CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED

van 8 november 2001 [1]

I — Inleiding

1. De ondernemingskamer van het Landesgericht Wels (Republiek Oostenrijk) heeft het Hof van Justitie prejudiciële vragen gesteld betreffende de geldigheid van een aantal bepalingen van twee vennootschapsrichtlijnen [2], alsmede de uitlegging van het Verdrag.

2. In het hoofdgeding heeft de ondernemingskamer bij beschikking een vennootschap gelast, op straffe van een dwangsom, te voldoen aan publicatieverplichtingen die voortvloeien uit geharmoniseerd vennootschapsrecht. De vennootschap heeft tegen deze beschikking bij de ondernemingskamer bezwaar aangetekend. De vragen van het Landesgericht richten zich op de verenigbaarheid van de betrokken publicatiebepalingen van de richtlijn met het primaire gemeenschapsrecht, het algemene rechtsbeginsel van evenredigheid, het fundamentele recht van eigendom en de fundamentele vrijheid van economische bedrijvigheid. Het Hof zal zich echter eerst moeten uitlaten over zijn bevoegdheid om van de prejudiciële vragen kennis te nemen. Het is namelijk zeer de vraag of het Landesgericht Wels in deze procedure wel als een „nationale rechterlijke instantie" in de betekenis van artikel 234 EG kan worden aangemerkt.

II — Juridisch kader

A — *Gemeenschapsrecht*

3. Volgens artikel 2, lid 1, sub f, van de Eerste richtlijn dienen de lidstaten te regelen dat de openbaarmakingsplicht van vennootschappen zich uitstrekt tot de balans en de winst- en verliesrekening van elk boekjaar.

4. De Vierde richtlijn bepaalt in artikel 47, dat de volgens de daarvoor geldende regels vastgestelde of goedgekeurde jaarrekening

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

2 — Richtlijn 68/151/EG: Eerste richtlijn van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag (thans, na wijziging, artikel 48, tweede alinea, EG), om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8, de „Publicatierichtlijn"; hierna: „Eerste richtlijn"), en richtlijn 78/660/EEG: Vierde richtlijn van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag (thans, na wijziging, artikel 44, lid 2, sub g, EG) betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11, de „Jaarrekeningsrichtlijn"; hierna: „Vierde richtlijn").

samen met het jaarverslag en het verslag van de met de controle van de jaarrekening belaste persoon openbaar wordt gemaakt op de wijze die in de wetgeving van elke lidstaat is vastgesteld, overeenkomstig artikel 3 van de Eerste richtlijn.

5. Artikel 54, lid 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 44, lid 2, sub g, EG) bepaalt dat de Raad en de Commissie de taken uitoefenen welke hun door artikel 54, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 44, lid 1, EG) wordt toevertrouwd „door, voorzover nodig, de waarborgen te coördineren welke in de lidstaten worden verlangd van de rechtspersonen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 (thans, na wijziging, artikel 48 EG), om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in die rechtspersonen als van derden, teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken".

B — *Nationaal recht*

6. De verwijzende instantie heeft het toepasselijke nationale recht, voorzover hier van belang, als volgt weergegeven.

7. Ter omzetting van de hierboven aangehaalde bepalingen van de Eerste en de Vierde richtlijn vaardigde Oostenrijk in eerste instantie het Rechnungslegungsgesetz uit [3], met de herziene versie van §§ 277 en 283 van het Handelsgesetzbuch (hierna ook: „öHGB"). Met de tweede omzettingswetgeving, het EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz [4], werd de publicatieplicht verder uitgebreid, waarmee de richtlijn inhoudelijk volledig is omgezet.

8. Voor grote kapitaalvennootschappen als bedoeld in § 221 öHGB, bepaalt § 277, lid 1, öHGB, zoals gewijzigd bij de tweede omzettingswetgeving, het volgende:

„De wettelijke vertegenwoordigers van de kapitaalvennootschap moeten de jaarrekening en het jaarverslag na de behandeling daarvan in de aandeelhoudersvergadering, echter uiterlijk negen maanden na de balansdatum, met de goedkeurende verklaring of de verklaring waarbij goedkeuring werd geweigerd of onder voorbehoud gegeven, worden neergelegd bij het registergerecht van de zetel van de kapitaalvennootschap; binnen dezelfde termijn moeten het verslag van de raad van commissarissen, het voorstel tot vaststelling van de winst en het besluit tot bestemming van de winst worden ingediend.

Indien ter bewaring van de termijn de jaarrekening en het jaarverslag zonder de

3 — BGBl 475/1990.

4 — BGBl 304/1996.

andere documenten worden ingediend, moeten het verslag, het voorstel en het besluit, en de goedkeurende verklaring worden ingediend zodra deze gereed, genomen respectievelijk ontvangen zijn. Indien de jaarrekening bij controle of vaststelling achteraf wordt gewijzigd, dan moet ook deze wijziging worden ingediend."

9. § 283, lid 1, öHGB, zoals gewijzigd bij de tweede omzettingswetgeving, stelt de volgende sanctie vast:

„De bestuursleden of de liquidateurs zijn onverminderd de handelsrechtelijke bepalingen, gehouden tot naleving van de §§ 244, 245, 247, 248, 270, 272 en 277-280, de commissarissen tot naleving van § 270 en in het geval van een binnenlandse vestiging van een buitenlandse vennootschap de daarvoor vertegenwoordigingsbevoegde personen tot naleven van § 280 a, een en ander op straffe van door het gerecht op te leggen dwangsommen tot 50 000 ATS."

10. Aanvullend bepaalt § 24, lid 1, van het Firmenbuchgesetz (hierna ook: „FBG"): [5]

„Degene die verplicht is tot het doen van opgave, tot ondertekening of tot neerlegging van documenten bij het ondernemingsregister, of degene die een hem niet toekomende rekeningsbevoegdheid gebruikt, kan op straffe van door het gerecht op te leggen dwangsommen tot 50 000 ATS verplicht worden, zijn verplichting na te komen respectievelijk het gebruik van de tekeningsbevoegdheid te staken of aan te tonen dat er geen verplichting is of het gebruik van de tekeningsbevoegdheid rechtmatig is."

III — Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen

11. Bij de ondernemingskamer van het Landesgericht Wels is een procedure in de zin van § 277 öHGB aanhangig. De ondernemingskamer had bij beschikking van 13 september 1999, Lutz Gesellschaft mbH e.a. (hierna: „Lutz"), gevestigd te Wels, gelast binnen een termijn van vier weken op straffe van een dwangsom van 10 000 ATS de in de §§ 277 tot en met 280 a öHGB bedoelde bescheiden (jaarrekening en jaarverslag) te overleggen.

12. Aangezien de in het besluit van 13 september 1999 vervatte dwangsombedreiging naar vaste rechtspraak van het Oberste Gerichtshof onaantastbaar is, heeft

5 — Zoals gewijzigd bij BGBl 10/1991.

Lutz zich tot het Verfassungsgerichtshof gewend met een beroep („Individualantrag") strekkende tot vaststelling dat de openbaarheidsbepalingen strijdig zijn met grondrechten en communautair recht. De ondernemingskamer van het Landesgericht Wels heeft vervolgens bij besluit van 2 november 1999 de termijn voor inlevering van de boekhoudbescheiden verlengd tot de uitspraak van het Verfassungsgerichtshof. Bij besluit van 29 november 1999 heeft het Verfassungsgerichtshof het verzoek van Lutz afgewezen. Ter motivering voerde dit hof aan dat de toepassing van de dwangsom kan worden opgeschort totdat een beslissing is genomen over de rechtmatigheid van de verplichting waaraan de dwangsom is verbonden.

13. Daarop besloot de ondernemingskamer van het Landesgericht Wels bij beschikking van 9 mei 2000, ambtshalve en op verzoek van Lutz van 20 januari 2000, overeenkomstig artikel 234 EG het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1. Maken de in artikel 2, lid 1, sub f, van de eerste richtlijn 68/151/EEG en in artikel 47 van de vierde richtlijn 78/660/EEG neergelegde maatregelen inzake de openbaarmakingsplicht voor kapitaalvennootschappen inbreuk op artikel 44, lid 2, sub g, EG, welke bepaling machtigt tot coördinatie van de waarborgen, welke in de lidstaten van vennootschappen worden verlangd, om de belangen te beschermen van zowel de deelnemers als de crediteuren?

2. Maken de in artikel 2, lid 1, sub f, van de eerste richtlijn 68/151/EEG en in artikel 47 van de vierde richtlijn 78/660/EEG neergelegde maatregelen inzake de openbaarmakingsplicht voor kapitaalvennootschappen inbreuk op artikel 44, lid 2, sub g, EG, omdat zij niet noodzakelijk zijn voor de verwijdering van belemmeringen van de vestigingsvrijheid of voor de verwezenlijking van andere doeleinden van het Verdrag (met name de invoering van uniforme randvoorwaarden)?

3. Is het verenigbaar met het algemene rechtsbeginsel van evenredigheid, dat artikel 2, lid 1, sub f, van de eerste richtlijn 68/151/EEG juncto artikel 47 van de vierde richtlijn 78/660/EEG, door de verplichting, op straffe van sancties, tot openbaarmaking van de balans en de winst- en verliesrekening van elk boekjaar de ondernemingen dwingt zakengeheimen prijs te geven, terwijl de ten doel gestelde bescherming door andere, minder ingrijpende maatregelen adequaat kan worden bereikt?

4. Is het verenigbaar met het gemeenschapsrechtelijk erkende fundamentele recht van eigendom, dat artikel 2, lid 1, sub f, van de eerste richtlijn 68/151/EEG juncto artikel 47 van de vierde richtlijn 78/660/EEG, door de

verplichting, op straffe van sancties, tot openbaarmaking van de balans en de winst- en verliesrekening van elk boekjaar de ondernemingen dwingt zakengeheimen prijs te geven, terwijl de ten doel gestelde bescherming door andere, minder ingrijpende maatregelen adequaat kan worden bereikt?

5. Is het verenigbaar met het gemeenschapsrechtelijk erkende fundamentele recht van economische bedrijvigheid, dat artikel 2, lid 1, sub f, van de eerste richtlijn 68/151/EEG juncto artikel 47 van de vierde richtlijn 78/660/EEG, door de verplichting, op straffe van sancties, tot openbaarmaking van de balans en de winst- en verliesrekening van elk boekjaar de ondernemingen dwingt zakengeheimen prijs te geven, terwijl de hiermee ten doel gestelde bescherming door andere, minder ingrijpende maatregelen adequaat kan worden bereikt?"

14. Overeenkomstig artikel 20 van het Statuut van het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Lutz, de regeringen van Spanje, Italië en Oostenrijk, alsmede de Raad en de Commissie. Op 25 oktober 2001 heeft de terechtzitting plaatsgevonden, waar Lutz, de Italiaanse regering, de Raad en de Commissie vertegenwoordigd waren.

IV — De bevoegdheid van het Hof

15. In de schriftelijke procedure is geen enkele opmerking gemaakt betreffende de bevoegdheid van het Hof om te antwoorden op de door het Landesgericht Wels gestelde vragen. Nadat het Hof de partijen daar schriftelijk om had verzocht, is het onderwerp ter terechtzitting aan de orde gekomen.

16. Overeenkomstig artikel 234, eerste alinea, EG is het Hof bevoegd, bij wijze van een prejudiciële beslissing, uitspraak te doen over de uitlegging van het Verdrag en de handelingen van de instellingen van de Gemeenschap. Volgens de tweede alinea van deze bepaling kan een rechterlijke instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof verzoeken om over deze vraag uitspraak te doen.

17. Het Hof heeft inmiddels in een aantal zaken uitgemaakt dat rechterlijke instanties die voldoen aan de institutionele vereisten — zoals in casu — maar die gebruikmaken van de prejudiciële procedure in een hoedanigheid waarin zij geen rechtsprekende functie uitoefenen, geen rechterlijke instantie zijn in de zin van artikel 234 EG. In deze gevallen behandelen zij een bepaalde administratieve aangelegenheid in judiciële vorm, en verklaart het Hof zich niet bevoegd de gestelde vragen te beant-

woorden. Deze rechtspraak is ingezet met het arrest Job Centre I [6], en recentelijk bevestigd in het arrest Salzmann [7] en in de beschikking van het Hof in de zaak HSB-Wohnbau. [8]

18. In de zaak Job Centre I werden de prejudiciële vragen gesteld door het Tribunale civile e penale di Milano, dat was verzocht om goedkeuring te verlenen aan de oprichtingsakte van een vereniging in een procedure van zogeheten „vrijwillige rechtspraak". Overeenkomstig het Italiaanse Burgerlijk Wetboek beveelt het Tribunale de inschrijving van de vereniging in het register, indien het heeft vastgesteld dat de statuten aan de wettelijke vereisten voldoen en het Openbaar ministerie is gehoord. Het Hof acht de nationale rechter slechts bevoegd tot het stellen van prejudiciële vragen „indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken vertoont van een rechterlijke uitspraak [...]". In casu was dat echter niet het geval. Het Hof stelt vast dat de verwijzende rechter in de onderhavige procedure „een niet-rechtsprekende functie vervult, die bovendien in andere lidstaten aan bestuursorganen is opgedragen. Hij treedt immers op als bestuursorgaan, en behoeft niet tegelijkertijd een geschil te beslechten." [9]

19. De zaak Salzmann betrof het prejudiciële verzoek van het Bezirksgericht Bregenz in het kader van de inschrijving in het kadaster van een overeenkomst betreffende de koop van een stuk bouwgrond. Het Bezirksgericht is volgens de Oostenrijkse federale kadasterwet van 1955 bevoegd om onroerendgoedtransacties in het kadaster te registreren. Daartoe onderzoekt het Bezirksgericht of een verzoek ter zake voldoet aan de in de wet gestelde voorwaarden. Het Hof oordeelt in zijn arrest van 14 juni 2001 dat het Bezirksgericht in een dergelijk geval geen geschil onderzoekt, maar zich dient uit te spreken over de vraag of het verzoek overeenstemt met de wettelijke voorschriften. In het kader van deze activiteit vervult het Bezirksgericht een niet-rechtsprekende functie. Door verzoekster in het hoofdgeding was betoogd dat het Bezirksgericht in beroep werd verzocht om inschrijving in het kadaster van haar eigendomsrecht, aangezien een Rechtspfleger — een gerechtelijk ambtenaar — in eerste instantie afwijzend over haar verzoek had beslist, maar het Hof stelt vast de beslissing van de Rechtspfleger de kenmerken heeft van een administratieve klacht binnen het betrokken orgaan. [10]

20. In de zaak HSB-Wohnbau heeft het Hof zich bij beschikking van 10 juli 2001 klaarblijkelijk onbevoegd verklaard om de gestelde vragen te beantwoorden. Het Amtsgericht — Registergericht — Heidelberg verzocht het Hof om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 43 en 48 EG naar aanleiding van een geschil over de inschrijving in het Duitse handelsregister van de verplaatsing van de zetel van een Gmbh van Duitsland naar Spanje, waarover het Amtsgericht zich bij beschikking moest uitspreken. Uit de

6 — Arrest van 19 oktober 1995, (C-111/94, Jurispr. blz. I-3361).

7 — Arrest van 14 juni 2001 (C-178/99, Jurispr. blz. I-4421).

8 — Beschikking van 10 juli 2001 (C-86/00, Jurispr. blz. I-5353).

9 — Arrest Job Centre I, reeds aangehaald, punten 9-11.

10 — Arrest Salzmann, reeds aangehaald, punten 13-22. Zie met name over de positie van de Rechtspfleger in de procedure ook mijn conclusie bij dit arrest (blz. I-4423), punten 38-43.

verwijzingsbeschikking blijkt dat het Amtsgericht zich tot het Hof heeft gewend in zijn hoedanigheid van instantie die in Duitsland is belast met het beheer van het handelsregister en in het kader van een procedure die is gericht op de inschrijving in het register. Het Amtsgericht is de eerste autoriteit die over die inschrijving van de vennootschap moet oordelen. Daaruit volgt, aldus het Hof, dat het Amtsgericht met het oog op deze activiteit geen rechtsprekende functie uitoefent. [11]

21. Uit deze drie zaken valt af te leiden dat de betrokken werkzaamheden van bestuurlijke en niet van rechtsprekende aard zijn op grond van de volgende omstandigheden:

— de vragen zijn voorgelegd in procedures waarin is verzocht om inschrijving van een bepaalde rechtstoestand in een register;

— de verwijzende instanties is gevraagd om zich in eerste instantie en op verzoek uit te laten over de inschrijving;

— alvorens over te gaan tot inschrijving, beperken de verwijzende instanties zich tot de vaststelling dat het verzoek aan de wettelijke vereisten voldoet;

— tegen de beslissing bestaat het rechtsmiddel van beroep in rechte.

22. In de voorliggende zaak geeft de verwijzingsbeschikking weinig uitsluitsel over de feitelijke omstandigheden van het geval. Wel is door de verwijzende instantie en partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend de meest relevante nationale wetgeving uiteengezet. Mijns inziens kan uit de Oostenrijkse regelgeving betreffende de openbaarheidsplichten en de wetgeving inzake de rechterlijke organisatie worden afgeleid dat het Landesgericht Wels — als ondernemingskamer — de prejudiciële vragen niet heeft gesteld in de hoedanigheid van een rechtsprekende instantie, maar in het kader van activiteiten van administratieve aard.

23. Het voornaamste onderscheid met de genoemde zaken Job Centre I, Salzmann en HSB-Wohnbau is dat de nationale rechter niet wordt gevraagd om een bepaalde rechtstoestand in een register in te schrijven. Het Landesgericht Wels — de ondernemingskamer — is belast met het beheer van het handelsregister. Ingevolge het Handelsgesetzbuch moeten de jaarrekening en de daarbij behorende documenten ter fine van openbaarmaking worden gedeponeerd. Bij de uitvoering van deze administratieve taak kan de ondernemingskamer vennootschappen gelasten de betrokken bescheiden op straffe van een dwangsom te deponeren. Krachtens § 24 FBG kan aan elke vennootschap die in gebreke is gebleven binnen de gestelde termijn aan zijn verplichtingen te voldoen, een dwangsom worden opgelegd. De ondernemingskamer is voorts de eerste

11 — Beschikking HSB-Wohnbau, reeds aangehaald, punten 14-17.

instantie die over de openbaarmaking oordeelt. [12]

24. De ondernemingskamer dient uitsluitend vast te stellen dat niet is voldaan aan de wettelijke vereisten voor de openbaarmaking. Op basis daarvan kan zij de in gebreke zijnde vennootschap gelasten de boekhoudbescheiden te overleggen. De dwangsom is in wezen een administratief dwangmiddel om de betrokken vennootschap aan te sporen zijn wettelijke verplichtingen na te komen, en komt in het Oostenrijkse recht veelvuldig voor. Het dwangmiddel wordt ambtshalve opgelegd. De ondernemingskamer heeft slechts een discretionaire bevoegdheid bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom. [13] Indien de ondernemingskamer van deze bevoegdheden gebruik maakt, is zij gebonden aan de uitputtende wettelijke regelingen van het Handelsgesetzbuch en het Firmenbuchgesetz. [14]

25. Tegen de beschikking waarbij het overleggen van de stukken wordt gelast en de daaraan verbonden dwangsom wordt bedreigd, kan de vennootschap naar Oostenrijks recht verzoeken om herziening bij de ondernemingskamer die de beschikking heeft vastgesteld („Vorstellung") dan wel beroep instellen bij het Oberlandesgericht („Rekurs"). [15] In de onderhavige procedure heeft Lutz bij de ondernemingskamer om een herziening verzocht van de beschikking van 13 september 1999. Daarmee staat voor mij vast dat in het onderhavige geval administratief bezwaar is aangetekend tegen de beschikking. [16]

26. Het Landesgericht Wels heeft de prejudiciële vragen mitsdien gesteld in het kader van een administratieve bezwaarschriftenprocedure, in de vervulling van een niet-rechterlijke, administratieve functie. De vragen zijn dus niet afkomstig van een rechterlijke instantie die een rechterlijke functie vervult in de zin van artikel 234 EG. Het Hof is niet bevoegd zich erover uit te spreken. [17]

27. De vennootschap die de beschikking tot openbaarmaking en de daaraan verbonden dwangsom wil aanvechten, kan zich wenden tot het Oberlandesgericht. Indien deze rechterlijke instantie in hoger beroep en in de hoedanigheid van een rechtsprekende instantie over de rechtmatigheid van de last en de daarbij behorende dwangsom moet oordelen, kan zij het Hof verzoeken om een prejudiciële uitspraak.

12 — Zie § 120, lid 1, FBG. Deze handelingen vinden overigens plaats door een alleensprekende rechter („Einzelrichter"), zie § 7a, lid 3, van de Jurisdiktionsnorm (laatste wijziging in BGBl 140/1997).

13 — Die bedraagt krachtens § 24, leden 1 en 2, FBG maximaal 50 000 ATS respectievelijk — indien niet binnen twee maanden gevolg wordt gegeven aan de eerste aanmaning — maximaal 100 000 ATS.

14 — Zie met name § 282, lid 1, öHGB, en § 24 FBG.

15 — Zie § 9 Ausserstreitgesetz (RGBl 208/1854).

16 — Zie in deze zin ook het arrest Salzmann, reeds aangehaald, punt 21.

17 — Zie in dit verband ook de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 28 juni 2001 in zaak C-17/00, De Coster (C-17/00, arrest van 29 november 2001, Jurispr. blz. I-9445, blz. I-9447). In zijn doorwrochte conclusie lanceert hij het voorstel voor een nieuwe inhoudsbepaling van het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG. Als algemene regel bepleit hij dat het Hof bevoegd moet zijn prejudiciële verzoeken te beantwoorden van alle instanties die deel uitmaken van de nationale rechterlijke organisatie. Daarbij stelt hij echter als voorwaarde dat de verwijzende instantie bovendien haar rechtsprekende bevoegdheid moet uitoefenen (punt 85).

V — Conclusie

28. Gelet op het voorgaande, geef ik in overweging voor recht te verklaren dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen niet bevoegd is om te antwoorden op de door het Landesgericht Wels bij verwijzingsbeschikking van 9 mei 2000 gestelde vragen.