CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 15 december 2011 [1]

Zaak C-378/10

VALE Építési Kft.

[verzoek van de Magyar Köztárság Legfelsőbb Bíróság (Hongarije) om een prejudiciële beslissing]

„Vrijheid van vestiging — Artikelen 49 VWEU en 54 VWEU — Verplaatsing van de zetel van een volgens het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat met verandering van het toepasselijke nationale recht (‚grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe kapitaalvennootschap') — Nationale regeling die verbiedt een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap als rechtsvoorgangster van een vennootschap in te schrijven in het nationale handelsregister — Nationale regeling die de opneming van een dergelijke vermelding toestaat wanneer die rechtsvoorgangster een in Hongarije opgerichte vennootschap is"

I – Inleiding

1. De onderhavige verwijzingsprocedure heeft betrekking op de problematiek van de grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de interne markt. Het verzoek aan het Hof betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG en 48 EG (thans artikelen 49 VWEU en 54 VWEU) en is ingediend in een procedure van vrijwillige rechtspraak na de grensoverschrijdende verplaatsing van een vennootschap naar Italiaans recht, en wel door verplaatsing van haar zetel met gelijktijdige doorhaling van haar inschrijving in het Italiaanse handelsregister, verandering van het toepasselijke recht en oprichting als nieuwe vennootschap naar Hongaars recht die pretendeert de rechtsopvolgster onder algemene titel van die Italiaanse vennootschap te zijn.

2. De betrokken Hongaarse regeling in deze zaak staat toe dat een in Hongarije opgerichte vennootschap als rechtsvoorgangster van een vennootschap wordt ingeschreven in het nationale handelsregister. Die regeling staat echter een dergelijke inschrijving niet toe wanneer de rechtsvoorgangster een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap is, zoals het geval is in het hoofdgeding.

3. Deze zaak sluit aan bij een reeks arresten van het Hof met betrekking tot het Europese vennootschapsrecht, zoals de arresten Daily Mail and General Trust, Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC Systems en Cartesio. [2] Zij vertoont echter een nieuw aspect, daar het Hof wordt verzocht te beslissen over de omvang van de verplichtingen van een lidstaat van ontvangst in geval van de „grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe kapitaalvennootschap". [3]

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Arresten van 27 september 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Jurispr. blz. 5483); 9 maart 1999, Centros (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459); 5 november 2002, Überseering (C-208/00, Jurispr. blz. I-9919); 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, Jurispr. blz. I-10155); 13 december 2005, SEVIC Systems (C-411/03, Jurispr. blz. I-10805), en 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, Jurispr. blz. I-9641).

3 — In deze conclusie zal ik verwijzen naar de verrichting die tot het hoofdgeding heeft geleid als een „grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe kapitaalvennootschap". De redenen voor deze kwalificatie worden later uiteengezet.

II – Rechtskader

A – *Het recht van de Unie*

4. Noch het primaire recht noch het afgeleide recht van de Unie bevat bepalingen inzake de grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap van een lidstaat of de internationale verplaatsing van de zetel van een dergelijke vennootschap. [4]

5. Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) [5] stelt evenwel in artikel 8 gedetailleerde bepalingen vast met betrekking tot de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE. Ook verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) [6] biedt Europese coöperaties de mogelijkheid hun statutaire zetel te verplaatsen. Voorts voert richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen [7] een rechtskader in voor dergelijke fusies.

B – *Het nationale recht*

6. De essentiële bepalingen van het nationale recht zijn opgenomen in twee regelingen. [8]

7. Dit is ten eerste wet nr. V van 2006, inzake de openbaarmaking van gegevens van ondernemingen, de gerechtelijke procedure van inschrijving van ondernemingen en de vrijwillige ontbinding en vereffening (A cégnyilvánosságról, a bírósági cégeljárásról és a végelszámolásról szóló 2006. évi V. törvény; hierna: „handelsregisterwet"). [9] De artikelen 24 tot en met 29 en 57, lid 4, zijn hier van belang.

8. Ten tweede is dat wet nr. IV van 2006 inzake handelsvennootschappen (A gazdasági társaságokról szóló 2006. évi IV. törvény; hierna: „wet op de handelsvennootschappen"). [10] De artikelen 3, 69, lid 1, 71, 73, 74 en 75 van deze wet zijn relevant.

III – Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

9. VALE Costruzioni Srl (hierna: „VALE Costruzioni"), een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Italiaans recht, is op 16 november 2000 ingeschreven in het handelsregister te Rome (Italië).

10. Op 3 februari 2006 heeft VALE Costruzioni verzocht om uit het handelsregister te worden geschrapt, waarbij zij aangaf haar zetel en haar activiteiten naar Hongarije te willen verplaatsen en tegelijkertijd haar activiteiten in Italië te willen staken.

4 — Ik herinner eraan dat de Commissie in haar mededeling van 21 mei 2003 inzake de modernisering van het vennootschapsrecht [COM(2003) 284 def.] blijk geeft van haar voornemen om een voorstel in te dienen voor een Veertiende richtlijn betreffende de verplaatsing van de zetel van de ene lidstaat naar de andere, en in dit verband een openbare raadpleging heeft gelanceerd die is gesloten op 15 april 2004. Tot op heden heeft de Commissie een dergelijk voorstel evenwel nog niet ingediend.

5 — PB L 294, blz. 1.

6 — PB L 207, blz. 1.

7 — PB L 310, blz. 1.

8 — De inhoud van deze regelingen, voor zover relevant, komt aan de orde in de volgende punten.

9 — Magyar Közlöny 2006/1 (I. 4.), 4 januari 2006, blz. 99.

10 — Magyar Közlöny 2006/1 (I. 4.), 4 januari 2006, blz. 24.

11. Overeenkomstig dit verzoek heeft de kamer van koophandel te Rome haar op 13 februari 2006 uit het handelsregister geschrapt. Blijkens het dossier is onder het opschrift „Doorhaling en zetelverplaatsing" in het register vermeld dat de vennootschap naar Hongarije is verhuisd. Volgens het uittreksel uit het Italiaanse handelsregister heeft VALE Costruzioni Hongarije aangewezen als het land van haar zetel, met een adres in Boedapest (Hongarije).

12. Op 14 november 2006, dus negen maanden later, hebben de directeur van VALE Costruzioni en een andere natuurlijke persoon te Rome de statuten van VALE Építési Kft. (hierna: „VALE Építési"), een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Hongaars recht, goedgekeurd met het oog op inschrijving in het handelsregister in Hongarije. In de preambule van de oprichtingsakte staat dat „de oorspronkelijk naar Italiaans recht in Italië gevestigde vennootschap heeft besloten haar zetel naar Hongarije te verplaatsen en volgens het Hongaarse recht te opereren". Volgens de oprichtingsakte is de helft van het maatschappelijk kapitaal volgestort voor zover als volgens de Hongaarse wet nodig was, en op 14 december 2006 gestort op de op naam van VALE Építési in Hongarije geopende rekening. Volgens de oprichtingsakte is de zetel op hetzelfde adres in Boedapest gevestigd.

13. Op 19 januari 2007 heeft de vertegenwoordiger van VALE Építési bij de Fővárosi Bíróság (rechtbank te Boedapest, Hongarije), optredend als houder van het handelsregister, een verzoek ingediend om inschrijving van de vennootschap volgens Hongaars recht. In het verzoek werd VALE Costruzioni genoemd als rechtsvoorgangster van VALE Építési.

14. Die rechtbank, optredend als handelsregisterhouder van eerste aanleg, heeft het verzoek om inschrijving van VALE Építési afgewezen. In tweede aanleg heeft de Fővárosi Ítélőtábla (regionale hof te Boedapest), waarbij de vennootschap beroep had ingesteld, deze afwijzingsbeschikking bevestigd. Volgens de Fővárosi Ítélőtábla kan een in Italië opgerichte en ingeschreven vennootschap gezien de in Hongarije geldende voorschriften voor vennootschappen niet haar zetel naar Hongarije verplaatsen en zich daar in de aangevraagde vorm in het handelsregister laten inschrijven. Volgens die rechter is het op grond van de handelsregisterwet niet mogelijk om als rechtsvoorgangster een niet-Hongaarse vennootschap te doen vastleggen. In het handelsregister kunnen alleen de gegevens worden opgenomen die specifiek zijn opgesomd in de artikelen 24 tot en met 29 van die wet.

15. VALE Építési heeft cassatieberoep ingesteld bij de Magyar Köztárság Legfelsőbb Bírósága (hooggerechtshof van de Republiek Hongarije), de verwijzende rechter. Haars inziens is de bestreden beschikking in strijd met de rechtstreeks toepasselijke bepalingen van de artikelen 43 EG en 48 EG, daar zij geen onderscheid maakt tussen de internationale verplaatsing van de zetel van een vennootschap, die geen wijziging van de oorspronkelijke rechtspersoonlijkheid van de vennootschap inhoudt, noch een wijziging van het toepasselijke recht, en de internationale omzetting van een vennootschap, die een dergelijke wijziging wel impliceert.

16. Volgens de verwijzende rechter is de praktische moeilijkheid van de onderhavige zaak erin gelegen dat het handelsregister qua structuur in „velden" is verdeeld, waarbij de inhoud van de diverse velden wordt geregeld door de artikelen 24 tot en met 29 handelsregisterwet. Wenst een vennootschap haar vrijheid van vestiging uit te oefenen, niet door haar zetel naar Hongarije te verplaatsen, maar door een nieuwe Hongaarse vennootschap op te richten, en in de statuten vast te leggen dat zij eerder in een andere lidstaat activiteiten heeft verricht, dan kan zij enkel naar die omstandigheid verwijzen door de datum van de omzetting aan te geven. In zover bevestigt de verwijzende rechter het oordeel van de Fővárosi Bíróság en merkt hij op dat de in het verzoek van VALE Építési opgevoerde verplaatsing van de zetel, met gelijktijdige oprichting van een nieuwe vennootschap volgens Hongaars recht en vermelding van de Italiaanse rechtsvoorgangster, niet als een omzetting naar Hongaars recht kan worden aangemerkt.

17. In deze omstandigheden heeft de nationale rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is de lidstaat van ontvangst verplicht tot inachtneming van de artikelen 43 EG en 48 EG wanneer een in een andere lidstaat (de lidstaat van oorsprong) opgerichte vennootschap haar maatschappelijke zetel verplaatst naar de lidstaat van ontvangst en tegelijkertijd daartoe haar inschrijving in het handelsregister van de lidstaat van oorsprong laat doorhalen, de vennoten van de vennootschap een nieuwe oprichtingsakte opstellen in overeenstemming met het recht van de lidstaat van ontvangst en de vennootschap verzoekt om inschrijving in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst in overeenstemming met het recht van die lidstaat?

2) Ingeval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: moeten in het hierboven beschreven geval de artikelen 43 EG en 48 EG aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een regeling of praktijk van een lidstaat (de lidstaat van ontvangst) die een in ongeacht welke andere lidstaat (de lidstaat van oorsprong) wettig opgerichte vennootschap belet om haar maatschappelijke zetel te verplaatsen naar de lidstaat van ontvangst en aldaar haar activiteiten voort te zetten in overeenstemming met het recht van laatstgenoemde lidstaat?

3) Is het voor het antwoord op de tweede vraag van belang om welke reden de lidstaat van ontvangst de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister weigert, in concreto:

— dat de vennootschap in de in de lidstaat van ontvangst opgestelde oprichtingsakte als rechtsvoorgangster de in de lidstaat van oorsprong opgerichte vennootschap heeft doen vermelden waarvan de inschrijving in het handelsregister is doorgehaald, en verzoekt om inschrijving van die vennootschap als haar rechtsvoorgangster in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst?

— Is de lidstaat van ontvangst in het geval van een intracommunautaire internationale omzetting verplicht om voor de beslissing op het verzoek om inschrijving van de vennootschap in het handelsregister rekening te houden met de handeling waarmee de lidstaat van oorsprong de verplaatsing van de zetel in zijn handelsregister heeft ingeschreven, en, zo ja, in welke mate?

4) Mag de lidstaat van ontvangst met toepassing van zijn vennootschapsrechtelijke bepalingen betreffende de omzetting van vennootschappen op nationaal niveau, beslissen op het verzoek om inschrijving in zijn handelsregister, dat is gedaan door een vennootschap die een intracommunautaire internationale omzetting verricht, en daarbij van die vennootschap verlangen dat zij voldoet aan alle vereisten die zijn vennootschapsrecht voor nationale omzettingen stelt (bijvoorbeeld het opstellen van een balans en een inventaris van de activa), of is hij daarentegen op grond van de artikelen 43 EG en 48 EG verplicht om onderscheid te maken tussen intracommunautaire internationale omzettingen en nationale omzettingen, en, zo ja, in welke mate?”

IV – Procesverloop voor het Hof

18. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ter griffie van het Hof ingeschreven op 28 juli 2010. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door VALE Építési, de Hongaarse en de Duitse regering, Ierland, de Italiaanse en de Oostenrijkse regering, en de regering van het Verenigd Koninkrijk, en door de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA.

19. Ter aanvulling van het dossier heeft het Hof de Italiaanse regering en de vertegenwoordiger van VALE Építési vragen gesteld over de draagwijdte van de bepalingen van het Italiaanse recht en over de feiten van het hoofdgeding, met het verzoek hierop schriftelijk te antwoorden. De antwoorden zijn op 22 juli 2011 bij de griffie van het Hof geregistreerd.

20. VALE Építési, de Hongaarse en de Duitse regering, Ierland, de Italiaanse en de Oostenrijkse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA waren vertegenwoordigd ter terechtzitting van 14 september 2011.

V – Analyse

A – *Inleiding*

21. Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Unierecht van toepassing is, en zo ja met welke gevolgen, op een verplaatsing van de zetel, en zelfs op een omzetting, van een in een lidstaat A wettig opgerichte kapitaalvennootschap, die vervolgens is geschrapt uit het handelsregister in die lidstaat met het oog op verplaatsing naar en inschrijving in het handelsregister in een lidstaat B, met verandering van het toepasselijke recht. Daar de bepalingen van het Hongaarse recht de inschrijving van een dergelijke vennootschap met vermelding van een vennootschap van een andere lidstaat als haar rechtsvoorgangster niet toestaan, verzoekt de verwijzende rechter het Hof hoe hij dient te beslissen gelet op de bepalingen van het Unierecht inzake de vrijheid van vestiging.

22. Gelet op de aan het Hof voorgelegde problematiek, stel ik voor de vragen in twee delen te beantwoorden, waarvan het eerste betrekking heeft op de toepasselijkheid van de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU[11] op het gebied van de omzetting van vennootschappen, en het tweede op de gevolgen van de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging voor de nationale bepalingen die beperkingen op de vrijheid van vestiging kunnen vormen.

23. Alvorens met de analyse van de prejudiciële vragen te beginnen, moeten evenwel eerst drie punten worden besproken. In de eerste plaats hebben sommige partijen hun twijfels geuit over de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing. In de tweede plaats is mijns inziens verduidelijking van de te gebruiken terminologie noodzakelijk. Ten slotte betreft de derde preliminaire vraag het juridisch bestaan van VALE Costruzioni op het moment van de indiening van het verzoek om inschrijving in het handelsregister in Hongarije.

B – *De ontvankelijkheid*

24. In hun schriftelijke opmerkingen stellen de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA wat de laatste twee vragen betreft, dat de verwijzingsbeslissing leemten bevat die tot niet-ontvankelijkheid van de gestelde vragen kunnen leiden. Die beslissing geeft namelijk niet duidelijk aan wat de rechtsgevolgen van het Italiaanse recht zijn van de schrapping van VALE Costruzioni uit het handelsregister. De Hongaarse regering en de Commissie stellen dat niet blijkt of VALE Costruzioni na de schrapping al dan niet een economische activiteit heeft verricht. De Hongaarse en de Oostenrijkse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk merken voorts op dat de statuten van VALE Építési zijn opgesteld door gedeeltelijk andere personen dan de vennoten van VALE Costruzioni. Volgens Ierland is het ten slotte niet duidelijk of de verplaatsing van de „maatschappelijke” zetel de verplaatsing van de statutaire dan wel de werkelijke zetel is.

11 — Nieuwe nummering als gevolg van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

25. Mijns inziens is de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen evenwel niet aan twijfel onderhevig. Dat vloeit naar mijn mening voort uit de rechtspraak van het Hof volgens welke in de in artikel 267 VWEU ingestelde procedure, wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van Unierecht, het Hof in beginsel verplicht is daarop te antwoorden.[12] Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een prejudicieel verzoek van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is dan wel het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord op de gestelde vragen te geven.[13]

26. In casu is dit echter overduidelijk niet het geval. Ondanks onnauwkeurigheden in de verwijzingsbeslissing met betrekking tot de bijzonderheden van het Italiaanse recht beschikt het Hof mijns inziens over voldoende gegevens om uitspraak te kunnen doen. De gestelde vragen zijn correct in een feitelijk en juridisch kader geplaatst en hebben betrekking op een reëel probleem dat verstrekkende gevolgen kan hebben voor de gehele interne markt. Voorts is op deze vragen nog geen duidelijk antwoord gegeven door het Hof.

27. Overigens lijkt de problematiek van de rechtsgevolgen van de doorhaling van de inschrijving van een kapitaalvennootschap in het Italiaanse handelsregister die uitdrukkelijk door de verwijzende rechter wordt genoemd, bijzonder complex en de uitlegging ervan verre van eenduidig.

C – *De aan de onderhavige zaak te geven precieze kwalificatie*

28. Het is mijns inziens essentieel om de terminologie te preciseren die wordt gebruikt ter bepaling van de aard van de akte van oprichting van VALE Építési, waarbij personen betrokken waren die een economische activiteit uitoefenen in de vorm van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Italiaans recht, namelijk VALE Costruzioni, en die wilden dat VALE Építési in de rechten treedt van VALE Costruzioni. In dit verband is de eerste vraag of het Hongaarse vennootschapsrecht vergelijkbare gevallen kent.

29. Blijkens het dossier kan een Hongaarse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in het binnenland zonder meer haar zetel van de ene locatie naar de andere verplaatsen. In een dergelijk geval verandert noch de rechtsvorm noch het toepasselijke recht, en blijft de rechtspersoon dezelfde.

30. Volgens het Hongaarse recht „kan een handelsvennootschap [voorts] worden opgericht bij wege van omzetting (wijziging van de vennootschapsvorm, fusie en splitsing)”.[14] Een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid kan bijvoorbeeld worden omgezet in een vennootschap op aandelen. Bij een dergelijke wijziging van de vennootschapsvorm ontstaat een nieuwe rechtspersoon, die echter de rechtsopvolgster onder algemene titel is van de omgezette rechtspersoon, die haar rechtsbevoegdheid verliest op het moment van de omzetting.[15] Volgens de Hongaarse wettelijke regeling kan de wijziging van de vennootschapsvorm ook plaatsvinden door verplaatsing van de zetel binnen het land.[16]

12 — Zie onder meer arrest van 10 juni 2010, Bruno e.a. (C-395/08 en C-396/08, Jurispr. blz. I-5119, punt 18 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

13 — Vaste rechtspraak, zie onder meer arresten van 7 juni 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05-C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 22), en 22 juni 2010, Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, Jurispr. blz. I-5667, punt 27), en arrest Bruno e.a., reeds aangehaald (punt 19).

14 — Zie artikel 3, lid 3, wet op de handelsvennootschappen.

15 — Zie artikel 70, lid 1, wet op de handelsvennootschappen. Volgens artikel 57, lid 3, handelsregisterwet „[wordt] [i]n geval van wijziging van de vennootschapsvorm [...] de omzetting van de vennootschap medegedeeld aan de rechtbank die het handelsregister houdt in het rechtsgebied van de zetel van de rechtsvoorganger binnen een termijn van 60 dagen te rekenen vanaf de ondertekening of de opstelling van de oprichtingsakte. De mededeling gaat vergezeld van een verzoek om doorhaling van de inschrijving van de voorganger in het register.” Uit deze tekst lijkt evenwel voort te vloeien dat de wijziging van de vennootschapsvorm meer wordt opgevat als een rechtsopvolging onder algemene titel tussen twee rechtspersonen met dezelfde identiteit dan als een omzetting van de rechtsvorm van een en dezelfde rechtspersoon.

16 — Zie artikel 57, lid 4, handelsregisterwet.

31. De in casu uitgevoerde verrichting verschilt in zoverre van een nationale zetelverplaatsing, dat daarvoor de oprichting van een nieuwe rechtspersoon en de schrapping van de bestaande vennootschap uit het handelsregister nodig is, aangezien de Hongaarse wettelijke regeling niet voorziet in een grensoverschrijdende verplaatsing van de zetel van een in het buitenland opgerichte vennootschap.

32. Voorts merkt de verwijzende rechter op dat de mobiliteitssituatie van een vennootschap, zoals in casu het geval is, niet kan worden aangemerkt als „omzetting van een vennootschap", daar het Hongaarse vennootschapsrecht slechts de drie bovengenoemde omzettingsvormen kent.

33. Bovendien hebben VALE Costruzioni en VALE Építési volgens het Unierecht dezelfde vennootschapsvorm, namelijk die van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.[17] Het is duidelijk dat in de nationale rechtsorde niet hoeft te worden voorzien in de omzetting van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in een vennootschap van hetzelfde type wanneer er geen sprake is van een fusie of splitsing.

34. In het licht van het bovenstaande is het mijns inziens zinvol de gerealiseerde verrichting in casu als *„grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap"* aan te merken. Dit impliceert de verplaatsing van de zetel met verandering van het toepasselijke recht (waarbij die verandering voortvloeit uit de noodzaak een nieuwe vennootschap op te richten volgens het recht van de lidstaat van ontvangst om de activiteiten van de oorspronkelijke vennootschap te kunnen voortzetten) en schrapping van de oorspronkelijke vennootschap uit het handelsregister in het land van oorsprong.

35. Verder merk ik op dat het in casu door de vennootschappen en hun vennoten nagestreefde doel ook had kunnen worden bereikt door een grensoverschrijdende fusie, waarbij VALE Costruzioni een fusie was aangegaan met VALE Építési overeenkomstig richtlijn 2005/56.[18]

D – *Het juridisch bestaan van VALE Costruzioni op grond van het Italiaanse recht*

1. Inleidende opmerkingen

36. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft onderstreept, bestaat een vennootschap enkel krachtens de nationale wetgeving, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepaalt.[19] Vanuit die optiek gaat het in casu om de omzetting van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Italiaans recht in een vennootschap naar Hongaars recht. Een dergelijke omzetting is echter niet geregeld in het huidige Unierecht[20], noch in het Hongaarse recht.

17 — Zie voor de regeling van dergelijke vennootschappen op Europees niveau, bijvoorbeeld De Kluiver, H.-J., „Europe and the Private Company, An Introduction", in: De Kluiver, H.-J., en Van Gerven, W. M. (uitg.), *The European private company?*, Maklu, Antwerpen, 1995, blz. 23. Ik merk op dat een dergelijke rechtsvorm wel valt binnen de werkingssfeer van de Eerste richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8; zie artikel 1 ervan), maar niet binnen de werkingssfeer van de Tweede richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB 1977, L 26, blz. 1; zie eveneens artikel 1 ervan).

18 — De techniek van de grensoverschrijdende fusie wordt in de Verenigde Staten vaak gebruikt om een onderneming van het recht van de ene staat onder dat van een andere te brengen, zie Armour, J., en Ringe, W.-G., „European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis", *Common Market Law Review*, deel 48 (2011), nr. 1, blz. 125-174, met name blz. 161-162.

19 — Reeds aangehaalde arresten Daily Mail and General Trust (punt 19) en Cartesio (punt 104).

20 — Zie document COM(2003) 284 def.

37. Verzoekster is in het kader van de inschrijvingsprocedure in Hongarije een Hongaarse vennootschap in oprichting (VALE Építési), die een beperkte procesbevoegdheid lijkt te hebben, hoewel zij niet is ingeschreven. Voorts bezit die Hongaarse vennootschap volgens de door de vertegenwoordiger van VALE Építési ter terechtzitting verstrekte informatie activa die overeenkomen met een gedeelte van het voor de inschrijving vereiste maatschappelijk kapitaal, evenals een bestuur en vennoten, die evenwel niet dezelfde zijn als die van de Italiaanse vennootschap.

38. Daar de vennootschap VALE Costruzioni is geschrapt uit het handelsregister in Italië, rijst evenwel de vraag naar het bestaan van een rechtsvoorgangster van VALE Építési.

39. Gezien de noodzaak om een aantal punten van nationaal recht te verduidelijken, heeft het Hof VALE Építési en de Italiaanse regering verzocht aanvullende vragen te beantwoorden.

2. Standpunten van VALE Építési en de Italiaanse regering

40. De eerste vraag van het Hof aan de Italiaanse regering had betrekking op de voorwaarden die moeten zijn vervuld door een Italiaanse vennootschap die zich via de verplaatsing van de statutaire zetel wil omzetten in een vennootschap die onder het recht van een andere lidstaat valt. In haar antwoord bevestigt die regering dat het Italiaanse recht de verplaatsing van de wettelijke zetel van een in Italië opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat toestaat. Volgens het Italiaanse recht heeft de verplaatsing van de statutaire zetel pas gevolgen wanneer daarbij de regelingen van beide betrokken lidstaten zijn nageleefd. Volgens die regering blijft de vennootschap slechts voortbestaan als rechtspersoon naar Italiaans recht wanneer de staten waartussen zij zich verplaatst het eens zijn over de gevolgen daarvan. Wanneer de vennootschap naast de verplaatsing van de zetel ook niet meer onder het Italiaanse recht wil vallen, kan de schrapping uit het handelsregister pas plaatsvinden nadat de vennootschap in het buitenland is ingeschreven. [21]

41. De tweede vraag van het Hof aan de Italiaanse regering had betrekking op de gevolgen in het Italiaanse recht van de schrapping van een vennootschap uit het register. Volgens die regering heeft de schrapping uit het handelsregister van kapitaalvennootschappen na de hervorming van het Italiaanse vennootschapsrecht in 2003 een extinctief effect. Wat die gevolgen zijn wanneer er na de schrapping nog rechtsbetrekkingen of activa bestaan of ontstaan, blijft echter de vraag. De schrapping van de kapitaalvennootschap kan evenwel worden nietig verklaard, wat impliceert dat de betrokken vennootschap tot het bewijs van het tegendeel als actief blijft aangemerkt. De Italiaanse regering heeft ter terechtzitting aangegeven dat de thans in het handelsregister ingeschreven vermelding „is verplaatst naar Hongarije” met terugwerkende kracht zou kunnen worden nietig verklaard op een desbetreffend verzoek van de vennoten, indien die schrapping op een onrechtmatig besluit zou zijn gebaseerd. Dan zou het probleem inzake het bestaan of niet-bestaan van VALE Costruzioni er niet meer zijn.

42. De aan VALE Építési gestelde vraag had met name betrekking op bewijsstukken waaruit de wil van VALE Costruzioni tot omzetting bleek. In haar antwoord geeft VALE Építési herhaaldelijk aan dat de omzetting en verplaatsing van de maatschappelijke zetel naar Hongarije van VALE Costruzioni berust op het voornemen om daadwerkelijk en permanent een economische activiteit te verrichten. VALE Építési stelt dat dit door VALE Costruzioni naar behoren genomen besluit, vóór haar schrapping uit het handelsregister, een vaste en uitdrukkelijke bedoeling van de vennoten aantoont, waaraan niet wordt afgedaan door het relatief ruime tijdsverloop tussen de schrapping uit het handelsregister van VALE Costruzioni in Italië en het verzoek om inschrijving van VALE Építési in Hongarije.

21 — Deze chronologische volgorde lijkt door de Italiaanse autoriteiten in casu niet te zijn nageleefd.

3. Beoordeling

43. Gelet op het voorgaande kan de situatie vanuit twee verschillende invalshoeken worden geanalyseerd.

44. De eerste is dat VALE Costruzioni volgens het Italiaanse recht niet meer bestaat en de door het Italiaanse recht aanvaarde verplaatsing dus niet kan worden voltooid, daar de vennootschap niet meer bestaat. Dan rijst evenwel de vraag aan wie de activa van de vennootschap toebehoren, met name het volgestorte kapitaal met het oog op de inschrijving in Hongarije, en wie aansprakelijk is voor de verplichtingen van de vennootschap jegens derden.[22] Met name gaat het om de vraag wat de aard is van de betrekkingen tussen de vennoten van de doorgehaalde vennootschap.

45. De tweede is dat VALE Építési nog niet als rechtspersoon in het Hongaarse recht bestaat, aangezien de inschrijving van deze vennootschap in Hongarije is geweigerd. Maar deze vennootschap in oprichting had wel de vereiste juridische status om als partij op te treden voor de nationale rechterlijke instantie en voor het Hof.

46. Deze twee aspecten kunnen tot zeer abstracte debatten leiden, gebaseerd op de klassieke theorieën over het bestaan en de aard van rechtspersonen, met name inzake de temporele continuïteit van hun identiteit in geval van omzetting of rechtsopvolging. Voor de toepassing van de bepalingen van het Unierecht over de vrijheid van vestiging moet aan de realiteit van het praktische economisch leven mijns inziens evenwel meer gewicht toekomen dan aan de theoretische aspecten van het rechtspersonenrecht.

47. In dit verband wijs ik graag op de formulering van advocaat-generaal Darmon in de zaak Daily Mail and General Trust met betrekking tot het doel van het recht van vestiging, namelijk dat zich vestigen betekent „zich in een nationale economie integreren" en dat „[h]et begrip vestiging [...] zelf een vooral economisch begrip [is]. Het impliceert steeds een reële economische band."[23] Bovendien is, zoals advocaat-generaal La Pergola in de zaak Centros heeft vastgesteld, „[h]et recht van vestiging [...] van wezenlijk belang voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag dat, zonder onderscheid voor alle onderdanen van de Gemeenschap, met behulp van de nationale rechtsmiddelen de vrijheid van ondernemerschap beoogt te waarborgen door hun de kans te geven zich in het marktgebeuren te voegen" en gaat het om „de bescherming van de gelegenheid van een economisch initiatief en daarmede van de commerciële vrijheid gebruik te maken van de daartoe in het recht van de lidstaten beschikbare instrumenten".[24]

48. In het geval van VALE Costruzioni gaat het om een economische entiteit die door de vennoten is opgericht krachtens het Italiaanse recht, om hun wederzijdse verbintenissen, het vennootschappelijk vermogen en het maatschappelijk doel om de activiteiten van VALE Costruzioni in Hongarije voort te zetten in de vorm van een overeenkomstige vennootschap naar Hongaars recht. Hoewel die entiteit haar rechtspersoonlijkheid volgens het Italiaanse recht heeft verloren en haar rechtsopvolgster die nog niet heeft verkregen op grond van het Hongaarse recht, moeten VALE Építési of haar vennoten de vrijheid van vestiging in Hongarije kunnen inroepen om een economische activiteit te kunnen voortzetten, zoals die is vastgesteld in de statuten van de doorgehaalde vennootschap en in de statuten van de vennootschap in oprichting.

22 — Deze kwestie is met name relevant wanneer de vennootschap niet geliquideerd is. Volgens het arrest Cartesio, reeds aangehaald (punt 112), kon Italië niet de liquidatie eisen als voorafgaande voorwaarde voor de verplaatsing van de zetel met verandering van het toepasselijke recht.

23 — Zie punten 3 en 5 van de conclusie van advocaat-generaal Darmon in de zaak Daily Mail and General Trust, reeds aangehaald.

24 — Zie punt 20 van de conclusie van advocaat-generaal La Pergola in de zaak Centros, reeds aangehaald.

49. Dit aspect inzake het oogmerk van de vennoten is mijns inziens cruciaal bij de analyse van de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging.[25] Niet de Italiaanse vennootschap, die waarschijnlijk niet meer als zodanig bestaat maar kan herleven, roept de vrijheid van vestiging in, maar de Hongaarse vennootschap in oprichting en de natuurlijke personen die deze vennootschap zijn aangegaan.

50. Nu dat zo is, is het voor de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging van weinig belang of VALE Costruzioni na februari 2006 is blijven voortbestaan dan wel voortijdig is opgehouden te bestaan als gevolg van een eventuele onjuiste inschrijving in het handelsregister in Rome. Hoe dan ook, er zijn natuurlijke personen, onderdanen van een lidstaat, die de vrijheid van vestiging hebben uitgeoefend in een lidstaat en die thans het oogmerk hebben deze vrijheid uit te oefenen in een andere lidstaat. Derhalve valt de situatie onder hetzij artikel 54 VWEU, hetzij artikel 49 VWEU.

51. Wat de toepasselijkheid van die bepalingen van het VWEU betreft, hecht ik eraan te preciseren dat de nationaliteit van de vennoten geen doorslaggevende rol mag spelen: wanneer het gaat om Italiaanse onderdanen, is het grensoverschrijdend aspect in de vorm van de verplaatsing naar Hongarije aanwezig, en ook als het om Hongaarse onderdanen zou gaan, zou de oplossing hetzelfde zijn, aangezien in dat geval de vennoten de onderneming zouden terugbrengen van Italië naar hun land van oorsprong.

52. De continuïteit van het juridisch bestaan van de eerste vennootschap op het moment waarop haar beoogde rechtsopvolgster juridisch ontstaat, hangt echter nog van een ander aspect af, namelijk de door de lidstaat van ontvangst gestelde voorwaarden om de vennootschap in oprichting als de rechtsopvolgster van de eerste vennootschap te kunnen beschouwen. De Italiaanse wettelijke regeling en de overeenkomstige bepalingen van Unierecht[26] gaan uit van het beginsel dat rechtsopvolging enkel mogelijk is wanneer de rechtsopvolger bestaat voordat de rechtsvoorganger zijn rechtsbevoegdheid verliest. De draagwijdte van dit beginsel moet worden beoordeeld in het kader van de derde en de vierde vraag.

E – *De toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging in de onderhavige zaak (eerste en tweede vraag)*

53. De mobiliteit van ondernemingen binnen de interne markt kan talloze vormen aannemen, zoals de oprichting van filialen of dochterondernemingen, de verplaatsing van de zetel of de grensoverschrijdende fusie. De problematiek van het vennootschapsrecht valt enerzijds onder de vrijheid van vestiging, op het niveau van het primaire recht, en anderzijds onder meer specifieke uitvoeringsregelingen, op het niveau van het afgeleide recht.

54. Zoals bekend is op dit terrein de harmonisatie van de wettelijke regelingen in de Unie nog lang niet bereikt. De wetgever van de Unie is evenwel op specifieke gebieden reeds opgetreden.

55. Verordening nr. 2157/2001[27] bepaalt bijvoorbeeld dat een Europese vennootschap haar statutaire zetel van de ene lidstaat naar de andere kan verplaatsen met behoud van haar rechtspersoonlijkheid, zonder dat die verplaatsing tot de vorming van een nieuwe rechtspersoon leidt. Die verplaatsing houdt evenwel noodzakelijkerwijs een verandering in van het op die vennootschap toepasselijke recht. Ook verordening nr. 1435/2003[28] staat een dergelijke verplaatsing van de statutaire zetel toe voor de Europese coöperatieve vennootschappen. Bovendien heeft richtlijn 2005/56 betrekking op situaties waarin een vennootschap een fusie aangaat met een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap.

25 — Ik wijs erop dat de oprichtingsakte van VALE Építési is opgesteld door deels andere vennoten dan die van VALE Costruzioni.

26 — Zie artikel 8 van verordening nr. 2157/2001, dat bepaalt dat de schrapping uit het register pas plaatsvindt na de nieuwe inschrijving. Zie ook, mutatis mutandis, artikel 13 van richtlijn 2005/56.

27 — Zie artikel 8 van die verordening.

28 — Zie artikel 7 van die verordening.

56. Het fenomeen zetelverplaatsing is dus niet onbekend in het Unierecht. De mogelijkheden die de genoemde wetgevingshandelingen bieden gelden uiteraard voor de typen vennootschappen die onder die handelingen vallen. Dit neemt niet weg dat die mogelijkheden bestaan en dat de benadering van de wetgever van de Unie op de drie terreinen tamelijk samenhangend is.

57. Wat de omzetting van een rechtspersoon van het ene rechtsstelsel in het andere betreft bestaat er buiten de drie genoemde gevallen geen enkele bepaling op Europees niveau. Bij de huidige stand van het Unierecht dienen bijgevolg de lidstaten de modaliteiten voor een dergelijke omzetting te regelen. In dit verband wijs ik erop dat artikel 293 EG de lidstaten verplichtte voor zover nodig met elkaar in onderhandeling te treden ter verzekering voor hun onderdanen van de onderlinge erkenning van vennootschappen, de handhaving van de rechtspersoonlijkheid in geval van verplaatsing van het ene land naar het andere en de mogelijkheid tot fusie van vennootschappen die onder verschillende nationale wetgevingen ressorteren. Artikel 293 EG is evenwel ingetrokken bij het Verdrag van Lissabon, zodat het primaire recht de lidstaten niet meer de mogelijkheid biedt verdragen te sluiten inzake de onderlinge erkenning van vennootschappen.

58. De diverse juridische problemen betreffende het vennootschapsrecht, het nationale belastingrecht en het internationaal privaatrecht ten spijt heeft het Hof door zijn principiële uitspraken die de weg openden voor een grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen, de belangrijkste impulsen gegeven voor de ontwikkeling van het vennootschapsrecht van de Unie.

59. De bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging waarborgen het recht van vestiging in een andere lidstaat niet alleen aan de onderdanen van de Unie op grond van artikel 49 VWEU, maar ook aan de in artikel 54 VWEU gedefinieerde vennootschappen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof beogen deze bepalingen met name het recht op nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst te garanderen, maar verzetten zij zich er ook tegen dat een onderdaan van een lidstaat of een conform de wetgeving van een lidstaat opgerichte vennootschap wordt belemmerd zich in een andere lidstaat te vestigen. [29]

60. Sinds het arrest Überseering moeten de lidstaten namelijk vennootschappen erkennen die overeenkomstig de wetgeving van hun lidstaat van oorsprong zijn opgericht, ook wanneer zij geen materiële binding met die staat hebben. Wanneer die entiteit eenmaal is opgericht, wordt zij geacht haar vrijheid van vestiging binnen de Unie te kunnen uitoefenen. [30]

61. Deze in de rechtspraak erkende mobiliteit kan haar grens vinden in nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken. Zulke nationale maatregelen zijn evenwel slechts toelaatbaar wanneer zij aan vier voorwaarden voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. [31]

62. Die grens kan ook gelegen zijn in het begrip rechtsmisbruik, dat de lidstaten kunnen preciseren en waaraan zij uitvoering kunnen geven. [32]

29 — Zie in die zin onder meer arrest Daily Mail and General Trust, reeds aangehaald (punten 15 en 16).

30 — Reeds aangehaalde arresten Centros (punt 26), Überseering (punt 95) en Inspire Art (punt 137).

31 — Zie in die zin arrest van 11 juni 2009, Commissie/Oostenrijk (C-564/07, punt 31 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 — Zie arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 51 en de aldaar aangehaalde rechtspraak), en de reeds aangehaalde arresten Centros (punt 24) en Inspire Art (punt 136).

63. Los van de zeer ruime uitlegging van de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging, die een autonoom begrip van het Unierecht vormt, vloeit een andere beperking van de mobiliteit van vennootschappen voort uit de regels op grond waarvan de betrokken vennootschap is opgericht en waarvan het Hof het belang onderstreept. Zo heeft het Hof in de zaak Überseering geoordeeld dat de voorwaarden voor de verplaatsing van de zetel worden bepaald door de nationale wetgeving overeenkomstig welke die vennootschap is opgericht. [33]

64. In het arrest Cartesio heeft het Hof ook geoordeeld dat „[e]en lidstaat [...] dus zowel de aanknoping [mag] omschrijven die van een vennootschap vereist is opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht volgens het nationale recht van die lidstaat, en uit dien hoofde het recht van vestiging heeft, als de aanknoping die vereist is om deze hoedanigheid naderhand te kunnen handhaven. Deze bevoegdheid omvat de mogelijkheid voor deze lidstaat om een onder zijn nationale recht vallende vennootschap niet toe te staan deze hoedanigheid te behouden wanneer zij zich in een andere lidstaat wenst te herorganiseren door de verplaatsing van haar zetel naar het grondgebied van die lidstaat, en aldus de aanknoping die in het nationale recht van de lidstaat van oprichting is voorzien, verbreekt." [34]

65. Daarmee wordt echter gedoeld op een situatie waarin geen verandering van het toepasselijke recht optreedt. Zoals het Hof eveneens in het arrest Cartesio heeft geoordeeld, moet een geval van verplaatsing van de zetel van een volgens het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat zonder verandering van het recht waaronder zij valt, evenwel worden onderscheiden van het geval van de verplaatsing van een onder het recht van een lidstaat vallende vennootschap naar een andere lidstaat mét verandering van het toepasselijke nationale recht, waarbij de vennootschap wordt omgezet in een vennootschapsvorm die valt onder het nationale recht van de lidstaat waar zij naartoe is verplaatst. [35] In dit laatste geval kan de in het arrest Cartesio genoemde bevoegdheid er in het bijzonder geen rechtvaardiging voor vormen dat de lidstaat van oprichting, door de ontbinding en liquidatie van deze vennootschap te vereisen, haar belet zich om te zetten in een vennootschap naar nationaal recht van die andere lidstaat voor zover diens recht dit toestaat. [36]

66. Daaruit volgt dat een verandering van het toepasselijke recht noodzakelijkerwijs gevolgen heeft voor de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging.

67. Wat anderzijds de lidstaat van ontvangst betreft, wijs ik op de beslissing in het arrest SEVIC Systems, inzake de discriminerende weigering van de inschrijving van een grensoverschrijdende fusie, hoewel de nationale wettelijke regeling voorzag in de mogelijkheid tot inschrijving van nationale fusies. Volgens het Hof „strekt de werkingssfeer van het recht van vestiging zich uit tot iedere maatregel die de toegang tot een andere lidstaat dan de lidstaat van vestiging en de uitoefening van een economische activiteit in die lidstaat mogelijk maakt of zelfs maar vergemakkelijkt, door de betrokken marktdeelnemers in staat te stellen daadwerkelijk deel te nemen aan het economische leven in die lidstaat onder dezelfde voorwaarden als die welke voor de nationale marktdeelnemers gelden". [37]

68. Zoals de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA onderstreept, moeten vennootschappen binnen de interne markt de mogelijkheid hebben vrijelijk het op hen toepasselijke vennootschapsrecht te kiezen. Door die keuzevrijheid kunnen vennootschappen voor de beste economische voorwaarden en het gunstigste vennootschapsrechtsstelsel kiezen. [38] Vennootschappen willen over het algemeen immers hun statutaire zetel naar een andere lidstaat verplaatsen vanwege een betere toegang tot financiering en kostenbesparingen. Bovendien is het mogelijk dat het overgrote deel van de activiteiten van een

33 — Arrest Überseering, reeds aangehaald (punt 70).

34 — Arrest Cartesio, reeds aangehaald (punt 110).

35 — Ibidem (punt 111).

36 — Ibidem (punt 112).

37 — Arrest SEVIC Systems, reeds aangehaald (punt 18).

38 — Zie in die zin Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office (effectbeoordeling van de richtlijn inzake de grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel), SEC(2007) 1707, blz. 11.

vennootschap voortaan in een andere lidstaat wordt uitgevoerd. De grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap, met verandering van het toepasselijke recht, is dus een bijzondere wijze van uitoefening van de vrijheid van vestiging, vergelijkbaar met een grensoverschrijdende fusie. Zij behoort derhalve tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU moeten naleven.

69. Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat de artikelen inzake de vrijheid van vestiging van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van toepassing zijn op de grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap, gepaard gaand met een verandering van het toepasselijke recht, verplaatsing van de maatschappelijke zetel en oprichting van een vennootschap naar het recht van de lidstaat van ontvangst die als rechtsopvolgster in de rechten en verplichtingen van die vennootschap treedt. De nationale rechter dient te beoordelen of de betrokken nationale bepalingen en praktijken die fundamentele vrijheid kunnen belemmeren, wat mijns inziens het geval lijkt te zijn.

F – *De beperkingen en de rechtvaardiging ervan (derde en vierde vraag)*

70. Het Hof stelt in punt 112 van het arrest Cartesio vast dat de omzetting van een vennootschap in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat mogelijk is „voor zover diens recht dit toestaat”.[39] Het is mijns inziens duidelijk dat het Hof met „diens recht” doelt op het recht van de lidstaat van ontvangst. Kan men het arrest aldus uitleggen dat de lidstaat van ontvangst de verrichting waarbij de maatschappelijke zetel van een kapitaalvennootschap en het toepasselijke recht veranderen willekeurig zou kunnen verbieden of toestaan? Mijns inziens is dat niet het geval.

71. Ik wijs er in dit verband op dat de onderhavige zaak in een grensoverschrijdend kader elementen van twee naar Hongaars nationaal recht toegestane en erkende verrichtingen combineert: de verplaatsing van een vennootschap en de omzetting van een vennootschap in een andere in de vorm van rechtsopvolging onder algemene titel. De Hongaarse wettelijke regeling staat uitdrukkelijk toe dat de verplaatsing en de omzetting in één verrichting plaatsvinden.[40]

72. Mijns inziens vereist het discriminatieverbod zoals door het Hof toegepast in het arrest SEVIC Systems dat de lidstaat van ontvangst in beginsel de grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap toestaat.

73. De lidstaat van ontvangst kan de nieuw op te richten vennootschap weliswaar alle voorwaarden opleggen die op overeenkomstige situaties volgens het nationale recht toepasselijk zijn. Hij kan echter geen nationale regels toepassen die de grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap kunnen beletten alleen omdat het nationale vennootschapsrecht een dergelijke grensoverschrijdende verrichting niet heeft geregeld. Dat geldt in het bijzonder voor belemmeringen die het gevolg zijn van de voorwaarden voor de opneming van vermeldingen in het relevante nationale register. In punt 30 van het arrest SEVIC Systems heeft het Hof geoordeeld dat het feit dat in een lidstaat de inschrijving in het handelsregister van een fusie tussen een in deze staat gevestigde vennootschap en een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in het algemeen wordt geweigerd, tot gevolg heeft dat grensoverschrijdende fusies zelfs worden verhinderd wanneer dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de belangen van de schuldeisers, de minderheidsaandeelhouders en de werknemers, alsook de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties niet zijn bedreigd. Hoe dan ook gaat een dergelijke regel verder dan wat noodzakelijk is om de doelstellingen inzake bescherming van die belangen te bereiken.

39 — Arrest Cartesio, reeds aangehaald (punt 112).

40 — Artikel 57 handelsregisterwet.

74. Derhalve moet de in punt 112 van het arrest Cartesio genoemde voorwaarde mijns inziens aldus worden uitgelegd dat de staat van ontvangst in het hoofdgeding de nationale bepalingen inzake de oprichting en omzetting van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid mocht toepassen en dus de in zijn nationale recht in dergelijke gevallen voorziene verplichtingen aan VALE Építési opleggen.

75. VALE Építési moet dus voldoen aan alle voorwaarden die de nationale wetgeving stelt aan een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid wat bijvoorbeeld het maatschappelijk kapitaal, de vennoten en de inhoud van de statuten betreft. Bovendien kan de lidstaat van ontvangst eisen, om de overdracht van de activa en passiva aan de nieuwe vennootschap te kunnen verifiëren, dat er sprake is van een boekhoudkundige continuïteit tussen de vennootschappen en dat de beginbalans van de op te richten vennootschap overeenkomt met de eindbalans van de rechtsvoorgangster. Mijns inziens kan die lidstaat ook eisen dat de activa en passiva van de vennootschap door een accountant worden gecontroleerd en geverifieerd ter waarborging van de naleving van de regels inzake het maatschappelijk kapitaal.

76. Verder ben ik met de Commissie van mening dat de lidstaat ook specifieke regels op grensoverschrijdende situaties mag toepassen waar dat gerechtvaardigd is door de specifieke aard van die situaties, voor zover die regels niet discriminerend of onevenredig zijn. Wanneer volgens het nationale recht bijvoorbeeld de vermeldingen in het handelsregister kunnen worden tegengeworpen aan te goeder trouw zijnde derden en constitutieve werking hebben, met een risicoaansprakelijkheid van de staat in geval van onjuistheden, hoeven deze beginselen niet te worden toegepast op de gegevens die zijn verstrekt door de autoriteiten van andere lidstaten, waarvan de juistheid niet door de lidstaat van ontvangst kan worden geverifieerd.

77. De belangrijkste vraag is dus of de vennootschap in oprichting mag eisen dat de vennootschap van de andere lidstaat als haar rechtsvoorgangster wordt vermeld. Mijns inziens moet die vraag bevestigend worden beantwoord, voor zover die vennootschap kan aantonen dat de rechtsopvolging volgens de wetgeving van de lidstaat van oorsprong is toegestaan. Naar mijn mening kunnen namelijk alleen krachtens het recht van de staat van oorsprong de activa van de rechtsvoorgangster worden overgedragen aan de vennootschap in oprichting.

78. Wat echter de vorderingen en andere verbintenissen van de rechtsvoorgangster betreft ben ik met de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA van mening dat een vermelding in het Hongaarse handelsregister van de rechtsopvolging de schuldeisers kan beschermen, nu het arrest Cartesio de „verdwijning” van een vennootschap zonder liquidatie mogelijk heeft gemaakt. Het nationale recht van de lidstaat van ontvangst moet een vennootschap in staat stellen haar status van rechtsopvolgster van een andere vennootschap kenbaar te maken, wat impliceert dat de vennootschap in oprichting alle rechten en plichten van haar rechtsvoorgangster overneemt. [41]

79. Een dergelijke overdracht onder algemene titel is evenwel niet mogelijk wanneer de rechtsvoorgangster haar rechtspersoonlijkheid reeds heeft verloren op het moment van inschrijving van de rechtsopvolgster. In dat geval worden de rechten en plichten van de vennootschap gedragen door hetzij een feitelijke vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, hetzij de vennoten, collectief of individueel. Een rechtsopvolging onder algemene titel tussen de twee vennootschappen is in zo'n geval niet mogelijk. Daaruit volgt mijns inziens in casu dat de Hongaarse autoriteiten VALE Építési niet als rechtsopvolgster van VALE Costruzioni hoeven te erkennen, tenzij de schrapping van VALE Costruzioni uit het handelsregister in Italië eerst nietig is verklaard.

41 — Wat de fiscale gevolgen van een dergelijke verklaring betreft, moet in de beoordeling rekening worden gehouden met het voorkomen van rechtsmisbruik en met de rechtspraak van het Hof inzake fiscale belemmeringen van de vrijheid van vestiging.

VI – Conclusie

80. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de Magyar Köztárság Legfelsőbb Bíróság als volgt te beantwoorden:

„1) De artikelen 49 VWEU en 54 VWEU zijn van toepassing op een geval van ‚grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap', dat wil zeggen wanneer een in een lidstaat (lidstaat van oorsprong) opgerichte vennootschap haar maatschappelijke zetel verplaatst naar een andere lidstaat (lidstaat van ontvangst) en tegelijkertijd daartoe haar inschrijving in het handelsregister van de lidstaat van oorsprong laat doorhalen, de vennoten van de vennootschap een nieuwe oprichtingsakte opstellen in overeenstemming met het recht van de lidstaat van ontvangst en de vennootschap verzoekt om inschrijving in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst in overeenstemming met het recht van die lidstaat.

2) De artikelen 49 VWEU en 54 VWEU staan in de weg aan een regeling of praktijk van een lidstaat van ontvangst die een in ongeacht welke andere lidstaat (de lidstaat van oorsprong) wettig opgerichte vennootschap belet om haar maatschappelijke zetel te verplaatsen naar de lidstaat van ontvangst en aldaar haar activiteiten voort te zetten in de vorm van een in overeenstemming met het recht van laatstgenoemde lidstaat opgerichte vennootschap, tenzij die beperking op een niet-discriminerende wijze wordt toegepast, wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

3) In geval van de grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap dient de betrokken vennootschap in haar verzoek om inschrijving met betrouwbare middelen en op basis van gewaarmerkte bewijsstukken aan te tonen dat de in de andere lidstaat opgerichte vennootschap als haar rechtsvoorgangster moet worden beschouwd. Het feit dat de vennootschap om inschrijving van die rechtsvoorgangster in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst verzoekt, is als zodanig geen geldige reden om haar verzoek om inschrijving in het handelsregister af te wijzen.

4) In geval van de grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap mogen de lidstaten de toepassing van nationale vennootschapsrechtelijke bepalingen inzake de verplaatsing van de maatschappelijke zetel en nationale omzettingen voorschrijven, voor zover zij op een niet-discriminerende wijze worden toegepast, worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken, en niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. De lidstaten mogen echter ook de toepassing van specifieke bepalingen op grensoverschrijdende situaties voorschrijven, voor zover die bepalingen de vennootschappen die hun vrijheid van vestiging willen uitoefenen niet zwaarder belasten dan in geval van nationale zetelverplaatsing of omzetting."