoewel de zaak *Daily Mail* in wezen sloeg op een fiscaal-rechtelijk probleem, verstrikte het Hof zich in de val van de verschillende aanknopingspunten die door de lidstaten in hun internationale privaatrecht op het gebied van vennootschapsrecht gehanteerd worden⁴⁷. In het licht daarvan oordeelde het Hof van Justitie namelijk dat “de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag aan naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap niet het recht geven om haar centrale bestuurszetel en haar hoofdbestuur naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerstgenoemde lidstaat”⁴⁸. Het kwam tot deze conclusie op basis van de volgende overwegingen: “Vennootschappen bestaan bij de huidige stand van het Gemeenschapsrecht enkel krachtens de verschillende nationale wetgevingen die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepalen.”⁴⁹. Deze wettelijke regelingen vertonen echter “aanzienlijke verschillen, zowel met betrekking tot de aanknopning met het nationale grondgebied die vereist is voor de oprichting van een vennootschap als met betrekking tot de mogelijkheid dat een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap die aanknopning later wijzigt”⁵⁰. “Het EG-Verdrag houdt rekening met deze verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen door enerzijds bij de omschrijving van artikel 48 EG-Verdrag de statutaire zetel, het hoofdbestuur en de hoofdvestiging van een vennootschap op gelijke voet te plaatsen als element van aan-

knoping, en anderzijds in artikel 293 EG-Verdrag te bepalen dat de lidstaten, voor zover nodig, overeenkomsten sluiten ter verzekering van de handhaving van de rechtspersoonlijkheid in geval van verplaatsing van de zetel van vennootschappen van het ene land naar het andere”⁵¹. Bijgevolg moest volgens het Hof van Justitie worden vastgesteld dat “het EG-Verdrag de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen betreffende de vereiste aanknopning met het grondgebied en de vraag of, en zo ja hoe, de statutaire zetel of het feitelijke hoofdkantoor van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, beschouwt als vraagstukken waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden, doch die in toekomstige wetgeving of overeenkomsten moeten worden geregeld”⁵².

16. Met deze laatste zin veegde het Hof van Justitie aldus in de toenmalige stand van het Gemeenschapsrecht zowel het recht op een grensoverschrijdende identiteitsbehoudende zetelverplaatsing als een grensoverschrijdende zetelverplaatsing met verandering van nationaliteit van de baan. Zonder overeenkomsten in de zin van artikel 293 EG-Verdrag of wetgeving die de zetelverplaatsing regelt, hebben vennootschappen derhalve geen recht op een verplaatsing van de primaire vestiging. In deze context is slechts de eerste vaststelling van belang: het Hof van Justitie oordeelde letterlijk dat naar het nationaal recht van een lidstaat opgerichte vennootschappen toen niet het recht hadden om hun werkelijke zetel grensoverschrijdend te verplaatsen met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van het oprichtingsland.

17. Wanneer het arrest *Daily Mail* gekoppeld wordt aan de vaststaande rechtspraak die een algemeen verbod tot belemmerende maatregelen uitgaande van oprichtingslidstaten uitspreekt, lijkt echter een tegenstrijdigheid, op zijn minst een logische inconsistentie te bestaan in de rechtspraak van het Hof. Als algemeen beginsel mogen EG-vennootschappen namelijk noch door hun oprichtingsland noch door lidstaten

45. H.v.J. 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes plc en Cadbury Schweppes Overseas Ltd/Commissioners of Inland Revenue*, Jur. 2006, I-07995 (hierna aangeduid met het arrest *Cadbury Schweppes*); zie rechtsoverweging 42.

46. Zie voor de eerste toepassingen van deze test onder andere: H.v.J. 31 maart 1993, C-19/92, *Dieter Kraus/Land Baden-Württemberg*, Jur. 1993, I-01663 (hierna aangeduid met het arrest *Kraus*), rechtsoverweging 32 en H.v.J. 30 november 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Jur. 1995, I-04165 (hierna aangeduid met het arrest “Gebhard”), rechtsoverweging 37. Deze test wordt hierna de “proportionaliteitstest” of “Gebhard-test” genoemd.

47. Volgens sommigen zou dit het geval zijn om een noodzakelijke correctie of nuancering aan te brengen op het arrest *Segers* (H.v.J. 10 juli 1986, 79/85, *D.H.M. Segers/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, Jur. 1986, 02375) waarin bepaalde auteurs een ongeclausuleerde keuze voor het incorporatiestelsel meenden waar te nemen. Zie hierover: J. BELLINGWOUT, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen. Privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer, Kluwer, 1996, 414. Vanuit die optiek hoeft het geen verwondering te wekken dat de rechtsleer het arrest *Daily Mail* als een bevestiging van de conformiteit van de werkelijke zetelleer als erkenningstheorie met het Gemeenschapsrecht werd gezien. Zie bv.: W. EBKE en M. GOCKEL, “European Corporate Law”, *The International Lawyer* 1990, 239 e.v. Nochtans gaat het hier om de problematiek van de zetelverplaatsing en niet om die van de erkenning nu het gaat om een van de lidstaat van oprichting uitgaande maatregel die de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel belemmert. Zie voor een uitgebreide en interessante analyse van de Duitse rechtsleer in deze materie: H. HALBHUBER, “National Doctrinal Structures and European Company Law”, *Common Market Law Review* 2001, 1385-1420.

48. Zie rechtsoverweging 24 van het *Daily Mail*-arrest.

49. Zie rechtsoverweging 19 van het *Daily Mail*-arrest. Hieraan wordt de notie ontleend dat vennootschappen “creatures van het nationaal recht” zijn.

50. Zie rechtsoverweging 20 van het *Daily Mail*-arrest.

51. Zie rechtsoverweging 21 van het *Daily Mail*-arrest.

52. Zie rechtsoverweging 23 van het *Daily Mail*-arrest.

van ontvangst belemmerd worden in hun (intentie tot) “daadwerkelijke uitoefening van economische activiteiten door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat”⁵³. Op die manier wordt de verwezenlijking van een Europese gemeenschappelijke markt beoogd en vervult het vrij vestigingsrecht als dusdanig in wezen een economische functie⁵⁴. Wanneer die EG-vennootschappen evenwel in de loop van hun levensduur meer succesvol worden op de markt van een lidstaat van ontvangst dan op hun eigen thuismarkt en bijgevolg feitelijk gezien het zwaartepunt van hun economische activiteiten naar het buitenland verschuiven, kan voor hen een probleem rijzen. Ingeval die verschuiving van hun economisch zwaartepunt in termen van de fiscale wetgeving of het internationaal privaatrecht gezien wordt als een verplaatsing van de werkelijke zetel, dan mogen zij hierin immers belemmerd worden, hetzij door dit van voorwaarden afhankelijk te stellen hetzij door de ontbinding en vereffening van de rechtspersoon te vereisen. Het Hof van Justitie ziet hierin geen enkel probleem niettegenstaande de in voorkomend geval zware praktische en fiscale repercussies⁵⁵. Het merkte in deze context zelfs op dat dit “geen enkele beperking stelt aan de mogelijkheid om grensoverschrijdend economisch actief te zijn en

dat dit evenmin de gedeeltelijke of gehele overdracht van de door deze vennootschappen uitgeoefende activiteiten aan een in een andere lidstaat nieuw opgerichte vennootschap belet, zo nodig na ontbinding van de vennootschap en vereffening van haar belastingschuld in het oprichtingsland”⁵⁶. Dit kan moeilijk als een goede beleidsopvatting (waar het Hof zich uiteraard niet hoeft om te bekommeren) beschouwd worden nu het de volledige integratie van de Europese gemeenschappelijke markt ernstig kan bemoeilijken. Vanuit dit inzicht hoeft het aldus geen verwondering te wekken dat het arrest *Daily Mail* tot op heden in de Europese rechtsleer sterk betreurd wordt en soms zelfs gezien wordt als een misstap in de jurisprudentie van het Hof.

§ 2. Relevante arresten betreffende beperkingen uitgaande van de lidstaat van ontvangst (problematiek van de erkenning)

18. Ingevolge de krachtige bewoordingen in de zaak *Daily Mail*, bleef het in deze materie gedurende lange tijd stil tot dat het Hof van Justitie in de zaken *Centros*⁵⁷, *Überseering*⁵⁸ en *Inspire Art*⁵⁹ opnieuw geconfronteerd werd met vragen

53. Over de invulling van het vestigingsbegrip, zie onder meer: H.v.J. 25 juli 1991, C-221/89, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd en anderen*, *Jur.* 1991, I-03905, rechtsoverweging 20; het arrest *Gebhard*, rechtsoverweging 25 en H.v.J. 15 februari 1996, C-53/95, *Inasti (Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants)/Hans Kemmler*, *Jur.* 1996, I-00703, rechtsoverwegingen 8 en 10.

Door het vestigingsbegrip op een dergelijke ruime wijze te interpreteren, zoekt het Hof van Justitie aansluiting bij de economische realiteit inzake grensoverschrijdende mobiliteit, concentratie en samenwerking zonder zich daarbij te laten beperken door de in het verdrag gegeven opsomming. Bijgevolg vallen ook andere technieken zoals het openbaar overnamebod, de inbreng van een algemeenheid of bedrijfstak, enz. onder het vestigingsrecht. Zie hierover uitgebreid: J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie*, doctoraal proefschrift, Leuven, 1997, 218-224.

54. Door het openstellen van binnenlandse markten aan EG-vennootschappen wordt de concurrentie op de gemeenschappelijke markt aangewakkerd waardoor ondernemingen, indien zij willen overleven in deze competitieve omgeving, genoodzaakt worden tot een meer efficiënte allocatie van hun productiemiddelen. Anderzijds draagt het vrij vestigingsrecht ook rechtstreeks bij tot een doelmatige allocatie van productiefactoren omdat het economische operatoren de mogelijkheid biedt de plaats te kiezen voor de uitoefening van hun beroep of bedrijf die hen het gunstigst voorkomt, gelet op de relevante productiefactoren, infrastructuur, natuurlijke voorwaarden, nabijheid van consumenten, afnemers en toeleveranciers en/of het gunstiger algemene sociaal-economische, fiscale en financiële klimaat en investeringsbeleid van de overheid (J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie*, doctoraal proefschrift, Leuven, 1997, 2). Beide effecten zouden overeenkomstig de economische theorie moeten leiden tot meer performante ondernemingen waardoor het vrij verkeer van personen derhalve een cruciale rol speelt in de vervulling van de ultieme wens om van de Europese Unie de meest competitieve economie van de wereld te maken (Lissabon strategie, 2000).

55. Zie hierover ook de opmerking van de Europese Commissie in de zaak *Cartesio* zoals vermeld in randnr. 31 van de conclusie. Zij merkt namelijk op dat de ontbinding van een vennootschap in de ene lidstaat en de hernieuwde oprichting ervan naar het recht van een andere lidstaat geruime tijd in beslag kan nemen als gevolg waarvan de betrokken vennootschap gedurende die tijd mogelijk in het geheel niet zal kunnen functioneren.

56. Zie rechtsoverweging 18 van het arrest *Daily Mail*.

57. H.v.J. 9 maart 1999, C-212/97, *Centros Ltd/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, *Jur.* 1999, I-01459 (hierna aangeduid met het arrest *Centros*). Zie voor enkele commentaren op dit arrest, onder meer: H. DE WULF, “Brievbusvennootschappen, vrij vestigingsrecht en werkelijke zetelleer”, *V&F* 1999, 3-19; K. GEENS, “Overpeinzingen bij bijna halve eeuw vennootschapsrecht”, *T.P.R.* 2001, 69-84 en E. WYMEERSCH, “Centros: A Landmark Decision in European Company Law”, in T. BAUMS, K. HOPT en N. HORN (eds.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law. Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, London/The Hague/Boston, Kluwer Law International, 2000, 629-654.

58. H.v.J. 5 november 2002, C-208/00, *Überseering en Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, *Jur.* 2002, I-9919 (hierna aangeduid met het arrest *Überseering*). Zie voor enkele commentaren op dit arrest, onder meer: J. MEEUSEN, “De werkelijke zetelleer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest *Überseering* van het Hof van Justitie”, *T.R.V.* 2003, 95-127; H. DE WULF, “Hof van Justitie 5 november 2002 (C-208/00, *Überseering*): impliceert vrijheid van vestiging het einde van de werkelijke zetelleer?”, *T.B.H.* 2002, 96-97; F. WOOLDRIDGE, “*Überseering*: Freedom of Establishment of Companies Affirmed”, *European Business Law Review* 2003, 227-235 en S. RAMMELOO, “Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na H.v.J. EG *Überseering*. IPR-zetelleercontroversie beslecht?”, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht* 2003, afl. 2, 134-144.

59. H.v.J. 30 september 2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd*, *Jur.* 2003, I-10155 (hierna aangeduid met het arrest *Inspire Art*). Zie voor enkele commentaren op dit arrest, onder meer: C. CLOTTENS, “Vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing na het arrest *Inspire Art*: is the sky the limit(ed)?”, *T.R.V.* 2006, 686-689; J. MEEUSEN, “Het arrest *Inspire Art*: het Hof van Justitie bevestigt zijn liberale benadering van de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen”, *tijdschrift@ipr.be* 2004, afl. 1, 122-125; S. RAMMELOO, “Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na H.v.J. EG *Inspire Art Ltd*: zetelleercontroversie beslecht! Voortgang harmonisatieproces grensoverschrijdende migratie rechtspersonen onontbeerlijk”, (noot onder H.v.J. E.G. 30 september 2003, C-167/01), *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht* 2004, 283-295; P. RYAN, “Will There Ever Be a Delaware of Europe?”, *Columbia Journal of European Law* 2004, 187-200 en A. LOOIJESTIJN-CLEARIE, “Have the dikes collapsed? Inspire Art a further break-through in the freedom of establishment of companies?”, *European Business Organization Law Review* 2004, 389-418.

betreffende de intracommunautaire verplaatsing van de werkelijke zetel. Het volstaat hier te noteren dat het Hof van Justitie in deze zaken met een opmerkelijke consequentie en een steeds grotere draagwijdte oordeelde dat het *lidstaten van ontvangst* principieel verboden is om EG-vennootschappen in de verplaatsing van hun werkelijke zetel via een secundaire vestiging (d.i. de zuiver feitelijke verplaatsing van de werkelijke zetel zonder verplaatsing van de statutaire zetel) te belemmeren. Feitelijk gezien had elk van deze onderscheiden zaken immers betrekking op vennootschappen die, al dan niet bewust, hun werkelijke zetel naar een andere lidstaat dan die van hun oprichting hadden verplaatst. Aangezien elk van hen hierin op een of andere manier belemmerd werd door de ontvangstlidstaat, lag bijgevolg telkens de verenigbaarheid met het Gemeenschapsrecht van de weigering tot gedeeltelijke of gehele erkenning van in andere lidstaten opgerichte vennootschappen voor. De arresten *Centros* en *Inspire Art* sloegen op in het Verenigd Koninkrijk opgerichte vennootschappen die zonder aldaar enige activiteit uit te oefenen in respectievelijk Denemarken en Nederland een bijkantoor wensten te openen. Omdat zij door het creëren van een louter fictieve link met het Verenigd Koninkrijk (de oprichting) op die manier hoofdzakelijk de strenge kapitaalverplichtingen van hun *werkelijke* thuisland trachtten te ontwijken, reageerden Denemarken en Nederland met respectievelijk de weigering het bijkantoor in het handelsregister in te schrijven en het opleggen van verschillende verplichtingen waarvan de niet-naleving gesanctioneerd werd met de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders⁶⁰. De feitelijke achtergrond van het arrest *Überseering* daarentegen was enigszins verschillend in die zin dat het een in Nederland opgerichte vennootschap betrof die tijdens haar levensduur ongewild haar werkelijke zetel naar Duitsland had verplaatst. Nadat de Duitse rechter deze zuiver feitelijke zetelverplaatsing vaststelde, weigerde hij de vennootschap te erkennen en aldus haar rechts- en procesbevoegdheid te verlenen⁶¹. In elk van deze drie gevallen besloot het Hof van

Justitie dat de door de betrokken lidstaten van ontvangst genomen maatregelen de hierboven vermelde proportionaliteitstest niet doorstonden en derhalve de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag schonden⁶². Uit de strenge toepassing van deze test in deze zaken mag bovendien geconcludeerd worden dat slechts weinig, om niet te zeggen geen, algemene maatregelen ter beschikking staan van een lidstaat die zich wil verzetten tegen de feitelijke verplaatsing van de werkelijke zetel naar zijn jurisdictie door een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap⁶³.

19. Vooral na het arrest *Centros* werden in de rechtsliteratuur pogingen ondernomen om dit arrest (en het arrest *Segers*) in feitelijk opzicht te onderscheiden van het arrest *Daily Mail*⁶⁴. Hoewel beide arresten betrekking hadden op een ontstane discrepantie tussen de lidstaat van de werkelijke zetel en de lidstaat van oprichting, leken ze op het eerste gezicht inherent inconsequent. Terwijl het Hof van Justitie in zijn *Daily Mail*-beschikking immers de mening was toegedaan dat, in de toenmalige stand van het Gemeenschapsrecht, naar het nationaal recht van een lidstaat opgerichte vennootschappen geen recht op een grensoverschrijdende zetelverplaatsing hadden en dus in die transactie mochten belemmerd worden, oordeelde het Hof in de arresten *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art* dat, wanneer deze vennootschappen hun werkelijke zetel in feitelijk opzicht naar een andere lidstaat overbrachten, zij hierin niet door de laatstgenoemde lidstaat mochten worden belemmerd tenzij aan de proportionaliteitstest was voldaan.

Teneinde de uitspraken met elkaar te kunnen verzoenen, maakte het Hof van Justitie in zijn arresten *Überseering* en *Inspire Art* duidelijk dat het arrest *Daily Mail* enkel ging over de betrekkingen tussen een vennootschap en haar lidstaat van oprichting wanneer de vennootschap haar werkelijke zetel wenste te verplaatsen naar een andere lidstaat met behoud van haar hoedanigheid naar het recht van de lidstaat

60. Zowel Denemarken (hoewel hierover onzekerheid bestond, zie bv.: G. WOXHOLTH, "Problems Relating to the Conflicts of Laws in Scandinavian Corporate Law", *International and Comparative Corporate Law Journal* 2001, 315 e.v.) als Nederland (zie *supra*, voetnoot 10) hangt (een variant van) de incorporatieleer aan. In de visie van deze landen lag aldus geen zetelverplaatsing voor nu het concept "werkelijke zetel" in de regel geen betekenis heeft op het gebied van het vennootschapsrecht. Omdat het evenwel telkens ging om brievenbusvennootschappen, namen de betrokken lidstaten toch maatregelen tegen deze rechtspersonen en vertoonden zij met andere woorden hetzelfde gedrag als lidstaten die de werkelijke zetelleer aanhangen. Denemarken weigerde de vennootschap te erkennen, terwijl Nederland met zijn Wet Formeel Buitenlandse Vennootschappen nationale bepalingen aan de vennootschap opdrong. Voor meer informatie omtrent antimisbruikbepalingen door landen die de incorporatieleer volgen, zie ook voetnoot 12.

Met deze arresten neemt het Hof van Justitie een strengere houding aan tegenover zogenaamde antimisbruikwetten dan hetgeen in de VSA het geval is. Voor een vergelijking, zie bv.: C. KERSTING, "Corporate Choice of Law – A Comparison of the United States and European Systems and a Proposal for a European Directive", *Brooklyn Journal of International Law* 2002, 1-75.

Na het arrest *Inspire Art* mag naar mijn mening gesteld worden dat de werkelijke zetelleer als erkenningstheorie de vrijheid van vestiging schendt nu de ontvangstlidstaat niet meer in de positie is om zijn dwingend recht aan een EG-vennootschap op te dringen zonder dat aan de proportionaliteitstest is voldaan. De conclusies van het Hof gelden immers ongeacht welke IPR-leer de ontvangstlidstaat aanhangt.

61. Zoals hierboven vermeld, hanteerde Duitsland toen de werkelijke zetelleer op een orthodoxe wijze. Na het vaststellen dat de werkelijke zetel zich in Duitsland bevond, weigerde de rechter aldus de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap te erkennen omdat zij niet naar het recht van het land met de werkelijke zetel was opgericht (zie *supra*, randnr. 7 en vooral voetnoot 26). Doordat het Hof van Justitie tot een schending van het Gemeenschapsrecht besloot, mag uit deze zaak afgeleid worden dat de werkelijke zetelleer het vrij verkeer van rechtspersonen schendt in zoverre zij resulteert in een niet-erkenning van de rechtspersoonlijkheid van een naar het nationaal recht van een andere lidstaat opgerichte en bestaande vennootschap.

62. Zie rechtsoverwegingen 35 t.e.m. 37 van het arrest *Centros*; rechtsoverweging 93 van het arrest *Überseering* en rechtsoverwegingen 131 t.e.m. 142 van het arrest *Inspire Art*.

63. Zie bv. ook Vaccaro die zich bovendien afvraagt of de Duitse *Mitsbestimmung* de toets van het Hof zal doorstaan: E. VACCARO, "Transfer of Seat and Freedom of Establishment in European Company Law", *European Business Law Review* 2005, (1348) 1359 en W. EBKE, "The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond", *European Business Law Review* 2005, (9) 45.

waarin zij was opgericht⁶⁵. Dit contrasteert met de arresten *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art* die allen de conformiteit met het gemeenschapsrecht onderzochten van belemmeringen uitgaande van de lidstaat waarnaar de werkelijke zetel werd verplaatst (d.i. de lidstaat van ontvangst).

Als gevolg van deze precisering en verfijning van het arrest *Daily Mail* moet, wat het recht op identiteitsbehoudende werkelijke zetelverplaatsingen betreft, thans een onderscheid worden gemaakt tussen de verhouding van vennootschappen tegenover hun oprichtingsland (slaande op de vraag naar een emigratierecht) en deze tegenover hun lidstaat van ontvangst (slaande op de erkenningsvraag en dus indirect op de vraag naar een immigratierecht). Hoewel EG-vennootschappen in het kader van het vrij vestigingsrecht ten gevolge van de arresten *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art* een *de facto* quasi onvoorwaardelijk immigratierecht hebben, verleent het arrest *Daily Mail* hen geen emigratierecht.

§ 3. Kentering in de rechtspraak ingevolge het arrest *Lasteyrie du Saillant*?

20. De verschillende behandeling van de emigratie- en immigratiesituatie door het Hof van Justitie werd/wordt in de Europese rechtswetenschap om verschillende redenen met verbazing onthaald. Vooreerst zijn de beide situaties onlosmakelijk met elkaar verbonden. Om te kunnen immigreren, moet een vennootschap logischerwijs eerst emigreren. Door dit laatste volledig afhankelijk te stellen van de welwillendheid van het oprichtingsland, wordt de toekenning van een immigratierecht aan EG-vennootschappen grotendeels uitgehold. Dit inzicht lijkt bovendien in strijd te zijn met de

gedachte van “fundamentele” vrijheden. Daarnaast strookt deze verschillende behandeling niet met de interpretatie door het Hof van Justitie van de andere in het EG-Verdrag vervatte vrijheden⁶⁶. Onder meer om die redenen werd door sommigen geopperd dat het Hof van Justitie, hoewel het ernstige inspanningen had geleverd om de beschikking inzake het arrest *Daily Mail* te onderscheiden van die inzake *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art*, op geen enkel moment expliciet bevestigde dat zijn standpunt ingenomen in het arrest *Daily Mail* nog steeds geldend was in de huidige stand van het Gemeenschapsrecht⁶⁷.

21. Omwille van de logische inconsistentie die het arrest *Daily Mail* tot gevolg heeft zowel in de verhouding met het principiële verbod op belemmerende maatregelen uitgaande van het oprichtingsland als in het kader van de grensoverschrijdende identiteitsbehoudende werkelijke zetelverplaatsing, werd halsreikend uitgekeken naar het oordeel van het Hof van Justitie in de zaak *Lasteyrie du Saillant*⁶⁸. Aan het Hof werd in deze zaak immers gevraagd of het beginsel van de vrijheid van vestiging zich er tegen verzet dat een lidstaat ter voorkoming van belastingontwijking een stelsel invoert waarbij waardevermeerderingen aan belasting worden onderworpen indien de fiscale woonplaats naar het buitenland wordt verplaatst. De gelijkenis met de feitelijke achtergrond van de zaak *Daily Mail* was treffend, met het belangrijke verschil dat ze betrekking had op (fiscaalrechtelijke) emigratiebelemmeringen opgelegd aan *natuurlijke* personen. In het licht van artikel 48 EG-Verdrag werd toch gehoopt dat een verbod op dergelijke fiscaalrechtelijke bepalingen voor individuele personen op gelijke wijze zou gelden voor rechtspersonen⁶⁹. Hoewel het Hof van Justitie wel degelijk oordeelde dat een dergelijke maatregel het vrij vestigingsrecht kan belemmeren en daarom moet onderworpen

⁶⁴. In de rechtsleer konden in wezen drie pogingen ontwaard worden die verklaarden waarom het Hof van Justitie in de zaak *Centros* tot een compleet andere beslissing kwam dan in de zaak *Daily Mail*. Een eerste verklaring argumenteerde dat het arrest *Centros* geen betrekking had op een vraag van internationaal privaatrecht maar op een vraag van validiteit van een materiële bepaling van het Deens recht. Bijgevolg had het Hof van Justitie niet de mogelijkheid om terug te vallen op de in het arrest *Daily Mail* uiteengezette principes betreffende de binding van een vennootschap met haar oprichtingsland (zie onder meer: W. ROTH, “Case note on Centros”, *Common Market Law Review* 2000, (147), 153-154 en P. KINDLER, “Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die ‘Centros’-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, afl. 52, 1993). Een tweede verklaring stelde dat het arrest *Daily Mail* handelde over het primair vestigingsrecht, terwijl *Centros* formeel gezien een vraag van secundair vestigingsrecht betrof (zie bv.: D. ZIMMER, “Mysterium ‘Centros’ – Von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes”, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 2000, afl. 164, (23) 33 e.v.). Een derde benadering onderscheidde het arrest *Centros* van het arrest *Daily Mail* dan weer op grond van de vaststelling dat de laatstgenoemde zaak betrekking had op een emigratiebeperking, in tegenstelling tot het eerstgenoemde arrest dat sloeg op een immigratiebeperking (zie bv.: W. SCHÖN, “Die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften im System der Grundfreiheiten”, in *Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern und Kapitalmarktrecht: Festschrift für Marcus Lutter*, Schmidt, Keulen, 2000, (685) 702 e.v. en M. ADENAS, “Free Movement of Companies”, *Law Quarterly Review* 2003, afl. 199, 221). Naast deze drie stromingen die de arresten *Centros* en *Daily Mail* met elkaar trachten te verzoenen, kan ook nog gewag gemaakt worden van de stelling dat het Hof van Justitie met zijn arrest *Centros* teruggekomen was op zijn beslissing inzake *Daily Mail* (zie bv.: K. HEINE en W. KERBER, “European Corporate Laws, Regulatory Competition and Path Dependence” *European Journal of Law and Economics* 2002, 47 en P. BEHRENS, “Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH”, *IPRax* 1999, (323) 326).

⁶⁵. Zie rechtsoverweging 62 van het arrest *Überseering* en rechtsoverweging 103 van het arrest *Inspire Art*.

⁶⁶. Zie voor een uitgebreide vergelijking met de andere vrijheden en andere argumenten tegen het arrest *Daily Mail*: W. RINGE, “No Freedom of Emigration for Companies?”, *European Business Organization Law Review* 2005, 621.

⁶⁷. Zie bv.: H. DE WULF, “Grensoverschrijdende fusie na Sevic en de Tiende Richtlijn”, *Tijdschrift@ipr.be* 2006, nr. 1, (80) 86; P. DYRBERG, “Full free movement of companies in the European Community at last?”, *European Law Review* 2003, (528) 536; E. KIENINGER, “Grenzüberschreitende Verschmelzungen in der EU – das SEVIC-Urteil des EuGH”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2006, (49) 51 en S. RAMMELOO, “Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na H.v.J. EG *Überseering*. IPR- zetelleercontroversie beslecht?”, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht* 2003, afl. 2, (134) 142.

⁶⁸. H.v.J. 11 maart 2004, C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant/Ministère de l'Économie, des Finances en de l'Industrie, Jur. 2004, I-2409 (hierna aangeduid met het arrest *Lasteyrie du Saillant*).

⁶⁹. Zie bv.: P. DAVIES, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London, Sweet & Maxwell, 7^{de} ed., 2003, 119.

worden aan de proportionaliteitstest⁷⁰, is het te voorbarig om hieruit directe conclusies te trekken voor de vrijheid van vestiging in hoofde van rechtspersonen. Nergens in de uitspraak werd namelijk melding gemaakt van het arrest *Daily Mail* of van zijn toepasselijkheid op EG-vennootschappen⁷¹. Het arrest *Lasteyrie du Saillant* kan evenwel een indicatie zijn van de houding van het Hof van Justitie in latere rechtspraak⁷².

§ 4. Kentering in de rechtspraak ingevolge het arrest *SEVIC*?

22. Niettegenstaande het arrest *SEVIC*⁷³ betrekking had op een fundamenteel verschillende problematiek, lijkt het toch een invloed te ondergaan van de saga omtrent de grensoverschrijdende identiteitsbehoudende verplaatsing van de werkelijke zetel, dan wel zelf de laatstgenoemde problematiek in zijn pijnpunten te wijzigen. In wezen behandelde dit arrest immers de problematiek van de grensoverschrijdende fusie door een overneming⁷⁴. Van een identiteitsbehoudende verplaatsing van de werkelijke zetel kan in dergelijk geval moeilijk gesproken worden. Terwijl de opgeslorpte vennootschap in de opslorpende vennootschap verdwijnt en bijgevolg niet haar "identiteit" behoudt, wordt de werkelijke zetel van de opslorpende vennootschap bij een grensoverschrijdende fusie per definitie hoegenaamd niet verplaatst, althans niet wanneer men ervan uitgaat dat de grotere vennootschap de kleinere opsloort⁷⁵. Hoewel de identiteitsbehoudende zetelverplaatsing en de grensoverschrijdende fusie aldus strikt van elkaar gescheiden moeten worden, blijkt er niettemin een wisselwerking tussen beiden te bestaan (zie verder hoofdstuk VI over de grensoverschrijdende zetelverplaatsing met verandering van nationaliteit).

23. Aanleiding tot de prejudiciële procedure was de weigering van Duitsland om een grensoverschrijdende fusie door overname door een Duitse vennootschap van een Luxemburgse vennootschap in het Duitse handelsregister in te schrijven. Het Hof stelde vast dat het Duits recht zijn vennootschappen ongelijk behandelde naargelang het om een interne dan wel een grensoverschrijdende fusie ging. Die ongelijke behandeling alleen al was volgens het Hof een beperking van de vrijheid van vestiging en diende dienvolgens aan de proportionaliteitstest onderworpen te worden. Omdat het Duits recht op een algemene wijze weigerde grensoverschrijdende fusies te registreren, waardoor dergelijke fusies zonder meer onmogelijk werden gemaakt, kon van enige proportionaliteit beslist geen sprake zijn. Bijgevolg besloot het Hof dat Duitsland met zijn wettelijke regeling het Gemeenschapsrecht schond.

24. Uit het arrest *SEVIC* mag dus met zekerheid afgeleid worden dat het vrij vestigingsrecht EU-lidstaten "dwingt" om grensoverschrijdende fusies door overname principieel toe te laten in de situatie waarin het een binnenlandse vennootschap is die een buitenlandse vennootschap opsloort, en het de opslorpende vennootschap is die zich op de vrijheid van vestiging beroept (d.i. de zogenaamde "ingående" fusie)⁷⁶. De vraag echter of dit tevens impliceert dat een binnenlandse vennootschap zich ook op de vrijheid van vestiging kan beroepen om te rechtvaardigen dat zij wordt opgesloort door een buitenlandse (d.i. de zogenaamde "uitgaande" fusie), wordt in het licht van het arrest *Daily Mail* eerder aarzeland beantwoord. Ofschoon deze twijfel ingevolge de Tiende Vennootschapsrichtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies volledig is weggenomen wat de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (met uitzondering van de CVBA) betreft, blijft hij in voorkomend geval pertinent bestaan voor de vennootschapstypen met onbeperkte aansprakelijkheid en de CVBA.

⁷⁰ Ter informatie: op basis van deze analyse besloot het Hof dat het Gemeenschapsrecht geschonden wordt door een maatregel van een lidstaat die de latente waardevermeerderingen belast wanneer een belastingplichtige zijn fiscale woonplaats van die lidstaat naar het buitenland verplaatst.

⁷¹ Zie onder meer: W. RINGE, "No Freedom of Emigration for Companies?", *European Business Organization Law Review* 2005, 621 en K. VAN HULLE en H. GESELL (eds.) *European Corporate Law*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 10.

⁷² Zie bv. in deze zin: J. ARMOUR, "Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition", *Current Legal Problems* 2005, afl. 58, (369) 382; M. SIEMS, "SEVIC: Beyond Cross-Border Mergers", *European Business Organization Law Review* 2007, (307) 311 en D. ZIMMER, "Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd., judgment of 30 September 2003, nyr", *Common Market Law Review* 2004, (1127) 1139. Vergelijk met: L. ENRIQUES en M. GELTER, "Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection", *European Business Organization Law Review* 2006, (417) 431.

⁷³ H.v.J. 13 december 2005, C-411/03, *Sevic Systems AG*, *Jur.* 2005, I-10805 (hierna aangeduid met het arrest *SEVIC*). Zie voor enkele commentaren op dit arrest, onder meer: H. DE WULF, "Grensoverschrijdende fusies na Sevic en de Tiende Richtlijn", *tijdschrift@ipr.be* 2006, afl. 1, 80-96; T. DELVAUX, "Fusion internationale et libertés de circulation", *J.T.* 2006, 146-148 en P. BEHRENS, "Note on SEVIC", *Common Market Law Review* 2006, 1669-1688.

⁷⁴ In de rechtsleer wordt de uitspraak ook toegepast op andere verschijningsvormen van de grensoverschrijdende fusie, alsmede op andere grensoverschrijdende herstructureringen, zoals splitsingen en overnames. In deze tekst wordt hierbij niet stilgestaan.

⁷⁵ Zie evenwel voor mogelijke problemen in dit verband, *infra*, randnr. 40.

⁷⁶ Voor alle duidelijkheid wordt hierbij vermeld dat de vrijheid van vestiging op zich geen subjectieve rechten creëert maar enkel impliceert dat een belemmerende maatregel van een lidstaat (of de Europese Unie zelf) voor het Hof van Justitie kan aangevochten worden (d.i. de zogenaamde negatieve werking van de verdragsvrijheden). Daarom wordt hier onder "dwingt" bedoeld dat wanneer vennootschappen binnenlands kunnen fusioneren, zij dit ingevolge het arrest *SEVIC* in beginsel ook grensoverschrijdend moeten kunnen doen. Voor de volledigheid moet ook gewezen worden op de Derde Vennootschapsrichtlijn (Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van art. 64, lid 3, sub g) van het verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, *P.B.* L. 295 van 20 oktober 1978, 36) die in elk geval binnenlandse fusies tussen NV's mogelijk maakt en de Tiende Vennootschapsrichtlijn (richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen *P.B.* L. 310 van 25 november 2005, 1) die de grensoverschrijdende fusie tussen vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid met uitzondering van de CVBA regelt.

Aan de ene kant blijft een bepaalde strekking in de rechtsleer namelijk ook in de context van de grensoverschrijdende fusie door overname halsstarrig vasthouden aan het artificieel onderscheid tussen de “ingaaende” en “uitgaande” fusie dat zijn oorsprong vindt in het arrest *Daily Mail*, zoals verder verijnd in de arresten *Überseering* en *Inspire Art*⁷⁷. In wezen komt hun argument neer op de redenering dat aangezien vennootschappen “creatures van nationaal recht” zijn, het aan dat nationaal recht toekomt om alle aspecten van de verdwijning van de rechtspersoonlijkheid te regeren. Bijgevolg zouden de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag aan een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap niet het recht geven om zichzelf zonder liquidatie te laten opgaan in een buitenlandse EG-vennootschap naar aanleiding van een fusie.

Aan de andere kant staat de meerderheidsstrekking die argumenteert dat in functioneel opzicht de ingaande en uitgaande fusie elkaars spiegelbeeld zijn en dus onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Want, zo stelt deze visie, wanneer vennootschap A buitenlandse vennootschap B wil opsloppen, en het Hof oordeelt dat dit onder de vestigingsvrijheid beschermd wordt, dan moet B zich ook op de vestigingsvrijheid kunnen beroepen om te verzekeren dat zij kan opgeslorpt worden, aangezien dat een noodzakelijke voorwaarde is opdat A de fusieverrichting zou kunnen doorvoeren⁷⁸. Zij zou dit dan kunnen doen in haar hoedanigheid van “kandidaat-vestiging” van de verkrijgende buitenlandse vennootschap: resultaat van de voorgenomen operatie zal immers in de regel zijn dat zij een bijkantoor (vaste inrichting) van deze laatste wordt⁷⁹.

Hoezeer de meerderheidsstrekking in het kader van de voltooiing van de interne markt ook valt aan te moedigen, er kan niet met zekerheid gesteld worden dat haar functionele benadering van het vrij vestigingsrecht de toets van het Hof van Justitie zal doorstaan. Hoewel fundamenteel verschillend in aard, is de emigratie- en immigratiesituatie in geval van een grensoverschrijdende werkelijke zetelverplaatsing minstens even onlosmakelijk met elkaar verbonden als de ingaande en uitgaande fusie. Om die reden lijken de pogingen om het arrest *SEVIC* en het arrest *Daily Mail* in feitelijk opzicht van elkaar te onderscheiden meer verdienstelijk. Sommige auteurs wijzen er in dit verband op dat in het geval van een grensoverschrijdende fusie de opgeslorpte vennootschap *verdwijnt* in een buitenlandse EG-vennootschap, wat in

schril contrast staat met het arrest *Daily Mail*, zoals later verijnd in de arresten *Überseering* en *Inspire Art*, waarin het *behoud* van de hoedanigheid naar het recht van het oprichtingsland aan de orde was⁸⁰. Door dit verschilpunt te benadrukken, wordt getracht de beïnvloedingssfeer van het problematische arrest *Daily Mail* op de grensoverschrijdende fusie door overneming uit te schakelen en aldus aan EG-vennootschappen een recht op uitgaande fusie te verlenen.

25. Naast de onzekere kwestie over de al dan niet toepasselijkheid van het arrest *Daily Mail* op de grensoverschrijdende fusie, moet in deze context ook de aandacht gevestigd worden op het verweer dat *Cartesio* aanvoert. Zich beroepend op het arrest *SEVIC*, betoogt *Cartesio* namelijk dat voor zover de Hongaarse wetgeving een onderscheid maakt tussen handelsvennootschappen naar gelang van de lidstaat waarin haar zetel zich bevindt, deze wetgeving in strijd is met de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag⁸¹. Haar argument moet wellicht als volgt begrepen worden. Uit het feit dat Hongaarse vennootschappen volgens het Hongaars recht hun zetel binnen Hongarije mogen verplaatsen, vloeit voort dat zij dit tevens grensoverschrijdend zouden mogen doen. Door de grensoverschrijdende, doch niet de binnenlandse, werkelijke zetelverplaatsing principieel te verbieden, schendt Hongarije de vrijheid van vestiging, net zoals Duitsland dit deed ingevolge de ongelijke behandeling van Duitse vennootschappen naargelang het om een interne dan wel grensoverschrijdende fusie ging. Deze redenering gaat nog een stap verder dan het arrest *SEVIC* feitelijk te onderscheiden van het arrest *Daily Mail*. Het op de feitelijke achtergrond van de zaak *Cartesio* toepassen van de redenering die het Hof van Justitie aan de dag legde in zijn arrest *SEVIC*, leidt in deze tot de herroeping van de beschikking in het arrest *Daily Mail*.

§ 5. Besluit

26. Het arrest *Daily Mail* blijft, ook na zijn verfijning in de arresten *Überseering* en *Inspire Art*, voor vele frustraties zorgen. Hoewel EG-vennootschappen genieten van een quasi onvoorwaardelijke immigratierecht doordat in hoofde van lidstaten van ontvangst enerzijds een principiële plicht tot erkenning van vennootschappen die naar het recht van andere lidstaten rechtsgeldig zijn opgericht en bestaan en

⁷⁷. Zie in deze zin bv.: M. VENTORUZZO, “Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law”, *European Company and Financial Law Review* 2007, (47) 58.

⁷⁸. Zie hierover uitgebreid: H. DE WULF, “Grensoverschrijdende fusies na *Sevic* en de Tiende Richtlijn”, *tijdschrift@ipr.be* 2006, afl. 1, (80) 86. Over een beslissing van het Amsterdamse kantongerecht in deze context: H. GESELL en P. RIEMER, “‘Outbound’ Cross-border Mergers Protected by Freedom of Establishment. Annotation to the Decision of the Amsterdam District Court (kantongerecht) 29 January 2007, EA 06-3338 166”, *European Company and Financial Law Review* 2007, afl. 2, 308-316.

⁷⁹. J. WOUTERS, “Grensoverschrijdende fusie en vrijheid van vestiging van vennootschappen in de Europese Unie”, *T.B.H.* 2006, (407) 413. Ook Behrens is deze mening toegedaan wanneer hij stelt dat “*It follows that in case of an outbound merger, the foreign acquiring company may be regarded as setting up a domestic secondary establishment. Such operations are therefore clearly within the scope of the freedom of establishment*”: P. BEHRENS, “Note on *SEVIC*”, *Common Market Law Review* 2006, (1669) 1687.

⁸⁰. Zie in deze zin bv.: G. VOSSESTEIN, “Exit restrictions on Freedom of Establishment after *Marks & Spencer*”, *European Business Organization Law Review* 2006, (863) 873. Deze visie lijkt verenigbaar met rechtsoverwegingen 121 en 122 van het *Cartesio* arrest (zie *infra*, randnr. 40).

⁸¹. Zie rechtsoverweging 26 van het arrest.

anderzijds een principieel verbod op het opleggen van eigen dwingende vennootschapsregelen bestaat, kan een lidstaat van oprichting de emigratie van de werkelijke zetel naar een andere lidstaat aan voorwaarden onderwerpen en zelfs in zijn geheel verbieden zonder ontbinding en vereffening van de rechtspersoon. Deze verschillende houding van het Hof van Justitie ten overstaan van dergelijke belemmerende maatregelen uitgaande van de oprichtingslidstaat en de lidstaat van ontvangst, leidt tot een aantal logische inconsistenties en komt ingevolge zijn eigen rechtspraak en de verdere evolutie van het Gemeenschapsrecht meer en meer onder druk te staan.

27. Met de in de zaak *Cartesio* voorliggende vraag wordt het Hof van Justitie uitgedaagd om uitspraak te doen over de houdbaarheid van zijn arrest *Daily Mail* en verder klaarheid te scheppen in deze uiterst onzekere stand van het Gemeenschapsrecht. Teneinde de hierboven gesignaleerde problemen te ondervangen, is het wenselijk dat het Hof van Justitie belemmeringen uitgaande van lidstaten van oprichting of herkomst, net zoals die uitgaande van lidstaten van ontvangst, onderwerpt aan dezelfde proportionaliteitstest. Op die manier zou aan een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap principieel het recht op een intracommunautaire identiteitsbehoudende werkelijke zetelverplaatsing toekomen, tenzij een dwingende regel van algemeen belang zich daartegen verzet.

B. Conclusie van de advocaat-generaal

28. Advocaat-generaal Maduro begint zijn juridische analyse van de door hem geherformuleerde prejudiciële vraag met de vaststelling dat de voorliggende zaak naar zijn oordeel binnen de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging valt. Aangezien *Cartesio* met de verplaatsing van haar operationele bestuurscentrum de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in een andere lidstaat voor ogen heeft, wordt zij naar de mening van de advocaat-generaal belemmerd in de uitoefening van de vrijheid van verkeer door nationale bepalingen die een vennootschap enkel toestaan dat bestuurscentrum binnen het grondgebied te verplaatsen⁸². Hiermee zet hij meteen de juiste toon voor een plei-

dooi tegen de toepassing van het arrest *Daily Mail* op de voorliggende prejudiciële vraag. Wijzend op de hierboven besproken rechtspraak merkt advocaat-generaal Maduro op dat de verschillende behandeling van de inkomende en uitgaande vestiging door het Hof van Justitie nooit geheel overtuigend is geweest en niet past in het algemene analytische kader dat het Hof hanteert met betrekking tot de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag⁸³. Zijn betoog stoelt op twee verschillende argumenten.

Het eerste argument houdt verband met de mogelijkheid van lidstaten om misbruik van het Gemeenschapsrecht te bestrijden. Hij meent dat het niet altijd mogelijk is om met succes een beroep te doen op het recht van vestiging teneinde een vennootschap in een andere lidstaat te vestigen, enkel en alleen met het doel om het eigen vennootschapsrecht te omzeilen. Zo merkt hij op dat het Hof van Justitie in het arrest *Cadbury Schweppes* niet alleen heeft herhaald dat “de omstandigheid dat de vennootschap in een lidstaat is opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, op zich geen misbruik van de vrijheid van vestiging oplevert”, maar dat het Hof eveneens heeft benadrukt dat lidstaten maatregelen mogen treffen ter voorkoming van “volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit” bedoeld om de nationale wetgeving te ontwijken. Dit houdt naar zijn mening, ondanks de terughoudendheid waarmee het Hof het begrip “misbruik” hanteert, een belangrijke beperking in op de arresten *Centros* en *Inspire Art*, die er in bestaat dat lidstaten op hun hoede mogen zijn voor brievenbus- of schijnvennootschappen⁸⁴.

Het tweede argument daarentegen speelt zich af op het niveau van de verdragsconforme uitoefening door de lidstaten van hun autonome wettelijke bevoegdheden⁸⁵. De advocaat-generaal wijst er op dat het Hof van Justitie op basis van het in artikel 10 EG-Verdrag⁸⁶ vervatte beginsel niet op voorhand bepaalde onderdelen van de wetgeving van de lidstaten uitsluit van de werkingssfeer van het recht van vestiging, maar dat het zich veeleer concentreert op de *gevolgen* die nationale bepalingen of praktijken voor de vrijheid van vestiging kunnen hebben. Alle gevolgen van een nationale maatregel worden namelijk door het Hof getoetst op hun overeenstemming met het recht van vestiging en dit ongeacht de mate van discretie die lidstaten in de materie ter zake

⁸². Zie randnr. 25 van de conclusie. In het licht van het voorgaande hoeft het niet te verwonderen dat deze conclusie unaniem werd aangemoedigd in de rechtsleer. Zie bv.: D. WEBER, “Advocate General considers Hungarian company law restricting the transfer of operational headquarter to another Member State incompatible with EC law”, *European Tax Service* 2008, afl. juni, 25; A. WENG, “Die Rechtssache *Cartesio* – Das Ende *Daily Mail*?”, *Europäische Wirtschafts- und Sprachenakademie Köln* 2008, afl. 7, 264; R. WILHELMI, “Der Wegzug von Gesellschaften im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit”, *Der Betrieb* 2008, 1611 en J. CAMPOS NAVE, “Die Liberalisierung der Wegzugsfreiheit in Europa”, *Betriebs-Berater* 2008, 1410-1414.

⁸³. Zie randnr. 28 van de conclusie.

⁸⁴. Zie randnr. 29 van de conclusie. Zoals gezegd (*supra*, randnr. 18) namen Denemarken en Nederland in de voorliggende zaken maatregelen tegen dergelijke schijnvennootschappen maar doorstonden deze de proportionaliteitstest niet. Bijgevolg besloot het Hof van Justitie tot een schending van het Gemeenschapsrecht.

⁸⁵. Zie randnr. 30 van de conclusie.

⁸⁶. Zie art. 10 EG-Verdrag dat bepaalt dat lidstaten enerzijds alle maatregelen treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit verdrag of uit handeling van de EG-instellingen voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en zich anderzijds onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstelling van dit verdrag in gevaar kunnen brengen.

genieten⁸⁷. Daartegenover staat het arrest *Daily Mail* waarin het Hof van Justitie lijkt te suggereren dat de lidstaten in de huidige stand van het Gemeenschapsrecht over de *absolute* vrijheid beschikken om hun regelingsstelsel te baseren op de werkelijke zetelleer of op de incorporatieleer. Wanneer beide inzichten echter aan elkaar gekoppeld worden, dan leidt dit volgens de advocaat-generaal ertoe dat zij die keuze niet tot in de uiterste logische consequentie ervan mogen toepassen. Een doeltreffende uitoefening van de vrijheid van vestiging vereist immers ten minste een zekere mate van wederzijdse erkenning en coördinatie van deze verschillende IPR-leren. Volgens Maduro is de beste illustratie van dit principe het arrest *Überseering* waarin het Hof van Justitie de weigering van een orthodox toegepaste werkelijke zetelleer om rechts- en procesbevoegdheid toe te kennen aan een vennootschap die haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat had verplaatst, strijdig verklaarde met artikel 43 EG-Verdrag.

29. Uit deze twee argumenten volgt dat lidstaten geen absolute vrijheid hebben om over “het leven en de dood” van de naar hun nationaal recht opgerichte vennootschappen te beslissen. Anders, zo stelt hij, zouden lidstaten een vrijbrief hebben om naar believen de “doodstraf” op te leggen aan een naar hun recht opgerichte vennootschap, enkel omdat deze beslist heeft om de vrijheid van vestiging uit te oefenen⁸⁸. Hoewel de beperking van het recht van vrije vestiging in het onderhavige geval rechtstreeks voortvloeit uit nationale bepalingen inzake de oprichting en werking van vennootschappen, meent hij dat de vraag dient te worden gesteld of die bepalingen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang zoals het voorkomen van misbruik, het voorkomen van frauduleus gedrag of de bescherming van de belangen van bijvoorbeeld schuldeisers, minderheidsaandeelhouders, werknemers of de fiscus⁸⁹. Maduro concludeert dan ook dat het Hongaars recht in zijn opinie het vrij vestigingsrecht schendt daar de thans aan de

orde zijnde bepalingen de proportionaliteitstest niet kunnen doorstaan. Zij ontzeggen immers vennootschappen naar Hongaars recht *elke* mogelijkheid om hun operationele bestuurscentrum naar een andere lidstaat te verplaatsen. Bovendien merkt hij op dat moeilijk valt in te zien hoe dergelijke bepalingen, die regelrecht ingaan tegen de vrijheid van vestiging, noodzakelijk kunnen zijn vanuit het oogpunt van het algemeen belang nu de Hongaarse regering geen enkele rechtvaardigingsgrond heeft aangevoerd⁹⁰. Derhalve stelt hij het Hof van Justitie voor om de voorliggende prejudiciële vraag te beantwoorden in de zin dat de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag zich verzetten tegen de toepassing van nationale bepalingen die het een naar nationaal recht opgerichte vennootschap onmogelijk maken om haar operationele bestuurscentrum te verplaatsen naar een andere lidstaat.

30. Vanuit beleidsmatig oogpunt valt de conclusie van advocaat-generaal Maduro sterk aan te moedigen. In zijn visie wordt de vrijheid van vestiging namelijk grotendeels los gezien van de problemen die ontstaan uit het verschillende aanknopingspunt met hun grondgebied die lidstaten van de naar hun recht opgerichte vennootschappen verlangen⁹¹. Een dergelijke redenering zou dan tot gevolg hebben dat eenmaal een vennootschap geldig is opgericht naar het recht van een lidstaat, ze een EG-vennootschap wordt en zich in die hoedanigheid op het vrij verkeer van personen kan beroepen. Dit sluit ook het best aan bij de letterlijke bewoordingen van artikel 48 EG-Verdrag nu enkel vereist wordt dat vennootschappen rechtsgeldig moeten zijn opgericht overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap (en niet binnen hun oprichtingsland!) hebben teneinde onder het toepassingsgebied van het vrij vestigingsrecht te vallen⁹². Op zijn beurt zou dit wellicht moeten impliceren dat die vennootschap noch door de lidstaat van oprichting noch door een lidstaat van ontvangst principieel belemmerd kan worden in de opening van een

⁸⁷. Om dit aan te tonen verwijst de advocaat-generaal naar de volgende arresten: *Marks & Spencer*, rechtsoverweging 29; arrest d.d. 13 maart 2007, C-524/04, *Jur.* 2007, I-2107, rechtsoverweging 25 (op fiscaal gebied); arrest d.d. 14 januari 1997, C-124/95, *Jur.* 1997, I-81, rechtsoverweging 25 (op het gebied van het buitenlands en veiligheidsbeleid) en arrest d.d. 11 december 2007, C-438/05, *Jur.* 2008, I-0000, rechtsoverweging 40 (op het gebied van de sociale politiek).

⁸⁸. Zie randnr. 31 van de conclusie.

⁸⁹. Zie randnr. 32 van de conclusie.

⁹⁰. Zie randnr. 34 van de conclusie.

⁹¹. Strikt genomen onderzoekt de advocaat-generaal echter enkel de conformiteit met het vrij vestigingsrecht van een nationale bepaling die de verplaatsing van de werkelijke zetel naar een andere lidstaat toe automatisch sanctioneert met de ontbinding en vereffening van de rechtspersoon (orthodoxe toepassing van de werkelijke zetelleer). Hij doet hierbij geen enkele uitspraak over de principieel door de genuanceerde toegepaste werkelijke zetelleer gestelde eis dat de verbreking van dat aanknopingspunt verplicht gepaard dient te gaan met een wijziging van de *lex societatis*. Niettemin wordt hier de stelling aangehangen dat de visie van de advocaat-generaal tevens een invloed heeft op de gedwongen nationaliteitswijziging. Immers, net zoals het de lidstaten van ontvangst verboden is om hun dwingende bepalingen aan een vreemde EG-vennootschap op te dringen zonder dat aan de proportionaliteitstest is voldaan, zou bij een logische toepassing van zijn visie het oprichtingsland slechts een nationaliteitswijziging aan een emigreerende vennootschap mogen opdringen indien aan dezelfde voorwaarden is voldaan. Ondanks een dergelijke gevolgtrekking, blijft er evenwel een nuanceverschil bestaan tussen de houding van de werkelijke zetelleer en die van de incorporatieleer nu de laatstgenoemde leer per definitie geen enkele aandacht besteedt aan de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel, althans niet op het gebied van het vennootschapsrecht.

⁹². Dit inzicht zette o.m. Wymeersch ertoe aan om te spreken over een “Community formation theory”, een nieuw concept dat, wat de erkenning en de toegang tot het grondgebied betreft, verder zou gaan dan de incorporatieleer. Want, zo stelt hij, eenmaal een vennootschap rechtsgeldig is opgericht naar het recht van een lidstaat en één van de vermelde drie aanknopingspunten binnen de Gemeenschap heeft, moeten alle andere EU-lidstaten deze vennootschap erkennen en toelaten tot hun grondgebied, ook al wordt de vennootschap niet langer gekwalificeerd als een vennootschap onder het recht van haar oprichtingsland. Op die manier zou aldus de onderlinge erkenning van EG-vennootschappen verwezenlijkt worden. Dit staat, zoals hierboven gezien, evenwel los van de vraag naar het op de vennootschap toepasselijk recht, alwaar enkel de proportionaliteitstest enige houvast biedt. E. WYMEERSCH, “The Transfer of the Company’s Seat in European Company Law”, *Common Market Law Review* 2003, (661) 682.

bijkantoor, dochter of andere permanente vestiging van secundaire aard zowel als in de opening van een primaire vestiging in de vorm van de hoofdvestiging of bestuurszetel. Het al te feitelijk onderscheid tussen het primair en secundair vestigingsrecht enerzijds en het al te formeel onderscheid tussen het emigratie- en immigratiescenario bij de verplaatsing van de werkelijke zetel anderzijds zou daarmee grotendeels van de baan geschoven worden, wat de verdere ontplooiing van de Europese interne markt alleen maar kan ondersteunen.

C. Uitspraak van het Hof

31. Ruim een half jaar na de conclusie van de advocaat-generaal velde het Hof van Justitie op 16 december 2008 eindelijk zijn arrest. Gelet op de wijze waarmee het Hof in zijn arresten sinds *Centros* te kennen heeft gegeven dat het de vrijheid van vestiging voor vennootschappen tanden wil geven en daarom niet aarzelt om gevoelig liggende nationale regels zonder pardon terzijde te schuiven, legde het Hof enigszins onverwacht het advies van advocaat-generaal Maduro naast zich neer. Zich beroepend op het arrest *Daily Mail*⁹³ en de verdere verfijning ervan door het arrest *Überseering*⁹⁴, oordeelde het Hof namelijk dat “een lidstaat de aanknopings mag omschrijven die van een vennootschap is vereist opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht volgens het nationaal recht van die lidstaat, en uit dien hoofde het recht van vestiging heeft, zowel als de aanknopings die vereist is om deze hoedanigheid naderhand te kunnen handhaven. Deze bevoegdheid omvat de mogelijkheid voor deze lidstaat om een onder zijn nationaal recht vallende vennootschap niet toe te staan deze hoedanigheid te behouden wanneer zij zich in een andere lidstaat wenst te herorganiseren door de verplaatsing van haar zetel naar het grondgebied van die lidstaat, en aldus de aanknopings die in het nationaal recht van de lidstaat van oprichting is voorzien, verbreekt”⁹⁵. Met deze kernoverweging beantwoordt het Hof de aan hem gestelde prejudiciële vraag aldus op een negatieve wijze: “een vennootschap heeft niet het recht om haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap die valt onder het

nationaal recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht”⁹⁶.

32. Teneinde zijn uitspraak te doen rijmen met zijn vaststaande rechtspraak die een principieel verbod op belemmeringen uitgaande van lidstaten van oprichting uitspreekt⁹⁷, stelt het Hof van Justitie dat “bij het ontbreken in het Gemeenschapsrecht van een eenduidige definitie van vennootschappen die aanspraak kunnen maken op het recht van vestiging op basis van één aanknopingscriterium waarmee het op een vennootschap toepasselijk nationaal recht wordt bepaald, de vraag of artikel 43 EG-Verdrag van toepassing is op een vennootschap die zich op het in dit artikel verankerde fundamentele recht beroept, overeenkomstig artikel 48 EG-Verdrag een *voorafgaande vraag* (eigen cursivering) vormt waarop bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht enkel in het toepasselijk nationaal recht een antwoord kan worden gevonden. Dus enkel wanneer is gebleken dat deze vennootschap, gelet op de voorwaarden van artikel 48 EG-Verdrag, inderdaad recht heeft op vrijheid van vestiging, rijst de vraag of deze vennootschap wordt geconfronteerd met een beperking van deze vrijheid in de zin van artikel 43 EG-Verdrag”⁹⁸. Deze rechtsoverweging is uitermate interessant doordat het Hof van Justitie in het kader van de zetelverplaatsing expliciet een onderscheid maakt tussen het personeel toepassingsgebied (art. 48 EG-Verdrag) en het materieel toepassingsgebied (art. 43 EG-Verdrag) van het vrij vestigingsrecht⁹⁹. In de context van de identiteitsbehoudende verplaatsing van de werkelijke zetel komt dit op het volgende neer. De vraag of een vennootschap ten aanzien van haar oprichtingsland het recht heeft om haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen zonder daarbij haar hoedanigheid naar het recht van haar oprichtingsland te verliezen, hangt ingevolge de arresten *Daily Mail* en *Cartesio* volledig af van de welwillendheid van het nationaal recht van die lidstaat en kan niet op basis van het EG-Verdrag aan vennootschappen verleend worden¹⁰⁰. Maar, indien het oprichtingsland aan zijn vennootschappen een dergelijk emigratierecht van de werkelijke zetel toekent, dan vallen die vennootschappen onder het personeel toepassingsgebied van artikel 48 EG-Verdrag en worden zij in die hoedanigheid beschermd tegen van hun oprichtingsland uitgaande onge-

⁹³. Zie rechtsoverwegingen 104 tot en met 106 en 108 van het arrest en *supra*, randnrs. 13 e.v.

⁹⁴. Zie rechtsoverwegingen 107 en 108 van het arrest en *supra*, randnrs. 18 en 19.

⁹⁵. Zie rechtsoverweging 110 van het arrest.

⁹⁶. Zie rechtsoverweging 124 van het arrest.

⁹⁷. Zie onder meer de geciteerde arresten *ICI, Marks & Spencer* en *Cadbury Schweppes*, *supra*, randnr. 14.

⁹⁸. Zie rechtsoverweging 109 van het arrest. Dit op basis van art. 48 EG-Verdrag concluderen, is evenwel moeilijk verzoenbaar met de letterlijke bewoording ervan (zie *supra*, randnr. 30). Art. 48 EG-Verdrag bepaalt namelijk enkel dat vennootschappen hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap moeten hebben en niet dat één van deze aanknopingspunten binnen het land van oprichting moet zijn gelegen. Zie hierover ook: V. KOROM en P. METZINGER, “Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its *Daily Mail* Decision in the *Cartesio* Case C-210/06”, *European Company and Financial Law Review* 2009, (125) 149 en verder.

⁹⁹. Dit onderscheid valt echter niet volledig uit de lucht. Ook in de rechtsleer werd dit aangehaald om het bestaansrecht van het arrest *Daily Mail* te kunnen argumenteren. Zie bv.: G. VOSSESTEIN, “Exit restrictions on Freedom of Establishment after *Marks & Spencer*”, *European Business Organization Law Review* 2006, (863) 873. Deze auteur verwijst hiervoor ook naar Timmermans, die als rapporteur zetelde in de zaak *Cartesio*; C. TIMMERMANS, *Neue Rechtsprechung des Gerichtshofs der EG zum Europäischen Gesellschaftsrecht*, Bonn, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2003, 17.

¹⁰⁰. In randnr. 34 zal gewezen worden op een belangrijke nuancering die het Hof maakt ten aanzien van de autonomie die lidstaten dienaangaande hebben. Deze nuancering is echter in het kader van de identiteitsbehoudende werkelijke zetelverplaatsing niet relevant, doch enkel in dat van de grensoverschrijdende zetelverplaatsing met verandering van het recht dat het personeel statuut beheerst.

oorloofde belemmeringen in de uitoefening van hun vrij vestigingsrecht (d.i. het materieel toepassingsgebied). Dit leidt er onder meer toe dat het de oprichtingslidstaten verboden is om deze vennootschappen anders te behandelen dan vennootschappen die hun werkelijke zetel niet naar een andere lidstaat hebben verplaatst.

33. In het licht van deze redenering herformuleert het Hof van Justitie tevens het onderscheid tussen enerzijds de arresten *Daily Mail* en *Cartesio* en anderzijds de arresten *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art*¹⁰¹. Het stelt immers dat “in de situaties behandeld in de laatstgenoemde arresten¹⁰² echter niet de voorafgaande vraag rijst of de betrokken vennootschap kan worden aangemerkt als een vennootschap met de nationaliteit van de lidstaat volgens wiens wetgeving zij is opgericht, maar veeleer de vraag of deze vennootschap, waarvan vaststaat dat zij een vennootschap naar het nationaal recht van een lidstaat is, al dan niet wordt geconfronteerd met een beperking in de uitoefening van haar recht om zich in een andere lidstaat te vestigen”¹⁰³. Anders uitgedrukt, wanneer vennootschappen overeenkomstig het recht van hun oprichtingsland het recht hebben om hun werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen en daarbij hun hoedanigheid naar het recht van hun oprichtingsland te behouden (wat in de incorporatieleer per definitie het geval is), dan valt die vennootschap onder het personeel toepassingsgebied van het vrij vestigingsrecht, waardoor ze ingevolge het materieel toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging recht heeft op erkenning door de lidstaat waar de werkelijke zetel naartoe is verplaatst. Sinds het arrest *Inspire Art* staat bovendien met zekerheid vast dat deze lidstaat van ontvangst tevens niet zijn eigen dwingende vennootschapsregelen aan die vennootschap mag opdringen zonder dat daarbij aan de door het Hof streng toegepaste proportionaliteitstest is voldaan.

34. Naar aanleiding van het door de Europese Commissie opgeworpen argument dat de stand van het Gemeenschapsrecht sinds het arrest *Daily Mail* voldoende geëvolueerd is om het laatstgenoemde arrest te herroepen enerzijds en het door de advocaat-generaal geformuleerde argument dat het

beginsel van de verdragsconforme uitoefening door de lidstaten van hun autonome wettelijke bevoegdheden zich verzet tegen een doorgedreven toepassing van de IPR-leren anderzijds, onderscheidt het Hof van Justitie de hier besproken problematiek betreffende de grensoverschrijdende identiteitsbehoudende werkelijke zetelverplaatsing van de problematiek betreffende de grensoverschrijdende zetelverplaatsing met verandering van nationaliteit. Het stelt namelijk uitdrukkelijk dat het voorliggende “geval van verplaatsing van de zetel van een volgens het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat zonder verandering van het recht waaronder zij valt, onderscheiden moet worden van het geval van de verplaatsing van een onder het recht van een lidstaat vallende vennootschap naar een andere lidstaat mét verandering van het toepasselijk nationaal recht, waarbij de vennootschap wordt omgezet in een vennootschapsvorm die valt onder het nationaal recht van de lidstaat waar zij naartoe is verplaatst”¹⁰⁴. Dit onderscheid tussen beide vormen van zetelverplaatsing duikt voor de eerste maal in de rechtspraak van het Hof van Justitie op.

Vooreerst wijst het Hof erop dat “de verordeningen betreffende de EESV¹⁰⁵, SE¹⁰⁶ en SCE¹⁰⁷ inderdaad een regeling bevatten op basis waarvan de daarbij ingestelde nieuwe juridische entiteiten hun statutaire zetel – en dus tevens hun werkelijke zetel, nu deze beide zetels zich immers in dezelfde lidstaat moeten bevinden – naar een andere lidstaat kunnen verplaatsen, zonder dat dit leidt tot ontbinding van de oorspronkelijke rechtspersoon en oprichting van een nieuwe rechtspersoon, *doch* (eigen cursivering) dat een dergelijke verplaatsing wel noodzakelijkerwijs een verandering meebrengt met betrekking tot het nationaal recht dat van toepassing is op de entiteit die zich verplaatst”¹⁰⁸. Met dit inzicht veegt het Hof van Justitie het betoog van de Europese Commissie van tafel en stelt het vast dat “sinds de arresten *Daily Mail* en *Überseering* de wetgeving en overeenkomsten die waren voorzien in respectievelijk de artikelen 44, lid 2, *sub g*) en 293 EG-Verdrag, tot nog toe geen betrekking hebben gehad op de in deze arresten geconstateerde verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot het door het oprichtingsland vereiste aanknopingspunt

¹⁰¹. Zie rechtsoverwegingen 121 en 122 van het arrest. Het Hof van Justitie doet ook het arrest *SEVIC* aansluiten bij deze arresten. Hiermee antwoordt het echter niet op het verweer dat door *Cartesio* voor de verwijzende rechter werd gevoerd (zie *supra*, randnr. 25). Op de mogelijke implicatie hiervan, wordt straks teruggekomen in het kader van de grensoverschrijdende zetelverplaatsing met verandering van het recht dat het personeel statuut van de vennootschap beheerst (zie *infra*, randnr. 40).

¹⁰². Waarmee het Hof van Justitie voor alle duidelijkheid de erkenningsproblematiek bedoelt.

¹⁰³. Zie rechtsoverweging 123 van het arrest.

¹⁰⁴. Zie rechtsoverweging 111 van het arrest.

¹⁰⁵. Verordening (EEG) nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV), *PB. L.* 199/1 van 31 juli 1985.

¹⁰⁶. Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE), *PB. L.* 294/1 van 10 november 2001 (hierna aangeduid met SE-verordening).

¹⁰⁷. Verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), *PB. L.* 207/1 van 18 augustus 2003.

¹⁰⁸. Zie rechtsoverweging 117 van het arrest. Als voorbeeld hiervan wijst het Hof in rechtsoverweging 118 van het arrest op de art. 7 t.e.m. 9 van de SE-verordening. Uit deze rechtsoverweging waarin het Hof een onderscheid maakt tussen twee vormen van zetelverplaatsing, mag bovendien met zekerheid afgeleid worden dat de in de Europese rechtsliteratuur aangehangen visie die stelt dat de SE-verordening in strijd is met de arresten *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art*, thans als achterhaald moet beschouwd worden. Zie voor een recent overzichtsartikel dat zelf de strijdigheid van de SE-verordening met het EG-Verdrag beargumenteert: F. DRINHAUSEN en N. NOHLEN, “The Limited Freedom of Establishment of an SE”, *European Company Law* 2009, 14-19.

met zijn rechtsorde, waaraan dus nog geen einde is gemaakt¹⁰⁹. Deze regelingen brengen geen soelaas voor *Cartesio* doordat zij “uitsluitend haar zetel van Hongarije naar Italië wil verplaatsen, maar wel een vennootschap naar Hongaars recht wil blijven, en dus niet van het op haar toepasselijke nationaal recht wil veranderen”¹¹⁰.

Daarnaast en zonder daartoe verplicht te zijn, waarschuwt het Hof van Justitie enigszins verrassend dat de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van de oprichting en ontbinding van vennootschappen “beslist niet een immuniteit ten aanzien van de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging impliceert”¹¹¹. Het Hof verduidelijkt dat in het geval een onder het recht van een lidstaat vallende vennootschap haar zetel naar een andere lidstaat wil verplaatsen met verandering van het toepasselijk nationaal recht enerzijds en het nationaal recht van die laatste lidstaat dit toestaat anderzijds, de oprichtingslidstaat de vennootschap niet mag beletten zich om te zetten in een vennootschap naar nationaal recht van die andere lidstaat, door de ontbinding en liquidatie te vereisen. “Deze belemmering voor de feitelijke omzetting van een dergelijke vennootschap zonder voorafgaande ontbinding en liquidatie, in een vennootschap volgens het nationaal recht van de lidstaat waar zij zich naartoe wenst te verplaatsen, zou wel een beperking van de vrijheid van vestiging van de betrokken vennootschap vormen, welke krachtens artikel 43 EG-Verdrag verboden is, tenzij zij wordt gerechtvaardigd door een dwingende regel van algemeen belang”¹¹². Deze rechtsoverweging is uitermate interessant wat het in hoofdstuk VI behandelde recht op grensoverschrijdende zetelverplaatsing met verandering van nationaliteit betreft en houdt zo een belangrijke nuancering in van het arrest *Daily Mail*, dat immers het recht op een grensoverschrijdende zetelverplaatsing met verandering van personeel statuut volledig van de baan leek te vegen¹¹³. Een dergelijke

beperking van de autonomie van het nationaal recht op het gebied van de oprichting en ontbinding van vennootschappen biedt evenwel geen baat voor de identiteitsbehoudende verplaatsing van de werkelijke zetel, een inzicht dat in contrast lijkt te staan met de (gevolgen van) conclusie van de advocaat-generaal¹¹⁴.

D. Slotopmerkingen en blijvende knelpunten inzake het recht op identiteitsbehoudende verplaatsing van de werkelijke zetel

35. Concluderend kan men stellen dat de zaak *Cartesio* geen positieve verandering brengt aan het recht van EG-vennootschappen om hun werkelijke zetel met behoud van hun hoedanigheid naar het recht van hun oprichtingsland te verplaatsen naar een andere lidstaat. Lidstaten van oprichting behouden in de huidige stand van het Gemeenschapsrecht namelijk de autonomie om het vereiste aanknopingspunt met hun grondgebied van de naar hun recht opgerichte vennootschappen te bepalen. Deze conclusie, die gebaseerd is op de visie dat vennootschappen slechts “creatures van nationaal recht” zijn, als gevolg waarvan het recht van het oprichtingsland soeverein kan beslissen over “het leven (en de dood)” van de naar zijn recht opgerichte vennootschappen (tenzij zij van een omzettingprocedure voorzien in een andere lidstaat wensen gebruik te maken), wordt volgens het Hof van Justitie niet gewijzigd door de verdere harmonisering van het vennootschapsrecht sinds de arresten *Daily Mail* en *Überseering*. Bekeken in het licht van de doelstelling van het EG-Verdrag, zijnde de creatie van een Europese interne markt, is dit oordeel betreurenswaardig door de onderscheiden behandeling van belemmerende maatregelen uitgaande van de lidstaten van oprichting en van ontvangst enerzijds en van de emigratie- en immigratiesituatie anderzijds.

¹⁰⁹. Zie rechtsoverweging 114 van het arrest.

¹¹⁰. Zie rechtsoverweging 119 van het arrest. In reactie op de mening van de Europese Commissie dat deze regelen *mutatis mutandis* kunnen, of zelfs moeten, worden toegepast op de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel van een volgens het nationaal recht van een lidstaat opgerichte vennootschap (zie rechtsoverweging 116), antwoordt het Hof dat “de overeenkomstige toepassing van de gemeenschapsregeling waarnaar de Commissie verwijst, *gesteld al dat deze geboden is in het geval van grensoverschrijdende verplaatsing van de zetel van een onder het nationaal recht van een lidstaat vallende vennootschap*, hoe dan ook niet tot het gewenste resultaat leiden in een situatie zoals die van het hoofdgeding” (zie rechtsoverweging 120). Dit is een belangrijke nuancering van het Hof: het wil namelijk in deze context enkel wijzen op het verschillende resultaat waartoe deze regelen leiden zonder zich evenwel te willen uitspreken over de analoge toepassing ervan op de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel van een onder het nationaal recht van een lidstaat vallende vennootschap.

¹¹¹. Zie rechtsoverweging 112 van het arrest.

¹¹². Zie rechtsoverweging 113 van het arrest. Knof en Mock argumenteren dat dit *obiter dictum* in strijd is met de *ratio decendi* van het arrest *Cartesio*: terwijl het Hof enerzijds oordeelt dat lidstaten exclusief bevoegd zijn om te bepalen wanneer en onder welke voorwaarden een naar hun recht opgerichte vennootschap onder de vrijheid van vestiging valt, worden in deze context anderzijds de dienaangaande nationale prerogatieven ontkend (zie B. KNOF en S. MOCK, “Die Vereinbarkeit von Wegzugsbeschränkungen mit der Niederlassungsfreiheit (‘Cartesio’)”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009, 32). Deze redenering kan echter moeilijk gevolgd worden nu de nuancering niets afdoet aan de exclusieve bevoegdheid van lidstaten om te bepalen welke vennootschappen de hoedanigheid naar hun recht hebben en als dusdanig onder het vrij vestigingsrecht vallen. Aan de ene kant behouden oprichtingslidstaten immers de exclusieve bevoegdheid om te bepalen welk aanknopingspunt een naar hun recht opgerichte vennootschap met hun grondgebied dient te behouden opdat zij haar nationaliteit van het oprichtingsland zou kunnen aanhouden. Aan de andere kant beschikken lidstaten over de bevoegdheid om in hun materieel recht omzettingprocedures te voorzien waarvan een vreemde vennootschap gebruik kan maken om de nationaliteit van hun recht te verkrijgen (alsmede het aanknopingspunt met hun grondgebied te definiëren dat vereist is om zich op die procedure te kunnen beroepen). De nuancering van het Hof heeft enkel tot gevolg dat het de oprichtingslidstaten in beginsel verboden is het verbreken van het aanknopingspunt met hun grondgebied, en derhalve het verlies van haar hoedanigheid naar hun recht, in voorkomend geval te sanctioneren met de ontbinding en vereffening van de rechtspersoon indien een vennootschap van de omzettingprocedure van een andere lidstaat wenst gebruik te maken. Op die manier behouden vennootschappen de nationaliteit van een lidstaat, waarvan de voorwaarden op exclusieve wijze door die lidstaat zelf worden bepaald, waardoor zij onder het personeel toepassingsgebied van art. 48 EG-Verdrag vallen en zich in die hoedanigheid op het vrij vestigingsrecht kunnen beroepen.

¹¹³. Zie *supra*, randnr. 16.

¹¹⁴. Zie *supra*, randnr. 30.

36. Wat specifiek het recht op een identiteitsbehoudende verplaatsing van de werkelijke zetel betreft, komt men ingevolge de *Cartesio*-beschikking tot de volgende twee hypothesen:

(1) wanneer een vennootschap opgericht is naar het recht van een lidstaat die de incorporatieleer aanhangt, dan mag zij haar werkelijke zetel principieel naar een andere lidstaat verplaatsen zonder een wijziging in haar *lex societatis* te moeten ondergaan. Bekeken vanuit het standpunt van het oprichtingsland is de werkelijke zetel in het internationaal privaatrecht inzake het vennootschapsrecht immers irrelevant waardoor de vennootschap haar hoedanigheid naar het recht van dat land kan behouden. Hierdoor bestaat geen twijfel dat de vennootschap onder het personeel toepassingsgebied van artikel 48 EG-Verdrag ressorteert en blijft ressorteren, als gevolg waarvan overeenkomstig de arresten *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art* een plicht tot erkenning in hoofde van de lidstaat van ontvangst ontstaat, ook al ligt *overeenkomstig het recht van de laatstgenoemde lidstaat* een werkelijke zetelverplaatsing voor of wordt ze aldaar als een brievenbusvennootschap gekwalificeerd. Daarbovenop moet sinds het arrest *Inspire Art* aangenomen worden dat de ontvangstlidstaat tevens niet zijn dwingende vennootschapsrechtelijke bepalingen aan deze EG-vennootschap mag opdringen zonder dat aan de streng toegepaste proportionaliteitstest is voldaan. In dit scenario moet derhalve besloten worden dat vennootschappen principieel het recht op een identiteitsbehoudende werkelijke zetelverplaatsing hebben. Dit is niet alleen een belangrijke vaststelling voor vennootschappen die gedurende hun bestaan ongewild of onbewust hun werkelijke zetel naar een andere lidstaat hebben verplaatst,

doch impliceert noodzakelijkerwijs ook dat ondernemers in voorkomend geval principieel in de positie worden gesteld om te kiezen in welke binnen- of buitenlandse vennootschapsvorm zij hun ondernemingsactiviteiten zullen uitoefenen¹¹⁵;

(2) wordt een vennootschap evenwel opgericht in een lidstaat die de werkelijke zetelleer toepast, dan is haar toestand meer precair ingeval haar werkelijke zetel buiten het grondgebied van haar oprichtingsland gelokaliseerd wordt. In hoofdstuk IV werd immers opgemerkt dat deze situatie vanuit het standpunt van het oprichtingsland leidt tot ofwel de ontbinding en vereffening van de vennootschap (doorgedreven toepassing) ofwel de principiële plicht zich om te zetten in een vennootschapsvorm van de lidstaat waar de werkelijke zetel naartoe wordt verplaatst (genuanceerde toepassing). Ingevolge de arresten *Daily Mail* en *Cartesio* is deze houding van de oprichtingslidstaat volkomen conform het Gemeenschapsrecht, met dien verstande dat de ontbinding en vereffening niet gerechtvaardigd is in het geval de lidstaat van ontvangst de omzetting met continuïteit van de rechtspersoonlijkheid toestaat (een nuancering die aldus enkel problemen voor de orthodoxe verschijningsvorm van de werkelijke zetelleer kan opleveren). Op deze manier tracht het Hof van Justitie de meest draconische gevolgen van een ontstane discrepantie tussen de oprichtingslidstaat en de lidstaat van de werkelijke zetel te verhelpen. Weliswaar worden EG-vennootschappen in voorkomend geval gedwongen zich te conformeren naar het dwingend recht van de ontvangstlidstaat, ze zijn in elk geval desgevallend toch in de mogelijkheid om hun rechtspersoonlijkheid te behouden. Een rechtskeuzevrijheid

¹¹⁵ In dit opzicht hoeft het niet te verbazen dat Continentaal Europa momenteel overspoeld wordt door de flexibele “*Private Company Limited by Shares*” (hierna aangeduid met “*Limited*”), een vennootschapsvorm van het Verenigd Koninkrijk dat de incorporatieleer volgt. Uit eerder op fragmentarisch wijze uitgevoerde studies blijkt deze vennootschapsvorm het meest gebruikt te worden door Duitse ondernemers, op grote afstand gevolgd door Noorwegen en Nederland. Het aantal per jaar opgerichte *Limiteds* waarvan de meerderheid van de bestuurders Belgen zijn, zou volgens deze studie gestegen zijn van 236 in 1997 tot 592 in 2006, wat vergeleken met Duitsland (stijging van 600 in 1997 tot 16.438 in 2006) duidelijk minder significant is (M. BECHT, C. MAYER en H. WAGNER, *Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry*, ECGI Working Paper Series in Law, N° 70/2006, augustus 2007, 38 p., beschikbaar op www.ssrn.com). Voornamelijk de afwezigheid van minimumkapitaal, de snelle oprichting en het grote aantal dienstverleners dat via het internet standaardovereenkomsten van dit type aanbieden, verklaren het grote succes van de *Limiteds* bij startende vennootschappen. Een zeer recente nog te publiceren studie bevestigde trouwens de logische positieve correlatie tussen de kost en snelheid van oprichting van een binnenlandse vennootschapsvorm van het besloten type, de kost van het registreren van een bijkantoor in de ontvangstlidstaat en het gebruik van de Engelse *Limited* (zie: M. BECHT, L. ENRIQUES en V. KOROM, “Centros and the Cost of Branching”, in M. TISON, H. DE WULF, C. VAN DER ELST en R. STEENNOT (eds.), *Perspectives in Company and Financial Regulation*, Cambridge University Press, International Corporate Law and Financial Regulation series, 2009).

Als reactie op de invasie van Britse brievenbusvennootschappen is een Europese versoepelingsgolf inzake de oprichtingsvoorwaarden aan de gang. Zo werd de Franse wetgeving in 2003 aangepast teneinde ondernemers die hun activiteiten uitoefenen in een SARL, toe te laten zelf hun minimumkapitaal vrij te kiezen. Ook Duitsland met zijn *MoMiG* in 2008 en Hongarije in 2007 hebben hun wetgevend kader in dit verband versoepeld (zie o.m. V. KOROM en P. METZINGER, “Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its *Daily Mail* Decision in the *Cartesio* Case C-210/06”, *European Company and Financial Law Review* 2009, (1) 34 e.v.). In Nederland worden vooral in de rechtsleer dienaangaande voorstellen geformuleerd (zie o.m. W. BRATTON, J. MCCAHERY en E. VERMEULEN, *How does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis*, ECGI Working Paper Series in Law N° 91/2008, januari 2008, 37 p., beschikbaar op www.ssrn.com en J. MCCAHERY en E. VERMEULEN, “Is de ‘nieuwe’ BV voldoende aantrekkelijk in internationaal verband?”, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtspraak* 2007, 223-231). Wat België betreft, kan gewezen op het KMO-plan van de federale minister voor KMO’s en zelfstandigen (consulteerbaar op <http://www.sabine-laruelle.be/KMO-Plan.pdf>) waarin onder meer een nieuwe vennootschapsvorm voor starters (BVBA-starter) en een reeks andere maatregelen worden voorgesteld met als doel de prikkels in hoofde van Belgische ondernemers om voor een buitenlandse vennootschapsvorm te kiezen, weg te nemen dan wel sterk in te perken. Of dit al dan niet een wenselijke evolutie is, wordt in deze bijdrage in het midden gelaten. Voor verdere verwijzingen naar relevante literatuur hieromtrent wordt verwezen naar voetnoot 142.

in hoofde van de oprichters van de vennootschap is in dit scenario hoe dan ook niet voorhanden.

37. Over deze vaststellingen kan na het arrest *Cartesio* nog weinig twijfel rijzen. *Quid* echter wanneer een ontvangstlidstaat vaststelt dat een in een lidstaat met de werkelijke zetelleer opgerichte vennootschap naar aanleiding van de opening van een bijkantoor of tijdens haar bestaan zonder formele beslissing van het bevoegde vennootschapsorgaan haar werkelijke zetel naar zijn grondgebied heeft verplaatst? Hoewel het Hof van Justitie nog nooit heeft moeten oordelen over de situatie waarin een lidstaat van ontvangst oordeelt dat een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap overeenkomstig het recht van haar oprichtingsland haar werkelijke zetel naar zijn grondgebied heeft verplaatst, mag wellicht geconcludeerd worden dat de lidstaat van ontvangst in dergelijk geval wel in de positie zal zijn om tot de niet-erkenning van de vennootschap te besluiten (ingeval hij de omzetting met continuïteit van de rechtspersoonlijkheid niet toestaat) dan wel om zijn dwingende vennootschapsregelen aan deze vennootschap op te dringen (wat bij een omzetting van de vennootschap in een vennootschapsvorm van zijn land per definitie het geval zal zijn).

Indien deze redenering juist zou zijn, wordt aan de lidstaten van ontvangst in voorkomend geval een stok achter de deur gegeven teneinde zich te verzetten tegen immigrerende vennootschappen (indien zij de werkelijke zetelleer toepassen) of tegen formeel buitenlandse vennootschappen (indien zij de incorporatieleer aanhangen)! Merk in deze context bijvoorbeeld rechtsoverweging 63 van het arrest *Überseering* op, waarin het Hof van Justitie het volgende stelt: "... De overdracht van al haar aandelen aan Duitse ingezetenen had

volgens het recht van de staat van oprichting geen gevolgen voor haar rechtsbestaan...". Mag hieruit besloten worden dat, indien de overdracht van de aandelen wel gevolgen zou gehad hebben voor het rechtsgeldig bestaan van de vennootschap, de ontvangstlidstaat de vrijheid van vestiging niet zou geschonden hebben wanneer tot de niet-erkenning besloten werd nu hij de omzetting zonder onderbreking in de rechtspersoonlijkheid niet toestaat? Of moet meer gewicht gegeven worden aan de onmiddellijk daarop volgende zin waarin het Hof stelt dat "...er meer in het bijzonder geen maatregelen naar Nederlands recht zijn genomen om ze te ontbinden, zodat zij naar Nederlands recht nog steeds een rechtsgeldig opgerichte vennootschap is"? Hieruit zou dan moeten volgen dat het in de eerste plaats aan het oprichtingsland is om te oordelen wanneer een naar zijn recht opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel heeft verplaatst en in voorkomend geval maatregelen te treffen voor het rechtsgeldig bestaan van de rechtspersoon. Bij een functionele benadering van het vrij vestigingsrecht verdient deze laatste visie de voorkeur. Zo niet, bestaat het risico dat, gelet op de in vele werkelijke zetellanden bestaande jurisprudentiële en doctrinaire onzekerheid betreffende de gevolgen van een feitelijke grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel door naar hun eigen recht opgerichte vennootschappen enerzijds en de feitelijke invulling van het begrip "werkelijke zetel" anderzijds, lidstaten van ontvangst, wanneer hen dat goed uitkomt, systematisch voor de meest repressieve visie zullen kiezen. Zonder verdere uitspraken van het Hof van Justitie in deze materie blijft er niettemin onzekerheid bestaan die, zoals straks zal geargumenteed worden, bij voorkeur ondervangen wordt door de uitvaardiging van een Veertiende Vennootschapsrichtlijn¹¹⁶.

VI. HET RECHT OP EEN INTRACOMMUNAUTAIRE ZETELVERPLAATSING MET VERANDERING VAN NATIONALITEIT

38. De besproken arresten van het Hof van Justitie hebben betrekking op de vraag of lidstaten van ontvangst (arresten *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art*) dan wel oprichtingslidstaten (arresten *Daily Mail* en *Cartesio*) binnen de EG opgerichte vennootschappen mogen belemmeren in de grensoverschrijdende verplaatsing van hun hoofdvestiging of bestuurszetel. Nog nooit kreeg het Hof de mogelijkheid om te oordelen of EG-vennootschappen op grond van de vrijheid van vestiging rechtstreeks het recht op een formele verplaatsing van de statutaire zetel (en desgevallend van tevens de werkelijke zetel) naar het buitenland toe hebben met als doel een nationaliteitswijziging tot stand te brengen. Hoewel het bijgevolg moeilijk valt te voorspellen onder welke voorwaarden het Hof een dergelijk recht op wijziging van de *lex societatis* zal toestaan, kan uit de bestaande rechtspraak niettemin het één en ander afgeleid worden. Alvorens hierop

verder in te gaan, wijst de tekst eerst beknopt op de bestaande mogelijkheden in hoofde van EG-vennootschappen om zonder onderbreking in hun rechtspersoonlijkheid van nationaliteit te veranderen.

A. Bestaande mogelijkheden tot nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing

39. Vooreerst kan een vennootschap haar statutaire zetel naar een andere lidstaat verplaatsen door gebruik te maken van de regelen betreffende de Europese vennootschap (SE). Kort samengevat, kan zij dit doen in minstens drie stappen. Ten eerste moet de vennootschap zich omzetten in een SE, een mogelijkheid die evenwel enkel openstaat voor naamloze vennootschappen die bovendien sinds ten minste twee

¹¹⁶. Zie *infra*, randnr. 45.

jaar een onder het recht van een andere lidstaat ressorterende dochtervennootschap hebben¹¹⁷. Eenmaal omgezet in een SE, kan de vennootschap zich beroepen op de in de SE-verordening uitgewerkte procedure tot verplaatsing van de statutaire zetel naar een lidstaat naar keuze. Hierbij moet in herinnering gebracht worden dat zij naast haar statutaire zetel tevens haar werkelijke zetel zal dienen mee te verplaatsen, een vereiste die het Hof van Justitie klaarblijkelijk niet strijdig lijkt te achten met zijn interpretatie van het vrij vestigingsrecht¹¹⁸. Tot slot kan zij zich opnieuw omzetten in een publieke vennootschap naar het recht van de lidstaat waarin de statutaire zetel van de SE werd gevestigd. Deze omzettingsbeslissing kan echter pas genomen worden twee jaar na de inschrijving van de SE en nadat de eerste twee jaarrekeningen zijn goedgekeurd¹¹⁹. Minstens drie stappen zijn aldus vereist opdat een vennootschap haar statutaire zetel naar het buitenland kan verplaatsen met daarbij een wijziging van het op haar toepasselijk recht te ondergaan. Gelet op de minimumkapitaalvereiste van 120.000 EUR, staat deze mogelijkheid bovendien slechts open voor eerder grote vennootschappen.

40. Deze praktische omzettingsoemoeilijkheden ondergraven evenwel de aantrekkingskracht van de SE zodat de verplaatsing van de statutaire zetel naar een andere EU-lidstaat via een grensoverschrijdende fusie thans meer voor de hand ligt. Deze operatie verloopt doorgaans in slechts twee stappen, zijnde (1) de oprichting van een nieuwe dochtervennootschap in de lidstaat waarnaar de statutaire zetel verplaatst wenst te worden waarna (2) vervolgens deze nieuw opgerichte dochtervennootschap haar moeder opsloort. Ook deze indirecte methode tot grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel staat slechts open voor vennootschappen die het voordeel van de beperkte aansprakelijkheid genieten met uitzondering van de commanditaire vennootschap.

Met zijn arrest *SEVIC* heeft het Hof van Justitie deze transactie als een uitoefeningswijze van de vrijheid van vestigingsrecht beschouwt als gevolg waarvan ook andere vennootschapsvormen via deze indirecte methode zich kunnen onttrekken aan het recht dat hun personeel statutair beheerst¹²⁰. Hoewel dit met zekerheid geldt in de verhouding tussen de opslorpnde dochtervennootschap en haar oprichtingsland (ingaaende fusie), zal ook na het arrest *Cartesio* wellicht discussie blijven bestaan over de vraag of ook de moedervernootschap zich op de vrijheid van vestiging kan beroepen om zich te verzetten tegen belemmeringen uit-

gaande van haar oprichtingsland (uitgaande fusie)¹²¹. Door het arrest *SEVIC* op dezelfde lijn te plaatsen met de arresten *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art* (d.i. de erkenningsproblematiek) wekt het Hof van Justitie in het geannoteerde arrest immers de schijn dat EU-lidstaten ook in deze context over de autonomie inzake “het leven en de dood” van de vennootschap beschikken zodat artikel 43 EG-Verdrag aan een naar het recht van een EU-lidstaat opgerichte vennootschap derhalve niet het recht geeft om zichzelf zonder liquidatie te laten opgaan in een buitenlandse EG-vennootschap naar aanleiding van een fusie. Anderzijds en onmiddellijk daaraan voorafgaand stelt het Hof van Justitie evenwel dat de arresten inzake de grensoverschrijdende zetelverplaatsing en fusie niet dezelfde problematiek betreffen zodat niet betoogd kan worden dat het arrest *SEVIC* de strekking van de arresten *Daily Mail* en *Überseering* nader heeft bepaald. Naar mijn bescheiden mening kan gepleit worden dat dit argument van het Hof in beide richtingen werkt: net zomin het arrest *SEVIC* het arrest *Daily Mail* wijzigt, ondergaat *SEVIC* een invloed van de beschikking inzake *Daily Mail*. Op grond van die redenering kan een bijkomend argument toegereikt worden aan de strekking in de rechtsleer die, door het uitschakelen van het problematische arrest *Daily Mail* in deze materie, aan EG-vennootschappen niet alleen een recht op ingaande fusie, doch ook op uitgaande fusie tracht te geven.

Het arrest *Cartesio* schept ook een ander probleem in deze materie. Wanneer een vennootschap zich beroept op de grensoverschrijdende fusie als middel om een nationaliteitswijziging tot stand te brengen, dan bestaat het gevaar dat deze transactie niet tot het gewenste resultaat zal leiden. Aangezien in dergelijk geval de “verdwijnde” vennootschap zich in de regel laat opsloppen door ofwel een door haar specifiek ten behoeve van de beoogde transactie gecreëerde vennootschap, dan wel door een reeds bestaande dochtervennootschap die in economische relevantie per definitie aan haar ondergeschikt is, dan verschuift de opslorpnde vennootschap hiermee haar economisch zwaartepunt naar het buitenland. In de hypothese dat de opslorpnde vennootschap opgericht is in een lidstaat die de werkelijke zetelleer aanhangt, dan bestaat het risico dat, eenmaal de fusie voltooid is, deze transactie als een grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel zal worden gekwalificeerd, in welk geval deze lidstaat over de autonomie beschikt om tot de ontbinding en vereffening van de vennootschap over te gaan, tenzij de lidstaat van ontvangst (d.i. de lidstaat waar de opgeslopte vennootschap gevestigd was) de omzetting toelaat. Zoals hierboven werd

¹¹⁷. Zie art. 2, lid 4 van de SE-verordening. Ook de oprichting van een SE via een fusie met een andere publieke vennootschap wiens personeel statutair door het recht van een andere lidstaat beheerst wordt, is een mogelijke piste (zie art. 2, lid 1 van de SE-verordening). Dit zal evenwel vanuit praktisch oogpunt moeilijker verlopen dan de in de tekst gegeven transactie. De vennootschap mag namelijk niet een dochteronderneming van de vennootschap zijn waardoor bijgevolg haar oprichting gefinancierd dient te worden met nieuwe, niet tot de verhuizende vennootschap behorende gelden. De twee andere oprichtingsmodaliteiten van een SE (zie art. 2, leden 2 en 3 van de SE-verordening) daarentegen bieden geen soelaas: in geen van de gevallen verdwijnt de vennootschap als gevolg waarvan de holding- of dochter-SE een van de vennootschap onafhankelijk bestaan heeft.

¹¹⁸. Zie rechtsoverweging 117 van het arrest en *supra*, voetnoot 108.

¹¹⁹. Art. 66, lid 1 van de SE-verordening.

¹²⁰. Zie *supra*, randnr. 23.

¹²¹. Zie rechtsoverwegingen 121 en 122 van het arrest en *supra*, randnr. 24.

aangehaald in randnummer 37, bestaat er ook onzekerheid omtrent het gedrag dat de lidstaat van de verdwijnende moeder vennootschap aan de dag kan leggen wanneer hij vaststelt dat de opslorpnde vennootschap overeenkomstig het recht van haar oprichtingsland haar werkelijke zetel naar zijn grondgebied heeft verplaatst.

B. Verband tussen de Veertiende Vennootschapsrichtlijn en het arrest *Cartesio*

41. Ten gevolge van de SE-verordening en de Tiende Vennootschapsrichtlijn inzake grensoverschrijdende fusies wordt in de huidige stand van het harmonisatieproces, weliswaar op een indirecte wijze en in meerdere transacties, aan bepaalde EG-vennootschappen in het merendeel van de gevallen de mogelijkheid gegeven om zich met continuïteit van hun rechtspersoonlijkheid te onttrekken aan het recht van hun oprichtingsland. Ondanks deze ontwikkelingen die onrechtstreeks voor een doorbraak hebben gezorgd in de mogelijkheid van vennootschappen om zich om te zetten in een vennootschapsvorm van een lidstaat naar keuze, blijft de aanneming van een Veertiende Vennootschapsrichtlijn tot internationale zetelverplaatsing in het slop zitten¹²². In haar zogenaamde “impact assessment” kwam de Europese Commissie, ondanks het groot enthousiasme waarmee het ontwerp in de publieke consultatie werd onthaald, immers tot de conclusie dat men beter wacht met de invoering van een Veertiende Vennootschapsrichtlijn tot de impact van de Tiende Vennootschapsrichtlijn inzake grensoverschrijdende fusies kan gemeten worden alsmede het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan in het arrest *Cartesio*¹²³. Wat de eerste rechtvaardigingsgrond van het uitstel betreft, werd in de rechtsleer opgemerkt dat een Veertiende Vennootschapsrichtlijn in elk geval tot een kostenbesparing zou leiden: direct door de afwezigheid van de nood tot het oprichten van een vennootschap in de lidstaat van bestemming en indirect door de vereenvoudigde procedure die de Veertiende Vennootschapsrichtlijn met zich zou meebrengen¹²⁴. In wat volgt wordt uitsluitend stilgestaan bij de tweede motiveeringsgrond, namelijk de impact van het arrest *Cartesio* op de

noodzaak tot aanneming van een vennootschapsrichtlijn inzake grensoverschrijdende zetelverplaatsing.

§ 1. Het arrest *Cartesio* geeft inderdaad een opening naar de nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing...

42. Het arrest *Cartesio* heeft op zich geen betrekking op de problematiek van de grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel met verandering van nationaliteit. Het feit dat de Europese Commissie in haar “Impact Assessment” toch naar de uitkomst van deze zaak verwijst, hangt samen met de verwarring die bestond over de gepubliceerde prejudiciële vragen¹²⁵. Hoewel het arrest terecht geanalyseerd werd in de optiek van de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel waarbij de verhuizende vennootschap haar hoedanigheid naar het recht van haar oprichtingsland wenste te behouden, geeft het Hof van Justitie niettemin een opening naar de nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing in een poging om de meest draconische gevolgen van de werkelijke zetelleer weg te werken.

43. Om dit goed in te kaderen, moet opnieuw verwezen worden naar het arrest *Daily Mail* waarin het Hof zonder omwegen concludeerde dat naar het recht van EU-lidstaten opgerichte vennootschappen in het licht van artikel 293 EG-Verdrag onder de vrijheid van vestiging hoegenaamd niet recht hadden om hun zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen zolang dienaangaande geen overeenkomsten tussen de lidstaten werden gesloten of een richtlijn werd uitgevaardigd¹²⁶. Nadat de arresten *Überseering* en *Inspire Art* de leer uit *Daily Mail* vernauwden tot de relatie van een vennootschap ten opzichte van haar oprichtingsland¹²⁷, nuanceert het Hof in het geannoteerde arrest de *Daily Mail*-beschikking verder in de zin dat de grensoverschrijdende zetelverplaatsing niet door het oprichtingsland mag gesanctioneerd worden met de ontbinding en vereffening wanneer de lidstaat van ontvangst de omzetting van de emigrerende vennootschap in een vennootschapsvorm van zijn recht toelaat¹²⁸. Als gevolg van deze nuancering zal een vennootschap aldus

¹²². De nood om de juridische problemen betreffende de grensoverschrijdende zetelverplaatsing te adresseren, kwam in de afgelopen decennia al verschillende malen ter sprake. Zo werd in 1997 een eerste voorontwerp opgesteld dat gebaseerd was op een op verzoek van de Europese Commissie door KPMG uitgebracht rapport over zetelverplaatsing (zie hierover: J. BELLINGWOUT, “Company Migration in Motion: the KPMG Report 1993”, in J. WOUTERS and H. SCHNEIDER (eds.), *Current issues of cross-border establishment in the European Union*, Antwerpen, Maklu, 1995, 75-88). Hoewel het nooit tot een officieel voorstel kwam, dook de discussie opnieuw op in 2002 naar aanleiding van het rapport van de zogenaamde Winter Groep (“Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe”, te consulteren op http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm) dat uiteindelijk uitmondde in het 2003 Actieplan van de Europese Commissie waarin de Veertiende Vennootschapsrichtlijn als een op middellange termijn te realiseren doelstelling werd aanschouwd (zie “Commission Action Plan on modernising company law and enhancing corporate governance in the EU”, COM (2003) 284). Ook in 2005 werd de oplossing van de problematiek betreffende de grensoverschrijdende zetelverplaatsing als een belangrijk initiatief aangeduid in het Lissabonprogramma dat werd omgedoopt tot “Programma voor economische groei en jobs”.

¹²³. Commission Staff Working Document. Impact Assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707 van 12 december 2007 (hierna aangeduid met “Impact Assessment”).

¹²⁴. G. VOSSESTEIN, “Transfer of the registered office. The European Commission’s decision not to submit a proposal for a Directive”, *Utrecht Law Review* 2008, (57) 65.

¹²⁵. Zie *supra*, randnr. 4.

¹²⁶. Rechtsoverweging 23 van het arrest *Daily Mail* en *supra*, randnrs. 15 en 16.

¹²⁷. Rechtsoverweging 62 van het arrest *Überseering*, rechtsoverweging 103 van het arrest *Inspire Art* en *supra*, randnr. 19.

¹²⁸. Rechtsoverweging 113 van het arrest *Cartesio* en *supra*, randnr. 34.

in voorkomend geval in de positie worden gesteld om met behoud van haar rechtspersoonlijkheid van *lex societatis* te veranderen. In ieder geval moet nu gekeken worden naar de houding van de ontvangstlidstaat om uit te maken of het oprichtingsland de vrijheid van vestiging al dan niet schendt.

44. Wanneer een vennootschap wordt opgericht in een land dat zijn regelingsstelsel op de werkelijke zetelleer heeft geënt, zal het oprichtingsland de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel traditioneel sanctioneren met ofwel de ontbinding en vereffening van de rechtspersoon (orthodoxe toepassing) ofwel de plicht zich om te zetten in een vennootschapsvorm van het immigratieland (genuanceerde toepassing).

Scenario 1: de ontvangstlidstaat past de werkelijke zetelleer op een doorgedreven wijze toe. In dit scenario biedt (de rechterlijke interpretatie van) het materieel recht van de ontvangstlidstaat aan een vennootschap die haar werkelijke zetel op een formele wijze naar het binnenland wenst te verplaatsen per definitie niet de mogelijkheid om zich zonder heroprichting om te zetten in een vennootschapsvorm van het binnenland. Bijgevolg zal de vennootschap, ongeacht hoe genuanceerd haar oprichtingsland de werkelijke zetelleer ook moge toepassen, niet over de mogelijkheid beschikken om van nationaliteit met behoud van haar rechtspersoonlijkheid te veranderen.

Scenario 2: de ontvangstlidstaat past de werkelijke zetelleer op een genuanceerde wijze toe. Aangezien de ontvangstlidstaat de omzetting in dit scenario principieel toelaat, mag het oprichtingsland als gevolg van de in het arrest *Cartesio* geponeerde nuancering de verplaatsing van de werkelijke (en statutaire) zetel niet sanctioneren met de ontbinding en de vereffening van de rechtspersoon. In dergelijk geval moet besloten worden dat de orthodoxe toepassing van de werkelijke zetelleer door de oprichtingslidstaat de vrijheid van vestiging zal schenden en dat aan EG-vennootschappen op grond van de vrijheid van vestiging het recht op een nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing toekomt mits zij haar werkelijke zetel mede verplaatst. Merk trouwens op dat in dit scenario de door de lidstaat van ontvangst doorgaans gestelde eis dat de omzetting met continuïteit van de rechtspersoonlijkheid enkel mogelijk is onder de voorwaarde dat de oprichtingslidstaat dit toelaat, ten gevolge van het arrest *Cartesio* steeds zal voldaan zijn.

Scenario 3: de ontvangstlidstaat past de incorporatieleer toe. In dit scenario ontstaat ten gevolge van de verschillende aanknopingspunten die de lidstaten in hun internationaal pri-

vaatrecht gebruiken, het risico op apatride of staatloze vennootschappen. Terwijl het internationaal privaatrecht van het oprichtingsland verwijst naar het recht van het land waar de werkelijke zetel van de vennootschap gelokaliseerd wordt, verwijst dat laatstgenoemde land namelijk terug naar het recht van het land van de (eerste) statutaire zetel, wat vaak het oprichtingsland zal zijn¹²⁹. Omdat de vennootschap zich in deze context echter wil onttrekken aan het recht van haar oprichtingsland, zal derhalve steeds een formele werkelijke zetelverplaatsing dienen voor te liggen waarbij de vennootschap niet alleen haar hoofdvestiging of bestuurszetel doch ook doorgaans haar statutaire zetel verplaatst. Teneinde uit te maken of deze gewilde nationaliteitswijziging mogelijk is, moet luidens het arrest *Cartesio* gekeken worden naar het gedrag van de lidstaat waar de statutaire zetel naartoe wenst verplaatst te worden.

Verwijst het internationaal privaatrecht van de ontvangstlidstaat naar het recht van het oprichtingsland alwaar zich per definitie de eerste statutaire zetel van de vennootschap bevindt (d.i. de eerste variant van de incorporatieleer), dan mag men stellen dat zijn materieel recht in beginsel de omzetting zonder heroprichting niet zal toestaan. In deze feitenconstellatie moet derhalve besloten worden dat het arrest *Cartesio* in deze geen soelaas biedt voor de mogelijkheid tot nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing en dit ongeacht hoe genuanceerd het oprichtingsland de werkelijke zetelleer toepast¹³⁰.

Past de ontvangstlidstaat daarentegen de statutaire zetelleer toe (d.i. de tweede variant van de incorporatieleer), dan verwijst zijn internationaal privaatrecht naar het recht van het land waar de statutaire zetel is gevestigd. Doorgaans zal deze verwijzingsregel gecombineerd worden met een in het materieel recht voorziene procedure die de verplaatsing van de statutaire zetel naar zijn grondgebied met continuïteit van de rechtspersoonlijkheid toestaat¹³¹. In dit scenario zal een vennootschap aldus in theoretisch perspectief in de mogelijkheid verkeren om tot een nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing over te gaan op voorwaarde dat zij tevens haar werkelijke zetel uit het oprichtingsland verplaatst, nu dit vereist is om het juk van haar oprichtingsrecht van zich af te werpen¹³².

§ 2. ...doch er blijven veel problemen bestaan...

45. Uit de bovenstaande analyse volgt met andere woorden dat de directe impact van het arrest *Cartesio* erin bestaat dat

¹²⁹ Enkel wanneer de geadieerde forumrechter de *renvoi* naar het eigen recht aanvaardt, zal de vennootschap aan een bepaalde rechtsorde kunnen gebonden worden.

¹³⁰ Zie *supra*, randnr. 3 en vooral voetnoot 10.

¹³¹ Zie *supra*, randnr. 3 en vooral voetnoot 11.

¹³² In deze context kan de vraag opgeworpen worden hoe het Hof van Justitie zou oordelen over de hypothetische situatie waarin een vennootschap zich beroept op een wettelijke regeling voorzien in een andere lidstaat teneinde zich om te zetten in een vennootschapsvorm van die lidstaat, zonder daarbij echter haar werkelijke zetel uit haar oprichtingsland te verplaatsen. Hoewel het zonder verdere uitspraken in deze materie enigszins gissen blijft, wordt hieronder de visie verkondigd dat, zolang geen overeenkomsten in de zin van art. 293 EG-Verdrag zijn gesloten, het oprichtingsland zich wellicht mag verzetten tegen een dergelijke transactie daar deze niet onder de vrijheid van vestiging lijkt te vallen. Zie *infra*, randnr. 50.

een in een land met de werkelijke zetelleer opgerichte vennootschap de mogelijkheid heeft om haar werkelijke (en dus tevens haar statutaire) zetel zonder ontbinding en vereffening doch met verandering van nationaliteit naar een andere lidstaat te verplaatsen wanneer de laatstgenoemde lidstaat de werkelijke zetelleer op een genuanceerde wijze toepast, dan wel de statutaire zetelleer als variant op de incorporatieleer aanhangt. In vergelijking met de toestand vóór het arrest heeft deze situatie aldus een beperking van de autonomie van de oprichtingslidstaat tot gevolg doordat zij in voorkomend geval niet meer gemachtigd is om de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel met het verlies van de rechtspersoonlijkheid te sanctioneren. Als gevolg hiervan wordt een deel van het primair vestigingsrecht vrij gemaakt, doch het lost evenwel niet de problemen op die zich voordoen in de gevallen waarin een vennootschap opgericht naar het recht van een lidstaat die de werkelijke zetelleer aanhangt, gedurende haar bestaan al dan niet bewust of gewild haar operationele bestuurszetel of hoofdvestiging naar een andere lidstaat heeft verplaatst die de omzetting niet toestaat (en dus de traditionele incorporatieleer of de werkelijke zetelleer in zijn doorgedreven verschijningsvorm toepast). Omdat het onduidelijk blijft hoe het Hof van Justitie staat tegenover de weigering van een ontvangstlidstaat om de omzetting van de immigrerende vennootschap naar een vennootschapsvorm van zijn recht toe te laten¹³³, loopt deze vennootschap in dergelijk geval nog steeds het gevaar op een verlies van haar rechtspersoonlijkheid te stuiten. Het hoeft geen verder betoog dat een dergelijke situatie in het kader van de Europese interne markt als bijzonder onwenselijk moet worden beschouwd. Ook na het arrest *Cartesio* is er dus zeker nog een prangende nood aan een Veertiende Vennootschapsrichtlijn, wil men deze problemen oplossen.

46. Bovendien is het in de huidige stand van het Gemeenschapsrecht onduidelijk welke voorwaarden de oprichtingslidstaat in voorkomend geval aan de omzetting van zijn vennootschap in een buitenlandse mag stellen¹³⁴. Het arrest *Cartesio* stelt in deze enkel dat de emigratielidstaat niet de ontbinding en vereffening mag eisen ingeval de immigratielidstaat de omzetting toelaat, doch er mag wellicht van uitgegaan worden dat de genomen maatregelen ook in dit verband moeten voldoen aan artikel 46 EG-Verdrag of de proportionaliteitstest¹³⁵. Omgekeerd geldt deze onduidelijkheid ook voor de conformiteit met het Gemeenschapsrecht van de houding die de immigratielidstaat bij deze omzettingsprocedure aanneemt. Teneinde de belangen van de verschillende partijen te waarborgen alsmede de omzettingsprocedures

van de lidstaten op elkaar af te stemmen, is enige coördinatie vereist dat het best via een bindend wetgevend Europees instrument zoals een Veertiende Vennootschapsrichtlijn tot stand wordt gebracht.

§ 3. ...en valt de nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing op zich wel onder het vrij vestigingsrecht?

47. Tot slot kan er op gewezen worden dat tot hier toe de situatie werd behandeld waarin een in een lidstaat met de werkelijke zetelleer opgerichte vennootschap haar operationeel hoofdbestuur of hoofdvestiging, naar gelang de definiëring ervan in de nationale wetgeving of rechtspraak van haar oprichtingsland, heeft verplaatst en daarbij door haar oprichtingsland wordt gedwongen om zich om te zetten in een vennootschapsvorm van het immigratieland. Omgekeerd leidt dit ertoe dat thans aan vennootschappen in welbepaalde omstandigheden de mogelijkheid wordt gegeven om hun werkelijke zetel intracommunautair te verplaatsen *met als doel* zich te onderwerpen aan het recht van een andere lidstaat. In dergelijk geval is van een zogenaamde rechtskeuzevrijheid evenwel geen sprake gelet op de economische kosten die met een dergelijke transactie doorgaans gepaard gaan. Teneinde dit probleem te kunnen ondervangen en aldus tot een rechtskeuzevrijheid in de ware zin van het woord te kunnen komen, moet de vraag gesteld worden of EG-vennootschappen onder het vrij vestigingsrecht rechtstreeks de mogelijkheid toekomt om een nationaliteitswijziging te ondergaan door een louter juridische verplaatsing van de statutaire zetel. Het antwoord hierop is bovendien minstens even relevant voor die lidstaten die in hun internationaal privaatrecht de incorporatieleer aanhangen.

48. Bij een extensieve interpretatie van het arrest *Cartesio* lijkt deze vraag positief te moeten worden beantwoord. Vaak spreekt het Hof van Justitie immers zonder verdere precisering over *een* aanknopingspunt en de verplaatsing van *een* zetel¹³⁶. Gelet op de dubbelzinnigheid van deze begrippen in het licht van de nationale wetgevingen, doet dit de indruk wekken dat zijn beschikking naar analogie op de *statutaire* zetelverplaatsing moet worden toegepast. Dit zou alsdan tot de volgende conclusie nopen: lidstaten beschikken over de autonomie om de grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel met de ontbinding en vereffening te beteugelen, tenzij de lidstaat waarnaar die zetel verplaatst wordt, de omzetting van de vennootschap naar een vennootschaps-

^{133.} Zie rechtsoverweging 112 van het arrest *Cartesio* dat letterlijk het volgende bepaalt: "... die beslist niet een immunitet... door de ontbinding en liquidatie van deze vennootschap te vereisen, haar belet zich om te zetten in een vennootschap naar nationaal recht van die andere lidstaat, *voor zover diens recht dit toestaat*".

^{134.} Zie in deze context bv. de omzettingsprocedures in de SE- en de Tiende Vennootschapsrichtlijn alsmede de wijze waarop het Hof met een zekere terughoudendheid antwoordt op de argumentatie van de Europese Commissie dat deze regeling *mutatis mutandis* moet worden toegepast op de grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Zie, *supra*, voetnoot 110.

^{135.} In dezelfde zin: V. KOROM en P. METZINGER, "Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the *Cartesio* Case C-210/06", *European Company and Financial Law Review* 2009, (125) 156.

^{136.} Zie in dit verband vooral rechtsoverwegingen 110 t.e.m. 113 van het arrest *Cartesio*.

vorm van zijn recht met continuïteit van de rechtspersoonlijkheid toelaat. Zo'n lezing van het arrest *Cartesio* zou ertoe leiden dat de werkelijke zetelleer de vrijheid van vestiging schendt in zoverre zij de verplaatsing van de statutaire zetel naar een lidstaat die de statutaire zetelleer volgt, afhankelijk stelt van de ontbinding en liquidatie dan wel zichzelf bevoegd blijft achten om het personeel statuut van die vennootschap na de emigratie te blijven reguleren daar haar werkelijke zetel zich nog steeds op zijn grondgebied bevindt. Lidstaten die de incorporatieleer volgen, worden meer in problemen gebracht nu zij de vrijheid van vestiging niet enkel zouden schenden ingeval zij zich verzetten tegen de statutaire zetelverplaatsing naar een lidstaat die in zijn wettelijke regeling een regime voor de internationale omzetting heeft voorzien (statutaire zetelleer), doch ook indien een vennootschap door de verplaatsing van haar werkelijke zetel zich wil omzetten in een vennootschapsvorm van een lidstaat die de werkelijke zetelleer op een genuanceerde wijze toepast.

49. Bij nader inzien valt evenwel te betwijfelen dat het Hof zijn conclusie zo ver zou doortrekken. Om dit aan te tonen, worden hieronder twee scenario's uitgewerkt.

Scenario 1. Wanneer een in een land met de incorporatieleer opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel verplaatst naar een land dat de werkelijke zetelleer op een genuanceerde wijze toepast, dan zou het laatstgenoemde land het bestaan van de rechtspersoon in beginsel erkennen onder de voorwaarde dat zij zich onderwerpt aan zijn dwingende rechtsbepalingen. De vennootschap zou in dergelijk geval met onoverkomelijke moeilijkheden geconfronteerd worden doordat zij zich gereguleerd ziet door het recht van zowel haar oprichtingsland als dat van het land met de werkelijke zetel (d.i. het probleem van de dubbele nationaliteit)¹³⁷. Omdat de vennootschap in het incorporatiestelsel gedurende haar gehele bestaan onderworpen dient te blijven aan het recht van haar oprichtingsland, zou ze niet over de mogelijkheid beschikken om dit binationaal statuut van zich af te schudden en zou de incorporatieleer derhalve de verplaatsing van de werkelijke zetel bemoeilijken. Nu echter sinds de arresten *Segers*, *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art* vaststaat dat de lidstaat van ontvangst niet zijn dwingend recht aan de vennootschap mag opdringen zonder dat aan de streng toegepaste proportionaliteitstest is voldaan, wordt deze belemmering in de verplaatsing van de werkelijke zetel per definitie weggenomen. Door de gevolgen van de werkelijke zetelleer in deze feitenconstellatie strijdig met het Gemeenschapsrecht te verklaren, ruimt het Hof van Justitie

het probleem van de dubbele nationaliteit uit de weg en weerhoudt in beginsel niets de vennootschap ervan om op een duurzame wijze economische activiteiten in het land met de werkelijke zetelleer te gaan uitoefenen, ook al wordt hiermee haar operationele bestuurszetel of hoofdvestiging verplaatst¹³⁸.

Scenario 2. Het tweede scenario houdt verband met de hypothese waarin een vennootschap opgericht naar het recht van een land dat de incorporatieleer aanhangt, zich van haar oprichtingsrecht wil ontdoen door haar statutaire zetel te verplaatsen naar een land dat de statutaire zetelleer toepast. Door het in het oprichtingsland principieel bestaande verbod op grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel kan een vennootschap evenwel geen gebruik maken van deze regeling¹³⁹. Bij een extensieve interpretatie van het arrest *Cartesio* zou men tot de conclusie kunnen komen dat de incorporatieleer de vrijheid van vestiging schendt in zoverre de verplaatsing van de statutaire zetel naar een andere lidstaat toe door het oprichtingsland met de ontbinding en vereffening gesanctioneerd wordt, nu die lidstaat de omzetting zonder onderbreking van de rechtspersoonlijkheid toestaat. Opnieuw staat echter niets de vennootschap in de weg om op een duurzame wijze economische activiteiten in het buitenland te gaan uitoefenen.

50. Het bovenstaande wil enkel duidelijk maken dat de vraag naar de *economische* vestigingsvrijheid en de vraag naar de *juridische* vrijheid om zich in een buitenlandse vennootschapsvorm te kunnen transformeren, twee van elkaar te onderscheiden vragen zijn. Terwijl vennootschappen overeenkomstig de incorporatieleer in staat zijn om zich te vestigen in het buitenland, beschikken ze niet over de mogelijkheid om zich zonder ontbinding en vereffening te onttrekken aan het recht van hun oprichtingsland. In het licht van de nadruk die het Hof van Justitie bij de invulling van het begrip "vestiging" legt op de grensoverschrijdende uitoefening van economische activiteiten, valt te betwijfelen dat de nationaliteitswijziging op zich onder de vrijheid van vestiging dient beschermd te worden¹⁴⁰. Geplaatst tegen de achtergrond van het arrest *Cartesio*, zou de nationaliteitswijziging enkel een *opgedrongen* gevolg zijn van de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel, en niet een objectief op zich. Hiervoor kan bovendien geen steun gevonden worden in de bewoordingen van artikel 48 EG-Verdrag dat een parallel trekt tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Aangezien dit artikel tot doel heeft aan rechtspersonen dezelfde vrijheid van vestiging te verlenen als aan natuurlijke personen is gegarandeerd, kan moeilijk geargumenteed worden dat rechtspersonen op grond

¹³⁷. Merk hier de parallel met het arrest *Lamot* van het Belgische Hof van Cassatie op. Zie *supra*, voetnoot 29.

¹³⁸. Hierboven werd opgemerkt dat in het omgekeerde geval wel een probleem rijst. Aangezien de incorporatieleer de omzetting traditioneel niet toestaat, zal een in een land met de genuanceerde werkelijke zetelleer opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel niet naar een dergelijk land kunnen verplaatsen.

¹³⁹. Omgekeerd geldt dit probleem uiteraard ook: een vennootschap wordt beknot in de nationaliteitswijziging wanneer zij via een procedure voorzien in haar oprichtingsland haar statutaire zetel naar een land met de incorporatieleer wenst te verplaatsen.

¹⁴⁰. Vergelijk evenwel met G. GODDIN en B. GODDIN, "Arrêt *Cartesio*: l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés émigrantes", *Journ. dr. eur.* 2009, (77) 78.

van artikel 43 EG-Verdrag het recht op een nationaliteitswijzende zetelverplaatsing zouden hebben nu natuurlijke personen die zich in een andere EU-lidstaat vestigen, dit ook niet hebben¹⁴¹. Bijgevolg lijkt het moeilijk verdedigbaar om onder de lading van het vrij vestigingsrecht aan EG-vennootschappen een op zichzelf staand recht op grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing toe te kennen. Als een dergelijke rechtskeuzevrijheid in hoofde van vennootschappen evenwel als een relevante stap wordt aanzien voor het openbreken van een efficiënte wetgevende competitie tussen lidstaten op het gebied van het vennootschapsrecht¹⁴², lijkt het noodzakelijk

om via een wetgevend instrument in een oplossing voor deze vorm van primair vestigingsrecht te voorzien. Ook in dit opzicht valt de Veertiende Vennootschapsrichtlijn aldus in voorkomend geval aan te moedigen doordat in zijn huidige vorm de vraag of een vennootschap haar werkelijke zetel mede te verplaatsen in de gelimiteerde beleidsopatie van de Europese Commissie volledig afhankelijk gesteld wordt van de immigratielidstaat (en dus niet van het oprichtingsland), dan wel in de extensieve beleidsopatie negatief beantwoord dient te worden¹⁴³.

VII. SAMENVATTING EN CONCLUSIE

51. Na een situering van het feitenrelaas en een overzicht van de twee gebruikelijke erkenningsleren (incorporatieleer en werkelijke zetelleer) werd de vóór de uitspraak bestaande visie dat de voorliggende zaak betrekking had op een belemmering in de intracommunautaire statutaire zetelverplaatsing, nader verklaard en werd aangetoond dat *Cartesio* wel degelijk door haar oprichtingsland gehinderd werd in het verplaatsen van haar operationele bestuurscentrum naar een andere lidstaat toe. Daarnaast werd aan de hand van de twee praktische verschijningsvormen van de werkelijke zetelleer aangetoond dat er een niet te onderschatten nuanceverschil bestaat tussen de prejudiciële vraag zoals behandeld door advocaat-generaal Maduro en het Hof van Justitie. Dit

maakte duidelijk dat de door het Hof geherformuleerde vraag doordringt tot de kern van de werkelijke zetelleer, zijnde het gebruik van de werkelijke zetel als aanknopingspunt met hun grondgebied dat lidstaten van de naar hun recht opgerichte vennootschappen vereisen. Vervolgens viel de bijdrage uiteen in twee delen.

Het eerste deel ging dieper in op de in het arrest *Cartesio* behandelde vraag of EG-vennootschappen op grond van de vrijheid van vestiging het recht hebben om hun werkelijke zetel intracommunautair te verplaatsen zonder daarbij een wijziging van hun nationaliteit (*lex societatis*) of beter het recht dat hun personeel statuut beheerst, te moeten onder-

¹⁴¹. Zie in deze zin: F. MUCCIARELLI, "Company emigration and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited", *European Business Organization Law Review* 2008, (267) 302.

¹⁴². Dat staten concurreren voor de incorporatie van vennootschappen is sinds lang een dominant paradigma in de Amerikaanse vennootschapsliteratuur. Volgens dit paradigma ontlenen staten substantiële voordelen aan het hebben van vennootschapsdomicilies in hun jurisdictie (directe voordelen in de vorm van de zogenaamde "franchise tax" en indirecte uit de verhoogde activiteit in de juridische dienstverlening) waardoor ze bijgevolg hun wetgeving met significante inspanningen aanpassen aan de noden van het vennootschapsleven. Omdat ondernemingen op grond van het deelstatelijk vennootschapsrecht zich principieel kunnen oprichten in elke staat ongeacht waar ze hun activiteiten aan de dag zullen leggen en deze rechtskeuze in beginsel bestendig wordt door de "internal affairs doctrine", bepaalt principieel enkel het recht van de staat waarin het juridisch vennootschapsdomicilie is gelegen, hoe vennootschapsdisputen tussen bestuurders en aandeelhouders worden opgelost. Wegens deze rechtskeuzevrijheid in hoofde van ondernemers/vennootschappen wordt de statelijke competitie voor incorporaties beschouwd als een schoolvoorbeeld van wetgevende competitie. Het bestaan van een dergelijke competitie alsmede de wenselijkheid ervan, heeft reeds veel stof doen opwaaien, doch wordt meer en meer globaal gezien als een mechanisme voor het creëren van min of meer efficiënte wetgeving (zogenaamde "race to the top"). Voor enkele interessante bijdragen in de omvangrijke Amerikaanse rechtsleer die over deze materie is gepubliceerd, wordt verwezen naar: W. CARY, "Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware", *The Yale Law Journal* 1974, 663-705; R. WINTER, "State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation", *The Journal of Legal Studies* 1977, 251-292; R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, Washington, The American Enterprise Institute Press, 1992, 151; C. ALVA, "Delaware and the Market for Corporate Charters: History and Agency", *Delaware Journal of Corporate Law* 1990, 885-920; L. BEBCHUCK, "Federalism and the Corporation: the Desirable Limits on State Competition in Corporate Law", *Harvard Law Review* 1992, 1435-1510; L. BEBCHUK en A. HAMDANI, "Vigorous Race or Leisurely Walk: Reconsidering the Competition over Corporate Charters", *The Yale Law Journal* 2002, 553-615 en M. KAHAN en E. KAMAR, "The Myth of State Competition in Corporate Law", *Stanford Law Review* 2002, 679-749.

Als gevolg van de vestigingsvrijheid en de daaruit resulterende verhoogde rechtskeuzevrijheid worden ook in Europa meer en meer de voor- en nadelen van een wetgevende competitie onderzocht. In de veronderstelling dat lidstaten over voldoende prikkels beschikken om actief startende/bestaande vennootschappen aan te trekken enerzijds en het vennootschapsrecht van de EU-lidstaten genoeg gedifferentieerd is zodat het voor ondernemers/vennootschappen voldoende interessant kan zijn om voor een buitenlandse vennootschapsvorm te opteren anderzijds, openen zich perspectieven voor een dergelijke competitie binnen de Europese Unie. Hierboven werd opgemerkt dat in Europa de eerste concrete tekenen hiervan zich situeren op het gebied van de oprichting van vennootschappen (zie *supra*, voetnoot 115). Een dergelijke geleide competitie zou een valabel alternatief of supplement voor het harmonisatieproces kunnen betekenen nu de praktijk in de Verenigde Staten heeft aangetoond dat Staten vaak elkaars succesvolle wetgeving kopiëren wat aldus resulteert in een toestand van *de facto* harmonisatie. De geïnteresseerde lezer kan onder meer de volgende literatuur hierover raadplegen: L. ENRIQUES, "Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?", in S. BARTMAN (ed.), *European Company Law in Accelerated Progress*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, 59-82; E. KIENINGER, "The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared", *German Law Journal* 2004, 741-770; T. DELVAUX, "La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace? Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés", *Rev. prat. soc.* 2004, 207-273 en S. LOMBARDO, *Regulatory Competition in Company Law in the European Community: Prerequisites and Limits*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, 235.

¹⁴³. Zie p. 29 en 30 van de "Impact assessment" en K. SORENSEN en M. NEVILLE, "Corporate Migration in the European Union. An Analysis of the Proposed 14th EC Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office of a Company from one Member State to another with a Change of Applicable Law", *Columbia Journal of European Law* 2000, (181) 195 e.v.

gaan. Deze vraag naar het recht op een identiteitsbehoudende werkelijke zetelverplaatsing werd vooreerst beantwoord op grond van de bestaande arresten van het Hof van Justitie in deze materie. Hieruit bleek dat het Hof een verschillende houding aanneemt tegenover belemmeringen uitgaande van het oprichtingsland en de lidstaat van ontvangst, doch dat dit in zijn recentere rechtspraak meer en meer onder druk komt te staan. Omdat deze onderscheiden houding een aantal niet te verwaarlozen problemen voor de verdere realisatie van de interne markt met zich mee brengt, werd ervoor gepleit om alle belemmeringen, ongeacht van welke lidstaat ze uitgaan, aan dezelfde proportionaliteitstest te onderwerpen zodat vennootschappen in principe het recht op een intracommunautaire identiteitsbehoudende werkelijke zetelverplaatsing zou toekomen. Ook de advocaat-generaal was klaarblijkelijk deze mening toegedaan wanneer hij concludeerde dat de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag zich verzetten tegen de toepassing van nationale bepalingen die het een naar nationaal recht opgerichte vennootschap onmogelijk maken om haar operationele bestuurscentrum te verplaatsen naar een andere lidstaat. Ondanks dit pleidooi herbevestigde het Hof van Justitie enigszins verrassend zijn *Daily Mail*-beschikking en oordeelde het dat een vennootschap niet het recht heeft om haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap die valt onder het nationaal recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht. Doordat lidstaten beschikken over de exclusieve bevoegdheid om te bepalen welke vennootschappen de hoedanigheid naar hun recht hebben en als dusdanig onder het personeel toepassingsgebied van het vrij vestigingsrecht vallen, houdt het Hof van Justitie voet bij stuk wat de verschillende behandeling van de immigratie- en emigratiesituatie betreft. Op die manier bevestigt het Hof dat de werkelijke zetelleer niet in strijd is met het Gemeenschapsrecht in zoverre zij de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel sanctioneert met het verlies van hoedanigheid naar het recht van het oprichtingsland. Maar, en dit is de innovatie van het arrest *Cartesio*, een dergelijk verlies van hoedanigheid mag niet resulteren in de ontbinding en vereffening van de vennootschap wanneer deze haar zetel naar een andere lidstaat wil verplaatsen met verandering van het toepasselijk nationaal recht enerzijds en het nationaal recht van die laatste lidstaat dit toestaat anderzijds. Met dit *obiter dictum* tracht het Hof de meest draconische gevolgen van de orthodox toegepaste werkelijke zetelleer te ver-

helpen en geeft het een opening naar de nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing.

In het tweede deel werd de gelegenheid te baat genomen om na te gaan of vennootschappen hun statutaire zetel naar een andere lidstaat kunnen verplaatsen met als doel van nationaliteit te veranderen. Omdat de nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing slechts open lijkt te staan voor vennootschappen die hun werkelijke zetel, en in navolging daarvan tevens hun statutaire zetel, verplaatsen naar een lidstaat die ofwel de werkelijke zetelleer op een genuanceerde wijze toepast dan wel de statutaire zetelleer als variant op de incorporatieleer aanhangt, verandert de zaak *Cartesio* niets aan de noodzaak tot aanneming van een Veertiende Vennootschapsrichtlijn. De hierboven geformuleerde argumenten voor de invoering ervan vallen uiteen in twee luiken. Vooreerst zou een dergelijke richtlijn toelaten om de na het arrest *Cartesio* nog bestaande onzekerheden en problemen betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel op te lossen. Immers, indien alle lidstaten verplicht zouden zijn om de omzetting van een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap in een eigen vennootschapsvorm toe te laten, zou een remedie ontstaan tegen de kwalijke gevolgen die de werkelijke zetelleer heeft voor vennootschappen die gedurende hun bestaan hun economisch zwaartepunt naar een andere lidstaat hebben verschoven. Weliswaar worden dergelijke vennootschappen dan in voorkomend geval gedwongen om zich te conformeren naar het dwingend recht van de lidstaat waarin hun zetel komt te liggen, zij zijn dan in elk geval in de positie om hun rechtspersoonlijkheid te behouden. Daarnaast kan, indien de wetgevende competitie op het gebied van het vennootschapsrecht als een waardig alternatief beschouwd wordt om tot een *de facto* harmonisatie te komen, de Veertiende Vennootschapsrichtlijn de daarvoor vereiste vrijheid om het op de vennootschap toepasselijk recht te wijzigen, op een meer rechtszekere en drempelverlagende wijze tot stand brengen. Hiertoe moet enerzijds de mogelijkheid tot nationaliteitswijzigende zetelverplaatsing voor alle vennootschappen opengesteld worden en anderzijds de omzettingsprocedures op elkaar afgestemd worden teneinde vertragingen en overbodige formaliteiten te vermijden. Om die redenen dient het recente initiatief van de Commissie van Juridische Zaken van het Europees Parlement dan ook aangemoedigd te worden en is het aan de Europese Commissie om dringend werk te maken van een officieel voorstel tot Veertiende Vennootschapsrichtlijn¹⁴⁴.

¹⁴⁴ http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/748/748204/748204nl.pdf.