

IS HET “TIME OVER” VOOR DE
WERKELIJKE ZETELLEER IN HET
INTERNATIONAAL
VENNOOTSCHAPSRECHT?

Wouter Dister

Meesterproef - thesis

Module Ondernemingsrecht

Academiejaar 2017-2018
Master in de Rechten

Promotor: Prof. dr. Thalia Kruger
1^e assessor: Fieke van Overbeeke
2^e assessor: Prof. dr. Robby Houben

DANKWOORD

Een masterthesis is een werk van lange adem dat ik niet zonder de ondersteuning van een aantal personen tot een goed einde had kunnen brengen. Ik wil daarom van deze gelegenheid gebruik maken om hen te bedanken.

Eerst en bovenal wil ik mijn promotor, prof. dr. Thalia Kruger, bedanken voor haar begeleiding bij het schrijven van deze thesis. Haar opbouwende kritiek, zowel op inhoudelijk als structureel vlak, is van uitermate groot belang geweest om tot dit resultaat te komen.

Daarnaast wil ik ook mijn ouders bedanken voor het naleeswerk, hun terechte opmerkingen vanuit een niet-juridische achtergrond en voor alle ondersteuning die ze me hebben geboden tijdens mijn opleiding.

Tenslotte wil ik ook mijn vriendin Isaura De Cleen bedanken voor haar steun en goede raad bij het schrijven van deze thesis, in het bijzonder haar advies om er zeker op tijd aan te beginnen.

Mortsel, 11 april 2018

INHOUD

1	Inleiding	1
1.1	Problematiek.....	1
1.2	Onderzoeksvraag	2
1.3	Onderzoeksmethode	2
1.4	Inhoudelijke afbakening	3
2	Het aanduiden van de <i>lex societatis</i> in hoofdlijnen.....	4
2.1	Het aanknopingspunt van de <i>lex societatis</i> : zetel of controle?	4
2.1.1	De vennootschapszetel	4
2.1.2	De leer van de controle: een buitenbeentje	5
2.2	De werkelijke zetelleer	6
2.3	De incorporatieleer	7
2.4	Het tegelijk bestaan van de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer.....	9
2.4.1	Hypothese 1: Incorporatieleer-Staat naar Incorporatieleer-Staat	10
2.4.2	Hypothese 2: Werkelijke zetelleer-Staat naar Werkelijke zetelleer-Staat.....	10
2.4.3	Hypothese 3: Incorporatieleer-Staat naar Werkelijke zetelleer-Staat	10
2.4.4	Hypothese 4: Werkelijke zetelleer-Staat naar Incorporatieleer-Staat	11
2.4.5	Conclusie	12
3	De werkelijke zetelleer in België	13
3.1	Evolutie.....	13
3.2	Analyse van het huidige recht	15
3.2.1	Het systeem uit art. 110 WIPR e.v.	15
3.2.2	Het systeem toegepast in de Belgische rechtspraak	17
3.2.3	Renvoi	18
3.2.4	Het toepassingsgebied van het aangewezen recht.....	19
4	De <i>lex societatis</i> in Europese context.....	21
4.1	Relevante wetgeving.....	21

4.1.1	De vrijheid van vestiging	21
4.1.2	De vrijheid van vestiging voor vennootschappen	23
4.1.3	Oud artikel 293 EG-Vedrag	25
4.2	De invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie op de zetelverplaatsing.....	26
4.2.1	Daily Mail: Geen primair vestigingsrecht voor vennootschappen.....	27
4.2.2	De eerste golf liberaliserende arresten	29
4.2.3	De tweede golf liberaliserende arresten	35
4.2.4	Cartesio: Daily Mail 2.0?	38
4.2.5	VALE: obiter dicta uit Cartesio toegelicht.....	40
4.2.6	Polbud: Time-Over voor de werkelijke zetelleer?	43
4.2.7	Conclusie	46
5	Het voorontwerp van een Wetboek van vennootschappen en verenigingen: De statutaire zetelleer in België?	52
5.1	Relevante vernieuwingen	52
5.1.1	De statutaire zetelleer in België	52
5.1.2	De procedure tot grensoverschrijdende omzetting.....	55
6	Het Nederlandse systeem	56
6.1	Evolutie in de wetgeving	56
6.2	Het huidige systeem.....	57
6.2.1	Titel 8 Boek 10 BW	57
6.2.2	De WFBV.....	59
6.3	Conclusie	59
7	Eindconclusie	62
8	Bijlagen	64
8.1	Bibliografie	64
8.1.1	Rechtsleer	64
8.1.2	Overige bronnen	70

1 Inleiding

1.1 Problematiek

1. De *lex societatis* is het nationaal recht dat van toepassing is op een vennootschap. Er is tussen de lidstaten van de Europese Unie geen eensgezindheid over de manier waarop deze bepaald moet worden. De lidstaten zijn verdeeld over twee manieren om deze *lex societatis* aan te duiden. Een eerste theorie, die onder andere door België wordt aangehangen¹, is de werkelijke zetelleer. Deze houdt in dat een vennootschap beheerst wordt door het recht van de staat waar haar werkelijke of effectieve zetel is gevestigd.² De tweede theorie is de incorporatieleer of statutaire zetelleer. Deze houdt in dat een vennootschap wordt beheerst door het recht van de staat volgens wiens recht zij werd opgericht, waar zij werd geïncorporeerd of geregistreerd.³

2. In de Belgische rechtsleer wordt er door verscheidene auteurs gepleit om af te zien van de werkelijke zetelleer en over te stappen naar de statutaire zetelleer. Zij stellen hoofdzakelijk vragen bij de verenigbaarheid van het criterium van de werkelijke zetel met de Europese vrijheid van vestiging (art. 49 en 54 VWEU).⁴ De werkelijke zetelleer kan de intracommunautaire mobiliteit van vennootschappen in bepaalde gevallen immers bemoeilijken of zelfs verhinderen. Het Hof van Justitie is reeds verscheidene malen tussengekomen in geschillen betreffende de *lex societatis*. Het Hof lijkt de incorporatieleer te verkiezen, maar hoewel ze reeds verschillende mogelijkheden heeft gehad om de deur dicht te trekken voor de werkelijke zetelleer, laat ze haar telkens op een kier staan, zodat deze leer toch kan blijven voortbestaan.⁵

¹ Art. 110 WIPR.

² K. MARESCEAU, "Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer", *WP* 2014, afl. 2, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2014-02.pdf>, 1.

³ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Parijs, Economica, 2013, 922-931; T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht: de essentie*, Brugge, Die Keure, 2016, 423-427; J. MEEUSEN, "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen", *TRV* 2003, 97-98.

⁴ Zie o.a. : H. BRAECKMANS, R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 240-241; P. WAUTELET, "quelques réflexions sur la lex societatis dans le code de droit international privé", *RPS* 2006, 21-28.

⁵ HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, Polbud; HvJ 12 juli 2012, nr. C-378/10, Vale; HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus; HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, Cartesio; HvJ 12 september 2006, nr. C-196/04, Cadbury Schweppes; HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, Marks & Spencer plc.; HvJ 13 december 2005, nr. C-411/03, Sevic Systems; HvJ 11 maart 2004, nr. C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, Inspire Art.; HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, Überseering BV/NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH; HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, Centros; HvJ 27 september 1988, nr. 81/87, Daily Mail; HvJ 10 juli 1986, nr. 79/85, Segers; HvJ 28 januari 1986, nr. 270/83, Commissie/Franse Republiek.

1.2 Onderzoeksvraag

3. De onderzoeksvraag die in deze thesis wordt uitgewerkt is:
 - a. Kan de werkelijke zetelleer in België behouden worden in het licht van de vrijheid van vestiging en is deze leer op dit moment nog wenselijk of is het tijd om de overstap te maken naar de statutaire zetelleer?
 - b. Hoe wordt het probleem van de *lex societatis* in Nederland aangepakt?
 - c. Wat zouden de gevolgen zijn indien België overstapt naar de statutaire zetelleer?

1.3 Onderzoeksmethode

4. Mijn onderzoek begint met een analyse van de wijze waarop de *lex societatis* op dit moment in België wordt aangeduid en wat het Europese kader hiervoor is. Dit gebeurt volgens de klassiek juridische methode. Hierbij wordt de toepasselijke wetgeving, rechtspraak⁶ en rechtsleer onderzocht. Dit onderzoek gebeurt via onder andere Jura, Strada Lex, EUR-lex, Heinonline en Westlaw. Er wordt ook stilgestaan bij het voorontwerp van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, de toekomstige vervanger van het W.Venn. Hier wordt er hoofdzakelijk gekeken naar de informatie die is vrijgegeven door het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht.⁷
5. Nadat het Belgische systeem onderzocht is, wordt het vergeleken met het Nederlandse recht. Eerst wordt het Nederlandse systeem kort geanalyseerd. Dit gebeurt volgens de klassiek juridische methode. Daarna wordt de vergelijking gemaakt met het Belgische systeem volgens de rechtsvergelijkende methode. Zo komen de voor- en nadelen van beide systemen aan het licht. De vergelijking met Nederland is relevant omdat men hier aanvankelijk de werkelijke zetelleer volgde maar reeds enkele decennia geleden is overgestapt naar de incorporatieleer. Hierbij wordt onderzocht of dit het voorbeeld is dat België zou moeten volgen. Het onderzoek naar de Nederlandse wetgeving, rechtspraak en rechtsleer gebeurt via onder andere rechtspraak.nl, overheid.nl en Kluwer Navigator.
6. Aanvankelijk werd ook het Franse recht onderzocht. Dit stelsel houdt vast aan de werkelijke zetelleer, net zoals België tot voor kort deed. Ik studeerde een half jaar aan de Université de Nantes, in het kader van een Erasmusuitwisseling. Hier heb ik het Franse recht onderzocht. Het onderzoek van de Franse wetgeving, rechtspraak en rechtsleer gebeurde hoofdzakelijk via Nantilus, de onlinedatabank van de Université de Nantes. Via deze weg heb

⁶ Zowel van het Hof van Justitie als van de Belgische hoven en rechtbanken.

⁷ <http://www.bcv-cds.be/>.

ik de geschreven bronnen die in de bibliotheek te vinden zijn opgezocht en had ik toegang tot verscheidene andere databanken zoals onder andere Dalloz.fr. Daarnaast werd ook gebruik gemaakt van Légifrance en Jurisclasseur. De bevindingen uit dit rechtsvergelijkend onderzoek worden echter niet opgenomen in deze thesis. Enerzijds omdat het voorontwerp van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen resoluut kiest voor de statutaire zetelleer in België. Dit neemt een deel van de relevantie van de vergelijking met Frankrijk weg. Anderzijds is er voor geopteerd om meer aandacht te besteden aan de analyse van het voorontwerp van de WVV en de laatste, baanbrekende rechtspraak van het Hof van Justitie. Dit zorgt ervoor dat er geen plaats meer overblijft om ook het Franse recht te verwerken in deze thesis.

1.4 Inhoudelijke afbakening

7. Het onderzoek is beperkt tot de nationale burgerlijke en handelsvennootschappen met rechtspersoonlijkheid binnen de Europese Unie. De Europese vennootschappen (SE, SCE en ESV) worden niet besproken. De Belgische vennootschappen op dewelke het onderzoek betrekking heeft zijn: V.O.F., NV, BVBA, CVBA, CVOA, Comm.V., Comm.VA. en LV. De relevante Nederlandse vennootschappen zijn: nv, bv en coöperaties met beperkte, uitgesloten en wettelijke aansprakelijkheid (respectievelijk: B.A., U.A. en W.A.).

Enkel de grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de Europese Unie wordt besproken. Er wordt hierbij enkel gekeken naar de eigenlijke zetelverplaatsing en de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen. De grensoverschrijdende fusie of splitsing als mogelijkheid voor intracommunautaire mobiliteit van vennootschappen wordt niet onderzocht. Het onderzoeksgebied van de thesis zou anders te uitgebreid worden voor een diepgaand onderzoek.

2 Het aanduiden van de *lex societatis* in hoofdlijnen

2.1 Het aanknopingspunt van de *lex societatis*: zetel of controle?

2.1.1 De vennootschapszetel

8. De vennootschapszetel is een belangrijk gegeven dat strekt tot de lokalisatie in het rechtsverkeer van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid. De zetel is vergelijkbaar met de ‘woonplaats’ van een natuurlijke persoon. Als juridisch aanknopingspunt duidt hij aan welk recht van toepassing is⁸ en welke rechter territoriaal bevoegd is,⁹ waar de oprichtingsakte moet worden neergelegd,¹⁰ waar procedureakten zoals dagvaardingen moeten worden betekend en waar de algemene vergadering plaatsvindt¹¹.¹² In de oprichtingsakte van de vennootschap moet de zetel worden vermeld en bovendien moet hij worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.¹³ Ook moet hij in alle uitgaande akten van de vennootschap worden aangeduid¹⁴.¹⁵

9. Elke vennootschap heeft twee vennootschapszetels: een werkelijke zetel en een statutaire zetel. De werkelijke zetel wordt bepaald door de plaats waar het werkelijk bestuurscentrum van de vennootschap zich bevindt, evenals haar zaken- of activiteitencentrum.¹⁶ De statutaire zetel daarentegen wordt bepaald in de oprichtingsakte.¹⁷ In veel gevallen zullen deze twee zetels samenvallen, dit is echter niet altijd het geval.¹⁸

10. De lidstaten van de Europese Unie zijn verdeeld over de vraag welke van deze twee zetels aangewend moet worden om te bepalen welk nationaal recht van toepassing is op een vennootschap. Het gebruiken van de werkelijke zetel als juridisch aanknopingspunt wordt de

⁸ Art. 110 WIPR.

⁹ Art. 628, 13° en 631 Ger.W.; Art. 109 WIPR.

¹⁰ Art. 67, §1 W. Venn.

¹¹ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 272.

¹² H. BRAECKMANS, R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 234 en 239-240.

¹³ Art. 69 W. Venn.

¹⁴ Art. 78 W. Venn.

¹⁵ H. BRAECKMANS, R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 234; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht IV. Verenigingen en vennootschappen. Deel II De Vennootschap. A. Algemeen deel*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 402-410; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 272; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2005, 977-979.

¹⁶ Art. 4 WIPR.

¹⁷ Art. 69 W. Venn.

¹⁸ H. BRAECKMANS, R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 234; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 272-274.

werkelijke zetelleer genoemd. Deze wordt gevolgd door onder andere België¹⁹ en Frankrijk.²⁰ Wanneer men de statutaire zetel of de plaats van registratie of incorporatie gebruikt om het toepasselijk recht te bepalen noemt men dit de statutaire zetelleer of incorporatieleer. Deze wordt toegepast in onder andere Denemarken, Finland, Ierland, Nederland, het Verenigd Koninkrijk en Zweden.²¹

2.1.2 De leer van de controle: een buitenbeentje

11. Naast de vennootschapszetel wordt ook sporadisch de plaats van de controle over de vennootschap als aanknopingspunt voor de *lex societatis* genomen. Dit noemt men de leer van de controle. Deze weinig voorkomende leer stelt dat het de nationaliteit van de meerderheidsaandeelhouders die de vennootschap controleren is die bepaalt welk nationaal vennootschapsrecht van toepassing is. De idee achter dit aanknopingspunt is dat de *lex societatis* aangeduid moet worden door het kapitaal dat de vennootschap vormt en niet door de vennootschapszetel.²² Een groot probleem bij deze aanknoping is dat de nationaliteit van de vennootschap door de enkele overdracht van aandelen kan veranderen. Dit leidt tot rechtsonzekerheid. In deze leer is het bovendien vereist dat men precies weet in welke handen de aandelen zich bevinden.²³

¹⁹ In het voorontwerp van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen, wordt er echter gekozen voor de statutaire zetelleer. Deze evolutie wordt in hoofdstuk 5 verder toegelicht. Zie o.a.: H. DE WULF, “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschapsrecht en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 4, 7-36.

²⁰ Ook Duitsland volgde de werkelijke zetelleer. Onder druk van de rechtspraak van het Hof van Justitie is het echter voor wat betreft de vennootschappen die opgericht zijn binnen de Europese Unie overgestapt naar de statutaire zeteleer. Zie hoofdstuk 5.1.1; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht IV. Verenigingen en vennootschappen. Deel II De Vennootschap. A. Algemeen deel*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 396; K. GEENS, C. CLOTTENS, S. COOLS, S. DE DIER, F. PARREIN, “De rol van het nationale recht in het Europese vennootschapsrecht” in I. SAMOY, V. SAGAERT, E. TERRYN (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 360-365; T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht, de essentie*, Die Keure, Brugge, 2016, 424.

²¹ K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht IV. Verenigingen en vennootschappen. Deel II De Vennootschap. A. Algemeen deel*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 396; T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht, de essentie*, Die Keure, Brugge, 2016, 424; J. MEEUSEN, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie.” *TRV* 2003, 96-99.

²² D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé, Tome II: Partie spéciale*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, 589-590; H. DE WULF, L. VAN DEN STEEN, “Enkele problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening en Europees getinte class actions in de VS” *WP* 2009, afl. 6, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2009-06.pdf>, 3; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 275 en 1185.

²³ B. AUDIT, L. D’AVOUT, *Droit international privé*, Parijs, Economica, 2013, 924-926; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 275.

Deze regeling komt hoofdzakelijk voor in uitzonderingswetgeving, bijvoorbeeld in oorlogstijd. Zo kan men op basis van de nationaliteit van de meerderheidsaandeelhouders bepalen of een vennootschap toebehoort aan een vijandelijk land, om zo te weten of de goederen ervan in beslag genomen kunnen worden.²⁴

12. Deze leer komt veel minder voor dan de werkelijke zetelleer of de statutaire zetelleer en is ook duidelijk moeilijker te hanteren. De leer van de controle zal daarom niet verder besproken worden.

2.2 De werkelijke zetelleer

13. De werkelijke zetelleer houdt in dat het recht van de staat waar de werkelijke zetel van de vennootschap gevestigd is de vennootschap beheerst. Dit is de plaats van waaruit de vennootschap effectief wordt geleid, waar haar bestuurscentrum is gelegen of waar de algemene vergadering en de raad van bestuur bijeenkomen.²⁵

14. Het meest pertinente voordeel van de werkelijke zetelleer is dat het immigrerende vennootschappen een stuk moeilijker wordt gemaakt om te ontsnappen aan het dwingend vennootschapsrecht van de ontvangststaat. De leer tracht zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de vennootschapsrechtelijke realiteit. Brievenbusvennootschappen worden ontmoedigd omdat er met de keuze van het land van oprichting geen rekening wordt gehouden.²⁶

15. Deze leer heeft echter ook enkele nadelen. Het verhuizen van de zetel wordt bemoeilijkt omdat niet enkel de registratie gewijzigd moet worden, ook de werkelijke zetel moet verplaatst

²⁴ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 1185; P. POULLET, *Manuel de Droit International Privé Belge*, Brussel, Polydore Pée, 1947, 245; P. POULLET, *Manuel de Droit International Privé Belge*, Leuven, Universitas, 1928, 262-263.

²⁵ J-P. BLUMBERG, "Over het grensoverschrijdende associatieconcern, zetelverplaatsing en internationale fusie", *TPR* 1992, 814-816; H. BRAECKMANS, R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 234; K. GEENS, "Over internationale zetelverplaatsing" in A. VERBEKE J. VERSTRAETE, L. WEYTS (eds.), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 564; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 1183-1184; C. HJI PANAYI, "Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths" in P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 128-130; S. RAMMELOO, "The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe", *MJ*, 2003, 172; T. TILQUIN, "L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis", *RPS* 1998, 13; J. WOUTERS, "Over vennootschappen, verwijzingsregels en vrijheid van vestiging", *TRV* 1991, 457-458.

²⁶ K. GEENS, "Over internationale zetelverplaatsing" in A. VERBEKE J. VERSTRAETE, L. WEYTS (eds.), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 564; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 1186; K. MARESCEAU, "Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer", *WP* 2014, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2014-02.pdf>, 3.

worden. In de meest strikte en traditionele interpretatie van deze leer betekent dit dat de vennootschap zal moeten ontbinden in de staat waar hij wil vertrekken en een nieuwe vennootschap opgericht zal moeten worden in de ontvangstaat.²⁷ Dit nodigt uit tot het creëren van secundaire vestigingen zoals dochtervennootschappen en filialen.²⁸ In België wordt deze strikte interpretatie echter niet gevolgd. Zo oordeelde het Hof van Cassatie in het arrest *Lamot* dat de immigratie van een buitenlandse vennootschap kan gebeuren met behoud van rechtspersoonlijkheid.²⁹ Over de emigratie van een binnenlandse vennootschap oordeelde de Raad van State in het arrest *Vanneste* dat het niet uit de Belgische wet voortvloeit dat een vennootschap door het overbrengen van haar werkelijke zetel naar het buitenland ophoudt te bestaan ten opzichte van het Belgische recht.³⁰ Nadien is dit principe ook in het WIPR ingevoerd (art. 112, eerste lid WIPR).

Een ander belangrijk nadeel is dat de ligging van de werkelijke zetel van een vennootschap steeds moeilijker te bepalen wordt. Waar de bestuurders vroeger effectief samenkwamen om de vennootschap te besturen, gebeurt dit nu vaak ‘vanop afstand’. Hierbij kan gedacht worden aan conference calls, telefoongesprekken, e-mails enz... Het is dus niet meer vereist dat de bestuurders fysiek aanwezig zijn op een bepaalde locatie om de vennootschap te besturen.³¹ Daarnaast zorgt deze leer ook voor meer rechtsonzekerheid.³²

2.3 De incorporatieleer

16. Tegenover de werkelijke zetelleer staat de incorporatieleer. Deze leer gebruikt een formeel aanknopingspunt dat geen rekening houdt met feitelijke elementen om het toepasselijk recht op vennootschappen te bepalen. Er zijn twee varianten van deze leer te onderscheiden. De eerste is de *eigenlijke incorporatieleer*. Deze neemt de plaats van de incorporatie als aanknopingspunt. Dit is de plaats waar de vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, waar hij is opgericht. Aangezien een vennootschap slechts één keer opgericht kan worden, kan

²⁷ K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht IV. Verenigingen en vennootschappen. Deel II De Vennootschap. A. Algemeen deel*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 396; J. MEEUSEN, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie.” *TRV* 2003, 100.

²⁸ K. GEENS, “Over internationale zetelverplaatsing” in A. VERBEKE J. VERSTRAETE, L. WEYTS (eds.), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 564

²⁹ Cass. 12 november 1965, *RW* 1965-66, 911-915, concl. DUMON.

³⁰ R.v.St. 29 juni 1987, *TRV* 1988, 110, noot K. Lenaerts.

³¹ Concl. AG DARMON bij HvJ 27 september 1988, nr. 81/87, Daily Mail, overweging 7; Gent (7^e k.), 4 november 2013, *TGR-TWVR* 2014, 262.

³² Zie hoofdstuk 2.3.

dit formeel aanknopingspunt later niet gewijzigd worden.³³ Daartegenover staat de *statutaire zetelleer*. De staten die deze leer volgen nemen de plaats van de statutaire zetel of de registratie in het vennootschapsregister als aanknopingspunt voor hun nationaal vennootschapsrecht. In de regel zullen de lidstaten die deze leer volgen toestaan dat vennootschappen hun statutaire zetel grensoverschrijdend verplaatsen, en dat ze zich grensoverschrijdend kunnen omzetten, zonder verlies van rechtspersoonlijkheid. Hoewel de inhoud van de begrippen incorporatieleer en statutaire zetelleer verschilt worden ze vaak door elkaar gebruikt.³⁴

17. Het voordeel van de incorporatieleer is dat hij meer rechtszekerheid biedt dan de werkelijke zetelleer. Aan de hand van het formeel aanknopingspunt kan men op een eenvoudige, duidelijke manier het toepasselijk recht aanduiden. Er is geen discussie mogelijk over de ligging van de zetel, in tegenstelling tot bij de werkelijke zetelleer waar de ligging van de zetel een feitenkwesie is.³⁵ Daarnaast biedt de incorporatieleer de keuze aan de ondernemers om te kiezen welk recht van toepassing is op hun vennootschap door deze in een bepaalde staat op te richten of door de zetel er statutair te plaatsen.³⁶ Als spiegelbeeld hiervan biedt het de lidstaten die de incorporatieleer aanhangen de mogelijkheid om hun vennootschapsrecht te exporteren.³⁷ Staten die de incorporatieleer volgen hebben gewoonlijk de neiging economisch liberaler te zijn dan hun tegenhangers die de werkelijke zetelleer volgen.³⁸

³³ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 136-137.

³⁴ *Ibid.* 96-97; J-P. BLUMBERG, "Over het grensoverschrijdende associatieconcern, zetelverplaatsing en internationale fusie", *TPR* 1992, 814-816; J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 51; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht IV. Verenigingen en vennootschappen. Deel II De Vennootschap. A. Algemeen deel*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 396; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 1184; J. MEEUSEN, "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie." *TRV* 2003, 98-99; T. TILQUIN, "L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis", *RPS* 1998, 13-14; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 212.

³⁵ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 1184; K. MARESCEAU, "Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer", *WP* 2014, afl.2, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2014-02.pdf>, 13-14.

³⁶ J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 51-52; J. MEEUSEN, "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie." *TRV* 2003, 98-99.

³⁷ K. MARESCEAU, "Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer", *WP* 2014, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2014-02.pdf>, 14-15.

³⁸ J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 51; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 212.

18. Logischerwijze leidt deze leer tot *regulatory competition*. Ondernemers zullen steeds trachten het meest voordelige recht van toepassing te laten zijn op hun vennootschap. De lidstaten zullen onderling concurreren om ondernemingen aan te trekken door hun vennootschapsrecht zo aantrekkelijk mogelijk te maken.³⁹ Wanneer men hierin slaagt wordt dit het ‘*Delaware-effect*’ genoemd.⁴⁰ Op zich is *regulatory competition* niet nadelig. Men vreest echter dat deze competitie leidt tot een *race to the bottom*. Wanneer de lidstaten dusdanig hard concurreren en elkaar proberen te overtroeven dat ze daarbij de bescherming van aandeelhouders, schuldeisers, werknemers, het voorkomen van fiscale en sociale fraude enz... ondergeschikt maken aan het aantrekken van vennootschappen, lijkt de vennootschapsrechtelijke race inderdaad *to the bottom* te zijn.⁴¹

2.4 Het tegelijk bestaan van de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer

19. Op dit moment zijn de lidstaten van de Europese Unie verdeeld over de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer.⁴² De Europese wetgever heeft tot op dit moment nog niet voor een harmonisatie gezorgd. Het Hof van Justitie heeft reeds verschillende arresten gevelde over de bestaanbaarheid van de beide leren. Dit heeft tot een zekere harmonisatie geleid, maar er wordt niet duidelijk gekozen voor één van de beide leren.⁴³

20. Het grote probleem van het tegelijk bestaan van beide leren komt aan het licht bij de verplaatsing van de werkelijke zetel van een vennootschap van een lidstaat naar een andere lidstaat. Er zijn vier situaties die zich kunnen voordoen. Deze zullen kort toegelicht worden om aan te geven waarom de pluraliteit van aanknopingspunten binnen de Unie problematisch is. Voor de analyse van de vier hypothesen wordt abstractie gemaakt van de nuances en subtiele verschillen binnen elke leer. Bij eventuele temperingen door het Belgische systeem wordt wel stilgestaan.

³⁹ J. ARMOUR, “Who Should Make Corporate Law? EC Legislation *versus* Regulatory Competition”, *Current Legal Problems* 2005, 375-379.

⁴⁰ In de Verenigde Staten heeft men een grote vrijheid om het toepasselijke vennootschapsrecht te bepalen. De staat Delaware biedt een zeer kwalitatief hoogstaand vennootschapsrecht en gespecialiseerde rechters en volgt de statutaire zetelleer, daarom trekt zij veel vennootschappen aan. Zie o.a. O. CACHARD, *Droit International Privé*, Brussel, Larcier, 2016, 274; C. HJI PANAYI, “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths” in P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 127.

⁴¹ J. MEEUSEN, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest *Überseering* van het Hof van Justitie.” *TRV* 2003, 99.

⁴² Zie hoofdstuk 2.1.

⁴³ Zie hoofdstuk 4.

2.4.1 Hypothese 1: Incorporatieleer-Staat naar Incorporatieleer-Staat

21. Wanneer een vennootschap zijn werkelijke zetel verplaatst van Ierland naar Nederland dan blijft hij onderworpen aan het Ierse vennootschapsrecht. Zowel Ierland als Nederland volgen de incorporatieleer.⁴⁴ Hoewel de werkelijke zetel van de vennootschap verplaatst is, wordt er niet aan de plaats van incorporatie geraakt, waardoor het toepasselijk recht niet wijzigt.⁴⁵ Bijgevolg blijft ook de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap voortbestaan.⁴⁶

Voor de staten die de incorporatieleer volgen maakt het niet uit of de werkelijke zetel verplaatst. Zolang de plaats van incorporatie onaangeroerd blijft, verandert het toepasselijk recht niet.

2.4.2 Hypothese 2: Werkelijke zetelleer-Staat naar Werkelijke zetelleer-Staat

Wanneer een vennootschap zijn werkelijke zetel verplaatst van België naar Frankrijk zal het Franse recht van toepassing worden. Zowel België als Frankrijk nemen de werkelijke zetel van de vennootschap als aanknopingspunt voor het toepasselijke recht.⁴⁷ Zulke verplaatsing leidt gewoonlijk tot het verlies van rechtspersoonlijkheid van de vennootschap.⁴⁸ Naar Belgisch recht is het evenwel mogelijk om de voornaamste vestiging te verplaatsen van een staat naar een andere zonder verlies van rechtspersoonlijkheid, wanneer dit gebeurt met inachtneming van de voorwaarden waaronder het recht van deze staten dit toestaat (art. 112, eerste lid WIPR).⁴⁹ Wanneer niet aan deze voorwaarden voldaan is, is het moeilijk om nog van een verplaatsing te spreken. In dat geval zal de oorspronkelijke vennootschap immers ontbonden worden en wordt er een nieuwe vennootschap opgericht in de ontvangststaat.⁵⁰

2.4.3 Hypothese 3: Incorporatieleer-Staat naar Werkelijke zetelleer-Staat

22. Wanneer een vennootschap zijn werkelijke zetel verplaatst van Nederland naar België zullen in principe de beide rechtsstelsels van toepassing zijn op de vennootschap. Nederland

⁴⁴ Zie hoofdstuk 2.1.1.

⁴⁵ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 1190.

⁴⁶ P. DE BANDT, "Artikel 54 VWEU" in STEENNOT, R., STUYCK, J., VANHEES, H., WYMEERSCH, E., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.; J. MEEUSEN, "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie." *TRV* 2003, 100.

⁴⁷ Zie hoofdstuk 2.1.1.

⁴⁸ P. DE BANDT, "Artikel 54 VWEU" in STEENNOT, R., STUYCK, J., VANHEES, H., WYMEERSCH, E., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.; J. MEEUSEN, "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie." *TRV* 2003, 100.

⁴⁹ Zie hoofdstuk 2.2; J. ERAUW, *Handboek Belgisch internationaal privaatrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 579-580

⁵⁰ F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2005, 989.

knoopt het toepasselijk recht aan de plaats van incorporatie. Dit blijft Nederland, dus haar recht blijft van toepassing. België knoopt het toepasselijk recht daarentegen aan de werkelijke zetel. Deze ligt nu in België en zo wordt ook het Belgische recht van toepassing. Dit resulteert in een dubbele nationaliteit voor de vennootschap.⁵¹

2.4.4 Hypothese 4: Werkelijke zetelleer-Staat naar Incorporatieleer-Staat

23. Wanneer een vennootschap zijn werkelijke zetel verplaatst van België naar Nederland is geen van beide rechtsstelsels van toepassing. Nederland knoopt het toepasselijk recht van de vennootschap aan de plaats van incorporatie. Dit is België, dus het Nederlandse recht is niet van toepassing. België knoopt zijn vennootschapsrecht aan de plaats van de werkelijke zetel. Op dit moment is dit Nederland. Het Belgische recht zal dus ook niet van toepassing zijn op de vennootschap. Als de beide leren in dit geval strikt zouden worden nageleefd, leidt dit tot staatloosheid voor de vennootschap.⁵²

24. In het Belgische recht wordt dit gevolg door het leerstuk van de renvoi getemperd. Het Belgische recht zal in dit geval toch van toepassing zijn omdat het rechtsstelsel dat wordt aangewezen en dat de incorporatieleer volgt terug zal verwijzen naar het Belgische recht (art. 110, tweede lid WIPR).⁵³

⁵¹ K. GEENS, C. CLOTTENS, S. COOLS, S. DE DIER, F. PARREIN, “De rol van het nationale recht in het Europese vennootschapsrecht” in I. SAMOY, V. SAGAERT, E. TERRYIN (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 361.

⁵² *Ibid.*; E. WYMEERSCH, “The transfer of the company’s seat in European company law”, *CML Rev.* 2003, 667.

⁵³ R.v.St. 29 juni 1987, *TRV* 1988, 113-114, noot K. LENAERTS; Zie hoofdstuk 3.2.3.

Onderstaande figuur vat de problematiek schematisch samen:

Verplaatsing naar Verplaatsing van	Incorporatieleerstaat	Werkelijke zetelleerstaat
Incorporatieleerstaat	Geen probleem	Dubbele nationaliteit
Werkelijke zetelleerstaat	Staatloosheid maar tempering door renvoi art. 110, tweede lid WIPR	In principe ontbinding en heroprichting, tempering art. 112, eerste lid WIPR

2.4.5 Conclusie

25. Deze vier hypothesen geven duidelijk weer dat het aanhouden van meer dan één aanknopingspunt voor het nationale vennootschapsrecht binnen de Europese Unie problematisch is voor de grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. Deze problematiek kan onder andere opgelost worden door op Europees niveau één van beide aanknopingspunten op te leggen aan de lidstaten.⁵⁴

⁵⁴ Voor een verdere bespreking van deze mogelijkheid zie hoofdstuk 4.2.7.1.

3 De werkelijke zetelleer in België

26. De werkelijke zetelleer wordt reeds lange tijd gevolgd in België. Het wetsartikel waarin voor deze leer gekozen wordt is echter een aantal keer gewijzigd. Eerst wordt er kort stilgestaan bij de evolutie van het Belgische recht met betrekking tot het bepalen van de *lex societatis*. Daarna wordt toegelicht hoe de *lex societatis* op dit moment aangeduid wordt naar Belgisch recht.⁵⁵

3.1 Evolutie

27. Artikel 197 van de Gecoördineerde Wetten op de handelsvennootschappen⁵⁶ (Hierna Venn.W.) bepaalde dat de ‘hoofdvestiging’ van de vennootschap genomen wordt als aanknopingsfactor voor het recht dat toepasselijk is op de vennootschap. Dit artikel werd ingevoerd door de wet van 18 mei 1873.⁵⁷ Bij het coördineren van de wetten op de handelsvennootschappen⁵⁸ kwam het artikel in titel IX van Boek I van het wetboek van koophandel terecht.⁵⁹ Reeds toen al werd de werkelijke zetelleer verkozen om de *lex societatis* te bepalen. Ook al was de oprichtingsakte in het buitenland verleden, de vennootschap die zijn hoofdvestiging in België had was aan het Belgische vennootschapsrecht onderworpen.

28. Bij de wet van 7 mei 1999 houdende het Wetboek van Vennootschappen (Hierna W.Venn.) werd dit artikel afgeschaft. De idee van het oude artikel 197 Venn.W. werd hernomen in artikel 56 W.Venn.⁶⁰ De formulering van het artikel was echter enigszins anders. In het W.Venn. verwees men naar de ‘werkelijke zetel’ in plaats van naar de ‘hoofdvestiging’ van de vennootschap. Uit de parlementaire stukken blijkt dat het gebruik van de andere term de bestaande wettelijke regeling niet wijzigde. Men heeft destijds voor deze nieuwe formulering gekozen omdat zij nauwer aansluit bij de rechtspraak en de rechtsleer over deze problematiek.⁶¹

⁵⁵ In deze thesis wordt enkel stilgestaan bij het toepasselijk vennootschapsrecht. In tegenstelling tot het toepasselijk recht wordt er voor de internationale bevoegdheid in bepaalde gevallen zowel bij de werkelijke als bij de statutaire zetel aangeknoopt (art. 109 WIPR). Hier zal echter niet verder op ingegaan worden; T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Internationaal Privaatrecht: de essentie*, Brugge, Die Keure, 2016, 427-428.

⁵⁶ Art. 197 Venn.W.: “*Elke vennootschap die haar hoofdvestiging in België heeft, is aan de Belgische wet onderworpen, ook al is de akte van oprichting in het buitenland verleden.*”

⁵⁷ Wet 18 mei 1873, BS 25 mei 1875.

⁵⁸ KB 30 november 1935, BS 5 december 1935.

⁵⁹ H. BRAECKMANS, E. WYMEERSCH, *Het gewijzigd vennootschapsrecht 1995*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1996, 349.

⁶⁰ Art. 56 W.Venn.: “*Een vennootschap waarvan de werkelijke zetel zich in België bevindt is aan de Belgische wet onderworpen, ook al is de akte van oprichting in het buitenland verleden.*”

⁶¹ Wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van vennootschappen Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 1998-99 nr. 1838/1, 29.

29. Bij de inwerkingtreding van het WIPR op 1 oktober 2004 werd artikel 56 van het W.Venn. opgeheven.⁶² Nu bepaalt art. 110 WIPR⁶³ dat rechtspersonen worden beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied zich vanaf de oprichting hun voornaamste vestiging bevindt.

30. Hierbij vallen drie elementen op. Ten eerste kiest de wetgever voor een terminologie die eerder aansluit bij deze uit de Venn.W. door te verwijzen naar de ‘voornaamste vestiging’ en laat hij de notie ‘werkelijke zetel’ vallen. De wetgever kiest hiervoor om de duidelijkheid binnen het WIPR te bevorderen. Het criterium van de voornaamste vestiging wordt immers ook gebruikt om de ‘gewone verblijfplaats’ van een rechtspersoon aan te duiden.⁶⁴

Ten tweede wordt er in het huidige artikel verwezen naar ‘rechtspersonen’ en niet meer naar ‘vennootschappen’. De wetgever kiest er zo voor om dit hoofdstuk ook van toepassing te maken op rechtspersonen die geen vennootschap zijn, zoals verenigingen.⁶⁵ Voordat dit principe in het WIPR werd opgenomen nam men echter reeds per analogie aan dat de artikels van toepassing waren op de rechtspersonen die geen vennootschap waren.⁶⁶ Nu is dit principe ook uitdrukkelijk in de wettekst opgenomen.

Ten derde wordt het artikel niet meer enkelzijdig geformuleerd. Vroeger werd enkel bepaald dat de Belgische wet toepasselijk was op de vennootschappen met hun hoofdvestiging (197 Venn.W.) of werkelijke zetel (56 W. Venn.) in België. Art. 110 WIPR bepaalt dat het recht van de plaats waar de voornaamste vestiging zich bevindt van toepassing is. Zo kan op basis van dit artikel ook het recht van een andere staat worden aangeduid.⁶⁷ Ook dit principe werd ervoor

⁶² Art. 139, 10° WIPR.

⁶³ Art.110 WIPR.

⁶⁴ Art. 4, §2, 2° WIPR; Wetsvoorstel houdende het Wetboek internationaal privaatrecht Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Senaat 2003 (buitengewone zitting), 3-27/1, 130. (hierna: MvT WIPR).

⁶⁵ MvT WIPR, 129; J. ERAUW, *Handboek Belgisch internationaal privaatrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 564-565.

⁶⁶ A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht, een Inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 113-114; G. VAN HECKE, K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1989, 341.

⁶⁷ F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2005, 978.

reeds aanvaard door de rechtspraak⁶⁸ en de rechtsleer⁶⁹ ondanks dat de tekst unilateraal was geformuleerd. Nu heeft de wetgever ook de wettekst duidelijk gebilateraliseerd.⁷⁰

3.2 Analyse van het huidige recht

3.2.1 *Het systeem uit art. 110 WIPR e.v.*

31. Artikel 110 WIPR duidt de *lex societatis* aan. De rechtspersonen worden beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied zich vanaf de oprichting hun *voornaamste vestiging* bevindt. Art. 4, §3 WIPR stelt dat de voornaamste vestiging van een rechtspersoon wordt bepaald door in het bijzonder rekening te houden met zijn bestuurscentrum, evenals met zijn zaken- of activiteitencentrum, en in bijkomende orde met zijn statutaire zetel.

Het begrip *voornaamste vestiging* is gesteund op feitelijke gegevens, die aangeven waar een (rechts)persoon het centrum van zijn belangen heeft.⁷¹ Aangezien de voornaamste vestiging afhankelijk is van feitelijke omstandigheden behoort de vaststelling ervan tot de beoordelingsbevoegdheid van de overheid die hierover uitspraak moet doen.⁷²

32. De wetgever heeft wel enkele aanknopingspunten gegeven. Om de *lex societatis* van een vennootschap te bepalen moet er rekening gehouden worden met drie beoordelingscriteria in dalende volgorde van belangrijkheid.

Ten eerste: *het bestuurscentrum*. De wettekst bepaalt dat er hiermee *in het bijzonder* rekening gehouden moet worden. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat dit overeenstemt met de term hoofdbestuur zoals deze wordt aangewend in het EVO-Verdrag.⁷³ Dit criterium komt grotendeels overeen met wat voorheen bekend stond als de “werkelijke

⁶⁸ Cass. 12 april 1888, *Tant t. Boutmy*, Pas. 1888, 186-190.

⁶⁹ J. ERAUW, *Handboek Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 565; J. ERAUW, *Beginselen van internationaal privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1985, 257; J. MEEUSEN, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie.” *TRV* 2003, 97; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé, Tome II, Droit positif Belge*, Brussel, Larcier, 1993, 731-732.

⁷⁰ MvT WIPR, 131; C. TUBEUF, “Article 110 Droit applicable à la personne morale” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd – Le code de droit international privé commenté*, Antwerpen-Oxford / Brussel, Intersentia / Bruylant, 2006, 573-574.

⁷¹ J. ERAUW, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: XVII Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 858-860; G. VAN CALSTER, “art. 4 WIPR” in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 627-629.

⁷² MvT WIPR, 31.

⁷³ Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten van 19 juni 1980, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133109>.

zetel” van de vennootschap.⁷⁴ Dit zal vaak samenvallen met de statutaire zetel, maar dat is niet per definitie zo.⁷⁵

Ten tweede: *het zaken- of activiteitencentrum*. Het zakencentrum of, met betrekking tot burgerrechtelijke vennootschappen, het activiteitencentrum kunnen aangewend worden samen met andere criteria om het bestuurscentrum te lokaliseren.⁷⁶

Ten derde: *de statutaire zetel*. Dit criterium wordt slechts in bijkomende orde aangewend. De statutaire zetel kan een rol spelen voor zover hij ertoe bijdraagt de wil van de oprichters om de vennootschap op een bepaalde plaats te vestigen te tonen. Dit criterium kan echter nooit op zichzelf volstaan.⁷⁷

33. Het bestuurscentrum is het belangrijkste van de drie criteria. De andere criteria mogen echter niet zomaar buiten beschouwing gelaten worden, zelfs wanneer de ligging van het bestuurscentrum vaststaat. De wetgever wil voorkomen dat een dochteronderneming die haar zakencentrum en statutaire zetel in België heeft maar die bestuurd wordt door een in het buitenland gevestigde moedervernootschap niet in België gelokaliseerd kan worden.⁷⁸ Het volstaat dus niet dat het bestuur wordt uitgeoefend door een vennootschap die in het buitenland gevestigd is om te oordelen dat de voornaamste vestiging niet in België gelegen is.⁷⁹

⁷⁴ Art. 56 W.Venn.

⁷⁵ MvT WIPR, 31; J. ERAUW, “Artikel 4: woonplaats en gewone verblijfplaats” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd – Le code de droit international privé commenté*, Antwerpen-Oxford / Brussel, Intersentia / Bruylant, 2006, 19-25.

⁷⁶ MvT WIPR, 31.

⁷⁷ MvT WIPR, 31-32; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé. Précis de la Faculté de Droit de l’Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2005, 980.

⁷⁸ J. ERAUW stelt dat de wetgever hiervoor koos om een situatie zoals bij de sluiting van de Renault-vestiging in Vilvoorde te vermijden. Alle activiteiten van deze vestiging, die een dochtervennootschap was van een Franse moedervernootschap, werden ontplooid in België, waardoor het zakencentrum in België lag. Ook de statutaire zetel was in België gevestigd. Het bestuur was echter in handen van de Franse moedervernootschap, waardoor de vennootschap aan het Franse recht onderworpen was. Zulke situatie wilde de wetgever vermijden voor de toekomst. Voor meer informatie over de Renault-vestiging en de sluiting ervan zie: Y. DE PARTZ, M. TARDY, M-L. GABRIEL, R. MARTON, “Renault-Vilvorde Ferme: 3100 emplois disparaissent Belgique, Pays roi de la construction auto? Histoire d’amour Franco-Belge...”, *Le Soir*, 28 februari 1997, <http://www.lesoir.be/archive/recup%3A%252Frenault-vilvorde-ferme-3100-emplois-disparaissent-t-19970228-ZODDEM.html>; T. VAN LIEROP, L. VANCLOOSTER, A. DUMAREY, “20 jaar sluiting Renault Vilvoorde: een chronologie”, *Deredactie.be*, 25 februari 2017, <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws/Longreads/1.2901007>; J. ERAUW, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: XVII Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 858-860; J. ERAUW, *Handboek Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 566; J. ERAUW, “Artikel 4: woonplaats en gewone verblijfplaats” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd – Le code de droit international privé commenté*, Antwerpen-Oxford / Brussel, Intersentia / Bruylant, 2006, 24.

⁷⁹ MvT WIPR, 32.

3.2.2 *Het systeem toegepast in de Belgische rechtspraak*

34. De bepaling van de voornaamste vestiging blijkt duidelijk een feitenkwestie te zijn.⁸⁰ Zoals bepaald in art. 4, §3 WIPR is het bestuurscentrum het belangrijkste aanknopingspunt. Elementen die vaak worden gebruikt in de rechtspraak om aan te tonen waar het bestuurscentrum van een vennootschap gelegen is, zijn: De plaats waar de algemene vergaderingen⁸¹ en de raden van bestuur plaatsvinden, waar de zaakvoerders samenkomen en hun beslissingen nemen, de plaats waar men de boekhouding houdt, waar men archieven, boeken en sociale documenten bewaart, waar de kantoren gelegen zijn, waar men beschikt over een bankrekening, waar men zijn correspondentie ontvangt enz,...⁸² Het is hierbij van geen belang in welke staat de aandelen of effecten in de vennootschap gehouden⁸³ of verkocht⁸⁴ worden. Het is daarnaast ook niet voldoende dat een vennootschap zijn zetel in België heeft om te oordelen dat ook de overkoepelende holdingvennootschap in België gevestigd is.⁸⁵

35. Uit de rechtspraak blijkt dat de rechters telkens de feiten grondig analyseren om te bepalen waar de voornaamste vestiging of werkelijke zetel zich bevindt. Er wordt echter vaak uitgegaan van de idee dat de statutaire zetel samenvalt met de werkelijke zetel. Men gaat pas verder zoeken naar andere aanknopingspunten wanneer blijkt dat de statutaire en de werkelijke zetel niet samenvallen.⁸⁶ Hoewel de statutaire zetel pas in bijkomende orde van belang is, en dus op de laatste plaats komt om te bepalen waar de werkelijke zetel gelegen is, krijgt deze toch een belangrijke plaats binnen de rechtspraak. Bepaalde auteurs noemen art. 4, §3 WIPR om deze reden werkelijkheidsvreemd. Zij stellen dat dit artikel onterecht de indruk wekt dat de statutaire zetel op de laatste plaats komt om de ligging van de werkelijke zetel te bepalen.⁸⁷ Mijns inziens is deze kritiek niet volledig terecht. Enerzijds klopt het dat men in de regel eerst de statutaire zetel, die vaak samenvalt met de werkelijke zetel, toetst aan de criteria van art. 4,

⁸⁰ J. ERAUW, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: XVII Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 858-860; J. MEEUSEN, "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie." *TRV* 2003, 97-98; N. VANDEBEEK, "art. 110 WIPR" in X., *Vennootschappen en verenigingen, artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

⁸¹ Gent (7^e k.) 4 november 2013, *TGR-TWVR* 2014, 262.

⁸² Kh. Hasselt 22 april 1998, *TBH* 1998, 404; Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, 1116.

⁸³ Kh. Namen 14 oktober 1986, *RPS* 1986, 265.

⁸⁴ Brussel 12 juni 1996, *TRV* 1997, 409, noot P. VANDEPITTE.

⁸⁵ Antwerpen 13 maart 2000, *TRV* 2000, 239-240, noot K. VANDERHEYDEN en S. DEVISCH.

⁸⁶ Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, 1116.

⁸⁷ H. DE WULF, L. VAN DEN STEEN, "Enkele problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen lex concursus en lex societatis, de effecten op rekening en Europees getinte class actions in de VS" *WP* 2009, afl. 6, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2009-06.pdf>, 3; K. MARESCEAU, "Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer", *WP* 2014, afl. 2, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2014-02.pdf>, 2.

§3 WIPR. De ligging ervan is immers zeer gemakkelijk te bepalen. Enkel wanneer blijkt dat de voornaamste vestiging daar niet gelegen is, zal verder gezocht worden. De statutaire zetel krijgt op deze manier inderdaad een zeker belang omdat men eerst haar ligging toetst aan art. 4, §3 WIPR. Anderzijds behoudt de statutaire zetel haar ondergeschikte plaats als criterium binnen de toets van art. 4, §3 WIPR. Het feit dat men de ligging van de statutaire zetel eerst toetst, raakt niet aan het belang dat deze zetel binnen de toets heeft. Hoewel de statutaire zetel een belangrijke plaats krijgt, omdat deze meestal eerst getoetst wordt, is het werkelijkheidsvreemd noemen van de toets mijns inziens te verregaand. De verschillende criteria zullen immers steeds én volgens de volgorde van belang getoetst moeten worden.

Dit wordt ook bevestigd door het Hof van Cassatie dat duidelijk aangeeft dat het niet voldoende is dat een vennootschap in een bepaalde staat is opgericht opdat zij haar voornaamste vestiging op die plaats heeft. Dit zou immers onvermijdelijk leiden tot een de facto incorporatieleer. Alle criteria van art. 4, §3 WIPR moeten steeds getoetst worden.⁸⁸ De statutaire zetel komt op deze manier nog steeds op de laatste plaats als criterium om de ligging van de werkelijke zetel te bepalen.

3.2.3 *Renvoi*

36. Art. 16 WIPR bepaalt dat renvoi in principe is uitgesloten. Wanneer het recht van een staat wordt aangewezen verstaat men hieronder alle rechtsregels van die staat met uitsluiting van de regels van het internationaal privaatrecht. Art. 110 WIPR voorziet echter in een uitzondering waardoor er voor rechtspersonen toch een beperkt renvoi mogelijk is.

37. Dit beperkt renvoi houdt in dat wanneer het aangeduide recht verwijst naar het recht volgens hetwelk de rechtspersoon is opgericht, dat recht wordt toegepast (art. 110, 2 WIPR). Deze regel is niet enkel van toepassing indien het aangeduide recht de eigenlijke incorporatieleer volgt, maar ook wanneer het de statutaire zetelleer volgt.⁸⁹

Deze situatie komt voor wanneer het recht dat door het Belgische recht werd aangeduid, de statutaire zetelleer volgt en de statutaire zetel van de vennootschap in een andere staat gelegen is. In dat geval zal het recht van de staat waar de statutaire zetel gelegen is van toepassing zijn.⁹⁰

⁸⁸ Cass. 16 november 2015, *Pas.* 2015, 2600.

⁸⁹ MvT WIPR, 130-131.

⁹⁰ J. ERAUW, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: XVII Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 858-860; J. ERAUW, *Handboek Belgisch internationaal privaatrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 564-565; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2005, 979-980.

De wetgever stelt deze uitzondering op de algemene regel die renvoi uitsluit te hebben ingeschreven om “zo realistisch mogelijk” te zijn. De idee hierbij was dat het vreemd zou zijn dat het Belgische recht bepaalt dat het Engels recht van toepassing is op een rechtspersoon met werkelijke zetel in Engeland, die evenwel geregistreerd is in Nederland. Deze laatste twee landen knopen het nationaal vennootschapsrecht immers aan de plaats waar de rechtspersoon geregistreerd is (i.c. Nederland).⁹¹

In dit specifieke geval is het dus niet de werkelijke zetelleer die de *lex societatis* van een bepaalde vennootschap aanduidt, maar wel de incorporatieleer.

3.2.4 Het toepassingsgebied van het aangewezen recht

38. Art. 111, §1 WIPR houdt een lijst in van elementen waarop het aangewezen recht van toepassing is. Deze lijst is echter niet limitatief of exhaustief. Dit blijkt uit de woordkeuze van de wetgever. Het toepasselijk recht bepaalt “*met name ...*”. Door dit zo te schrijven laat de wetgever de deur open voor andere elementen waarop het aangewezen recht van toepassing kan zijn.⁹² Het toepasselijk recht zal in principe een antwoord bieden op alle vragen die verband houden met de geldigheid, de werking en de ontbinding van de rechtspersoon.⁹³

39. Art. 111, §2 WIPR houdt een bijzondere regel in ter bescherming van derden. Een rechtspersoon kan zich niet beroepen op de regels van toepasselijk recht over onbekwaamheid ten aanzien van een tegenpartij, wanneer deze onbekwaamheid onbekend is in het recht van de staat waar de rechtshandeling gesteld is en de tegenpartij de onbekwaamheid niet kende of niet behoorde te kennen. Dit is een toepassing van de Lizardi-doctrine. Deze doctrine is gebaseerd op een oud Frans Cassatie-arrest in de zaak Lizardi. Hier werd geoordeeld dat een partij zich niet kon beroepen op de onbekwaamheid die enkel gold onder het aangewezen recht en niet

⁹¹ MvT WIPR, 130-131; J. ERAUW, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht: XVII Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 860.

⁹² R. JAFFERALI, “Art. 111 Domaine du droit applicable à la personne morale” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET, *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 579-583; T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht: de essentie*, Brugge, Die Keure, 2016, 432; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, 108; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé. Précis de la Faculté de Droit de l’Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2005, 980-982.

⁹³ MvT WIPR, 131; R. JAFFERALI, “Art. 111 Domaine du droit applicable à la personne morale” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET, *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 579-583; K. GILLET, J. VERMEYLEN, “art. 111 WIPR” in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 778-780; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé. Précis de la Faculté de Droit de l’Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2005, 980

onder het recht van de plaats van de rechtshandeling wanneer de andere partij hier geen kennis van had of behoorde te hebben.⁹⁴

⁹⁴ Lizardi c. Chaize, cass. (req.) 16 januari 1861, S. 1861, 1, 305, zoals beschreven in : J. ERAUW, *Handboek Belgisch internationaal privaatrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 567; LORENZEN, E.G., “French rules of the conflict of laws (part 3)”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 1928, http://digitalcommons.law.yale.edu/fs_papers/4570; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé, Tome II, Droit positif Belge*, Brussel, Larcier, 1993, 404; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2005, 982-984.

4 De *lex societatis* in Europese context

40. Naast de nationale regelgeving is ook het Europees recht van belang. Op basis van de vrijheid van vestiging⁹⁵ heeft het Hof van Justitie reeds verscheidene malen uitspraak gedaan over de bestaanbaarheid van de verschillende nationale regelingen om de *lex societatis* te bepalen binnen de Europese Unie.⁹⁶

Hieronder wordt het Europees wetgevend kader voor deze problematiek toegelicht. Daarna wordt de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot het toepasselijk recht op vennootschappen geanalyseerd.

4.1 Relevante wetgeving

41. Op dit moment is het Europees wetgevend kader met betrekking tot het aanduiden van het toepasselijk vennootschapsrecht zeer beperkt. De Europese wetgever heeft niet eenduidig bepaald op welke manier de *lex societatis* aangeduid moet worden.⁹⁷ De lidstaten krijgen daarentegen een brede bevoegdheid om de aanknopingspunten van hun nationale vennootschapsrecht te bepalen. De enige harmonisatie op Europees niveau komt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Hof toetst de nationale regelingen met betrekking tot vennootschapsrechtelijke mobiliteit aan de vrijheid van vestiging. Deze vrijheid wordt voor vennootschappen geregeld in artikels 49 en 54 van het VWEU.⁹⁸ Deze artikels bieden echter geen expliciet antwoord op vragen over de zetelverplaatsing.⁹⁹ Zoals verder in dit hoofdstuk zal blijken leidt dit gebrek aan een eenduidig geregeld systeem tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid.

4.1.1 De vrijheid van vestiging

42. De interne markt wordt gezien als één van de grootste prestaties van de Europese Unie.¹⁰⁰ De idee is dat men op Europees niveau een juridisch-economische ruimte creëert zoals

⁹⁵ Arts. 49 tot 55 VWEU.

⁹⁶ Zie voetnoot nr. 5

⁹⁷ Zo worden kwesties behorende tot het vennootschapsrecht uit de Rome I verordening en niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen uit de Rome II verordening geweerd (art. 1, 2, f) Rome I-verordening resp. art. 1, 2, d) Rome II-verordening); K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 170-171.

⁹⁸ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 159-160.

⁹⁹ H. DE WULF m.m.v. K. MARESCEAU, "Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: Wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?" in L. DE BROE, M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 11-12.

¹⁰⁰ M. MACIEJEWSKI, L. DANCOURT, "De interne markt: Algemene beginselen", *Eurofeiten 2017 2016*, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/nl/FTU_3.1.1.pdf, 1-2.

deze in een staat bestaat.¹⁰¹ Dit is een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd.¹⁰²

43. De vrijheid van vestiging is één van de pijlers waarop deze interne markt rust. Zij wordt geregeld in de artikels 49 tot 55 van het VWEU. Het begrip vestiging wordt in de Europese rechtspraak ruim ingevuld. In het arrest *Gebhard* omschreef het Hof van Justitie het begrip “vestiging” als volgt: “*Het begrip “vestiging” [...] houdt in, dat een gemeenschapsonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economisch leven van een andere Lid-Staat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting in de Gemeenschap op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen.*”¹⁰³ ¹⁰⁴

44. Het basisartikel voor de vrijheid van vestiging is art. 49 VWEU. Dit artikel bepaalt dat er geen beperkingen op het primaire en secundaire vestigingsrecht mogen zijn voor onderdanen van een lidstaat.

Het *primaire vestigingsrecht* houdt in dat onderdanen van een lidstaat het recht hebben om een vennootschap op te richten in eender welke lidstaat overeenkomstig de regels die gelden voor de vennootschappen van die lidstaat.

Het *secundaire vestigingsrecht* houdt in dat onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd het recht hebben “*met inachtneming van de voor het beroep geldende gedragsregels, binnen de [Unie] meer dan één centrum van werkzaamheid in te richten en te behouden*”.¹⁰⁵

¹⁰¹ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Brussel, Larcier, 2016, 58.

¹⁰² Art. 26 VWEU; oud art. 14 EG-Verdrag; A. ARNULL, A. DASHWOOD, M. DOUGAN, M. ROSS, E. SPAVENTA, D. WYATT, *Wyatt & Dashwood's European Union Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2006, 920-921; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 668-670; M. MACIEJEWSKI, K. PENGELLY, “Vrijheid van vestiging en vrij verrichten van diensten”, *Eurofeiten 2017* 2016, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/nl/FTU_3.1.4.pdf, 1; N. REICH, A. NORDHAUSEN SCHOLEN, J. SCHOLEN, *Understanding EU Internal Market Law*, Cambridge-Antwerpen-Portland, Intersentia, 2015, 3-5.

¹⁰³ HvJ 30 november 1995, nr. C-55/94, *Gebhard*, r.o. 25.

¹⁰⁴ D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 853-856; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 169-170; S. O'LEARY, “Free Movement of Persons and Services” in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 528-529.

¹⁰⁵ HvJ 12 juli 1984, nr. 107/83, *Klopp*, r.o. 22; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 770-771; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 171-172.

De vrijheid van vestiging werkt in twee richtingen. Zo mogen zowel de emigratiestaat als de immigratiestaat er geen verboden beperkingen aan stellen.¹⁰⁶

45. Het verbod op beperkingen aan de vrijheid van vestiging is echter niet absoluut. Dit heeft het Hof van Justitie bevestigd in het arrest *Gebhard*.¹⁰⁷ Nationale maatregelen die de uitoefening van fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken zijn mogelijk, wanneer zij aan de vier voorwaarden van de *rule of reason* voldoen. Zij moeten: (I) zonder discriminatie worden toegepast; (II) hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang; (III) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen; en (IV) niet verder gaan dan nodig voor het bereiken van dat doel.¹⁰⁸

46. Het Hof van Justitie oordeelde in het arrest *Reyners*¹⁰⁹ dat artikel 49 VWEU directe werking heeft. Dit heeft tot gevolg dat men zich voor de nationale rechter rechtstreeks op dit recht kan beroepen.¹¹⁰

4.1.2 De vrijheid van vestiging voor vennootschappen

47. Art. 54 VWEU verruimt het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging naar vennootschappen. Dit artikel bepaalt dat vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Unie hebben, voor de vrijheid van vestiging worden gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van een lidstaat. Het zijn echter enkel de vennootschappen die aan de voorwaarden van artikel 54 VWEU voldoen die kunnen genieten van de vrijheid van

¹⁰⁶ *Daily Mail*, r.o. 19; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, 215.

¹⁰⁷ HvJ 30 november 1995, nr. C-55/94, *Gebhard*, r.o. 37.

¹⁰⁸ J. ARMOUR, "Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition", *Current Legal Problems* 2005, 380; A. ARNULL, A. DASHWOOD, M. DOUGAN, M. ROSS, E. SPAVENTA, D. WYATT, *Wyatt & Dashwood's European Union Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2006, 761-762; A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 494-496; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 862; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 773-776; P. KENT, *Law of the European Union*, Essex, Pearson Education, 2008, 240; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 176-179.

¹⁰⁹ HvJ 21 juni 1974, nr. 2-74, *Reyners*.

¹¹⁰ A. ARNULL, A. DASHWOOD, M. DOUGAN, M. ROSS, E. SPAVENTA, D. WYATT, *Wyatt & Dashwood's European Union Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2006, 128-130 en 765-767; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 290; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, New York, Oxford University Press, 2011, 186-188 en 771; A. KACZOROWSKA, *European Union Law*, Oxford, Routledge-Cavendish, 2009, 647-648; P. KENT, *Law of the European Union*, Essex, Pearson Education, 2008, 101; M. MARESCEAU, *De directe werking van het Europees Gemeenschapsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1978, 18; N. REICH, A. NORDHAUSEN SCHOLE, J. SCHOLE, *Understanding EU Internal Market Law*, Cambridge-Antwerpen-Portland, Intersentia, 2015, 26-28; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Brussel, Larcier, 2016, 521-525.

vestiging. Zij moeten: (I) een winsttoogmerk hebben; (II) opgericht zijn in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat; en (III) hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Unie hebben.¹¹¹

48. Door in de derde voorwaarde drie verschillende aanknopingspunten te geven om de nationaliteit van een vennootschap te bepalen, erkent de Europese wetgever de grote verschillen in de regelgeving van de lidstaten met betrekking tot de vennootschappen en hun activiteiten.¹¹²

49. Hoewel beiden hun grondslag vinden in art. 49 VWEU is de inhoud van de vrijheid van vestiging voor natuurlijke personen niet dezelfde als die voor vennootschappen. Natuurlijke personen hebben zowel een primair als een secundair vestigingsrecht.¹¹³

Voor vennootschappen is de situatie anders. Zij kunnen genieten van hun secundaire vestigingsrecht. Een vennootschap in lidstaat A kan vrij filialen, agentschappen of dochterondernemingen oprichten in lidstaat B.¹¹⁴ Vennootschappen hebben echter geen primair vestigingsrecht. Zij kunnen zich niet met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van het land van oprichting, doorheen de Unie verplaatsen.¹¹⁵ Zo zal een Belgische BVBA niet zijn werkelijke en statutaire zetel naar Nederland kunnen verplaatsen en hierbij nog steeds een Belgische BVBA blijven. Deze problematiek wordt verder toegelicht bij de bespreking van de arresten van het Hof van Justitie.¹¹⁶

Hieronder worden de verschillende vestigingsrechten van natuurlijke personen en vennootschappen schematisch voorgesteld. De vestigingsrechten houden het stellen van de volgende handelingen in een andere lidstaat in:

¹¹¹ J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 109-111; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 883-884; P. DE BANDT, "Artikel 54 VWEU" in STEENNOT, R., STUYCK, J., VANHEES, H., WYMEERSCH, E., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 170-171.

¹¹² P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 779-781; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 170.

¹¹³ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 170-171.

¹¹⁴ HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, Centros; HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, Überseeing; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, Inspire Art.

¹¹⁵ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 170.

¹¹⁶ Zie hoofdstuk 4.2.

	Primair vestigingsrecht	Secundair vestigingsrecht
Natuurlijke personen	Het oprichten van een vennootschap	Het inrichten en behouden van meer dan één centrum van werkzaamheid
Vennootschappen	Geen primair vestigingsrecht voor vennootschappen	Het oprichten van filialen, agentschappen of dochterondernemingen

4.1.3 Oud artikel 293 EG-Verdrag

50. Artikel 293 EG-Verdrag bepaalde dat de lidstaten voor zover nodig met elkaar in onderhandeling moesten treden ter verzekering, voor hun onderdanen, van: (I) de onderlinge erkenning van vennootschappen in de zin van artikel 48, 2^e alinea EG-Verdrag (nu art. 54 VWEU); (II) de handhaving van de rechtspersoonlijkheid in geval van verplaatsing van de zetel van het ene land naar het andere; en (III) de mogelijkheid tot fusie van vennootschappen die onder verschillende nationale wetgevingen ressorteren.¹¹⁷

Dit artikel kende de lidstaten zelf de mogelijkheid toe om tot een harmonisatie te komen van de bepaling van het toepasselijk recht op vennootschappen. De lidstaten zijn echter niet tot een dergelijke harmonisatie gekomen.¹¹⁸ Bij het Verdrag van Lissabon werd dit artikel geschrapt.¹¹⁹ Dit betekent echter niet dat er geen grond meer is voor het verder harmoniseren van het internationaal vennootschapsrecht op Europees niveau. Artikel 81 VWEU biedt de mogelijkheid aan het Europees Parlement en de Raad om, met name wanneer dat nodig is voor de werking van de interne markt, maatregelen vast te stellen die de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen beogen.¹²⁰

¹¹⁷ Art. 293, 3^e streepje, EG-Verdrag; K.J.M. MORTELMANS, *Handboek Europese Gemeenschappen. Verdragsteksten, Verordeningen. Aanverwante Stukken*, Mechelen Kluwer, 1968, losbl.

¹¹⁸ J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 73-74 en 105-111.

¹¹⁹ Art. 2, 280) Verdrag van Lissabon.

¹²⁰ Art. 81, 2, c) VWEU; J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 73-74; J. BORG-BARTHET, "A New Approach to the Governing Law of Companies in the EU: A Legislative Proposal", *Journal of Private International Law* 2010, 592.

4.2 De invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie op de zetelverplaatsing

51. Het gebrek aan Europese wetgeving met betrekking tot de intracommunautaire mobiliteit van vennootschappen leidt ertoe dat de enige harmonisatie op dit vlak uitgaat van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Op dit moment is er een hele verzameling rechtspraak over de grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen, waarin wordt nagegaan of de nationale rechtsstelsels al dan niet in strijd zijn met de vrijheid van vestiging. De meest relevante arresten worden hierna geanalyseerd. Hierbij zal nagegaan worden in welke mate deze materie geharmoniseerd is en of de werkelijke zetelleer zoals deze nu in België bestaat houdbaar is in het licht van de vrijheid van vestiging.

52. Als startpunt van deze rechtspraakanalyse wordt het arrest *Daily Mail*¹²¹ (1988) genomen. In dit eerste arrest oordeelt het Hof dat er enkel een secundair vestigingsrecht en geen primair vestigingsrecht is voor vennootschappen.

Dit arrest wordt gevolgd door twee golven van liberaliserende arresten.¹²² De eerste golf arresten heeft betrekking op het secundaire vestigingsrecht. Dit zijn de arresten *Centros*¹²³ (1999), *Überseering*¹²⁴ (2002) en *Inspire Art*¹²⁵ (2003). Het meer recente arrest *Kornhaas*¹²⁶ (2015) verduidelijkt de draagwijdte van deze eerste golf. De tweede golf arresten heeft betrekking op fiscale regelingen die de vrijheid van vestiging beperken. Dit zijn de arresten *de Lasteyrie du Saillant*¹²⁷ (2004), *Marks & Spencer*¹²⁸ (2005) en *Cadbury Schweppes*¹²⁹ (2006).

Na deze twee golven van liberaliserende arresten werd het Hof opnieuw gevraagd om te oordelen over een soortgelijke situatie als in *Daily Mail*. Dit gebeurde in het arrest *Cartesio*¹³⁰ (2008). In dit arrest erkent het Hof nog steeds geen primair vestigingsrecht voor

¹²¹ HvJ 27 september 1988, nr. 81/87, *Daily Mail* (hierna: *Daily Mail*).

¹²² J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 125.

¹²³ HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros* (hierna: *Centros*).

¹²⁴ HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering BV/NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (hierna: *Überseering*).

¹²⁵ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art* (hierna: *Inspire Art*).

¹²⁶ HvJ 10 december 2015, nr. C-594/14, *Kornhaas* (hierna: *Kornhaas*).

¹²⁷ HvJ 11 maart 2004, nr. C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant* (hierna: *de Lasteyrie du Saillant*).

¹²⁸ HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, *Marks & Spencer plc* (hierna: *Marks & Spencer*).

¹²⁹ HvJ 12 september 2006, nr. C-196/04, *Cadbury Schweppes* (hierna: *Cadbury*).

¹³⁰ HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio* (hierna: *Cartesio*).

vennootschappen maar biedt het de mogelijkheid van de grensoverschrijdende omzetting. In de arresten *Vale*¹³¹ (2012) en *Polbud*¹³² (2017) wordt deze mogelijkheid verder uitgewerkt.

4.2.1 Daily Mail: Geen primair vestigingsrecht voor vennootschappen

53. Het eerste wapenfeit voor het Hof van Justitie met betrekking tot de intracommunautaire zetelverplaatsing dat van belang is voor deze analyse is het arrest *Daily Mail*.¹³³ Hoewel er oudere arresten zijn¹³⁴ is dit het ideale beginpunt.¹³⁵ De latere arresten bouwen immers steeds verder op *Daily Mail*.¹³⁶

54. De vennootschap *Daily Mail* was geïncorporeerd in het Verenigd Koninkrijk. Zij wilde haar centrale bestuurszetel (de werkelijke zetel) verplaatsen naar Nederland, om een Britse belasting te ontwijken. Deze belasting was enkel van toepassing op Britse vennootschappen die hun centrale bestuurszetel in het Verenigd Koninkrijk hebben. Nu deze vestiging na de verplaatsing in Nederland gelegen zou zijn, zou *Daily Mail* aan de belasting ontsnappen. Om deze fiscale vestiging op te geven was er naar Brits recht toestemming van het Ministerie van Financiën vereist. De onderhandelingen met het Ministerie van Financiën met betrekking tot deze toestemming draaiden echter op niets uit. Hierop bracht *Daily Mail* de zaak voor het High Court of Justice, dat op haar beurt aan het Hof van Justitie vroeg of de verplichte toestemming van het Ministerie van Financiën in strijd was met de vrijheid van vestiging.¹³⁷

Hier wordt met andere woorden bevraagd: (I) Of de vrijheid van vestiging een vennootschap die opgericht is in lidstaat A en daar haar statutaire zetel heeft het recht verleent haar werkelijke zetel naar lidstaat B te verplaatsen met behoud van rechtspersoonlijkheid en hoedanigheid van vennootschap van lidstaat A; (II) In welke mate lidstaat A deze verplaatsing afhankelijk kan stellen van bepaalde voorwaarden.¹³⁸

55. Het Hof oordeelt dat de vereiste toestemming van het Ministerie van Financiën de manieren waarop het recht van vestiging normaliter wordt uitgeoefend niet beperkt. Een *normale* uitoefening van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen gebeurt immers via

¹³¹ HvJ 12 juli 2012, nr. C-378/10, *Vale* (hierna: *Vale*).

¹³² HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, *Polbud* (hierna: *Polbud*).

¹³³ *Daily Mail*.

¹³⁴ HvJ 10 juli 1986, nr. 79/85, Segers; HvJ 28 januari 1986, nr. 270/83, Commissie/Franse Republiek.

¹³⁵ J-P. BLUMBERG, “Over het grensoverschrijdende associatieconcern, zetelverplaatsing en internationale fusie”, *TPR* 1992, 824-825.

¹³⁶ J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 105.

¹³⁷ *Daily Mail*, r.o. 3-8.

¹³⁸ *Daily Mail*, r.o. 11.

de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen.¹³⁹ Door de vrijheid van vestiging te beperken tot deze manieren waarop zij *normaliter* wordt uitgeoefend, valt louter het secundaire vestigingsrecht eronder.¹⁴⁰

In het Verenigd Koninkrijk is de toestemming enkel vereist wanneer een vennootschap haar centrale bestuurszetel grensoverschrijdend wenst te verplaatsen met behoud van haar rechtspersoonlijkheid en hoedanigheid van vennootschap naar Brits recht. Dit valt niet binnen de “normaliter uitoefening” van de vrijheid van vestiging, want dit is een vorm van primaire vestiging. Het Hof oordeelt dat de regeling van het Verenigd Koninkrijk bijgevolg geen beperking stelt aan de vrijheid van vestiging.¹⁴¹

56. Het Hof stelt vervolgens dat vennootschappen, in tegenstelling tot natuurlijke personen, wezens van nationaal recht zijn.¹⁴² De nationale rechtsstelsels verschillen sterk zowel met betrekking tot het aanknopingspunt van het nationale vennootschapsrecht als met betrekking tot de mogelijkheid om deze aanknopingspunt later te wijzigen.¹⁴³ Het Hof oordeelt dat het EEG-Verdrag (nu VWEU) de vrijheid van vestiging niet beschouwt als de oplossing voor de vraagstukken die uit deze verschillen tussen de nationale rechtsstelsels voortvloeien. Toekomstige wetgeving of overeenkomsten moeten hier de oplossing toe bieden. Dit op basis van drie redenen: (I) Art. 58 EEG-verdrag (nu art. 54 VWEU) plaatst de verschillende aanknopingspunten voor het vennootschapsrecht die de lidstaten kunnen aanwenden op gelijke voet.¹⁴⁴ (II) De lidstaten hadden de mogelijkheid om zelf overeenkomsten te sluiten en zo te harmoniseren via artikel 220 EEG-Verdrag (later 293 EG-Verdrag). Over deze materie is er echter geen enkele overeenkomst van kracht geworden.¹⁴⁵ (III) Ook de vennootschapsrichtlijnen hadden geen oplossing geboden voor deze verschillen.¹⁴⁶

¹³⁹ *Daily Mail*, r.o. 17.

¹⁴⁰ H. DE WULF m.m.v. K. MARESCAU, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: Wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in L. DE BROE, M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 21-22.

¹⁴¹ *Daily Mail*, r.o. 17-18.

¹⁴² *Daily Mail*, r.o. 19.

¹⁴³ *Daily Mail*, r.o. 20.

¹⁴⁴ *Daily Mail*, r.o. 21.

¹⁴⁵ *Daily Mail*, r.o. 21.

¹⁴⁶ *Daily Mail*, r.o. 22; J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 112.

Om deze redenen kan de vrijheid van vestiging niet de oplossing zijn voor de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen.¹⁴⁷ Hieruit volgt dat in de vrijheid van vestiging geen recht voor vennootschappen om hun werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat gelezen kan worden.¹⁴⁸ Er is met andere woorden geen primair vestigingsrecht voor vennootschappen.¹⁴⁹

Een vennootschap opgericht in lidstaat X ontleent aan de vrijheid van vestiging dus niet het recht om haar werkelijke zetel naar lidstaat Y te verplaatsen, terwijl ze haar hoedanigheid van vennootschap van lidstaat X behoudt.¹⁵⁰

4.2.2 De eerste golf liberaliserende arresten

57. Meer dan tien jaar na het arrest *Daily Mail* deed het Hof van Justitie opnieuw uitspraak in een aantal zaken met betrekking tot de intracommunautaire mobiliteit van vennootschappen. In deze arresten werd het secundaire vestigingsrecht bevestigd. Telkens werd de verplaatsing van de werkelijke zetel naar een lidstaat waar de vennootschap een vestiging had belemmerd door de immigratiestaat. Het Hof werd in deze gevallen gevraagd te oordelen of deze belemmeringen strijdig waren met de vrijheid van vestiging.¹⁵¹ De drie arresten: *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art* worden hieronder samen besproken.

58. Het achterliggende feitenrelaas in de zaken *Centros* en *Inspire Art* is vergelijkbaar. Een in het Verenigd Koninkrijk opgerichte vennootschap wilde een bijkantoor openen in een andere lidstaat: Denemarken (*Centros*) en Nederland (*Inspire Art*). Deze drie lidstaten volgen de incorporatieleer.¹⁵² De vennootschappen wilden enkel activiteiten ontplooiën in Denemarken/Nederland. Ze waren echter in het Verenigd Koninkrijk geïncorporeerd om er te

¹⁴⁷ *Daily Mail*, r.o. 23; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, New York, Oxford University Press, 2011, 779-780.

¹⁴⁸ *Daily Mail*, r.o. 24; C. HJI PANAYI, "Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths" in P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 145-147.

¹⁴⁹ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 170-171.

¹⁵⁰ *Daily Mail*, r.o. 25; J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 112; H. DE WULF m.m.v. K. MARESCEAU, "Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: Wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?" in L. DE BROE, M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 21-24; P. KENT, *Law of the European Union*, Essex, Pearson Education, 2008, 241.

¹⁵¹ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 193-194.

¹⁵² Zie hoofdstuk 2.3.

kunnen genieten van de lagere kapitaalvereisten.¹⁵³ Denemarken weigerde de inschrijving van *Centros*.¹⁵⁴ Op deze manier werd het bestaan van de vennootschap niet erkend door Denemarken.¹⁵⁵ Nederland stelde de aanvullende voorwaarde aan *Inspire Art* dat ze de bijkomende vermelding dat zij een formeel buitenlandse vennootschap is, moest opnemen in haar inschrijving in het register.¹⁵⁶ Dit zou leiden tot bijkomende kapitaalvereisten.¹⁵⁷ Indien niet aan deze bijkomende voorwaarde voldaan werd, zouden de bestuurders naast de vennootschap persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de rechtshandelingen die door de vennootschap verricht worden.¹⁵⁸

De casus in het arrest *Überseering* is ietwat anders. *Überseering* was een Nederlandse vennootschap. Na verloop van tijd kwamen alle aandelen in handen van twee Duitse onderdanen. De Duitse rechter stelde hierop dat de werkelijke zetel van de vennootschap naar Düsseldorf (Duitsland) verplaatst was. Bijgevolg oordeelde hij dat *Überseering*, als vennootschap naar Nederlands recht, in Duitsland geen rechtsbevoegdheid en dus ook geen procesbevoegdheid had.¹⁵⁹

59. Het Hof volgt in deze drie arresten dezelfde stapsgewijze redenering. Eerst stelt het dat de verplaatsing van de werkelijke zetel via een filiaal, agentschap of dochteronderneming beschermd wordt door de vrijheid van vestiging.¹⁶⁰ Daarna oordeelt het dat de maatregelen die de betreffende lidstaten getroffen hebben een beperking van de vrijheid van vestiging vormen.¹⁶¹ Ten laatste gaat het na of er rechtvaardigingsgronden zijn om deze beperkingen te kunnen verantwoorden.¹⁶²

60. Uit deze arresten volgt dat het Hof van Justitie een onderscheid maakt tussen twee soorten maatregelen die lidstaten treffen wanneer vennootschappen er hun werkelijke zetel plaatsen via een secundaire vestiging. Enerzijds zijn er de maatregelen die ertoe leiden dat het

¹⁵³ *Centros*, r.o. 7; *Inspire Art*, r.o. 98; C. HJI PANAYI, “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths” in P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 149 en 156.

¹⁵⁴ *Centros*, r.o. 6-12.

¹⁵⁵ J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 113.

¹⁵⁶ *Inspire Art*, r.o. 35-38.

¹⁵⁷ T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Internationaal Privaatrecht. De essentie*, Brugge, Die Keure, 2016, 425.

¹⁵⁸ *Inspire Art*, r.o. 60.

¹⁵⁹ *Überseering*, r.o. 6-9; J. MEEUSEN, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen”, *TRV* 2003, afl. 2, 102.

¹⁶⁰ *Centros*, r.o. 17-18; *Überseering*, r.o. 52-77; *Inspire Art*, r.o. 95-98.

¹⁶¹ *Centros*, r.o. 19-22; *Überseering*, r.o. 78-82; *Inspire Art*, r.o. 99-105.

¹⁶² *Centros*, r.o. 23-39; *Überseering*, r.o. 83-94; *Inspire Art*, r.o. 106-107 en 131-142.

bestaan in rechte van de vennootschappen niet erkend wordt. Anderzijds zijn er de maatregelen die het eigen nationale vennootschapsrecht dwingend opleggen aan een vreemde vennootschap.¹⁶³

61. De maatregelen die leiden tot het niet erkennen van het bestaan in rechte van vreemde vennootschappen worden besproken in de arresten *Centros* en *Überseering*. Het Hof oordeelt dat redenen van algemeen belang zulke maatregelen nooit kunnen rechtvaardigen. Zij gaan immers regelrecht in tegen de vrijheid van vestiging en kunnen bijgevolg nooit proportioneel zijn.¹⁶⁴ Deze redenering bleek reeds uit het oudere arrest *Segers*¹⁶⁵. In dit arrest oordeelde het Hof dat het voor de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging enkel van belang is dat aan de vereisten van artikel 58 EEG-verdrag (huidig art. 54 VWEU) voldaan is.¹⁶⁶ Dit heeft tot gevolg dat de erkenning niet geweigerd mag worden wanneer een vennootschap opgericht is in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en wanneer zij haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Unie heeft.¹⁶⁷

62. Het Hof oordeelt dat het feit dat de lidstaten de erkenning van een filiaal niet mogen weigeren niet betekent dat de ontvangststaat geen andere maatregelen mag invoeren of handhaven ter bescherming van belanghebbende partijen.¹⁶⁸ Het Hof verbindt deze maatregelen aan twee voorwaarden. Ofwel moeten ze voldoen aan de zogenaamde *antimisbruikleer*, ofwel moeten ze voldoen aan de *rule of reason*. Deze rechtvaardigingsgronden worden verder genuanceerd in de deze drie liberaliserende arresten.¹⁶⁹

63. De antimisbruikleer houdt in dat: “Een lidstaat maatregelen kan treffen die tot doel hebben te verhinderen, dat sommige van zijn onderdanen van de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden profiteren om zich op onaanvaardbare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken en dat de justitiabelen zich met het oog op misbruik of bedrog op het

¹⁶³ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 194.

¹⁶⁴ *Centros*, r.o. 38; *Überseering*, r.o. 92-93; S. CLAVEL, *Droit International Privé*, Parijs, Dalloz, 2016, 520-522.

¹⁶⁵ HvJ 10 juli 1986, nr. 79/85, *Segers* (hierna: *Segers*).

¹⁶⁶ *Segers*, r.o. 16.

¹⁶⁷ H. DE WULF, “Hof van Justitie 5 november 2002 (C-208/00, “Überseering”): Impliceert vrijheid van vestiging het einde van de werkelijke zetelleer?”, *TBH* 2003, 97; S. RAMMELOO, “The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe”, *MJ*, 2003, 185-186.

¹⁶⁸ *Centros*, r.o. 38; C. HJI PANAYI, “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths” in P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 151.

¹⁶⁹ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 196.

*gemeenschapsrecht kunnen beroepen.*¹⁷⁰ Dit bleek ook reeds uit oudere rechtspraak van het Hof.¹⁷¹

Het Hof maakt in de arresten *Centros* en *Inspire Art* de nuance dat een onderdaan van een lidstaat een vennootschap kan oprichten in een lidstaat waar het vennootschapsrecht minder beperkingen oplegt, om daarop in andere lidstaten filialen op te richten. De vrijheid van vestiging beoogt immers net dat vennootschappen in een andere lidstaat activiteiten kunnen uitoefenen via een agentschap, filiaal of dochtervennootschap.¹⁷² Bijgevolg oordeelt het Hof dat “*het feit dat de vennootschap geen activiteiten ontplooit in de lidstaat waar zij gevestigd is, en haar activiteiten uitsluitend of hoofdzakelijk in de lidstaat van haar filiaal uitoefent, niet volstaat ten bewijze van misbruik of bedrog.*”¹⁷³ Deze nuance refereert aan het arrest *Segers*¹⁷⁴.¹⁷⁵ Op deze manier geeft het Hof aan dat lidstaten maatregelen mogen treffen om te voorkomen dat vennootschappen zich aan hun vennootschapsrecht onttrekken. Misbruik zal echter wel telkens in concreto bewezen moeten worden. Er mag niet gewerkt worden met vermoedens die bepaalde “verdachte” vennootschappen onderwerpen aan maatregelen ter bescherming van het algemeen belang wanneer zij een secundaire vestiging openen in een andere lidstaat dan die van hun primaire vestiging.¹⁷⁶

64. Het concept van de *rule of reason* werd hierboven reeds toegelicht.¹⁷⁷ Het Hof stelt dat nationale maatregelen die de uitoefening van de gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken mogelijk zijn wanneer ze aan de *rule of reason* voldoen.¹⁷⁸ Het Hof gaat deze op een strenge manier toepassen en laat weinig ruimte over voor

¹⁷⁰ *Centros*, r.o. 24; *Inspire Art*, r.o. 136.

¹⁷¹ Relevant voor het vennootschapsrecht is: HvJ 12 mei 1998, nr. C-367/96, *Kefalas*, r.o. 20; Voor een vollediger overzicht van rechtspraak zie: *Centros*, r.o. 24 *in fine*.

¹⁷² *Centros*, r.o. 26-27; *Inspire Art*, r.o. 137-138.

¹⁷³ *Centros*, r.o. 29; *Inspire Art*, r.o. 139.

¹⁷⁴ *Segers*, r.o. 16.

¹⁷⁵ C. HJI PANAYI, “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths” in P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 150-151.

¹⁷⁶ C. CLOTTENS, “Vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing na het arrest *Inspire Art*: Is the sky the limit(ed)?”, noot onder HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, *TRV* 2003, 687; H. DE WULF, “noot onder HvJ 30 september 2003, nr. C167/01, *Inspire Art.*” *TBH* 2004, 90; J. DEGUÉE, “Forum Shopping, usage ou abus de liberté d’établissement”, noot onder HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*, *RPS* 2000, 63-68; K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 196-198; J. MEEUSEN, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen”, *TRV* 2003, 111-113; J. MEEUSEN “Hof van Justitie 30 september 2003”, *RW* 2004, 637; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, 220.

¹⁷⁷ Zie hoofdstuk 4.1.1.

¹⁷⁸ *Centros*, r.o. 34; *Inspire Art*, r.o. 133.

maatregelen.¹⁷⁹ Zo stelt het in *Centros* dat de voorliggende regeling niet geschikt is om het doel van de bescherming van schuldeisers te verwezenlijken. Indien de vennootschap wel activiteiten had ontplooid in de vertrekstaat zou haar filiaal wel geregistreerd zijn. De positie van haar schuldeisers had echter even zwak geweest.¹⁸⁰ Ook zou men het doel kunnen bereiken door middel van minder ingrijpende maatregelen, zoals door het bieden van de mogelijkheid in de wet om zekerheden te verschaffen.¹⁸¹ Daarnaast presenteerden de vennootschappen zich steeds als vennootschappen van de vertrekstaat. De potentiële schuldeisers worden zo voldoende geïnformeerd. Zij worden ook beschermd door bepaalde instrumenten van Unierecht, zoals de Vierde en de Elfde vennootschapsrichtlijn.¹⁸² Het Hof van Justitie lijkt op deze manier te stellen dat de schuldeisers reeds voldoende beschermd worden in het huidige stelsel. Het is voor hun bescherming niet vereist dat ze zich per se op het nationale vennootschapsrecht kunnen beroepen.¹⁸³ In het licht van deze strenge interpretatie wordt het zeer moeilijk om te voldoen aan de geschiktheids- en proportionaliteitseis van de *rule of reason*. Deze redenering kan bekritiseerd worden omdat men nu verwacht dat iedereen afdoende kennis heeft van het nationale vennootschapsrecht van de andere lidstaten.¹⁸⁴

65. Uit deze eerste golf van liberaliserende arresten kan geconcludeerd worden dat lidstaten slechts zeer weinig maatregelen kunnen aanwenden om zich te verzetten tegen

¹⁷⁹ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 198-200; C. HJI PANAYI, “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths” in P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 150-152.

¹⁸⁰ *Centros*, r.o. 35.

¹⁸¹ *Centros*, r.o. 38.

¹⁸² *Centros*, r.o. 36; *Inspire Art*, r.o. 135; oud Vierde Richtlijn Raad nr. 78/660/EEG, 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, *Pb.L.* 14 augustus 1978, afl. 222, 11-31; vervangen door Richtlijn Europees Parlement en Raad nr. 2013/34/EU, 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad Voor de EER relevante tekst, *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 182, 19-76; oud Elfde Richtlijn Raad nr. 89/666/EEG, 21 december 1989, betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere lidstaat vallen, *Pb.L.* 30 december 1989, afl. 395, 36-39; vervangen door Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad nr. 2017/1132, 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht, *Pb.L.* 30 juni 2017, afl. 169, 46-127.

¹⁸³ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 200.

¹⁸⁴ C. FROST, “Transfer of Company’s Seat- an Unfolding Story in Europe”, *Victoria University Wellington Law Review* 2005, 371-374.

vennootschappen die in een andere lidstaat zijn opgericht en die in hun staat actief zijn via een secundaire vestiging.¹⁸⁵

66. Dit betekent echter niet dat het nationale vennootschapsrecht van een vestigingsstaat quasi nooit kan worden toegepast op vennootschappen die er hun activiteiten ontplooiën via een secundaire vestiging.¹⁸⁶ In het arrest *Kornhaas* maakt het Hof een duidelijk onderscheid tussen nationale regelingen die betrekking hebben op de oprichting van een vennootschap of de vestiging ervan in een andere lidstaat en de maatregelen die louter de activiteiten van de vennootschap treffen.¹⁸⁷ Dit onderscheid was niet nieuw, zo werd het reeds in *Inspire Art* aangehaald.¹⁸⁸ In *Kornhaas* wordt het echter diepgaander uitgewerkt. Het Hof stelt dat omdat de nationale regeling in casu louter betrekking heeft op de activiteiten (en meer specifiek slechts de activiteiten vanaf de insolventie) van de vennootschap, de vrijheid van vestiging er niet door aangetast kan worden.¹⁸⁹ Dit heeft tot gevolg dat niet moet nagegaan worden of een eventuele beperking aan de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd kan worden, zoals wel het geval was in de eerste golf van liberaliserende arresten. Er moet enkel getoetst worden of de regeling niet in feite of in rechte discriminerend wordt toegepast.¹⁹⁰

Hoewel *Kornhaas* zelf geen duidelijkheid biedt over de afbakening van de beide categorieën van maatregelen die het bespreekt, maakt het wel duidelijk dat zeker niet alle aspecten van het nationale vennootschapsrecht binnen het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging vallen. Hierbij moet wel in het achterhoofd gehouden worden dat maatregelen die ertoe dienen om te voorkomen of te bemoeilijken dat vennootschappen via een secundaire vestiging activiteiten ontplooiën in een bepaalde lidstaat logischerwijze wel zullen raken aan de oprichting of de vestiging van deze vennootschap. Deze zullen daarom wel binnen het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging vallen en moeten voldoen aan de

¹⁸⁵ C. CLOTTENS, “Vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing na het arrest *Inspire Art*: Is the sky the limit(ed)??”, *TRV* 2006, 687.

¹⁸⁶ H. DE WULF, “*Kornhaas*: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen”, *TBH* 2016, 436.

¹⁸⁷ *Kornhaas*, r.o. 28; H. DE WULF, “*Kornhaas*: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen”, *TBH* 2016, 442; M. SZYDLO, “Director’s duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after *Kornhaas*”, *CML Rev.* 2017, 1861-1862.

¹⁸⁸ *Inspire Art*, r.o. 121; M. SZYDLO, “Director’s duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after *Kornhaas*”, *CML Rev.* 2017, 1862.

¹⁸⁹ *Kornhaas*, r.o. 29.

¹⁹⁰ H. DE WULF, “*Kornhaas*: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen”, *TBH* 2016, 444; M. SZYDLO, “Director’s duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after *Kornhaas*”, *CML Rev.* 2017, 1865.

rechtvaardigingstoets zoals in *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art*. Het arrest *Kornhaas* beperkt de secundaire vestigingsvrijheid van vennootschappen bijgevolg niet. Het verduidelijkt enkel dat niet alle regels die de economische activiteit van buitenlandse vennootschappen in het binnenland betreffen noodzakelijk de vrijheid van vestiging raken.

67. Het Hof maakt het onderscheid tussen de eerste golf liberaliserende arresten en de zaak *Daily Mail* door te stellen dat het in dit geval beperkingen zijn die opgelegd worden door de immigratiestaat en niet door de emigratiestaat.¹⁹¹ Dit onderscheid tussen de immigratie- en emigratiesituatie werd mijns inziens terecht kritisch ontvangen door de rechtsleer.¹⁹² Zo werd onder andere aangevoerd dat een intracommunautaire immigratie, waar men slechts weinig ruimte voor beperking heeft, logischerwijze vasthangt aan een emigratie uit een andere lidstaat, die wel een brede mogelijkheid tot beperken krijgt. Op deze manier wordt de intracommunautaire mobiliteit van vennootschappen alsnog grotendeels uitgehouden.¹⁹³

4.2.3 De tweede golf liberaliserende arresten

68. De arresten *de Lasteyrie du Saillant*, *Marks & Spencer* en *Cadbury Schweppes* hebben betrekking op fiscale regelingen die de vrijheid van vestiging voor vennootschappen beperken. In tegenstelling tot de eerste golf liberaliserende arresten gaat het telkens om beperkingen die opgelegd werden door de emigratiestaat. Volgens bepaalde auteurs zou deze tweede golf de vennootschappen “uit hun gevangenis doen breken”.¹⁹⁴ Na deze rechtspraak zouden de vennootschappen zich volledig vrij kunnen bewegen doorheen de Unie.¹⁹⁵ Deze stelling gaat echter te ver. De arresten gaan immers niet rechtstreeks in op *Daily Mail*, noch bepalen ze de relatie tussen een vennootschap en haar oprichtingsstaat. Dit blijkt verder uit het arrest *Cartesio*, waarin het Hof in lijn met *Daily Mail*¹⁹⁶ nog steeds oordeelt dat vennootschappen wezens van

¹⁹¹ *Überseering*, r.o. 63; *Inspire art*, r.o. 103; H. DE WULF, “Hof van Justitie 5 november 2002 (C-208/00, “Überseering”): Impliceert vrijheid van vestiging het einde van de werkelijke zetelleer?”, *TBH* 2003, 96; J. MEEUSEN, “De werkelijke zetelleer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen”, *TRV* 2003, 114-115; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 218-219.

¹⁹² Zie o.a.: C. KERSTING, C. SCHINDLER, “The ECJ’s Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice”, *German Law Journal* 2003, 1277-1292; J. MEEUSEN, “De werkelijke zetelleer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen”, *TRV* 2003, 115-117.

¹⁹³ F. DRINHAUSEN, N. NOHLEN, “The Limited Freedom of Establishment of an SE”, *European Company Law* 2009, 17-18; K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 203-204.

¹⁹⁴ B. ANGELETTE, “The Revolution that Never Came and the Revolution Coming – *De Lasteyrie du Saillant*, *Marks & Spencer*, *Sevic Systems* and the changing Corporate Law in Europe”, *Virginia Law Review* 2006, 1206.

¹⁹⁵ W.F. EBKE, “The Real Seat Doctrine in the Conflict of Corporate Laws”, *Int’l Law*. 2002 1036-1037.

¹⁹⁶ *Daily Mail*, r.o. 19.

nationaal recht zijn en het aan de lidstaten toekomt om de aanknopingsfactor met hun nationaal vennootschapsrecht te bepalen.¹⁹⁷

69. *de Lasteyrie du Saillant* heeft betrekking op een Franse wet die houders van een aanzienlijk aandelenpakket in een Franse vennootschap belaste op de latente meerwaarden van hun aandelen wanneer deze houders zich in een andere lidstaat vestigden. Deze belasting werd bepaald op basis van het verschil tussen de waarde waaraan de aandelen gekocht werden en de marktwaarde op het moment van de emigratie. Zij moest in principe onmiddellijk betaald worden.¹⁹⁸ Dit is problematisch omdat de meerwaarden op dat moment niet gerealiseerd zijn en de belastingplichtige bijgevolg niet noodzakelijk de middelen heeft om deze belasting te betalen.¹⁹⁹

Hoewel deze regeling Franse belastingplichtigen niet verbiedt hun vestigingsrecht uit te oefenen, beperkt ze deze mogelijkheid wel.²⁰⁰ Ze worden immers minder gunstig behandeld dan andere belastingplichtigen die geen gebruik maken van hun vestigingsrecht. Deze worden pas belast op de meerwaarden wanneer ze daadwerkelijk gerealiseerd worden.²⁰¹

Het Hof toetst deze beperkingen aan de *rule of reason* en oordeelt dat ze niet gerechtvaardigd kunnen worden. De regeling is immers van toepassing op alle emigraties, ook deze die niet ingegeven zijn door het doel van belastingontwijking. Minder verregaande maatregelen zijn mogelijk om het doel te bereiken en uit voorgaande rechtspraak van het Hof bleek reeds dat een vermindering van belastinginkomsten niet gezien kan worden als een afdoende grond om de vrijheden die door het Europees recht geboden worden te beperken^{202, 203}.

70. Dit arrest heeft betrekking op natuurlijke personen. De conclusie eruit kan bijgevolg niet zonder meer overgenomen worden voor rechtspersonen. In tegenstelling tot natuurlijke personen hebben rechtspersonen immers geen onbeperkt recht op emigratie.²⁰⁴ Dit blijkt verder

¹⁹⁷ *Cartesio*, r.o. 109-110; J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 123.

¹⁹⁸ *De Lasteyrie du Saillant*, r.o. 12.

¹⁹⁹ Concl. AG Mischo bij HvJ 11 maart 2004, nr. C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*, overweging 32-40.

²⁰⁰ *De Lasteyrie du Saillant*, r.o. 45 en 48.

²⁰¹ *De Lasteyrie du Saillant*, r.o. 46.

²⁰² HvJ 8 maart 2001, nr. C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft*, r.o. 59; HvJ 16 juli 1998, nr. C-264/96, *ICI*, r.o. 28.

²⁰³ *De Lasteyrie du Saillant*, r.o. 49-60; J.W.J. DE KORT, "The European Court of Justice on the Dutch Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder in a Corporation", *Intertax* 2007, 713-714; K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 205.

²⁰⁴ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 170-171.

uit de bespreking van het arrest *Cartesio*.²⁰⁵ Dit arrest herzielt *Daily Mail* bijgevolg niet en leidt dus niet tot een emigratierecht voor vennootschappen. Het biedt wel een aanzet om het arrest *Daily Mail* in verdere rechtspraak te herzien.²⁰⁶

71. In *Marks & Spencer* oordeelt het Hof van Justitie over wetgeving van het Verenigd Koninkrijk die belastingaftrek binnen groepsstructuren door een moedervenootschap enkel mogelijk maakte voor dochtervennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk gevestigd waren.²⁰⁷ Het Hof oordeelt dat de verschillende behandeling van de verliezen die dochtervennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk gevestigd zijn ten opzichte van deze die elders gevestigd zijn ertoe leidt dat vennootschappen ontmoedigd worden hun vrijheid van vestiging uit te oefenen. Bijgevolg is deze behandeling in strijd met de vrijheid van vestiging.²⁰⁸ Dit arrest is van belang omdat het regelingen van een lidstaat die op een meer indirecte manier de vrijheid van vestiging beperken veroordeelt.²⁰⁹ Niet enkel regelingen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging rechtstreeks beperken, maar ook regelingen die vennootschappen ontmoedigen om deze uit te oefenen zijn in strijd met de vrijheid van vestiging.²¹⁰

72. *Cadbury Schweppes* betreft eveneens een fiscale regeling uit het Verenigd Koninkrijk. Moedervenootschappen werden belast op de winst die hun dochtervennootschappen maakten indien deze niet gevestigd waren in het Verenigd Koninkrijk en deze winst onderworpen was aan een lagere belastingvoet.²¹¹ Ook dit vormt een beperking op de vrijheid van vestiging.²¹² Het belang van dit arrest situeert zich bij de rechtvaardigingsgronden. In de arresten *de Lasteyrie du Saillant* en *Marks & Spencer* stelde het Hof dat lidstaten de mogelijkheid hadden de vrijheid van vestiging te beperken wanneer deze beperking gerechtvaardigd werd omdat hij gericht was op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om *belastingwetgeving* te

²⁰⁵ Zie hoofdstuk 4.2.4.

²⁰⁶ J. ARMOUR, "Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition", *Current Legal Problems* 2005, 382; J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 124; J.M. ROVERS, "Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en de SE-Verordening nog een beetje toekomst voor de werkelijke zetelleer?", *NTER* 2006, 50.

²⁰⁷ *Marks & Spencer*, r.o. 22-26.

²⁰⁸ *Marks & Spencer*, r.o. 33-34.

²⁰⁹ J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 124.

²¹⁰ B. ANGELETTE, "The Revolution that Never Came and the Revolution Coming – *De Lasteyrie du Saillant*, *Marks & Spencer*, *Sevic Systems* and the changing Corporate Law in Europe", *Virginia Law Review* 2006, 1217-1218.

²¹¹ *Cadbury Schweppes*, r.o. 3-6.

²¹² *Cadbury Schweppes*, r.o. 46.

ontwijken.²¹³ In *Cadbury Schweppes* breidt het Hof deze grond uit tot het ontwijken van *nationale wetgeving* als geheel.²¹⁴ Deze nuance is echter niet opgenomen in de Nederlandstalige versie van het arrest. In de Engelstalige versie, die de procestaal is, wordt deze nuance wel gemaakt.

Om vast te stellen of er een dergelijke kunstmatige constructie is, moet er zowel aan een subjectief element als aan een objectief element voldaan zijn. Dit subjectieve element houdt de wil om een belastingvoordeel te verkrijgen in. Het objectieve element houdt in dat er niet aan een economische realiteit is voldaan. Een beperking kan dus maar gerechtvaardigd worden wanneer er zowel de wil is om een belastingvoordeel te verkrijgen als een fictieve vestiging die geen enkele daadwerkelijke economische activiteit verricht in de ontvangstaat.²¹⁵ Dit is opnieuw een strenge interpretatie van de rechtvaardigingsgrond van de antimisbruikleer.

4.2.4 *Cartesio: Daily Mail 2.0?*

73. Twintig jaar na het arrest *Daily Mail* deed het Hof opnieuw uitspraak over een soortgelijke situatie in het arrest *Cartesio*. Waar in *Daily Mail* duidelijk gesteld werd dat vennootschappen zich niet kunnen beroepen op de vrijheid van vestiging om hun zetel te verplaatsen met behoud van rechtspersoonlijkheid en vennootschapsvorm werd dit principe na de twee golven van liberaliserende arresten²¹⁶ in vraag gesteld.²¹⁷

74. Een Hongaarse commanditaire vennootschap had de Hongaarse rechter verzocht de verplaatsing van haar zetel naar Italië te laten vastleggen en de vermelding van haar zetel in het handelsregister aan te passen. Ze wilde hierbij wel onderworpen blijven aan het Hongaarse recht. Hongarije volgt echter de werkelijke zetelleer.²¹⁸ Het verzoek werd afgewezen omdat het Hongaarse recht een in Hongarije opgerichte vennootschap niet toestaat om haar zetel naar het buitenland te verplaatsen maar tegelijkertijd wel onderworpen te blijven aan het Hongaarse recht.²¹⁹

²¹³ *Marks & Spencer*, r.o. 57; *de Lasteyrie du Saillant*, r.o. 50; HvJ 16 juli 1998, nr. C-264/96, ICI, r.o. 26; J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 125.

²¹⁴ *Cadbury Schweppes*, r.o. 51.

²¹⁵ *Cadbury Schweppes*, r.o. 64-68 en 75.

²¹⁶ Zie hoofdstukken 4.2.2. en 4.2.3.

²¹⁷ P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 770-783-784.

²¹⁸ *Cartesio*, r.o. 48.

²¹⁹ *Cartesio*, r.o. 21-24.

In de procedure die hierop volgde werd aan het Hof van Justitie gevraagd of de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag (nu 49 en 54 VWEU) “*zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat die een krachtens het nationale recht van deze lidstaat opgericht vennootschap belet haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen maar daarbij wel haar hoedanigheid te behouden van vennootschap die valt onder het nationale recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht.*”²²⁰ Met andere woorden wordt het oordeel van het Hof van Justitie in de zaak *Daily Mail*²²¹ hier in vraag gesteld.

75. Advocaat-Generaal MADURO pleitte ervoor om af te stappen van de beperkte invulling die het Hof gaf aan de vrijheid van vestiging met betrekking tot de intracommunautaire zetelverplaatsing. Hij oordeelde dat de nationale bepalingen die het onmogelijk maken voor een naar nationaal recht opgerichte vennootschap om haar bestuurscentrum te verplaatsen naar een andere lidstaat een verboden beperking vormen aan de vrijheid van vestiging. Hongarije, de emigratiestaat, mocht zich bijgevolg niet op een dergelijke wijze verzetten tegen de verplaatsing van de werkelijke zetel van *Cartesio*.²²² Het Hof volgt deze redenering echter niet en bevestigt, met enkele nuances, zijn oordeel uit het arrest *Daily Mail*.²²³ Vennootschappen zijn wezens van nationaal recht. Het komt bijgevolg toe aan de lidstaten om de aanknopingsfactor met hun nationaal vennootschapsrecht te bepalen.²²⁴ Dit heeft tot gevolg dat het nationaal recht kan vereisen dat ook de werkelijke zetel van een vennootschap in een bepaalde lidstaat moet blijven opdat ze als een vennootschap van dat land beschouwd kan worden en opdat ze haar rechtspersoonlijkheid kan behouden.²²⁵

76. *Cartesio* is echter niet louter *Daily Mail 2.0*. Een belangrijke nuance die het Hof aanbrengt aan de *Daily Mail*-rechtspraak bestaat uit enkele “*obiter dicta*”-overwegingen.²²⁶ In deze overwegingen maakt het Hof een onderscheid tussen de grensoverschrijdende zetelverplaatsing en de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen. Waar een

²²⁰ *Cartesio*, r.o. 99.

²²¹ *Daily Mail*, r.o. 25.

²²² Concl. AG MADURO bij HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*, overweging 22-35; A. AUTENNE, E.-J. NAVEZ, “*Cartesio – Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités*”, *CDE* 2009, 97-99; J. BORG-BARTHET, “*European Private International Law of Companies After Cartesio*”, *International and Comparative Law Quarterly* 2009, 1024; SZYDLO, M., “*Annotation Cartesio*”, *CML Rev.* 2009, 706-707.

²²³ *Cartesio*, r.o. 124.

²²⁴ *Cartesio*, r.o. 109-110.

²²⁵ H. DE WULF m.m.v. K. MARESCEAU, “*Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: Wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?*” in L. DE BROE, M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 29; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS, “*Vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Algemene regels*”, *TPR* 2012, 135.

²²⁶ *Cartesio*, r.o. 111-112.

vennootschap bij een zetelverplaatsing haar hoedanigheid van vennootschap van de oprichtingsstaat behoudt, onderwerpt zij zich bij een omzetting aan het vennootschapsrecht van de ontvangststaat en wordt ze *omgezet* naar een vennootschapsvorm van die staat. Net zoals bij een zetelverplaatsing wordt de rechtspersoonlijkheid bij een omzetting niet onderbroken.²²⁷ Het Hof verduidelijkt dat een belemmering door de emigratiestaat aan zo'n grensoverschrijdende omzetting een verboden beperking van de vrijheid van vestiging uitmaakt, tenzij deze beperking gerechtvaardigd wordt door een dwingende reden van algemeen belang.²²⁸ Hieruit kan geconcludeerd worden dat een grensoverschrijdende omzetting niet gehinderd mag worden door de vertrekstaat wanneer deze omzetting toegestaan is door de ontvangststaat.²²⁹

77. In concreto betekent dit dat een BVBA die zijn werkelijke zetel naar Nederland wil verplaatsen op grond van de vrijheid van vestiging niet het recht heeft om zijn rechtsvorm van BVBA te behouden. Hij kan zich daarentegen wel op de vrijheid van vestiging beroepen om zich grensoverschrijdend om te zetten naar een Nederlandse vennootschapsvorm. Dit betekent dat de Belgische BVBA zich bijvoorbeeld wel kan omzetten naar een Nederlandse BV.

4.2.5 VALE: obiter dicta uit Cartesio toegelicht

78. In de zaak *VALE* kreeg het Hof de mogelijkheid om de draagwijdte van de “*obiter dicta*”-overwegingen uit *Cartesio* te verduidelijken. Een Italiaanse vennootschap wilde haar zetel verplaatsen naar Hongarije en zich daarbij omzetten naar een Hongaarse vennootschapsvorm en zo onder het Hongaarse recht vallen. Hiertoe verzocht ze om een inschrijving in de Hongaarse handelsregisters met als voorganger de originele Italiaanse vennootschap. Hoewel *VALE* bereid was te voldoen aan alle vereisten die het Hongaarse recht

²²⁷ H. DE WULF m.m.v. K. MARESCEAU, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: Wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in L. DE BROE, M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 33; M. MYSZKE-NOWAKOWSKA, *The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies*, Cambridge-Antwerpen-Portland, Intersentia, 2014, 132-133.

²²⁸ *Cartesio*, r.o. 111-113; HvJ 5 oktober 2004, nr. C-442/02, CaixaBank France, r.o. 11 en 17; SZYDLO, M., “Annotation *Cartesio*”, *CML Rev.* 2009, 708-709.

²²⁹ H. DE WULF m.m.v. K. MARESCEAU, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: Wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in L. DE BROE, M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 31; C. GERNER-BEUERLE, M. SCHILLIG, “The Mysteries of Freedom of Establishment after *Cartesio*”, *International & Comparative Law Quarterly* 2010, 19-21.

stelt, was de omzetting niet mogelijk. Het Hongaarse recht voorzag immers enkel in de mogelijkheid om een Hongaarse vennootschap te registreren als rechtsvoorgangster.²³⁰

79. Het Hof van Justitie werd gevraagd of een lidstaat de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen uit een andere lidstaat moet toestaan wanneer ze de mogelijkheid tot omzetting intern aan haar nationale vennootschappen biedt.²³¹

80. Het Hof stelt dat de nationale regeling van de grensoverschrijdende omzetting onder de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt.²³² In het arrest *Sevic* had het reeds geoordeeld dat grensoverschrijdende omzettingen economische activiteiten zijn waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging moeten respecteren.²³³ In *Cartesio* oordeelde het dat de staat van oprichting de omzetting van een vennootschap naar een vennootschap naar het nationaal recht van een andere lidstaat niet mag verhinderen, “voor zover het recht van de ontvangstaat dit toestaat”.²³⁴ De ontvangstaat kan de vennootschap dus in principe volledig onderwerpen aan haar nationaal omzettingsrecht.²³⁵ Uit deze zinsnede zou afgeleid kunnen worden dat het louter aan de ontvangstaat toekomt te bepalen of een buitenlandse vennootschap zich naar een vennootschap onder haar recht kan omzetten. Dit zou immers buiten de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen.²³⁶

In *VALE* oordeelt het Hof echter dat dit niet het geval is. Deze zinsnede weerspiegelt louter de regel dat een vennootschap die op grond van een nationaal recht is opgericht enkel bestaat krachtens die nationale wetgeving.²³⁷ Het nationaal omzettingsrecht valt bijgevolg niet buiten het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging. Hieruit volgt dat wanneer een lidstaat in

²³⁰ *Vale*, r.o. 9-15; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 886-887; T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Internationaal Privaatrecht. De essentie*, Brugge, Die Keure, 2016, 426.

²³¹ *Vale*, r.o. 23.

²³² *Vale*, r.o. 24-33.

²³³ HvJ 13 december 2005, nr. C-411/03, *Sevic Systems AG*, r.o. 19; *Vale*, r.o. 24.

²³⁴ *Cartesio*, r.o. 112.

²³⁵ H. DE WULF m.m.v. K. MARESCEAU, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: Wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in L. DE BROE, M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 33.

²³⁶ J. BORG-BARTHET, “Free at last? Choice of corporate law in the EU following the judgment in *Vale*”, *International & Comparative Law Quarterly* 2013, 507.

²³⁷ *Vale*, r.o. 32

haar nationaal recht voorziet in een procedure tot omzetting ook vennootschappen uit andere lidstaten er gebruik van moeten kunnen maken.²³⁸

81. Daarna onderzoekt het Hof of het Hongaarse systeem een beperking aan de vrijheid van vestiging inhoudt en of de eventuele beperking gerechtvaardigd kan worden. Het verduidelijkt eerst dat er sprake is van een vestiging indien men via een vaste inrichting voor onbepaalde duur een economische activiteit voor ogen heeft.²³⁹ In de zaak *VALE* is er volgens het Hof geen aanleiding om aan te nemen dat hier niet aan voldaan is. De toetsing komt echter toe aan de nationale rechter.²⁴⁰

82. Het Hof gaat hierna dieper in op het Hongaarse systeem. Eerst oordeelt het dat het niet openstellen van de procedure tot omzetting voor vennootschappen uit andere lidstaten een beperking vormt op de vrijheid van vestiging.²⁴¹ Dan gaat het na of er een rechtvaardiging is voor deze beperking. Het Hof stelt dat de afwezigheid van afgeleid Unierecht geen rechtvaardigingsgrond is.²⁴² Dwingende redenen van algemeen belang kunnen zo'n beperking rechtvaardigen, maar enkel in geval ook voldaan is aan de andere elementen van de *rule of reason*.²⁴³ Het Hongaarse recht weigert echter grensoverschrijdende omzettingen op een algemene manier. Dit heeft tot gevolg dat zo'n omzettingen ook worden verhinderd wanneer het algemeen belang niet bedreigd is.²⁴⁴ Bijgevolg is er niet voldaan aan de *rule of reason* en is er geen rechtvaardiging voor het Hongaarse systeem.²⁴⁵

83. Het Hof ziet in dat de regeling via nationale rechtsstelsels tot problemen kan leiden voor de betrokken vennootschappen. Het wil voorkomen dat het Europese recht op grensoverschrijdende omzetting uitgehold wordt via het nationale recht van de lidstaten.²⁴⁶ Het Hof verduidelijkt daarom onmiddellijk dat bij gebrek aan een Unieregeling de wetgeving van

²³⁸ K. GEENS, C. CLOTTENS, S. COOLS, S. DE DIER, F. PARREIN, “De rol van het nationale recht in het Europese vennootschapsrecht” in I. SAMOY, V. SAGAERT, E. TERRYIN (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 338.

²³⁹ *Vale*, r.o. 34.

²⁴⁰ *Vale*, r.o. 35.

²⁴¹ *Vale*, r.o. 36.

²⁴² *Vale*, r.o. 38.

²⁴³ *Vale*, r.o. 39.

²⁴⁴ *Vale*, r.o. 40; K. MARESCHEAU, “De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten *Cartesio* en *VALE*”, *TBH* 2013, 245.

²⁴⁵ *Vale*, r.o. 41.

²⁴⁶ H. DE WULF m.m.v. K. MARESCHEAU, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: Wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in L. DE BROE, M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 33.

de ontvangstaat moet voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel.²⁴⁷

Gelijkwaardigheid betekent dat de regeling voor buitenlandse vennootschappen niet ongunstiger mag zijn dan die voor soortgelijke nationale vennootschappen.²⁴⁸ In *VALE* werd dit beginsel geschonden omdat het niet mogelijk was om de Italiaanse vennootschap als rechtsvoorgangster te registreren in Hongarije, waar een Hongaarse rechtsvoorgangster wel geregistreerd kon worden.²⁴⁹

Doeltreffendheid betekent dat de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten niet onmogelijk of uiterst moeilijk gemaakt mag worden.²⁵⁰ In *VALE* werd dit beginsel geschonden omdat de Hongaarse autoriteiten niet naar behoren rekening hadden gehouden met de documenten afkomstig van de Italiaanse autoriteiten. De Hongaarse autoriteiten hadden moeten nagaan of *VALE* niet langer onder het Italiaanse recht viel, overeenkomstig het Italiaans recht.²⁵¹

84. Deze beginselen hebben tot gevolg dat de regels van het nationaal recht met betrekking tot de omzetting ook bij een grensoverschrijdende omzetting zullen worden toegepast. Enkel voor zover deze in strijd zijn met de vrijheid van vestiging zullen zij buiten toepassing blijven.²⁵² Zo kan de immigratiestaat bijvoorbeeld wel terecht vereisen dat de immigrerende vennootschap een balans en een inventaris van de activa opstelt, net zoals een nationale vennootschap dit moet doen bij een binnenlandse omzetting.²⁵³

4.2.6 *Polbud: Time-Over voor de werkelijke zetelleer?*

85. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Polbud*²⁵⁴ geoordeeld over de omzetting van een Poolse vennootschap naar een Luxemburgse vennootschap. In dit geval werd enkel de statutaire zetel verplaatst naar Luxemburg. De werkelijke zetel bleef behouden in Polen.²⁵⁵ Nadat de

²⁴⁷ *Vale*, r.o. 48; T. BIERMEYER, “Shaping the Space of Cross-border Conversions in the EU. Between Right and Autonomy: VALE”, *CML Rev.* 2013, 580-585.

²⁴⁸ *Vale*, r.o. 48.

²⁴⁹ *Vale*, r.o. 54-57; A. VAN HOE, “We zijn er bijna, maar nog niet helemaal: grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na *Vale*”, *TRV* 2013, 548.

²⁵⁰ *Vale*, r.o. 48; A. VAN HOE, “We zijn er bijna, maar nog niet helemaal: grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na *Vale*”, *TRV* 2013, 549.

²⁵¹ *Vale*, r.o. 58.

²⁵² E.R. ROELOFS, “Het *Vale*-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting”, *WPNR* 2012, 796.

²⁵³ *Vale*, r.o. 52.

²⁵⁴ *Polbud*.

²⁵⁵ *Polbud*, r.o. 8.

vennootschap omgezet was naar Luxemburg, verzocht ze de Poolse rechter om haar uit het Poolse handelsregister te laten schrappen. De rechter vroeg haar om bepaalde documenten over te leggen met het oog op de liquidatie en ontbinding van de vennootschap.²⁵⁶ Polbud weigerde deze te geven aangezien zij niet werd ontbonden, haar vermogen niet werd verdeeld en het verzoek om schrapping was ingediend omwille van de verplaatsing van de zetel naar Luxemburg. De Poolse rechter weigerde hierop de schrapping uit het handelsregister.^{257, 258}

Deze casus is bijzonder interessant omdat enkel de statutaire zetel verplaatst wordt. De werkelijke zetel, het zwaartepunt van de economische activiteiten van de vennootschap, wordt niet mee verplaatst. Hierop wordt aan het Hof van Justitie gevraagd of in dit geval de vrijheid van vestiging van toepassing is, of er sprake is van een beperking op de vrijheid van vestiging en of deze eventuele beperking gerechtvaardigd kan worden.²⁵⁹

86. Het Hof bevestigt dat vennootschappen die zijn opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en die hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Unie hebben, kunnen genieten van de vrijheid van vestiging.²⁶⁰ Deze vrijheid omvat het recht op omzetting, voor zover deze is toegestaan door het recht van de ontvangststaat. Hiertoe moet de vennootschap die zich wenst om te zetten voldoen aan de oprichtingsvoorwaarden van de ontvangststaat en in het bijzonder aan het aanknopingscriterium voor de *lex societatis* van die lidstaat.²⁶¹

87. Opvallend hierbij is dat het Hof niet meer vereist dat er een werkelijke economische activiteit moet worden uitgeoefend in de ontvangststaat.²⁶² In vroegere rechtspraak stelde het Hof telkens dat het begrip vestiging inhoudt dat er een daadwerkelijke economische activiteit moet uitgeoefend worden door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in de ontvangstlidstaat.²⁶³ Ook AG KOKOTT baseerde zich in haar conclusie op deze oorspronkelijke invulling van het begrip “vestiging”.²⁶⁴ Zij concludeerde dat de vrijheid van vestiging niet speelt

²⁵⁶ Polbud, r.o. 11.

²⁵⁷ Polbud, r.o. 12.

²⁵⁸ Concl. AG KOKOTT bij HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, Polbud, overweging 2.

²⁵⁹ Polbud, r.o. 29, 46 en 52; Concl. AG KOKOTT bij HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, Polbud, overweging 24.

²⁶⁰ Polbud, r.o. 32.

²⁶¹ Polbud, r.o. 33-35

²⁶² Polbud, r.o. 37.

²⁶³ HvJ 21 december 2016, nr. C-201/15, AGET Iraklis, r.o. 51; Vale, r.o. 34; Cadbury Schweppes, r.o. 54; HvJ 4 oktober 1991, nr. C-246/89, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, r.o. 21; HvJ 25 juli 1991, nr. C-221/89, Factortame, r.o. 20; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 159-160.

²⁶⁴ Concl. AG KOKOTT bij HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, Polbud, overweging 34 – 35.

wanneer men enkel de statutaire zetel verplaatst om onder een ander nationaal recht te vallen.²⁶⁵ Het was vrij onverwacht dat het Hof op deze manier zou oordelen. Zowel de Poolse als de Oostenrijkse regering voerden aan dat een werkelijke economische activiteit vereist was.²⁶⁶ Zelfs Polbud zelf leek zich zorgen te maken door de heropening van de mondelinge behandeling te verzoeken om aan te tonen dat zij ook haar werkelijke zetel naar Luxemburg wou verplaatsen om daar een daadwerkelijke economische activiteit uit te oefenen²⁶⁷.²⁶⁸ Door het schrappen van deze vereiste wordt de draagwijdte van de vrijheid van vestiging en bijgevolg de omzettingmogelijkheid voor vennootschappen beduidend uitgebreid.²⁶⁹

88. Op deze manier lijkt het Hof de deur open te zetten voor misbruiken, zoals brievenbusvennootschappen. Het Hof verduidelijkt hierom, net als in zijn oudere rechtspraak,²⁷⁰ dat lidstaten wel maatregelen kunnen treffen om te verhinderen dat nationale vennootschappen zich op een ongeoorloofde manier proberen te onttrekken aan de nationale wetgeving (de anti-misbruikleer).²⁷¹ Het bevestigt daarbij wel nogmaals²⁷² dat het verplaatsen van de zetel met het oog op gunstigere wetgeving op zich geen misbruik uitmaakt.²⁷³ De draagwijdte van deze rechtvaardigingsgrond voor beperkingen aan de vrijheid van vestiging mag dus niet overschat worden.

89. Het Hof oordeelt erna dat het vereisen dat de vennootschap geliquideerd wordt de grensoverschrijdende verplaatsing van de vennootschap kan belemmeren of zelfs beletten.²⁷⁴ Bijgevolg vormt de regeling duidelijk een beperking op de vrijheid van vestiging.²⁷⁵

Hierna bekijkt het Hof of deze beperking gerechtvaardigd kan worden. Het feit dat de Poolse regeling op een algemene manier verplicht dat vennootschappen geliquideerd worden wanneer deze hun statutaire zetel naar een andere lidstaat wensen te verplaatsen blijkt echter een struikelblok. Op basis hiervan kan het argument van de bescherming van de schuldeisers,

²⁶⁵ Concl. AG KOKOTT bij HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, Polbud, overweging 36.

²⁶⁶ Polbud, r.o. 30.

²⁶⁷ Deze heropening werd tevens niet toegekend.

²⁶⁸ Polbud, r.o. 26; W.J.M. VAN VEEN, "Privaatrecht Actueel. Grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing: Waar ligt de grens? Hof van Justitie EU 25 oktober 2017, zaak C-160/16 (Polbud), *WPNR* 2017, 905-906.

²⁶⁹ A. MUCHA, "Corporate mobility in Europe: new hand in corporate shopping after the judgment of the Court of Justice in Polbud-Wykonastwo (C-106/16)", 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3100156, 20-21.

²⁷⁰ *Inspire Art*, r.o. 98; *Centros*, r.o. 18 en 24.

²⁷¹ Polbud, r.o. 39.

²⁷² *Inspire Art*, r.o. 96; *Centros*, r.o. 27 en 30.

²⁷³ Polbud, r.o. 40.

²⁷⁴ *Cartesio*, r.o. 112-113; HvJ 5 oktober 2004, nr. C-442/02, CaixaBank France, r.o. 11 en 17.

²⁷⁵ Polbud, r.o. 51.

minderheidsaandeelhouders en werknemers niet aanvaard worden,²⁷⁶ zelfs al worden deze gewoonlijk aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang.²⁷⁷ Deze regeling houdt door haar algemene karakter immers geen rekening met het werkelijke risico op schending van deze belangen. Daarnaast zijn er andere, minder beperkende maatregelen mogelijk om ze te beschermen. Deze regeling voldoet bijgevolg niet aan de toets van de *rule of reason*.²⁷⁸

Ook de bestrijding van misbruiken wordt niet aanvaard als rechtvaardigingsgrond. Het Hof stelt dat lidstaten alle maatregelen kunnen treffen ter bestrijding of bestraffing van fraude. Het verplaatsen van de zetel om in aanmerking te komen voor gunstigere wetgeving vormt op zichzelf echter geen misbruik.²⁷⁹ Daarnaast is het verplaatsen van de zetel van een vennootschap op zich niet voldoende om uit te gaan van een algemeen vermoeden van fraude. Door het algemeen karakter van de Poolse regeling hanteert zij de facto wel zo'n vermoeden. De bestrijding van misbruiken kan daarom in dit geval niet aanvaard worden als rechtvaardigingsgrond.²⁸⁰

Het Hof hanteert hier haar strenge interpretatie van de rechtvaardigingsgronden, waarbinnen algemene regels volstrekt uit den boze blijken te zijn.²⁸¹ Bijgevolg beperkt Polen met haar vereiste van de voorafgaande liquidatie en ontbinding van de vennootschap de vrijheid van vestiging zonder afdoende rechtvaardiging.²⁸²

4.2.7 Conclusie

4.2.7.1 Vrijheid van vestiging voor vennootschappen

90. In het arrest *Daily Mail* stelde het Hof dat vennootschappen op grond van het Europees recht wel een secundair vestigingsrecht, maar geen primair recht om hun zetel te verplaatsen hebben.²⁸³ Vennootschappen ontleen hun bestaan aan het nationale recht. Het zijn deze nationale rechtsstelsels van de lidstaten die in de huidige stand van het Unierecht de oprichtings- en werkingsvoorwaarden voor vennootschappen regelen.²⁸⁴ Zij bepalen bijgevolg ook het

²⁷⁶ *Polbud*, r.o. 53.

²⁷⁷ HvJ 13 december 2005, nr. C-411/03, *Sevic Systems AG*, r.o. 28; *Überseering*, r.o. 92; HvJ 21 december 2016, nr. C-201/15, *AGET Iraklis*, r.o. 73; HvJ 11 december 2007, nr. C-438/05, *International transport workers' Federation en Finnish Seamen's Union*, r.o. 77.

²⁷⁸ *Polbud*, r.o. 57-59.

²⁷⁹ *Polbud*, r.o. 40 en 62; *Inspire Art*, r.o. 96; *Centros*, r.o. 27 en 30.

²⁸⁰ *Polbud*, r.o. 63-64.

²⁸¹ *VALE*, r.o. 40; *Sevic*, r.o. 30; C. CLOTTENS, "Vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing na het arrest *Inpire Art*: Is the sky the (limit)ed?", noot onder HvJ 30 september 2003, nr. 167/01, *Inspire Art*, *TRV* 2003, 687.

²⁸² *Polbud*, r.o. 65; J. MEEUSEN, "Het *Polbud*-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen", *RW* 2017, 602.

²⁸³ *Daily Mail*, r.o. 17-18.

²⁸⁴ *Daily Mail*, r.o. 19 en 24.

aanknopingspunt met hun nationale vennootschapsrecht. Voor zover het niet door hun nationale vennootschapsrecht wordt geregeld kunnen vennootschappen die krachtens dit recht zijn opgericht zich bijgevolg niet op de vrijheid van vestiging beroepen om hun zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van de hoedanigheid van een vennootschap naar het recht van de lidstaat waar ze zijn opgericht.²⁸⁵ Het Hof van Justitie volgt deze strikte visie nog steeds.

91. De intracommunautaire mobiliteit voor vennootschappen is ondertussen wel geliberaliseerd op andere manieren. Zo erkent het Hof dat vennootschappen op grond van de vrijheid van vestiging de mogelijkheid hebben zich internationaal om te zetten naar een vennootschapsvorm van de immigratiestaat.²⁸⁶ De emigratiestaat mag zo'n omzetting niet belemmeren.²⁸⁷ Omgekeerd mag ook de immigratiestaat de omzetting niet weigeren indien het de mogelijkheid tot omzetting kent voor nationale vennootschappen.²⁸⁸ Beperkingen zijn enkel toegestaan wanneer ze aan de *rule of reason* voldoen of ze uitgaan van de antimisbruikleur.²⁸⁹ Het Hof past deze toets zeer streng toe, waardoor zulke beperkingen slechts zeer uitzonderlijk worden toegestaan.²⁹⁰

Daarnaast is het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging sterk uitgebreid. Vroeger was het vereist dat er sprake was van een “*daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging*”²⁹¹ om onder de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging te vallen. In *Polbud* oordeelt het Hof echter dat dit niet meer vereist is opdat een vennootschap zich op de vrijheid van vestiging kan beroepen.²⁹²

Er zijn bijgevolg zeer weinig belemmeringen voor vennootschappen die zich grensoverschrijdend willen omzetten binnen de Unie.²⁹³ Op deze manier is de intracommunautaire mobiliteit van vennootschappen beduidend breder dan ten tijde van *Daily Mail*.

²⁸⁵ *Daily Mail*, r.o. 24; *Cartesio*, r.o. 124; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 170.

²⁸⁶ *Cartesio*, r.o. 111-113.

²⁸⁷ *Polbud*, r.o. 65; *Cartesio*, r.o. 111-113.

²⁸⁸ *Vale*, r.o. 41.

²⁸⁹ *Polbud*, r.o. 52; *Marks & Spencer*, r.o. 35; *Cadbury Schweppes*, r.o. 47.

²⁹⁰ H. DE WULF, “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschapsrecht en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 4, 31.

²⁹¹ *Vale*, r.o. 34.

²⁹² *Polbud*, r.o. 32.

²⁹³ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 170-171.

92. Naar mijn mening is de situatie evenwel nog niet ideaal. De Europese invulling van deze problematiek is op dit moment hoofdzakelijk gebaseerd op het rechtersrecht van het Hof van Justitie, wat tot een aantal problemen leidt. Ten eerste is er nog steeds geen primair vestigingsrecht voor vennootschappen. Dit heeft tot gevolg dat vennootschappen zich meestal niet met behoud van hun nationaliteit en bijhorende rechtsvorm binnen de Unie kunnen verplaatsen. Waar art. 54 VWEU stelt dat vennootschappen voor de vrijheid van vestiging gelijkgesteld worden met de natuurlijke personen, blijkt dit hier duidelijk niet het geval te zijn. Natuurlijke personen hebben immers in tegenstelling tot vennootschappen wel een primair vestigingsrecht. Ten tweede leidt het gebruik van het begrip “dwingende redenen van algemeen belang” binnen de toets van de *rule of reason* en het gebruik van de anti-misbruikleer tot een casuïstische rechtspraak. Het is bijgevolg zowel voor de overheid die beperkingen oplegt, als voor de vennootschappen die de beperkingen ondergaan moeilijk om op voorhand te weten of een bepaalde maatregel al dan niet toegestaan zal zijn. Wil men zekerheid, dan zal er geprocedeerd moeten worden voor het Hof van Justitie wat een tijdrovende, kostelijke aangelegenheid is. Dit is uiteraard niet wenselijk.

93. De Veertiende Vennootschapsrichtlijn omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsingen is mijns inziens het ideale middel om deze twee problemen te ondervangen. Deze richtlijn zou het primaire vestigingsrecht voor vennootschappen kunnen invoeren via een geharmoniseerd systeem van zetelverplaatsing binnen de Unie. Een eenduidig systeem op Europees niveau aan de hand waarvan vennootschappen zich internationaal kunnen verplaatsen zorgt logischerwijze voor meer rechtszekerheid. Daarnaast zal er wellicht nog een open norm zijn zoals de dwingende reden van algemeen belang of de antimisbruikleer om eventuele beperkingen te toetsen. In de richtlijn zou men deze normen echter reeds een zekere invulling kunnen geven. Zo zou men bijvoorbeeld de vereiste waarborgen qua schuldeiserbescherming of werknemersbescherming, die typisch worden aangevoerd als dwingende redenen van algemeen belang, kunnen vastleggen. In dat geval moet er niet meer telkens aan een open norm getoetst worden maar kan men nagaan of aan de vereiste waarborgen voldaan is. Wellicht zal er nog een open norm zijn voor een restcategorie omdat niet alles voorzien kan worden in de richtlijn. Er zal zo echter wel komaf gemaakt worden met een groot deel van de

rechtsonzekerheid die er nu heerst. Zo'n richtlijn lijkt er echter niet aan te komen omdat er hierover binnen de commissie veel onenigheid is.²⁹⁴

94. Professor K. MARESCEAU pleit ervoor om nog verder te gaan door op Europees niveau het aanknopingspunt van de *lex societatis* vast te leggen. Men ontsnapt zo aan de onduidelijkheid die voortvloeit uit de veelheid aan nationale systemen om het toepasselijk recht te bepalen. Hiertoe lijkt de statutaire zetel een ideaal aanknopingspunt. Deze leidt tot een duidelijke aanduiding van het toepasselijk recht en vennootschappen kunnen op deze manier werkelijk grensoverschrijdend actief zijn. Zij kunnen het merendeel van hun activiteiten in een andere lidstaat ontplooiën zonder dat ze hoeven te vrezen voor een wijziging in aanknopingspunt (in tegenstelling tot onder de werkelijke zetelleer). Door de keuze voor de statutaire zetelleer en niet de eigenlijke incorporatieleer²⁹⁵ krijgen ondernemers een volledige rechtskeuzevrijheid, zowel op het moment van het oprichten van de vennootschap als nadien. Zo'n verregaande vrijheid kan als problematisch gezien worden, omdat dit tot onzekerheid voor derden leidt. Volgens MARESCEAU hoeft deze vrijheid echter niet problematisch te zijn. Zo kan men de rechtsonzekerheid die eruit voortvloeit ondervangen door bepaalde waarborgen te verstrekken aan belanghebbende partijen, zoals een uittrederecht voor protesterende minderheidsaandeelhouders. Mijns inziens heeft MARESCEAU het bij het rechte eind en leidt zo'n verregaande harmonisatie inderdaad tot een oplossing voor veel van de huidige problemen. Op dit moment lijkt het echter zeer onwaarschijnlijk dat zo'n evolutie er effectief gaat komen. Op Europees niveau staat men weigerachtig ten opzichte van een Veertiende Vennootschapsrichtlijn. Het is niet waarschijnlijk dat men een harmonisatie die nog veel verder gaat op dit moment wel zou omarmen.²⁹⁶

4.2.7.2 *Kan de werkelijke zetelleer blijven bestaan?*

95. Wellicht de belangrijkste vraag die na de analyse van deze arresten overblijft is of de werkelijke zetelleer nog kan bestaan binnen de Europese Unie. Het Hof erkent nog steeds dat

²⁹⁴ K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS, "Vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Algemene regels", *TPR* 2012, 139-140; K. MARESCEAU, "De "Europese markt voor vennootschapsrecht" een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma", *TPR* 2015, 564-566; K. MARESCEAU, "De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten *Cartesio* en *Vale*", *TBH* 2013, 254-255; K. MARESCEAU "Het vrij vestigingsrecht, de problematiek van de zetelverplaatsing en zijn impact op het internationaal privaatrecht: een stand van zaken na de zaak *Cartesio*", *TBH* 2009, 606; M. MYSZKE-NOWAKOWSKA, *The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies*, Cambridge-Antwerpen-Portland, Intersentia, 2014, 203-204.

²⁹⁵ Hier worden de begrippen bedoeld, zoals toegelicht in hoofdstuk 2.3.

²⁹⁶ K. MARESCEAU, "De "Europese markt voor vennootschapsrecht" een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma", *TPR* 2015, 564-566.

het tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort om het aanknopingspunt van hun nationale vennootschapsrecht te bepalen. Het Hof plaatst hierbij de statutaire zetel en de werkelijke zetel op gelijke voet als aanknopingspunt.²⁹⁷ Lidstaten kunnen dus in principe nog steeds kiezen voor de werkelijke zetelleer in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

96. Of het in een dermate geliberaliseerde interne markt voor de lidstaten nog zinvol is om te kiezen voor de werkelijke zetel als aanknopingspunt, is echter een andere kwestie. Na de recente arresten van het Hof kan het voor de lidstaten zelfs als contraproductief gezien worden de werkelijke zetelleer op te leggen aan hun nationale vennootschappen.²⁹⁸ Het Hof van Justitie zet met zijn *Polbud*-rechtspraak immers sterk in op intracommunautaire mobiliteit. Vennootschappen kunnen zich zeer gemakkelijk omzetten naar vennootschapsvormen van een ander nationaal recht, *in extremis* zelfs door de enkele verplaatsing van hun statutaire zetel. Door het vergemakkelijken van deze mobiliteit groeit ook de *regulatory competition*. Zeker nu er geen daadwerkelijke economische activiteit in de immigratiestaat meer vereist is, wordt de keuzemogelijkheid qua toepasselijk vennootschapsrecht sterk uitgebreid.²⁹⁹ Vennootschappen zullen logischerwijze kiezen voor het vennootschapsrecht dat hen het meest voordelig lijkt.

97. Om zich om te zetten naar een vennootschapsvorm die onder een bepaald nationaal recht valt, moeten de vennootschappen voldoen aan de voorwaarden van dat recht. Als de immigratiestaat de statutaire zetelleer aanhangt, kan de omzetting via een louter papieren operatie. Hangt zij echter de werkelijke zetelleer aan, dan zal de vennootschap ook zijn werkelijke zetel moeten verplaatsen naar de immigratiestaat. Een logisch gevolg is dat een lidstaat die de werkelijke zetelleer volgt enkel vennootschappen kan aantrekken die er hun werkelijke zetel hebben of bereid zijn deze ernaartoe te verplaatsen. De statutaire zetelleer maakt het daarentegen mogelijk om vennootschappen van over heel de Unie aan te trekken. Dit is een eerste struikelblok voor de werkelijke zetelleer. Deze leer verkleint immers aanzienlijk de groep vennootschappen die voor het nationaal recht kan kiezen, waardoor lidstaten die deze leer volgen een zwakkere positie binnen de *regulatory competition* innemen.

98. Een ander probleem voor het voortbestaan van de werkelijke zetelleer is het wegvallen van een belangrijke grond waarom lidstaten ervoor kiezen. Deze leer tracht aan te sluiten bij de “vennootschapsrechtelijke werkelijkheid”. Men wil dat vennootschappen die hun werkelijke

²⁹⁷ *Polbud*, r.o. 32 en 34.

²⁹⁸ J. MEEUSEN, “Het *Polbud*-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen”, *RW* 2017-18, 602.

²⁹⁹ *Polbud*, r.o. 37.

zetel in een lidstaat gevestigd hebben onderworpen zijn aan haar nationaal vennootschapsrecht. Door de rechtspraak van het Hof wordt dit idee echter uitgehold. Enerzijds wordt reeds langer aanvaard dat het bestaan in rechte van een vennootschap die opgericht is in lidstaat A, die via een filiaal, agentschap of dochteronderneming zijn werkelijke zetel verplaatst naar werkelijke zetelleerstaat B, in ieder geval erkend moet worden door B. Andere beperkingen dan het weigeren van de erkenning van zo'n secundaire vestiging zijn slechts mogelijk wanneer zij de toets van de *rule of reason* doorstaan of voldoen aan de antimisbruikleer.³⁰⁰ Deze rechtvaardigingsgronden worden echter zeer streng ingevuld door het Hof van Justitie. Meer recent stelde het Hof daarenboven dat een werkelijke zetelleerstaat geen verboden beperkingen mag opleggen aan een vennootschap die er is opgericht, die zijn statutaire zetel verplaatst naar een andere lidstaat om zich daar om te vormen tot een nationale vennootschap. Dit betekent dat een werkelijke zetelleerstaat de vennootschappen die er hun werkelijke zetel hebben niet kan tegenhouden wanneer ze zich onderwerpen aan het recht van een statutaire zetelleerstaat, tenzij ze zo'n beperking via de *rule of reason* of antimisbruikleer kan rechtvaardigen. Vennootschappen kunnen zich bovendien omzetten tot een nationale vennootschap van een andere lidstaat door er enkel hun statutaire zetel te plaatsen. Een daadwerkelijke economische activiteit is er niet meer vereist.³⁰¹

Dit heeft tot gevolg dat er verschillende mogelijkheden zijn voor een vennootschap die zijn werkelijke zetel in een werkelijke zetelleerstaat heeft om onderworpen te zijn aan het recht van een andere lidstaat. In de huidige stand van de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt de idee van de vennootschapsrechtelijke werkelijkheid die beschermd wordt door de werkelijke zetelleer bijgevolg sterk uitgehold.

99. Hoewel het in theorie voor de lidstaten nog steeds mogelijk is de werkelijke zetelleer aan te hangen, lijkt het echter beleidsmatig niet meer verantwoord om ervoor te kiezen. In deze zin is het dus *de facto* time-over voor de werkelijke zetelleer. De lidstaten die de werkelijke zetelleer aanhangen zullen zich op termijn gedwongen zien om te schakelen naar de incorporatieleer of de statutaire zetelleer.

³⁰⁰ *Centros, Überseering, Inspire Art.*

³⁰¹ *Polbud.*

5 Het voorontwerp van een Wetboek van vennootschappen en verenigingen: De statutaire zetelleer in België?

100. Op het moment van het schrijven van deze thesis is het voorontwerp van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna: WVV) nog niet publiek gemaakt. De analyse ervan gebeurt hoofdzakelijk aan de hand van de documentatie die gepubliceerd werd door het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht, dat met de redactie van dit ontwerp werd belast.³⁰² Daarnaast wordt ook de beperkte rechtsleer die er op dit moment te vinden is onderzocht. Aangezien de wetteksten nog niet bekendgemaakt zijn, is het niet mogelijk om in detail in te gaan op hun inhoud. Er wordt daarom hoofdzakelijk stilgestaan bij de krachtlijnen van het voorontwerp en het achterliggende gedachtegoed.

Dit hoofdstuk gaat over een voorontwerp van een wettekst. De tekst kan bijgevolg nog wijzigingen ondergaan voordat hij bindend wordt. Het is bovendien niet zeker dat hij wel positief recht zal worden.

5.1 Relevante vernieuwingen

101. Het WVV vernieuwt het huidige vennootschapsrecht op twee punten die van belang zijn voor deze thesis. Ten eerste wordt de werkelijke zetelleer afgeschaft en wordt de statutaire zetelleer ingevoerd. Ten tweede wordt er voorzien in een procedure tot grensoverschrijdende omzetting.³⁰³

5.1.1 De statutaire zetelleer in België

102. Het WVV verruimt de werkelijke zetelleer voor de statutaire zetelleer. De ratio hiertoe is tweeledig. Enerzijds is het voor lidstaten niet meer verantwoord om de werkelijke zetelleer te kiezen in het licht van de Europese rechtspraak omdat ze zich zo buitenspel zetten in de *regulatory competition*.³⁰⁴ België hoopt zichzelf door deze omschakeling aantrekkelijker te maken als vestigingsland voor vennootschappen.³⁰⁵ Het is niet de enige lidstaat die zich genoodzaakt ziet te buigen onder druk van de Europese rechtspraak. Ook Duitsland dat een

³⁰² X., “Slides: Het voorliggend ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen”, 8 november 2017, <http://www.bcv-cds.be/> (hierna: *Slides WVV*); X. “beleidsnota: Een modern Wetboek van vennootschappen en verenigingen”, 2 oktober 2015, <http://www.bcv-cds.be/>.

³⁰³ *Slides WVV*, 59.

³⁰⁴ Zie hoofdstuk 4.2.7.2.

³⁰⁵ H. DE WULF, “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschapsrecht en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 4, 31; C. PIETTE, G. VAN DE VELDE, “Nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *KLaw.be*, 9 januari 2018, <http://www.klaw.be/news-and-events/nieuw-wetboek-van-vennootschappen-en-verenigingen>.

fervent aanhanger was van de werkelijke zetelleer is intussen overgestapt naar de statutaire zetelleer, althans voor wat betreft vennootschappen opgericht binnen de Europese Unie.³⁰⁶

Anderzijds biedt de statutaire zetelleer ook rechtszekerheid voor buitenlandse vennootschappen die actief zijn in België en voor Belgische vennootschappen die actief zijn in het buitenland. Waar ter wereld de vennootschap haar activiteiten zal ontplooiën maakt niet uit. Wanneer zij haar statutaire zetel in België heeft, zal zij steeds aan het Belgisch vennootschapsrecht onderworpen zijn.³⁰⁷

103. Het mag echter niet uit het oog worden verloren dat het aanknopen bij de statutaire zetel enkel van belang is voor het vennootschapsrecht. Andere rechtstakken, zoals het fiscaal recht en het insolventierecht³⁰⁸ behouden hun eigen aanknopingspunten. Deze sluiten eerder aan bij de werkelijke zetelleer.³⁰⁹ Dit heeft twee gevolgen.

Ten eerste zullen vennootschappen die hoofzakelijk activiteiten ontplooiën in België in principe onderworpen blijven aan de regels van het Belgisch insolventie- en fiscaal recht, ongeacht onder welk vennootschapsrecht zij vallen. Zo zal bijvoorbeeld een vennootschap die zijn COMI³¹⁰ in België heeft niet kunnen ontsnappen aan de bepalingen die vervat liggen in het Belgisch insolventierecht door zijn statutaire zetel in een andere lidstaat te plaatsen.³¹¹ Met de invoering van boek XX WER met betrekking tot het insolventierecht worden bepaalde

³⁰⁶ C. ASSERS, X.E. KRAMER, H.L.E. VERHAGEN, S. VAN DONGEN, A.P.M.J. VONKEN, *Internationaal Privaatrecht. Deel III Internationaal Vermogensrecht*, Deventer Kluwer, 2015, 1-2; K. MARESCEAU, “Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer”, *WP 2014-02*, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2014-02.pdf>, 5.

³⁰⁷ *Slides WVV*, 68; H. DE WULF, “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschapsrecht en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA 2017*, afl. 4, 31.

³⁰⁸ Voor de bepalingen met betrekking tot het insolventierecht, wordt in deze thesis verwezen naar het nieuwe Boek XX WER. Dit Boek treedt op 1 mei 2018 in werking; Wet 11 augustus 2017 houdende invoering van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoering van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS 11 september 2017*.

³⁰⁹ Art. 179 WIB92 io. Art. 2 WIB92; Art. 3.1 InsolVo; J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch Belastingrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2017, 99-104 en 411; H. DE WULF, “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschapsrecht en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA 2017*, afl. 4, 32; G. LINDEMANS, “The Walls Have Fallen, Run for the Keep: Insolvency Law as the New Company Law for Third Parties”, *ERPL 2016*, 883-885; *Slides WVV*, 68.

³¹⁰ Centre of main interests/Centrum van de voornaamste belangen: het aanknopingspunt voor het insolventierecht; zie art. 3 en 7 InsolVo. en XX.12 WER.

³¹¹ Bij het bepalen van de ligging van de COMI is de statutaire zetel wel van belang. Art. 3 InsolVo. houdt een vermoeden in dat de COMI de plaats van de statutaire zetel is, voor zover deze niet in de drie maanden voorafgaand aan het aanvragen van de insolventieprocedure naar een andere lidstaat is overgebracht. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat dit vermoeden weerlegd kan worden “indien aan de hand van objectieve, voor derden verifieerbare factoren kan worden aangetoond dat de werkelijke situatie verschilt van die welke de aanknopingspunt bij de statutaire zetel wordt geacht te weerspiegelen.”; HvJ 2 mei 2006, nr. C-341/04, Eurofood, r.o. 31 en 37; T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Internationaal Privaatrecht: De Essentie*, Brugge, Die Keure, 2016, 451-452.

beschermingsmaatregelen zoals de kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement en de vordering voor *wrongful trading* opgenomen in het insolventierecht.³¹² Deze zullen bijgevolg van toepassing zijn ongeacht onder welk vennootschapsrecht de vennootschap valt. Op deze manier worden de gevolgen van de rechtskeuzevrijheid getemperd. Bepaalde auteurs pleiten hierbij voor een nog verdergaande derdenbescherming via het insolventierecht.³¹³

Ten tweede mag het belang van de keuze voor de statutaire zetelleer voor het aantrekken van buitenlandse ondernemingen niet overschat worden. Zeker nu er, na het arrest *Polbud*, geen daadwerkelijke economische activiteit meer vereist is in de statutaire zetelstaat.³¹⁴ *In extremis* betekent dit dat een lidstaat veel statutaire zetels van vennootschappen zou kunnen aantrekken met haar gunstig vennootschapsrecht maar dat deze ondernemingen er geen enkele economische activiteit ontplooiën. Om de activiteiten van ondernemingen aan te trekken zullen mijns inziens andere rechtstakken die hun toepassingsgebied wel koppelen aan de werkelijke activiteiten, zoals het insolventierecht en het fiscaal recht, aantrekkelijker gemaakt moeten worden. Bijgevolg zal deze overstap naar de statutaire zetelleer naar mijn mening niet de hoop veel ondernemingsactiviteiten te lokken waarmaken.³¹⁵

In de omgekeerde richting kan een gunstig vennootschapsrecht door de keuze voor de statutaire zetelleer wel “geëxporteerd” worden naar vennootschappen die hun activiteiten elders uitoefenen.³¹⁶ Dit zou kunnen leiden tot een *Delaware-effect*, waarbij België op basis van een kwalitatief hoogstaand en stabiel vennootschapsrecht statutaire zetels van vennootschappen uit andere staten aantrekt. Minister GEENS heeft tot doel België dat een draaischijf is van het internationale zakenleven, ook een internationaal centrum voor de juridische aspecten van het handelsleven te maken. Dit blijkt onder andere ook uit de wil om een Engelstalige rechtbank voor handelsgeschillen in Brussel op te richten.³¹⁷ Het aantrekken van zo veel mogelijk

³¹² XX. 225 en XX. 227 WER; *Slides WVV*, 68.

³¹³ J. VANANROYE, G. LINDEMANS, “Schuldeisersbescherming tegen misbruik van rechtspersonen: het insolventierecht geeft en het vennootschapsrecht neemt?”, *DAOR* 2017, afl. 3, 4-18.

³¹⁴ *Polbud*.

³¹⁵ DE WULF, “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschapsrecht en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 4, 32.

³¹⁶ K. MARESCEAU, “Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer”, *WP* 2014, 14-15, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2014-02.pdf>.

³¹⁷ BIBC: Brussels International Business Court; K. GEENS, “Oprichting Brussels International Business Court”, *Koengeens.be*, 27 oktober 2017, <https://www.koengeens.be/news/2017/10/27/oprichting-brussels-international-business-court>; G. VAN CALSTER, “The Brussels International Business Court – BIBC: Some initial thoughts”, *gavclaw.com*, 9 maart 2018, <https://gavclaw.com/2017/11/08/the-brussels-international-business-court-bibc-some-initial-thoughts/>.

statutaire zetels, en bijgevolg vennootschappen onderworpen aan het Belgische vennootschapsrecht draagt hiertoe duidelijk bij.

5.1.2 De procedure tot grensoverschrijdende omzetting

104. In het licht van de recentere rechtspraak van het Hof van Justitie³¹⁸, acht de wetgever het nodig om in een procedure tot grensoverschrijdende omzetting te voorzien. Het Hof oordeelt immers dat er geen primair vestigingsrecht is voor vennootschappen, maar dat ze zich wel intracommunautair kunnen omzetten, wanneer de ontvangststaat in deze mogelijkheid voorziet. België heeft op dit moment enkel een regeling voor binnenlandse omzettingen.³¹⁹

105. Bij het schrijven van deze thesis is de wettekst nog niet vrijgegeven en zijn er bijna geen bronnen met betrekking tot deze regeling, waardoor een gedetailleerde analyse niet mogelijk is. Het is wel reeds duidelijk dat deze procedure van toepassing zal zijn op alle vennootschapsvormen, met uitzondering van de SE en de SCE en dat er zowel een regeling voor emigratie als voor immigratie van vennootschappen ingevoerd zal worden.³²⁰

³¹⁸ *Cartesio, Vale en Polbud.*

³¹⁹ Art. 774-788 W.Venn.

³²⁰ *Slides WVV*, nrs. 61-66.

6 Het Nederlandse systeem

6.1 Evolutie in de wetgeving

106. In 1959 werd de statutaire zetelleer in Nederland ingevoerd via de Wet ter ratificatie van het Verdrag nopens de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen.³²¹ Deze wet bepaalde dat Nederland “*niet een land is dat de werkelijke zetel in aanmerking neemt*”.³²² Hieruit werd a contrario afgeleid dat Nederland de incorporatieleer aanhangt.³²³ Vóór deze wet was er geen eenduidige opvatting over de aanduiding van het toepasselijke recht op vennootschappen. In oudere rechtsleer werd de werkelijke zetel als aanknopingspunt naar voren geschoven.³²⁴ De Hoge Raad heeft echter quasi altijd de incorporatieleer gevolgd.³²⁵

107. Op 1 januari 1998 traden zowel de Wet Conflictenrecht Corporaties (hierna: WCC)³²⁶ als de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen in werking (hierna: WFBV).³²⁷ Bij de inwerkingtreding van de WCC werd de wet van 1959 ingetrokken.³²⁸ De WCC maakte een einde aan de onduidelijkheid omtrent het systeem voor personenvennootschappen en andere samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid. Art. 1, a. WCC geeft immers een brede

³²¹ Het verdrag dat aan de basis van deze wet lag is overigens nooit in werking getreden, omdat er te weinig ratificaties waren. Voor de tekst zie: CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, “Convention du premier Juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères”, *Recueil des conventions (1951-2009)*, Den Haag, Bureau permanent de la conférence de La Haye 2009, 34-37; J.BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 6-7.

³²² Wet Conflictenrecht Corporaties Memorie van Toelichting, *Kamerstuk*, Eerste en Tweede Kamer 1995, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/24141/kst-24141-3?resultIndex=14&sorttype=1&sortorder=4>, 1. (hierna: *MvT WCC*)

³²³ C. ASSERS, X.E. KRAMER, H.L.E. VERHAGEN, S. VAN DONGEN, A.P.M.J. VONKEN, *Internationaal Privaatrecht. Deel III Internationaal Vermogensrecht*, Deventer Kluwer, 2015, 3.

³²⁴ J. KOSTERS, *Het internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1917, 658-659; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2009, 42.

³²⁵ HR 23 maart 1866, W.2718; HR 19 mei 1950, NJ 1951, 150; HR 20 april 1990, NJ 1991, 560, noot J.C. SCHULTZ; De eerste twee vermelde arresten worden toegelicht in: *MvT WCC*, 2-4. en P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2017, 105-108; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 205.

³²⁶ Wet van 17 december 1997 houdende regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot corporaties (Wet conflictenrecht corporaties), *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 1997, nr. 699. (hierna: *WCC*)

³²⁷ Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen), *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 1997, nr. 697. (hierna: *WFBV*)

³²⁸ Art. 7 WCC.

invulling aan het begrip “corporatie” zodat ook voormelde vormen eronder vallen. De WFBV heeft tot doel bestrijden van misbruiken van het incorporatiestelsel.³²⁹

108. De WCC werd op haar beurt ingetrokken bij de inwerkingtreding van Boek 10 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek op 1 januari 2012.³³⁰ Haar bepalingen werden echter bijna ongewijzigd overgenomen in Titel 8 van Boek 10 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek. De WFBV werd daarentegen niet opgenomen in Boek 10, maar blijft op zichzelf voortbestaan.³³¹

6.2 Het huidige systeem

6.2.1 Titel 8 Boek 10 BW

109. Ten eerste moet er gewezen worden op het zeer ruime *ratione personae*-toepassingsgebied van de Nederlandse incorporatieleer. Art. 117, a) Boek 10 BW definieert het begrip corporatie in drie trappen. (I) Vennootschappen: Dit omvat zowel alle kapitaal- als personenvennootschappen. (II) Alle overige rechtspersonen. (III) De restcategorie: Deze omvat “Ieder als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredend lichaam of samenwerkingsverband”. Door zo’n open restcategorie te gebruiken komt men tot een zeer breed toepassingsgebied. Zo zullen ook publiekrechtelijke rechtspersonen (zoals gemeenten) en rechtspersonen die hun rechtspersoonlijkheid ontleen aan het internationaal publiekrecht (zoals de EU) eronder vallen.³³²

110. Art. 118 Boek 10 BW bepaalt de eigenlijke Nederlandse incorporatieleer. Dit artikel stelt dat een corporatie die haar zetel door haar oprichtingsovereenkomst of haar akte van oprichting op het grondgebied van een bepaalde staat heeft, beheerst wordt door het recht van

³²⁹ Wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen Memorie van Toelichting, *Kamerstuk Tweede Kamer*, 2003-2004, nr. 3, 1; C. ASSERS, X.E. KRAMER, H.L.E. VERHAGEN, S. VAN DONGEN, A.P.M.J. VONKEN, *Internationaal Privaatrecht. Deel III Internationaal Vermogensrecht*, Deventer Kluwer, 2015, 3 en 52; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2009, 58-69 en 222-223.

³³⁰ Wet van 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 2011, nr. 272; Besluit van 28 juni 2011 tot aststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 2011, nr. 340.

³³¹ C. ASSERS, X.E. KRAMER, H.L.E. VERHAGEN, S. VAN DONGEN, A.P.M.J. VONKEN, *Internationaal Privaatrecht. Deel III Internationaal Vermogensrecht*, Deventer Kluwer, 2015, 3.

³³² C. ASSERS, X.E. KRAMER, H.L.E. VERHAGEN, S. VAN DONGEN, A.P.M.J. VONKEN, *Internationaal Privaatrecht. Deel III Internationaal Vermogensrecht*, Deventer Kluwer, 2015, 9-10.

die staat.³³³ Dit is een vorm van de eigenlijke incorporatieleer³³⁴ omdat het vennootschapsrecht aanknoopt aan de plaats van oprichting. De begrippen oprichtingsakte of -overeenkomst worden tevens ruim geïnterpreteerd. Het gaat om iedere oprichtingshandeling van een vennootschap.³³⁵ In ondergeschikte orde, slechts wanneer niet uit deze akte of overeenkomst blijkt waar de zetel zich bevindt, wordt er aangeknoopt bij het centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting. In dat geval komt men dicht bij de werkelijke zetelleer. Er moet echter gekeken worden naar de plaats van het centrum van optreden *ten tijde van de oprichting*, waar men in de Belgische werkelijke zetelleer kijkt naar waar de voornaamste vestiging gelegen is *vanaf de oprichting*.³³⁶

Net zoals in België³³⁷ heeft dit artikel een bilaterale werking, zo wordt het recht van de plaats van oprichting aangeduid, zelfs al is dit geen Nederlands recht.³³⁸

111. Art. 119, Boek 10 BW geeft aan waarop het aangeduide recht van toepassing is. Net zoals naar Belgisch recht wordt er gewerkt met een niet-limitatieve opsomming. In grote lijnen komt het erop neer dat alle aangelegenheden die in Boek 2 BW (rechtspersonen) zijn geregeld onder het incorporatierecht vallen.³³⁹ Deze sluiten aan op de materies die uit de Rome I- en Rome II-verordening worden geweerd: “*Kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, zoals hun oprichting door registratie of anderszins, hun rechts- en handelingsbevoegdheid, hun inwendig bestel en hun ontbinding,*

³³³ Toepassingen in de rechtspraak: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, [rechtspraak.nl, https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2016:1601&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118](https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2016:1601&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118); Rechtbank Gelderland 4 september 2013, [rechtspraak.nl, https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBGEL:2013:6405&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118](https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBGEL:2013:6405&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118); Rechtbank Rotterdam 29 oktober 2014, [rechtspraak.nl, https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2014:8819&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118](https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2014:8819&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118); Rechtbank Rotterdam 6 augustus 2014, [rechtspraak.nl, https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2014:7077&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118](https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2014:7077&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118).

³³⁴ Zie hoofdstuk 2.3.

³³⁵ MvT WCC, 16.

³³⁶ Art. 110 WIPR.

³³⁷ Art. 110 WIPR.

³³⁸ Hoge Raad 13 november 2015, [rechtspraak.nl, https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2015:3299&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118](https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2015:3299&showbutton=true&keyword=art.+10%3a118).

³³⁹ C. ASSERS, X.E. KRAMER, H.L.E. VERHAGEN, S. VAN DONGEN, A.P.M.J. VONKEN, *Internationaal Privaatrecht. Deel III Internationaal Vermogensrecht*, Deventer Kluwer, 2015, 15; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 207; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2009, 161-163.

*alsook de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en de organen voor de verbintenissen van de vennootschap, vereniging of rechtspersoon”.*³⁴⁰

6.2.2 De WFBV

112. Deze wet houdt regels in voor naar buitenlands recht opgerichte kapitaalvennootschappen met rechtspersoonlijkheid die hun werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat van oprichting.³⁴¹ Ingevolge het arrest *Inspire Art* zag de Nederlandse wetgever zich genoodzaakt deze wet, met uitzondering van art. 6, niet van toepassing te verklaren op vennootschappen onderworpen aan het recht van een EU- of EER-lidstaat.³⁴² Het Hof heeft immers geoordeeld dat deze wet een niet-gerechvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging inhield.³⁴³

Art. 6 WFBV bepaalt dat de artikelen 249, 260 en 261 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn op de formeel buitenlandse vennootschappen. Deze artikels houden een hoofdelijke aansprakelijkheid in voor de bestuurders en de commissarissen voor een misleidende voorstelling van de vennootschap in de jaarrekening. De Nederlandse wetgever heeft bepaald dat deze regeling toch van toepassing is op vennootschappen uit een EU- of EER-lidstaat omdat zij een invulling is van fraudebestrijding. Ze voldoet bijgevolg aan de antimisbruikler. Het Hof heeft geoordeeld dat dit een legitiem belang van de lidstaten is.³⁴⁴ De Nederlandse wetgever meent daarom dat deze beperking op de vrijheid van vestiging wel gerechtvaardigd is. Het gaat immers om een niet-algemene regeling, waarin er geval tot geval nagegaan wordt of er misbruik is.³⁴⁵

6.3 Conclusie

113. Is het Nederlandse systeem een goede basis om het nieuwe Belgische systeem op te baseren? Het personele toepassingsgebied van het Nederlandse systeem is iets breder dan het Belgische. In Nederland vallen naast alle rechtspersonen ook alle “als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredende lichamen of samenwerkingsverbanden” onder het toepassingsgebied. In België is de regeling op dit moment enkel van toepassing op rechtspersonen. Andere vormen van samenwerking zonder rechtspersoonlijkheid worden

³⁴⁰ Art. 1, lid 2, f) Rome I-Verordening; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2009, 163-164.

³⁴¹ Art. 1, a) *WFBV*.

³⁴² Art. 1, b) *WFBV*.

³⁴³ *Inspire Art*, r.o. 144.

³⁴⁴ *Centros*, r.o. 38.

³⁴⁵ Wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen Memorie van Toelichting, *Kamerstuk Tweede Kamer*, 2003-2004, nr. 3, 6-7.

geregeld door het recht dat aangewezen wordt op grond van de regels inzake contractuele verbintenissen.³⁴⁶ In de regel hebben de partijen in dat geval de mogelijkheid om het toepasselijk recht te kiezen. Er moet wel rekening gehouden worden met enkele beperkingen.³⁴⁷ Het is nog niet duidelijk wat het toepassingsgebied van de statutaire zetelleer in het WVV zal zijn. Naar mijn mening verdient het huidige Belgische systeem echter de voorkeur. Deze regeling heeft een duidelijk afgebakend toepassingsgebied. Is er rechtspersoonlijkheid, dan is de regeling van toepassing en anders niet. Het Nederlandse systeem is in bepaalde gevallen onduidelijk en dat leidt tot rechtsonzekerheid.³⁴⁸

114. Het aanknopen van het vennootschapsrecht aan de oprichtingsakte of –overeenkomst vormt de basis van de Nederlandse incorporatieleer. Voor de toekomstige Belgische statutaire zetelleer lijkt het mij beter om aan te sluiten bij de plaats van de statutaire zetel of de registratie in het vennootschapsregister. De statutaire zetelleer laat immers toe het aanknopingspunt na de oprichting te verplaatsen, waardoor er meer ingezet wordt op een zo breed mogelijke intracommunautaire mobiliteit.

Het ondergeschikte criterium van het centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting is mijns inziens niet geschikt voor het Belgische vennootschapsrecht indien België aanknoopt bij de statutaire zetel. Logischer zou zijn om in dat geval te kijken naar het centrum van optreden naar buiten op het moment dat dit bevestigd wordt. De statutaire zetelleer laat immers verplaatsingen van de zetel na de oprichting toe. Het is dus niet de plaats van oprichting die het toepasselijk vennootschapsrecht aanduidt. In het ondergeschikte criterium terugverwijzen naar het moment van de oprichting zou ingaan tegen deze idee van het verplaatsen van de zetel na de oprichting.

115. Het materieel toepassingsgebied van het aangeduide recht is vrij vergelijkbaar met het Belgische systeem. Er is mijns inziens echter geen reden om af te stappen van het huidige Belgische systeem uit art. 111, §1 WIPR. In Nederland is er geen regel die te vergelijken is met art. 111, §2 WIPR.³⁴⁹ De vraag is of zo'n regel wel nodig is wanneer een staat de statutaire zetelleer volgt. Er zijn zowel argumenten *pro* als *contra*. Enerzijds biedt de statutaire zetelleer meer rechtszekerheid met betrekking tot het toepasselijk recht. De tegenpartij zal dus niet

³⁴⁶ MvT WIPR, 130.

³⁴⁷ Het toepasselijk recht op contracten wordt meer uitgebreid besproken in: T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht: de essentie*, Brugge, Die Keure, 2016, 366-380.

³⁴⁸ C. ASSERS, X.E. KRAMER, H.L.E. VERHAGEN, S. VAN DONGEN, A.P.M.J. VONKEN, *Internationaal Privaatrecht. Deel III Internationaal Vermogensrecht*, Deventer Kluwer, 2015, 9-10.

³⁴⁹ Zie hoofdstuk 3.2.4.

verrast worden door een rechtsstelsel dat zij niet verwachtte. Ook de vennootschap zelf zal niet verrast kunnen worden door een rechtsregel uit de staat waar de rechtshandeling plaatsvindt waardoor zij zich niet op haar onbekwaamheid kan beroepen. Het Hof van Justitie oordeelde ook in het arrest *Centros* dat er reeds een verre gaande bescherming voor schuldeisers is wanneer een vennootschap zich presenteert als een vennootschap naar het land van het toepasselijk recht. Daarnaast bieden ook de Vierde vennootschapsrichtlijn en richtlijn 2017/1132 bijkomende bescherming aan derden.³⁵⁰ Anderzijds zou men op deze manier verlangen dat iedere tegenpartij telkens kennis heeft van de bekwaamheidsregels van het toepasselijke vennootschapsrecht.

116. Een regel vergelijkbaar met art. 6 WFBV lijkt een goede manier om misbruiken tegen te gaan. Het blijft hierbij wel de vraag of deze regel geen ongerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt. De Nederlandse wetgever stelt dat dit niet het geval is omdat het gaat om een vorm van fraudebestrijding. De beperking op de vrijheid van vestiging wordt bijgevolg gerechtvaardigd vanuit de antimisbruikleer. Dit lijkt inderdaad het geval te zijn. Er blijft echter wel steeds het risico dat deze bepaling aangemerkt wordt als een ongerechtvaardigde beperking op de vrijheid van vestiging door het Hof van Justitie.

³⁵⁰ Zie hoofdstuk 4.2.2.

7 Eindconclusie

117. De grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU is een materie die de laatste jaren veel wijzigingen heeft ondergaan. Deze worden steevast, vol belangstelling gevolgd door de rechtsleer van over de hele Unie en zelfs erbuiten.

In haar rechtspraak stelt het Hof van Justitie dat de werkelijke zetelleer nog steeds door de lidstaten kan aangewezen worden als het aanknopingspunt voor hun vennootschapsrecht. De facto is het echter wel time over voor de werkelijke zetelleer. De rechtspraak van het Hof van Justitie leidt immers enerzijds tot een *regulatory competition* waarbinnen het niet verantwoord is de werkelijke zetelleer te blijven volgen. Werkelijke zetelleerstaten kunnen immers enkel vennootschappen aantrekken die er hun werkelijke zetel hebben of bereid zijn deze er te plaatsen. Dit in tegenstelling tot de statutaire zetelleerstaten die enkel vereisen dat een vennootschap zijn statutaire zetel er plaatst opdat hun nationaal vennootschapsrecht van toepassing kan zijn. De groep vennootschappen die voor het vennootschapsrecht van een werkelijke zetelleerstaat kunnen kiezen is bijgevolg betrekkelijk kleiner dan deze die voor het vennootschapsrecht van een statutaire zetelleerstaat kunnen kiezen. Lidstaten die de werkelijke zetelleer volgen nemen zo een zwakkere positie in binnen de *regulatory competition*. Anderzijds kunnen vennootschappen zich nu aan het vennootschapsrecht van eender welke andere lidstaat die de statutaire zetelleer volgt onderwerpen, wanneer ze aan de nationale omzettingsvoorwaarden voldoen, zonder dat ze in deze tweede lidstaat zelfs maar een economische activiteit moeten voeren. Dit holt de idee van het aansluiten bij de vennootschapsrechtelijke werkelijkheid, dat één van de belangrijkste redenen was om voor de werkelijke zetelleer te kiezen, uit.³⁵¹

België dat tot op dit moment de werkelijke zetelleer volgt ziet zich genoodzaakt te plooiën onder druk van de rechtspraak van het Hof van Justitie. In het voorontwerp van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen ruilt het haar werkelijke zetelleer in voor de statutaire zetelleer. Met deze omschakeling hoopt de wetgever dat meer vennootschappen zich in België zullen vestigen. Het vennootschapsrecht is echter maar één element in de waaiër van factoren die bepalen waar een vennootschap zich vestigt en haar activiteiten ontplooit. De toekomst zal moeten uitwijzen of deze omschakeling effectief tot het aantrekken van meer vennootschapszetels en ondernemingsactiviteiten leidt. De keuze voor de statutaire zetelleer

³⁵¹ Zie hoofdstuk 4.2.7.2.

lijkt in ieder geval een grote stap voor het Belgische recht, dat een belangrijke positie wil innemen in de *regulatory competition*.

Nederland volgt reeds gedurende lange tijd de incorporatieleer. De manier waarop het toepasselijk vennootschapsrecht er aangeduid wordt bevat enkele interessante elementen waarop de Belgische wetgever zich kan baseren. Het lijkt echter een beter idee om de statutaire zetelleer aan te hangen, in tegenstelling tot de incorporatieleer. Nu de tekst van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen nog niet is vrijgegeven is het nog maar de vraag in welke mate de nieuwe Belgische statutaire zetelleer gebaseerd is op de Nederlandse incorporatieleer.

8 Bijlagen

8.1 Bibliografie

8.1.1 Rechtsleer

- ANGELETTE, B., “The Revolution that Never Came and the Revolution Coming – *De Lasteyrie du Saillant, Marks & Spencer, Sevic Systems* and the Changing Corporate Law in Europe”, *Virginia Law Review* 2006, 1189-1124.
- ARMOUR, J., “Who Should Make Corporate Law ? EC Legislation *versus* Regulatory Competition”, *Current Legal Problems* 2005, 369-413.
- ARNULL, A., DASHWOOD, A., DOUGAN, M., ROSS, M., SPAVENTA, E., WYATT, D., *Wyatt & Dashwoods European Union Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2006, 1224.
- ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 699.
- ASSERS, C., KRAMER, X.E., VERHAGEN, H.L.E., VAN DONGEN, S., VONKEN, A.P.M.J., *Internationaal Privaatrecht. Deel III Internationaal Vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 1061.
- AUDIT, B., D’AVOUT, L., *Droit international privé*, Parijs, Economica, 2013, 1140.
- AUTENNE, A., NAVEZ, E.-J., “Cartesio – les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités”, *CDE* 2009, 91-125.
- BIERMEYER, T., “Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE” *CML rev.* 2013, 571-590.
- BLUMBERG, J.-P., “Over het grensoverschrijdende associatieconcern, zetelverplaatsing en internationale fusie”, *TPR* 1992, 803-843.
- BORG-BARTHET, J., “Free at Last: Choice of Corporate Law in the EU Following the Judgment in Vale”, *International and Comparative Law Quarterly* 2013, 503-512.
- BORG-BARTHET, J., *The governing law of companies in EU law*, Oxford en Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 189.
- BORG-BARTHET, J., “A new approach to the governing law of companies in the EU: A legislative proposal”, *Journal of Private International Law* 2010, 589-622.
- BORG-BARTHET, J., “European Private International Law of Companies After *Cartesio*”, *International and Comparative Law Quarterly* 2009, 1020-1028.

- BRAECKMANS, H., HOUBEN, R., *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 924.
- BRAECKMANS, H., WYMEERSCH, E., *Het gewijzigd vennootschapsrecht 1995*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1996, 470.
- BRAECKMANS, H., WYMEERSCH, E., GEENS, K., *Vennootschappen en verenigingen: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl.
- BUREAU, D., MUIR WATT, H., *Droit international privé, Tome II : Partie spéciale*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, 712.
- CACHARD, O., *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2016, 456.
- CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 1114.
- CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Recueil des conventions (1951-2009)*, Den Haag, Bureau permanent de la conférence de La Haye 2009, 579.
- COUTURIER, J.J., PEETERS, B., VAN DE VELDE, E., *Belgisch Belastingrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2017, 1302.
- COUWENBERG, I., HANSEBOUT, A., VANFRAECHEM, L., *Internationaal Privaatrecht Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 813.
- CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1155.
- CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 917.
- CLAVEL, S., *Droit international privé*, Parijs, Dalloz, 2016, 732.
- CLOTTENS, C., “Vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing na het arrest Inspire Art : is the sky the limit(ed) ?”, noot onder HvJ 30 september 2003, *TRV* 2006, 673-689.
- DE BROE, L., WYCKAERT, M. (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 142.
- DE KORT, J.W.J. “The European Court of Justice on the Dutch Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder in a Corporation”, *Intertax* 2007, 713-718.
- DE WULF, H., “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschapsrecht en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 4, 7-36.

- DE WULF, H., “*Kornhaas*: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheden”, *TBH* 2016, 435-448.
- DE WULF, H., “Noot onder HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, Inspire Art.”, *TBH* 2004, 89-90.
- DE WULF, H., “Hof van justitie 5 november 2002 (C-208/00, “Überseering”): Impliceert vrijheid van vestiging het einde van de werkelijke zetelleer?”, *TBH* 2003, afl. 1, 96-97.
- DE WULF, H., VAN DEN STEEN, L., “Enkele problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening en Europees getinte class actions in de VS”, *Working Paper Series* 2009, 72, <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2009-06.pdf>.
- DEGUÉE, J., “Forum Shopping, usage ou abus de liberté d’établissement”, noot onder HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*, *RPS* 2000, 51-83.
- DRINHAUSEN, F., NOHLEN, N., “The Limited Freedom of Establishment of an SE”, *European Company Law* 2009, 14-19.
- EBKE, W.F., “The Real Seat Doctrine in the Conflict of Corporate Laws”, *Int’l Law*. 2002, 1015-1038.
- ERAUW, J., *Internationaal Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 938.
- ERAUW, J., *Handboek Belgisch internationaal privaatrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 615.
- ERAUW, J., *Beginselen van internationaal privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1985, 334.
- ERAUW, J., FALLON, M., GULDIX, E., MEEUSEN, J., PERTEGAS, M., VAN HOUTTE, H., WATTE, N., WAUTELET, P. (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 722.
- FROST, C., “Transfer of Company’s Seat- an Unfolding Story in Europe”, *Victoria University Wellington Law Review* 2005, 359-388.
- GEENS, K., “Oprichting Brussels International Business Court”, *Koengeens.be*, 27 oktober 2017, <https://www.koengeens.be/news/2017/10/27/oprichting-brussels-international-business-court>.

- GEENS, K., WYCKAERT, M., CLOTTENS, C., DE DIER, S., PARREIN, F., *Beginselen van Belgisch privaatrecht IV. Verenigingen en vennootschappen. Deel II De vennootschap. A. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 906.
- GEENS, K., WYCKAERT, M., CLOTTENS, C., PARREIN, F., DE DIER, S., COOLS, S., “Vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Algemene regels”, *TPR* 2012, Afl. 1, 111-145.
- GERNER-BEUERLE, C., SCHILLIG, M., “The Mysteries of Freedom of Establishment after *Cartesio*”, *International & Comparative Law Quarterly* 2010, 1-21.
- HEYVAERT, A., *Belgisch Internationaal Privaatrecht, een Inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 270.
- KACZOROWSKA, A., *European Union Law*, Oxford, Routledge-Cavendish, 2009, 964.
- KENT, P., *Law of the European Union*, Essex, Pearson Education, 2008, 416.
- KERSTING, C., SCHINDLER, C., “The ECJ’s Inspire Art Decision of 30 September 2003 and Its Effects on Practice”, *German Law Journal* 2003, 1177-1192.
- KOSTERS, J., *Het internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1917, 848.
- KRUGER, T., VERHELLEN, J., *Internationaal privaatrecht, de essentie*, Brugge, Die Keure, 2016, 465.
- LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P., *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 759.
- LORENZEN, E.G., “French rules of the conflict of laws (part 3)” *Yale Law School Faculty Scholarship Series* 1928, 165-192, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4570.
- MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, en MALHERBE, P., *Droit des sociétés. Précis*, Brussel Bruylant, 2011, 1530.
- MARESCEAU, K., “De “Europese markt voor vennootschapsrecht”: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, *TPR* 2015, 549-596.
- MARESCEAU, K., “Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer”, *WP* 2014, afl. 2, 1-27, www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2014-02.pdf.
- MARESCEAU, K., “De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten *Cartesio* en *Vale*”, *TBH* 2013, 231-255.

- MARESCEAU, K., *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 542.
- MARESCEAU, K., “Het vrij vestigingsrecht, de problematiek van de zetelverplaatsing en zijn impact op het internationaal privaatrecht: een stand van zaken na de zaak Cartesio” (noot onder H.v.J. 16 december 2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*), *TBH* 2009, 581-609.
- MARESCEAU, M., *De directe werking van het Europese Gemeenschapsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1978, 330.
- MEEUSEN, J., “Het Polbud-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen”, *RW* 2017, 602.
- MEEUSEN, J., “Hof van Justitie 30 september 2003”, *RW* 2004, 636-638.
- MEEUSEN, J., “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen”, *TRV* 2003, afl. 2, 95-127.
- MENJUCQ, M., *Droit international et européen des sociétés*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, 572.
- MORTELMANS, K.J.M., *Handboek Europese Gemeenschappen. Verdragsteksten, Verordeningen. Aanverwante Stukken*, Mechelen, Kluwer, 1968, losbl.
- MUCHA, A., “Corporate mobility in Europe: new hand in corporate shopping after the judgment of the Court of Justice in Polbud-Wykonastwo (C-106/16)”, 2018, 1-35, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3100156.
- MYSZKE-NOWAKOWSKA, M., *The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies*, Cambridge-Antwerpen-Portland, Intersentia, 2014, 291.
- PANAYI, C. HJI., “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths” in EECKHOUT, P., TRIDIMAS, T. (eds.), *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 123-176.
- PIETTE, C., VAN DE VELDE, G., “Nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *KLaw.be*, 9 januari 2018, <http://www.klaw.be/news-and-events/nieuw-wetboek-van-vennootschappen-en-verenigingen>.
- POULLET, P., *Manuel de Droit International Privé Belge*, Brussel, Polydore Pée, 1947, 671.
- POULLET, P., *Manuel de Droit International Privé Belge*, Leuven, Universitas, 1928, 702.

- RAMMELOO, S., “The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe”, *MJ*, 2003, 169-197.
- REICH, N., NORDHAUSEN SCHOLE, A., SCHOLE, J., *Understanding EU Internal Market Law*, Cambridge-Antwerpen-Portland, Intersentia, 2015, 719.
- RIGAUX, F., FALLON, M., *Droit international privé, Tome II, Droit positif Belge*, Brussel, Larcier, 1993, 923.
- RIGAUX, F., FALLON, M., *Droit International Privé, Précis de la faculté de Droit de l’Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2005, 1038.
- ROELOFS, E.R., “Het Vale-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting” *WPNR* 2012, 792-799.
- ROVERS, J.M., “Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en de SE-verordening: nog een beetje toekomst?” *NTER* 2006, 49-54.
- SAMOY, I., SAGAERT, V., TERRY, E. (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 691.
- STEENNOT, R., STUYCK, J., VANHEES, H., WYMEERSCH, E., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.
- STRIKWERDA, L., *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 309.
- SZYDLO, M., “Director’s duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after *Kornhaas*”, *CML Rev.* 2017, 1853-1866.
- SZYDLO, M., “Annotation *Cartesio*”, *CML Rev.* 2009, 703-722.
- TILQUIN, T., “L’incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis*”, *RPS* 1998, 5-56.
- VANANROYE, J., LINDEMANS, G., “Schuldeisersbescherming tegen misbruik van rechtspersonen: het insolventierecht geeft en het vennootschapsrecht neemt?” *DAOR* 2017, 4-18.
- VAN CALSTER, G., “The Brussels International Business Court – BIBC: Some initial thoughts”, *gavclaw.com*, 9 maart 2018, <https://gavclaw.com/2017/11/08/the-brussels-international-business-court-bibc-some-initial-thoughts/>.
- VAN CALSTER, G., *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 340.

- VAN HECKE, G., LENAERTS, K., *Internationaal Privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1989, 435.
- VAN HOE, A., “We zijn er bijna, maar nog niet helemaal: grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na *Vale*”, *TRV* 2013, 539-552.
- VAN VEEN, W.J.M., “Privaatrecht Actueel. Grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing: Waar ligt de grens? Hof van Justitie EU 25 oktober 2017, zaak C-160/16 (Polbud)”, *WPNR* 2017, 905-906.
- VERBEKE A., VERSTRAETE, J., WEYTS, L., (eds.), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber Amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 624.
- VLAS, P., *Rechtspersonen*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2017, 275.
- VLAS, P., *Rechtspersonen*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2009, 254.
- WAUTELET, P., “Quelques réflexions sur la lex societatis dans le code de droit international privé”, *RPS* 2006, 5-56.
- WOUTERS, J., “Over vennootschappen verwijzingsregels en vrijheid van vestiging”, *TRV* 1991, 456-478.
- WYMEERSCH, E., “The transfer of the company’s seat in European company law”, *CML Rev.* 2003, afl. 3, 661-695.
- X., “Slides: Het voorliggend ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen”, 8 november 2017, <http://www.bcv-cds.be/>.
- X., “beleidsnota: Een modern Wetboek van vennootschappen en verenigingen”, 2 oktober 2015, <http://www.bcv-cds.be/>.

8.1.2 Overige bronnen

- Y. DE PARTZ, M. TARDY, M-L. GABRIEL, R. MARTON, “Renault-Vilvorde Ferme: 3100 emplois disparaissent Belgique, Pays roi de la construction auto? Histoire d’amour Franco-Belge...”, *Le Soir*, 28 februari 1997, <http://www.lesoir.be/archive/recup%3A%252Frenault-vilvorde-ferme-3100-emplois-disparaissent-t-19970228-Z0DDEM.html>
- MACIEJEWSKI, M., DANCOURT, L., “De interne markt : Algemene beginselen”, *Eurofeiten* 2017 2016, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/nl/FTU_3.1.1.pdf.
- MACIEJEWSKI, M., PENGELLY, K., “Vrijheid van vestiging en vrij verrichten van diensten”, *Eurofeiten* 2017 2016, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/nl/FTU_3.1.4.pdf.

- VAN LIEROP, T., VANCLOOSTER, L., DUMAREY, A., “20 jaar sluiting Renault Vilvoorde: een chronologie”, *Deredactie.be*, <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws/Longreads/1.2901007>.