CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA

van 16 juli 1998 *

I — Onderwerp van de gestelde prejudiciële vraag en feitelijke en juridische context van het hoofdgeding

1. Het Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg (hierna: „Højesteret") vraagt het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (hierna: „Verdrag") om een uitlegging van de gemeenschapsbepalingen betreffende het recht van vestiging in verband met de veronderstelde omzeiling van de nationale bepalingen van een lidstaat, waarbij een minimumkapitaal is voorgeschreven voor in een bepaalde vorm opgerichte ondernemingen. De door de rechter a quo aan het Hof voorgelegde prejudiciële vraag luidt:

„Is het verenigbaar met artikel 52, junctis de artikelen 56 en 58, EG-Verdrag, de inschrijving in het handelsregister te weigeren in geval van een filiaal van een vennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd en die met een maatschappelijk kapitaal van 100 UKL (circa 1 000 DKR) overeenkomstig de wetgeving van die lidstaat wettig is opgericht en bestaat, wanneer de vennootschap zelf geen bedrijfsactiviteiten ontplooit, maar het filiaal wordt opgericht met de bedoeling dat dit de volledige bedrijfsactiviteit verricht in het land waar het wordt opgericht, en ervan moet worden uitgegaan, dat deze methode wordt gebruikt in plaats van de oprichting van een vennootschap in laatstbedoelde lidstaat, teneinde te ontkomen aan de verplichting het minimumbedrag aan maatschappelijk kapitaal van 200 000 DKR, thans 125 000 DKR, te storten?"

2. Allereerst wil ik herinneren aan de feiten waaruit het hoofdgeding is ontstaan. In de zomer van 1992 verzocht M. Bryde, vennoot en enig directeur van Centros Ltd, een in de voorafgaande maand mei naar Engels recht ingeschreven „private limited company", het Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (hierna: „handelsregister") om erkenning van de oprichtingsakte van Centros met het oog op de inschrijving van een filiaal. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt, dat Centros volgens haar oprichtingsakte tot doel heeft op een groot aantal gebieden, waaronder kredietverlening, werkzaam te zijn. Naar het voornemen van de vennoten zou Centros zich echter alleen bezighouden met de in- en uitvoer van wijn. De vennootschap heeft echter sinds haar oprichting geen enkele activiteit ontplooid. De enige andere vennoot van Centros is de echtgenoot van M. Bryde. De echtgenoten Bryde, beiden in Denemarken gevestigde Deense onderdanen, hebben de vennootschap kort na oprichting in handen gekregen en de twee enige uitgegeven aandelen luiden op hun

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

naam. Het maatschappelijk kapitaal van Centros, ten bedrage van 100 UKL, is in werkelijkheid nooit gestort en wordt bewaard in een kluis bij T. Bryde. De zetel van Centros is gevestigd bij een vriend van het echtpaar Bryde in het Verenigd Koninkrijk.

3. Voor de inschrijving in Denemarken van filialen van buitenlandse besloten vennootschappen gelden de bepalingen betreffende besloten vennootschappen, zoals die ten tijde van de feiten in casu waren neergelegd in de lovbekendtgørelse nr. 660 van 25 september 1991 (artikelen 117-122). Volgens deze regeling kan een in een lidstaat gevestigde besloten vennootschap in Denemarken werkzaam zijn door middel van aldaar opgerichte filialen die worden geleid door een of meer bestuurders met bevoegdheid het filiaal te verbinden. Om het filiaal rechtsgeldig te kunnen laten werken, moet de inschrijving ervan bij het handelsregister worden aangevraagd; wordt de inschrijving geweigerd, dan mag het filiaal zijn werkzaamheden niet voortzetten. Het filiaal is met betrekking tot zijn verrichtingen in Denemarken onderworpen aan de Deense wetgeving en rechtsmacht. In het kader van deze conclusie wil ik er tevens op wijzen — zoals trouwens ook uitdrukkelijk vermeld in de verwijzingsbeschikking —, dat toentertijd besloten vennootschappen een beginkapitaal van minimaal 200 000 DKR moesten hebben. [1] In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel — dat na aanneming wet nr. 886 van 21 december 1991 zal worden — wordt als reden voor de verhoging van het vereiste beginkapitaal bij de oprichting van het soort vennootschappen als hier in geding (evenals bij de oprichting van naamloze vennootschappen) [2] ten opzichte van de voorheen geldende respectieve bedragen aangevoerd de versterking van de financiële soliditeit van die vennootschappen ter bescherming van de belangen van de staat en andere publieke schuldeisers, die niet zoals particuliere schuldeisers garanties of zekerheidstellingen voor hun vorderingsrechten kunnen eisen. De nieuwe bepalingen waren tevens gericht op het voorkomen van frauduleuze faillissementen wegens de insolvabiliteit van vennootschappen met een onvoldoende beginkapitaal. De Deense wet schrijft niet voor, dat de buitenlandse vennootschap die een filiaal op het nationale grondgebied wenst op te richten, over een minimumkapitaal dient te beschikken. Doch het handelsregister lijkt in die gevallen in de praktijk na te gaan, of de oprichting in het buitenland van de vennootschap die de aanvraag doet, een middel is om de Deense bepalingen betreffende de inbreng van een mini-

1 — Met de inwerkingtreding van wet nr. 378 van 22 mei 1996 is dit bedrag verlaagd tot 125 000 DKR. Tegelijkertijd zijn echter andere regels voor het behoud van het maatschappelijk kapitaal verscherpt, met name: i) het verbod aandelen in de vennootschap zelf (eigen aandelen) of in de moedermaatschappij te verkrijgen; ii) de voorwaarden voor verwerving van de vennootschap door de vennoten binnen twee jaar na registratie, indien de waarde van de operatie gelijk is aan of hoger is dan 50 000 DKR en ten minste 10 % van het kapitaal bedraagt, en iii) de voor de bestuurders geldende verplichtingen in geval van verliezen van 40 % of meer van het maatschappelijk kapitaal.

2 — Wet nr. 886 van 21 december 1991 stelt het minimumbeginkapitaal vast op 500 000 DKR voor vennootschappen op aandelen [dus veel hoger dan het minimumkapitaal, overeenkomend met 25 000 ECU, als voorgeschreven in 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; hierna: „Tweede richtlijn"), zoals later gewijzigd].

mumbeginkapitaal te omzeilen. Toen het handelsregister in casu van M. Bryde niet de verlangde inlichtingen kreeg over de activiteiten van Centros in Engeland en Wales, wees het de aanvraag om inschrijving af. Deze beslissing werd bevestigd door het Østre Landsret, dat bij arrest van 8 september 1995 uitsloot dat een vennootschap van een andere lidstaat, wier activiteit geheel gericht is op het grondgebied van een andere lidstaat, de dwingende bepalingen van deze staat kon omzeilen met een beroep op de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging. In eerste instantie verklaarde de als getuige opgeroepen T. Bryde, niet te weten of de verwerving van Centros en de latere oprichting van een filiaal in Denemarken rechtstreeks waren opgezet om de Deense wet te omzeilen, al gaf hij toe, dat „het zeker gemakkelijker is 100 UKL te vinden dan 200 000 DKR". Onder deze omstandigheden heeft het Højesteret, waar de zaak in beroep van het arrest in eerste instantie dient, het Hof in de hierboven weergegeven bewoordingen om uitlegging verzocht.

II — De argumenten van partijen, van de „interveniërende" nationale regeringen en van de Commissie

4. Centros meent, dat in casu aan alle in het Deense recht gestelde voorwaarden voor de inschrijving van een filiaal is voldaan. De afwijzende beslissing van het handelsregister is derhalve in strijd met de in de artikelen 52 en 58 van het Verdrag aan Centros toegekende vrijheid zich in een andere lidstaat dan die van de hoofdnederzetting te vestigen. Volgens verzoekster in het hoofdgeding volgt uit het arrest van het Hof in de zaak Segers [3], dat het recht van een vennootschap om een nevenvestiging op te richten op het grondgebied van de Gemeenschap, uitsluitend is onderworpen aan de voorwaarden van artikel 58 van het Verdrag en niet daarenboven aan het vereiste van feitelijke uitoefening van een maatschappelijke activiteit in de staat van oprichting. Het is derhalve volstrekt zonder belang, dat de vennootschap uitsluitend in een of meer andere lidstaten dan die van de hoofdvestiging handelsactiviteiten uitoefent via een agentschap, dochteronderneming of filiaal.

5. De regering van het Verenigd Koninkrijk maakt opmerkingen in dezelfde zin; volgens haar komt de weigering van inschrijving van het filiaal erop neer, dat Centros een recht wordt ontzegd dat de eigenlijke kern van de vrijheid van vestiging vormt, en wordt aldus inbreuk gemaakt op het beginsel van wederzijdse erkenning van vennootschappen. Het rechtmatig belang van de bescherming van schuldeisers van kapitaalvennootschappen kan heel wel worden gediend met minder restrictieve middelen dan de onderhavige maatregel; het gemeenschapsrecht voorziet daar trouwens ook reeds in. De Britse autoriteiten

3 — Arrest van 10 juli 1986 (79/85, Jurispr. blz. 2375).

wijzen daarbij op de in de Elfde richtlijn van de Raad betreffende de rechten van vennootschappen [4] ingevoerde coördinatie van de openbaarmaking van tal van akten en gegevens over in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere lidstaat vallen. Dankzij dit systeem kunnen derden die via het bijkantoor een contractuele binding met de moedermaatschappij aangaan, te weten komen dat die in een andere lidstaat is opgericht overeenkomstig de daar geldende wettelijke bepalingen, mede met betrekking tot het beginkapitaal, terwijl de desbetreffende gegevens kunnen worden geraadpleegd bij het nationale handelsregister waar het bijkantoor is ingeschreven. De regering van het Verenigd Koninkrijk erkent, dat volgens de rechtspraak van het Hof de rechtmatige uitoefening van het recht van vestiging wel moet worden onderscheiden van de zuiver formele vaststelling van een onder het gemeenschapsrecht vallend optreden. Zij concludeert echter, dat als zodanig zeker niet het geval mag worden beschouwd, dat onderdanen van een lidstaat een vennootschap oprichten volgens de wet van een andere lidstaat. In ieder geval is de uit de beslissing van het handelsregister voortvloeiende beperking van het recht van vestiging niet te rechtvaardigen op grond van zuiver economische doelen, die in artikel 56 van het Verdrag niet worden genoemd.

6. Het handelsregister antwoordt, dat het echtpaar Bryde niet op grond van de oprichting van een „pro forma"-vennootschap in het Verenigd Koninkrijk de artikelen 52 en 58 van het Verdrag kan inroepen om zich te onttrekken aan de inbreng van het wettelijk minimumkapitaal. In de onderhavige omstandigheden is het filiaal, waarvan Centros, in de persoon van M. Bryde, de inschrijving in Denemarken heeft verzocht, in werkelijkheid de moedermaatschappij. Wat het gemeenschapsbegrip „filiaal" betreft, stelt verweerder in het hoofdgeding, bij gebreke aan definities in de wetgeving, voor gebruik te maken van het begrip dat het Hof heeft gehanteerd in arresten ter uitlegging van het op 27 september 1968 te Brussel ondertekende Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: „Executieverdrag"). [5] Uit deze rechtspraak [6] blijkt met name, dat wanneer er geen moederbedrijf is met leidinggevende en toezichthoudende bevoegdheden ten opzichte van het filiaal, dit laatste het centrum van de werkzaamheden van de onderneming vormt. Volgens het handelsregister zal het derhalve logischerwijs moeten voldoen aan de voorwaarden waaraan de oprichting van het hoofdbedrijf, en niet het nevenbedrijf, is onderworpen. Dat het moederbedrijf een feitelijke economische activiteit dient te verrichten om de vrijheid te kunnen uitoefenen een nevenbedrijf op te richten, volgt overigens mutatis mutandis uit de rechtspraak inzake het vrije verkeer van werknemers. [7] Deze voorwaarde kan trouwens ook wettelijk worden opgelegd door een lidstaat, aangezien het bij de huidige ontwikkelingsstand van het gemeenschaps-

4 — Zie Elfde richtlijn (89/666/EEG) van de Raad van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen (PB L 395, blz. 36; hierna: „Elfde richtlijn").

5 — PB 1972, L 299, blz. 32. De geconsolideerde versie van het Verdrag, zoals gewijzigd bij de latere toetredingsverdragen (laatstelijk het verdrag van 29 november 1996 betreffende de toetreding van de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden), is gepubliceerd in PB 1998, C 27, blz. 1.

6 — Arresten van 6 oktober 1976, De Bloos (14/76, Jurispr. blz. 1497, punt 20); 22 november 1978, Somafer (33/78, Jurispr. blz. 2183, punt 12), en 18 maart 1981, Blanckaert & Willems (139/80, Jurispr. blz. 819, punt 12).

7 — Arrest van 23 maart 1982, Levin (53/81, Jurispr. blz. 1035, punt 21), volgens hetwelk op de door het gemeenschapsrecht uit hoofde van deze vrijheid toegekende voordelen slechts een beroep kan worden gedaan door personen die *daadwerkelijk* arbeid in loondienst verrichten of die dit *serieus* wensen te doen in een andere lidstaat dan de lidstaat van oorsprong.

recht een zaak van de nationale wetgevingen blijft de oprichting en werking van ondernemingen te regelen. Anderzijds, zoals het Hof ook uitdrukkelijk heeft bevestigd, mag de staat van ontvangst alleszins van buitenlandse personen uit de Gemeenschap verlangen, dat zij de voor de eigen onderdanen en nationale vennootschappen geldende voorwaarden voor de verrichting van activiteiten nakomen, voor zover het eerstgenoemden hierdoor niet onmogelijk wordt gemaakt het recht van vestiging in feite uit te oefenen. [8] Het handelsregister betoogt, dat de vordering van Centros misbruik van het recht van vestiging oplevert, en stelt voor in het onderhavige geval naar analogie de in het kader van de uitlegging van artikel 59 van het Verdrag ontwikkelde leer Van Binsbergen [9] toe te passen. Volgens de door het Hof in dit arrest neergelegde beginselen is het een lidstaat geoorloofd voorschriften te geven om te verhinderen, dat de door artikel 59 gewaarborgde vrijheid door een dienstverrichter in een andere lidstaat, wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk op zijn grondgebied is gericht, wordt gebruikt om zich te onttrekken aan de beroepsregels die, ware hij op het grondgebied van die lidstaat gevestigd, op hem van toepassing zouden zijn. Ten slotte concludeert het handelsregister, dat zelfs al zou het Centros vrijstaan het recht van vrije vestiging op het grondgebied van de Gemeenschap in te roepen, niettemin de in het Deense recht gestelde voorwaarde betreffende het minimumbeginkapitaal van een besloten vennootschap teneinde de belangen van de vennoten en van de eventuele werknemers en schuldeisers te beschermen, een volstrekt rechtmatige maatregel is, ondanks het feit dat deze aangelegenheid op gemeenschapsniveau nog niet is geharmoniseerd. De versterking van het financiële draagvlak van dit soort vennootschappen is een dwingend vereiste van algemeen belang. Dit kan niet worden bereikt met minder restrictieve middelen dan het weigeren van de inschrijving, doch verlangt integendeel krassere maatregelen, zoals uitbreiding van de aansprakelijkheid van de vennoten tot hun persoonlijk vermogen of de verplichting tot zekerheidstelling bij de oprichting van de vennootschap, zulks ter dekking van toekomstige schulden aan de belastingadministratie of de sociale zekerheid of andere publieke schuldeisers. Onder verwijzing naar 's Hofs vaste rechtspraak op het punt van misbruik van uit gemeenschapsregelingen voortvloeiende rechten, merkt het handelsregister met name op, dat het Hof in het juist ook door Centros aangehaalde arrest Segers heeft verklaard, dat artikel 56 van het Verdrag inderdaad binnen zekere grenzen een bijzondere regeling toelaat voor vennootschappen die overeenkomstig het recht van een andere lidstaat zijn opgericht, op voorwaarde dat die regeling gerechtvaardigd is uit hoofde van fraudebestrijding. Al is de betrokken Nederlandse wetgeving in die zaak uiteindelijk niet gerechtvaardigd geacht krachtens genoemde bepaling, op grond dat de weigering ziekengeld uit te keren aan het hoofd van het filiaal van een zuiver formele, maar volgens het recht van een andere lidstaat rechtmatig opgerichte vennootschap, te dezen geen passende maatregel was, toch doet dit niets af aan de gelding van het door het Hof gestelde algemene beginsel. Bovendien is de bescherming van de financiële belangen van schuldeisers geen economisch doel — en als zodanig niet gedekt door artikel 56 —, maar strekt zij tot instandhouding van de rechtsorde, die uitgaat van de getrouwe inachtneming van contractuele verhoudingen.

8 — Zie arrest van 12 juli 1984, Ordre des avocats du barreau de Paris (107/83, Jurispr. blz. 2971, punten 18 en 20).

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

7. De argumenten van het handelsregister worden niet alleen gedeeld door de Deense

regering, maar ook door de Franse en de Zweedse autoriteiten. De Deense regering voert preliminair nog de stelling aan, dat het hier gaat om een zuiver interne aangelegenheid van Denemarken, zodat de door Centros ingeroepen gemeenschapsregels in dit geval niet opgaan. Verzoekster zou immers proberen de nationale bepalingen te omzeilen door een als filiaal vermomd moederbedrijf op te richten. Gezien echter het ontbreken van een werkelijke en blijvende commerciële binding tussen Centros en het Britse economisch leven, evenals tussen de vennootschap en het Deense filiaal, is hier niet voldaan aan de door het Hof in de zaken Levin en Gebhard [10] gestelde voorwaarde. In ieder geval, aldus de Deense regering, is er geen sprake van dat het arrest Segers van toepassing is op de zaak in het hoofdgeding, die geen discriminerende elementen op grond van nationaliteit vertoont.

8. De Franse regering betoogt van haar kant, dat het — door het Hof in de zaak Segers verkondigde en hier door Centros ingeroepen (zie punt 4 supra) — beginsel, dat het niet-uitoefenen van commerciële activiteiten in het land van oprichting van de buitenlandse vennootschap niet ter zake doet voor het recht van vestiging, slechts opgeld doet, indien aan de constructie kennelijk aanvaardbare redenen en geen bedrieglijke of frauduleuze bedoelingen ten grondslag liggen. Anders ligt het indien, zoals in casu, de handeling alleen ten doel heeft de geldende regels van het vennootschapsrecht in de staat van de nevenvestiging te omzeilen. Die staat zal de inschrijving van het filiaal dan kunnen weigeren, als het bewijs van het bedrieglijke of frauduleuze karakter van de betrokken gedraging wordt geacht te zijn geleverd. In Frankrijk zal de bevoegde autoriteit dan ook de eventuele gebeurlijkheid van een onrechtmatige uitoefening van het vestigingsrecht door de betrokkene kunnen vaststellen ingeval de activiteit van het filiaal van de buitenlandse vennootschap is „gereglementeerd", dat wil zeggen afhankelijk is van controle, vergunning of diploma.

9. De Nederlandse regering geeft harerzijds toe, dat de beslissing van het handelsregister in strijd is met artikel 52 van het Verdrag, maar legt anderzijds de nadruk op de grenzen die aan de gelding van de betrokken regel voor het onderhavige geval zijn gesteld. Onder verwijzing naar de noodzaak van een onderling samenhangende interpretatie van de diverse gemeenschapsregels betreffende de fundamentele vrijheden, herinnert zij in het bijzonder aan het door het Hof in het arrest Rutili [11] betreffende het vrij verkeer van werk-

10 — Zie arrest aangehaald in voetnoot 7, en arrest van 30 november 1995 (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punten 25 en 26). Volgens dit laatste arrest wordt met de vrijheid van vestiging beoogd — anders dan bij het vrij verrichten van diensten, dat wordt gekenmerkt door het tijdelijk karakter van in een andere lidstaat verrichte werkzaamheden — de gemeenschapsonderdanen in staat te stellen duurzaam deel te nemen aan het economisch leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit te halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting in de Gemeenschap op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden te bevorderen.

11 — Arrest van 28 oktober 1975 (36/75, Jurispr. blz. 1219, punt 28), betreffende de uitlegging van de artikelen 7 (thans 6) en 48 van het Verdrag.

nemers neergelegde beginsel, dat de aanwezigheid van een reële en voldoende ernstige bedreiging van de openbare orde eventuele restrictieve nationale maatregelen op grond van het gedrag van de betrokken persoon kan rechtvaardigen. In het licht van deze verduidelijking dient men de verklaringen van het Hof in de zaak Segers te lezen, volgens welke het vereiste van fraudebestrijding een verschillende behandeling kan rechtvaardigen van vennootschappen die naar het recht van een andere lidstaat zijn opgericht; immers, ook deze uitzondering steunt op het begrip ‚openbare orde' in artikel 56 van het Verdrag.

10. De Commissie heeft een andere en meer geschakeerde zienswijze op het geval. Enerzijds merkt zij op, dat Centros slechts gebruik heeft gemaakt van het recht zich te vestigen in de lidstaat die ten aanzien van het voorgeschreven maatschappelijk beginkapitaal de gunstigste voorwaarden bood, hetgeen — zoals valt af te leiden uit het arrest Segers — juist een van de oogmerken van de vrijheid van vestiging is. De mogelijkheid gebruik te maken van buitenlandse vennootschapsvormen en van de verschillen op dit punt tussen de wetgevingen van de lidstaten, wil op zich niet zeggen, dat nationale bepalingen onrechtmatig worden omzeild. Onder de omstandigheden van het hoofdgeding is de Commissie echter van mening, dat de beschreven administratieve praktijk, waarbij het handelsregister een onderzoek had ingesteld (zie punt 3 supra), en de daaropvolgende weigering een filiaal in te schrijven van een vennootschap die voldeed aan de voorwaarden van artikel 58 van het Verdrag, krachtens artikel 52 verboden discriminaties op grond van nationaliteit opleveren. Het is niet geoorloofd, dat de staat die de nevenvestiging ontvangt, aan de inschrijving van het filiaal de voorwaarde stelt, dat de moedermaatschappij voldoet aan alle in de nationale wet gestelde voorwaarden voor de oprichting van vennootschappen. Omgekeerd, indien — zoals het geval is met het onderhavige onderwerp — op gemeenschapsniveau geen coördinatie heeft plaatsgevonden, is het volgens de Commissie geoorloofd, dat de lidstaat van de nevenvestiging voor de inschrijving van het filiaal voorwaarden kan stellen die voortvloeien uit de nationale bepalingen en beogen aan personen die op zijn grondgebied in relatie treden met de buitenlandse vennootschap, een ruimere bescherming te bieden dan die krachtens de statuten van het buitenlandse bedrijf. In het onderhavige geval lijkt het zo niet zeker dan toch waarschijnlijk, dat de Deense bepalingen over de inbreng van beginkapitaal inderdaad het verklaarde doel, namelijk bescherming van schuldeisers in de publieke sector, verwezenlijken. Met betrekking tot dit doel is het echter onevenredig zonder meer een nevenvestiging af te wijzen op grond van de (veronderstelde) poging de geldende wetsbepalingen te omzeilen. Voor deze afwijzing geldt geen van de rechtvaardigingsgronden in artikel 56 van het Verdrag, dat niet van toepassing is op doeleinden van economische aard en in ieder geval het bewijs van frauduleuze bedoelingen van de buitenlandse vennootschap jegens schuldeisers in Denemarken verlangt. Volgens de Commissie zouden in de feitelijke en wettelijke omstandigheden van het hoofdgeding de schuldeisers op passende en minder restrictieve wijze worden beschermd, indien voor de inschrijving van het filiaal de voorwaarde gold, dat de buitenlandse moedervennootschap een inbrengkapitaal had als voorzien in de nationale bepalingen ter zake van de oprichting van dergelijke vennootschappen in Denemarken.

III — Juridische beoordeling van de aan het Hof voorgelegde vraag

11. In de verwijzingsbeschikking is het onderwerp van de gestelde prejudiciële vraag duidelijk omschreven als volgt: onbetwist in het hoofdgeding is het recht van private companies limited by shares, die rechtmatig zijn opgericht en hun maatschappelijke zetel in Engeland of Wales hebben, om op Deens grondgebied filialen te stichten, ook al is het in de Britse wetgeving voorgeschreven minimumbeginkapitaal voor een dergelijke vennootschap duidelijk lager dan voorgeschreven in de Deense wet voor dat soort vennootschappen in Denemarken. Overigens, afgaande op de verklaringen van de vertegenwoordiger van de Deense overheidsdienst ter terechtzitting, maken besloten vennootschappen uit de Gemeenschap, met name Britse, in de praktijk ruimschoots gebruik van het recht van vestiging in Denemarken, zonder van de zijde van het handelsregister bloot te staan aan soortgelijke verbodsmaatregelen als de in casu bestreden maatregel. De vraag die zich voordoet, is bijgevolg een andere, namelijk of een vennootschap die haar handelsactiviteiten *uitsluitend* in het land van inschrijving van het filiaal wil uitoefenen, terwijl blijkt dat de oorspronkelijke keuze om de vennootschap op te richten in een andere lidstaat dan die waar zij van plan is werkzaam te zijn, *alleen* is ingegeven door de bedoeling zich te onttrekken aan de zwaardere wettelijke vereisten ten aanzien van het maatschappelijk minimumkapitaal volgens de wet van de lidstaat van de nevenvestiging, wel rechtmatig het recht tot oprichting van een nevenvestiging uitoefent. Volgens de Deense overheidsdienst moet, gezien de omstandigheden van het geval, het antwoord ontkennend luiden (zodat de in de prejudiciële vraag bedoelde maatregel verenigbaar met de verdragsbepalingen moet worden verklaard). Meer bepaald ontlenen de Deense autoriteiten aan de feitelijke omstandigheden van het onderhavige geval tweeërlei argument: de weigering om het filiaal van Centros in te schrijven, is geen beperking van de vrijheid van vestiging in strijd met artikel 52 van het Verdrag, en, subsidiair, als er al sprake is van een beperking, valt die in ieder geval onder de bijzondere regeling die de lidstaten krachtens artikel 56 van het Verdrag met betrekking tot buitenlandse vennootschappen kunnen treffen, met name uit hoofde van de openbare orde. Ik zal eerst het eerste en dan het tweede argument van de verwerende partij nader bezien. Eerst zou ik echter een kort woord willen wijden aan de rechtspraak te dier zake en aan de positie van de buitenlandse nevenvestiging binnen de organisatorische structuur van de onderneming.

12. De sinds het einde van de overgangsperiode rechtstreeks toepasselijke regel van artikel 52 van het Verdrag beoogt de nationale behandeling te waarborgen van elke onderdaan van een lidstaat die zich, zelfs op ondergeschikte voet, in een andere lidstaat vestigt om daar een vrije werkzaamheid uit te oefenen. Onder het recht van vestiging vallen tevens de oprichting en het beheer van ondernemingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land van ontvangst voor zijn eigen onderdanen, alsmede de oprichting van

agentschappen, filialen of dochterondernemingen door gemeenschapsonderdanen die primair gevestigd zijn in een andere lidstaat. Ingevolge artikel 58 van het Verdrag omvat het recht van vestiging voor vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur *of* hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, tevens het recht door middel van een nevenvestiging werkzaam te zijn in een andere lidstaat. Deze fundamentele vrijheid brengt drie andere faciliteiten mee: de activiteit van de ondernemer kan in vennootschapsvorm in een lidstaat worden uitgeoefend door middel van een vennootschap naar het recht van die staat zelf of naar het recht van een andere lidstaat; de vennootschap heeft voor haar nevenvestiging de keuze tussen de oprichting van een filiaal of een dochteronderneming; de buitenlandse vennootschap geniet in de staat van ontvangst van de nevenvestiging dezelfde rechten als nationale vennootschappen. [12]

Aangezien de ruime bepaling van artikel 58 aldus kon worden uitgelegd, dat de vrijheid tot oprichting van een nevenvestiging eveneens toekwam aan rechtspersonen die op het grondgebied van de Gemeenschap wel hun statutaire zetel hadden, maar niet hun „werkelijke" maatschappelijke zetel, dat wil zeggen hun hoofdbestuur, noch hun voornaamste bedrijf, bleek het alras noodzakelijk nader te bepalen aan welke voorwaarden deze vrijheid was onderworpen ten aanzien van vennootschappen *die hun hoofdvestiging buiten de Gemeenschap hebben.* [13] Zoals duidelijk aangegeven in het Algemeen Programma voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging, vastgesteld door de Raad op 18 december 1961 [14], dient het bedrijf hiertoe te voldoen aan een bijkomend criterium, namelijk een „feitelijke en blijvende" binding met de economie van de lidstaat. [15] Doch — ten overvloede gezegd — geldt dit criterium alleen voor vennootschappen buiten de Gemeenschap.

13. Wat betreft de inhoud van het recht tot oprichting van een nevenvestiging, blijkt uit de rechtspraak van het Hof, dat de zetel van de betrokken vennootschap, in de zin van de drie bovengenoemde alternatieven (zie

12 — Zie Werlauff, E., *EC Company Law*, Kopenhagen, 1993, blz. 17-22.

13 — Zie Poillot-Peruzzetto, S., en Luby, M., *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Parijs, 1998, blz. 141. Y. Loussouarn merkt met betrekking tot de oorsprong van het hierna in de tekst genoemde criterium van binding op, dat de gemeenschapsautoriteiten en de vertegenwoordigers van de lidstaten ervan zijn uitgegaan, dat volgens artikel 52 als voorwaarde voor de vestiging van een nevenbedrijf van natuurlijke personen de (primaire) vestiging op het grondgebied van een lidstaat geldt: dus de voorwaarde — naast die van het onderdaanschap — van woonplaats binnen de Gemeenschap. Doch de toepassing zonder meer van deze eis op vennootschappen, door een cumulatie van de voorwaarde van werkelijke zetel en de voorwaarde van statutaire zetel, zou in krasse en onherstelbare strijd zijn met het voorschrift van artikel 58 (zie „Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne" in *Etudes de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre Teitgen*, Parijs, 1984, blz. 239, vooral blz. 245 en 246, en „Le droit d'établissement des sociétés" in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, blz. 229, 236).

14 — PB 1962, blz. 36.

15 — Deze band kan met name bestaan in een nederzetting van de vennootschap buiten de Gemeenschap op het grondgebied van een lidstaat, voor zover de activiteit van deze territoriale nederzetting een blijvend, daadwerkelijk en wezenlijk karakter heeft (dus bijvoorbeeld geen eenvoudige vertegenwoordigingen of kantoren die niet op de markt werkzaam zijn of die slechts een zeer gering aantal werknemers hebben). Omgekeerd is de nationaliteit van de vennoten of bestuursleden of commissarissen in dit verband niet van belang.

punt 12), „naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een staat. Zou de lidstaat van vestiging vrijelijk een andere behandeling mogen toepassen, enkel omdat de zetel van een vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, dan zou daarmee aan deze bepaling [namelijk artikel 52 van het Verdrag] iedere inhoud worden ontnomen." [16] Zodra derhalve is voldaan aan de beide voorwaarden, namelijk wettigheid en gebondenheid aan een lidstaat, welke in artikel 58 zijn gesteld aan de erkenning van de communautaire nationaliteit van een vennootschap, heeft deze vennootschap recht op nationale behandeling, zelfs indien zij haar handelsactiviteiten via een agentschap, dochteronderneming of filiaal *uitsluitend* verricht in een andere lidstaat dan die van haar hoofdvestiging. [17] Voorts verbieden, blijkens 's Hofs rechtspraak, „de regels inzake gelijke behandeling niet enkel openlijke discriminaties op grond van nationaliteit of, wat vennootschappen betreft, de plaats van de zetel, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden". [18] Evenzeer onverenigbaar met het Verdrag zijn volgens het Hof *niet*-discriminerende maatregelen die echter de uitoefening door gemeenschapsonderdanen (of vennootschappen) van de in het gemeenschapsrecht gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen hinderen of minder aantrekkelijk maken. [19]

14. Anderzijds kunnen lidstaten krachtens artikel 56 van het Verdrag afwijken van het verbod van vestigingsbeperkingen op hun grondgebied en jegens buitenlandse (natuurlijke en rechts)personen die in aanmerking komen voor het in de communautaire rechtsorde erkende recht, een bijzondere regeling toepassen, wanneer die gerechtvaardigd is uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Omdat daarbij wordt afgeweken van een grondbeginsel van het Verdrag, moet artikel 56 restrictief worden uitgelegd. Voorwaarde voor toepassing ervan is derhalve een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een der basisbelangen van de samenleving, waaronder fraudebestrijding en bescherming van het belang bij deugdelijke uitvoering van de nationale socialezekerheidsregeling. [20] Zo is het uitgesloten, dat de regel kan worden ingeroepen met het oog op doelstellingen van economische aard [21]; bovendien moeten maatregelen ten behoeve van belangen die zij worden geacht te beschermen, worden beperkt tot het strikt noodzakelijke en moet het evenredigheidsbeginsel daarbij in acht worden genomen. [22]

16 — Zie, onder meer, arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punten 13, 14 en vooral 18); 17 juni 1997, Sodemare e. a. (C-70/95, Jurispr. blz. I-3395, punten 25 en 26), en 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 20).

17 — Zie arrest Segers, aangehaald in voetnoot 3, punten 14 en 16. In dit arrest achtte het Hof het onverenigbaar met de artikelen 52 en 58, dat de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst van de nevenvestiging de directeur van een vennootschap uitsloten van een nationale ziekteverzekeringsregeling op de enkele grond dat het moederbedrijf volgens de wet van een andere lidstaat is opgericht en statutair op het grondgebied van deze staat is gevestigd, hoewel het daar geen enkele handelsactiviteit uitoefent en uitsluitend werkzaam is in de lidstaat van de nevenvestiging.

18 — Arresten van 13 juli 1993, Commerzbank (C-330/91, Jurispr. blz. I-4017, punt 14), en 12 april 1994, Halliburton Services (C-1/93, Jurispr. blz. I-1137, punt 15).

19 — Zie, onder meer, arrest van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32).

20 — Zie, onder meer, arrest van 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, Jurispr. blz. 1999, punt 35), en arrest Segers, aangehaald in voetnoot 3, punt 17.

21 — Zie, onder meer, arrest van 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 11).

22 — Zie, onder meer, arresten van 18 mei 1982, Adoui en Cornuaille (115/81 en 116/81, Jurispr. blz. 1665, punt 9), en 26 april 1988, Bond van Adverteerders e. a. (352/85, Jurispr. blz. 2085, punt 36).

Wanneer de betrokken restrictieve maatregel niet discriminerend is — derhalve, voor zover hier van belang, zonder onderscheid van toepassing op nationale vennootschappen en buitenlandse vennootschappen in de Gemeenschap —, kan zij tevens worden gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang [23], mits i) op die punten niet reeds bescherming wordt verzekerd door bepalingen waaraan de buitenlandse vennootschap is onderworpen in de staat van vestiging, en ii) de maatregel noodzakelijk en evenredig is. [24]

15. Thans wil ik nader de begrippen „filiaal" en „dochteronderneming" [25] bezien, waarnaar artikel 52 verwijst en waarop artikel 58 terugkomt (het speciale geval van agentschap, dat hier niet ter zake doet, laat ik ter zijde). Wat is het onderscheidende criterium van deze twee vormen van permanente territoriale vestiging die een onderneming eventueel op het grondgebied van andere lidstaten dan de lidstaat van oorsprong kan oprichten en waaraan zij doorgaans transacties met derden overlaat? Dit criterium is met name gelegen in het ontbreken van een eigen rechtspersoonlijkheid van het filiaal, dat wordt omschreven als een feitelijke eenheid of als een eenvoudige vertakking van de onderneming, waardoor een zekere decentralisatie mogelijk wordt gemaakt. [26] De dochteronderneming is integendeel juridisch onafhankelijk van het moederbedrijf dat haar controleert. [27] In de doctrine is er reeds op gewezen [28], dat het belang van een vergelijking tussen deze twee juridi-

23 — Zoals de in beroepsregels gewaarborgde bescherming van ontvangers van een dienst, de bescherming van de intellectuele eigendom, de bescherming van werknemers, de consumentenbescherming, de bewaring en het onderhoud van het nationaal historisch en artistiek erfdeel, de zo breed mogelijke verbreiding van de kennis van het artistiek en cultureel erfdeel van een land, en redenen van cultureel beleid (zie, onder meer, arrest Collectieve Antennevoorziening Gouda, aangehaald in voetnoot 21, punten 14 en 27); de bescherming van ontvangers van bewakingsdiensten en hernieuwing van octrooien (arrest van 25 juli 1991, Säger, C-76/90, Jurispr. blz. I-4221, punt 17); behoud van de samenhang van een belastingregeling (arrest van 28 januari 1992, Bachmann, C-204/90, Jurispr. blz. I-249); fraudebestrijding en bescherming van de sociale orde tegen schadelijke gevolgen van een uitzonderlijke vraag in de sector kansspelen (arrest van 24 maart 1994, Schindler, C-275/92, Jurispr. blz. I-1039, punten 58 en 59); behoud van de goede naam van de nationale financiële sector (arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments, C-384/93, Jurispr. blz. I-1141, punt 44); de doeltreffendheid van fiscale controles (arrest van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer, C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 31); en de getrouwe uitvoering van handelstransacties (arrest van 9 juli 1997, De Agostini en TV-Shop, C-34/95, C-35/95 en C-36/95, Jurispr. blz. I-3843, punt 53).

24 — Zie, onder meer, arrest Collectieve Antennevoorziening Gouda, aangehaald in voetnoot 21, punten 13 en 15.

25 — De term „affiliate", en niet de in artikel 52 van het Verdrag gebezigde term „filiali", komt in de Italiaanse rechtstaal overeen met het Franse „filiales", met het Engelse „subsidiaries", met het Duitse „Tochtergesellschaften" en met het Nederlandse „dochterondernemingen" (zie conclusie van advocaat-generaal Mancini van 16 oktober 1985 bij arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 16, Jurispr. blz. 275, punt 2). Zie ook Ruggiero, G. M., en De Dominicis, M., „Art. 52", in R. Quadri, R. Monaco en A. Trabucchi (red.), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milaan, 1965, vol. I, blz. 399, 412 en 413. Zie echter voetnoot 27 infra.

26 — Zie Cabrillac, M., „Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé", in *Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph Hamel*, Parijs, 1981, blz. 119, en Loussouarn, Y., „La succursale, technique juridique du commerce international", in *DPCI*, 1985, blz. 359, 362.

27 — Zie echter Pietrobon, A., *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padua, 1990. Volgens de auteur lijkt de formeel-juridische methode — die uitgaat van „begrippen en methoden die eigen zijn aan nationale rechtsstelsels, alsof die, apart of vergelijkenderwijs beschouwd, het model zouden leveren voor de uitlegging van het Verdrag" — ongeschikt voor de uitlegging van de begrippen „agentschap", „filiaal" en „dochteronderneming", voor zover hieruit niet bepaalde typen afhankelijkheid kunnen worden afgeleid, zonder dat die uitsluiting in enig opzicht gerechtvaardigd is. Bovendien blijkt uit de *functionele* uitlegging van het begrip „nevenvestiging", dat de wezenlijke kenmerken ervan (onderworpenheid van de hulpvestiging aan de organisatorische beslissingen van het moederbedrijf, dat heeft te beslissen over het eigenlijke bestaan, de bevoegdheden en de fundamentele bezigheden van de territoriale vertakking) de conclusie opdringen, dat een autonome onderneming met een eigen organisatie en handelsterrein, geen nevenvestiging kan zijn van een andere onderneming. „Het lijkt derhalve twijfelachtig verwante vennootschappen die, zoals gezegd, niet worden genoemd in de Italiaanse versie van artikel 52, onder dit aldus beperkte begrip te brengen. (...) De vestiging door een in een lidstaat opgerichte vennootschap van een dochteronderneming in een andere lidstaat is eerder te beschouwen als een primaire vestiging (namelijk van de dochteronderneming). In de praktijk is dit echter niet van belang, aangezien de oprichting van dochterondernemingen volgens zowel de ene als de andere interpretatie mogelijk is" (idem, blz. 101-115, vooral blz. 103, 114 en 115).

28 — Zie Loussouarn (o. c., voetnoot 26), blz. 363-368.

sche technieken van grensoverschrijdende vestiging vele aspecten vertoont.

Aangezien, allereerst, de *nationaliteit* deel uitmaakt van de persoonlijkheid, kan het filiaal dat hetzelfde activiteitsgebied heeft als de vennootschap waarvan het afhangt, geen verschillende nationaliteit hebben; zijn rechtspositie wordt beheerst door het feit dat het toebehoort aan de buitenlandse vennootschap waarvan het een eenvoudige vertakking is. Voor dochterondernemingen geldt het omgekeerde. Bovendien heeft het filiaal weliswaar een zekere beheersautonomie, maar de *activiteit in verband met transacties* wordt toch teruggespoeld op de moedermaatschappij en voor haar rekening verricht door degene die bij het subbedrijf is aangesteld. De dochteronderneming kan daarentegen zelf contracten sluiten, behoudens de eventuele tussenkomst daarbij van de moedermaatschappij als contractpartij. Ten slotte moeten op grond van het beginsel van *eenheid van bedrijfsvermogen* de schulden (en daarmee ook de schuldvorderingen), ontstaan in het kader van de werkzaamheden van het filiaal, ten laste komen van de vennootschap (terwijl niet kan worden gesproken van schulden *van* het filiaal), ook al zal het — om redenen van praktisch gemak — de schuldeiser in een dergelijk geval doorgaans vrijstaan de vennootschap te dagen voor de rechter van de plaats waar het filiaal zich bevindt (zie punt 18 infra). De dochteronderneming heeft daarentegen eigen bedrijfsvermogen, dat instaat voor haar schulden; tussen de moedermaatschappij en de schuldeisers is het „scherm" opgetrokken van de dochteronderneming met haar eigen rechtspersoonlijkheid.

IV — Oplossing van de prejudiciële vraag aan het Hof

De verenigbaarheid van de weigering van inschrijving van het Deense filiaal van Centros met de fundamentele vrijheid van vestiging

16. Naar mijn mening maakt de maatregel van de Deense overheidsdienst inbreuk op de verdragsbepalingen inzake de vrije vestiging. Zoals ik nog nader uiteen zal zetten, wordt de uitoefening van het aan buitenlandse vennootschappen uit de Gemeenschap toegekende recht een nevenvestiging te openen, geenszins alleen maar beperkt, maar radicaal uitgesloten. In casu wordt immers het echtpaar Bryde belet in Denemarken een ondernemersactiviteit uit te oefenen door middel van een rechtmatig opgerichte vennootschap met een statutaire zetel in een andere staat van de Gemeenschap. De conclusie van het handelsregister zou erop neerkomen, dat de betrokkenen, die immers uitsluitend op de nationale markt werkzaam willen zijn, daartoe moeten voldoen aan de Deense rechtsregeling voor het door hen gekozen type handelsvennootschap; een dergelijke conclusie is naar mijn oordeel in strijd met artikel 52 van het Verdrag. Het onderhavige geval dient eveneens te worden beoordeeld aan de hand van artikel 58. In dat opzicht lijkt Centros te worden gediscrimineerd tegenover vennootschappen die overeenkomstig de Deense wetgeving zijn opgericht en niet op soortgelijke hindernissen stuiten bij de oprichting van filialen in Denemarken. De betrokken maatregel doet bovendien indirect afbreuk aan het recht van de verzoekende vennootschap om te kiezen voor de opening in Denemarken van

hetzij een filiaal hetzij een dochteronderneming. Het lijkt mij duidelijk, dat de Deense autoriteiten Centros niets in de weg hadden gelegd, indien de in het Verenigd Koninkrijk opgerichte vennootschap voor haar buitenlandse vestiging niet de vorm van een eenvoudig filiaal had genomen, maar van een dochteronderneming die — als afzonderlijke eenheid van het moederbedrijf — per definitie zou moeten voldoen aan de voorwaarden van de desbetreffende nationale wet, onder andere aangaande het minimaal maatschappelijk kapitaal. De vrijheid om voor de uitoefening van handelsactiviteiten in een andere lidstaat de geschiktste rechtsvorm te kiezen, is de ondernemers echter gewaarborgd in artikel 52, eerste alinea, tweede zin, van het Verdrag en kan, in tegenstelling tot hetgeen zich in casu voordoet, niet worden beperkt door discriminerende bepalingen. [29]

17. Ik zou thans nader willen ingaan op de tegenargumenten van de Deense overheidsdienst tegen de overwegingen die ik heb menen te moeten aanvoeren. Zij betwist, dat Centros zich op het recht van vrije vestiging krachtens het Verdrag kan beroepen. Aangezien zij geen economische activiteit in het Verenigd Koninkrijk uitoefent, heeft de door het echtpaar Bryde aldaar opgerichte vennootschap geen werkelijke en blijvende band met dat land, zodat men terechtkomt in een zuiver interne situatie, die aldus buiten het gemeenschapsrecht valt; ofwel zou men komen te staan voor een — evenmin voor bescherming in aanmerking komend — geval van bedrieglijk en frauduleus gebruik van het recht van vestiging als bedoeld in het Verdrag. [30] Deze argumenten overtuigen mij niet, om redenen die ik nog zal toelichten, afgezien van de overweging dat het criterium van de vereiste feitelijke uitoefening van een activiteit door de vennootschap, nog buiten het betwistbare ervan ten gronde, ongewis van toepassing is wegens zijn onbepaald karakter. Welke eisen zou men moeten stellen aan de aard, de duur en de omvang van de werkzaamheden van de moedermaatschappij om het recht tot oprichting van een nevenvestiging vrij te kunnen uitoefenen?

18. Ter verduidelijking van bovenstaande conclusies wil ik opmerken, dat de uitsluiting van de toepasselijkheid van de bepalingen inzake vrije vestiging, zoals de Deense regering in casu wenst, slechts aannemelijk moet worden geacht, indien de situatie van de betrokkenen — onderdanen of vennootschappen met de nationaliteit van een der lidstaten — in geen enkel verband staat met de bepalingen van het gemeenschapsrecht, dat dan dus ook niet kan dienen als referentiekader. [31] Mijnerzijds meen

29 — Zie arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 16, punt 22.

30 — Timmermans, C., „Methods and Tools for Integration. Report", in R. M. Buxbaum, G. Hertig, A. Hirsch en K. J. Kopt (red.), *European Business Law. Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlijn-New York, 1991, blz. 129, 136 en 137.

31 — Zie, onder meer, arrest van 19 maart 1992, Batista Morais (C-60/91, Jurispr. blz. I-2085).

ik niet, dat dit hier het geval is. Centros is opgericht overeenkomstig de geldende wetgeving in Engeland en Wales en heeft haar zetel in Groot-Brittannië. Dit is voldoende om haar onder het bereik van de artikelen 52 en 58 van het Verdrag te brengen. Het lijkt mij niet nodig de gegevens over de nationaliteit van de vennoten en directeuren of het territoriaal activiteitsgebied van de vennootschap te verifiëren. [32] Anderzijds mag de verwijzing in artikel 52 naar de „onderdanen van een lidstaat" die zich „op het grondgebied van een andere lidstaat" willen vestigen, volgens de rechtspraak van het Hof niet zo worden uitgelegd, dat de voordelen van het Verdrag niet gelden voor gemeenschapsonderdanen die — na gebruikmaking van de geboden mogelijkheden op het gebied van verkeer en vestiging — zich tegenover hun staat van oorsprong in een soortgelijke positie bevinden als alle andere onderdanen die in het genot zijn van de door het Verdrag gewaarborgde rechten en vrijheden. [33] Volgens de Deense overheidsdienst is het wezenlijk noodzakelijk, dat de hoofdvestiging de in de statutaire doelstelling aangegeven werkzaamheden inderdaad uitoefent. Met deze redenering leest zij in artikel 58 uiteindelijk een *bijkomende voorwaarde* voor het recht van nevenvestiging. De formele voorwaarden in artikel 58 ter bepaling van de vennootschappen die op het recht aanspraak kunnen maken, zijn naar mijn mening echter limitatief. Het formeel-juridisch gegeven is van doorslaggevend belang. Kernpunt is, dat er geen plaats is voor naspeuringen betreffende de aard en inhoud van de activiteiten die de onderneming uitoefent of voornemens is uit te oefenen. [34] Met betrekking tot het recht van vestiging van natuurlijke personen heeft het Hof zich overigens reeds kunnen uitspreken over de aanspraken van een lidstaat om de uitoefening van het betrokken recht te onderwerpen aan een extra voorwaarde (in dit geval de feitelijke verblijfplaats op nationaal grondgebied) naast de voorwaarde van onderdaanschap van een lidstaat, die *de enige in artikel 52 van het Verdrag voorgeschreven subjectieve voorwaarde* is. Een dergelijke eis is, zoals het Hof heeft geoordeeld, in strijd met het gemeenschapsrecht. [35] Om die reden ook is het door het handelsregister gelegde verband tussen het

32 — Zie arrest Segers, aangehaald in voetnoot 3, punt 14; zie voetnoot 17 supra, en voetnoten 45 en 46 infra, alsmede de desbetreffende tekstgedeelten. Zie ook arrest van 5 oktober 1994, TV10 (C-23/93, Jurispr. blz. I-4795, punt 15), volgens hetwelk het feit dat een omroepinstelling zich in een andere lidstaat heeft gevestigd om de wetgeving van de lidstaat van ontvangst van de uitgezonden programma's te ontduiken, niet uitsluit dat haar uitzendingen als diensten in de zin van artikel 59 van het Verdrag worden aangemerkt. Zo moet de situatie van Centros bijvoorbeeld wel worden onderscheiden van die in de door het Hof behandelde zaak Esso Española, waarin het uitsluitend ging om de ontplooiing, binnen het grondgebied van een lidstaat, van de activiteit van een vennootschap met zetel in die staat en daar ook werkzaam (arrest van 30 november 1995, Esso Española, C-134/94, Jurispr. blz. I-4223, punten 12-17).

33 — Zie arrest van 7 februari 1979, Knoors (115/78, Jurispr. blz. 399, punten 20 en 24).

34 — Cath, I. G. F., „Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion of the Internal Market", in F. G. Jacobs (red.), *1986 Yearbook of European Law*, Oxford, 1987, blz. 247, 259 en 261. Zie ook, mutatis mutandis, arrest van 12 maart 1996, Pafitis e. a. (C-441/93, Jurispr. blz. I-1347, punten 18 en 19): „Blijkens het opschrift en artikel 1 is de Tweede richtlijn van toepassing op vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, EG-Verdrag, die zijn opgericht in de vorm van een naamloze vennootschap. Het door de gemeenschapswetgever gehanteerde criterium voor de bepaling van de werkingssfeer van de Tweede richtlijn is derhalve de rechtsvorm van de vennootschap, ongeacht haar activiteit."

35 — Volgens het Hof „mag de wettelijke regeling van een lidstaat (...) niet de gevolgen van de toekenning van de nationaliteit van een andere lidstaat beperken door een extra voorwaarde te stellen voor de erkenning van deze nationaliteit in verband met de uitoefening van de in het Verdrag bepaalde fundamentele vrijheden. Een uitlegging van artikel 52 EEG-Verdrag in die zin, dat wanneer de onderdaan van een lidstaat tevens de nationaliteit van een derde land bezit, de andere lidstaten de erkenning van de hoedanigheid van EG-onderdaan afhankelijk kunnen stellen van, bijvoorbeeld, de voorwaarde dat de betrokkene zijn gewone verblijfplaats in eerstgenoemde lidstaat heeft, kan derhalve niet worden aanvaard" (zie arrest van 7 juli 1992, Micheletti e. a., C-369/90, Jurispr. blz. I-4239, punten 10 en 11). Zie ook arrest van 7 februari 1979, Auer (136/78, Jurispr. blz. 437, punt 28): „Geen enkele bepaling van het Verdrag laat binnen het toepassingsgebied ervan een ongelijke behandeling toe van de onderdanen van een lidstaat wegens het tijdstip of de wijze waarop zij de nationaliteit van die staat hebben verworven, wanneer zij op het moment waarop zij een beroep doen op de bepalingen van het gemeenschapsrecht, de nationaliteit van een der lidstaten bezitten en daarnaast is voldaan aan de overige voorwaarden voor toepassing van het voorschrift waarop zij zich beroepen."

geval in de onderhavige zaak en het geval in het arrest Levin [36] mijns inziens praktisch uitgesloten, gezien het verschil in formulering van artikel 52, dat in abstracte termen het eenvoudige economische ondernemerschap waarborgt (zie punt 19 infra), tegenover de formulering van artikel 48, lid 3, van het Verdrag, dat welomschreven de inhoud aangeeft van de activiteiten waardoor het aan werknemers toegekende recht van vrij verkeer gestalte krijgt. [37]

19. Ter ondersteuning van haar standpunt in deze zaak verwijst de Deense overheidsdienst voorts naar andere rechtspraak van het Hof in het kader van het Executieverdrag (zie punt 6 supra). Die verwijzing gaat echter niet op in de thans dienende zaak. Zoals men weet, gaat het om interpretatieve beslissingen over de toepasselijkheid, van geval tot geval, van het bijzondere criterium van rechterlijke bevoegdheid volgens artikel 5, punt 5, van het Verdrag. [38] In die zaken heeft het Hof zich slechts gebogen over de kenmerken van het begrip nevenvestiging, dat aan de orde was voor de oplossing van de voorgelegde prejudiciële vragen. Teneinde het Executieverdrag volle werking toe te kennen, moest het Hof een *autonome* uitlegging geven aan de begrippen dochteronderneming en filiaal. Deze begrippen zijn restrictief van aard, zulks vooral met het oog op de noodzaak een veelvoud van bevoegde rechterlijke instanties en de daarmee gepaard gaande verschijnselen van forum shopping tegen te gaan, waarbij is gelet op „protectionistische" neigingen, ten nadele van buitenlandse verweerders, tot behoud van speciale bevoegdheidscriteria in het recht van

36 — Arrest aangehaald in voetnoot 7.

37 — „Naar de bewoordingen van artikel 48, lid 3, EEG-Verdrag hebben de werknemers het recht zich vrij binnen het grondgebied der lidstaten te verplaatsen ‚teneinde' in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling. Krachtens dezelfde bepaling zijn zij gerechtigd in een der lidstaten te verblijven ‚teneinde' daar een beroep uit te oefenen. Bovendien preciseert de considerans van verordening nr. 1612/68, dat het vrije verkeer voor de werknemers het recht inhoudt zich vrij binnen de Gemeenschap te verplaatsen ‚om' er arbeid in loondienst te verrichten, terwijl krachtens artikel 2 van richtlijn 68/360 de lidstaten verplicht zijn de werknemers toe te staan hun grondgebied te verlaten ‚teneinde' op het grondgebied van een andere lidstaat arbeid in loondienst te aanvaarden of te verrichten. Uit deze formuleringen blijkt (...) het aan het beginsel zelf van het vrije verkeer van werknemers inherente beginsel, dat op de door het gemeenschapsrecht uit hoofde van deze vrijheid toegekende voordelen slechts een beroep kan worden gedaan door personen die daadwerkelijk arbeid in loondienst verrichten of die dit serieus wensen te doen" (ibid., punten 20 en 21).

38 — In afwijking van de algemene regel van artikel 2 Executieverdrag mag de verzoeker volgens dit criterium de op het grondgebied van een verdragsluitende staat gevestigde verweerder in een andere verdragsluitende staat, in geval van een betwisting over de exploitatie van een filiaal, van een agentschap of enige andere vestiging, dagen voor de bevoegde rechter van hun woonplaats. „Dit begrip exploitatie omvat enerzijds de geschillen inzake contractuele of niet-contractuele rechten en verplichtingen met betrekking tot het eigenlijke beheer [van de nevenvestigingen], bijvoorbeeld betreffende de huur van het gebouw waarin deze nevenvestigingen zijn gevestigd, of het ter plaatse aanstellen van aldaar werkzaam personeel; anderzijds omvat het begrip ook de geschillen inzake door het vorenomschreven centrum van werkzaamheid namens het moederbedrijf aangegane verplichtingen die moeten worden nagekomen in de verdragsluitende staat waar dit centrum is gevestigd, alsmede geschillen inzake niet-contractuele verplichtingen die hun oorsprong vinden in de werkzaamheden die [de nevenvestiging] heeft verricht ter plaatse waar zij voor rekening van het moederbedrijf is gevestigd" (zie arrest Somafer, aangehaald in voetnoot 6, punt 13). Voorts bedenke men, dat volgens artikel 8, tweede alinea, Executieverdrag de verzekeraar die niet gevestigd is in een verdragsluitende staat, maar daar wel een filiaal, agentschap of enige andere vestiging heeft, in afwijking van de regel van artikel 4, wordt geacht woonplaats te hebben in die staat in geval van betwistingen over de exploitatie van de nevenvestiging; dezelfde regel geldt ingevolge artikel 13, indien de medecontractant van de consument niet is gevestigd in de verdragsluitende staat.

de verdragsluitende staten. [39] Het betreft een rechtspraak die is ontwikkeld met geheel andere oogmerken dan hier aan de orde, en waaruit zeker niet is af te leiden, dat het eerder een neven- dan een hoofdvestiging is, indien zij handelsactiviteiten verricht als vertakking van een hoofdkantoor, aan welks directie en toezicht zij is onderworpen.

20. Ik moge nog een moment stilstaan bij de andere stelling van het handelsregister en de Deense regering: het belang van het echtpaar Bryde om in Denemarken een handelsactiviteit uit te oefenen door middel van een vennootschap met een daaraan verbonden beperkte aansprakelijkheid, verdient niet de bescherming van de artikelen 52 en volgende van het Verdrag, gezien de bedrieglijke bijbedoeling bij de keuze van de oprichting van een vennootschap met maatschappelijke zetel in Groot-Brittannië. Het doel was de regels betreffende het minimumbedrag van het maatschappelijk beginkapitaal, zoals die golden in de staat van ontvangst van de nevenvestiging (en die volgens deze stelling van toepassing zouden zijn op hetgeen in werkelijkheid een „hoofdvestiging" is) te omzeilen. Het beginsel dat „justitiabelen in geval van misbruik of bedrog geen beroep op het gemeenschapsrecht kunnen doen", is stellig vaste rechtspraak van het Hof [40] en maakt deel uit van de algemene beginselen van de communautaire rechtsorde. Maar het is allerminst gemakke-

39 — Zie Pietrobon (o. c., in voetnoot 27), blz. 162-164. In de genoemde rechtspraak volgt aldus uit de verklaring van het Hof, dat „een van de wezenskenmerken van de begrippen filiaal en agentschap de onderworpenheid aan de leiding en het toezicht van het moederbedrijf is", logischerwijs de conclusie, dat de in artikel 5, punt 5, Executieverdrag bedoelde begrippen van nevenvestiging niet de situatie kunnen omvatten van de exclusieve verkoopconcessionaris, die niet aan het toezicht en de leiding van de concedent is onderworpen (zie arrest De Bloos, aangehaald in voetnoot 6, punten 20-23), noch van de handelsagent (als tussenpersoon), wanneer die een *onafhankelijk* medewerker is van de onderneming waarvoor hij werkt, en enkel bestellingen doorgeeft aan het moederbedrijf zonder zich te mengen in de afwikkeling of uitvoering daarvan, en aan wie de onderneming die hij vertegenwoordigt, niet kan verbieden tegelijkertijd verscheidene concurrerende firma's te vertegenwoordigen (zie arrest Blanckaert & Willems, aangehaald in voetnoot 6, punten 12 en 13). Uitsluitend om de Duitse verwijzende rechter in staat te stellen te beslissen of hij bevoegd was kennis te nemen van een door een Duitse onderneming ingestelde vordering tegen een Franse onderneming die haar statutaire zetel in Frankrijk, maar in Duitsland een kantoor of contactpunt had, op haar briefpapier aangeduid als „vertegenwoordiging voor Duitsland", heeft het Hof in de zaak Somafer het criterium ontwikkeld, dat een filiaal, agentschap of enige andere vestiging voor derden gemakkelijk herkenbaar moet zijn als verlengstuk van het moederbedrijf (inhoudende „een centrum van werkzaamheid, met een eigen directie en materiële uitrusting, zodat het zaken met derden kan doen, en wel dusdanig dat dezen, ofschoon wetend dat eventueel een rechtsband met het in het buitenland gevestigde moederbedrijf zal ontstaan, zich niet daartoe behoeven te wenden en zaken kunnen doen in bedoeld centrum, dat het verlengstuk ervan vormt"; arrest Somafer, aangehaald in voetnoot 6, punt 12). Het beste bewijs dat het begrip „agentschap, filiaal en dochteronderneming" in het Executieverdrag een andere normatieve inhoud heeft dan in het Verdrag, soms zelfs tegenstrijdigheden vertoont (Pietrobon, o. c., blz. 94), blijkt uit de houding van het Hof ten aanzien van een situatie waarin een vennootschap feitelijk optreedt *alsof* zij het filiaal of de dochteronderneming van een ander „moederbedrijf" was, maar waartegenover zij integendeel juridisch zelfstandig was [daar zij zelfs het gehele maatschappelijke kapitaal in handen had, zoals het geval was in de zaak Schotte (arrest van 9 december 1987, 218/86, Jurispr. blz. 4905)]. Zelfs in dat geval zal ter bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen van derden, het criterium van speciale bevoegdheid uit hoofde van artikel 5, punt 5, naar analogie van toepassing zijn, aangezien de schijnbare situatie door „de wijze waarop de beide ondernemingen in het maatschappelijk leven optreden en zich in hun handelsbetrekkingen tegenover derden gedragen", op een nauwe band tussen de latere gedingen en de aangezochte rechter kan wijzen. Men zal zich herinneren, dat volgens het arrest Schotte de ingeroepen bepaling van toepassing is, wanneer een rechtspersoon „in een andere verdragsluitende staat weliswaar geen onzelfstandig filiaal, agentschap of andere vestiging heeft, maar er wel activiteiten ontplooit door middel van een zelfstandige vennootschap met dezelfde naam en dezelfde directie, die in haar naam handelt en zaken doet en waarvan zij zich als van een verlengstuk bedient" (punt 17).

40 — Zie arrest van 12 mei 1998, Kefalas e. a. (C-367/96, Jurispr. blz. I-2843, punt 20), en de daar vermelde precedenten in de rechtspraak. Om die reden, aldus het Hof, „verbiedt het gemeenschapsrecht een lidstaat niet bij gebreke van harmonisatie maatregelen te nemen om te verhinderen, dat de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden worden misbruikt in strijd met het rechtmatig belang van deze staat" (arrest Kraus, aangehaald in voetnoot 19, punt 34).

lijk dit beginsel precies te omlijnen. Volgens het arrest Kefalas e. a. maakt de gerechtigde misbruik van het recht, wanneer hij het onredelijk uitoefent om ten koste van anderen „onrechtmatige voordelen te verkrijgen die kennelijk niets van doen hebben met de doelstelling" van de wetgever, waar die de particulier een bepaalde subjectieve positie toekent. [41] Bij deze opvatting van misbruik van recht is een bepaald verband te leggen tussen het desbetreffende algemene beginsel en het beginsel betreffende het evenredigheidscriterium als grens van de bevoegdheidsuitoefening. [42] Overigens, zoals in de doctrine is opgemerkt, blijft de bekende uitspraak van de Franse civilist Planiol — „het recht houdt op waar het misbruik begint" — volledig van kracht; dit gezegde stelt duidelijk in het licht, dat het misbruikbegrip uiteindelijk neerkomt op een definitie van de eigenlijke inhoud van de subjectieve positie, dus van het aan de rechthebbende toegekende bevoegdheidsbereik. Anders gezegd, de beoordeling, of de concrete uitoefening van een recht al dan niet misbruik oplevert, houdt niets anders in dan het feitelijk afbakenen van de strekking van het recht zelf. [43] Als dit inderdaad zo is, moge ik herinneren aan mijn bovenstaande uiteenzettingen (punten 13 en 16) inzake de vrijheid van vestiging. Stellig omvat die vrijheid voor elke belanghebbende het recht een vennootschap overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat op te richten om werkzaam te zijn in die staat of, *op dezelfde voet, in enige andere lidstaat.* Met andere woorden, de nieuw opgerichte vennootschap heeft het recht zich te vestigen — in de vorm van een hoofdvestiging en eventueel ook van een nevenvestiging — *daar waar zij wenst* binnen de Gemeenschap.

Het recht van vestiging is 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, ongeacht de concrete bedoelingen van de begunstigde. Anders gezegd, het gaat 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. In het onderhavige geval komt de uitoefening van het recht van vestiging tot uiting in de oprichting van de vennootschap volgens de in de wet van het land van ontvangst gestelde voorwaarden. De beweegredenen, berekeningen en individuele belangen van de betrokkene bij die keuze mogen niet in aanmerking worden genomen wanneer die vrijheid wordt gebruikt in overeenstemming met het Verdrag, en kunnen dus niet aan controles worden onderworpen. [44] Hoogstens is van belang, dat de

41 — Arrest Kefalas e. a., aangehaald in voetnoot 40, punt 28 (betreffende beroep tot ongeldigverklaring van de kapitaalverhoging van een naamloze vennootschap die heeft opgehouden te betalen, op vordering van enkele aandeelhouders). Opgemerkt zij, dat de door het Hof gebezigde formule van misbruik van recht vooral lijkt te zijn afgeleid uit het gemene recht van de lidstaten met een „Civil Law"-rechtsorde [Brown, L. N., „Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?", in *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, 1994, vol. II (onder redactie van D. Curtin en T. Heukels), blz. 511, 515].

42 — Brown (o. c., voetnoot 41), blz. 521 en 522, en Van Gerven, W., „Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", in *Journ. Trib.*, 1992, blz. 305, 307 en 308.

43 — Nizzo, C., „L'abuso dei ‚diritti comunitari': un quesito non risolto", in *Dir. comm. internaz.*, 1997, blz. 766, 770.

44 — Zie, mutatis mutandis, arrest Levin, aangehaald in voetnoot 7, punten 20-22: indien een werknemer reële en daadwerkelijke arbeid in loondienst verricht of wenst te verrichten in een andere lidstaat en als zodanig komt te behoren tot degenen die in aanmerking komen voor de rechten die worden gewaarborgd in artikel 48, lid 3, van het Verdrag en in de desbetreffende afgeleide wetgeving (zie punt 18 supra), zijn de mogelijke bedoelingen waarmee hij in een andere lidstaat werk zoekt, irrelevant voor zijn recht van toegang tot en verblijf op het grondgebied van die andere staat en mogen zij niet in aanmerking worden genomen.

uitgeoefende activiteit (indien de betrokkene een activiteit uitoefent) verenigbaar is met de interne bepalingen van openbare orde van de lidstaat van de hoofd- of nevenvestiging, welke eventueel beperkende maatregelen voor de uitoefening van die vrijheid kunnen rechtvaardigen. Het recht van vestiging wordt in die zin juist met het oog op de totstandbrenging van de ene markt erkend. Immers, rechtspersonen buiten de Gemeenschap valt volgens het Verdrag een andere behandeling ten deel, daar zij het gemeenschapsgebied slechts kunnen binnenkomen indien zij voldoen aan het criterium van een daadwerkelijke en blijvende band met de economie van een lidstaat (zie punt 12 supra).

Ter bevestiging van het voorgaande moge ik herinneren aan het reeds meermaals genoemde geval Segers: in die zaak had een Nederlander zijn in Nederland gevestigde eenpersoonsonderneming omgezet in een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, filiaal van een vennootschap naar Engels recht, die hij tegelijkertijd had verworven, maar die geen enkele handelsactiviteit uitoefende en uitsluitend via de nevenzetel opereerde. Blijkens het dossier lag aan deze opzet alleen de wens ten grondslag de aantrekkelijker geachte aanduiding „Ltd" in plaats van het Nederlandse equivalent „BV" te voeren, evenals de wens de in de Nederlandse wet voor een dergelijke omzetting gestelde termijn te ontlopen. [45] Dit was geen beletsel voor het Hof te verklaren, dat de situatie van de vennootschap van Segers, als directeur, onder het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging viel, zodat verzoeker recht had op nationale behandeling. [46] Het is dan ook niet in te zien, waarom men tot een andere conclusie zou moeten komen in het geval dat de oprichting van de vennoot wordt ingegeven — zoals in casu — door de wens gebruik te maken van de mogelijkheden te werken met een maatschappelijk kapitaal dat is aangepast aan de draagkracht van de oprichters en dat lager is dan voorgeschreven in de Deense wet. Een dergelijke stand van zaken, tevredenstellend of niet, is de logische consequentie van de in het Verdrag gewaarborgde rechten. Overigens beantwoordt dit aan het doel van de communautaire vrijheid van vestiging: bevordering van het vrije verkeer van

45 — Zie conclusie van advocaat-generaal Darmon van 10 juni 1986 in de zaak Segers, aangehaald in voetnoot 3, Jurispr. blz. 2376, punt 1.

46 — Zie voetnoot 17 supra met bijbehorende tekst. Zo ook lijkt het Hof (althans impliciet) te hebben erkend, dat de inschrijving in het Britse register van vissersvaartuigen van schepen die oorspronkelijk in Spanje waren ingeschreven en onder Spaanse vlag voeren, en de verwerving van Britse schepen onder Britse vlag door Britse vennootschappen die de schepen in eigendom hadden of exploiteerden, doch waarvan de meeste directeuren en aandeelhouders Spaanse onderdanen waren, geen „misbruik van vestigingsrecht" vormden, zulks terwijl de massale gebruikmaking van die inschrijvingen in het scheepsregister van het Verenigd Koninkrijk systematisch verbonden was aan de zogenoemde „quota hopping"-praktijk, dat wil zeggen de „plundering" van de vangstquota van die staat in het kader van het communautaire visserijbeleid, hetgeen met name tot uiting kwam in de „omzeiling" van de nationale contingentenregeling die was gericht op het behoud van de visstand en de waarborging van een aanvaardbaar levenspeil van de vissersbevolking [arrest van 25 juli 1991, Factortame e. a. (C-221/89, Jurispr. blz. I-3905), waarbij een regeling betreffende de inschrijving van vissersschepen in het register van een lidstaat, houdende restrictieve bepalingen inzake de nationaliteit, zetel en woonplaats van de eigenaars, reders en exploitanten van het schip (alsmede, in geval van een vennootschap, de aandeelhouders en directeuren), zoals in 1988 door het Verenigd Koninkrijk vastgesteld om een einde te maken aan „quota hopping" door schepen onder Britse vlag maar niet authentiek Brits, in strijd met artikel 52 van het Verdrag werd verklaard (ibid., punt 4). Het Hof heeft anderzijds daarbij opgemerkt, dat de grensoverschrijdende vrije vestiging rechtmatig kon worden onderworpen aan de voorwaarde, dat het in te schrijven schip en de verrichtingen ervan werden geleid en gecontroleerd vanuit het grondgebied van de betrokken lidstaat (volgens het Hof dekt een dergelijke voorwaarde het begrip vestiging in de zin van de artikelen 52 e. v. van het Verdrag; ibid., punt 34); zie ook Brown, o. c., voetnoot 41, blz. 523-525].

personen (en kapitaal) en daarmede de verwezenlijking van een gemeenschappelijke markt. „Het past in deze opzet (en dus in de logica van de communautaire rechtsorde), dat een onderdaan van een lidstaat van de soepelheid van het Britse vennootschapsrecht profiteert." [47] Bij ontbreken van harmonisatie moet uiteindelijk de concurrentie tussen normatieve systemen („competition among rules") vrijelijk kunnen werken zelfs ten aanzien van handelsvennootschappen. [48] In de onderhavige zaak, evenals in het geval Segers, vormen de bovengenoemde vrijheden de eigenlijke kern van het litigieuze recht: het is dan ook uitgesloten, dat de echtgenoten Bryde „onrechtmatige voordelen die kennelijk niets van doen hebben met de doelstelling" van de artikelen 52 en volgende van het Verdrag, hebben verkregen, door zich onrechtmatig te onttrekken aan de toepassing van de voorschriften van de staat van ontvangst van de nevenvestiging. De door de Deense overheidsdienst aangevoerde rechtspraak is geenszins in tegenspraak met de conclusie waartoe ik kom, maar bevestigt die mijns inziens per slot. [49] Uit die arresten volgt immers, dat wetsmisbruik slechts kan worden gesteld, wanneer de beweerdelijk omzeilde regel ondubbelzinnig van toepassing is op de litigieuze rechtstoestand. Indien de beweerde omzeiling betrekking heeft op een nationale rechtsregel, moet eerst komen vaststaan, dat de regel die men in casu toegepast wil zien, door de rechter bruikbaar wordt geacht overeenkomstig het gemeenschapsrecht. Juist op dit punt lijkt de argumentatie van het handelsregister mank te gaan, kan men zeggen, aan een petitio principii: door de nationale bepalingen betreffende het minimumbedrag aan inbrengkapitaal van een besloten vennootschap bij oprichting dwingend van toepassing te achten, sluiten de Deense autoriteiten uit, dat het tegengestelde resultaat kan voortvloeien — zoals hier in feite het geval is — uit de uitoefening van de in het Verdrag aan de belanghebbenden toegekende vrijheid van keuze van het meest geëigende instrument (van het vennootschapsrecht) voor het beoogde doel uit alle diverse middelen die de verschillende nationale rechtsorden van de lidstaten te bieden hebben. De betwiste maatregel van het handelsregister is in strijd met het gemeenschapsrecht juist omdat die is vastgesteld in de impliciete, maar duidelijke veronderstelling, dat de uitoefening door Deense burgers van een vooral op de Deense markt gerichte ondernemingsactiviteit onvermijdelijk dient te geschieden door een hoofdvesti-

47 — Zie conclusie van advocaat-generaal Darmon van 10 juni 1986 in de zaak Segers (aangehaald in voetnoot 45), punt 6.

48 — Ehlermann, C. D., „Compétition entre systèmes réglementaires", in *Rev. Marché commun Union europ.*, 1995, blz. 220: Gezorgd moet worden, dat de „vrije mededinging" tussen de rechtsorden van de lidstaten op het gebied van vennootschapsrechten niet ontaardt in een soort „Delaware-effect" — dat wil zeggen een methode om nieuw opgerichte vennootschappen aan te trekken in rechtsorden met een geringere bescherming voor vennoten-investeerders en schuldeisers, naar analogie met hetgeen destijds het geval was in de Verenigde Staten, ten gunste van in New Jersey, en meer onlangs in Delaware, geldende vennootschapsrechten —, waarbij de lidstaten gebruik kunnen maken van het middel van coördinatie van het vennootschapsrecht krachtens artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag (ibid., blz. 223). D. Charny betoogt integendeel, dat de normatieve harmonisatie van het vennootschapsrecht van de lidstaten zich, vanuit het oogpunt van de Amerikaanse „corporate theory", kan voordoen als een „rechtvaardigingsproces", daar de concurrentie tussen de nationale stelsels indirect een soortgelijk harmonisatie-effect kan hebben („Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the ‚Race to the Bottom' in the European Communities", in *Harv. Int'l L. Journ.*, 1991, blz. 423, 424 en 425).

49 — En wel zulks of het nu gaat om nationale bepalingen betreffende de toegang tot of de uitoefening van het beroep door de belanghebbende op nationaal grondgebied (aangaande de organisatie, bekwaamheid, beroepsethiek, toezicht en de aansprakelijkheid), zoals in de zaak Van Binsbergen, of diens beroepsopleiding, zoals in de zaak Knoors (zie voetnoten 9 en 33 en bijbehorende tekst); of dat het tevens gaat om dwingende nationale gedragsvoorschriften in het kader van een regeling van een bepaalde handelssector, zoals de vaststelling van detailverkoopprijzen voor boeken door uitgevers of importeurs (arrest van 10 januari 1985, Leclerc, 229/83, Jurispr. blz. 1, punt 27), of om voorschriften betreffende de inhoud van op nationaal grondgebied gerelayeerde pluriforme en niet-commerciële programma's (arrest TV10, aangehaald in voetnoot 32, punt 21).

ging op nationaal grondgebied. Dit is echter een stelling die niet is vol te houden in het huidige stadium van Europese integratie, waar een interne markt praktisch volledig tot stand is gekomen dankzij de opheffing van nationale belemmeringen van het vrije verkeer van personen en kapitaal (zie artikel 3, sub c, van het Verdrag). Dit dient zijn vertolking te vinden in de noodzakelijke consequenties van de ontwikkeling die de communautaire rechtsorde reeds heeft doorgemaakt; het is de taak van het Hof de geest van het Verdrag te doen gelden, door de „Cassis de Dijon"-leer inzake de wederzijdse erkenning [50] consequent toe te passen mede op het gebied van de mobiliteit van vennootschappen. Hiermee wil ik echter — nogmaals — niet zeggen, dat de buitenlandse vennootschap die niet werkzaam is in het land van oprichting, met betrekking tot de *werkzaamheid* van het in een andere lidstaat geopende filiaal niet is onderworpen aan de voor dergelijke nationale vennootschappen geldende dwingende bepalingen van die staat. Via de nevenvestiging kan immers een passende toenadering tot stand worden gebracht tussen de buitenlandse vennootschap en de rechtsorde van het land van ontvangst. Maar de mogelijkheid dwingende nationale bepalingen toe te passen, mag nimmer tot gevolg hebben, dat de communautaire vennootschap wordt *verhinderd* haar vestigingsrecht uit te oefenen. Mijns inziens volgt hieruit voor het onderhavige geval, dat de aanspraak van het handelsregister om op de nevenvestiging de behandeling toe te passen die in het nationale recht is voorgeschreven voor de hoofdvestiging, met name wat het minimaal maatschappelijk kapitaal betreft, slechts bij een deugdelijke rechtvaardiging gegrond kan worden geacht.

Analyse van eventuele rechtvaardigingen van de bestreden maatregel

21. Thans rest mij nog slechts een laatste aspect van de vraag te beschouwen, namelijk of de betrokken restrictieve maatregel in deze zaak volgens het gemeenschapsrecht te rechtvaardigen valt, in zoverre daarbij werkelijk sprake is van gegrondheid om redenen van openbare orde en van evenredigheid met de gestelde doeleinden. Het handelsregister wijst te dezen op de eis bedrieglijke handelwijzen tegen te gaan, en met name op de noodzaak toekomstige schuldeisers van Centros in verband met de exploitatie van het Deense filiaal te beschermen: wegens de „onderkapitalisatie" van de vennootschap, althans uitgaande van Deense normen, en de beperking van de aansprakelijkheid van de vennoten, zou de inschrijving van het filiaal in Denemarken de ondernemers en de Deense openbare schuldeisers blootstellen aan financiële verliezen in het geval van later faillissement van Centros. Dit is inderdaad een onmiskenbaar risico bij een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, maar mijns inziens gaat het hier zeker niet om „een werkelijke en voldoende ern-

50 — Zie Mortimer, T., „The Removal of Barriers to Corporate Mobility: An Analysis of Cases Pertinent to Articles 52 and 58", in A. Caiger en D. A. Floudas (red.), *1996 Onwards: Lowering the Barriers Further*, Chichester, 1996, blz. 135, 150 en 154. Volgens het arrest van 20 februari 1979, Rewe, genoemd „Cassis de Dijon" (120/78, Jurispr. blz. 649, punten 14 en 15), is elke lidstaat, bij gebreke van een hoger doel van algemeen belang dan de eisen van het vrije verkeer van goederen, gehouden op zijn grondgebied rechtmatig in andere lidstaten vervaardigde of in de verkoop gebrachte goederen toe te laten, zelfs indien die zijn vervaardigd volgens andere technische en kwalitatieve voorschriften dan die welke in de staat van invoer gelden.

stige bedreiging van een der fundamentele belangen van de samenleving", zoals artikel 56 van het Verdrag vereist: dit is een uitzonderingsregel, die volgens mij eerder doelt op het geval dat de openbare orde in gevaar wordt gebracht door de statutaire doelstelling en de activiteit van de buitenlandse vennootschap.

Uiteraard is eerlijkheid bij handelsverrichtingen een dwingende eis van algemeen belang, die op zich zonder onderscheid toepasselijke nationale maatregelen ter beperking van het recht van vestiging kan rechtvaardigen, maar dit aspect is naar mijn mening hier niet aan de orde. Allereerst is het twijfelachtig, of bij een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid het feit dat men uitsluitend afgaat op het criterium van de veronderstelde juiste hoogte van het voorgeschreven minimaal maatschappelijk kapitaal, wel een doeltreffende bescherming of (zoals in de vierde overweging van de considerans van de Tweede richtlijn met betrekking tot vennootschappen op aandelen wordt gezegd) „waarborg" voor de schuldeisers biedt. Het is geen toeval, dat de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk dit criterium niet kent, zoals de Britse autoriteiten hebben opgemerkt. [51] Aangezien het minimaal maatschappelijk kapitaal snel kan zijn opgebruikt, is het in de praktijk voor schuldeisers van de vennootschap verstandiger af te gaan op meer actuele beschikbare gegevens, die aan bedrijfsverslagen kunnen worden ontleend, en eventueel passende zekerheidstellingen van de bedrijfsleiding te verlangen. Doch ook zonder het „idolum theatri" van het maatschappelijk kapitaal overboord te zetten [52], is het uitgesloten, dat in een geval als hier in geding de omstreden maatregel onmisbaar is voor de bescherming van particuliere schuldeisers van Centros wegens verrichtingen van haar hypothetisch Deens filiaal. Immers, ook zonder dat het nodig is maatregelen als de onderhavige te nemen, is aan de gestelde eis voldaan dankzij hetgeen intussen is bereikt met de communautaire coördinatie van het vennootschapsrecht in de lidstaten. Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk terecht heeft opgemerkt, doen de echtelieden Bryde zich voor zoals zij zijn: *geen* Deense vennootschap, maar het Deense filiaal van een vennootschap naar Engels recht; de aansprakelijkheidsbeperkingen bij deze vennootschap die eenieder in Denemarken, die met dat filiaal in contact treedt, volledig te weten kan krijgen, volgen uit het voorschrift van een minimaal maatschappelijk kapitaal in die rechtsorde. De bescherming van personen die via een filiaal contact leggen met een buitenlandse vennootschap in de Gemeenschap, wordt in het verdragssysteem gewaarborgd door gecoördineerde, in de staat van vestiging van het filiaal

51 — Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk kan het voorschrift van een minimaal maatschappelijk kapitaal bij vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid tevens remmend werken op de ondernemings- en vernieuwingsgeest en zou bovenal het beleid tot bevordering van kleine en middelgrote ondernemingen tegenwerken.

52 — Zie onder meer La Villa, G., *Introduzione al diritto europeo delle società*, Turijn, 1996, blz. 55 (volgens deze auteur wordt het reeds lang aan kritiek onderhevige standpunt dat ten grondslag ligt aan wettelijke stelsels betreffende de onaantastbaarheid van het nominaal maatschappelijk kapitaal, meer en meer verlaten in meer ontwikkelde economische stelsels, waar regelingen uitgaande van denkbeelden als nominaal kapitaal en nominale waarde, geleidelijk plaats maken voor criteria die meer aanleunen bij de markt en bij de werkelijke inhoud van de activa en passiva van een vennootschap op een gegeven moment; en Portale, G. B., en Costa, C., „Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei", in P. Abbadessa en A. Rojo (red.), *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milaan, 1993, blz. 133, 144 en 145 (volgens deze auteurs wordt in werkelijkheid aan de vaststelling van een „minimaal" maatschappelijk kapitaal een geheel andere rol toegekend dan om een kennelijk niet met het maatschappelijk doel overeenkomend kapitaal vast te stellen: namelijk om een mogelijkheid van selectie tussen verschillende soorten vennootschappen te scheppen enerzijds, en om een „geloofwaardigheidsgrens" voor bepaalde collectieve economische initiatieven vast te leggen anderzijds).

voorgeschreven publiciteitsmaatregelen [53]; aldus hebben derden de zekerheid, hun belangen deugdelijk te kunnen beschermen door specifieke zekerheidstellingen (gewoonlijk borgstelling door de vennoten) of voorkoop.

22. Voorts is er nog het dwingende vereiste van bescherming van *niet-contractuele* openbare schuldeisers, zoals het bevoegde socialezekerheidsorgaan en de belastingdienst. In een dergelijk geval kan de schuldeiser niet vrijelijk kiezen al dan niet een contract te sluiten met het filiaal van een buitenlandse vennootschap en — zoals uit de verwijzingsbeschikking van de Højesteret blijkt — is het hem evenmin mogelijk zekerheidstelling of borgtocht van de directeuren te verlangen. Ik meen echter, dat de weigering het filiaal in te schrijven, in wezen gemotiveerd door het ontbreken van een werkelijke hoofdvestiging, niets te maken heeft met de aangevoerde dwingende vereisten van bescherming van openbare schuldeisers: het vermeend causaal verband tussen deze vereisten en de litigieuze maatregel lijkt dan ook te zwak en indirect om in aanmerking genomen te kunnen worden in de context van het gemeenschapsrecht. Ik kom tot deze conclusie, omdat — zoals de Deense autoriteiten ter terechtzitting hebben toegegeven — de opening door Centros van filialen in Denemarken op geen enkel bezwaar zou stuiten, indien de vennootschap daadwerkelijk werkzaam was in het Verenigd Koninkrijk; ook in dat geval echter zou haar maatschappelijk beginkapitaal 100 UKL bedragen. Blijft dan dus nog te verklaren, hoe het feit dat Centros metterdaad een ondernemingsactiviteit in het land van oorsprong zou uitoefenen, van enigerlei invloed zou kunnen zijn op de reële mogelijkheden tot bescherming van de schuldvorderingen van de Deense belastingdienst en het bevoegde Deense socialezekerheidsorgaan.

Afgezien van de vorige opmerking, zou aan de door de Deense autoriteiten gestelde eis in ieder geval moeten kunnen worden voldaan met minder restrictieve maatregelen dan die in de onderhavige zaak, waarbij het recht van vestiging van een nevenbedrijf zonder meer wordt ontkend. Dit lijkt mij duidelijk genoeg om het niet nader te hoeven verklaren. Toch is nog een verduidelijking nodig. Onder de in aanmerking komende maatregelen — voor zover gerechtvaardigd door bovengenoemde dwingende eis en in overeenstemming met de criteria van noodzaak en evenredigheid — valt mijns inziens niet de door de Commissie geopperde bepaling (zie punt 10 supra) om aan de inschrijving van het filiaal in Denemarken de voorwaarde te stellen, dat de buitenlandse moedermaatschappij geen lager kapitaal heeft dan voorgeschreven in de natio-

53 — De Elfde richtlijn (reeds genoemd in voetnoot 4, en de bijbehorende tekst, artikelen 1-6) voorziet in: verplichting voor het bijkantoor om volgens de wet van de staat waar het is gevestigd, de noodzakelijke gegevens te verstrekken voor de bescherming van het publiek, namelijk i) naam, adres en werkzaamheden van het bijkantoor, ii) naam van de vennootschap waartoe het behoort, iii) naam en adres van de personen die de *vennootschap* permanent vertegenwoordigen met betrekking tot de werkzaamheden van het bijkantoor of die in ieder geval bevoegd zijn de vennootschap jegens derden te verbinden en haar in rechte te vertegenwoordigen, iv) de jaarrekeningen en het jaarverslag van de vennootschap of het concern waartoe zij behoort, opgesteld overeenkomstig de Vierde en de Zevende richtlijn betreffende de rechten van vennootschappen (eventueel vertaald in de taal van de staat van inschrijving van het bijkantoor), v) de sluiting van het bijkantoor, vi) de ontbinding van de vennootschap of de toelating tot een vereffeningsprocedure, vii) gegevens uit het register waarin de vennootschap is ingeschreven, met opgave van het inschrijvingsnummer, en viii) het bestaan van andere bijkantoren in dezelfde lidstaat. Bovendien *kan* de lidstaat waar het bijkantoor is opgericht, het kantoor verplichten nog bepaalde nadere gegevens te verstrekken over de vennootschap waarvan het afhangt, in het bijzonder i) de oprichtingsakte en de statuten (eventueel vertaald in de taal van de betrokken staat), ii) het bestaan van de vennootschap (door middel van een attest van het inschrijvingsregister), en iii) de geldigheid van de eventueel gestelde zekerheden op de in de betrokken lidstaat gelegen goederen van de vennootschap. Ten slotte moeten de registers van inschrijving van het bijkantoor en de vennootschap, met opgave van de inschrijvingsnummers, alsmede rechtsvorm en de plaats van de zetel (en eventueel het maatschappelijke en geplaatste kapitaal) van de vennootschap op het briefpapier en de bestelformulieren van het bijkantoor worden vermeld.

nale regeling voor de oprichting van dergelijke vennootschappen in Denemarken. Immers, juist zoals de onderhavige maatregel zou die voorwaarde erop neerkomen, dat de in het nationale recht geregelde behandeling van de hoofdvestiging indirect wordt toegepast op de handeling waarbij de betrokkene het recht tot oprichting van een nevenvestiging uitoefent. Door een dergelijke voorwaarde zou het de echtelieden Bryde derhalve volstrekt worden belet „de soepelheid van het Britse vennootschapsrecht" te benutten, dat wil zeggen ergens binnen de Gemeenschap vrij kunnen opereren met een beginkapitaal dat voldoet aan de voorschriften van de rechtsregeling betreffende de oprichting van vennootschappen, zelfs als dat kapitaal lager is dan voorgeschreven in de wet van andere lidstaten (met name van de lidstaat waar men de nevenvestiging wil openen). De bedoeling openbare schuldeisers te beschermen, laat volgens mij evenmin toe om de volstrekte weigering tot inschrijving van het filiaal niet te beschouwen als een van de maatregelen die onverenigbaar zijn met de gemeenschapsregels inzake de vrije vestiging. Aannemende dat de toepasselijkheid van de nationale bepalingen inzake de uitoefening van handelsactiviteit, waaraan dergelijke in Denemarken gevestigde vennootschappen zijn onderworpen, op het Deense filiaal van Centros niet wederom aan de orde wordt gesteld zodra het administratieve bezwaar voor zijn inschrijving uit de weg is geruimd, concludeer ik derhalve, dat bij gebreke van geldige rechtvaardiging van de bestreden maatregel de door de rechter a quo gestelde vraag ontkennend moet worden beantwoord.

Conclusie

23. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 52 en volgende EG-Verdrag verzetten zich ertegen, dat de bevoegde autoriteiten van een lidstaat de inschrijving weigeren van een filiaal van een besloten vennootschap die is opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een andere lidstaat, waar zij is gevestigd, wanneer aan die weigering de volgende omstandigheden ten grondslag liggen: i) de vennootschap oefent zelf geen economische activiteit uit; ii) het filiaal wordt opgericht met de bedoeling dat het de gehele activiteit van de vennootschap uitoefent in de staat van oprichting van het filiaal, en iii) deze opzet stelt de vennoten in staat zich te onttrekken aan het vereiste van een hoger maatschappelijk beginkapitaal, dat zou hebben gegolden, indien de vennootschap was opgericht in de lidstaat waar beoogd wordt het filiaal te openen."