

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2014-02



Kristof MARESCEAU

**Belgium, get ready to compete for corporate
charters: een pleidooi voor de invoering van de
statutaire zetelleer**

Maart 2013

WP 2014-02

Kristof MARESCEAU

**Belgium, get ready to compete for corporate charters:
een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer**

Abstract

In deze bijdrage wordt ervoor gepleit om in het Belgisch vennootschappelijk IPR afstand te nemen van de werkelijke zetelleer en over te schakelen naar de statutaire zetelleer, i.e. een variant van de incorporatieleer die de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen toestaat. Geargumenteed wordt dat deze benadering beter strookt met de Europese context en diverse voordelen biedt, onder meer op het vlak van de rechtszekerheid.

**Zoals min of meer in ongewijzigde vorm gepubliceerd in:
*Belgisch centrum van het vennootschapsrecht (ed.), De
modernisering van het vennootschapsrecht, Brussel, Larcier,
2014, 203-237***



Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer

Kristof Maresceau¹

1. Het is onder vennootschapsjuristen algemeen bekend dat België in zijn vennootschappelijk internationaal privaatrecht sinds jaar en dag de werkelijke zetelleer aanhangt.² Concreet betekent dit dat België aansluiting zoekt bij de ligging van de werkelijke zetel van vennootschappen om het nationaal vennootschapsrecht te bepalen dat hun personeel statueert beheerst (hierna gemakshalve soms ‘de nationaliteit’ van vennootschappen genoemd).³ In deze bijdrage zal worden bepleit dat de tijd intussen als voldoende rijp moet worden geacht om afstand te nemen van deze IPR-leer, zeker ten aanzien van vennootschappen die naar het recht van een EU-lidstaat zijn opgericht. Om dit te beargumenteren, gaat deze bijdrage van start met een korte bespreking van de wijze waarop België de werkelijke zetelleer toepast (afdeling 1). Deze bespreking moet toelaten aan te geven of, en desgevallend op welke wijze, België in die toepassing van de werkelijke zetelleer wordt verhinderd door de Europese vrijheid van vestiging, zoals vervat in de artikelen 49 en 54 van het ‘Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’ (VWEU) (afdeling 2). Vervolgens wordt dieper ingegaan op de verschillende nadelen die België in communautair verband ondervindt bij het gebruik van de werkelijke zetel als aanknopingspunt voor het aanduiden van de “*lex societatis*” (afdeling 3). Om meerdere van deze nadelen te verhelpen, stelt afdeling 4 de invoering van de statutaire zetelleer als het na te streven alternatief voor. Afdeling 5 besluit.

Afdeling 1. De werkelijke zetelleer en zijn wijze van toepassing in België

2. De werkelijke zetelleer is in België de dag van vandaag geïmplementeerd in de ‘Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht’ (WIPR), dit terwijl de regeling voorheen was opgenomen in artikel 56 W.Venn. (en daarvoor in artikel 197 van de ‘Gecoördineerde wetten op handelsvennootschappen’). Net zoals vroeger wordt in het WIPR als uitgangspunt naar voor geschoven dat “*rechtspersonen worden beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied zich vanaf de oprichting hun voornaamste vestiging bevindt*” (zie artikel 110, eerste lid WIPR). Bij het achterhalen van de ‘plaats van de voornaamste vestiging’ van een rechtspersoon moet volgens de wet in het bijzonder rekening

¹ Doctor-assistent Vennootschapsrecht, Financial Law Institute, UGent.

² Voor enkele bijdragen over de Belgische werkelijke zetelleer, men raadplege: E. NAVEZ, “Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l’UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l’influence européenne” in G. DAL (ed.), *Droit des groupes de sociétés. Questions pratiques*, Brussel, Larcier, 2013, 89; R. PRIoux, “Les sociétés belges et les sociétés étrangères” in JEUNE BARREAU (ed.), *Dernières évolutions en droit des sociétés*, 2003, 312; V. SIMONART, “L’application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre état de la communauté et, en particulier, aux Limited”, *RPS* 2008, 111; T. TILQUIN, “L’incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis*”, *RPS* 1998, 16; N. VANDEBEEK, “Commentaar bij artikel 110 W.I.P.R.” in *Comm. WIPR*, Antwerpen, Kluwer, 2008, losbl.; P. WAUTELET, “Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le code de droit international privé”, *RPS* 2006, 5.

³ Hoewel hiertegen bezwaren zijn geuit in de rechtsleer, wordt hierna soms ten behoeve van de duidelijkheid over de nationaliteit van vennootschappen gesproken. Dit is aanvaardbaar voor zover men de precieze betekenis daarvan goed inschat. In vennootschapsrechtelijke context heeft een vennootschap de ‘nationaliteit’ van het land wiens wet het personeel statueert van de vennootschap regelt, wiens wet met andere woorden als “*lex societatis*” fungeert (zie bv.: G. VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, Brussel, Établissement Émile Bruylant, 1964, 9; J. MEEUSEN, “Commentaar bij artikel 56 en 58 W.Venn.” in *Comm. V.&V.*, Antwerpen, Kluwer, 2000, losbl., 3-4).

worden gehouden “*met zijn bestuurscentrum, evenals met zijn zaken- of activiteitencentrum, en in bijkomende orde met zijn statutaire zetel*” (zie artikel 4, § 3 WIPR).

3. Aan artikel 4, § 3 WIPR kan het verwijt van ‘werkelijkheidsvreemd’ worden gegeven in de mate waarin het de indruk wekt dat de statutaire zetel slechts op de laatste plaats komt om te bepalen waar de voornaamste vestiging van een vennootschap ligt.⁴ In de praktijk zal men veelal de omgekeerde werkwijze volgen en er in eerste instantie van uitgaan dat de werkelijke zetel van een vennootschap op haar statutaire zetel is gelegen. Dit is immers het adres dat de vennootschap zelf heeft aangeduid als haar zetel, zodat er geen reden bestaat om dit niet als waarheid aan te nemen zolang hieromtrent geen bezwaren zijn geuit door de ene of andere partij. Dat in eerste instantie wordt gekeken naar de ligging van de statutaire zetel om het op een vennootschap toepasselijke recht te bepalen, is wellicht de benaderingswijze in alle landen, ongeacht welk vennootschappelijk IPR-leerstelsel zij volgen.⁵ Dit houdt ongetwijfeld verband met het gegeven dat vennootschappen wellicht naar het recht van alle landen in de wereld, en zeker naar het recht van de EU-lidstaten, hun statutaire zetel moeten vestigen in de jurisdictie naar wiens recht zij zijn opgericht en ingericht (ook wel het ‘incorporatieland’ genoemd). De reden hiervoor moet worden toegeschreven aan de cruciale rol die de ligging van de statutaire zetel speelt in het materieel procesrecht van landen; de statutaire zetel fungeert principieel als de plaats waar de vennootschap officieel kan worden aangesproken voor betekeningen. Vandaar ook dat de ligging van de statutaire zetel vaak als een determinerende factor wordt beschouwd in het bepalen van de bevoegdheid van gerechtelijke instanties, dat landen veelal verlangen dat er zich op dat adres een wettelijke vertegenwoordiger van de vennootschap bevindt en dat de vennootschap daar haar boekhouding en andere officiële bescheiden houdt. Gelet op die cruciale rol van de statutaire zetel wordt aan de ligging ervan dikwijls ook publiciteit verleend bij wege van een inschrijving in het vennootschapsregister van het land waarin de statutaire zetel is gelegen.

Als dusdanig vormt de (inschrijving van de) statutaire zetel (in het vennootschapsregister) de ultieme uitdrukking van de officiële band tussen een vennootschap en haar incorporatieland; zij houdt als het ware de formele bevestiging in van het incorporatieland dat een vennootschap op het moment van haar incorporatie aan het incorporatierecht voldeed. Landen die één of andere variant van de incorporatiereel toepassen, nemen genoegen met deze band tussen een vennootschap en haar incorporatieland om te aanvaarden dat vennootschappen door het recht van dat land worden gereguleerd, ook al blijken zij in werkelijkheid geen of nauwelijks economische substantie op die statutaire zetel te vertegenwoordigen (tenzij zou worden gevreesd voor misbruik). Dit is anders bij landen die in hun IPR één of andere variant van de werkelijke zetelleer toepassen; zij verlangen in de regel dat de werkelijke zetel van vennootschappen op hun statutaire zetel is gelegen, en zullen bij een vastgestelde discrepantie tussen beide zetels uiteindelijk voorrang geven aan de werkelijke zetel in hun zoektocht naar de “*lex societatis*”. Dit neemt niet weg dat die discrepantie moet worden vastgesteld, en dat dus ook in de werkelijke zetelleer de statutaire zetel tot het bewijs van het tegendeel geacht wordt te fungeren als het relevante conflictenrechtelijke aanknopingspunt.

⁴ Zie ook: H. DE WULF en L. VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS” in J. ERAUW en P. TAELEMAN (eds.), *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, (391) 427.

⁵ Voor meer informatie omtrent dit alles en verdere verwijzingen naar rechtsleer en rechtspraak, verwijs ik graag naar mijn doctoraat: K. MARESCAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, doctoraal proefschrift UGent, 2013, 389p. (te verschijnen bij Intersentia in de Reeks ‘Instituut Financieel Recht’).

4. Men kan opmerken dat het WIPR spreekt over de ‘voornaamste vestiging’ van een rechtspersoon, dit terwijl oud artikel 56 W.Venn. gewag maakte van diens ‘werkelijke zetel’. Veel praktische betekenis hoeft aan deze terminologiewijziging niet te worden gegeven, tenzij dat aan rechters met de in artikel 4, § 3 WIPR omschreven criteria voortaan uitdrukkelijk de bevoegdheid wordt verleend om in hun oordeel betreffende de lokalisering van de voornaamste vestiging belang te hechten aan de plaats waar de vennootschap haar voornaamste activiteiten voert (cf. “*het zaken- of activiteitencentrum*”). Sinds deze wetswijziging is het dus zonder meer duidelijk geworden dat naar Belgisch IPR de werkelijke zetel van een vennootschap is gelegen op de plaats die men als het ‘economisch zwaartepunt’ van de vennootschap zou kunnen bestempelen. Hiermee vindt België aansluiting bij de gangbare praktijk van de meeste andere landen die in hun IPR de werkelijke zetelleer toepassen. In tegenstelling tot wat soms in de (oudere) rechtsleer wordt voorgehouden, kijken ook zij veelal naar de plaats van waaruit de leidinggevende beslissingen *werkelijk* worden genomen (“*mind of management*”), en niet (uitsluitend) naar de plaats waar de vergaderingen van het bestuur of het topmanagement op eerder formele wijze worden georganiseerd.⁶ Deze invulling van het begrip ‘voornaamste vestiging’ strookt trouwens met de verantwoording die traditioneel aan de werkelijke zetelleer wordt gegeven, nl. aan het nauwst bij de activiteit van een vennootschap betrokken land toelaten zijn vennootschapsrecht toe te passen met het oog op de bescherming van lokale belangen, zoals die van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en soms werknemers.⁷ Op die manier kan de werkelijke zetelleer als een algemene anti-misbruikleer worden beschouwd nu zij “wetsontduiking” bestrijdt; zij is in essentie de uitdrukking van een beleids optie ten gunste van controle door en bescherming van de rechtsorde die bij veronderstelling het sterkst wordt geraakt door het optreden van een vennootschap.⁸

5. Verder verduidelijkt artikel 111 WIPR dat het recht van de voornaamste vestiging de volgende aangelegenheden reguleert: “1° *het bestaan en de juridische aard van de rechtspersoon*; 2° *de firma of de maatschappelijke benaming*; 3° *de oprichting, de ontbinding en de vereffening*; 4° *de rechtsbekwaamheid van de rechtspersoon*; 5° *de samenstelling, de*

⁶ Voor een overzicht van welke criteria relevant zijn in de lokalisering van de werkelijke zetel, zie o.a.: M. MYSZKE – NOWAKOWSKA, *The contribution of private international law to the freedom of establishment for companies in the European Union*, proefschrift UA, 2013 58-62. Bij wijze van illustratie kan men erop wijzen dat ook in het Italiaanse IPR het “exploitatiecentrum” een alternatief aanknopingsfactor is (zie o.m. S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, OUP, 2001, 222; P. VLAS, *Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1982, 47, vn. 59) en dat van een ruimer feitelijk criterium dan de formele plaats van de bestuurszetel ook in de Duitse rechtspraak wordt uitgegaan (de werkelijke zetel bevindt zich op de plaats waar de beleidsbeslissingen worden getransformeerd in de “dagdagelijkse activiteiten” van de vennootschap, aldus onder meer het BGH 21 maart 1986, BGHZ, 97, 269 en 272).

⁷ Zie o.m.: E. BROOD, *De vestigingsplaats van vennootschappen: enige privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer, Kluwer, 1989, 20; W. EBKE, “The ‘Real Seat’ Doctrine in the Conflict of Corporate Laws”, *The International Lawyer* 2002, (1015) 1028; G. MUSTAKI en V. ENGAMMARE, *Droit européen des sociétés*, Brussel, Bruylant, 2009, 15; E. STEIN, “Conflict-of-laws rules by Treaty: recognition of companies in a regional market”, *Michigan Law Review* 1969-1970, (1327) 1333; J. WOUTERS, “Over vennootschappen, verwijzingsregels en vrijheid van vestiging”, *TRV* 1991, (456) 458. Of de werkelijke zetelleer er werkelijk in slaagt om deze belangen te behartigen, is twijfelachtig. Zie in dit verband de analyse van: S. LOMBARDO, “Conflict of Law Rules in Company Law after Überseering: An Economic and Comparative Analysis of the Allocation of Policy Competence in the European Union”, *EBOR* 2003, (301) 319-331.

⁸ Zie o.a.: W. EBKE, “The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond”, *EBLR* 2005, (9) 13-14; N. KEUHRER, “Cross-Border Establishment between UK and Austria”, *EBLR* 2001, (110) 112; C. PANAYI, “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths”, 2009, www.ssrn.com, 12 (en verschenen in *Yearbook of European Law* 2009); E. WYMEERSCH, “The Transfer of the Company’s Seat in European Company Law”, *CML Rev* 2003, (661) 667.

bevoegdheden en werking van zijn organen; 6° de interne verhoudingen onder vennoten of leden alsmede de relaties tussen de rechtspersoon en zijn vennoten of leden; 7° de verkrijging en het verlies van de hoedanigheid van vennoot of lid; 8° de rechten en plichten verbonden aan de winstbewijzen of aandelen en de uitoefening ervan; 9° de aansprakelijkheid voor overtreding van het vennootschapsrecht of van de statuten; 10° de mate waarin de rechtspersoon ten aanzien van derden gehouden is tot betaling van schulden aangegaan door zijn organen". Het geheel van bovenstaande regels noemt men vaak het personeel statuut van de vennootschap, dit terwijl gemakshalve soms wordt gezegd dat een vennootschap de nationaliteit heeft van de rechtsorde die zich bevoegd acht om deze aangelegenheden te reguleren. Het mag logisch klinken dat de in artikel 111 WIPR opgesomde aangelegenheden min of meer overeenstemmen met wat in het intern recht als vennootschapsrecht wordt beschouwd, en derhalve in het W.Venn. is geregeld. Nochtans gaat deze analogie niet volledig op, vermits algemeen wordt aangenomen dat niet alle rechtsregels van het W.Venn. door de verwijzingsregel van artikel 110 WIPR worden gevat. Zo gaat de Belgische rechtsleer er bijvoorbeeld quasi unaniem van uit dat de bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijke grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement van de vennootschap, als een 'insolventierechtelijke' aangelegenheid moet worden beschouwd, die wordt beheerst door de "*lex concursus*" zoals aangewezen door artikel 118 WIPR, niettegenstaande deze rechtsregels in het W.Venn. vervat liggen en op het eerste gezicht onder de opsomming van artikel 111 WIPR vallen.⁹

6. Op grond van de Belgische werkelijke zetelleer is het dus het recht van het land van de voornaamste vestiging dat de in artikel 111 WIPR opgesomde aangelegenheden reguleert. Op dit principe bestaat, naast de praktisch gezien minder belangrijke afwijkingen die verband houden met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde, enkel een uitzondering voor het geval van 'terugverwijzing' en het geval van 'doorverwijzing'. Artikel 110, tweede lid WIPR schrijft met name voor dat "[i]ndien het buitenlands recht verwijst naar het recht van de Staat volgens hetwelk de rechtspersoon is opgericht, dit laatste recht toepasselijk [is]".

Met deze uitzondering wordt in een remedie voorzien voor het risico dat vennootschappen 'apatride' of 'staatloos' zouden worden wegens een ontstane discrepantie in de ligging van hun werkelijke en statutaire zetel. Dit risico doet zich telkens voor wanneer de werkelijke zetel van een vennootschap wordt gelokaliseerd in een land dat één of andere variant van de

⁹ Zie bv.: V. SIMONART, "L'application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre état de la communauté et, en particulier, aux *Limited*", *RPS* 2008, (111) 127; M. WYCKAERT en F. PARREIN, "Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?" in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht. Themis*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 21. Ongetwijfeld is dit mede ingegeven door het feit dat dit wordt gesteld in het wetsontwerp houdende het Wetboek Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3/27-7, 205-206. Zoals DE WULF terecht opmerkt, leidt deze benadering ertoe dat de zaakvoerders van een kleine Belgische BVBA met het 'centrum van voornaamste belangen' in het buitenland geen gebruik kunnen maken van de vrijstelling die hen voor deze aansprakelijkheid in artikel 265, § 1, tweede lid W.Venn. is verleend (H. DE WULF en L. VAN DEN STEEN, "Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS" in J. ERAUW en P. TAELEMAN (eds.), *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, (391) 452). Zelf vindt DE WULF deze benadering niet vanzelfsprekend, maar niettemin verdedigbaar. Ikzelf heb in mijn doctoraat verdedigd dat deze benadering op gespannen voet komt te staan met het Europese recht op vrije vestiging, nu dit recht volgens mij EU-lidstaten ertoe dwingt om voor vragen betreffende de aansprakelijkheid van bestuurders terug te grijpen naar het recht van het incorporatieland. Zie K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, doctoraal proefschrift UGent, 2013, randnr. 355 (te verschijnen bij Intersentia in de Reeks 'Instituut Financieel Recht').

incorporatieleer in zijn IPR aanhangt en de desbetreffende vennootschap blijkt te zijn ingericht volgens het recht van een ander land. Om te vermijden dat België in voorkomend geval het vennootschapsrecht zou gaan toepassen van een land dat zichzelf niet bevoegd acht om de vennootschapsaangelegenheden te reguleren, dwingt artikel 110, tweede lid WIPR de Belgische rechter ertoe om terug te koppelen naar het recht van het incorporatieland, en zodoende afstand te nemen van de werkelijke zetelleer. Zo zal België bijvoorbeeld op grond van het principe van ‘doorverwijs’ Brits recht toepassen op een vennootschap die naar Brits is opgericht maar haar werkelijke zetel in Nederland heeft liggen; Nederland hangt in zijn vennootschappelijk IPR immers een vorm van de incorporatieleer aan, als gevolg waarvan het principieel aanvaardt dat de desbetreffende vennootschap door Brits recht wordt gereguleerd, hoewel zij haar werkelijke zetel in Nederland heeft liggen. ‘Terugverwijs’ daarentegen zal plaatsvinden wanneer een naar Belgisch recht opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel heeft liggen in een land dat één of andere variant van de incorporatieleer aanhangt; in zulk geval zal de vennootschap, ondanks de grensoverschrijdende emigratie van haar werkelijke zetel, beheerst kunnen blijven door Belgisch vennootschapsrecht. Dit neemt niet weg dat, in het geval de vennootschap dit zou wensen, zij zich desgevallend zal kunnen transformeren naar een vennootschapsvorm van het werkelijk zetelland door haar statutaire zetel naar daar te verplaatsen.

7. België past de werkelijke zetelleer met name op genuanceerde wijze toe. In tegenstelling tot sommige andere landen, zoals (vroeger) Duitsland of Polen, verbindt België niet noodzakelijk het verlies van de rechtspersoonlijkheid aan een wijziging van het personeel statuut die gepaard gaat met de grensoverschrijdende verlegging van de werkelijke zetel.¹⁰ Uit artikel 58, eerste lid W.Venn., op grond waarvan België automatisch de rechtspersoonlijkheid erkent van in het buitenland opgerichte vennootschappen die in het buitenland hun voornaamste vestiging hebben (zie hierover randnr. 21), mag niet worden afgeleid dat België elk rechtsbestaan zou weigeren aan in het buitenland opgerichte vennootschappen die in België hun werkelijke zetel hebben liggen. Artikel 112, eerste lid WIPR bepaalt namelijk dat “[d]e verplaatsing van de voornaamste vestiging van een rechtspersoon van een Staat naar

¹⁰ Zo werd in de Duitse rechtspraak geoordeeld dat de verplaatsing van de werkelijke zetel door een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap naar Duitsland (*‘immigratie’*) ertoe leidde dat het Duitse vennootschapsrecht toepasselijk werd, als gevolg waarvan de vennootschap opnieuw moest worden heropgericht conform de Duitse regels, bij gebreke waaraan zij als onbestaande werd beschouwd (zie bv.: BGH 21 maart 1986, *BGHZ* 97, 269). Naar aanleiding van de rechtspraak van het HvJ EU inzake de vrijheid van vestiging werd nadien beslist om immigrerende vennootschappen als ‘maatschappen’ met procesbekwaamheid te beschouwen (BGH 1 juli 2002, *ZIP* 2002, 1763). Thans past Duitsland niet langer de werkelijke zetelleer toe ten aanzien van vennootschappen die in de EU zijn opgericht (BGH 3 maart 2003, *BGHZ* 154, 185; BGH 14 maart 2005, *RIW* 2005, 542; BGH 7 mei 2007, *ZIP* 2007, 1306), maar wel nog ten aanzien van andere vennootschappen (BGH 27 Oktober 2008, *ZR* 158/06). Omgekeerd, wanneer een naar Duits recht opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel naar het buitenland verplaatst (*‘emigratie’*), wordt aangenomen dat zij hierdoor als ontbonden moet worden beschouwd (zie bv.: H. HIRTE, “Die ‘Limited’ mit Sitz in Deutschland – Abkehr von der Sitztheorie nach Centros, Überseering und Inspire art” in H. HIRTE en T. BÜCKER (eds.) *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, Keulen-Berlijn-München, Carl Heymanns Verlag, 2006, 3). Sinds de inwerkingtreding van het “Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen” (“MoMiG”) op 1 november 2008 laat Duitsland wel toe dat GmbH’s en AktG’s hun werkelijke zetel van hun statutaire zetel dissociëren en hun werkelijke zetel zelfs buiten Duitsland lokaliseren zonder hun rechtspersoonlijkheid of hoedanigheid naar Duits recht te verliezen. Zie hierover o.m.: P. KINDLER, “Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Tabrennbahn, Cartesio und die Folgen”, *IPRax* 2009, 189-202. Ook Polen past de werkelijke zetelleer op radicale wijze toe, meen ik te mogen afleiden uit het proefschrift van M. MYSZKE – NOWAKOWSKA, *The contribution of private international law to the freedom of establishment for companies in the European Union*, proefschrift UA, 2013, 161 (“For instance, from the Polish choice of law perspective applying the real seat theory, Polish company law applies to companies transferring their real seat to Poland. However, the substantive provisions of Polish company law then treat the immigrating company as ‘non-existent’ or as a partnership (because the company would not be incorporated in accordance with ‘appropriate’ i.e. Polish law”).

een andere slechts zonder onderbreking in de rechtspersoonlijkheid [gebeurt] wanneer zij plaatsvindt met inachtneming van de voorwaarden waaronder het recht van deze Staten zulks toestaat”.

Deze wetsbepaling is op multilaterale wijze geschreven en heeft daardoor betrekking op drie categorieën zetelverplaatsingen, te weten: (i) werkelijke zetelverplaatsingen door in België opgerichte vennootschappen naar het buitenland (*‘emigratie’*), (ii) werkelijke zetelverplaatsingen door in het buitenland opgerichte vennootschappen naar België (*‘immigratie’*) en (iii) werkelijke zetelverplaatsingen door in het buitenland opgerichte vennootschappen van en naar het buitenland (*‘zetelverplaatsingen buitenland’*). Elk van deze werkelijke zetelverplaatsingen kunnen volgens het Belgische recht met continuïteit in de rechtspersoonlijkheid gebeuren voor zover de bij de transactie betrokken landen dit toestaan (i.e. een cumulatieve toepassing van beide rechtsstelsels). Men kan in dit verband erop wijzen dat het HvJ EU recentelijk in het arrest Vale (2012) heeft verduidelijkt dat EU-lidstaten op grond van de vrijheid van vestiging ertoe gehouden zijn om de intracommunautaire verplaatsing van de werkelijke zetel met behoud van de rechtspersoonlijkheid toe te staan indien (i) de verhuizende vennootschap hierdoor niet langer haar hoedanigheid naar het recht van het oprichtingsland kan behouden en (ii) de lidstaat van ontvangst van de werkelijke zetel toestaat dat de naar zijn recht opgerichte vennootschappen zich omvormen van de ene naar de andere vennootschapsvorm (bv. van een BVBA naar een NV).¹¹

Volkomen in de stijl van een genuanceerde toepassing van de werkelijke zetelleer schrijft het tweede lid van artikel 112 WIPR dan voor dat “[w]anneer een rechtspersoon zijn voornaamste vestiging verplaatst naar het grondgebied van een andere Staat, hij vanaf de verplaatsing [wordt] beheerst door het recht van die Staat”. Op deze manier geeft artikel 112 WIPR een wettelijke basis aan hetgeen reeds vroeger door het Hof van Cassatie en de Raad van State werd beslist. In zijn ‘legendarische’ arrest Lamot (1965) oordeelde het Hof van Cassatie dat een in het buitenland geïncorporeerde vennootschap met werkelijke zetel in België onder welbepaalde voorwaarden in de Belgische rechtsorde kan worden erkend, doch dat zij haar statuten “voor zover als nodig” aan het Belgische recht moest aanpassen (*‘immigratie’*).¹² Deze cassatierechtspraak werd naderhand door de Raad van State in zijn arrest Transport Vanneste (1987) uitgebreid tot het scenario waarin een naar Belgisch recht opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel naar het buitenland verplaatste (*‘emigratie’*), zij het op minder overtuigende wijze.¹³ In elk geval moet hierbij worden onderstreept dat, wil

¹¹ HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10, *VALE Építési kft.*, Jur. 2012, nog niet gepubliceerd, zoals becommentarieerd door o.m.: T. BIERMEYER, “Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE”, *CML Rev* 2013, 571-590; J. HANSEN, “The Vale Decision and the Court’s Case Law on the Nationality of Companies”, *ECFR* 2013, 1-17; D. KÖNIG en J. BORMANN, “‘Genuine Link’ und freie Rechtsformwahl im Binnenmarkt. Trendwende bei der Anerkennung von ‘Scheinauslandsgesellschaften’ durch die VALE-Entscheidung des EuGH?”, *NZG* 2012, 1241-1244; K. MARESCEAU, “De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Cartesio en Vale”, *TBH* 2013, 231-255; D. SZABÓ en K. SORENSEN, “Cross-border conversion of companies in the EU: the impact of the VALE judgement”, www.ssrn.com; A. VAN HOE, “We zijn er bijna, maar nog niet helemaal: grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na VALE”, *TRV* 2013, 539-552; J. VERMEYLEN, “« Arrêt VALE Építési » : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit?”, *JDE* 2012, 276-278.

¹² Cass. 12 november 1965, *Pas.* 1965, I, 336; *RW* 1965-66, 911 en *RCJB* 1965, 393, noot J. VAN RYN, “Conséquences juridiques du transfert en Belgique du siège social d’une société étrangère et du transfert à l’étranger du siège social d’une société belge”, zoals verder besproken in o.m.: J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie*, proefschrift KUL, 1997, 632-641.

¹³ R.v.St. 29 juni 1987, *TRV* 1988, 110, noot K. LENAERTS. Door in dit arrest te benadrukken dat het Belgisch recht de grensoverschrijdende emigratie van de werkelijke zetel niet met de ontbinding sanctioneert en dat dit, zonder een beslissing daartoe

de vennootschap zich van allerhande problemen ontdoen, zij verplicht is om haar statutaire zetel in navolging van haar werkelijke zetel naar het werkelijk zeteland te verplaatsen (als dit wordt toegestaan door haar oorspronkelijke incorporatieland); enkel op die manier zullen werkelijke en statutaire zetel opnieuw samenvallen en zullen de vennootschapsaangelegenheden van de desbetreffende vennootschap uitsluitend worden gereguleerd door het recht van het werkelijk zeteland (die dan het nieuwe incorporatieland wordt). In voorkomend geval zal dus sprake zijn van een ‘gedwongen’ nationaliteitswijziging, vermits de vennootschap niet (uitsluitend) de nationaliteit van haar oprichtingsland kan behouden en verplicht is om haar juridische toestand af te stemmen op haar feitelijke situatie door zich in regel te stellen met de dwingende bepalingen van het vennootschapsrecht van het werkelijk zeteland.

Het voorgaande kan met een voorbeeld worden geïllustreerd. Stel dat een vennootschap naar Nederlands recht werd opgericht, omdat zij initieel hoofdzakelijk in Nederland economisch actief was, maar dat zij intussen succesvoller is geworden op de Belgische markt dan op de Nederlandse markt. Wanneer een Belgische rechter oordeelt de werkelijke zetel van die vennootschap in België is gelegen, onder andere omdat zij in België haar “zakencentrum” heeft, dan zal die rechter Belgisch vennootschapsrecht op die vennootschap toepassen. Dit zal ertoe leiden dat die vennootschap haar statutaire zetel in België moet plaatsen, gelet op de cruciale rol van die zetel in het Belgisch intern recht (zie randnr. 3). Noodzakelijkerwijze veronderstelt dit dat de Nederlandse vennootschap zich moet transformeren tot één van de in artikel 2, § 2 W.Venn. omschreven vennootschapsvormen, bij gebreke waarvan zij riskeert als een maatschap zonder rechtspersoonlijkheid of een VOF te worden geherkwalificeerd.¹⁴ Merk overigens op dat Nederland de vennootschap sowieso als Nederlands zal blijven beschouwen, omdat zij naar Nederlands recht is opgericht en ingericht (incorporatieleer). Voor de vennootschap in kwestie heeft deze ‘dubbele nationaliteit’ dramatische gevolgen in de mate waarin het Belgisch en het Nederlands vennootschapsrecht met elkaar strijden. Een oplossing voor dit probleem van bipatriditeit bestaat enkel indien Nederland zou toelaten dat de vennootschap haar statutaire zetel, in navolging van haar werkelijke zetel, van Nederland naar

door het rechtens bevoegde orgaan, niet tot het gevolg kan hebben dat de vennootschap haar Belgische nationaliteit verliest om een andere nationaliteit te verkrijgen, paste de Raad van State de incorporatieleer toe op naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen; zoals gezien behoeft de notie ‘werkelijke zetel’ een feitelijke invulling. Hoewel de bekomen oplossing (de niet-ontbinding van de vennootschap) in de voorliggende casus moest worden aangemoedigd, was het beter geweest dat de Raad van State tot deze conclusie was gekomen op grond van de “terugverwijs” naar het Belgisch recht (in casu hanteerde het werkelijke zeteland (Nederland) de incorporatieleer zodat zijn IPR terugverwees naar België). Naar Belgisch recht zal een omzettingsverplichting enkel bestaan indien het immigratieland ook de werkelijke zetelleer hanteert. Zo niet, zal er door de terugverwijzing naar Belgisch recht geen wijziging van het personeel statuut van de vennootschap optreden. Zie hierover o.m.: K. LENAERTS, “Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland” (noot onder het arrest “Transport Vanneste”), *TRV* 1988, 112.

¹⁴ In de rechtsleer bestaat discussie over de vraag of dergelijke vennootschap haar rechtspersoonlijkheid verliest (maatschap), dan wel haar rechtspersoonlijkheid behoudt maar dan zonder de gebeurlijke beperking van de aansprakelijkheid waarvan de in de vennootschap participerende aandeelhouders genieten (VOF). Zie hierover o.m.: R. JAFFERALI, “L’application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la lex societatis”, *TBH* 2004, 769; S. GILCART, “À propos des associations, de leur siège social et de la loi applicable”, *RGDC* 2000, 219; E. NAVEZ en B. GODDIN, “L’évolution de principe de liberté d’établissement dans l’espace européen et ses influences sur le DIP belge des personnes morales” in Y. DE CORDT en A. ANDRE-DUMONT (eds.), *Droit des sociétés. Millésime 2011*, Brussel, Larcier, 2012, 283-339; R. PRIoux, A. AUTENNE en E. NAVEZ, “Le transfer dus siège social comme modalité de réorganisation des sociétés commerciales : aspects commerciaux et fiscaux” in E. TRAVERSA en E. NAVEZ (eds.), *Les réorganisations de sociétés*, Limal, Anthemis, 2011, 173; T. TILQUIN, “L’incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis”, *RPS* 1998, 50; P. WAUTELET, “Quelques réflexions sur la lex societatis dans le code de droit international privé”, *RPS* 2006, 42.

België emigreert, teneinde zich te kunnen onttrekken aan het Nederlandse vennootschapsrecht en zich om te zetten naar een Belgische vennootschap. Nu Nederland deze transactie niet toestaat, zal de vennootschap in kwestie verworden tot wat men soms een “*dual incorporated company*” (“DINC”) noemt, d.i. een vennootschap met twee statutaire zetels die de last van de dubbele nationaliteit moet dragen.

8. Het is mede dankzij artikel 112 WIPR dat in de Belgische rechtsleer thans unaniem wordt aanvaard dat vennootschappen zich op grond van het Belgisch recht zonder onderbreking in de continuïteit van hun rechtspersoonlijkheid op grensoverschrijdende wijze kunnen omzetten. Zulke transactie impliceert dat vennootschappen hun statutaire zetel over de grenzen heen verplaatsen nu, zoals hierboven reeds werd vermeld, die zetel de officiële band vormt tussen een vennootschap en haar incorporatieland. Deze omzettingmogelijkheid bestaat zowel voor naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen die zich willen omvormen naar een vennootschap gereguleerd door buitenlands recht (*‘emigratie’*) als voor naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen die zich willen omvormen naar één of andere Belgische vennootschapsvorm (*‘immigratie’*). Nochtans bleef de emigratiemogelijkheid vooral vóór de vennootschapscodificatie van 7 mei 1999 betwist, toen artikel 70 Venn.W. nog voorschreef dat de essentiële elementen van een vennootschap (zoals haar aard, doel, vorm en nationaliteit) niet konden worden gewijzigd door een statutenwijziging. Door auteurs werd op grond van deze wetsbepaling geargumenteed dat de ‘nationaliteit’ van een vennootschap een dermate cruciaal gegeven van de vennootschap uitmaakte dat de statutaire zetel helemaal niet met behoud van de rechtspersoonlijkheid naar het buitenland kon worden verplaatst dan wel slechts via een statutenwijziging aangenomen met unanimité of bijzondere meerderheid van de aandeelhouders.¹⁵

Ofschoon de grensoverschrijdende omzetting thans zonder meer wordt erkend door artikel 112 WIPR, is hiervoor in het Wetboek van vennootschappen geen procedure uitgewerkt, noch voor de immigratiehypothese noch voor de emigratiehypothese. Dit zorgt voor talrijke problemen en onzekerheden waarop de rechtspraktijk in de mate van het mogelijke een antwoord tracht te bieden.¹⁶ Twee vermeldenswaardige bijdragen die recentelijk zijn

¹⁵ Zie o.m.: K. GEENS, “Over internationale zetelverplaatsing” in X, *Facetten van ondernemingsrecht. Liber Amicorum F. Bouckaert*, Leuven University Press, 2001, 571; S. MAQUET en E. NAVEZ, “Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés commerciales et ses implications dans la pratique notariale” in J. MALHERBE en E. NAVEZ (eds.), *Droit des affaires et sociétés. Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, (161) 162; J. WOUTERS, *Het Europese vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie*, proefschrift KUL, 1996-1997, 644-647.

¹⁶ Dat de rechtspraktijk inventief omspringt met het gebrek in het Belgische vennootschapsrecht aan een omzettingprocedure, blijkt onder meer uit de in het verleden veelvuldig gebruikte praktijk waarbij Nederlandse vennootschappen hun werkelijke zetel om fiscale redenen naar België verplaatsten. Kort gezegd, voerden zij deze transactie als volgt uit. In Nederland werd een bijzondere AVA bijeengeroepen die besliste om (i) op een bepaalde datum de werkelijke zetel naar België te verplaatsen en (ii) een aantal van de statuten te wijzigen om deze in overeenstemming te brengen met de Belgische wetgeving. Op de vastgestelde dag van de zetelverplaatsing kwam in het bijzijn van een Belgische notaris een nieuwe buitengewone AVA bijeen. Deze AVA (i) nam kennis van het feit dat de werkelijke zetel in België was gevestigd, (ii) voerde zo nodig nog een aantal wijzigingen in de statuten door, (iii) stelde de vorm van de vennootschap vast, (iv) keurde de gecoördineerde tekst van de statuten goed, en (v) stelde desgevallend bijkomende bestuurders en/of een commissaris-revisor aan. Vervolgens werden de notulen van deze AVA, de gecoördineerde tekst van de statuten en de samenstelling van het bestuursorgaan neergelegd op de griffie van de bevoegde rechtbank van koophandel, met het oog op de inschrijving van de vennootschap in het vennootschapsregister en de publicatie van deze documenten bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad. Zie hierover: J. WOUTERS, *Het Europese vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie*, doctoraal proefschrift KUL, 1996-1997, 635-640. Zoals werd opgemerkt in het vorige randnr., zal in dit scenario een “DINC”

geschreven met het oog op het creëren van een praktische leidraad voor het doorvoeren van een grensoverschrijdende omzetting, zijn van de hand van DE BIE en JENNÉ en van MAQUET en NAVEZ.¹⁷ In deze context is het voorlopig uitsluitend van belang te onderstrepen dat de grensoverschrijdende omzetting gepaard dient te gaan met een simultane verplaatsing van de werkelijke zetel, vermits dit de vereiste is om op grond van het WIPR door een ander nationaal vennootschapsrecht te worden gereguleerd. Dit houdt in dat vennootschappen hun werkelijke zetel zullen moeten verplaatsen naar het grondgebied van het land waarheen zij de statutaire zetel willen verplaatsen, een transactie die vaak (te) kostelijk zal zijn nu hiervoor veelal een ingrijpende wijziging in de organisatorisch structuur van de onderneming vereist is. Enkel in dit geval kan men spreken van een ‘vrijwillige’ nationaliteitswijziging.

Afdeling 2. De houdbaarheid van de Belgische werkelijke zetelleer in communautair verband (de vrijheid van vestiging)

9. Op grond van de werkelijke zetelleer worden vennootschappen dus – ongeacht of zij dat nu willen of niet – onderworpen aan het vennootschapsrecht van het land waarin hun werkelijke zetel wordt gelokaliseerd. Omdat de werkelijke zetelleer de verplaatsing van de voornaamste vestiging bemoeilijkt, gelet op de gedwongen nationaliteitswijziging die ermee gepaard gaat, laat dit IPR-stelsel zich moeilijker dan de incorporatieleer verzoenen met één van de grondgedachten van de Europese Unie, zijnde de creatie van een ‘interne markt’ zonder binnengrenzen (zie artikel 26 VWEU). Het vrij verkeer van personen, als één van de fundamentele waarop die interne markt is gesteund, geeft aan vennootschappen het recht om zich overal binnen de EU zonder belemmeringen te ‘vestigen’, en zodoende op intracommunautaire basis economische activiteiten te ontwikkelen.¹⁸ De vraag naar de verenigbaarheid van de werkelijke zetelleer met het vrij vestigingsrecht is sinds de begindagen van de EEG zeer omstreven. Zonder hierop uitgebreid te willen terugkomen, daarvoor verwijs ik graag naar de hoofdstukken 6 en 7 van mijn doctoraat, heeft het HvJ EU intussen één en ander scherp gesteld in een reeks veelvuldig becommentarieerde arresten, waartoe de arresten DAILY MAIL, CENTROS, ÜBERSEERING, INSPIRE ART, CARTESIO en VALE behoren.¹⁹ Fundamenteel in deze lijn van rechtspraak is dat het HvJ EU ogenschijnlijk een

ontstaan; door de inschrijving in het Belgische vennootschapsregister zal de vennootschap twee statutaire zetels krijgen, één in Nederland en één in België.

¹⁷ Zie resp.: E. DE BIE en F. JENNE, “Zetelverplaatsing in het Belgische recht: waar vertrekken en waar landen?”, JURA FALCONIS, L. DE BROE en M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia 2013, 47-100; S. MAQUET en E. NAVEZ, “Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés commerciales et ses implications dans la pratique notariale” in J. MALHERBE en E. NAVEZ (eds.), *Droit des affaires et sociétés. Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, (161) 203-215.

¹⁸ Zie o.a.: HvJ 25 juli 1991, zaak C-221/89, *The Queen tegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd en anderen*, *Jur.* 1991, I-03905, overweging 20; HvJ 30 november 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard tegen consiglio dell’ordine degli avvocati procuratori di Milano*, *Jur.* 1995, I-04165, overweging 25; HvJ 15 februari 1996, zaak C-53/95, *Inasti tegen Hans Kemmler*, *Jur.* 1996, I-00703, overweging 8 en 10. Volgens het HvJ EU oefent een EU-vennootschap haar vestigingsrecht uit zodra zij de *intentie* heeft om (i) voor onbepaalde tijd (ii) middels een duurzame vestiging (iii) daadwerkelijk een economische activiteit uit te oefenen (iv) in een andere lidstaat dan in de lidstaat van haar incorporatie. Voor een analyse van deze onderscheiden elementen, zie o.m.: L. DEFALQUE, J. PERTEK en P. STEINFELD, *Commentaire Mégret: marché intérieur. Libre circulation des personnes et des capitaux: rapprochement des législations*, Brussel, ULB, 2006, 40; G. MUSTAKI en V. ENGAMMARE, *Droit européen des sociétés*, Brussel, Bruylant, 2009, 23-24; J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie*, doctoraal proefschrift KUL, 1997, 163-182.

¹⁹ Zie resp.: HvJ 27 september 1988, zaak 81/87, *The Queen tegen H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, *Jur.* 1988, 05483; HvJ 9 maart 1999, zaak C-212/97, *Centros Ltd tegen Erhvervs-og*

onderscheid maakt tussen het personeel en het materieel toepassingsgebied van het recht op vrije vestiging, zoals respectievelijk vervat in artikel 54 VWEU en artikel 49 VWEU, teneinde uitspraak te doen over de geoorloofdheid in communautair verband van de gedwongen nationaliteitswijziging bij een verplaatsing van de werkelijke zetel over de grenzen heen.

10. Aangaande de invulling van het personeel toepassingsgebied van de vestigingsvrijheid wijst het HvJ EU in de arresten *DAILY MAIL*, *CARTESIO* en *VALE* erop dat het de EU-lidstaten in de huidige stand van het Unierecht nog steeds is toegestaan om te bepalen welke vennootschappen de hoedanigheid van vennootschap naar hun recht kunnen verkrijgen en behouden. Immers, zonder verdere Europese regelgeving op dit vlak blijven vennootschappen volgens het HvJ EU slechts “creatures van het nationaal recht” van de EU-lidstaten, zodat het uitsluitend aan dat nationale recht toekomt om de voorwaarden te bepalen die moeten worden vervuld om als vennootschap van dat recht te kwalificeren. Enkel wanneer een vennootschap én is opgericht én is ingericht naar het recht van een EU-lidstaat, kan zij de hoedanigheid van EU-vennootschap in de zin van artikel 54 VWEU verkrijgen, en als dusdanig genieten van de beschermende werking van het recht op vrije vestiging, zoals vervat in artikel 49 VWEU. Concreet leidt deze houding van het HvJ EU ertoe dat België bijvoorbeeld mag verlangen dat de naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen hun werkelijke zetel in België behouden, willen zij verder als Belgische vennootschap door het leven gaan. Bekeken vanuit deze optiek bestaat in Europeesrechtelijk opzicht aldus geen enkel bezwaar tegen de wijze waarop artikel 110 WIPR is omschreven; EU-lidstaten mogen op autonome wijze de internrechtelijke aanknopingspunten omschrijven waaraan vennootschappen moeten voldoen om als vennootschap van hun rechtsorde te kwalificeren. Omdat België de grensoverschrijdende emigratie van de werkelijke zetel met behoud van rechtspersoonlijkheid toestaat (zie randnr. 7), voldoet het Belgische recht bovendien aan de nieuwste wending in de rechtspraak van het HvJ EU. Met het in 2012 gevelde arrest *Vale* heeft het HvJ EU namelijk de baan vrijgemaakt voor de intracommunautaire verplaatsing van de werkelijke zetel door onder omstandigheden te verlangen dat EU-lidstaten de grensoverschrijdende omzetting toestaan.

11. Dezelfde conclusie geldt bij de invulling van het materieel toepassingsgebied van het recht op vrije vestiging. Wanneer vennootschappen kwalificeren als EU-burger in de zin van artikel 54 VWEU, omdat zij geldig zijn opgericht en ingericht naar het recht van een EU-lidstaat, genieten zij de beschermende werking van artikel 49 VWEU. Deze bescherming bestaat in een verbod op nationale maatregelen die hen belemmeren in de uitoefening van hun vrij vestigingsrecht en die niet kunnen worden gerechtvaardigd op grond van de zgn. “*rule of reason*” (ook wel “Gebhard”-test genoemd). Deze test komt er kort gezegd op neer dat een belemmerende maatregel slechts als geoorloofd met het Unierecht kan worden beschouwd wanneer zij (i) geen discriminatie op grond van nationaliteit inhoudt, (ii) haar rechtvaardiging vindt in een dwingende reden van algemeen belang (zoals de bescherming van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders of werknemers), (iii) geschikt is om het nagestreefde doel te

Selskabsstyrelsen, Jur. 1999, I-01459; HvJ 5 november 2002, zaak C-208/00, *Überseering en Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Jur. 2002, I-9919; HvJ 30 september 2003, zaak C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam tegen Inspire Art Ltd*, Jur. 2003, I-10155; HvJ 16 december 2008, zaak C-2010/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Jur. 2008, I-09641; HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10, *VALE Építési kft.*, Jur. 2012, nog niet gepubliceerd. Op deze arresten werden onnoemelijk veel commentaren en annotaties geschreven. Voor een greep uit deze doctrine, zie: K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, doctoraal proefschrift UGent, 2013, 391p. (te verschijnen bij Intersentia in de Reeks ‘Instituut Financieel Recht’).

verwezenlijken, en (iv) niet verder gaat dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is.²⁰ Over hoe deze principes concreet in vennootschapsrechtelijk verband moeten worden toegepast, bestaat nog onzekerheid. Het HvJ EU heeft tot nog toe enkel kunnen oordelen dat EU-lidstaten de vrijheid van vestiging schenden in het geval zij (i) de markttoegang weigeren aan vennootschappen die in een andere EU-lidstaat zijn opgericht maar in die lidstaat geen economische substantie vertegenwoordigen (cf. het arrest CENTROS), (ii) de rechtspersoonlijkheid ontzeggen aan in het buitenland opgerichte EU-vennootschappen die in navolging van de natuurlijke ontplooiing van hun economische activiteiten hun werkelijke zetel naar het binnenland hebben verplaatst en zich daarbij niet hebben geconformeerd aan het binnenlandse recht (cf. het arrest ÜBERSEERING), en (iii) op straffe van aansprakelijkheid van de bestuurders hun rechtsregels inzake minimumkapitaal opdringen aan vennootschappen die rechtsgeldig zijn geïncorporeerd in een andere EU-lidstaat alwaar zij niet economisch actief zijn (cf. het arrest INSPIRE ART).

In het licht van de beperkte draagwijdte van deze rechtspraak kan men in de rechtsleer de meest uiteenlopende opvattingen terugvinden over de vraag of de vrijheid van vestiging nog toelaat dat EU-lidstaten hun vennootschapsregels opdringen aan vennootschappen die geldig bestaan naar het recht van een andere EU-lidstaat wegens daar opgericht (variant van de incorporatieleer) maar die in het binnenland hun werkelijke zetel hebben liggen. Ikzelf heb in mijn doctoraat verdedigd dat het in zulke omstandigheden opzij schuiven van het vennootschapsrecht van het incorporatieland steeds als een belemmering van het recht op vrije vestiging moet worden beschouwd, die nooit de “*rule of reason*” kan doorstaan wegens gebrek aan proportionaliteit en/of doeltreffendheid. Of deze stelling juist is, zal nog moeten blijken. Niettemin lijkt er thans geen enkele twijfel meer te kunnen bestaan over het feit dat de werkelijke zetelleer als abstracte en neutrale verwijzingsregel volkomen houdbaar is in Europeesrechtelijk verband. Er moet worden aangenomen dat het VWEU geen verdoken verwijzingsregel bevat en dat het enkel aan de Uniewetgever toekomt om op het domein van het vennootschappelijk IPR een harmonisatie tot stand te brengen. EU-lidstaten mogen derhalve vooralsnog blijven kiezen op welke IPR-leer zij hun regelingsstelsel baseren, alleen moeten zij ervoor zorgen dat de gevolgen van die IPR-leer in overeenstemming zijn met het Unierecht. Concreet betekent dit dat telkens wanneer de werkelijke zetelleer ertoe leidt dat een lokale vennootschapsregel wordt opgedrongen aan een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap, dit wellicht steeds een belemmering voor de vrijheid van vestiging uitmaakt die moet worden getoetst aan de “*rule of reason*”. Het is in elk geval evenwel niet de werkelijke zetelleer als dusdanig die daarbij aan de toets van artikel 49 VWEU wordt onderworpen, maar wel de vennootschapsregels (en de eraan verbonden sancties) die als gevolg van de werkelijke zetelleer aan de naar buitenlands recht opgerichte vennootschap worden opgedrongen.²¹ Ook in dit verband bestaan dus geen problemen met de wijze waarop de artikelen 110 en 112 WIPR zijn geconcipieerd; zij bevatten een neutrale verwijzingsregel en ‘laten’ toe dat naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen met werkelijke zetel in

²⁰ Deze test werd voor alle duidelijkheid door het HvJ EU ontwikkeld om de verenigbaarheid met de Europese Verdragen te toetsen van nationale maatregelen die een belemmering vormen voor één van de vier basisvrijheden, en dus niet enkel voor de vrijheid van vestiging. Zie voor de eerste toepassingen van deze test o.a.: HvJ 31 maart 1993, zaak C-19/92, *Dieter Kraus tegen Land Baden-Württemberg*, Jur. 1993, I-01663, overweging 32; HvJ 30 november 1995, zaak C-55/94, *Reinhard Gebhard tegen Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Jur. 1995, I-04165, overweging 37.

²¹ Voor een vergelijkbare analyse, zie o.m.: Conclusie van Advocaat-Generaal SCHARPSTON van 24 april 2008 bij het arrest GRUNKIN EN PAUL (HvJ 14 oktober 2008, zaak C-353/06, *Stefan Grunkin en Dorothee Regina Paul*, Jur. 2008, I-07369), punt 48 en 49; P. PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, OUP, 2012, 66, met verwijzing naar: J. ARMOUR, “European Insolvency Proceedings and Party Choice: Comment” in W. RINGE, L. GULLEFIER en P. THERY (eds.), *Current Issues in European Financial and Insolvency Law: Perspectives from France and the UK*, Oxford, Hart Publishing, 2009, (123) 127.

België zich omzetten naar een Belgische vennootschap met behoud van rechtspersoonlijkheid (cf. het arrest VALE).²²

Afdeling 3. De statutaire zetelleer en zijn voordelen voor België

12. Uit afdeling 2 blijkt dat de vrijheid van vestiging België er niet van kan weerhouden om de werkelijke zetelleer te blijven toepassen. Dit belet echter niet dat de meerderheid van de auteurs die zich met de studie van het Europees (vennootschaps)recht bezig houden, onderkent dat de werkelijke zetelleer in communautair verband in toenemende mate onder druk komt te staan. Velen nemen aan – volkomen terecht naar mijn mening – dat het HvJ EU schijnbaar maar bijzonder weinig ruimte wil laten aan EU-lidstaten om hun vennootschapsrecht op te dringen aan vennootschappen die geldig zijn geïncorporeerd naar het recht van een andere EU-lidstaat.²³ Deze rechtspraak druist in tegen de eigenlijke bestaansreden van de werkelijke zetelleer, die als algemene anti-misbruikleer wil voorkomen dat de belangen van lokale partijen op de helling worden gezet door rechtskeuze-uitoefening op vennootschapsrechtelijk vlak. Deze vaststelling noopt ertoe zich vragen te stellen bij de blijvende noodzaak voor België om in zijn vennootschappelijk IPR nog op de werkelijke zetelleer te willen terugvallen.²⁴

²² Vergelijk evenwel met bv.: E. DE BIE en F. JENNÉ, “Zetelverplaatsing in het Belgische recht: waar vertrekken en waar landen?”, JURA FALCONIS, L. DE BROE en M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia 2013, (47) 58 (“In een Europese context is de toepassing van artikel 110 WIPR strijdig met de vrijheid van vestiging: België is immers verplicht om vennootschappen met rechtspersoonlijkheid die rechtsgeldig zijn opgericht in en worden beheerst door de *lex societatis* van een incorporatieland dat lid is van de EU, te erkennen als rechtspersonen die bekwaam zijn om in rechte op te treden, ook al hebben zij hun werkelijke zetel verplaatst (Überseering-arrest, nr. 94). Zulke erkenning kan niet afhankelijk worden gemaakt van de transformatie in een Belgische vennootschap). Ik kan me voor alle duidelijkheid vinden in het oordeel van deze auteurs, althans in de mate waarin het betrekking heeft op de situatie waarin Belgische rechters zouden overgaan tot de niet-erkenning van een in het buitenland opgerichte vennootschap op grond van het feit dat deze haar werkelijke zetel naar België heeft geïmmigreerd zonder zich hierbij te hebben getransformeerd in een Belgische vennootschap. Ik betwijfel evenwel of zulke niet-erkenning een gevolg is van de (Belgische) werkelijke zetelleer, en niet van een (in de rechtspraak/rechtsleer geproclameerde) materieelrechtelijke regel; de werkelijke zetelleer bepaalt immers louter en alleen het nationaal recht dat op een vennootschap toepasselijk is. Hoewel vele auteurs dit anders lijken voor te stellen, ben ik overigens niet zeker of een dergelijke materieelrechtelijke regel wel bestaat in het Belgisch recht. Daarom sluit ik niet uit dat de Belgische werkelijke zetelleer (zou kunnen) worden toegepast op een wijze waarbij een redelijke omzettingstermijn wordt geboden aan buitenlandse vennootschappen die hun werkelijke zetel zonder vormvoorschriften naar België hebben overgebracht; noch uit de wet noch uit het ‘moederarrest’ LAMOT volgt dat de doorgevoerde statutenwijziging vóór of onmiddellijk na de immigratie naar België moet worden doorgevoerd. Zulke toepassing zou alleszins in overeenstemming met het Unierecht, althans in de omstandigheden zoals geïllustreerd in het arrest VALE. Naar de praktische uitwerking toe komen DE BIE en JENNÉ in elk geval evenwel tot hetzelfde resultaat, waar zij stellen: “Weliswaar zou België de erkenning kunnen onderwerpen aan bijkomende voorwaarden die niet discriminatoir zijn, gerechtvaardigd door ‘dwingende redenen van algemeen belang’, en evenredig zijn ten aanzien van hun doel, doch het Hof van Justitie vult deze criteria zeer streng in”.

²³ Zie bv.: W. EBKE, “The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond”, *International Lawyer* 2004, (813) 841; U. KLINKE, “The European Company Law and the ECJ: The Court’s Judgements in the Years 2001 to 2004”, *ECFR* 2005, (270) 293-295; W. SCHÖN, “The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders”, *ECFR* 2006, (122) 131-133; A. VAN HOE, “De reikwijdte van de vestigingsvrijheid in het vennootschapsrecht en het insolventierecht: convergentie of divergentie?”, *TRV* 2012, (65) 70. Zie eerder terughoudend wat de regeling inzake werknemersmedezeggenschap betreft o.m.: H. DE WULF m.m.v. K. MARESCEAU, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsing 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 JURA FALCONIS, L. DE BROE en M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (11) 36.

²⁴ De visie dat er na de arresten van het HvJ EU geen (economische) bestaanreden meer is voor de werkelijke zetelleer, wordt o.m. gedeeld door: S. LOMBARDO, “Regulatory Competition in Company Law in the European Union after Cartesio”, *EBOR* 2009, (627) 637 (“Since the real seat theory is a protection theory against pseudo-foreign corporations and as this protection argument has

Als één van de stichtende landen van de EU zou België aan de andere lidstaten het goede voorbeeld kunnen geven door in zijn collisierecht over te schakelen naar de statutaire zetelleer, zonder hierbij te wachten op een Europees instrument zoals de Veertiende Vennootschapsrichtlijn rond grensoverschrijdende zetelverplaatsing, die hopelijk binnenkort eindelijk maar eens het daglicht zal zien.²⁵ De overschakeling naar de statutaire zetelleer zou impliceren dat België bij het bepalen van de “*lex societatis*” enkel nog aansluiting zou vinden bij de ligging van de statutaire zetel, die doorheen de levensduur van de vennootschap zonder onderbreking in de continuïteit van de rechtspersoonlijkheid kan worden verplaatst met het oog op de grensoverschrijdende omzetting. Rechtskeuzevrijheid op vennootschapsrechtelijk vlak – maar ook rechtszekerheid – zou hiermee centraal komen te staan; ondernemers zouden volledig in functie van hun noden kunnen kiezen in welke binnen- of buitenlandse vennootschapsvorm zij hun bedrijf uitoefenen en zouden deze keuze naderhand zonder al te veel problemen en kosten kunnen wijzigen omwille van efficiëntieredenen. Een dergelijke wetswijziging valt aan te moedigen omwille van een aantal redenen.

1. Een meer rechtszekere positie voor naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen en de met hen contracterende partijen

13. Het inzicht dat België op grond van de vrijheid van vestiging niet langer in de mogelijkheid verkeert om zo maar de dwingende bepalingen van het Belgische vennootschapsrecht op te dringen aan vreemde EU-vennootschappen met werkelijke zetel in België (*‘immigratie’*), zorgt ervoor dat de Belgische werkelijke zetelleer in communautair verband in realiteit enkel de naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen dreigt te treffen; zij worden immers zonder meer met een gedwongen nationaliteitswijziging opgezadeld wanneer hun werkelijke zetel buiten België wordt gelokaliseerd (*‘emigratie’*). Bij gebrek aan een formele wettelijke omzettingsprocedure in België (en eventueel in het werkelijk zetelland) worden de naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen op die manier in een rechtsonzekere positie geduwd zodra zij meer verbonden dreigen te geraken met een buitenlandse markt. Dit geldt des te meer vermits rechters een andere mening kunnen zijn toegedaan omtrent de plaats waar de werkelijke zetel van een vennootschap is gelegen. Dit hangt inherent samen met de feitelijke aard van het begrip ‘voornaamste vestiging’, dat voor interpretatie vatbaar is en daarom rechtsonzekerheid creëert. Als gevolg hiervan is het niet

been ‘killed’ by the ECJ, for Member States today there is actually no more reason to continue to demand the presence of the administrative office in their territory as a condition for the valid formation of companies. Indeed, the rule loses its justification because, having been developed in order to defend internal business activity (as well as the national economy) against pseudo-foreign corporations abroad, it has lost precisely this objective and hence its justification”).

²⁵ Reeds in 1997 werd een eerste voorontwerp betreffende een Veertiende Vennootschapsrichtlijn opgesteld waarvan de Duitstalige versie werd opgenomen in ZGR 1999, 157-164 en de Engelstalige versie in S. RAMMELLOO, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford University Press, 2001, 297-230. Hoewel het nooit tot een officieel voorstel kwam, dook de discussie opnieuw op in 2002 naar aanleiding van het rapport van de WINTER GROEP (Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussel 4 november 2002, 101), dat in 2003 uitmondde in het actieplan van de Europese Commissie aangaande het vennootschapsrecht (EUROPESE COMMISSIE, Modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie – Een actieplan, Brussel, 21 mei 2003, COM (2003) 284). Sindsdien worden er met de regelmaat van de klok oproepen gelanceerd vanuit het Europese Parlement voor wetgeving op dit domein. Zie bij wege van voorbeeld: Resolutie van het Europese Parlement van 25 oktober 2007 betreffende de Europese BV en de Veertiende richtlijn vennootschapsrecht inzake verplaatsing van de maatschappelijke zetel, P6_TA(2007)0491, punten 5 en 6; COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS, Report with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats, 2011/2046 (INI) 9 januari 2012. Ook de publieke consultaties en de rechtsleer staan unaniem achter de aanneming van zulke Richtlijn.

steeds duidelijk vanaf wanneer de voornaamste vestiging nu werkelijk als zijnde verplaatst moet worden beschouwd, met alle onzekerheden en risico's van dien voor de rechtspositie van de vennootschap in kwestie (en diens bestuurders/aandeelhouders) evenals de partijen die met haar hebben gecontracteerd. Geen van beide categorieën partijen kunnen op voorhand met zekerheid inschatten welk nationaal vennootschapsrecht de vennootschap zal beheersen wanneer deze belangrijke aanknopingspunten opbouwt met het buitenland.

Mocht België in zijn IPR overschakelen naar de statutaire zetelleer, zou een oplossing voor dit probleem kunnen worden geboden. Aan de naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen en de met hen contracterende partijen zou de garantie kunnen worden verschaft dat vennootschappen, zolang zij hier te lande hun statutaire zetel behouden, minstens vanuit Belgisch perspectief als Belgische vennootschap kunnen blijven kwalificeren, ongeacht waar hun werkelijke zetel wordt gelokaliseerd. Dit zou hun rechtspositie versterken, overigens niet alleen in België maar ook in het buitenland. Zo zou bijvoorbeeld elke twijfel worden weggenomen dat de naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen met statutaire zetel in België in hun hoedanigheid van Belgische vennootschap kwalificeren als EU-burger in de zin van artikel 54 VWEU, en als dusdanig kunnen opkomen tegen buitenlandse maatregelen die hen belemmeren in de uitoefening van hun vrij vestigingsrecht. De scheeftrekking tussen de immigratie en de emigratie van de werkelijke zetel die de rechtspraak van het HvJ EU tot gevolg heeft, zou hiermee van de baan worden verholpen: net zoals vennootschappen opgericht in lidstaten die een of andere variant van de incorporatieleer volgen, zouden de naar Belgisch recht geïncorporeerde vennootschappen in het voorgestelde systeem de mogelijkheid hebben om hun werkelijke zetel naar het buitenland te verplaatsen zonder daarbij hun Belgische nationaliteit te verliezen.

2. De mogelijkheid om Belgisch vennootschapsrecht te exporteren

14. In het geval België zich zou bekeren tot de statutaire zetelleer, zouden de naar Belgisch recht geïncorporeerde vennootschappen dus hun Belgische hoedanigheid kunnen blijven behouden wanneer zij hun werkelijke zetel in het buitenland hebben liggen. Dit maakt duidelijk dat België hierdoor in de mogelijkheid zou worden gesteld om daadwerkelijk als 'exportland' van vennootschapsrecht te fungeren. Net zoals Nederland of het Verenigd Koninkrijk, die in hun IPR de incorporatieleer volgen, zou België met zulke wetswijziging als het ware zijn vennootschapsrecht kunnen 'verkopen' aan ondernemingen die voornamelijk in het buitenland economisch actief zijn. België zou zich aldus niet langer uitsluitend hoeven te verweren tegen een (mogelijke) invasie van buitenlandse (brievenbus)vennootschappen (zoals werd gedaan met de invoering van de S-BVBA²⁶), maar zou hiermee in internationaal verband zelf ook een prominente rol kunnen spelen. Uiteraard zal deze gewijzigde strategie, wil zij succesvol zijn, gepaard dienen te gaan met een efficiënte flexibilisering van het

²⁶ Zie de Wet van 12 januari 2010 tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen en tot vaststelling van de modaliteiten van de BVBA Starter, *BS* 26 januari 2010. Zie hierover o.m.: I. BEELEN, "De S-BVBA: een kritische analyse" in X., *Feestbundel Monard-D'Hulst 20 jaar. Diversiteit in eenheid*, Gent, Larcier, 2010, 134-154; H. BRAECKMANS, "De S-BVBA: goede of valse start", *RW* 2009-2010, 1714-1726; D. BRULOOT en K. MARESCHEAU, "Recente hervormingen in het Belgische vennootschapsrecht" in *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2011, 31-90; S. DE DIER, "De S-BVBA: een minimalistische aanzet tot hervorming van het besloten vennootschapsrecht. Rechtsvergelijkende schets van de wetswijziging ter invoering van de nieuwe vennootschapsmodaliteit", *TRV* 2010, 185-219; F. KORKMAZER, "De S-bvba, de 'bvba light'", *Ad Rem* 2010, 34-40; E. LEENKNECHT en A. FRANÇOIS, "De BVBA Starter: valse veiligheid", *N.N.K.* 2010, afl. 3, 3-17; E. NAVEZ en M. COIPEL, "La société privée à responsabilité limitée starter: initiative salubre ou mirour aux alouettes", *TBH* 2010, 305; J. VERELST, "La SPRL Starter: un leurre?", *C&FP* 2009, afl. 7, 179-180.

materieel vennootschapsrecht. Daartoe formuleren de andere bijdragen in dit boek uiterst nuttige voorstellen.

Het behoeft geen betoog dat in eerste instantie Belgische ondernemers baat zullen hebben bij zulke optimalisering van het Belgisch vennootschapsrecht. Wanneer zij worden bevrijd van al te belastende vennootschapsregels waarvan de efficiëntie terecht in vraag wordt gesteld (zoals de regels inzake het wettelijk vereist minimumkapitaal), zullen zij minder de nood voelen om naar buitenlandse rechtsstelsels te kijken voor de incorporatie van hun bedrijf en/of zullen zij minder afgeremd worden in hun ondernemerschap. Daarnaast kan dergelijke flexibilisering België ook aantrekkelijker maken als vestigingsland voor buitenlandse ondernemers; het is algemeen geweten dat het vennootschapsrecht een rol speelt bij de keuze van vennootschappen waar zich te vestigen. Daarmee hoeft het evenwel niet te stoppen. Wanneer deze gewijzigde aanpak gepaard gaat met een overstap naar de statutaire zetelleer, kunnen nog meer voordelen worden verkregen. Zo kan men onder meer aannemen dat in België gevestigde juridische dienstverleners voordeel zullen puren uit een aantrekkelijk exporteerbaar Belgisch vennootschapsrecht, nu buitenlandse ondernemers wellicht in eerste instantie op hen een beroep zullen doen om te adviseren over het Belgisch vennootschapsrecht. Dat dit ook in het voordeel zal zijn voor de Belgische overheid, mag duidelijk zijn. Zij zal met name een toename kunnen zien in haar inkomsten via de belasting op de verhoogde inkomsten verkregen door die dienstverleners.²⁷

3. Meer aandacht voor de rechtspositie van belanghebbenden bij een nationaliteitswijziging

15. Tot slot biedt de overstap naar de statutaire zetelleer de mogelijkheid om bij de nationaliteitswijziging aandacht te besteden aan de belangen van minderheidsaandeelhouders en schuldeisers. Zoals gezien, doet zich in het stelsel van de Belgische werkelijke zetelleer principieel een nationaliteitswijziging voor zodra door een of andere rechter wordt vastgesteld dat de voornaamste vestiging van een naar Belgisch recht geïncorporeerde vennootschap zich buiten België bevindt. De nationaliteitswijziging is met andere woorden een automatisch gevolg van de zuiver feitelijke vaststelling dat er een discrepantie bestaat tussen de statutaire

²⁷ Men kan hierbij de analogie maken met de Amerikaanse situatie, alwaar men veelal aanneemt dat de deelstaten met elkaar concurreren op vennootschapsrechtelijk vlak in een poging om op hun grondgebied zo veel als mogelijk statutaire vennootschapszetsels te huisvesten. Naast de inkomsten uit de zgn. “*corporate franchise taxes*” vormen de verhoogde inkomsten in hoofde van lokale juridische dienstverleners de belangrijkste financiële prikkels die deelstaten verkrijgen om hun vennootschapsrecht te verkopen. In die zin bekeken, hoeft het niet te verwonderen dat auteurs juridische dienstverleners vaak als één van de belangrijkste pressiegroepen in het Amerikaanse competitiedebat beschouwen (zie bv.: J. MACEY en G. MILLER, “Toward an Interest-Group Theory of Delaware Corporate Law”, *Texas Law Review* 1987, 469-523; R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, Washington, AEI Press, 1993, 28). In vergelijking met de Amerikaanse deelstaten zouden de belastingen op de verhoogde inkomsten van juridische dienstverleners de belangrijkste inkomsten uitmaken die België kan verkrijgen uit de verkoop van zijn vennootschapsrecht. Op grond van de richtlijn 2008/7/EG betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal is het immers principieel verboden dat EU-lidstaten belastingen heffen op het louter geïncorporeerd zijn in de jurisdictie, los van de inkomsten die worden verkregen door de in de jurisdictie geïncorporeerde vennootschappen. Het HvJ EU oordeelt namelijk pertinent dat deze richtlijn er aan in de weg staat dat EU-lidstaten bij de inschrijving van vennootschappen en hun latere kapitaalverhogingen belastingen heffen die de werkelijke kosten overschrijden die de desbetreffende autoriteiten ingevolge die verrichtingen moeten dragen (zie: HvJ EU 2 december 1997, zaak C-188/95, *Fantask A/S e.a. tegen Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, *Jur.* 1997, I-06783, overweging 34 (“Voorts kan een Lid-Staat voorzien in forfaitaire rechten die voor onbepaalde tijd worden vastgesteld, mits hij zich regelmatig ervan vergewist, dat die bedragen de gemiddelde kosten van de betrokken verrichtingen niet overschrijden”)).

zetel (die in België is gelegen) en de werkelijke zetel (die in het buitenland is gelegen).²⁸ Dit leidt ertoe dat voormelde partijen zich geconfronteerd kunnen zien met een voor hen nadelige wijziging van de “*lex societatis*”, zonder dat zij hierbij op een of andere wijze worden betrokken. Men kan bijvoorbeeld denken aan het feit dat de wettelijke geschillenregeling van het werkelijk zeteland minder gunstig uitvalt voor minderheidsaandeelhouders dan de Belgische vennootschapswetgeving of dat de rechtspositie van schuldeisers wordt verzwakt wegens de aldaar toepasselijke soepelere regels inzake winstuitkering en bestuurdersaansprakelijkheid.

Dit zorgt voor het gevaar dat werkelijk internationaal actieve vennootschappen doelbewust hun werkelijke zetel over de grenzen heen trachten te verplaatsen met het oog op de miskennis van de belangen van de ene of andere partij. Hoewel de werkelijke zetelleer rechtskeuze-uitoefening op vennootschapsrechtelijk vlak wil tegengaan, kan zij niet volledig uitsluiten dat transnationale vennootschappen voor een vrijwillige nationaliteitswijziging opteren. Dergelijke vennootschappen kunnen met relatief beperkte kost het rechterlijk oordeel betreffende de lokalisatie van hun voornaamste vestiging proberen te beïnvloeden door feitelijke wijzigingen aan te brengen in hun organisatie. Wanneer in het Belgisch IPR exclusief zou worden teruggekoppeld naar de ligging van de statutaire zetel, zou de afwerping van de Belgische hoedanigheid vanuit Belgisch perspectief alleen maar kunnen worden doorgevoerd via een statutenwijziging, een formele procedure dus waarbij de verschillende belanghebbende partijen – in tegenstelling tot nu – wel voorafgaandelijk kunnen worden betrokken. Door aan schuldeisers en minderheidsaandeelhouders bepaalde waarborgen te bieden bij het initiëren van de grensoverschrijdende omzetting, kan een remedie worden gevonden voor de grensoverschrijdende zetelverplaatsingen die zijn ingegeven door louter opportunistische beweegredenen in hoofde van het bestuur en/of de meerderheidsaandeelhouders, die daarmee hun eigen belangen nastreven op kosten van voornoemde partijen.

16. In deze context moet zeker worden aangestipt dat grensoverschrijdende verplaatsingen van de werkelijke zetel niet alleen ingegeven kunnen zijn door de wil om door een ander nationaal vennootschapsrecht te worden gereguleerd. De lokalisering van de werkelijke zetel speelt ook een doorslaggevende rol in het kader van het toepasselijk insolventierecht, zodat de herlokalisering van de werkelijke zetel principieel ook tot een wijziging van de “*lex concursus*” leidt. De voornaamste vestiging, in de insolventieliteratuur ook wel het “centrum van voornaamste belangen” (afgekort: het “COMI”) genoemd, bepaalt met name de plaats waar de hoofdinsolventieprocedure over een debiteur kan worden geopend, en derhalve het nationaal insolventierecht dat die procedure beheerst. Men kan verwijzen enerzijds naar de artikelen 116 tot en met 121 WIPR en anderzijds naar de Europese ‘Insolventieverordening’²⁹.

²⁸ Voor een illustratie zie o.m.: Kh. Hasselt 10 november 2004, *TRV* 2005, 172, noot S. CALLENS en H. MATTHYSEN. In dit vonnis werd goedgeoordeeld dat de vraag of een vennootschap gerechtelijk kan worden ontbonden, afhangt van het recht toepasselijk op de vennootschap. Dit recht wordt aangeleverd door de jurisdictie van de plaats waaruit de vennootschap effectief wordt geleid. Dit geldt ook bij een verplaatsing van de feitelijke zetel van België naar het buitenland, zonder dat het relevant is of die zetelverplaatsing tot stand is gekomen op grond van een geldige beslissing van het bevoegde vennootschapsorgaan).

²⁹ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PB L* 160 van 30 juni 2000. Voor besprekingen van de EIV in boekvorm met talrijke verwijzingen naar (nationale) rechtspraak, zie o.m.: J. ISRAËL, *European cross-border insolvency regulation: a study of Regulation 1346/2000 on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a comitas Europaea*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 383p.; G. MOSS, I. FLETCHER en S. ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, OUP, 2009, 464p.; K. PANNEN, *European Insolvency Regulation*, Berlijn, De Gruyter, 2007, 912p.; M. VIRGOS en F. GARCIMARTIN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Den Haag, Kluwer, 2004,

Vooral in de Europese context kan de grensoverschrijdende verplaatsing van het COMI tot problemen voor schuldeisers leiden. Indien de vennootschap-debiteur een buitenlandse rechter ertoe kan overtuigen dat zijn COMI in zijn jurisdictie is gelegen, zal deze zich bevoegd willen verklaren voor het voeren van diens hoofdinsolventieprocedure. Op grond van de Europese Insolventieverordening zijn Belgische rechters er dan toe verplicht om zich ambtshalve onbevoegd te verklaren voor het voeren van die procedure wanneer zij nadien door de ene of andere partij zouden worden gevat. Ofschoon het COMI-systeem door de Europese Insolventieverordening in het leven werd geroepen om forum shopping op insolventierechtelijk vlak tegen te gaan, geeft de praktijk echter blijk van het gegeven dat deze doelstelling niet volledig wordt bereikt door de overijverigheid in hoofde van insolventierechters om zich al te gemakkelijk bevoegd te verklaren voor het voeren van hoofdinsolventieprocedures.³⁰ Al te vaak blijkt hierbij dat vennootschappen de rechterlijke beslissing tot het opnemen van de jurisdictionele bevoegdheid voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure pogen te beïnvloeden door aan de vooravond van hun insolventie hun statutaire zetel op een of andere manier over de grenzen heen te verplaatsen. Als dusdanig trachten zij gebruik te maken van het in artikel 3, eerste lid van de Insolventieverordening neergelegde weerlegbare vermoeden dat het COMI van vennootschappen op hun statutaire zetel is gelegen. Mocht België overschakelen naar de statutaire zetelleer, dan zou ook in dit opzicht een remedie kunnen worden geboden voor een eventuele schending van de belangen van de schuldeisers die de wijziging van het toepasselijk nationaal insolventierecht teweeg brengt.

Afdeling 4. De concrete wetwijzigingen die vereist zijn voor de invoering van de statutaire zetelleer in België

17. De implementatie van de statutaire zetelleer wordt bemoeilijkt door het gegeven dat de werkelijke zetelleer in verschillende wetgeving is geïncorporeerd. Zowel het Wetboek betreffende het internationaal privaatrecht (WIPR) als het Wetboek van vennootschappen (W.Venn.) bevatten bepalingen die rechtstreeks zijn geënt op het systeem van de werkelijke zetelleer. Hieronder wordt bij het uitwerken van de voorstellen dan ook een onderscheid gemaakt naargelang de wet waarin de te wijzigen bepalingen zijn opgenomen. Sterk verbonden met de overstap naar de statutaire zetelleer, maar daarvan toch enigszins onafhankelijk, betreft de invoering van een formele procedure tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing. De uitwerking van een omzettingsprocedure heeft sowieso een toegevoegde waarde, ook indien het systeem van de werkelijke zetelleer zou worden behouden, zodat deze

255p.; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 670p; B. WESSELS en P. OMAR, *The European Insolvency Regulation*, Nottingham, INSOL Europe, 2010, 165p. Voor Nederlandstalige overzichtsartikelen, zie o.m.: E. DIRIX en V. SAGAERT, "De Europese Insolventieverordening" in H. BRAECKMANS e.a. (eds.), *Gerechtelijk Akkoord & Faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2008, losbl.; B. GARRÉ, "De Europese Insolventieverordening", *Jura Falconis* 2009-10, 43-106; F. KORKMAZER, "Grensoverschrijdende aspecten van internationale insolventieprocedures voor rechtspersonen in een notendop", *Cah. Jur.* 2008, 53-61; F. PARREIN, "Europese Insolventieverordening", *NjW* 2011, 246-253.

³⁰ K. MARESCHEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, doctoraal proefschrift UGent, 2013, randnr. 330-342 (te verschijnen bij Intersentia in de Reeks 'Instituut Financieel Recht'), zoals samengevat weergegeven in K. MARESCHEAU en M. TISON., "Insolventie zonder grenzen – Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening" in IBJ (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht. Juristen zonder grenzen*, Brussel, Bruylant, 2013, 93-132. Net zoals de werkelijke zetelleer leidt dit systeem tot rechtsonzekerheid. Dit is dan ook één van de redenen waarom in deze bijdragen werd geadviseerd dat men tot een beter systeem zou komen indien de Insolventieverordening uitsluitend aanknopingspunten zou vinden bij de ligging van de statutaire zetel voor het bepalen van de jurisdictionele bevoegdheid.

tot op zekere hoogte als een op zichzelf staand voorstel kan worden gezien. De meest voor de hand liggende plaats voor de invoering van de omzettingsprocedure, is het Wetboek van vennootschappen.

1. De voorgestelde aanpassingen van de in het WIPR vervatte regels

18. De belangrijkste bepaling die moet worden gewijzigd om te kunnen overschakelen naar de statutaire zetelleer, betreft artikel 110, eerste lid WIPR. Zoals in afdeling 1 van deze bijdrage werd uiteengezet, vormt deze bepaling de grondslag voor de werkelijke zetelleer door te bepalen dat rechtspersonen worden beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied zich vanaf de oprichting hun voornaamste vestiging bevindt. Voorgesteld wordt om artikel 110 WIPR in de volgende zin aan te passen: *“Rechtspersonen worden beheerst door het recht van de Staat naar wiens recht zij zijn opgericht”*. In een herschreven artikel 112 WIPR kan vervolgens worden verduidelijkt dat België de grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen toestaat en erkent. Deze bepaling kan als volgt luiden: *“De verplaatsing van de statutaire zetel van een rechtspersoon van een Staat naar een andere gebeurt slechts zonder onderbreking in de rechtspersoonlijkheid wanneer zij plaatsvindt met inachtneming van de voorwaarden waaronder het recht van deze Staten zulks toestaat. Wanneer een rechtspersoon zijn statutaire zetel verplaatst naar het grondgebied van een andere Staat, wordt hij vanaf de verplaatsing beheerst door het recht van die Staat”*. Het huidige tweede lid van artikel 110 WIPR, waarin de principes van terugverwijs en doorverwijs zijn opgenomen, kan zonder meer worden geschrapt, nu het in het stelsel van de statutaire zetelleer niet langer aan een Belgische rechter toekomt om te oordelen over vennootschapsrechtelijke vragen aangaande rechtspersonen die naar buitenlands recht zijn geïncorporeerd.

Dit toont meteen aan dat ook artikel 109 WIPR betreffende de jurisdictionele bevoegdheid inzake rechtspersonen een aanpassing behoeft, dit teneinde in overeenstemming met de ‘Brussel 1-Verordening’³¹ te zijn. Op grond van artikel 22 van die verordening komt de bevoegdheid om kennis te nemen van geschillen over de geldigheid, de nietigheid en de ontbinding van vennootschappen dan wel van de besluiten van hun organen exclusief toe aan de gerechten van de lidstaat waarin die vennootschap is gevestigd.³² Om deze plaats van vestiging vast te stellen, moet het gerecht de voor hem geldende IPR-regels toepassen, d.i. voor België in het voorgestelde systeem de plaats waar de statutaire zetel van de vennootschap is gevestigd. Bijgevolg zou artikel 109 WIPR als volgt moeten worden aangepast: *“In afwijking van de algemene bepalingen van deze wet, zijn de Belgische rechters slechts bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de geldigheid, de werking, de ontbinding of de vereffening van een rechtspersoon, indien de statutaire zetel van die rechtspersoon zich in België bevindt bij de instelling van de vordering”*. Deze aanpassing

³¹ Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB* L 012 van 16 januari 2001, zoals laatst gewijzigd door Verordening (EU) nr. 156/2012 van de Commissie van 22 februari 2012, *PB* L van 23 februari 2012. Deze Verordening wordt soms ook de “EEX-Verordening” genoemd.

³² Voor een toepassing van deze bepaling, zie: HvJ 2 oktober 2008, zaak C-372/07, *Nicole Hassett tegen South Eastern Health Board en Cheryl Doherty tegen North Western Health Board*, *Jur.* 2008, I-07403 (strikte interpretatie) zoals o.m. besproken in: P. PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford University Press, 2012, 15-23; M. SCHILLIG, “Die ausschliessliche internationale Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit – Zur Anwendung des artikel 22 nr. 2 EuGVVO auf eine englische limited mit Verwaltungssitz in Deutschland”, *IPRax* 2005, 208-218.

lijkt me als efficiënt te moeten worden beschouwd, nu rechters hierdoor niet kunnen worden gedwongen om buitenlands vennootschapsrecht toe te passen in een concreet geschil.

19. Bij de aanpassing van voormelde artikelen van het WIPR rijst de bijzondere vraag of het opportuun is om in een uitzondering op de statutaire zetelleer te voorzien voor vennootschappen die buiten de EU zijn opgericht. Het komt me voor dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, niettegenstaande het feit dat men van nature uit negatieve gevoelens kan koesteren tegenover bijvoorbeeld (brievenbus)vennootschappen die in exotische belastingparadijzen worden opgericht in een poging te ontsnappen aan de Belgische fiscus en/of andere schuldeisers.³³ Hoewel het Europees vrij vestigingsrecht België niet belet om zijn vennootschapsrecht te blijven opdringen aan vennootschappen die niet als EU-burger in de zin van artikel 54 VWEU kwalificeren, lijkt het niet wenselijk om in het Belgisch vennootschappelijk IPR een onderscheid te maken tussen rechtspersonen naargelang zij al dan niet naar het recht van een EU-lidstaat zijn geïncorporeerd. Reden hiervoor is dat wanneer buiten de EU geïncorporeerde vennootschappen hun voornaamste vestiging in België hebben liggen, omdat zij bijvoorbeeld geen enkele economische substantie vertegenwoordigen op hun buitenlandse statutaire zetel, België reeds over voldoende middelen beschikt om de belangen van de fiscus en private partijen te behartigen. De drie rechtsdomeinen die hierbij in het oog springen, zijn de onrechtmatige daad, het fiscaal recht en het insolventierecht.

Wat de onrechtmatige daad betreft, lijdt het geen twijfel dat die vennootschappen zich in het Belgische rechtsverkeer op een even voorzichtige wijze zullen moeten begeven als naar Belgisch recht geïncorporeerde vennootschappen; artikel 99, § 1 WIPR verklaart immers het Belgische recht toepasselijk op verbintenissen voortvloeiend uit een onrechtmatige daad ingeval de aansprakelijke persoon en degene die schade lijdt hun gewone verblijfplaats in België hebben op het tijdstip waarop de onrechtmatige daad zich voordoet. Hetzelfde geldt voor de vennootschapsbelasting die zich uitstrekt tot de “binnenlandse” vennootschappen (artikel 179 WIB 1992), i.e. vennootschappen die in België hun maatschappelijke zetel, hun voornaamste inrichting of hun zetel van bestuur of beheer hebben (artikel 2, 5°, b WIB 1992). Op grond van de voornoemde wetsartikelen en de door België gesloten bilaterale dubbelbelastingverdragen (die traditioneel zijn gebaseerd op de OESO-Modelovereenkomst (zie specifiek artikel 4, derde lid van die Modelovereenkomst in dit verband)) worden vennootschappen dus voor hun wereldwijd inkomen onderworpen aan de belasting van het land waarin zij hoofdzakelijk fysiek zijn gevestigd, zodat het plaatsen van de statutaire zetel in het buitenland principieel geen fiscale implicaties voor België heeft. De Belgische belastingbevoegdheid impliceert onder meer dat in het buitenland opgerichte vennootschappen in België hun fiscale aangifte zullen moeten indienen wanneer hun werkelijke zetel hier wordt gelokaliseerd, bij gebreke waaraan zij zich blootstellen aan het ganse sanctie-arsenaal waarover de Belgische fiscus beschikt. Tot slot blijft, ondanks de invoering van de statutaire zetelleer, het Belgische insolventierecht van toepassing op vennootschappen in faling die hun bedrijf vooral in België ontplooiën of hebben ontplooid. Luidens artikel 118, § 1, tweede lid WIPR blijven de Belgische rechters namelijk sowieso bevoegd voor het voeren van de hoofdprocedure inzake het faillissement of de gerechtelijke

³³ Illustratief in dit verband betreft het arrest van 11 februari 1988 van het Hof van Beroep te Brussel waarin in eerste instantie het recht van de Cayman Eilanden als “*lex societatis*” werd aanvaard, maar nadien werd beslist tot een heropening van de debatten omdat de mogelijkheid van wetsontduiking niet kon worden uitgesloten nu de in de Cayman Eilanden gevestigde statutaire zetel niet meer dan een postbus inhield (Brussel 11 februari 1988, *TBBR* 1989, 479, noot R. PRIOUX). Dit arrest werd in de rechtsleer terecht bekritiseerd nu het beroep op de theorie van de wetsontduiking overbodig was in het licht van de werkelijke zetelleer. Zie bv.: K. LENAERTS, “Kroniek van het internationaal privaatrecht (1985-1989)”, *RW* 1989-1990, 906.

reorganisatie over een buiten de EU geïncorporeerde vennootschap die haar voornaamste vestiging in België heeft liggen, ongeacht of in haar oprichtingsland al dan niet reeds een dergelijke procedure werd geopend. De erkenningsplicht van de Europese Insolventieverordening geldt in dit verband niet. Als gevolg hiervan worden de hoofdinsolventieprocedure en zijn gevolgen overeenkomstig huidig artikel 119, § 1 WIPR door het Belgische recht beheerst, en moet de buiten de EU gevoerde hoofdinsolventieprocedure niet in België worden erkend. Op deze algemene insolventierechtelijke conflictregel bestaan op grond van artikel 119, § 2, § 3 en § 4 WIPR wel enkele uitzonderingen die het voorwerp uitmaken van afzonderlijke verwijzingsregels, maar deze regels zullen per definitie ook in de richting van het Belgisch recht kijken in de mate waarin de insolvente vennootschap vóór haar falings in België gevestigd was.

Verder dient te worden onderstreept dat België meerdere materieelrechtelijke bepalingen heeft waaraan om redenen van ‘algemeen belang’ een grensoverschrijdend toepassingsbereik wordt toegekend. Deze rechtsregels, ook wel voorrangregels of “*lois d’application immédiate*” genoemd, verkrijgen rechtstreeks toepassing, onafhankelijk van de multilaterale vennootschapsrechtelijke conflictregels, en dus ongeacht of de desbetreffende vennootschap al of niet op grond van die conflictregels door buitenlands vennootschapsrecht wordt gereguleerd. Verschillende regelingen op uiteenlopende gebieden kwalificeren als voorrangregels. Vernoemenswaardig zijn onder andere de regelgeving betreffende het gestructureerde collectief overleg, de regeling met betrekking tot het handelsregister en de specifieke reglementering inzake bepaalde commerciële activiteiten zoals verzekeringen.³⁴

20. Tot slot moet worden opgemerkt dat – net zoals thans het geval is – in de voorgestelde artikelen 109, 110 en 112 WIPR wordt gesproken over “*rechtspersonen*”, en niet over het engere “*vennootschappen*”. Bijgevolg zou de statutaire zetelleer ook gelden voor onder meer de stichtingen en de VZW’s. Er kan niet worden ingezien waarom andere rechtspersonen dan vennootschappen zouden moeten worden uitgesloten van de voordelen die de statutaire zetelleer biedt.

2. De voorgestelde aanpassingen van de in het W.Venn. vervatte regels

A. Internationaal privaatrechtelijke bepalingen

21. Artikel 58, eerste lid W.Venn. Opdat de invoering van de statutaire zetelleer effectief kan worden, dient ook te worden overgegaan tot een aanpassing van artikel 58, eerste lid W.Venn. Deze wetsbepaling handelt over de automatische ‘erkenning’ van in het buitenland opgerichte vennootschappen die in het buitenland hun voornaamste vestiging hebben. ‘Erkenning’ is een materie die in het huidig recht (van de EU-lidstaten) nauw verbonden is met het conflictenrecht.³⁵ Anders dan een rechtsregel die de “*lex societatis*” van een vennootschap aanwijst (bv. de werkelijke zetelleer), betreft ‘erkenning’ uitsluitend de aanvaarding door een land van het rechtsbestaan van een in het buitenland opgerichte vennootschap. Deze erkenning is voor zulke vennootschap vereist om in het binnenland als

³⁴ Zie ook TILQUIN die in één van zijn bijdragen bepleit dat deze regels een belangrijk correctief zouden zijn op de door hem verdedigde incorporatieler. Zie met name: TILQUIN, “L’incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis*”, *RPS* 1998, 38.

³⁵ Over de nauwe band tussen het ‘erkenningsvraagstuk’ en het ‘vraagstuk naar het toepasselijk vennootschapsrecht’, inclusief verdere verwijzingen naar (rechtsleer en rechtspraak over) buitenlandse rechtsstelsels, kan men terugvinden in randnr. 127-133 van mijn doctoraat.

draagster van rechten en plichten te kunnen worden beschouwd, en zodoende met derden te kunnen contracteren en in het rechtsverkeer te kunnen optreden. Met deze erkenning is echter nog geen uitspraak gedaan over de vraag welke nationale regels die erkende vennootschap intrinsiek beheersen, die met andere woorden tot haar personeel statuut behoren en die haar rechten en plichten bepalen. Het mag duidelijk zijn dat deze laatste vraag ruimer is en een andere finaliteit dient; zij heeft niet alleen betrekking op het rechtsbestaan en de rechtsbevoegdheid van een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap, maar ook op de andere aangelegenheden van die vennootschap, zoals haar interne structuur. Dit neemt niet weg dat beide problematieken nauw met elkaar verbonden zijn. Wanneer bijvoorbeeld een in Frankrijk opgerichte vennootschap haar werkelijke zetel in Frankrijk heeft, zal België het rechtsbestaan van die vennootschap op grond van het huidig artikel 58, eerste lid W.Venn. *de plano* erkennen en op grond van het huidig artikel 110 WIPR aanvaarden dat die vennootschap door Frans vennootschapsrecht wordt beheerst, dit omdat haar werkelijke zetel daar is gelegen. De invoering in 1873 van deze regel betekende een grote stap vooruit ten opzichte van het vroegere systeem waarin buitenlandse vennootschappen een individuele vergunning van de regering nodig hadden om in België rechtssubjectiviteit te kunnen genieten.³⁶ Zulk systeem van individuele vergunningen is onhoudbaar in een mondiale wereldeconomie en dreigde te resulteren in economisch isolationisme.

De overstap naar de statutaire zetelleer vereist dat de in artikel 58, eerste lid W.Venn. vervatte regel van *de plano*-erkenning wordt uitgebreid tot alle vennootschappen die in het buitenland zijn opgericht, ongeacht waar zij hun voornaamste vestiging hebben liggen. Dit kan eenvoudig worden verwezenlijkt door in artikel 58, eerste lid W.Venn. de verwijzing naar de voornaamste vestiging te schrappen. De wetsbepaling zou dan als volgt luiden: “*De vennootschappen die in het buitenland zijn opgericht, kunnen in België hun werkzaamheden verrichten en in rechte optreden, en er een bijkantoor oprichten*”. Merk op dat deze aanpassing van artikel 58, eerste lid W.Venn. niet enkel is vereist om gevolg te kunnen geven aan de statutaire zetelleer, maar dat zij ook noodzakelijk is in het licht van het recht op vrije vestiging. Op grond van het huidige artikel 58, eerste lid W.Venn. bestaat namelijk het risico dat Belgische rechters enkel vennootschappen erkennen die geldig bestaan volgens hun “*lex societatis*”, i.e. dus vennootschappen die voldoen aan de wettelijke voorwaarden die in het land van hun ‘werkelijke zetel’ worden gesteld voor het rechtsgeldig bestaan van de vennootschap; dit is een inherent gevolg van een toepassing van de werkelijke zetelleer.³⁷ Dit

³⁶ Het oude systeem moet worden gezien in het licht van het gegeven dat in België onder het stelsel van de Code de Commerce van 1808 (artikel 37) voor de oprichting van NV's en voor hun statutenwijzigingen een Koninklijke goedkeuring vereist was (zie o.m.: K. VAN HULLE en N. LYBAERT, *Boekhoud- en Jaarrekeningrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 38). Tegen deze wetgevende achtergrond oordeelde het Belgische Hof van Cassatie dan ook dat een Franse SA geen rechtspersoonlijkheid in België kon hebben bij gebrek aan een vergunning vanwege de Belgische regering (Cass. 8 februari 1849, *Pas.* 1849, I, 221; Cass. 30 januari 1851, *Pas.* 1851, I, 307).

³⁷ Zie in deze zin: J. MEEUSEN, “Commentaar bij artikel 56 en 58 W.Venn.” in *Comm. V.&V.*, Antwerpen, Kluwer, 2000, losbl., 23 (“*Omwille van het essentieel karakter van de band tussen een vennootschap (en andere rechtspersonen) en een rechtsorde, die door het begrip ‘nationaliteit’ wordt uitgedrukt, erkennen wij enkel de vennootschappen die geldig bestaan volgens hun nationale wet, d.i. die voldoen aan de voorwaarden die in het land van hun werkelijke zetel worden gesteld voor het geldig bestaan van de boedelde vennootschap. De erkenning is m.a.w. afhankelijk van de toepassing van onze verwijzingsregel. Een vennootschap die niet aan de door de *lex societatis* gestelde bestaansvoorwaarden voldoet, maar wel aan deze gesteld door de wet van het land van oprichting, van de exploitatie- of statutaire zetel, kan in België niet worden erkend op grond van artikel 58 W.Venn.*”) met verdere verwijzing naar: Cass. 7 maart 1895, *Pas.* 1895, I, 117, concl. proc. gen. MESDACH DE TER KIELE; Brussel 15 juli 1998, *JT* 1999, 647; Kh. Antwerpen 25 november 1919, *RPS* 1922, 17, noot F. PASSELECQ; Kh. Antwerpen 23 december 1922, *RHA* 1923, 93; Rb. Aarlen 13 juni 1898, *Pas.* 1890, III, 18; Rb. Brussel 15 maart 1879, *Pas.* 1879, III, 202; Vred. Brussel 25 mei 1985, *RPS* 1895, 266; R. ABRAHAMS, *Les sociétés en Droit International Privé*, Luik, Editions Desoer, 1957, 114; P. DE PAGE en B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, “Les personnes morales

leidt bijvoorbeeld tot het gevaar dat Belgische rechters het rechtsbestaan zullen weigeren te erkennen van een vennootschap die naar Brits recht is opgericht, maar haar werkelijke zetel in Duitsland heeft liggen, dit omdat de vennootschap niet is opgericht conform het Duitse vennootschapsrecht, het land van haar werkelijke zetel. Het in zulk geval ontzeggen aan een vennootschap van de mogelijkheid om in België werkzaamheden te verrichten en in rechte op te treden, is zonder twijfel in strijd met de Europese vrijheid van vestiging³⁸; de Britse vennootschap behoudt immers overeenkomstig het Britse recht haar Britse hoedanigheid en kwalificeert derhalve als EU-burger in de zin van artikel 54 VWEU. Die kwalificatie veronderstelt op zijn minst dat zij wordt erkend in België (en andere EU-lidstaten), alwaar zij zich op secundaire wijze vestigt. Hoewel men kan betwijfelen of Belgische rechters deze stringente houding nog zullen aannemen sinds de inwerkingtreding in 2004 van het huidige artikel 112 WIPR (zoals reeds aangehaald in randnr. 7, erkent deze wetsbepaling de “zetelverplaatsingen buitenom”, hetgeen op zijn minst de erkenning lijkt te impliceren van deze vennootschappen), is het wenselijk dit te expliciteren in artikel 58, eerste lid W.Venn. De voorgestelde wijziging van artikel 58, eerste lid W.Venn. heeft voor alle duidelijkheid tot gevolg dat de erkenningsregel zich eveneens uitstrekt tot vennootschappen die niet als EU-burger in de zin van artikel 54 VWEU kwalificeren omdat zij niet naar het recht van een EU-lidstaat zijn opgericht. Zoals in randnummer 19 werd aangestipt, komt het me evenwel voor dat er in het Belgisch recht afdoende waarborgen voorhanden blijven om de diverse lokale belanghebbende partijen te beschermen.

22. Artikel 58, tweede lid W.Venn. Het tweede lid van artikel 58 W.Venn zou ik daarentegen ongewijzigd laten. Daarin wordt het volgende voorgeschreven: “*De rechtsvorderingen ingesteld door buitenlandse vennootschappen die in België een bijkantoor hebben of in België een openbaar beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan zoals bedoeld in artikel 88, zijn evenwel onontvankelijk indien zij hun oprichtingsakte niet hebben neergelegd overeenkomstig de artikelen 81, 82 of 88*”. Ofschoon de onontvankelijkheid van de ingestelde rechtsvorderingen een uitermate verregaande sanctie is voor naar buitenlands recht geïncorporeerde vennootschappen die hun oprichtingsakte niet in België hebben neergelegd, lijkt men moeilijk te kunnen argumenteren dat op dit vlak problemen rijzen vanuit Europeesrechtelijk standpunt. De openbaarmakingsverplichtingen die verbonden zijn aan de opening van een bijkantoor, vloeien rechtstreeks voort uit de ‘Elfde Vennootschapsrichtlijn’³⁹, die in zijn artikel 12 lidstaten opdraagt passende sancties vast te stellen met het oog op de naleving van de in de Richtlijn opgenomen verplichtingen. Er moet daarbij in aanmerking worden genomen dat een effectieve informatieverspreiding van essentieel belang is voor de bescherming van derden, die daardoor in de mogelijkheid verkeren te weten met welke

étrangères et l’ordre public international belge”, *RPS* 1979, 14; J. ERAUW, *Beginselen van Internationaal Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 257-258; A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht – Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 114; R. PIRET, “Les personnes morales étrangères en Belgique”, *Bull. Trim. Inst. Belge Dr. Comp.* 1922, 263; P. POULLET, 231; C. RESTEAU, *Traité des Sociétés Anonymes*, Brussel, Editions Swinnen H., 1981, 64; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijk Uitgeverij, 1973, 138; G. VAN HECKE, “Erkenning, zetelverplaatsing en fusie” in *Europees vennootschapsrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1968, 154.

³⁸ Zie ook o.m.: E. NAVEZ en B. GODDIN, “L’évolution de principe de liberté d’établissement dans l’espace européen et ses influences sur le DIP belge des personnes morales” in Y. DE CORDT en A. ANDRE-DUMONT (eds.), *Droit des sociétés. Millésime 2011*, Brussel, Larcier, 2012, (283) 292.

³⁹ Elfde Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een Lid-Staat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere Staat vallen, *PB L* 395 van 30 december 1989, zoals recentelijk gewijzigd door richtlijn 2012/17/EU van 13 juni 2012, *PB L* 156, 16 juni 2012.

vennootschap zij (voornemens zijn te) handelen.⁴⁰ Dit geldt des te meer ingeval België zou overschakelen naar de statutaire zetelleer. Dan kunnen vennootschappen door vreemd vennootschapsrecht worden gereguleerd, hoewel zij in België hun economisch zwaartepunt hebben.

23. Artikel 57 W.Venn. en artikel 59 W.Venn. Ook de andere internationaal privaatrechtelijke bepalingen van boek IV van het Wetboek van vennootschappen kunnen m.i. onveranderd blijven. Zowel artikel 57 W.Venn. als artikel 59 W.Venn. blijven in het voorgestelde systeem van de statutaire zetelleer immers hun nut ten volle behouden.

Artikel 57 W.Venn. schrijft voor dat de zaakvoerders, bestuurders, commissarissen en vereffenaars van een *Belgische* vennootschap, die hun woonplaats in het *buitenland* hebben, geacht worden voor de gehele duur van hun taak woonplaats te kiezen in de zetel van de vennootschap. Zodoende wordt ervoor gezorgd dat voormelde personen in België op de zetel van de vennootschap alle dagvaardingen en kennisgevingen kunnen (lees: moeten) worden gedaan betreffende de zaken van de vennootschap en de verantwoordelijkheid voor hun bestuur en hun toezicht. Het behoeft geen betoog dat deze rechtsregel vooral procedurele verdiensten heeft. Deze verdiensten blijven zonder meer behouden in het systeem van de statutaire zetelleer. De enige praktische wijziging die de voornoemde wetsbepaling bij de invoering van de statutaire zetelleer ondergaat, is dat onder de zetel van een vennootschap uitsluitend de statutaire zetel zou kunnen worden begrepen, zodat – in tegenstelling tot nu – door derden niet langer kan worden aangetoond dat de zetel van een Belgische vennootschap in werkelijkheid in het buitenland is gelegen. Indirect zal deze rechtsregel er dus voor zorgen dat een loutere postbus in België niet zal volstaan om als statutaire zetel van een Belgische vennootschap te fungeren; op de Belgische statutaire zetel moet iemand kunnen worden aangetroffen waaraan dagvaardingen en kennisgevingen kunnen worden gedaan. Men kan de analogie opmerken met de benadering in het “Amerikaanse” recht, waar §5.01(2) van de “*Revised Model Business Corporation Act*” (RMBCA) verlangt dat zich op de statutaire zetel een geregistreerde agent van de vennootschap bevindt. Vandaar dat vooral in Delaware de praktijk is ontstaan waarbij vennootschappen hun statutaire zetel plaatsen op het adres van hun advocaat.

Krachtens artikel 59 W.Venn. worden de leiders van een Belgisch bijkantoor onderworpen aan dezelfde aansprakelijkheid als bestuurders van een Belgische vennootschap, althans wat hun aansprakelijkheid tegenover derden betreft. Deze wetsbepaling zorgt er derhalve voor dat ‘zij die in België met het bestuur van een bijkantoor van een buitenlandse vennootschap zijn belast’ door derden kunnen worden aangesproken op grond van artikel 528 W.Venn. (voor de schade die wordt veroorzaakt wegens miskennis van de Belgische vennootschapsbepalingen die betrekking hebben op bijkantoren) evenals op grond van de principes van het Belgisch gemeen recht terzake de aansprakelijkheid van het bestuur (dus inclusief de mogelijke aansprakelijkheid tegenover derden op basis van artikel 1382 BW).⁴¹ Het is daarbij irrelevant of de aansprakelijkheidsvordering gebaseerd is op extracontractuele of contractuele

⁴⁰ Maar zie evenwel: E. DE BIE en F. JENNE, “Zetelverplaatsing in het Belgische recht: waar vertrekken en waar landen?”, JURA FALCONIS, L. DE BROE en M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia 2013, (47) 59; V. SIMONART, “L’application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre état de la communauté et, en particulier, aux Limited”, *RPS* 2008, 186. Voornoemde auteurs stellen vragen bij de conformiteit met het Europese recht van artikel 58, tweede lid W.Venn. nu de daarin opgenomen sanctie onevenredig zou zijn ten aanzien van het doel dat men wil bereiken met de verplichting tot neerlegging van de oprichtingsakte, met name informatieverstrekking aan derden.

⁴¹ Zie over deze bepaling o.m.: H. DE WULF, “Commentaar bij artikel 59 W.Venn.” in *Comm. V&V*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 4p.

grondslag, op specifieke wetsbepalingen of algemene zorgvuldigheidsnormen; er is uitsluitend vereist dat de handeling verband houdt met de uitbating van het bijkantoor. De buitenlandse vennootschap die via haar Belgisch bijkantoor in België schade verwekt, zal ingevolge artikel 59 W.Venn. dus sowieso door derden kunnen worden aangesproken via de leiders van het Belgische bijkantoor, los van de vraag of die leiders op grond van de “*lex societatis*” kwalificeren als bestuurders en ongeacht of die leiders op grond van dat recht aansprakelijk kunnen worden gesteld. Als dusdanig creëert artikel 59 W.Venn. in voorkomend geval een bijkomende categorie van personen die door derden kunnen worden aangesproken ingeval zij schade lijden door een foutief optreden door (een Belgisch bijkantoor van) een buitenlandse vennootschap. De wetsbepaling wordt bijgevolg best behouden wegens de versterkte positie die zij verleent aan Belgische belanghebbende partijen.

B. Procedure tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing

24. Er werd hierboven al gesignaleerd dat het HvJ EU in het arrest Vale heeft geoordeeld dat EU-lidstaten onder omstandigheden ertoe verplicht zijn om de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen toe te staan (zie randnr. 7). Hoe de grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel concreet moet verlopen, verduidelijkte het HvJ EU evenwel niet. De enige leidraad terzake zijn de beginselen inzake gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Het HvJ EU verwoordde dit als volgt: “*In dit verband zij er aan herinnerd dat het op verschillende gebieden vaste rechtspraak is dat bij ontbreken van een Unieregeling ter zake, de voorschriften ter verzekering van de bescherming van de rechten welke justitiabelen aan het Unierecht ontleen, een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat zijn, met dien verstande evenwel dat zij niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke situaties gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (doeltreffendheidsbeginsel)*”.⁴²

25. Er kan geen twijfel over bestaan dat de Belgische omzettingsregeling deze beginselen zal moeten respecteren, wil zij conform het Europees recht zijn. Dit leidt er onder andere toe dat men de grensoverschrijdende omzetting niet onnodig mag bemoeilijken in vergelijking met de interne omzetting (i.e. bijvoorbeeld de omvorming van een BVBA tot een NV) en dat men enkel waar nodig afwijkende bepalingen mag vaststellen met het oog op het grensoverschrijdend karakter van de transactie. Vooral de bescherming van schuldeisers lijkt me in deze context van cruciaal belang te zijn; na de internationale transformatie zullen zij immers contractuele relaties onderhouden met een vennootschap gereguleerd door een ander vennootschapsrecht, hetgeen hun rechtspositie mogelijks meer beïnvloedt dan een interne omzetting (cf. het derde voordeel van de statutaire zetelleer ten opzichte van de werkelijke zetelleer). Vandaar dat het m.i. de voorkeur zou verdienen over te gaan tot het inlassen in de omzettingsprocedure van specifieke schuldeiserbeschermende maatregelen. Men kan hierbij denken aan het verlenen aan schuldeisers van de mogelijkheid om bij de omzetting een

⁴² Zie overweging 48 van het arrest VALE. Het HvJ EU verwijst hierbij naar: HvJ 22 oktober 1998, zaak C-10/97-C-22/97, *Jur.* 1998, I-6307, overweging 25 (met betrekking tot de terugbetaling van het onverschuldigd betaalde); HvJ 7 juni 2007, zaak C-222/05, *Jur.* 2007, I-4233, overweging 28 (met betrekking tot het bestuursrecht); HvJ 24 maart 2009, zaak C-445/06, *Jur.* 2009, I-2119, overweging 31 (met betrekking tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van een lidstaat); HvJ 30 juni 2011, zaak C-262/09, *Jur.* 2011, I-05669 (met betrekking tot het vereiste van een certificaat voor de verkrijging van een belastingvoordeel). Over hoe beide beginselen zich concreet verhouden ten opzichte van de bevoegdheid van EU-lidstaten om invulling te geven aan hun vennootschapsrecht, zie o.m.: T. BIERMEYER, “Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE”, *CML Rev* 2013, (571) 580-583.

zekerheid te vragen, in de stijl zoals deze gekend is bij het doorvoeren van een kapitaalvermindering (zie bv. artikel 613 W.Venn.) of een grensoverschrijdende zetelverplaatsing door de Europese vennootschap (zie artikel 933 W.Venn.).

Hetzelfde probleem rijst overigens voor minderheidsaandeelhouders. Ook zij zullen na de transformatie desgevallend tegen hun zin participeren in een vennootschap in gewijzigde vorm. In vergelijking met schuldeisers zal voor hen al een belangrijke bescherming gelegen zijn in het aanwezigheidsquorum en de bijzondere meerderheid die vereist zijn voor de goedkeuring van de nationaliteitswijziging. Naarmate deze quora worden versterkt, wordt de kans namelijk kleiner dat zij gedwongen worden aandelen te houden in een vennootschap die een andere nationaliteit aanneemt, en daarom door een ander vennootschapsrecht wordt gereguleerd. Om redenen van consequentie en consistentie met het huidige Belgische vennootschapsrecht zou ik ervoor pleiten dezelfde quora te nemen als deze die vereist zijn voor de interne omzetting. Dit betekent (i) dat de statutenwijziging enkel kan worden gestemd indien de in persoon aanwezige of bij volmacht vertegenwoordigde vennoten minstens de helft van het kapitaal én de helft van het totale aantal door de vennootschap uitgegeven winstbewijzen vertegenwoordigen en (ii) dat het besluit moet worden goedgekeurd met een bijzondere meerderheid van vier/vijfden van de uitgebrachte stemmen (zie artikel 781 W.Venn.). Dit neemt niet weg dat, gelet op het ingrijpende karakter van de grensoverschrijdende omzetting, daarnaast ook nog kan worden nagedacht over de wenselijkheid om een uittredingsrecht te verlenen aan de aandeelhouders die om gegronde redenen tegen de internationale zetelverplaatsing gekant zijn (bijvoorbeeld omdat de nieuwe “*lex societatis*” een gevoelige vermindering van hun rechten als minderheidsaandeelhouders tot gevolg heeft). Hoewel zulk uittredingsrecht de grensoverschrijdende omzetting (aanzienlijk) duurder kan maken, zou dit ervoor zorgen dat grensoverschrijdende zetelverplaatsingen enkel doorgang kunnen vinden wanneer zij werkelijk waarde creëren voor alle aandeelhouders, en niet enkel voor de meerderheid en/of het bestuur die ten koste van de minderheidsaandeelhouders hun eigen belangen nastreven. Zo maakt men het onmogelijk dat de minderheid buiten spel zou kunnen worden gezet door de internationale omvorming, door het feit dat na de stemming over de statutenwijzigingen de Belgische geschillenregeling (en de daarin gewaarborgde mogelijkheid tot uittreding bij gegronde redenen) niet langer van toepassing is.

26. Binnen de grenzen van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel zijn naar de mening van het HvJ EU zowel de lidstaat van vertrek als de lidstaat van ontvangst bevoegd om de grensoverschrijdende omzetting te regelen. Het HvJ EU geeft echter geen duidelijke richtlijnen mee over hoe de bevoegdheidsafbakening tussen deze nationale rechtsstelsels concreet moet verlopen. Gelet op het feit dat de grensoverschrijdende omzetting een continuïteit in de rechtspersoonlijkheid van de zich omzettende vennootschap veronderstelt, lijkt hiervoor een goed aanknopingspunt te kunnen worden gevonden bij het tijdstip waarop de nationale voorschriften toepassing verkrijgen, met name vóór dan wel na de inschrijving van de vennootschap in het vennootschapsregister van de nieuwe lidstaat van incorporatie. In de mate waarin dat nodig zou zijn, kan daarnaast – zoals De Bie en Jenné opwerpen – rekening worden gehouden met een teleologisch criterium.⁴³ Dit criterium houdt in dat aan het land van vertrek (het oude incorporatieland) de bevoegdheid moet toekomen om de rechtsverhoudingen te regelen die bestaan vóór de grensoverschrijdende omzetting, dit terwijl het land van aankomst (het nieuwe incorporatieland) de rechtsverhoudingen mag regelen die

⁴³ Zie ook: E. DE BIE en F. JENNÉ, “Zetelverplaatsing in het Belgische recht: waar vertrekken en waar landen?”, JURA FALCONIS, L. DE BROE en M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia 2013, (47) 72-73 en 80.

ontstaan na de zetelverplaatsing evenals de rechtsgevolgen van bestaande rechtsverhoudingen die zich voordoen na de zetelverplaatsing. Het lijkt aanbevolen met deze benadering rekening te houden bij het uitwerken in het Belgisch recht van een procedure tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Een onderscheid dringt zich derhalve op naargelang België optreedt als emigratieland dan wel als immigratieland van de statutaire zetel. Het lijkt voor de hand te liggen dat men voor beide categorieën bepalingen qua systematiek bij voorkeur inspiratie haalt uit de regeling inzake de grensoverschrijdende zetelverplaatsing door de Europese vennootschap. Zolang Europa niet overgaat tot de invoering van een Veertiende Vennootschapsrichtlijn rond intracommunautaire zetelverplaatsing, is dit de meest geëigende procedure voor de internationale omzetting van nationale vennootschapsvormen die in ons recht bestaat, met als bijkomend voordeel dat de fundamentele van deze procedure via de ‘SE-Verordening’⁴⁴ ook in het recht van de andere EU-lidstaten is gekend.

27. Procedure. Concreet komen bovenstaande benaderingen op de volgende blauwdruk van de internationale omzettingsprocedure neer.

Wanneer een Belgische vennootschap zich wenst om te vormen tot een buitenlandse vennootschap (“*emigratie van de statutaire zetel*”), dient het bestuur van de vennootschap conform de Belgische wetgeving (i) een voorstel tot zetelverplaatsing op te stellen dat moet worden neergelegd overeenkomstig huidig artikel 75 W.Venn. en (ii) een verslag op te maken waarin de juridische en economische aspecten van de zetelverplaatsing worden toegelicht en onderbouwd en waarin de gevolgen van de verplaatsing voor de aandeelhouders, de schuldeisers en desgevallend de werknemers worden toegelicht. Uiterlijk binnen twee maanden na deze bekendmaking van het verplaatsingsvoorstel, kunnen de schuldeisers en de houders van andere rechten jegens de vennootschap wier vordering is ontstaan voor deze bekendmaking en die nog niet is vervallen, een zekerheid eisen of elke andere waarborg, niettegenstaande enig hiermee strijdig beding. De vennootschap kan deze rechtsvordering afweren door de schuldvordering te voldoen tegen haar waarde, na aftrek van het disconto. Indien geen overeenstemming wordt bereikt of indien de schuldeiser geen voldoening heeft verkregen, dan beslist de rechter conform het bepaalde in huidig artikel 933 W.Venn. Hoewel de zuivere verplaatsing van de statutaire zetel geen implicaties op bijvoorbeeld fiscaal vlak heeft, kan ook hier eraan worden gedacht om aan het Ministerie van Economie het recht te bieden om binnen deze termijn van twee maanden zich te verzetten tegen de zetelverplaatsing om redenen van algemeen belang, wanneer dat nodig zou blijken in het licht van de concrete omstandigheden (cf. artikel 935 W.Venn.). Pas na het verstrijken van die termijn van twee maanden kan de algemene vergadering overgaan tot de stemming van de zetelverplaatsing en de aanpassing van de statuten aan het buitenlandse recht, met het aanwezigheidsquorum en de bijzondere meerderheid die zijn vereist voor de interne omzetting (cf. artikel 781 W.Venn.). Hierboven werd aangehaald dat het misschien opportuun is om bij gegronde redenen een uittredingsrecht te verlenen aan aandeelhouders die tegen de omzetting hebben gestemd. De grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel, evenals de andere statutenwijzigingen die vereist zijn voor de geldige transformatie naar de gekozen buitenlandse vennootschapsvorm, dienen bij authentieke akte te worden vastgesteld (zie artikel 783 W.Venn.). Om te vermijden dat vennootschappen gedurende enige tijd tussen twee rechtsstelsels zweven, wordt best bepaald dat de schrapping uit het Belgisch

⁴⁴ Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *PB L 294* van 10 oktober 2001. Deze verordening wordt aangevuld door Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, *PB L 294* van 10 oktober 2001.

vennootschapsregister pas kan gebeuren nadat de vennootschap een inschrijving heeft verkregen in het vennootschapsregister van het land waarheen zij verhuist, vanaf welk ogenblik de aangepaste statuten in werking treden. Met het oog op die inschrijving in het buitenlandse vennootschapsregister kan aan de instrumenterende Belgische notaris een attest worden gevraagd, waaruit blijkt dat de omzetting naar Belgisch recht correct is verlopen.

Omgekeerd, wanneer een buitenlandse vennootschap zich wenst om te vormen tot een Belgische vennootschap (“*immigratie van de statutaire zetel*”), kan de inschrijving in een Belgisch vennootschapsregister pas plaatsvinden indien de vennootschap haar oprichtingsakte en haar statuten neerlegt op de griffie van de rechtbank van koophandel van het arrondissement waarin zij haar statutaire zetel wil vestigen. De statuten zullen dienen te worden aangepast aan de dwingende regels van het Belgisch vennootschapsrecht die gelden voor de gekozen vennootschapsvorm. Dit zal in elk geval veelal impliceren dat deze akten zullen moeten worden vertaald naar de officiële taal van het rechtsgebied waarin de statutaire zetel wordt geplaatst. De Belgisch wet voorziet daarbij bij voorkeur dat de inschrijving in een Belgisch vennootschapsrecht pas kan geschieden indien de vennootschap kan aantonen dat de beslissing tot internationale zetelverplaatsing conform het recht van het land van vertrek is verlopen, in de veronderstelling uiteraard dat het recht van dat land de grensoverschrijdende omzetting toestaat. Vanaf het ogenblik waarop de vennootschap de inschrijving in een Belgisch vennootschapsregister verkrijgt, wordt zij een Belgische vennootschap, waarop het Belgische vennootschapsrecht in al zijn facetten toepassing verkrijgt. Met het oog op de omzetting en de (toekomstige) bescherming van schuldeisers wordt daarbij best verlangd dat de zich omzettende vennootschap een staat van activa en passiva opstelt overeenkomstig de regels van het Belgisch (boekhoud)recht, die gepaard gaat met een controleverslag opgesteld door een commissaris of, bij gebreke daarvan, een bedrijfsrevisor of externe accountant. Op die manier zal de vennootschap vanaf haar immigratie haar vermogen op dezelfde wijze moeten voorstellen als vennootschappen die oorspronkelijk overeenkomstig het Belgisch recht werden opgericht.

Afdeling 5. Besluit

28. In deze bijdrage werd ervoor gepleit om in het Belgisch vennootschappelijk IPR afstand te nemen van de werkelijke zetelleer en over te schakelen naar de statutaire zetelleer, i.e. een variant van de traditionele incorporatieleer die de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen toestaat. Geargumenteed werd dat deze benadering beter strookt met de Europese context en diverse voordelen biedt, onder meer op het vlak van de rechtszekerheid. Met het oog op de invoering van de statutaire zetelleer werden de verschillende wetsbepalingen overlopen die een aanpassing behoeven. Omdat dit pleidooi verregaande gevolgen heeft voor de wijze waarop met het Belgische vennootschapsrecht wordt omgesprongen, zijn uw opmerkingen en suggesties ten zeerste welkom.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.