

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 4 december 2001¹

Inleiding

1. De onderhavige prejudiciële verwijzing geeft het Hof de gelegenheid de betekenis te verduidelijken van het arrest Centros van 9 maart 1999² en in algemene zin te bepalen in welke mate het gemeenschapsrecht van invloed is op de definitie van de rechtsvorm van rechtspersonen.

Deze controverse heeft aanleiding gegeven tot een breed debat in de Europese en, in het bijzonder, in de Duitse rechtsleer.³

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — C-212/97, Jurispr. blz. I-1459.

3 — Zie onder meer Behrens, P.: „Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH“, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1999, deel 5, blz. 323; Ebke, F.: „Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH“, *Juristenzeitung*, 1999, deel 13, blz. 656; Roth, W.-H.: „Gründungstheorie, ist der Damm gebrochen?“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, deel 21, blz. 861; Sandrock, O.: „Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie“, *Betriebsberater*, 1999, deel 26, blz. 1337; Steindorff, E. O.: „Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung“, *Juristenzeitung*, 1999, deel 23, blz. 1140; Wouters, J.: „Private International Law and Companies' Freedom of Establishment“, *European Business Organization Law Review*, 2001, deel 2, blz. 101, en Zimmer, D.: „Mysterium ‚Centros‘: von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes“, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, deel 1, blz. 23.

2. In de processtukken van het hoofdgeding wordt het probleem aan de orde gesteld van een wettelijke regeling die het een in een lidstaat rechtsgeldig opgerichte vennootschap, die zetelt en haar activiteiten uitoefent op communautair grondgebied — en die zich daarom kan beroepen op het recht van vrije vestiging zoals in het Verdrag neergelegd —, verbiedt haar rechten te doen gelden voor de gerechtelijke instanties van een andere lidstaat, waar zij haar werkelijke zetel heeft.⁴

3. Het komt er in wezen op neer te achterhalen of — en in welke mate — het gemeenschapsrecht rechtstreeks van invloed is op de organisatie van de nationale voorschriften van internationaal privaatrecht met betrekking tot het personeel statuut van vennootschappen.

Feiten en procedure in het hoofdgeding

4. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeschikking, kunnen de feiten en de procedure in

4 — Vanaf nu zal ik begrippen als „feitelijke zetel“, „werkelijke bestuurszetel“ of „hoofdkantoor“ als synoniemen gebruiken. Ik verwijs dan in ieder geval naar de plaats waar de vennootschap haar activiteiten ontwikkelt en waar een groot deel van de transacties met derden worden gesloten (zie Kegel, G., *Internationales Privatrecht*, München 1995, Beck, blz. 416).

het hoofdgeding als volgt worden samengevat.

5. Verzoekster, Überseering BV (hierna: „Überseering”), is sinds 1990 in het Handelsregister voor Amsterdam en Haarlem ingeschreven als „Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid” (BV)⁵. Uit het Duitse kadaster blijkt dat zij eigenaar is van een perceel te Düsseldorf, waarop een groot garagegebouw en een motel staan.

6. Bij aannemingsovereenkomst van 27 november 1992 verbond verweerster, NCC Nordic Construction Company Bau-management GmbH (hierna: „NCC”), een in Duitsland gevestigde vennootschap, zich jegens verzoekster tot de renovatie van deze twee gebouwen. Die werkzaamheden werden voltooid, maar verzoekster stelde dat het schilderwerk gebreken vertoonde. In 1995 maande zij verweerster zonder succes aan tot herstel van deze gebreken.

7. Op 1 januari 1995 verwierven twee private personen alle aandelen in verzoekster. Blijkens de feitelijke vaststellingen van het Oberlandesgericht Düsseldorf, de appelrechter, heeft de vennootschap sinds deze verwerving haar feitelijke bestuurszetel te Düsseldorf.

8. In 1996 stelde Überseering tegen NCC een vordering in tot betaling van 1 163 657,77 DEM, vermeerderd met rente, ter vergoeding van de kosten van het herstel van de gebreken en de daardoor ontstane schade. Het Landgericht verklaarde deze vordering niet-ontvankelijk. Het Oberlandesgericht verwierp het hoger beroep, omdat verzoekster, als vennootschap naar Nederlands recht, naar zijn oordeel in Duitsland niet bevoegd was in rechte op te treden. Krachtens § 50 van de Zivilprozessordnung (Duits wetboek van burgerlijke rechtsvordering; hierna: „ZPO”) is hij die rechtsbevoegd is, bevoegd om in rechte op te treden. Deze rechtsbevoegdheid moet in het geval van een vennootschap worden beoordeeld aan de hand van het personeel statuut, dat wordt beheerst door het recht van de staat waar zij haar hoofdbestuurszetel heeft. Dit geldt ook wanneer een in Nederland rechtsgeldig opgerichte vennootschap haar zetel naar de Bondsrepubliek Duitsland verplaatst.

9. Verzoekster stelde tegen deze uitspraak beroep in Revision in, waarbij zij haar schadevordering handhaafde.

Het toepasselijke nationale recht

10. Volgens het Duitse burgerlijk procesrecht moet niet-ontvankelijk worden verklaard het beroep van een persoon die bij gebreke van procesbevoegdheid geen

⁵ — Voetnoot niet relevant voor het Nederlands.

hoofdpartij (eiser of gedaagde) of nevenpartij (interveniënt) kan zijn in een proces. Overeenkomstig § 50, lid 1, ZPO is hij die rechtsbevoegd is, bevoegd om in rechte op te treden. Dit geldt ook voor vennootschappen. Bijgevolg hangt naar Duits recht de procesbevoegdheid af van de rechtsbevoegdheid, dat wil zeggen de bevoegdheid om drager van rechten en verplichtingen te zijn.

11. Volgens vaste rechtspraak van het Bundesgerichtshof moet de vraag of een vennootschap rechtsbevoegdheid heeft, worden beantwoord aan de hand van het recht van de plaats waar de werkelijke bestuurszetel is gevestigd (de zogenoemde „Sitztheorie” of zeteltheorie). Dit geldt ook wanneer een vennootschap in een andere staat rechtsgeldig is opgericht en vervolgens haar werkelijke bestuurszetel naar de Bondsrepubliek overbrengt. De bij oprichting verworven rechtsbevoegdheid blijft niet zonder meer in Duitsland behouden, maar hangt af van de vraag of de vennootschap volgens het recht van de staat van oprichting wordt voortgezet en of zij ook krachtens het Duitse recht rechtsbevoegd is. Dit standpunt wordt door de heersende rechtsleer in Duitsland gedeeld.

12. Aanknoping bij de werkelijke bestuurszetel impliceert, dat een in het buitenland rechtsgeldig opgerichte vennootschap met

een aanvankelijk in Duitsland erkende rechtsbevoegdheid, deze bevoegdheid verliest wanneer zij haar vaste bestuurszetel naar Duitsland verplaatst. Voorzover zij onder de Duitse rechtsorde valt, kan zij geen draagster van rechten of verplichtingen en geen partij in gerechtelijke procedures zijn. Om aan het rechtsverkeer te kunnen deelnemen, moet zij worden ontbonden en dient heroprichting plaats te vinden op een wijze die rechtsbevoegdheid naar Duits recht met zich brengt.⁶

13. Het Bundesgerichtshof erkent echter zelf dat zijn rechtspraak omstreden is in de Duitse rechtsleer. Er kunnen hoofdzakelijk twee stellingen worden onderscheiden:

Volgens de eerste stelling moeten de rechtsbetrekkingen van een vennootschap, en dus ook haar rechtsbevoegdheid, worden bepaald door het recht van de staat waarin zij is opgericht (oprichtingstheorie). Deze aanknoping biedt het voordeel van grotere nauwkeurigheid en bestendigheid, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt. Bovendien wordt hiermee de grensoverschrijdende mobiliteit bevorderd.

Volgens andere auteurs moeten de rechtsbetrekkingen van een vennootschap niet op basis van één rechtsorde worden beoor-

6 — Onduidelijk is of de betrokken vennootschap zich zou kunnen beperken tot een transformatie in plaats van overgaan tot heroprichting.

deeld, maar aan de hand van diverse criteria. Zo worden kwesties betreffende het bestaan en de rechtsbevoegdheid van een vennootschap alsook de rechtsverhouding van de vennoten onderling („interne betrekkingen”) bepaald door het recht van de staat van oprichting, en de werkzaamheid van de vennootschap en de bescherming van haar schuldeisers („externe betrekkingen”) door het recht van de staat waarin zij haar zetel heeft.

fende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”

„Artikel 48 EG

Het toepasselijke gemeenschapsrecht

14. Het hoofdgeding roept bovenal vragen op over de uitlegging van de artikelen 43 EG en 48 EG juncto artikel 293, derde streepje, EG.

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

„Artikel 43 EG

In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.”

„Artikel 293 EG

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betref-

De lidstaten treden, voorzover nodig, met elkaar in onderhandeling ter verzekering, voor hun onderdanen, van

[...]

Daarom heeft de verwijzende rechter besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

- de onderlinge erkenning van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, de handhaving van de rechtspersoonlijkheid in geval van verplaatsing van de zetel van het ene land naar het andere en de mogelijkheid tot fusie van vennootschappen die onder verschillende nationale wetgevingen ressorteren,

„1) Moeten de artikelen 43 EG en 48 EG aldus worden uitgelegd, dat het in strijd is met de vrijheid van vestiging van vennootschappen, wanneer de rechtsbevoegdheid en de procesbevoegdheid van een vennootschap die rechtsgeldig is opgericht volgens het recht van een lidstaat, worden beoordeeld op basis van het recht van een andere staat, waarnaar die vennootschap haar werkelijke bestuurszetel heeft verplaatst, en zij volgens dat recht haar aanspraken uit een overeenkomst aldaar niet meer voor de rechter geldend kan maken?

[...].”

2) Ingeval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

De prejudiciële vragen

Gebiedt de vrijheid van vestiging voor vennootschappen (artikelen 43 EG en 48 EG) dat de rechtsbevoegdheid en de procesbevoegdheid worden beoordeeld op basis van het recht van de staat waar de vennootschap is opgericht?”

15. Volgens het Bundesgerichtshof kan uit de rechtspraak van het Hof niet duidelijk worden afgeleid of in het geval van een grensoverschrijdende verplaatsing van de zetel van een onderneming de door de artikelen 43 EG en 48 EG gewaarborgde vrijheid van vestiging zich verzet tegen aanknoping bij de werkelijke bestuurszetel teneinde het personeel statuut te bepalen.

Procedure voor het Hof

16. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingekomen bij de griffie van het Hof op 25 mei 2000.

17. Behalve de partijen in het hoofdgeding hebben ook de Duitse en de Spaanse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Commissie en de Toezicht houdende Autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) mondelinge en schriftelijke opmerkingen ingediend. De Italiaanse regering heeft alleen schriftelijke opmerkingen ingediend, en de Nederlandse regering heeft enkel deelgenomen aan de mondelinge behandeling op de ochtend van 16 oktober 2001.

18. Volgens verzoekster, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Nederlandse regering en de Commissie moeten beide vragen, en volgens de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA alleen de eerste vraag, bevestigend worden beantwoord. Verweerster en de overige partijen die opmerkingen hebben ingediend, zijn de tegenovergestelde mening toegedaan.

Analyse van de prejudiciële vragen

19. Allereerst moet het jurisprudentiële kader worden bepaald waarbinnen de door het Bundesgerichtshof gestelde vragen zich bewegen. Zijn de algemeen toepasselijke beginselen eenmaal vastgesteld, moet worden onderzocht hoe deze op de onderhavige zaak kunnen worden toegepast.

De afbakening van de toepasselijke criteria uit de rechtspraak

20. De partijen hebben hun opmerkingen mijns inziens terecht geconcentreerd op het arrest Daily Mail and General Trust PLC van 27 september 1988⁷ en het voormelde arrest Centros.

21. De zaak Daily Mail had een bijzondere juridische achtergrond. Het Engelse handelsrecht dat gold ten tijde van de feiten, voorzag erin dat een naar Brits recht opgerichte vennootschap met statutaire zetel („registered office”) in het Verenigd Koninkrijk, haar centrale bestuurszetel kon verplaatsen naar een ander land zonder haar nationaliteit te verliezen.

Ondernemingen die hun bestuurszetel („residence”) op Brits grondgebied hadden, waren onderworpen aan vennootschapsbelasting. De fiscale wetgeving verbood daarom vennootschappen met fiscale vestiging in het Verenigd Koninkrijk, zonder voorafgaande toestemming van de minister van Financiën hun bestuurszetel naar het buitenland te verplaatsen.

22. Met het oog op een belangrijke herstructurering wilde Daily Mail haar

⁷ — 81/87, Jurispr. blz. 5483 (hierna: „arrest Daily Mail”).

bestuurszetel naar Nederland verplaatsen om substantiële fiscale voordelen te verkrijgen; zij vroeg tevergeefs om de vereiste toestemming.

In het kader van de zaak die naar aanleiding van deze weigering aanhangig werd gemaakt, werd de prejudiciële vraag gesteld. Het Hof oordeelde dat de huidige artikelen 43 EG en 48 EG, bij de toenmalige stand van het gemeenschapsrecht, aan een vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van een lidstaat en in die lidstaat haar statutaire zetel heeft, niet het recht geven haar centrale bestuurszetel naar een andere lidstaat te verplaatsen.

23. Het Hof kwam tot deze conclusie door in aanmerking te nemen dat de vrijheid van vestiging eraan in de weg staat dat de lidstaat van oorsprong de vestiging van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap in een andere lidstaat bemoeilijkt.⁸ Bovendien was het van oordeel dat vennootschappen, anders dan natuurlijke personen, hun bestaan aan de wet ontleen en enkel bestaan krachtens de verschillende nationale wetgevingen, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepalen.⁹

24. Na te hebben vastgesteld dat er, ondanks de uitdrukkelijke uitnodiging daartoe in het huidige artikel 293 EG, geen enkele communautaire bepaling ter zake was vastgesteld, verklaarde het Hof dat de

verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot de vereiste aanknopng van hun vennootschappen (statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging) en de vraag of, en zo ja hoe, de statutaire of werkelijke zetel van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, in het Verdrag worden beschouwd als vraagstukken waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden, en die in toekomstige wetgeving of overeenkomsten moeten worden geregeld.¹⁰

25. Wat het Hof hier heeft verklaard, is zeer duidelijk en onvoorwaardelijk. Komt daarin de huidige stand van de rechtspraak tot uitdrukking, dan zou de eerste prejudiciële vraag waarschijnlijk ontkennend moeten worden beantwoord.¹¹

26. Verscheidene partijen, waaronder de Commissie, zijn echter van mening dat hetgeen het Hof in het arrest *Daily Mail* heeft verklaard, voor de onderhavige zaak minder relevant is. Op basis van de feiten in die zaak en het beginsel van verdergaande bescherming van de vrijheid van vestiging door de lidstaat van ontvangst, stellen zij dat het arrest niet meer inhoudt dan dat daarin enkel wordt erkend dat het de exclusieve bevoegdheid van de lidstaat van oorsprong is om bepalingen inzake de oprichting en het bestaan rechtens van vennootschappen vast te stellen, in overeenstemming met de toepasselijke collisionregels.

⁸ — Arrest *Daily Mail*, punt 16.

⁹ — *Ibidem*, punt 19.

¹⁰ — *Ibidem*, punt 23.

¹¹ — In die zin *Behrens, P.*, op. cit., blz. 323.

Dit is een eigenwillige, maar onjuiste interpretatie: uit het arrest kan een verschil in beschermingsintensiteit, naargelang het de staat van oorsprong of die van ontvangst is die de bescherming verleent, niet worden afgeleid, en evenmin blijkt uit punt 23 van het arrest dat daarin enkel een bepaalde exclusieve wetgevende bevoegdheid werd erkend.

Uit punt 23 blijkt eerder het tegendeel: de communautaire regels inzake de vrijheid van vestiging zijn (of waren in die tijd) niet van invloed op de bevoegdheid van de lidstaten om de criteria te definiëren ter bepaling van het statuut van rechtspersonen of in verband met de kwestie betreffende de verplaatsing van de statutaire of werkelijke zetel van een lidstaat naar een andere.

27. Het arrest Daily Mail was echter enkel geldig „bij de [toenmalige] stand van het gemeenschapsrecht”. Dit voorbehoud brengt de bezorgdheid over de verschillen in regelgeving tot uitdrukking, waarvan de wetgever toentertijd heeft blijk gegeven in het huidige artikel 293 EG, waarin de lidstaten worden uitgenodigd om deze verschillen „voorzover nodig” terug te dringen.

28. Er moet dus worden onderzocht of zich sindsdien in de rechtssituatie substantiële wijzigingen hebben voorgedaan die een nieuwe beoordeling rechtvaardigen.

29. Ik ben het met alle partijen eens die hebben gesteld dat de vooruitgang bij de harmonisatie van de wettelijke regelingen inzake vennootschapsrecht geen invloed heeft gehad op de problematiek betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire of werkelijke zetel van een rechtspersoon. Er heeft zich dus geen relevante ontwikkeling in de wetgeving voorgedaan.

30. Dit geldt echter niet voor de rechtspraak. Ook op dit punt zijn de partijen het met elkaar eens, zij het dat niet alle dezelfde gevolgtrekkingen maken uit de gesignaleerde veranderingen.

31. Er wordt hoofdzakelijk verwezen naar het reeds genoemde arrest Centros van 9 maart 1999.

Daarin stond de vraag centraal of het verenigbaar is met de regels met betrekking tot de vrijheid van vestiging dat de inschrijving in het handelsregister van een lidstaat wordt geweigerd van een filiaal van een communautaire buitenlandse vennootschap die rechtsgeldig is opgericht naar het recht van een andere lidstaat, wanneer het filiaal wordt gevestigd met de bedoeling dat de betrokken vennootschap haar volledige activiteit kan ontplooiën in de staat waar dit filiaal wordt opgericht. De Deense verwijzende rechter was bovendien van mening dat die methode gebruikt werd om te ontkomen aan de strengere verplichtingen die gelden voor de oprichting van vennootschappen in Denemarken.

32. Het Hof redeneerde in drie opeenvolgende stappen, waarbij het van meet aan een onderscheid maakte tussen (a) de toepassing van de regels inzake de vrijheid van vestiging en (b) de maatregelen die een lidstaat kan nemen om tegen te gaan dat bepaalde nationale regels met gebruikmaking van de mogelijkheden van het Verdrag worden ontdoken (voorkomen van rechtsmisbruik), en het voegde er (c) enkele overwegingen aan toe betreffende de relevantie van de door de Deense autoriteiten aangevoerde redenen (dwingende redenen van algemeen belang).

33. Allereerst ging het Hof na of er sprake was van een belemmering van deze fundamentele vrijheid van vestiging.

Het bevestigde dit door eraan te herinneren dat het recht van vrije vestiging zich uitstrekt tot vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben (primaire vestiging), waaruit kan worden afgeleid dat deze vennootschappen het recht hebben om in een andere lidstaat hun activiteit uit te oefenen door middel van een agentschap, filiaal of dochtervennootschap (nevenvestiging), aangezien hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen,

dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een lidstaat.¹²

Vervolgens verwierp het Hof de opvatting dat de weigering van inschrijving van het filiaal een maatregel kon zijn om misbruik van het recht van vestiging in de zin van het arrest Van Binsbergen¹³ te verhinderen. Het Hof oordeelde juist dat het recht om een vennootschap op te richten in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat waar de regels van vennootschapsrecht minder beperkingen opleggen, en filialen te vestigen in andere lidstaten, inherent is aan de uitoefening, binnen een gemeenschappelijke markt, van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging.¹⁴

Ten slotte stond het Hof stil bij de vraag of de betrokken nationale praktijk om dwingende redenen van algemeen belang kon worden gerechtvaardigd. De Deense autoriteiten hadden daartoe twee redenen aangevoerd: de bescherming van niet-contractuele openbare schuldeisers (zoals de fiscus of de sociale zekerheid) en de algemene bescherming van de schuldeisers door het vereiste van een minimumbedrag aan oor-

12 — Arrest Centros, reeds aangehaald, punten 19 en 20. In diezelfde zaak leidde advocaat-generaal La Pergola uit de huidige artikelen 43 EG en 48 EG het recht af een vennootschap overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat op te richten om werkzaam te zijn in die staat of, *op dezelfde voet, in enige andere lidstaat*. Met andere woorden, de nieuw opgerichte vennootschap heeft het recht zich te vestigen — *in de vorm van een hoofdvestiging* en eventueel ook van een nevenvestiging — daar waar zij wenst binnen de Gemeenschap (conclusie van 16 juli 1998, Jurispr. 1999, blz. I-1461, punt 20). Het is niet verrassend dat de advocaat-generaal zelf toegaf voorstander te zijn van de toepassing van de „Cassis de Dijon“-leer inzake de wederzijdse erkenning op het gebied van de mobiliteit van vennootschappen (ibidem, punt 20).

13 — Arrest van 3 december 1974 (33/74, Jurispr. blz. 1299, punt 13).

14 — Arrest Centros, punt 27.

spronkelijk maatschappelijk kapitaal. Het Hof herinnerde aan de in het arrest Gebhard van 30 november 1995¹⁵ uiteenzette voorwaarden die van toepassing zijn op dit soort beperkende maatregelen en oordeelde dat aan die voorwaarden niet werd voldaan.¹⁶

34. Het betoog in het arrest Centros is van een genoeglijke eenvoud. Het past in de eigen bewoordingen de bepalingen van de artikelen 43 EG en 48 EG toe. Deze houding komt overeen met de traditionele uitlegging van de fundamentele vrijheden van het Verdrag die, na de overgangperiode, rechtstreeks of onmiddellijk van toepassing zijn.

Wat betreft het arrest Centros wil ik op de twee volgende elementen wijzen: een omis-sie en een vermelding.

35. Het is opmerkelijk dat het arrest geen verwijzing bevat naar artikel 293 EG en

naar het arrest Daily Mail dat op dat artikel geïnspireerd is. Zelfs de advocaat-generaal noemde het niet in zijn conclusie, en uit niets blijkt dat de partijen dat in hun opmerkingen wel gedaan hebben.

36. Een eerste logische verklaring is dat het in de zaak Centros ging om de opening van een *filiaal* en niet om de verplaatsing van de *statutaire zetel*. Dit standpunt is echter overdreven formalistisch, omdat daarmee voorbij wordt gegaan aan het feit dat onder zetel niet alleen de statutaire zetel kan worden verstaan, maar ook de plaats waar het werkelijke bestuur wordt uitgeoefend, en er zonder duidelijke reden onderscheid zou worden gemaakt tussen een recht op hoofdvestiging, waarvoor strikte voorwaarden gelden, en een praktisch onge-limiteerd recht op nevenvestiging.¹⁷ Bovendien kon het Hof niet ontgaan dat de toekenning van een dergelijk uitgebreide vrijheid om filialen te creëren (die eigenlijk weinig van doen hebben met echte filialen in de gebruikelijke zin van het woord, aangezien zij het volledige vermogen van een vennootschap in zich kunnen herbergen)¹⁸, de mogelijkheid zou geven de wetgeving op het gebied van de grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire of werkelijke zetel van een vennootschap te omzeilen, die bij gebreke van harmonisatie

15 — C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37, volgens hetwelk nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

16 — De nationale praktijk kon in algemene zin niet gerechtvaardigd worden door de doelstelling van bescherming van de schuldeisers, daar, indien Centros een activiteit in het Verenigd Koninkrijk had ontplooid, haar filiaal in Denemarken zou zijn ingeschreven, zonder dat de positie van de Deense schuldeisers daardoor zou zijn verbeterd. Bovendien deed Centros zich voor als een vennootschap naar Engels recht en niet als een vennootschap naar Deens recht. Met betrekking tot de openbare schuldeisers had een minder ingrijpende maatregel dan de weigering van inschrijving getroffen kunnen worden door hun de mogelijkheid te bieden, zich de nodige zekerheden te verschaffen. Niets weerhield ten slotte de Deense autoriteiten ervan passende maatregelen te treffen ter bestrijding of bestraf-fing van fraude (arrest Centros, punten 34-38).

17 — Het is waar dat de uitoefening van de vrijheid van hoofdvestiging meer gevolgen heeft voor de lidstaten dan de uitoefening van de vrijheid van nevenvestiging, aangezien de werkelijke of statutaire zetel het aanknopings-element vormt voor de toepassing van de fiscale regelgeving of van administratief toezicht. Zie in die zin Zimmer, D., op. cit., blz. 33, en, hoewel kritischer, Steindorff, E., op. cit., blz. 1141. Deze beschouwingen zijn echter niet in de arresten terug te vinden en volgen evenmin uit het Verdrag.

18 — Aldus Freitag, R., „Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, deel 9, blz. 267, en meer in het bijzonder blz. 268.

onder de bevoegdheden van de lidstaten valt.¹⁹ Het voorstel van de Deense autoriteiten om het recht van vestiging niet toe te kennen in gevallen waarin uitsluitend geprobeerd wordt een bepaalde wetgeving te omzeilen, had het Hof ertoe moeten aanzetten deze mogelijke vorm van omzeiling van zijn eigen rechtspraak in het arrest Daily Mail te onderzoeken. Het Hof ging echter uit van de stelling dat Centros in overeenstemming met het gemeenschapsrecht een nevenvestiging wilde oprichten.²⁰

37. De tweede verklaring is dat de verschillen tussen de feiten in de respectievelijke hoofdgedingen moesten worden benadrukt. Zo zouden de voorwaarden van het arrest Daily Mail alleen maar gelden met betrekking tot de bevoegdheid van de staat van *oorsprong* om de vrijheid van vestiging te beperken van vennootschappen die naar het recht van die staat zijn opgericht, en zou het in het arrest Centros gaan om de belemmeringen waarin de staat van *ontvangst* zou kunnen voorzien. Anders gezegd, in het eerste geval zou het dus gaan om een fiscaalrechtelijke, en in het tweede geval om een vennootschapsrechtelijke controverse. Mijns inziens is het kunstmatig om aan de hand van deze verschillen verscheidene jurisprudentiële oplossingen te rechtvaardigen. Bovendien vinden zij geen enkele steun in de bewoordingen van de arresten.

¹⁹ — Zie arrest Daily Mail, punt 23.

²⁰ — Deze omissie zou kunnen worden toegeschreven aan het feit dat de gemeenschapsrechter veronderstelt dat er geen systematisch verschil bestaat tussen hoofd- en nevenvestigingen met betrekking tot de vrijheid van vestiging. Zie in die zin Behrens, P., op. cit., blz. 327.

38. De derde mogelijke verklaring is dat het arrest Centros verder gaat dan het arrest Daily Mail, althans wat de praktische juridische gevolgen betreft: voor een vennootschap die haar werkelijke bestuurszetel wil vestigen in een andere lidstaat, volstond het de inschrijving van een filiaal aan te vragen. De postulaten in het arrest Daily Mail zouden er dan enkel toe dienen te voorkomen dat de staat van oorsprong, naar het recht waarvan de vennootschap is opgericht, een zekere controle zou verliezen over deze juridische entiteit, die slechts een door dit recht gecreëerde fictie blijft. De controle zou bijvoorbeeld de bepaling van het aanknopingspunt voor de belastingplicht kunnen omvatten, zoals in het geval van Daily Mail, of in het algemeen voor de uitoefening van administratief toezicht.

Ik erken dat deze uitlegging ertoe noopt, enkele zeer ruim geformuleerde stellingen in dat arrest, in het bijzonder in punt 23 daarvan, buiten beschouwing te laten.²¹

39. Mijns inziens gaat het eerder erom dat arrest *aan te vullen*: de kwesties met betrekking tot de definitie van de bepalende vennootschapsrechtelijke aanknopingspunt, als ook de problemen die voortkomen uit de grensoverschrijdende verplaatsing van de zetel van een vennootschap, werden en worden — bij gebreke van harmonisatie — geregeld in het recht van de lidstaten, die

²¹ — Zie punt 24 supra.

echter wel *het materiële gemeenschapsrecht zullen moeten respecteren.*²²

40. Vanuit dit standpunt bezien heeft het Europese recht nog steeds geen directe invloed op de bevoegdheid van de lidstaten om de collisioneregels naar eigen goeddunken vast te stellen, en kan het alleen maar verlangen dat zijn beginselen worden nageleefd.

41. De significante vermelding in het arrest *Centros* is de introductie, op het gebied van de vrijheid van vestiging van vennootschappen, van algemene criteria voor de beoordeling van de verenigbaarheid met de verdragsregels van de beperkingen van een fundamentele vrijheid, die het Hof uiteenzette in het arrest *Kraus* van 31 maart 1993²³, en concretiseerde in het reeds aangehaalde arrest *Gebhard*.

42. Voor een dergelijke analyse moet worden erkend dat de regels inzake de vrije vestiging met betrekking tot de mobiliteit van vennootschappen onmiddellijk van toepassing zijn, hetgeen op zijn beurt betekent dat er afstand wordt gedaan van het voorbehoud in artikel 293 EG, of dat dit voorbehoud in ieder geval gerelativeerd wordt.²⁴

Dit is een juiste optie vanuit de visie van een dynamische Europese integratie die steun vindt in de formulering van de bepaling. In tegenstelling tot artikel 295 EG („Dit Verdrag laat [...] onverlet”), dat — zonder enige twijfel — de regeling betreffende het eigendomsrecht van de productiemiddelen uitsluit van de toepassing van het Verdrag²⁵, omvat artikel 293 EG slechts een uitnodiging aan de lidstaten tot onderhandeling, en bovendien enkel „voorzover nodig”. Artikel 293 EG is dus niet vergelijkbaar met een werkelijke voorbehouden wetgevende bevoegdheid. Het lijkt meer op een tot de lidstaten gerichte vermaning om de onvermijdelijke problemen uit de weg ruimen die ontstaan door de verschillende wetgevingen op het gebied van wederzijdse erkenning van de vennootschappen, van behoud van rechtspersoonlijkheid ingeval van grensoverschrijdende zetelverplaatsing en van fusies. Als dergelijke vermaning kan het niet in de weg staan aan de mogelijkheid dat een van de fundamentele vrijheden werking ontplooit.

43. Ik ben dus van mening dat het bestaande jurisprudentiële kader het mogelijk maakt de verenigbaarheid met het Verdrag te onderzoeken van de restricties die tot doel of gevolg hebben dat de uitoefening van de vrijheid van vestiging door rechtspersonen die door artikel 48 EG beschermd worden, wordt ingeperkt, in overeenstemming met de algemene richtsnoeren die het Hof heeft gedefinieerd, te weten dat die restricties als zodanig niet discriminerend mogen zijn, dat zij om dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd moeten zijn, en dat zij

22 — Zie in die zin *Wouters, J.*, op. cit., blz. 122 en volgende.

23 — C-19/92, *Jurispr. blz. I-1663*, punt 34.

24 — Zoals reeds — zij het vluchtig — vermeld in arrest van 10 juli 1986, *Segers (79/85)*, *Jurispr. blz. 2375*, punt 16).

25 — Zie mijn conclusie in de zaken *Commissie/Portugal (C-367/98)*, *Commissie/Frankrijk (C-483/99)* en *Commissie/België (C-503/99)*, punten 39 en volgende (*Jurispr. 2002*, blz. I-4731, I-4733).

passend en evenredig moeten zijn om het beoogde doel te bereiken.

Zoals ook het geval is bij andere rechtsdisciplines, mag een dergelijke — strikt communautaire — analyse niet ernaar streven het betrokken nationale recht, in het bijzonder het internationaal privaatrecht, vorm te geven. De betrokken nationale regeling moet overeenkomstig het communautaire recht worden uitgelegd of, in andere gevallen, voldoen aan de criteria die gelden voor de rechtvaardiging van de noodzakelijke beperkingen om dwingende redenen van algemeen belang.

Onderzoek van de eerste prejudiciële vraag

44. Met zijn eerste vraag — veel beperkter in reikwijdte dan de tweede — wil het Bundesgerichtshof in wezen vernemen of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen een nationale regeling die het een naar het recht van een lidstaat rechtsgeldig opgerichte vennootschap verbiedt haar aanspraken uit een overeenkomst geldend te maken voor de rechter van een andere lidstaat, omdat zij in laatsbedoelde lidstaat haar werkelijke bestuurszetel heeft.

45. Deze ontzegging van de bevoegdheid om in rechte op te treden kan volgens het Bundesgerichtshof worden verklaard door het feit dat de rechtsbevoegdheid en de procesbevoegdheid van de vennootschap worden beoordeeld overeenkomstig het

recht van de lidstaat waarin zij haar werkelijke bestuurszetel heeft en op grond van dat recht die bevoegdheid moet worden ontzegd wanneer deze buitenlandse vennootschapsvorm onbekend is. De betrokken vennootschap zou niets anders resten dan zich te ontbinden en over te gaan tot heroprichting overeenkomstig het recht van de staat van ontvangst.

46. Naar mijn mening verdient het echter de voorkeur vast te houden aan de meest objectieve verwoording van het voorgelegde probleem om een uitspraak te vermijden over een materie waarvan de uitlegging een zaak van het nationale recht is: naar Duits recht zijn buitenlandse vennootschappen waarvan de werkelijke zetel zich overeenkomstig dat recht op Duits grondgebied bevindt, niet bevoegd om in rechte op te treden.

Eenzijds denk ik namelijk niet dat de Duitse regels gemakkelijk overeind zullen blijven bij een eventuele autonome gemeenschapsrechtelijke uitlegging van de begrippen rechtsbevoegdheid of procesbevoegdheid, want terwijl een vennootschap waarvan de feitelijke zetel zich niet bevindt in de staat van oprichting, de bevoegdheid wordt onthouden om als verzoekster op te treden, wordt haar voor dezelfde gevallen wel de bevoegdheid toegekend om als verweerster op te treden, zoals Überseering ter terechtzitting verklaard heeft.²⁶ Bovendien geeft

26 — Überseering heeft verklaard, zonder dat dit is betwist, dat het Landgericht Düsseldorf haar in een andere procedure veroordeeld heeft tot betaling van de honoraria van de bij de renovatie betrokken architecten, met conservatoir beslag op de onroerende zaken die verzoekster in het hoofdgeding in Duitsland bezit.

de verwijzende rechter, die de rechtsbevoegdheid in de verwijzingsbeschikking definieert als de bevoegdheid om drager van rechten en verplichtingen te zijn, toe dat Überseering eigenaar is van een gebouw.²⁷ Zo ontstaat er dan een conceptuele versnippering die geen verband houdt met de klassieke vorm van de rechtsbevoegdheid, en die meer lijkt op een afschrikmiddel of sanctie.

Ten slotte kunnen er uiteenlopende uitlegingen gegeven worden met betrekking tot de juiste kwalificatie van de gebeurtenis die de aanleiding was, te weten de verplaatsing van de bestuurszetel²⁸, of met betrekking tot de criteria waarmee kan worden beoordeeld of die verplaatsing daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

Anderzijds is het ook niet ondenkbaar dat toepassing van de theorie van de werkelijke zetel niet onherroepelijk de dramatische consequenties kan veroorzaken die daar door het Duitse recht aan worden toegeschreven.²⁹

Om die redenen lijkt het verstandiger om elke juridische kwalificatie naar nationaal recht te vermijden en de nationale regelgeving in kwestie te beschouwen als een beperking van de procesbevoegdheid van

een vennootschap, waarmee moet worden voorkomen dat een zekere hoofdactiviteit wordt verricht in een andere staat dan die waar de vennootschap is opgericht.

47. Deze beperking is in beginsel onvermijdbaar met de vrijheid van vestiging die in het Verdrag is neergelegd, zonder dat uit het bepaalde in artikel 293 EG het tegenovergestelde kan worden afgeleid, zoals ik eerder uiteengezet heb.

48. Bijgevolg moet worden onderzocht of de beperking voldoet aan de overige voorwaarden die in de rechtspraak zijn geformuleerd.

49. In tegenstelling tot hetgeen verscheidene partijen hebben betoogd, is deze maatregel op zichzelf niet discriminerend. Een vennootschap die naar Duits recht was opgericht en haar bestuurszetel had verplaatst naar een andere lidstaat, zou een gelijke behandeling ondergaan hebben. In ieder geval zou die verplaatsing haar rechtsbevoegdheid in de zin van het Duitse recht hebben aangetast.³⁰

30 — Zie de prejudiciële vraag in zaak C-86/00, HSB-Wohnbau, waarin op 10 juli 2001 een niet-ontvankelijkheidsbeschikking werd gegeven (Jurispr. blz. I-5353) (omdat de verwijzende rechter niet handelde in de uitoefening van een rechtsprekende opdracht), waar in punt 7 wordt gezegd dat volgens het Duitse recht „een vennootschap in de Duitse rechtspraktijk juridisch slechts bestaat wanneer zij haar werkelijke zetel heeft in het land naar het recht waarvan zij is opgericht. Verplaatsing van de zetel van een vennootschap naar het buitenland brengt in deze opvatting noodzakelijkerwijs de ontbinding en liquidatie van de vennootschap met zich, dat wil zeggen onder meer het verlies van rechtspersoonlijkheid in Duitsland, alsook de oprichting van een nieuwe vennootschap in het buitenland”.

27 — Zie punt 5 supra.

28 — Ter terechtzitting hebben de Nederlandse regering en die van het Verenigd Koninkrijk verklaard dat een geval als het onderhavige in hun wetgevingen wordt gekwalificeerd als de oprichting van een filiaal.

29 — Zie in die zin Wouters, J., op. cit., blz. 132. Er zou bijvoorbeeld aan kunnen worden gedacht om die vennootschap bepaalde dwingende normen op te leggen waarin het nationale recht voor de desbetreffende vennootschapsvorm voorziet.

50. Uit de verwijzingsbeschikking kan worden opgemaakt dat de zeteltheorie, zoals die in Duitsland wordt toegepast, dient tot bescherming van de rechten van schuldeisers (door de verplichting van een minimumbedrag aan gestort maatschappelijk kapitaal en door voorschriften over de wijze van beschikbaarstelling daarvan), van ondergeschikte vennootschappen en van minderheidsaandeelhouders (door sterker rekening te houden met hun belangen door het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid, of door de regeling van een schadeloosstelling of compensatie in bepaalde gevallen) en van werknemers (door de verplichting van medezeggenschap zoals vastgelegd in de wet). De Duitse regering voegt daar de bescherming van de belangen van de fiscus aan toe (door een vermindering van de gevallen van passieve dubbele belasting).

Deze redenen moeten worden beschouwd als dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de rechtspraak van het Hof.³¹

51. Nu moet nog worden onderzocht of de maatregel passend en evenredig is met het oog op de doelstellingen die ermee worden beoogd.

52. Hier moet ontkennend worden geantwoord. Het ontzeggen van procesbevoegd-

heid aan een vennootschap die rechtsgeldig is opgericht in een andere lidstaat, is geen passende maatregel om de legitieme doelstellingen te kunnen bereiken die daarmee beweerdelijk worden nagestreefd en gaat uiteraard verder dan daarvoor nodig is.

53. Het Hof was al in de gelegenheid om de bescherming te relativieren die voor de schuldeisers van een vennootschap kan voortvloeien uit de verplichting van een minimumbedrag aan gestort maatschappelijk kapitaal.³² Verder is niet onderzocht of Überseering in concreto minder waarborgen bood aan de schuldeisers. Ten slotte is het duidelijk dat de ontzegging van procesbevoegdheid, waardoor de vennootschap geen rechten tegenover derden kan doen gelden voor de rechter, eerder een gunstige invloed heeft op de situatie van de schuldenaren dan op die van de schuldeisers.

54. Geen van de drie overige door de maatregel beweerdelijk beschermde belangen is afdoende aan de orde gesteld om nu in beschouwing genomen te worden.

De rechten van de beweerdelijk beschermde minderheidsaandeelhouders zijn niet omschreven; het staat zelfs niet vast dat Überseering dergelijke deelnemingen had, of dat het geldende recht hun niet eenzelfde beschermingsniveau biedt. Bovendien is de

31 — Zie met betrekking tot de bescherming van de schuldeisers van een vennootschap, arrest van 16 maart 1999, Trummer en Mayer (C-222/97, Jurispr. blz. I-1661, punt 30), alsook, impliciet, voormeld arrest Centros, punt 35, en met betrekking tot de bescherming van de rechten van werknemers met name arrest van 17 december 1981, Webb (279/80, Jurispr. blz. 3305, punt 19).

32 — Zie arrest Centros, punt 35, en bovenal punt 21 van de conclusie van de advocaat-generaal.

ontzegging van procesbevoegdheid aan de vennootschap niet in het voordeel van de minderheidsaandeelhouders, net zo min als zulks tot voordeel van de schuldeisers strekt.

Uit de mondelinge behandeling voor het Hof blijkt dat de medezeggenschap geldt voor ondernemingen met meer dan tweeduizend werknemers, en uit niets blijkt — eerder het tegenovergestelde — dat de verplaatsing van het hoofdkantoor van verzoekster in het hoofdgeding een dergelijk groot aantal werknemers heeft geraakt.

De regering van de Bondsrepubliek heeft niet duidelijk gemaakt welke fiscale bepalingen omzeild zouden worden, indien Überseering haar rechten voor de Duitse rechterlijke instanties geldend zou maken.³³

55. Hoe weinig geschikt de maatregel al wordt geacht om de gestelde doeleinden te bereiken, de onverenigbaarheid ervan met het Verdrag wordt bijzonder duidelijk wanneer de evenredigheid wordt onderzocht van de ontzegging van de procesbevoegdheid.

33 — Zoals de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA heeft opgemerkt, zou de vestiging van Überseering in Duitsland juist zeer gunstig zijn voor de Duitse fiscus, omdat zij zo onderworpen blijft aan de daar geldende belastingverplichtingen.

Ter terechtzitting heeft de Duitse regering een punt benadrukt waar zij in haar schriftelijke opmerkingen slechts terloops naar heeft verwezen: de mogelijkheid dat een vennootschap die in de situatie van Überseering verkeert, haar rechten nog steeds voor de rechter kan doen gelden als entiteit zonder rechtspersoonlijkheid. Deze stelling, die op zich al onduidelijk was, werd tegengesproken door de advocaten van de partijen in het hoofdgeding, die vervolgens elk een andere verklaring gaven voor dit mechanisme en de juridische gevolgen ervan.

Onder deze omstandigheden beschikt het Hof niet over voldoende gegevens om te beoordelen of Überseering, of een willekeurige andere vennootschap die in dezelfde situatie verkeert, een vordering kan indienen bij de rechter en onder welke voorwaarden. Wel lijkt vast te staan dat een vennootschap in een geval als het onderhavige niet in rechte zou kunnen optreden met behoud van haar afgescheiden rechtspersoonlijkheid.

Bijgevolg zullen de bewoordingen aangehouden worden van de prejudiciële vraag zoals die door het Bundesgerichtshof gesteld is, en waaruit kan worden afgeleid dat de in het Duitse recht voorziene sanctie erin bestaat dat de betrokken vennootschap „haar aanspraken uit een overeenkomst [...] niet meer voor de rechter geldend kan maken”.³⁴

34 — Verder kan uit de stukken worden opgemaakt dat de rechts- en procesbevoegdheid ook ontbreekt waar het gaat om vorderingen anders dan uit overeenkomst.

56. Een dergelijke maatregel is in de praktijk een enorme belemmering voor de vrijheid van vestiging van vennootschappen.

57. De maatregel betekent een heuse uitholling van de verworven rechten van een vennootschap die rechtsgeldig is opgericht naar het recht van een lidstaat. Zij vormt in ieder geval een ernstige inbreuk op het fundamentele recht op rechterlijke bescherming dat in artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”) is neergelegd. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft bij de uitlegging van deze bepaling in het arrest van 21 februari 1975, *Golder v Verenigd Koninkrijk*³⁵, al vastgesteld dat de toegang tot de rechter in civiele zaken het rechtstreekse uitvloeisel is van de voorrang van het recht en dat dit beginsel op zijn beurt onderdeel vormt van het gemeenschappelijke spiritueel gedachtegoed van de Europese landen.³⁶ Het is duidelijk dat het recht op daadwerkelijke rechterlijke bescherming, zoals ook voor veel andere grondrechten geldt, in wezen niet absoluut is.³⁷ In het arrest van 28 mei 1985, *Ashingdane v Verenigd Koninkrijk*³⁸, oordeelden de rechters in Straatsburg echter dat de beperkingen de essentie van het recht niet mogen aantasten, dat zij

een legitiem doel moeten nastreven en dat de aangewende middelen evenredig moeten zijn aan het nagestreefde doel.³⁹

Zo zijn in Straatsburg met het EVRM verenigbaar verklaard maatregelen die de instelling van rechtsvorderingen bonden aan een bepaalde termijn⁴⁰ of aan een kort onderzoek naar de kans op succes⁴¹, of maatregelen die eisten dat een *cautio iudicatum solvi* werd gesteld.⁴² De essentie van het beginsel wordt in geen van deze gevallen aangetast; alleen de uitoefening ervan wordt onderworpen aan redelijke modaliteiten. Ook is aanvaard dat de nationale wetgeving beperkende maatregelen intuïtu personae kan toepassen. Het gaat dan om klassieke gevallen waarin de rechtsorde een beperking van de rechtsbevoegdheid of de procesbevoegdheid toestaat, zoals bij minderjarigen⁴³, bij misbruik van procedure⁴⁴, gevangenen⁴⁵ of gefailleerden⁴⁶. De onderhavige zaak valt niet onder een van deze

39 — Ibidem, punt 57.

40 — Rapport van de Europese Commissie voor de rechten van de mens van 6 oktober 1982, *X. v Zweden* (zaak nr. 9707/82, Décisions et rapports nr. 33, blz. 223).

41 — Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens, *Ashingdane v Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 59.

42 — Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 13 juli 1995, *Tolstoy Miloslavsky v Verenigd Koninkrijk* (Serie A, nr. 316-B).

43 — Zie arrest *Golder v Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald.

44 — Besluit over de ontvankelijkheid van de Europese Commissie voor de rechten van de mens van 2 december 1985, *H. v Verenigd Koninkrijk* (zaak nr. 11559/85, Décisions et rapports nr. 45, blz. 281).

45 — Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 28 juni 1984, *Campbell en Fell v Verenigd Koninkrijk* (Serie A, nr. 80).

46 — Besluit over de ontvankelijkheid van de Europese Commissie voor de rechten van de mens van 4 mei 1987, *M. v Verenigd Koninkrijk* (zaak nr. 12040/86, Décisions et rapports nr. 52, blz. 269).

35 — Serie A, nr. 18.

36 — Ibidem, punt 34.

37 — Ibidem, punt 38.

38 — Serie A, nr. 93.

categorieën. Bovendien werd in de bovenstaande gevallen het recht op toegang tot de rechter alleen beperkt — nooit opgeheven — door die toegang in het algemeen afhankelijk te stellen van een voorafgaande autorisatie van een vertegenwoordiger van het openbaar belang.

beginselen van het gemeenschapsrecht voortvloeien.

58. Voor commerciële ondernemingen, waarvan het vermogen hoofdzakelijk bestaat uit vorderingen op derden, kan ontzegging van de procesbevoegdheid tevens een ernstige beperking vormen van het in artikel 1 van Protocol nr. 1 bij het EVRM neergelegde recht op ongestoord genot van het eigendom, en een weigering van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel in strijd met artikel 13 van het EVRM.

59. Hetzelfde geldt ten aanzien van de artikelen 47 (recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht) en 17 (recht op eigendom) van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat op 7 december 2000 te Nice werd afgekondigd, dat zonder ius cogens te zijn in eigenlijke zin, daar het „autonome verbindende werking”⁴⁷ ontbeert, een uitdrukking is van de fundamentele rechtswaarden die de lidstaten gemeen hebben, waaruit op hun beurt de algemene

60. Tot slot heeft het Hof het wezenlijke karakter van het recht op rechterlijke bescherming in de Gemeenschap erkend.⁴⁸

61. Bijgevolg vormt ontzegging van de procesbevoegdheid aan een rechtspersoon die rechtsgeldig naar het recht van een van de lidstaten is opgericht, een ernstige beperking van een fundamenteel recht. Om de evenredigheidstoets te kunnen doorstaan, moet die beperking worden gerechtvaardigd door een zeer dwingend openbaar beschermingsbelang. Hier volstaat de vaststelling dat er geen gegevens zijn aangebracht die op een maatschappelijke behoefte van die omvang duiden. Zoals ik aangetoond heb bij de toetsing van de geschiktheid van de maatregel, voorziet het Duitse recht in geen enkele concrete risicobeoordeling ten aanzien van een dergelijk ernstige sanctie. De rechtsbelangen die door de maatregel moeten worden beschermd, of beter gezegd het risico waaraan deze belangen kunnen zijn blootgesteld vanwege het feit dat een vennootschap haar bestuurszetel niet in de staat van oprichting heeft, staan in geen verhouding tot de omvang van de opgelegde sanctie.

47 — Conclusie van advocaat-generaal Tizzano bij arrest van 26 juni 2001, BECTU (C-173/99, Jurispr. blz. I-4881, punt 27).

48 — Zie onder andere arresten van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18), en 15 oktober 1987, Heylens c.a. (222/86, Jurispr. blz. 4097, punt 14).

62. Onder deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat de artikelen 43 EG en 48 EG zich verzetten tegen een nationale maatregel die procesbevoegdheid ontzegt aan een vennootschap waarvan de centrale bestuurszetel zich in een andere lidstaat bevindt dan die waar zij is opgericht.

Onderzoek van de tweede prejudiciële vraag

63. De tweede vraag, die het Bundesgerichtshof heeft gesteld voor het geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, zoals ik inderdaad voorstel, heeft een bredere reikwijdte vanwege haar abstracte karakter. Er moet worden nagegaan of de beginselen inzake de vrijheid van vestiging vereisen dat de rechtsbevoegdheid en de procesbevoegdheid van een vennootschap altijd beoordeeld worden overeenkomstig het recht van de staat waarin zij is opgericht.

64. Het is niet duidelijk wat de toegevoegde waarde van een antwoord op deze vraag is voor de oplossing van het probleem van de uitlegging van het gemeenschapsrecht waarmee de verwijzende rechter zich

geconfronteerd ziet. Als het Hof, zoals ik voorstel, oordeelt dat de sanctie van ontzegging van de procesbevoegdheid ongeschikt en onevenredig is met het oog op de beoogde doelstellingen en derhalve niet wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, dan maakt het niet uit welke weg de nationale rechter aan de hand van de diverse collisieregels van Duits recht precies bewandeld heeft om, met inachtneming van het nationale recht, de gegrondheid van deze sanctie te beoordelen.

65. Het is niet aan de gemeenschapsrechter om onderzoek te doen dat aan het nationale recht toebehoort. Ik wil benadrukken dat het te onderzoeken probleem, gemeenschapsrechtelijk gezien, inhoudt of een maatregel die een fundamentele vrijheid beperkt omwille van vermeende dwingende redenen van algemeen belang, gerechtvaardigd is.

66. Gezien de premissen voor het antwoord op de eerste prejudiciële vraag, behoeft de tweede vraag naar mijn mening geen antwoord.

Dat wil zeggen dat het antwoord hetzelfde zou zijn als de ontzegging van de procesbevoegdheid niet het gevolg was van niet-erkenning van de rechtsbevoegdheid, maar

het resultaat van de toepassing van een dwingende norm.

67. Deze opstelling lijkt me raadzaam, te meer daar daarmee gewaagde uitspraken kunnen worden vermeden, zonder afbreuk te doen aan de samenwerking die verwacht kan worden van de gemeenschapsrechter bij de oplossing van het voorgelegde probleem.

68. Enerzijds veronderstelt de beantwoording van de tweede vraag dat de bijzonderheden van het Duitse recht worden geïntegreerd in een autonome communautaire theorie, voorzover geaccepteerd zou worden — hetgeen op zijn minst discutabel is — dat de weigering van de bevoegdheid om als verzoeker op te treden volledig voortkomt uit de niet-erkenning van de rechts- en procesbevoegdheid. Ik ben daarentegen van mening dat het mogelijk is deze weigering te scharen onder de voorrechten van het nationale recht om een sanctie te verbinden aan het omzeilen van voorschriften teneinde bepaalde rechtsbelangen te beschermen.

69. Anderzijds zou, indien de lidstaat van oprichting ook die is waarin zich de statutaire zetel van een vennootschap

bevindt, het Hof ertoe gedwongen worden een van de aanknopingselementen te kiezen die, nu de wetgever stilt, als gelijkwaardig beschouwd moeten worden overeenkomstig artikel 48 EG, namelijk de aanknopingsaan de statutaire zetel van de betrokken entiteit, haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging. Voorzover het Verdrag aan geen enkel element de voorkeur gegeven heeft, is het niet aan de rechter om een keuze te maken.⁴⁹ Zolang er geen harmonisatie is, staat het de lidstaten vrij om de desbetreffende voorschriften van internationaal privaatrecht te organiseren — en staat het de nationale rechterlijke instanties vrij om deze uit te leggen — die wat de praktische gevolgen ervan betreft uiteraard wel aan de vereisten van het gemeenschapsrecht moeten voldoen.

70. Subsidiair, ingeval het Hof het nuttig acht de tweede vraag te beantwoorden, hetzij om de beslechting van het geschil door de verwijzende rechter te vergemakkelijken, hetzij om een beginsel te benadrukken, stel ik voor, gezien de redenen in het voorgaande punt, die vraag ontkennend te beantwoorden.

49 — Het beginsel dat het Verdrag neutraal is met betrekking tot de bevoegdheid van de lidstaten om de vennootschapsrechtelijk doorslaggevende aanknopingselementen te definiëren, volgt tevens uit verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (PB L 294, blz. 1). Zie in het bijzonder de zeventwintigste overweging van de considerans.

Conclusie

71. Gezien het voorgaande, geef ik het Hof van Justitie in overweging de prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 43 EG en 48 EG verzetten zich tegen een nationale regeling op grond waarvan de procesbevoegdheid wordt ontzegd aan een vennootschap die rechtsgeldig is opgericht naar het recht van een lidstaat en waarvan de werkelijke bestuurszetel verplaatst is naar een andere lidstaat.”