
Het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag als beperking op de leer van de werkelijke zetel (HvJ EG C-208/00, *Überseering*)

Inleiding

Op 5 november 2002 deed het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) uitspraak in zaak 208/00 ('*Überseering*-arrest'). In het *Überseering*-arrest wordt geoordeeld dat onverkorte toepassing van de leer

van de werkelijke zetel een ongerechtvaardigde inbreuk is op het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag. Het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag houdt in dat onderdanen (inclusief rechtspersonen) van de lidstaten zich in een andere lidstaat binnen de Europese Gemeenschap mogen vestigen, zonder dat die laatste lidstaat enige beperking mag opwerpen tegen die vestiging. Naar aanleiding van dit *Überseering*-arrest is in de literatuur de discussie weer opgevlamd over het antwoord op de vraag of er überhaupt nog ruimte bestaat voor toepassing van de leer van de werkelijke zetel.

De feiten

In 1992 had de naar Nederlands recht geldig opgerichte besloten vennootschap *Überseering B.V.* (hierna: *Überseering*) een aannemingsovereenkomst gesloten met *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (hierna: *NCC*). In 1994 was de werkelijke zetel van *Überseering* (onbewust) verplaatst naar Duitsland, nadat haar aandelen aan twee Duitse onderdanen waren overgedragen. In 1996 stelde *Überseering* bij de Duitse rechter een vordering tegen *NCC* in tot vergoeding van geleden schade ter zake de tekortkoming van *NCC* in de nakoming van de aannemingsovereenkomst. Zowel het Landgericht Düsseldorf als – in hoger beroep – het Oberlandesgericht Düsseldorf oordeelde dat *Überseering* niet ontvankelijk was, omdat haar geen rechtsbevoegdheid (en daarmee geen procesbevoegdheid) toekwam naar Duits recht. Naar vaste rechtspraak in Duitsland verliest een in het buitenland rechtsgeldig opgerichte vennootschap namelijk haar rechtspersoonlijkheid indien zij haar werkelijke zetel naar Duitsland verplaatst, tenzij de vennootschap in Duitsland opnieuw wordt opgericht. *Überseering* stelde hoger beroep in bij het Bundesgerichtshof tegen het oordeel van het Oberlandesgericht Düsseldorf. Het Bundesgerichtshof heeft daarop twee prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EG.

Twee prejudiciële vragen

De eerste vraag luidt of het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag zich ertegen verzet dat een vennootschap – opgericht volgens het recht van een lidstaat en die voldoet aan de vereiste mate van binding aan die lidstaat (zij heeft haar statutaire zetel in die lidstaat) – die haar werkelijke bestuurszetel verplaatst naar een andere lidstaat, door die andere lidstaat rechtsbevoegdheid kan worden ontzegd. Voorzover het antwoord op de eerste vraag bevestigend is, luidt de tweede prejudiciële vraag of de rechtsbevoegdheid en de procesbevoegdheid moeten worden beoordeeld naar het recht van de staat waar de vennootschap is opgericht.

De beslissing van het HvJ EG

Het HvJ EG beslist dat:

‘(...) de artikelen 43 EG en 48 EG zich ertegen verzetten dat, wanneer een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht en er haar statutaire zetel heeft, volgens het recht van een andere lidstaat wordt geacht haar werkelijke bestuurszetel naar die staat te hebben verplaatst, laatstbedoelde staat niet de rechtsbevoegdheid van de betrokken vennootschap erkent en dus evenmin haar procesbevoegdheid erkent om voor de nationale rechterlijke instanties van die staat haar aanspraken uit een overeenkomst met een in die staat gevestigde vennootschap geldend te maken. (...) Uit het antwoord op de eerste prejudiciële vraag volgt dat, wanneer een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht en er haar statutaire zetel heeft, haar vrijheid van vestiging in een andere lidstaat uitoefent, laatstbedoelde staat overeenkomstig de artikelen 43 EG en 48 EG de rechtsbevoegdheid en, bijgevolg, de procesbevoegdheid die deze vennootschap aan het recht van de staat van oprichting ontleent, moet erkennen.’

Het HvJ EG splitst zijn beslissing op in de drie hierna volgende onderdelen.

De toepasselijkheid van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging onder het EG-Verdrag (r.o. 52 t/m 77)

In het eerste onderdeel wordt de toepasselijkheid van het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag besproken. NCC stelt dat het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag niet van toepassing is. Er bestaan namelijk geen nadere afspraken tussen Duitsland en Nederland op grond van artikel 293 EG-Verdrag. Op grond van dat artikel kunnen lidstaten afspraken maken over de onderlinge erkenning van vennootschappen en de handhaving van rechtspersoonlijkheid in geval van grensoverschrijdende zetelverplaatsing.

Het HvJ EG oordeelt dat ook indien er geen nadere afspraken tussen de lidstaten bestaan, het fundamentele recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag geldt. Het recht van vrije vestiging mag niet afhankelijk zijn van dergelijke multilaterale overeenkomsten.

Terecht maakt het HvJ EG korte metten met die stelling van NCC. Artikel 293 EG-Verdrag houdt slechts een uitnodiging aan de lidstaten in om met elkaar in onderhandeling te treden indien de doelstellingen van het EG-Verdrag niet op grond van de bepalingen ervan kun-

nen worden verwezenlijkt. Indien dit anders zou zijn, dan zou het gemeenschapsrecht afhankelijk zijn van de afspraken die lidstaten onderling zouden maken.

Het HvJ EG concludeert dat uit de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag rechtstreeks volgt dat de vennootschap die naar het recht van een lidstaat geldig is opgericht en aan de werkingsvoorwaarden voldoet (bijvoorbeeld behoud van de statutaire zetel in het land van oprichting), het recht heeft om in een andere lidstaat activiteiten uit te oefenen. De verschillende mate van binding die vereist wordt door de lidstaten als werkingsvoorwaarde, wordt ook gerespecteerd in artikel 48 EG-Verdrag. De lidstaat waarnaar de vennootschap haar activiteiten verplaatst, moet de vennootschap erkennen. Dit is volgens het HvJ EG een noodzakelijke voorwaarde voor uitoefening van het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag.

Daarnaast gaat het HvJ EG in op zijn arrest van 27 september 1988, zaak C-81/87 (‘Daily Mail-arrest’). Het HvJ EG maakt duidelijk dat de lidstaat van oprichting eisen mag stellen aan de vennootschap voor uitoefening van activiteiten buiten die lidstaat. Het HvJ EG heeft echter nooit bedoeld met het Daily Mail-arrest de mogelijkheid voor de lidstaten te erkennen om daadwerkelijke uitoefening van de vrijheid van vestiging afhankelijk te stellen van de eerbiediging van het vennootschapsrecht van de lidstaten waarnaar de vennootschap zich verplaatst. Zie nader J.N. Schutte Veenstra in *Ondernemingsrecht* 2002, p. 530.

Het bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging onder het EG-Verdrag (r.o. 78 t/m 82)

In het tweede onderdeel onderzoekt het HvJ EG of de weigering van de Duitse rechterlijke instanties om de rechtsbevoegdheid van Überseering te erkennen – vanwege de verplaatsing van haar werkelijke zetel naar Duitsland – een beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt. Het HvJ EG constateert dat indien Überseering naar Duits recht wenst te worden erkend voor haar volgens het Duitse recht geen andere mogelijkheid bestaat dan de vennootschap naar Duits recht opnieuw op te richten. Überseering is echter reeds naar Nederlands recht geldig opgericht en voldoet aan de door Nederland vereiste mate van binding aan Nederland. Nederland stelt geen nadere eisen ter zake van het verplaatsen van de werkelijke zetel uit Nederland.

Het HvJ EG herinnert vervolgens aan het oordeel in het Daily Mail-arrest. Omdat Überseering naar Nederlands recht geldig is opgericht en in Nederland haar statutaire zetel heeft (dus voldoet aan de naar Nederlands recht

vereiste mate van binding aan Nederland), dient Überseering in Duitsland te worden erkend, zodat zij haar recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag in Duitsland kan uitoefenen. De door Duitsland gestelde vereisten, namelijk het opnieuw oprichten van de vennootschap in Duitsland, beperkt dus het recht van vrije vestiging zoals neergelegd in de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag.

De eventuele rechtvaardiging van een beperking op de vrije vestiging onder het EG-Verdrag (r.o. 83 t/m 93)

In het derde onderdeel ten slotte, onderzoekt het HvJ EG of er een rechtvaardigingsgrond onder het gemeenschapsrecht bestaat waarop de inbreuk van Duitsland op het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag is toegelaten. Er zijn drie gronden waarop een rechtvaardiging voor een inbreuk op het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag kan worden gebaseerd, te weten (1) misbruik van recht, (2) art. 46 EG-Verdrag en (3) dwingende reden van algemeen belang.

De Duitse regering voert dwingende redenen van algemeen belang aan die de door Duitsland gemaakte inbreuk op het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag – door toepassing van de leer van de werkelijke zetel – zouden rechtvaardigen. Het HvJ EG oordeelt dat dergelijke redenen, zoals de bescherming van de belangen van schuldeisers, van de minderheidsaandeelhouders en werknemers, maar ook belangen van de fiscus, inderdaad als dwingende redenen van algemeen belang gekwalificeerd kunnen worden en een inbreuk op het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag zouden kunnen rechtvaardigen. Het HvJ EG oordeelt echter ook dat dergelijke dwingende redenen van algemeen belang niet kunnen rechtvaardigen dat van een vennootschap die in een andere lidstaat rechtsgeldig is opgericht en daar haar statutaire zetel heeft, de rechtsbevoegdheid en dus de procesbevoegdheid wordt ontkend. Niet geheel duidelijk wordt of dwingende redenen van algemeen belang nooit een grond kunnen zijn voor een lidstaat om rechts- en procesbevoegdheid van een vennootschap te ontkennen.

Commentaar op het Überseering-arrest

Het Überseering-arrest stelt opnieuw de vraag aan de orde of binnen de Europese Gemeenschap wel plaats is voor de leer van de werkelijke zetel. Deze vraag is reeds uitvoerig aan de orde geweest in het bekende arrest van het HvJ EG van 9 maart 1999, zaak C-212/97 ('Centros-arrest'). Het HvJ EG heeft in het Centros-arrest aangegeven dat een lidstaat geen belemmeringen mag opwerpen bij zetelverplaatsing naar die lidstaat, indien de

betreffende vennootschap naar het recht van het land van oprichting geldig is opgericht en daar haar statutaire zetel heeft. Zie uitgebreid S.M. van den Braak, WPNR (2000) 6402, p. 347-355; H. de Wulf, Ondernemingsrecht 1999, p. 318-324; H.J. de Kluiver, WPNR (1999) 6364, p. 527-528. Het Centros-arrest betrof een geschil tussen twee lidstaten die beide de leer van de statutaire zetel huldigen. Op basis van het Centros-arrest kon reeds worden vermoed dat onder omstandigheden toepassing van de leer van de werkelijke zetel wel eens zou kunnen worden aangemerkt als een inbreuk op het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag.

In het Überseering-arrest is dit komen vast te staan. Op grond van het oprichtingsrecht van een vennootschap moet worden bepaald of grensoverschrijdende zetelverplaatsing mogelijk is zonder verlies van rechtspersoonlijkheid en wat voor een dergelijke zetelverplaatsing de voorwaarden zijn. Dit houdt in dat een lidstaat waarvan het recht bepaalt dat een vennootschap haar werkelijke zetel naar die lidstaat heeft verplaatst niet op basis van zijn eigen recht mag oordelen of grensoverschrijdende zetelverplaatsing mogelijk is zonder verlies van rechtspersoonlijkheid.

Conclusie

Een vennootschap is een fictie en ontleent haar bestaansgrond aan de wetgeving die de oprichting en werkingsvoorwaarden bepaalt van die vennootschap. Die wetgeving zal een bepaalde mate van binding aan haar rechtsorde eisen. Indien aan de bestaansvoorwaarden van een lidstaat wordt (en blijft) voldaan, dan is daarmee haar vrijheid om zich te vestigen in andere lidstaten binnen de Europese Gemeenschap gegeven. Nadere eisen, door een lidstaat waar de vennootschap zich wil vestigen, mogen in beginsel niet worden gesteld. In het Überseering-arrest wordt geëxpliciteerd wat naar aanleiding van eerdere jurisprudentie de pennen al in beweging bracht. Het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag beperkt de leer van de werkelijke zetel. Onverkorte toepassing van de leer van de werkelijke zetel is níét mogelijk zonder een inbreuk te maken op het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag.

Op het recht van vrije vestiging onder het EG-Verdrag mogen beperkingen worden gemaakt. Een beperking op basis van dwingende reden van algemeen belang zal gerechtvaardigd kunnen zijn. De beperking wegens dwingende redenen van algemeen belang teneinde de belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers, maar ook belangen van de fiscus te beschermen, mag echter niet zover gaan dat de rechts-

bevoegdheid van een vennootschap wordt ontkend. Toepassing van de leer van de werkelijke zetel binnen de Europese Gemeenschap mag dus niet tot gevolg hebben dat de rechtsbevoegdheid en daarmee de procesbevoegdheid van de vennootschap wordt ontkend. De vraag rijst wat dan nog overblijft van de leer van de werkelijke zetel en, of wat dan overblijft de bestaansgrond van de leer van de werkelijke zetel rechtvaardigt.

*Mr. M. Groeneveld
Allen & Overy*