CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. POIARES MADURO
van 22 mei 2008 [1]

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing vloeit voort uit een hoger beroep dat is ingesteld tegen een beschikking van de Bács-Kiskun Megyei Bíróság (provinciale rechtbank te Bács-Kiskun, Hongarije), optredend als handelsrechtbank. De zaak betreft een commanditaire vennootschap die haar operationele bestuurscentrum wil verplaatsen van Hongarije naar Italië, maar in Hongarije ingeschreven wil blijven, zodat zij onder het Hongaarse recht blijft vallen. De handelsrechtbank heeft in de uitoefening van haar taak van beheerster van het handelsregister geweigerd om het nieuwe adres in het plaatselijke register in te schrijven, op grond dat naar Hongaars recht deze verplaatsing niet mogelijk was. Zij heeft geoordeeld dat een onderneming die haar operationele bestuurscentrum naar een andere lidstaat wil verplaatsen, eerst in Hongarije moet worden ontbonden en vervolgens opnieuw moet worden opgericht naar het recht van die lidstaat. In hoger beroep heeft het Szegedi Ítélőtábla (Hof van beroep te Szeged) het Hof om advies verzocht teneinde te kunnen bepalen of de relevante Hongaarse wetgeving verenigbaar is met het vestigingsrecht. Daarenboven stelt de verwijzende rechter enkele vragen met betrekking tot de toepassing van artikel 234 EG.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

I — Feiten en prejudiciële vragen

2. Cartesio is een „betéti társaság” (commanditaire vennootschap), die is opgericht naar Hongaars recht en is gevestigd te Baja (Hongarije). Zij heeft twee vennoten, beide in Hongarije wonend en van Hongaarse nationaliteit: de commanditaire vennoot, die verplicht is om een vastgesteld bedrag aan kapitaal in te brengen — en uitsluitend tot dat bedrag aansprakelijk is — en de beherend vennoot, die aansprakelijk is voor alle schulden van de commanditaire vennootschap. [2]

3. Op 11 november 2005 heeft Cartesio de handelsrechtbank verzocht haar inschrijving in het plaatselijke handelsregister te wijzigen en als nieuwe adres van haar operationele bestuurscentrum in te schrijven: „21013 Gallarate (Italië), Via Roma, nr. 16”. De handelsrechtbank wees het verzoek van Cartesio echter af. Naar haar oordeel biedt het Hongaarse recht vennootschappen niet de mogelijkheid om hun operationele bestuurscentrum naar een andere lidstaat te

2 — Ondanks dat Cartesio de juridische status van commanditaire vennootschap heeft, hebben de prejudiciële vragen betrekking op zowel personen- als kapitaalvennootschappen naar Hongaars recht. Bij de bespreking van de prejudiciële vragen alsook ter aanduiding van Cartesio zelf zal ik derhalve de algemene term „vennootschap” gebruiken. Evenzo versta ik onder „oprichting” mede, naargelang het geval, de inschrijving of oprichting van een personenvennootschap.

verplaatsen met behoud van hun juridische status als vennootschap naar Hongaars recht. Teneinde haar operationele bestuurscentrum te verplaatsen, diende Cartesio derhalve eerst in Hongarije te worden ontbonden en vervolgens opnieuw te worden opgericht naar Italiaans recht.

4. Cartesio heeft tegen de beschikking van de handelsrechtbank hoger beroep ingesteld bij het Szegedi Ítélőtábla (hof van beroep te Szeged). Deze rechter heeft het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Kan een rechter van tweede aanleg bij wie hoger beroep wordt ingesteld tegen een beslissing van een handelsrechtbank [cégbíróság] in een procedure tot wijziging van de inschrijving in het handelsregister, verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG wanneer noch de procedure voor de handelsrechtbank noch de appèlprocedure op tegenspraak wordt gevoerd?

2) Indien de rechter van tweede aanleg een rechterlijke instantie is die bevoegd is een prejudiciële vraag te stellen krachtens artikel 234 EG, is deze rechter dan een in laatste instantie uitspraak doende rechterlijke instantie die ingevolge artikel 234 EG verplicht is om vragen over de uitlegging van het gemeenschapsrecht aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen voor te leggen?

3) Wordt de — rechtstreeks uit artikel 234 EG voortvloeiende — bevoegdheid van de Hongaarse rechters om prejudiciële vragen te stellen, beperkt, of kan deze worden beperkt, door een nationale bepaling op basis waarvan naar nationaal recht hoger beroep kan worden ingesteld tegen een beslissing tot prejudiciële verwijzing, indien, in geval van hoger beroep, de nationale hogere rechter die beslissing kan wijzigen, het verzoek om een prejudiciële beslissing kan vernietigen en kan gelasten dat de rechter die de verwijzingsbeslissing heeft gegeven, de behandeling van de geschorste nationale procedure hervat?

4) a) Wordt het geval van een vennootschap die in Hongarije naar Hongaars vennootschapsrecht is opgericht en in het Hongaarse handelsregister is ingeschreven, die haar zetel wil verplaatsen naar een andere lidstaat van de Europese Unie, beheerst door het gemeenschapsrecht of is, bij gebreke van harmonisatie van de wetgevingen, uitsluitend het nationale recht van toepassing?

b) Kan een Hongaarse vennootschap rechtstreeks op basis van het gemeenschapsrecht (de artikelen 43 EG en 48 EG) verzoeken om verplaatsing van

haar zetel naar een andere lidstaat van de Europese Unie? Zo ja, kan de zetelverplaatsing afhankelijk worden gesteld van enigerlei voorwaarde of toestemming door de lidstaat van herkomst of de lidstaat van ontvangst?

c) Kunnen de artikelen 43 EG en 48 EG aldus worden uitgelegd, dat nationale regelingen of praktijken die ter zake van de uitoefening van de rechten betreffende handelsvennootschappen onderscheid maken tussen die vennootschappen naar gelang van de lidstaat waarin hun zetel zich bevindt, onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht?

Moeten de artikelen 43 EG en 48 EG aldus worden uitgelegd, dat nationale regelingen of praktijken die eraan in de weg staan dat een Hongaarse vennootschap haar zetel naar een andere lidstaat van de Europese Unie verplaatst, onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht?"

II — Beoordeling

A — *De eerste prejudiciële vraag*

5. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk is wanneer het wordt gedaan in een appèlprocedure tegen een beschikking van een lagere rechter en noch de procedure voor de lagere rechter noch de appèlprocedure op tegenspraak wordt gevoerd. De verwijzende rechter begint dus als het ware met de vraag of hij dit Hof een vraag mag stellen. [3] Het antwoord blijkt duidelijk uit de rechtspraak. In de onderhavige zaak heeft de handelsrechtbank enkel de functie van registerbeheerder vervuld: zij is „als bestuursorgaan [opgetreden] zonder dat [zij] tegelijkertijd een geschil dien[de] te beslechten". [4] Voor de toepassing van artikel 234 EG moet dat als een niet-rechtsprekende functie worden aangemerkt, in het kader waarvan de handelsrechtbank niet bevoegd is prejudiciële vragen te stellen. [5] De appèlprocedure tegen de beschikking van de handelsrechtbank heeft daarentegen, bezien vanuit het perspectief van artikel 234 EG, het karakter

3 — Zie bijvoorbeeld eveneens arrest van 23 maart 1982, Nordsee/Reederei Mond (102/81, Jurispr. blz. 1095).

4 — Arrest van 15 januari 2002, Lutz e.a. (C-182/00, Jurispr. blz. I-547, punt 14).

5 — Arrest Lutz e.a. (aangehaald in voetnoot 3, punt 13). Zie eveneens arresten van 14 juni 2001, Salzmann (C-178/99, Jurispr. blz. I-4421, punt 15), en van 19 oktober 1995, Job Centre (1) (C-111/94, Jurispr. blz. I-3361, punt 11), beschikking van 22 januari 2002, Holto (C-447/00, Jurispr. blz. I-735, punten 17 en 18); arresten van 30 juni 2005, Längst (C-165/03, Jurispr. blz. I-5637, punt 25); en 27 april 2006, Standesamt Stadt Niebüll (C-96/04, Jurispr. blz. I-3561, punt 14).

van rechtsgeding, niettegenstaande het feit dat ze niet op tegenspraak wordt gevoerd. [6] Een rechter bij wie een dergelijke procedure aanhangig is, is bijgevolg bevoegd het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing. [7] Ik concludeer derhalve dat de eerste prejudiciële vraag van de nationale rechter ontvankelijk is en bovendien bevestigend moet worden beantwoord.

B — *De tweede prejudiciële vraag*

6. De verwijzende rechter wenst in de tweede plaats te vernemen of hij moet worden beschouwd als rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep en of hij valt onder de verplichting van artikel 234, derde alinea, EG. Er zou kunnen worden gesteld dat deze vraag niet-ontvankelijk is, omdat beantwoording ervan niet nodig is om het geschil in het hoofdgeding op te lossen — per slot van rekening heeft de verwijzende rechter besloten om zijn overige prejudiciële vragen desalniettemin voor te leggen. Wanneer een vraag echter duidelijk een ruimere praktische betekenis heeft voor de eenvormige uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht en niet kunstmatig is verbonden met de feiten [8], zouden de ontvankelijkheidseisen niet zodanig moeten worden toegepast dat zij feitelijk onoverkomelijk worden. Wanneer een nationale rechter derhalve als enige realistische mogelijkheid ziet om een dergelijke vraag voor te leggen in een procedure waarin het antwoord niet strikt noodzakelijk is voor de oplossing van de bij hem aanhangige zaak, zou de lat wat de ontvankelijkheid betreft, naar mijn mening, niet te hoog moeten worden gelegd. [9]

7. Wat de concrete vraag betreft, valt moeilijk een alternatieve route te bedenken waarlangs deze praktisch gezien het Hof zou kunnen bereiken, ondanks de duidelijke relevantie ervan voor het functioneren van de prejudiciële procedure, terwijl ook het verband ervan met de feiten van het geding niet als kunstmatig kan worden beschouwd. Het gaat mij te ver om van een nationale rechter te eisen dat hij eerst een prejudicieel verzoek indient over enkel de vraag of hij onder de verplichting van artikel 234 valt, en vervolgens, wanneer het antwoord bevestigend luidt, een tweede verzoek met zijn eigenlijke vragen. [10] Ik geef derhalve het Hof overweging om deze vraag te beantwoorden, zoals het in een soortgelijke context heeft gedaan in de zaak Lyckeskog [11].

6 — Arrest Job Centre (aangehaald in voetnoot 4, punt 11) en beschikking Holto (aangehaald in voetnoot 4, punt 19).

7 — Zie ook, impliciet, arrest van 13 december 2005, SEVIC Systems (C-411/03, Jurispr. blz. I-10805).

8 — Zie arrest van 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, Jurispr. blz. I-10497), waar het Hof vragen van „algemeen belang" aanvaardde die enkel in abstracto verband hielden met een feitelijke situatie. Zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in deze zaak, die een restrictieve uitlegging van het begrip „hypothetische vragen" bepleit.

9 — De rechtspraak van het Hof lijkt te bevestigen dat de ontvankelijkheidseisen moeten worden uitgelegd met in gedachten, dat een werkbaar alternatief om dergelijke vragen aan het Hof voor te leggen, kan ontbreken in het licht van nationale procesregels, proceskosten en overwegingen van proceseconomie. Zie bijvoorbeeld arrest van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921), met name de vragen met betrekking tot de nationaliteitsclausules. Dit punt bespreek ik hieronder meer gedetailleerd in verband met de derde prejudiciële vraag.

10 — Alternatieve routes waarlangs de vraag het Hof zou kunnen bereiken, kunnen zelfs nog bezwaarlijker zijn: zie bijvoorbeeld arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, Jurispr. blz. I-10239).

11 — Arrest van 4 juni 2002 (C-99/00, Jurispr. blz. I-4839).

8. Volgens de verwijzingsbeschikking kan de betrokken partij, in gevallen als het onderhavige, tegen de beslissing van de Ítélőtábla cassatieberoep instellen bij de Legfelsőbb Bíróság (hooggerechtshof). De verwijzende rechter merkt echter op dat een cassatieberoep bij de Legfelsőbb Bíróság is beperkt tot rechtsvragen. De verwijzende rechter citeert in dit verband artikel 270, lid 2, van de Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (wet III van 1952 inzake de burgerlijke rechtsvordering), dat bepaalt dat „[t]egen eindarresten of eindvonnissen en beschikkingen die het geding beëindigen, bij de Legfelsőbb Bíróság cassatieberoep wegens schending van het recht [kan] worden ingesteld door de partijen, de tussengekomen partijen alsmede de personen die door de beslissing worden geraakt, met betrekking tot het gedeelte van die beslissing dat hun betreft". De verwijzende rechter zet bovendien uiteen dat een cassatieberoep niet automatisch schorsende werking heeft. De eerste zin van artikel 273, lid 3, van dezelfde wet luidt: „[d]e instelling van cassatieberoep schorst de tenuitvoerlegging van de beslissing niet, maar op verzoek van een partij kan de Legfelsőbb Bíróság de tenuitvoerlegging bij wijze van uitzondering schorsen".

9. Deze beperkingen rechtvaardigen echter niet de conclusie dat de Ítélőtábla is te beschouwen als „rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep". Het valt aan te nemen dat elk vraagstuk met betrekking tot de geldigheid of de uitlegging van het gemeenschapsrecht een rechtsvraag vormt en derhalve het voorwerp van cassatieberoep kan zijn. Bovendien zijn nationale procesregels volgens welke een dergelijk beroep enkel in uitzonderlijke omstandigheden schorsende werking heeft, in principe verenigbaar met het gemeenschapsrecht, mits die regels, in de eerste plaats, niet zodanig worden toegepast dat op het gemeenschapsrecht betrekking hebbende beroepen ongunstiger worden behandeld dan op het nationale recht betrekking hebbende beroepen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en, in de tweede plaats, de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel). [12]

10. Het feit dat een voorziening tegen een beslissing van een nationale rechterlijke instantie is beperkt tot rechtspunten en niet automatisch schorsende werking heeft, houdt derhalve niet in dat deze rechterlijke instantie onder de verplichting van artikel 234, derde alinea, EG valt.

C — *De derde prejudiciële vraag*

11. De derde vraag heeft betrekking op de naar Hongaars burgerlijk procesrecht bestaande mogelijkheid om afzonderlijk hoger beroep in te stellen tegen een beslissing tot prejudiciële verwijzing. Artikel 155/A van wet III van 1952 inzake de burgerlijke rechts-

12 — Zie naar analogie, arresten van 16 december 1976, Rewe (33/76, Jurispr. blz. 1989); 14 december 1995, Van Schendel en Van Veen (C-430/93 en C-431/93, Jurispr. blz. I-4705, punt 17), en 7 juni 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 28).

vordering bepaalt dat „[t]egen de beslissing tot prejudiciële verwijzing […] afzonderlijk hoger beroep [kan] worden ingesteld. Tegen de beslissing waarbij een verzoek tot prejudiciële verwijzing wordt afgewezen, kan geen afzonderlijk hoger beroep worden ingesteld". [13] Het lijkt erop dat in deze context de algemene regels met betrekking tot de schorsende werking van hoger beroep toepasselijk zijn. [14] De verwijzende rechter zet uiteen dat indien hoger beroep wordt ingesteld tegen een verwijzingsbeslissing, de rechter die kennis neemt van het hoger beroep, die beslissing kan wijzigen, het verzoek om een prejudiciële beslissing kan vernietigen, en kan gelasten dat de rechter die de verwijzingsbeslissing heeft gegeven, de behandeling van de geschorste nationale procedure hervat. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of dergelijke nationale procesregels verenigbaar zijn met de prejudiciële verwijzingsprocedure als geregeld in het Verdrag.

12. Ook van deze vraag zou kunnen worden gesteld dat zij niet-ontvankelijk is, gezien het feit dat in het onderhavige geval geen hoger beroep tegen de verwijzing lijkt te zijn ingesteld. [15] Niettemin is de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep een zaak van nationaal recht, waarover de nationale rechter heeft te beslissen. Bovendien zou het Hof in het onderhavige geval de wensen van de nationale rechter met bijzonder respect moeten behandelen en gebruikmaken van de gelegenheid om duidelijkheid te scheppen met betrekking tot dit punt. Mijn redenen hiervoor zijn dezelfde als die waarom ik de tweede prejudiciële vraag ontvankelijk acht.

13. In de eerste plaats is deze vraag niet louter hypothetisch. Zij is nauw verbonden met de feiten van de zaak (waarvan de realiteit niet wordt bestreden), en het aan de nationale rechter te geven antwoord zou zeker van belang zijn voor zijn beslissing ingeval hoger beroep werd ingesteld — een mogelijkheid die de nationale rechter van belang achtte bij de redactie van de beschikking. Naar mijn mening is er enkel sprake van een hypothetische vraag die niet-ontvankelijkverklaring rechtvaardigt, wanneer óf de feiten zelf kunstmatig zijn, óf het verband van de vraag met de feiten kunstmatig is. Enkel in dergelijke gevallen zijn de redenen die niet-ontvankelijkverklaring van hypothetische vragen rechtvaardigen (onjuiste voorstelling van de feiten, voorbarige beslissing en het gevaar van misbruik) aan de orde. [16] In het onderhavige geval zou het Hof echter geen rechtsoordeel geven op basis van een hypothetische feitelijke context die, door aan de werkelijke context rondom de uitlegging en toepassing van een rechtsregel voorbij te gaan, de kwaliteit en de legitimiteit van de rechterlijke beslissing zou kunnen aantasten. Het enige aspect dat men in deze zaak hypothetisch kan noemen, is eigenlijk een element van onzekerheid: het feit dat het door het Hof te geven antwoord uiteindelijk niet bepalend zou zijn voor de oplossing van het geschil in het hoofdgeding wanneer er in werkelijkheid geen hoger beroep wordt ingesteld tegen de verwijzing.

13 — Daarenboven bepaalt artikel 249/A dat een afzonderlijk hoger beroep „[t]evens kan […] worden ingesteld tegen de beslissing in *tweede* aanleg waarbij het verzoek tot prejudiciële verwijzing wordt *afgewezen*" (cursivering van mij).

14 — Ingevolge de bepaling inzake prejudiciële verwijzingen in artikel 259 van wet III van 1952 inzake de burgerlijke rechtsvordering.

15 — De Commissie heeft aangevoerd dat de verwijzingsbeschikking onherroepelijk is geworden. Dit aspect maakt echter geen deel uit van de verwijzingsbeschikking en zou naar mijn mening niet bepalend mogen zijn bij de beslissing inzake de ontvankelijkheid van de vraag.

16 — Zie conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Österreichischer Gewerkschaftbund (aangehaald in voetnoot 8, punten 53-55).

Een dergelijk onzekerheidselement ontbreekt echter evenmin bij andere vragen die het Hof gewoonlijk wel beantwoordt. Het Hof kan er nooit absoluut zeker van zijn dat het antwoord dat het geeft, werkelijk van belang zal zijn voor de oplossing van het geschil in het hoofdgeding. De nationale rechter kan bijvoorbeeld uiteindelijk de zaak beslissen op basis van een nationale procesregel zonder ooit het door het Hof gegeven antwoord betreffende het gemeenschapsrecht toe te passen. Dat houdt niet in dat het Hof een hypothetische vraag heeft beantwoord, mits de vraag is voortgevloeid uit reële feiten die niet kunstmatig verband hielden het gemeenschapsrecht. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen een vraag die op kunstmatige feiten is gebaseerd of geen verband houdt met de feiten van de zaak (die vraag zou naar mijn mening hypothetisch en niet-ontvankelijk zijn), en een vraag die verband houdt met de feiten van de zaak, maar niet bepalend zou kunnen blijken te zijn voor de uiteindelijke oplossing ervan (die vraag is naar mijn mening niet hypothetisch en zou ontvankelijk zijn).

14. In de tweede plaats, ondanks het duidelijke belang ervan voor het functioneren van de prejudiciële verwijzingsprocedure, valt moeilijk in te zien hoe de vraag anders het Hof zou kunnen bereiken. Het is uiteraard theoretisch denkbaar dat een partij bij een nationale procedure voor een lagere rechter beroep tegen een verwijzingsbeslissing instelt bij een hogere rechter en dat de lagere rechter zijn beslissing weet te handhaven niettegenstaande nationale procesregels volgens welke het hoger beroep schorsende werking heeft. In dergelijke omstandigheden zou het vraagstuk omtrent de gevolgen van het hoger beroep zeker van direct belang zijn. Dit scenario zou echter eveneens vereisen dat de lagere rechter zijn nationale procesregels passeert zonder te weten of het gemeenschapsrecht hem daartoe de bevoegdheid verschaft. Het is duidelijk dat dat de lagere rechter in een zeer pijnlijke situatie zou brengen. [17] Dit verklaart waarschijnlijk waarom een dergelijke vraag nooit uitdrukkelijk is opgeworpen voor het Hof, hoewel bepaalde voorgaande zaken en welbekende nationale wetten en praktijken erop kunnen duiden dat zij wel degelijk van aanzienlijk belang is bij de dagelijkse toepassing van het gemeenschapsrecht door nationale rechters. [18] Ik zou het Hof derhalve willen voorstellen om het oordeel van de nationale rechter over het belang van deze vraag voor de nationale procedure te accepteren en de derde prejudiciële vraag van de Szegedi Ítélőtábla te beantwoorden, en deze gelegenheid te benutten om dit vraagstuk, dat van groot praktisch belang is voor het gemeenschaps-

17 — Ook het omgekeerde is denkbaar: dat de hogere rechter bij wie hoger beroep is ingesteld tegen een prejudiciële verwijzingsbeslissing, om te beginnen de procedure schorst teneinde het Hof te verzoeken om een prejudiciële uitspraak over de verenigbaarheid van een dergelijk hoger beroep met het gemeenschapsrecht. De waarschijnlijkheid van een dergelijke hypothese lijkt eveneens twijfelachtig. Wanneer de nationale hogere rechter inderdaad het Hof zou verzoeken om een prejudiciële beslissing, mag bovendien redelijkerwijs worden aangenomen dat hij — eenvoudig om redenen van proceseconomie — de aanvankelijk door de lagere rechter gestelde inhoudelijke vragen van gemeenschapsrecht voorlegt [zoals in de zaak Pharmon/Hoechst (arrest van 9 juli 1985, 19/84, Jurispr. blz. 2281), oorspronkelijk een verwijzing van een lagere rechter in ingeschreven als zaak 271/80, waartegen hoger beroep is ingesteld en die vervolgens is doorgehaald in het register] of dat hij tenminste laatstgenoemde vragen bijvoegt (met het gevolg dat de aanvankelijke procedurele vraag zelf zou kunnen worden betwist als hypothetisch in het licht van de meegezonden inhoudelijke vragen). Dit zou in feite neerkomen op het in een „Catch 22" situatie brengen van nationale rechters en kan een andere verklaring zijn waarom een dergelijke vraag nooit uitdrukkelijk is opgeworpen voor het Hof (zie O'Keeffe, D., „Appeals against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty", *European Law Review*, deel 9, 1984, blz. 87, blz. 101).

18 — In zijn conclusie van 12 december 1973 in de zaken Rheinmühlen (146/73 en 166/73, Jurispr. 1974, blz. 41), merkt advocaat-generaal Warner op blz. 44 op, dat de nationale procesregels van diverse lidstaten voorzien in een dergelijk recht van beroep, dat hij in strijd acht met het gemeenschapsrecht.

recht, te behandelen. Op deze manier kan het Hof toekomstige obstakels voorkomen in zijn samenwerking met de nationale rechters tegen wier verwijzingen hoger beroep kan worden ingesteld.

15. Artikel 234 EG bepaalt dat elke nationale rechterlijke instantie van een lidstaat bevoegd is zich tot het Hof te wenden, zodra zij een prejudiciële beslissing over een vraag van uitlegging of geldigheid ter zake van het gemeenschapsrecht noodzakelijk acht om haar vonnis te kunnen wijzen. [19] De nationale rechters ontlenen derhalve hun prejudiciële verwijzingsbevoegdheid aan het Verdrag zelf. Bovendien bezitten zij „de meest uitgebreide bevoegdheid" om zich tot het Hof van Justitie te wenden. [20]

16. Het gemeenschapsrecht onttrekt beslissingen van lagere rechters die een verzoek om een prejudiciële beslissing inhouden, natuurlijk niet aan de normale beroepsmogelijkheden van het nationale recht. [21] Wanneer echter hoger beroep is ingesteld tegen een beslissing met een prejudicieel verzoek, acht het Hof zich desalniettemin aan het verzoek gebonden zolang de verwijzende rechter zijn vragen niet heeft ingetrokken. [22] Het Hof kan de prejudiciële procedure schorsen in afwachting van het resultaat van de nationale beroepsprocedure voor zover het beroep schorsende werking heeft en het Hof van dat beroep in kennis is gesteld door de verwijzende rechter: de kennisgeving wordt dan beschouwd als een impliciet verzoek om de prejudiciële procedure te schorsen. [23] Het Hof zal echter zonder meer de prejudiciële procedure voortzetten, wanneer de verwijzende rechter het daar uitdrukkelijk om verzoekt, ondanks de gevolgen die een beroep naar nationaal recht zou kunnen hebben. [24]

17. De doorslaggevende vraag is of nationale procesregels lagere rechters kunnen verplichten om een verzoek om een prejudiciële beslissing te schorsen of zelfs in te trekken, ingeval tegen de verwijzingsbeslissing beroep is ingesteld. Deze vraag is eigenlijk al besproken door advocaat-generaal Warner in zijn conclusie in de zaak Rheinmühlen [25] — en ik ben bijna geneigd om eenvoudigweg naar deze conclusie te verwijzen, waarin hij heeft gesteld dat het nationale recht geen beperkingen kan aanbrengen op de bevoegdheid van een lagere rechter van een lidstaat om prejudiciële vragen aan dit Hof te stellen. Ik zal niet trachten om de kracht en de helderheid te evenaren van de redenering die

19 — Zie eveneens arrest van 9 maart 1978, Simmenthal (106/77, Jurispr. blz. 629, punt 19).

20 — Arrest van 16 januari 1974, Rheinmühlen I (166/73, Jurispr. blz. 33, punt 4).

21 — Arrest van 12 februari 1974, Rheinmühlen II (146/73, Jurispr. blz. 139, punt 3).

22 — Arrest Rheinmühlen II (aangehaald in voetnoot 21, punt 3) en arresten van 6 april 1962, De Geus (13/61, Jurispr. blz. 45, punt 50), en 6 oktober 1983, Delhaize (2/82–4/82, Jurispr. blz. 2973, punt 9).

23 — Zie bijvoorbeeld beschikking van 3 juni 1969 in de zaak Chanel (31/68, Jurispr. 1970, blz. 403) en beschikking van 14 juli 1992 in de zaak Bosman C-269/92.

24 — Arrest van 30 januari 1974, BRT/SABAM (127/73, Jurispr. blz. 51, punt 3). Zie eveneens O'Keeffe, D., „Appeals against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty", *European Law Review*, deel 9, 1984, blz. 87.

25 — Conclusie van 12 december 1973 (aangehaald in voetnoot 18).

hem tot deze conclusie heeft gebracht. Ik zal mij in plaats daarvan beperken tot het uiten van mijn instemming met zijn conclusie en tot het maken van een paar aanvullende opmerkingen.

18. Er kunnen verscheidene redenen zijn waarom een lagere rechter zijn prejudiciële verzoek zou *willen* intrekken nadat hoger beroep is ingesteld tegen de verwijzingsbeslissing. Partijen kunnen bijvoorbeeld in de loop van de appèlprocedure een andere mogelijkheid hebben gevonden om hun geschil op te lossen. [26] Eveneens is het mogelijk dat door de beslissing in hoger beroep de gestelde prejudiciële vragen academische waarde hebben gekregen, omdat bijvoorbeeld de bij de lagere rechter ingestelde procedure niet-ontvankelijk is gebleken. Appèlprocedures en de uitkomst daarvan kunnen een lagere rechter er zeer goed toe brengen om te vragen om zijn prejudiciële verzoek te schorsen of zelfs om dat verzoek in te trekken. Dat zou ons echter niet tot de conclusie mogen leiden dat er omstandigheden zijn waarin een beslissing van een hogere rechter een lagere rechter kan *verplichten* dat te doen.

19. De mogelijkheid voor een lagere rechter van elke lidstaat om zich rechtstreeks tot het Hof te wenden, is essentieel voor een eenvormige uitlegging en doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht. Het is eveneens het instrument dat alle nationale rechters tot gemeenschapsrechters maakt. Door het prejudicieel verzoek wordt de nationale rechter partner in een gemeenschapsrechtelijk debat, zonder afhankelijk te zijn van andere nationale autoriteiten of rechterlijke instanties. [27] Het was niet de bedoeling van de opstellers van het Verdrag dat een dergelijke dialoog zou worden gefilterd door enig andere nationale rechter, ongeacht de rechterlijke hiërarchie in een lidstaat. Zoals de Ierse Supreme Court heeft opgemerkt (bij de weigering om een hoger beroep tegen een verwijzingsbeschikking te behandelen): „het Verdrag heeft de bevoegdheid verleend aan [de lagere rechter] zonder de uitdrukkelijke of impliciete beperking, dat zijn beslissing kan worden vernietigd door een andere nationale rechter". [28]

20. Bijgevolg is de vraag of een verzoek om een prejudiciële beslissing noodzakelijk is, een zaak die moet worden beslist tussen de verwijzende rechter en het Hof. Daarom wordt uiteindelijk over de ontvankelijkheid van een prejudicieel verzoek beslist door het Hof en niet door een nationale rechter die, binnen het nationale procesrechtelijke kader, boven de verwijzende rechter staat. Wanneer het omgekeerde waar was, zou het kunnen gebeuren dat, krachtens een nationale bepaling of praktijk, stelselmatig hoger beroep werd ingesteld tegen verwijzingsbeslissingen van lagere rechters, wat zou leiden tot een situatie waarin — tenminste feitelijk — het nationale recht enkel aan rechters in hoogste instantie zou toestaan prejudiciële vragen te stellen. Het gevaar om een dergelijke vraag te behandelen als een vraag van nationaal

26 — Zie bijvoorbeeld beschikking Chanel (aangehaald in voetnoot 23).

27 — Sarmiento, D., *Poder Judicial e integración europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, blz. 58.

28 — Campus Oil Ltd. e.a./Minister for Industry and Energy, Ireland, Attorney General en Irish National Petroleum Co. Ltd., arrest van de Ierse Supreme Court van 17 juni 1983, *Common Market Law Review*, deel 1, 1984, blz. 479.

procesrecht en niet van gemeenschapsrecht, wordt geïllustreerd door de onderhavige zaak, waarin krachtens het nationale recht een afzonderlijk hoger beroep mogelijk is tegen een beslissing tot prejudiciële verwijzing. Dit zou erop neerkomen dat nationaal procesrecht de in artikel 234 EG vastgestelde voorwaarden voor een verwijzing naar het Hof kan wijzigen.

21. Kortom, het gemeenschapsrecht verleent elke rechter in elke lidstaat de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof. Deze bevoegdheid kan niet door het nationale recht worden beperkt. Ik concludeer derhalve dat artikel 234 EG zich verzet tegen de toepassing van nationale bepalingen volgens welke nationale rechters kunnen worden verplicht om een prejudicieel verzoek te schorsen of in te trekken.

D — *De vierde prejudiciële vraag*

22. De vierde vraag heeft betrekking op het recht van vestiging. Volgens het Hongaarse vennootschapsrecht zoals dat is uiteengezet in de verwijzingsbeschikking, is de zetel van een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap de plaats waar het operationele bestuurscentrum („központi ügyintézés helye") zich bevindt. [29] Met andere woorden, de plaats waar het operationele bestuurscentrum van een vennootschap zich bevindt, wordt geacht samen te vallen met de plaats van oprichting. Een verplaatsing van het operationele bestuurscentrum van een vennootschap naar Hongaars recht wordt normaliter in het handelsregister ingeschreven, wanneer de verplaatsing binnen Hongarije plaatsvindt. [30] Uit de feiten vermeld in de verwijzingsbeschikking blijkt dat Cartesio haar operationele bestuurscentrum naar Italië wil verplaatsen. In plaats van zichzelf echter om te zetten in een Italiaanse vennootschap, wenst Cartesio een vennootschap naar Hongaars recht te blijven en bijgevolg onder het Hongaarse vennootschapsrecht te blijven vallen.

23. Het Hongaarse vennootschapsrecht blijkt gebaseerd op de leer van de werkelijke zetel, volgens welke een vennootschap moet voldoen aan de eisen van het vennootschapsrecht van de lidstaat waar zij haar werkelijke zetel heeft. [31] In de leer van de werkelijke zetel „zijn de nationaliteit en vestigingsplaats van een vennootschap onlosmakelijk met elkaar verstrengeld". [32] Deze leer tot in haar uiterste consequentie doorvoerend, verbiedt het Hongaarse vennootschapsrecht — zoals dat wordt uitgelegd en toegepast door de handelsrechtbank — de „export" van een Hongaarse rechtspersoon naar een andere lidstaat. Hoewel het voor een vennootschap naar Hongaars recht mogelijk is om in een andere lidstaat economische activiteiten te verrichten

29 — Artikel 16, lid 1, van de Cégnyilvántartásról, a cégnyilvánosságról és a bírosági cégeljárásról szóló 1997. évi CXLV. törvény (wet CXLV van 1997 op het handelsregister, de openbaarmaking van ondernemingen en de gerechtelijke procedures in handelszaken). De bepaling luidt: „De zetel is […] de plaats waar het operationele bestuurscentrum zich bevindt, en wordt door middel van een bord aangegeven."

30 — Artikel 34, lid 1, van wet CXLV van 1997 bepaalt: „Elke verplaatsing van de zetel van een vennootschap naar een plaats die onder de jurisdictie valt van een andere rechter die verantwoordelijk is voor het beheer van het vennootschapsregister, wordt als een wijziging ingeschreven bij de bevoegde rechter van het gebied van de vorige zetel. Laatstgenoemde zal de verzoeken met betrekking tot wijzigingen die plaatsvinden voorafgaand aan de verplaatsing van de zetel, onderzoeken en zal deze verplaatsing goedkeuren."

31 — Edwards, V., *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, blz. 336.

32 — Ibidem.

of aldaar een dochteronderneming te vestigen, moet het operationele bestuurscentrum in Hongarije blijven. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 43 EG en 48 EG zich verzetten tegen de toepassing van nationale bepalingen die het een naar nationaal recht opgerichte vennootschap onmogelijk maken om haar operationele bestuurscentrum naar een andere lidstaat te verplaatsen.

24. De Hongaarse regering stelt dat de onderhavige zaak buiten de werkingssfeer van de artikelen 43 EG en 48 EG valt. Ierland en de regeringen van Polen, Slovenië en het Verenigd Koninkrijk zijn dezelfde mening toegedaan. Cartesio, de Commissie en de Nederlandse regering voeren daarentegen aan dat er sprake is van een beperking van het recht van vestiging en dat bijgevolg de artikelen 43 EG en 48 EG toepasselijk zijn.

25. De opvatting dat de onderhavige zaak buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging valt, is naar mijn mening onjuist. Nationale bepalingen die een vennootschap toestaan haar operationele bestuurscentrum enkel binnen het nationale grondgebied te verplaatsen, behandelen grensoverschrijdende situaties duidelijk minder gunstig dan zuiver nationale situaties. [33] Dergelijke bepalingen discrimineren in feite de uitoefening van de vrijheid van verkeer. [34] Cartesio wil haar operationele bestuurscentrum naar Italië verplaatsen. Het lijkt er derhalve op dat wat Cartesio voor ogen staat, „de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in een andere lidstaat" is. [35] In dergelijke omstandigheden zijn de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging duidelijk toepasselijk. [36]

26. Het is juist dat het Hof in het arrest Daily Mail en General Trust heeft geoordeeld dat een vennootschap geen beroep kan doen op het recht van vrije vestiging teneinde haar bestuurszetel naar een andere lidstaat (Nederland) te verplaatsen om voor zich de mogelijkheid te scheppen om een belangrijk deel van de aandelen waaruit haar niet-vaste activa bestaan, te verkopen en met de opbrengst ervan haar eigen aandelen op te kopen, zonder de belastingen te moeten betalen die zij normaal over die transacties verschuldigd zou zijn in de lidstaat van herkomst (het Verenigd Koninkrijk). [37] Volgens het vennootschapsrecht van het Verenigd Koninkrijk konden vennootschappen — onder voorbehoud van toestemming van de belastingautoriteiten — haar centrale bestuurszetel buiten het Verenigd Koninkrijk vestigen zonder haar rechtspersoonlijkheid of haar hoedanigheid

33 — Zie in dezelfde zin, arresten van 18 november 1999, X en Y (C-200/98, Jurispr. blz. I-8261, punten 26-28); 11 maart 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punten 42 en 46), en 18 juli 2007, Oy (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punten 31-43), en arrest SEVIC Systems (aangehaald in voetnoot 7, punten 14, 22 en 23).

34 — Zie eveneens mijn conclusie van 30 maart 2006 in de zaken Alfa Vita Vassilopoulos en Carrefour-Marinopoulos (C-158/04 en C-159/04, Jurispr. blz. I-8135, punten 41 en 46).

35 — Arrest van 25 juli 1991, Factortame e.a. (C-221/89, Jurispr. blz. I-3905, punt 20). Zie eveneens arresten van 4 oktober 1991, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-246/89, Jurispr. blz. I-4585, punt 21), en 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punten 54 en 66).

36 — Zie bijvoorbeeld arrest van 5 oktober 2004, CaixaBank France (C-442/02, Jurispr. blz. I-8961, punt 11 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 — Arrest van 27 september 1988 (81/87, Jurispr. blz. 5483, punt 7).

van vennootschap naar Brits recht te verliezen. [38] De belastingautoriteiten maakten in die zaak evenwel bezwaar tegen de verplaatsing en eisten dat de vennootschap tenminste een deel van de aandelen verkocht voordat zij om fiscale redenen uit het Verenigd Koninkrijk vertrok. [39] Het Hof heeft het standpunt van de vennootschap dat de belastingautoriteiten het recht van vestiging hadden geschonden, verworpen. Met de verschillen tussen het vennootschapsrecht van de lidstaten in gedachten, heeft het Hof geoordeeld dat vennootschappen enkel krachtens nationaal recht bestaan en dat het „Verdrag niet aldus [kan] worden uitgelegd, dat [het] naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschappen het recht [geeft], hun centrale bestuurszetel en hun operationele bestuurscentrum naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat". [40] Met andere woorden, de voorwaarden van „leven en dood" van een vennootschap worden enkel bepaald door de staat naar het recht waarvan deze vennootschap is opgericht. [41] De staat heeft gegeven, de staat heeft genomen — daarin moeten we ons schikken.

27. De rechtspraak inzake het recht van vestiging van vennootschappen heeft zich echter verder ontwikkeld sedert het arrest Daily Mail en General Trust, en het Hof heeft zijn benadering verfijnd. [42] Deze ontwikkeling is weliswaar vergezeld gegaan van een aantal tegenstrijdige signalen in de rechtspraak. Met name in de arresten Centros [43], Überseering [44], en Inspire Art [45] leek de rechtspraak zich juist in de tegengestelde richting te bewegen dan die het Hof had gevolgd in het arrest Daily Mail en General Trust. Immers, het Hof wees consequent het argument af, dat bepalingen van nationaal vennootschapsrecht buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging zouden moeten vallen. In het arrest Inspire Art heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld: „de omstandigheid dat Inspire Art in het Verenigd Koninkrijk is opgericht met het doel te ontkomen aan het Nederlandse vennootschapsrecht, dat strengere voorwaarden bevat voor onder meer het minimumkapitaal en de volstorting van aandelen, [neemt] derhalve niet weg dat voor de oprichting door deze vennootschap van een filiaal in Nederland de vrijheid van vestiging zoals geformuleerd in de artikelen 43 EG en 48 EG geldt". [46] Een dergelijk oordeel strookt absoluut niet met de gedachte dat de oprichting en de werking van vennootschappen uitsluitend wordt bepaald door de verschillende nationale wetgevingen van de lidstaten.

28. Er zijn verschillende pogingen gedaan — ook door het Hof zelf — om het arrest Daily Mail en General Trust in feitelijk opzicht te onderscheiden van de arresten Centros,

38 — Arrest Daily Mail en General Trust, punten 3 en 5.
39 — Arrest Daily Mail en General Trust, punt 8.
40 — Arrest Daily Mail en General Trust, punt 24.
41 — Arrest Daily Mail en General Trust, punt 19: „In dit verband zij erop gewezen, dat, anders dan natuurlijke personen, vennootschappen hun bestaan ontlenen aan de wet en wel, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, aan de nationale wet. Zij bestaan enkel krachtens de verschillende nationale wetgevingen, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepalen."
42 — De benadering van het Hof lijkt in feite meer en meer op die van advocaat-generaal Darmon in zijn conclusie in de zaak Daily Mail en General Trust.
43 — Arrest van 9 maart 1999, C-212/97, Jurispr. blz. I-1459.
44 — Arrest van 5 november 2002, C-208/00, Jurispr. blz. I-9919.
45 — Arrest van 30 september 2003, C-167/01, Jurispr. blz. I-10155.
46 — Arrest Inspire Art (aangehaald in voetnoot 45, punt 98).

Überseering en Inspire Art, door de aandacht te richten op aspecten als primaire vestiging tegenover secundaire vestiging, en inkomende versus uitgaande vestiging. Het hoeft geen verbazing te wekken dat deze pogingen nooit geheel overtuigend geweest.[47] Met name het onderscheid tussen situaties waarin een lidstaat vennootschappen opgericht naar zijn *eigen* vennootschapsrecht, verhindert of ervan afschrikt om zich in het buitenland te vestigen, en situaties waarin de *ontvangende* lidstaat de vrijheid van vestiging beperkt, heeft nooit gepast in het algemene analytische kader van het Hof met betrekking tot de artikelen 43 en 48 EG.[48] Bovendien week dat onderscheid zelf af van de argumentatie van het Hof in het arrest Daily Mail en General Trust.[49] Zoals advocaat-generaal Tizzano terecht heeft opgemerkt in zijn conclusie in de zaak SEVIC Systems: „uit deze rechtspraak blijkt ook dat artikel 43 EG zich niet beperkt tot het verbod op een lidstaat om de vestiging van buitenlandse ondernemers op zijn eigen grondgebied te beletten of te beperken, doch dat het zich er eveneens tegen verzet dat de lidstaat de vestiging van nationale ondernemers in een andere lidstaat bemoeilijkt. Anders gezegd, beperkingen ‚bij binnenkomst' van het nationale grondgebied zijn evenzeer verboden als die ‚bij het verlaten' ervan."[50]

29. Naar mijn mening is het probleem dat de hierboven aangehaalde vaststellingen uit de arresten Daily Mail en General Trust en Inspire Art de rechtspraak en de onderliggende logica daarvan niet nauwkeurig weerspiegelen. Enerzijds is het, ondanks een dergelijke suggestie in de arresten Inspire Art en Centros, niet altijd mogelijk om met succes een beroep te doen op het recht van vestiging teneinde een vennootschap in naam in een andere lidstaat te vestigen, enkel met het doel om het eigen vennootschapsrecht te omzeilen. In het recente arrest Cadbury Schweppes heeft het Hof herhaald dat „de omstandigheid dat de vennootschap in een lidstaat is opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, *op zich* geen misbruik van [de vrijheid van vestiging] oplevert".[51] Het heeft echter eveneens benadrukt dat lidstaten maatregelen mogen treffen ter voorkoming van „volstrekt kunstmatige constructies […] die geen verband houden met de economische realiteit" en bedoeld om nationale wetgeving te ontwijken.[52] Het recht van vestiging sluit met name niet uit dat lidstaten op hun hoede zijn voor een „brievenbusmaatschappij" of een „schijnvennootschap".[53] Dit houdt naar mijn mening een belangrijke beperking in op de arresten Centros en Inspire Art, alsmede een

47 — Voor een overzicht en een kritische bespreking van theorieën die de verschillen tussen enerzijds het arrest Daily Mail en General Trust, en anderzijds de arresten Centros en Überseering trachten duidelijk te maken, zie: Ringe, W.-G., „No Freedom of Emigration for Companies?", *European Business Law Review*, 2005, blz. 621.

48 — Zie arresten de Lasteyrie du Saillant (aangehaald in voetnoot 33, punt 42), Centros (aangehaald in voetnoot 43), Überseering (aangehaald in voetnoot 44) en Inspire Art (aangehaald in voetnoot 45), en arrest van 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 28).

49 — Arrest Daily Mail en General Trust (aangehaald in voetnoot 37, punt 16).

50 — Conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak SEVIC Systems (aangehaald in voetnoot 7, punt 45). Het standpunt van de advocaat-generaal is door het Hof bevestigd in de punten 22 en 23 van zijn arrest.

51 — Arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 35, punt 37, cursivering door mij). Ik merk op dat het Hof heeft verwezen naar punt 96 van het arrest Inspire Art.

52 — Arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 35, punten 51-55).

53 — Arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 35, punt 68).

herbevestiging van de vaste rechtspraak inzake het beginsel van misbruik van het gemeenschapsrecht [54], ook al blijft het Hof het begrip misbruik — terecht — met terughoudendheid gebruiken. [55]

30. Anderzijds sluit het Hof, anders dan het arrest Daily Mail en General Trust lijkt te suggereren, niet op voorhand bepaalde onderdelen van de wetgeving van de lidstaten uit van de werkingssfeer van het recht van vestiging. [56] Het concentreert zich veeleer op de *gevolgen* die nationale bepalingen of praktijken voor de vrijheid van vestiging kunnen hebben en beoordeelt of deze gevolgen in overeenstemming zijn met het recht van vestiging zoals dat wordt gewaarborgd door het Verdrag. Met betrekking tot de nationale bepalingen inzake de oprichting van vennootschappen wordt de benadering van het Hof ingegeven door twee overwegingen. In de eerste plaats is het, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, aan de lidstaten om te kiezen of zij hun regelingssysteem baseren op de leer van de werkelijke zetel of op de incorporatieleer, en verscheidene lidstaten hebben inderdaad voor volledig verschillende oprichtingsbepalingen gekozen. In de tweede plaats vereist een doeltreffende uitoefening van de vrijheid van vestiging ten minste een zekere mate van wederzijdse erkenning en coördinatie van deze verschillende regelingssystemen. Het gevolg van deze benadering is dat de rechtspraak nationale vennootschapsregels pleegt te erkennen, ongeacht of zij zijn gebaseerd op de leer van de werkelijke zetel of op de incorporatieleer. Tegelijkertijd impliceert een doeltreffende uitoefening van het recht van vestiging echter dat geen van beide tot in haar uiterste logische consequentie kan worden toegepast — waarbij het beste voorbeeld tot op heden wellicht de zaak Überseering [57] is.

31. Alles bijeen is het naar mijn mening bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht onmogelijk om te stellen dat de lidstaten de absolute vrijheid hebben om over „leven en dood" van naar hun nationale recht opgerichte vennootschappen te beslissen, ongeacht de gevolgen voor de vrijheid van vestiging. Anders zouden de lidstaten een vrijbrief hebben om naar believen de „doodstraf" op te leggen aan een naar hun recht opgerichte vennootschap, enkel omdat deze heeft beslist om de vrijheid van vestiging uit te oefenen. Met name voor kleine of middelgrote vennootschappen kan verplaatsing van het

54 — Zie punt 9 van de conclusie van advocaat-generaal Darmon in de zaak Daily Mail en General Trust (aangehaald in voetnoot 37, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Ik heb het beginsel van het verbod van misbruik van het gemeenschapsrecht uitvoerig besproken in mijn conclusie van 7 april 2005 in de zaak Halifax e.a. (C-255/02, Jurispr. 2006, blz. I-1609). Zie eveneens R. de la Feria, „Prohibition of abuse of (Community) law: The creation of a new general principle of EC Law through tax", *Common Market Law Review*, deel 45, 2008, blz. 405-408.

55 — Het beginsel van rechtsmisbruik is beschreven als „een op het eerste gezicht onschuldig geneesmiddel, dat echter zeer onaangename nawerkingen kan hebben." (Gutteridge, H.C., „Abuse of Rights", *Cambridge Law Journal*, deel 5, 1933-1935, blz. 22, 44). Het lijkt mij derhalve verstandig om het met grote voorzichtigheid toe te passen.

56 — „Er bestaat geen kernsoevereiniteit waar lidstaten als zodanig een beroep op kunnen doen jegens de Gemeenschap." (Lenaerts, K., „Constitutionalism and the many faces of federalism", *American Journal of Comparative law*, deel 38, 1990, blz. 205 e.v., 220). Zie bijvoorbeeld arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 29); 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 25, op fiscaal gebied); 14 januari 1997, Centro-Com (C-124/95, Jurispr. blz. I-81, punt 25, op het gebied van het buitenlands en het veiligheidsbeleid), en 11 december 2007, Viking Line (C-438/05, Jurispr. blz. I-10779, punt 40, op het gebied van de sociale politiek). Voor zover deze terreinen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, zijn deze niettemin verplicht, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen.

57 — Aangehaald in voetnoot 44. Deze zaak had betrekking op Duitse bepalingen volgens welke enkel partijen met rechtsbevoegdheid in rechte konden optreden, terwijl — strikt overeenkomstig de „Sitztheorie" — vennootschappen enkel geacht werden rechtsbevoegdheid te bezitten wanneer hun werkelijke bestuurszetel in Duitsland was gevestigd. Volgens punt 93 van het arrest van het Hof gaat de weigering van procesbevoegdheid aan een vennootschap die in een andere lidstaat rechtsgeldig is opgericht en er haar statutaire zetel heeft, „regelrecht in tegen de vrijheid van vestiging", en niet kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.

operationele bestuurscentrum binnen de Gemeenschap een eenvoudige en doeltreffende manier zijn om daadwerkelijk een economische activiteit te gaan uitoefenen in een andere lidstaat, zonder geconfronteerd te worden met de kosten en de administratieve rompslomp verbonden met de ontbinding van de vennootschap in het land van herkomst en vervolgens de volledig nieuwe oprichting ervan in de lidstaat van bestemming. Bovendien, zoals de Commissie terecht heeft benadrukt, kan de ontbinding van een vennootschap in de ene lidstaat en de hernieuwde oprichting ervan naar het recht van een andere lidstaat geruime tijd in beslag nemen, en zal de betrokken vennootschap gedurende die tijd mogelijk in het geheel niet kunnen functioneren.

32. Derhalve dient, hoewel de beperking van het recht van vrije vestiging in het onderhavige geval rechtstreeks voortvloeit uit nationale bepalingen inzake de oprichting en de werking van vennootschappen, de vraag te worden gesteld of die bepalingen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang [58], zoals het voorkomen van misbruik en frauduleus gedrag [59], of de bescherming van de belangen van, bijvoorbeeld, schuldeisers, minderheidsaandeelhouders, werknemers of de fiscus. [60]

33. Tegen de achtergrond van deze belangen kan het aanvaardbaar zijn dat een lidstaat bepaalde voorwaarden stelt waaraan moet zijn voldaan, voordat een vennootschap die is opgericht naar zijn nationale vennootschapsrecht, haar operationele bestuurscentrum naar het buitenland kan verplaatsen. [61] De lidstaat kan bijvoorbeeld van mening zijn dat hij niet langer enige doeltreffende controle over de vennootschap kan uitoefenen, en hij zou derhalve van de vennootschap kunnen eisen dat zij haar statuten wijzigt en niet meer volledig wordt beheerst door het vennootschapsrecht waarnaar zij is opgericht. [62]

34. Dat is in casu echter niet het geval. De thans aan de orde zijnde bepalingen ontzeggen een vennootschap naar Hongaars recht elke mogelijkheid om haar operationele bestuurscentrum naar een andere lidstaat te verplaatsen. Het Hongaarse recht zoals dat door de handelsrechtbank wordt toegepast, stelt niet enkel voorwaarden aan een dergelijke verplaatsing, maar eist dat de vennootschap wordt ontbonden. Met name omdat de Hongaarse regering geen enkele rechtvaardigingsgrond heeft aangevoerd, valt moeilijk in te zien hoe dergelijke bepalingen, die „regelrecht in[gaan] tegen de vrijheid van vestiging” [63], noodzakelijk zouden kunnen zijn vanuit het oogpunt van het algemeen belang. [64]

58 — Arresten van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37), en 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, Jurispr. blz. I-1129, punt 28), en arrest CaixaBank France (aangehaald in voetnoot 36, punt 11).

59 — Arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 35, punten 51-55).

60 — Arresten Überseering (aangehaald in voetnoot 44, punt 92) en SEVIC Systems (aangehaald in voetnoot 7, punt 28).

61 — Zie naar analogie, artikel 8 van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (PB L 294, blz. 1).

62 — Zoals bijvoorbeeld het geval is volgens de regeling van verordening nr. 2157/2001.

63 — Arrest Überseering (aangehaald in voetnoot 44, punt 93).

64 — Zie eveneens arrest SEVIC Systems (aangehaald in voetnoot 7, punten 29 en 30).

35. Ik stel het Hof derhalve voor, op de vierde prejudiciële vraag van de nationale rechter als volgt te antwoorden: „de artikelen 43 EG en 48 EG verzetten zich tegen de toepassing van nationale bepalingen die het een naar nationaal recht opgerichte vennootschap onmogelijk maken om haar operationele bestuurscentrum te verplaatsen naar een andere lidstaat".

III — Conclusie

36. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, de vragen van de Szegedi Ítélőtábla te beantwoorden als volgt:

„1) In een situatie als die in het hoofdgeding kan een rechter van tweede aanleg bij wie hoger beroep is ingesteld tegen een beslissing van een lagere rechter, prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie, niettegenstaande het feit dat noch de procedure voor de lagere rechter noch de appèlprocedure op tegenspraak wordt gevoerd.

2) Het feit dat een voorziening tegen een beslissing van een nationale rechterlijke instantie is beperkt tot rechtspunten en niet automatisch schorsende werking heeft, houdt niet in dat deze rechterlijke instantie onder de verplichting van artikel 234, derde alinea, EG valt.

3) Artikel 234 EG verzet zich tegen de toepassing van nationale bepalingen volgens welke nationale rechters kunnen worden verplicht om een prejudicieel verzoek te schorsen of in te trekken.

4) De artikelen 43 EG en 48 EG verzetten zich tegen de toepassing van nationale bepalingen die het een naar nationaal recht opgerichte vennootschap onmogelijk maken om haar operationele bestuurscentrum te verplaatsen naar een andere lidstaat."