

**DE BRIEVENBUSVENNOOTSCHAP AAN
BANDEN: ANTIMISBRUIKMAATREGELEN
VAN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT**
WP 2022-11

Floris Mertens

Financial Law Institute
Working Paper Series





WP 2022-11

Floris Mertens

De brievenbusvennootschap aan banden: antimisbruikmaatregelen van internationaal privaatrecht

Abstract

Het Belgisch Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen bracht een belangrijke vernieuwing met zich mee op het vlak van het vennootschappelijk internationaal privaatrecht. De werkelijke zetelleer werd verlaten en vervangen door de statutaire zetelleer, waardoor men voortaan voor de bepaling van het toepasselijke vennootschapsrecht aanknoopt bij de locatie van de statutaire zetel. Deze overschakeling heeft tot gevolg dat oprichters of bestuurders zullen zoeken naar landen met lakse regels van vennootschapsrecht, om aldaar de statutaire zetel te (ver)plaatsen. Wanneer de vennootschap vervolgens haar voornaamste economische activiteiten verricht in een ander land dan dat van de statutaire zetel, komt een zogenaamde brievenbusvennootschap tot stand.

De bespreking in deze bijdrage maakt duidelijk dat België, Nederland, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland eerder wantrouwig staan tegenover het fenomeen van de brievenbusvennootschap. Hoewel dit vehikel een onvermijdelijk product van de incorporatieleer is, zou het ogenschijnlijk diverse misbruiken in de hand kunnen werken. Voormelde Europese landen trachten hier via tal van privaatrechtelijke antimisbruikmaatregelen aan tegemoet te komen. Dit lappendeken van maatregelen mist evenwel een zekere uniformiteit, gaat uit van een foutief misbruikbegrip, en is reeds talloze malen door het Hof van Justitie als onverenigbaar bevonden met de vrijheid van vestiging.

The author welcomes your comments at floris.mertens@ugent.be

The final version of this paper will be published in *TBH/RDC*

The entire working paper series can be consulted at www.fli.ugent.be



De brievenbusvennootschap aan banden: antimisbruikmaatregelen van internationaal privaatrecht

Floris Mertens - doctorandus Universiteit Gent, Instituut Financieel Recht¹

INLEIDING

1. **Pandora-papers.** De Pandora-papers van 2021 toonden aan dat *offshore* constructies blijven floreren, ondanks jarenlange publieke inspanningen om onder andere de belastingontduiking en het witwassen van geld tegen te gaan.² Dergelijke *offshore* techniek, waarbij men belastbare inkomsten versluist via een keten van holdingvennootschappen in landen met bijzonder lage aanslagvoet, is vaak ingegeven door fiscale motieven. Ook het fenomeen van de brievenbusvennootschap, die per definitie economisch actief is in een ander land dan het land van de statutaire zetel, wordt stevast geplaagd met de negatieve connotatie van een fiscaal dubieus vehikel. Bij het inzetten van deze brievenbusvennootschappen moet echter evenzeer gewezen worden op de bijhorende privaatrechtelijke implicaties, die minstens een even grote impact zouden moeten hebben op de gemaakte kosten-batenanalyse bij het kiezen voor een dergelijke constructie. Hoewel een elders gevestigde brievenbusvennootschap mogelijks belastingvoordelen kan huisvesten, bestaat immers het gevaar dat het land waarin de vennootschap haar werkelijke economische activiteiten verricht, bepaalde antimisbruikbepalingen opdringt aan de vennootschap – net omdat haar buitenlands karakter een louter “formele” aard heeft. Om meer licht te schijnen op deze materie, volgt in deze bijdrage een uiteenzetting van de belangrijkste antimisbruikmaatregelen die een aantal Europese landen inzetten jegens brievenbusvennootschappen. Deze bepalingen vormen veelal uitzonderingen op de zogenaamde incorporatieleer (I); waarbij het “werkelijke zeteland” waarin de voornaamste economische activiteiten van de brievenbusvennootschap plaatsvinden, tracht om misbruiken van de vennootschap te remediëren (II); door diens eigen rechters bevoegd te verklaren (III.a), de eigen regels van het vennootschapsrecht op te dringen (III.b), of bepaalde openbaarmakingsverplichtingen in te stellen (III.c). De hiernavolgende analyse geschiedt dus voornamelijk vanuit het vennootschappelijk internationaal privaatrecht (hierna: IPR). Het is hierbij van belang om op te merken dat deze bijdrage enkel betrekking heeft op het bestaan van de brievenbusvennootschap als dusdanig, als gevolg van de divergentie tussen het land van de statutaire zetel enerzijds en het land van de werkelijke zetel anderzijds. Bij de grensoverschrijdende omzetting of zetelverplaatsing van een vennootschap gelden andere dynamieken, aangezien in dat geval de *mobilititeit* van de vennootschap in vraag kom te staan.³

I. DE INCORPORATIELEER

¹ Deze bijdrage is een verkorte, geactualiseerde versie van de auteur zijn masterproef voor het behalen van de graad van Master in de Rechten aan Universiteit Gent, onder het promotorschap van prof. dr. Hans De Wulf tijdens het academiejaar 2020-21.

² INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS, “Offshore havens and hidden riches of world leaders and billionaires exposed in unprecedented leak”, 2021, <https://www.icij.org/investigations/pandora-papers/global-investigation-tax-havens-offshore/>.

³ Voor een analyse van de grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen in de Europese Unie, zie K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Mortsel, Intersentia, 2014, vi + 393p.



2. **Lex societatis.** Preliminair is het van belang om uit te klaren welke staat het op een vennootschap – alsook een brievenbusvennootschap – toepasselijke vennootschapsrecht zal leveren. Volgens het IPR bepaalt de *lex societatis* het nationaal vennootschapsrecht waaraan een vennootschap onderworpen is.⁴ Ter bepaling van de *lex societatis*, kent het IPR twee dominante doctrines. Deze zijn de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer, die zich in essentie van elkaar onderscheiden door het gebruikte aanknopingspunt. Kort gezegd baseert de incorporatieleer zich enkel op de ligging van de zetel zoals vastgelegd in het document dat geregistreerd wordt bij de oprichting (of incorporatie) van de vennootschap, terwijl de werkelijke zetelleer aanknopingspunt zoekt bij de plaats waar de leiding van de vennootschap zich bevindt of waar de economische activiteiten van de vennootschap geconcentreerd zijn.⁵ De incorporatieleer heeft de voorbije decennia terrein gewonnen, en de werkelijke zetelleer is op zich reeds een algemene antimisbruikdoctrine. Daarom beperkt deze bijdrage zich tot de antimisbruikleerstukken die gehanteerd worden in incorporatieleerlanden, zoals België er nu ook één is sinds 2019.

3. **Belgische statutaire zetelleer.** Het Belgisch vennootschappelijk IPR onderging in 2019 een drastische hervorming, naar aanleiding van de invoering van het WVV.⁶ Met ingang van 1 mei 2019 werd een belangrijke innovatie op IPR-vlak ingevoerd voor het aanwijzen van de *lex societatis*: de werkelijke zetelleer werd verlaten, en België schakelde over naar de statutaire zetelleer.⁷ De statutaire zetelleer is een vorm van de incorporatieleer, die met zich meebrengt dat het WVV van toepassing is op alle vennootschappen waarvan de statuten bepalen dat de “zetel” op een adres in België te lokaliseren is. Daartoe werd art. 110 WIPR als volgt gewijzigd: “*Rechtspersonen worden beheerst door het recht van de Staat waar hun statutaire zetel is gelegen.*” Ook art. 2:146 WVV bepaalt dat het nieuwe Wetboek van toepassing is op “*rechtspersonen die hun statutaire zetel in België hebben*”.

België hangt een zuivere vorm van de statutaire zetelleer aan, waarbij enkel de plaats van de statutaire zetel zoals bepaald in de statuten als (formeel) aanknopingspunt gehanteerd wordt ter bepaling van de *lex societatis*.⁸ Andere – feitelijke – elementen, zoals het centrum van voornaamste belangen, worden niet langer in rekening gebracht, in tegenstelling tot wat onder een werkelijke zetelleer geldt.⁹ Het is dus niet vereist dat de vennootschap een materiële band heeft met België, opdat het Belgische WVV op haar van toepassing is. Bovendien past België de statutaire zetelleer universeel toe, namelijk zowel ten aanzien van EU-vennootschappen als niet-EU vennootschappen.¹⁰ Elke buitenlandse vennootschap kan genieten van de Belgische

⁴ P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn - Antwerpen, Maklu, 2017, 23, nr. 16; T. LANZIUS, *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, 21.

⁵ I. WUISMAN, *Freedom of Establishment for Companies in Europe*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2019, 13-16.

⁶ Wetboek 23 maart 2019 van vennootschappen en verenigingen, BS 4 april 2019 (hierna: WVV); ingevoerd door art. 2 wet 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, BS 4 april 2019.

⁷ H. DE WULF, K. MARESCEAU en H. VANHULLE, "Het nieuwe vennootschappelijk IPR en de procedure tot grensoverschrijdende omzetting: duiding, kanttekeningen en fiscale impact", *TBH* 2018, 1217, nr. 1.

⁸ Met *lex societatis* wordt bedoeld op het toepasselijke vennootschapsrecht; H. CULOT en D. VAN GERVEN, "(Kroniek) Vennootschapsrecht - (Chronique) Droit des sociétés 2018-2019", *TRV-RPS* 2019, afl. 6, 630.

⁹ M. MYSZKE-NOWAKOWSKA, *The role of choice of law rules in shaping free movement of companies*, Cambridge, 2014, 53-54, nr. 83.

¹⁰ Met EER-, EU- en VS-vennootschap worden telkens bedoeld op een vennootschap met statutaire zetel in respectievelijk de Europese Economische Ruimte, de Europese Unie, of de Verenigde Staten. Met de benaming niet-



statutaire zetelleer.¹¹ Nochtans heeft men tijdens het wetgevend proces ook de Duitse opvatting overwogen (waarbij de incorporatieleer enkel geldt voor EER- en VS-vennootschappen), maar deze piste heeft men bewust verworpen, omdat men van oordeel was dat zij getuigde van een te groot wantrouwen tegenover vennootschappen uit derde landen.¹²

4. **Europese tendens naar de incorporatieleer.** De Belgische statutaire zettelleer is zoals gezegd een variant van de incorporatieleer, op basis waarvan de *lex societatis* bepaald wordt door de plaats waar de vennootschap formeel geïncorporeerd is.¹³ Steeds meer staten bekeren zichzelf tot dit leerstuk,¹⁴ zoals een tijd geleden Duitsland¹⁵ in navolging van de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Nederland, en Zwitserland. Vooral binnen de Europese Unie bestaat onder invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie over de vrijheid van vestiging een tendens richting de incorporatieleer, daar waar de traditionele continentale visie in het verleden steeds aanknoopte bij de werkelijke (feitelijke) zetel. In het *Überseering*-arrest is namelijk gebleken dat de vrijheid van vestiging¹⁶ het in principe aan EU-lidstaten verbiedt om de rechtspersoonlijkheid van een rechtsgeldig in een andere lidstaat opgerichte vennootschap te ontkennen en dus ook het eigen vennootschapsrecht op diezelfde vennootschap van toepassing te verklaren.¹⁷ Dergelijke belemmering kan op basis van het *Centros*-arrest enkel gerechtvaardigd en derhalve toegelaten zijn, indien het deel van het vennootschapsrecht dat de lidstaat wil toepassen de *Cassis de Dijon*-test doorstaat (ook wel de *rule of reason* of *Gebhard*-test genoemd),¹⁸ of indien de lidstaat uitgaat van de antimisbruikleer

EER, niet-EU, en niet-VS-vennootschap wordt bedoeld op een vennootschap die buiten dit respectievelijke rechtstelsel geïncorporeerd is.

¹¹ Art. 2:148, eerste lid WVV.

¹² H. DE WULF *et al.*, "Het nieuwe vennootschappelijk IPR en de procedure tot grensoverschrijdende omzetting: duiding, kanttekeningen en fiscale impact", *TBH* 2018, 1220, nr. 13.

¹³ M. MYSZKE-NOWAKOWSKA, *The role of choice of law rules in shaping free movement of companies*, Cambridge, 2014, 63-64, nr. 98.

¹⁴ Een andere variant van de incorporatieleer is de eigenlijke incorporatieleer, waarbij wordt aangeknoopt bij de locatie van de oprichtingszetel in plaats van de statutaire zetel. Aangezien de oprichtingszetel niet mobiel is, impliceert een radicale toepassing van dit leerstuk dat de *lex societatis* na oprichting niet meer gewijzigd kan worden. Het Verenigd Koninkrijk hangt voorlopig nog steeds de eigenlijke incorporatieleer aan, net als Nederland volgens een letterlijke lezing van de wettekst – zij het dat dit laatste land onder Europese invloed eigenlijk toch de statutaire zetelleer hanteert waarbij de *lex societatis* nog kan wijzigen bij grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Een ommezwaai naar een variant van de statutaire zetelleer lijkt ook bij het Verenigd Koninkrijk op til; F. MERTENS; "United Kingdom considers the introduction of cross-border corporate mobility: testing the waters for a free choice of foreign company law after incorporation?", *Oxford Business Law Blog* 2021, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/12/united-kingdom-considers-introduction-cross-border-corporate-mobility>. EU-lidstaten zullen vanaf 31 januari 2023 trouwens verplicht worden om de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van kapitaalvennootschappen rechtstreeks toe te laten, zoals voorgeschreven door Richtl. EP en Raad nr. 2019/2121, 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen, *Pb.L.* 12 december 2019, afl. 321, 1 (hierna: Richtlijn Grensoverschrijdende Omzettingen, Fusies en Splitsingen). Hierdoor zal het onderscheid tussen de statutaire zetelleer en de eigenlijke incorporatieleer stilaan vervagen binnen de EU, wat niet wegneemt dat het nog steeds relevant kan zijn ten aanzien van niet-EU-vennootschappen die door de meerderheid van de lidstaten op andere wijze dan EU-vennootschappen behandeld worden.

¹⁵ Bundesgerichtshof (DE) 13 maart 2003, nr. VII ZR 370/98 veroorzaakte in Duitsland de ommezwaai naar de incorporatieleer jegens EU-vennootschappen.

¹⁶ Zoals gewaarborgd door de artikelen 49 en 54 VWEU voor vennootschappen.

¹⁷ HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering*.

¹⁸ HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*, overw. 34; K. MARESCEAU, "Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer" in *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 9-12, nr. 9-11.



(wat van geval tot geval moet worden aangetoond).¹⁹ De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft duidelijk gemaakt dat aan deze proportionaliteitsvereiste bijna nooit succesvol voldaan wordt.²⁰ Het toepassen van de werkelijke zetelleer jegens een EU-vennootschap zal daarom in de meeste gevallen een ongerechtvaardigde belemmering uitmaken van de vrijheid van vestiging. Het *Überseering*-arrest wordt derhalve door vele auteurs beschouwd als de genadeslag voor een zinvolle en efficiënte toepassing van de werkelijke zetelleer binnen de EU (doch niet iedereen gaat hiermee akkoord, aangezien het arrest voor interpretatie vatbaar is).²¹ Eén en ander verklaart de Europese tendens tot het overschakelen naar de statutaire zetelleer.

Naast deze evoluties op Europees niveau, valt er beleidsmatig ook iets te zeggen voor de incorporatieleer. Zo maakt het leerstuk de *opt-in* mogelijk voor het vennootschapsrecht van een bepaalde staat via een grensoverschrijdende omzetting of zetelverplaatsing.²² Tevens levert de incorporatieleer een grotere rechtszekerheid op voor de betrokkenen. Onder de werkelijke zetelleer kan een nationale rechter immers oordelen dat de vennootschap aan het recht van een bepaalde staat wordt onderworpen, enkel en alleen omdat de vennootschap aldaar een vestiging heeft die door de rechter als werkelijke zetel wordt beschouwd. De statutaire zetelleer biedt een antwoord op deze problematiek, omdat het een wijziging van de *lex societatis* enkel mogelijk maakt door een formele beslissing tot zetelverplaatsing die uitgaat van de vennootschap zelf.

II. MISBRUIK VAN DE INCORPORATIELEER

a. De figuur van de brievenbusvennootschap

5. **Product van de incorporatieleer.** De landen die een vorm van de incorporatieleer aanhangen, aanvaarden in principe zonder meer dat de vennootschap haar economisch zwaartepunt verplaatst naar het buitenland. Dan blijft de vennootschap onderworpen aan de *lex societatis* van het incorporatieland, ongeacht naar waar haar werkelijke hoofdkwartier of werkelijke zetel verplaatst is.²³ De incorporatieleer heeft daarom onvermijdelijk tot gevolg dat de vennootschap haar statutaire zetel in een ander land kan vestigen dan het land waarin zij haar voornaamste activiteiten verricht, omdat het bestuur van de vennootschap aan soepelere regels van vennootschapsrecht onderworpen wenst te worden. In zulke gevallen ontstaat een discrepantie tussen het incorporatieland en het land waarin de werkelijke zetel gevestigd is, dat men het “exploitatieland” kan noemen.²⁴ Het is zelfs mogelijk dat de vennootschap bij

¹⁹ HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*, overw. 24; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 120.

²⁰ HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*, overw. 37; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 140; H. DE WULF *et al.*, “Het nieuwe vennootschappelijk IPR en de procedure tot grensoverschrijdende omzetting: duiding, kanttekeningen en fiscale impact”, *TBH* 2018, 1219-1220, nr. 10; D. BRULOOT, H. DE WULF, K. MARESCEAU en L. VAN COILLIE, “Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: overzicht en enkele pijnpunten”, *Not.Fisc.M.* 2019, afl. 7, 225, nr. 14.

²¹ Zie voor een overzicht van de heersende opinies in de rechtsleer: P. PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 46-47, nr. 3.39-3.41; J. MEEUSEN, “De werkelijke zetelleer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen – Analyse van het arrest *Überseering* van het hof van justitie”, *TRV* 2003, afl. 2, 121-126.

²² H. DE WULF *et al.*, “Het nieuwe vennootschappelijk IPR en de procedure tot grensoverschrijdende omzetting: duiding, kanttekeningen en fiscale impact”, *TBH* 2018, 1219-1220, nr. 10.

²³ A. FRADA DE SOUSA, “Company’s Cross-border Transfer of Seat in the EU after *Cartesio*”, in *Jean Monnet Working Paper Series*, New York, New York University School of Law, 2009, 5.

²⁴ Zie bijvoorbeeld de definitie van “formeel buitenlandse vennootschap” in art. 1, eerste lid Wet (NL) 17 december 1997 op de formeel buitenlandse vennootschappen, *Stb.* 1997, 697; X.E. KRAMER en H.L.E. VERHAGEN, “Formeel



wijze van spreken slechts een brievenbus heeft in het land waarin haar statutaire zetel gevestigd is, terwijl bijna al haar economische activiteiten zich elders situeren. Hierdoor komt een brievenbusvennootschap tot stand, ook wel een formeel buitenlandse vennootschap of pseudo-buitenlandse vennootschap genoemd. Deze vennootschap heeft geen feitelijke of werkelijke band, doch slechts een formele band met het incorporatieland. Conform de incorporatieleer zal de *lex societatis* van het brievenbusland in principe op de vennootschap van toepassing zijn, en wordt de toepassing van het vennootschapsrecht van het werkelijke zeteland vermeden. De brievenbusvennootschap kan daarom omschreven worden als een vennootschap die beheerst wordt door het vennootschapsrecht van de ene staat, terwijl het overgrote deel van haar economische aanknopingspunten in één of meerdere andere staten gelegen is.²⁵

6. **Oorzaak.** Dergelijke constructie kan niet enkel het gevolg zijn van een bewuste rechtskeuze vanwege (het bestuur van) de vennootschap, maar kan ook resulteren uit een normaal economisch proces waarbij de vennootschap tijdens haar levensduur meer succesvol wordt op een buitenlandse dan op een binnenlandse markt.²⁶ Zoals verder zal blijken, scheren verschillende rechtstelsels beide situaties echter zonder enige nuance over dezelfde kam. De nationale wetgeving en rechtspraak van Europese landen hanteren bovendien een uiteenlopende aanpak voor brievenbusvennootschappen, wat rechtsonzekerheid teweegbrengt voor buitenlandse ondernemers. Dit terwijl empirisch onderzoek aantoont dat meer dan 420.000 brievenbusvennootschappen actief zijn op het Europese continent, waarvan 227.000 in het Verenigd Koninkrijk alleen.²⁷

b. Misbruik via de brievenbusvennootschap

7. **Algemeen.** De figuur van de brievenbusvennootschap is aldus inherent aan de incorporatieleer. Uit de praktijk blijkt evenwel dat de meeste landen die de incorporatieleer aanhangen wantrouwig staan tegenover dergelijke vehikels, aangezien ze verscheidene misbruiken van de incorporatieleer in de hand zouden kunnen werken. Nochtans geldt de statutaire zetel enkel als aanknopingspunt voor de *lex societatis* of het toepasselijke vennootschapsrecht. Ter bepaling van het fiscaal recht, insolventierecht, sociaal recht en aansprakelijkheidsrecht wordt daarentegen aangeknoopt bij een eigen – veelal feitelijk en dus niet louter formeel-juridisch – aanknopingspunt.²⁸ Concreet betekent dit dat de incorporatieleer enkel invloed heeft op grofweg de regels inzake de oprichting, het bestaan, de werking, de ontbinding en de vereffening van de vennootschap.²⁹ Het omvat niets meer dan de rechtsvragen over het “begin tot het einde van de vennootschap”.³⁰ Toch kan het

buitenlandse vennootschappen” in *Asser 10-III Internationaal vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 94-100; T. LANZIUS, *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, 22.

²⁵ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 23-24, nr. 34.

²⁶ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 88, nr. 125.

²⁷ I.K. KRISTO en E. THIRION (European Parliamentary Research Service), “An overview of shell companies in the European Union”, 2018, https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/155724/EPRS_STUD_627129_Shell%20companies%20in%20the%20EU.pdf, 14.

²⁸ R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2019, 15-16, nr. 12.

²⁹ P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn - Antwerpen, Maklu, 2017, 26, nr. 16.

³⁰ B. GROßFELD en J. VON STAUDINGER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Berlijn, Sellier - de Gruyter, 1998, 4, nr. 17.



toekennen van een grote vrijheid in de keuze van het toepasselijk vennootschapsrecht een misbruik in de hand werken.³¹ Elke partijautonomie die toebedeeld wordt aan een actor kan op een buitensporige of onevenredige wijze uitgeoefend worden, wat zowel in internationale literatuur³² als volgens het Belgische Hof van Cassatie het (overkoepelende) criterium is om rechtsmisbruik vast te stellen.³³ Dit privaatrechtelijk misbruik kan bij brievenbusvennootschappen twee vormen aannemen: enerzijds het misleiden van vennootschapsexterne derden, zoals schuldeisers, die er op vertrouwen dat de vennootschap onder het recht van het werkelijke zeteland ressorteert, en anderzijds het ontsnappen aan de dwingende regels van de staat waarin de vennootschap haar werkelijke activiteiten voert. Beide situaties kunnen al dan niet intentioneel door de vennootschap bewerkstelligd zijn, aangezien ze zoals gezegd het gevolg kunnen zijn van zowel een bewuste rechtskeuze vanwege het bestuur van de vennootschap, als van een normaal economisch proces waarbij de vennootschap tijdens haar levensduur meer succesvol wordt op een buitenlandse dan op een binnenlandse markt.³⁴

8. **Misleiding van derde partijen.** De incorporatieleer voorziet als dusdanig niet in de bescherming van zwakkere partijen. De autonomie van de vennootschap om de *lex societatis* vrij te kiezen via grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan de belangen van werknemers, schuldeisers en aandeelhouders echter in het gedrang brengen.³⁵ Het is namelijk niet ondenkbaar dat de contractpartijen van de vennootschap het rechtmatig vertrouwen hebben dat de vennootschap beheerst wordt door het recht van de staat waarin zij haar voornaamste activiteiten verricht. Dit recht is voor de contractpartijen veelal het meest gekend en voorspelbaar. Wanneer de statutaire zetel van de vennootschap evenwel in een andere staat gelegen is, zullen deze partijen geconfronteerd worden met een voor hen meestal ongekend buitenlands recht. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan onverwacht restrictieve regels over bestuurdersaansprakelijkheid, of een verregaande tegenwerpelijheid aan derden van statutaire bevoegdheidsbeperkingen voor bestuurders. Derden kunnen ook het rechtmatige vertrouwen ontwikkelen dat zij de vennootschap en haar bestuurders voor de gerechten van het werkelijke zeteland kunnen dagen, terwijl in werkelijkheid kan blijken dat enkel de gerechten van het statutaire zeteland hiertoe bevoegd zijn.

9. **Wetsontduiking.** Ten tweede zien sommigen de incorporatieleer als een georganiseerde vorm van wetsontduiking.³⁶ Een pseudo-buitenlandse vennootschap ontsnapt bij de zuivere toepassing van de incorporatieleer immers per definitie aan de dwingende vennootschapsrechtelijke regels van het land waarin zij haar voornaamste economische

³¹ P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn - Antwerpen, Maklu, 2009, 51-52, nr. 72.

³² N.L. BROWN, "Is there a general principle of abuse of rights in European Community Law?" in D. CURTIN en T. HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, 2 dln., II, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 521.

³³ Cass. 10 september 1971, *Arr.Cass.* 1972, 31; J. VELAERS, "Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit" in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Mortsel, Intersentia, 2015, 8, nr. 12.

³⁴ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 88, nr. 125.

³⁵ M. MYSZKE-NOWAKOWSKA, *The role of choice of law rules in shaping free movement of companies*, Cambridge, 2014, 68-69, nr. 105; J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2012, 52-69.

³⁶ J. WOUTERS, "Private international law and companies' freedom of establishment", *European Business Organization Law Review* 2001, 109; P. PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 111-113, nr. 4.59-4.65.



activiteiten verricht.³⁷ Dit volgt uit de wettige toepassing van de incorporatieleer. Om die reden is het mijns inziens niet gepast om over wetsontduiking te spreken, althans vanuit het oogpunt van het incorporatieleerland dat de vrije keuze van het vennootschapsrecht garandeert. Het is echter onmiskenbaar dat de incorporatieleer de oprichters (en de bestuurders bij statutaire zetelverplaatsing) helpt wanneer zij op zoek gaan naar de rechtsorde met het meest lakse vennootschapsrechtelijke bestel.³⁸ Niet alleen rechtstelsels zoals Panama, Liberia, Vanuatu, de Kaaimaneilanden en de Bermuda's, maar ook Delaware, het Verenigd Koninkrijk, de BES-eilanden (de voormalige Nederlandse Antillen) en Liechtenstein kennen een "soepel" vennootschapsrecht.³⁹ De incorporatieleer toont derhalve dat het moeilijk is om het beste van twee werelden te combineren: het stimuleren van enerzijds het ondernemerschap en anderzijds de productie van vennootschapsrecht dat aan de noden van ondernemingen is aangepast door hen de vrijheid te verlenen om voor buitenlandse vennootschapsvormen te kiezen, kan de omzeiling van dwingende bepalingen uit het recht van het exploitatieland met zich meebrengen. Dit zijn regels die andere *stakeholders* dan de aandeelhouders en bestuurders beschermen.⁴⁰ Die andere, beschermde *stakeholders* zijn natuurlijk vaak zelf ook ondernemingen (bv. veel van de schuldeisers).

10. Het ogenschijnlijk misbruik dat soms in het verlengde van de incorporatieleer wordt gemaakt, beperkt zich zeker niet noodzakelijk, en zelfs niet hoofdzakelijk, tot het ontsnappen aan dwingende vennootschapsrechtelijke regels. Pseudo-buitenlandse vennootschappen worden ook disproportioneel vaak gebruikt om criminele activiteiten te herbergen,⁴¹ aan arbeidsrechtelijke normen en socialezekerheidsbijdragen van het werkelijke zeteland te ontsnappen,⁴² en uiteraard een belastingvoordeel te bekomen dat te kwalificeren is als "wetsontduiking" of fiscaal misbruik.⁴³ Deze andere misbruikvormen volgen *niet* uit de oneigenlijke toepassing van de incorporatieleer op zich. Het sociaal recht en fiscaal recht kennen namelijk afzonderlijke (feitelijke) aanknopingspunten ter bepaling van het toepasselijke recht.⁴⁴ Dit neemt evenwel niet weg dat deze misbruiken kunnen uitgaan van de

³⁷ A. COTIGA, *Le droit européen des sociétés*, Brussel, Larcier, 2013, 161-163, nr. 221-222.

³⁸ Een laks vennootschapsrechtelijk bestel wordt bijvoorbeeld gekenmerkt door (i) een gebrek aan overheidstoezicht of andere formaliteiten voorafgaand aan de oprichting (zoals een antecedentenonderzoek of financieel plan); (ii) een gebrek aan verplicht minimumkapitaal; (iii) een gebrek aan andere schuldeiserbeschermende regels met betrekking tot de uitgifte van nieuwe effecten (zoals een balanstest of liquiditeitstest), inkoop van eigen aandelen en financiële ondersteuning; of (iv) het bestaan van andere voordelige regels zoals de mogelijkheid tot uitgifte van aandelen zonder stemrecht en vrijstelling van revisorale controle op de waardering van inbrengen in natura; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn - Antwerpen, Maklu, 2009, 51-52, nr. 72.

³⁹ W. DEBETS, *De papieren onderneming: fraude met rechtspersonen*, IJmuiden, Vermande, 1987, 65-112; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn - Antwerpen, Maklu, 2009, 53, nr. 73.

⁴⁰ S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law – A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 166.

⁴¹ Zie voor *strafrechtelijk* misbruik van brievenbusvennootschappen: M.J. KROEZE, H.G. VAN DE BUNT, B. VAN DER VORM, T.J. VAN KONINGSVELD, C.G. VAN WINGERDE, J.B. WEZEMAN en A. ZONNENBERG, "Misbruik van buitenlandse rechtspersonen", 2007, <https://www.politieacademie.nl/kennisenonderzoek/kennis/mediatheek/PDF/73366.pdf>, 67-69.

⁴² I.K. KRISTO en E. THIRION (European Parliamentary Research Service), "An overview of shell companies in the European Union", 2018, https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/155724/EPRS_STUD_627129_Shell%20companies%20in%20the%20EU.pdf, 12.

⁴³ Naar Belgisch recht: art. 344, §1, derde lid WIB.

⁴⁴ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Het nieuwe wetboek vennootschappen en verenigingen: frisse wind of storm op zee?*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 15-16, nr. 12. In het fiscaal recht geldt veelal een gelijkaardig leerstuk als de werkelijke zetelleer ter bepaling van het toepasselijke recht, omdat het *central management and control* in het merendeel van de



brievenbusvennootschap, die zoals gezegd een product van de incorporatieleer vormt.

III. ANTIMISBRUIKMAATREGELLEN

11. **Algemeen.** Om aan privaatrechtelijke misbruiken via de brievenbusvennootschap tegemoet te komen, kan men in alle Europese landen die de incorporatieleer aanhangen antimisbruikbepalingen of -maatregelen terugvinden, met oorsprong in zowel wetgevende als rechterlijke initiatieven.⁴⁵ Deze bepalingen kunnen veelal bestempeld worden als uitzonderingen op de incorporatieleer, aangezien het land waarin de vennootschap haar *werkelijke zetel* of voornaamste activiteiten gevestigd heeft, toch bepaalde rechtsregels opdringt aan de vennootschap – ondanks het feit dat de vennootschap volgens dit exploitatieland in principe onderworpen is aan het vennootschapsrecht van het incorporatieland.

12. **Vormen.** De private antimisbruikmaatregelen kunnen verschillende vormen aannemen. Op het Europees continent komen de volgende maatregelen het meest voor: (a) de optie voor de rechtbanken van het werkelijke zetelland om alsnog bevoegdheid op te nemen voor aansprakelijkheidsvorderingen tegen de vennootschap en/of haar bestuurders ; (b) de verplichting om zich voor bepaalde – veelal externe – aspecten van de vennootschap, zoals bestuurdersaansprakelijkheid tegenover derden, te conformeren aan dwingende voorschriften van het werkelijke zetelland (toepasselijk recht); en (c) openbaarmakingsverplichtingen opgelegd door het werkelijke zetelland. Sommige landen die de incorporatieleer toepassen, hanteren als *ultimum remedium* zelfs de niet-erkenning van de pseudo-buitenlandse vennootschappen waarvan de werkelijke zetel op hun grondgebied gelegen is.⁴⁶ Deze niet-erkenningsmaatregel wordt evenwel niet besproken in deze bijdrage, aangezien ze niet veel voorkomt en *a fortiori* absoluut verboden is onder het Europees recht.⁴⁷

a. Internationale bevoegdheid eigen rechters van het werkelijke zetelland

13. De eerste categorie van antimisbruikmaatregelen heeft tot doel om de wederpartijen van de brievenbusvennootschap alsnog te verzekeren van een forum in het werkelijke zetelland. Zij bevinden zich immers in een zwakke positie, omdat ze misleid kunnen worden over de rechter waarvoor zij de vennootschap en haar bestuurders kunnen dagen. Om dit doel te bewerkstelligen, kennen bepaalde landen de internationale bevoegdheid om te oordelen over bepaalde aansprakelijkheidsvorderingen toe aan hun eigen nationale rechters, van zodra de vennootschap haar voornaamste activiteiten verricht op het grondgebied van dat land. Het Zwitsers IPR kent al sinds jaar en dag een dergelijke bepaling. De Belgische wetgever voerde

taxatiestelsels als aanknopingspunt wordt gebruikt voor de onderwerping aan de vennootschapsbelasting (met als grote uitzondering de Verenigde Staten, waar de incorporatieleer wél wordt doorgetrokken naar het fiscaal recht); O. MARIAN, "Jurisdiction to tax corporations", *Boston College Law Review* 2013, afl. 4, 1613-1665; L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingoverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 295-317.

⁴⁵ J. WOUTERS, "Private international law and companies' freedom of establishment", *European Business Organization Law Review* 2001, 135.

⁴⁶ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 99-100, nr. 138.

⁴⁷ De weigering tot erkenning van een rechtsgeldig in een andere lidstaat opgerichte vennootschap is een belemmering op de vrijheid van vestiging, die volgens het Hof van Justitie nooit gerechtvaardigd kan worden door een algemeen belang. Dergelijke maatregel gaat immers regelrecht in tegen de essentie van de vrijheid van vestiging, en kan bijgevolg ook nooit proportioneel zijn; HvJ 10 juli 1986, nr. C-79/85, Segers, overw. 16; HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, Centros, overw. 38; HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, Überseering, overw. 92-93.



in 2019 een gelijkaardige bevoegdheidsgrond in als tegengewicht voor de overgang naar de universeel toepasselijke statutaire zetelleer, al is de Belgische invulling van deze maatregel iets enger in haar toepassingsgebied.

1. *België: aansprakelijkheid van de bestuurders van de brievenbusvennootschap met statutaire zetel buiten de Europese Unie*

14. **Regel.** Het Belgisch WIPR kent internationale bevoegdheid toe aan de Belgische rechtbanken voor bepaalde aansprakelijkheidsvorderingen tegen de bestuurders van een brievenbusvennootschap met statutaire zetel buiten de Europese Unie, die haar voornaamste economische activiteiten in België ontplooit.⁴⁸ De Belgische antimisbruikbepaling inzake internationale bevoegdheid, ingevoerd als art. 109, tweede zin WIPR, luidt als volgt:

“De Belgische rechters zijn, niettegenstaande andersluidend beding, evenwel steeds bevoegd kennis te nemen van vorderingen die de aansprakelijkheid van de bestuurders van de rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:56, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen tegenover anderen dan de rechtspersoon of zijn vennoten of aandeelhouders of leden betreffen, voor gedragingen in het kader van de uitoefening van de bestuursfunctie, indien de voornaamste vestiging van de rechtspersoon zich in België bevindt, terwijl de statutaire zetel van de rechtspersoon zich in een staat buiten de Europese Unie bevindt en de rechtspersoon slechts een formele band met die staat heeft.”⁴⁹

15. **Internationale bevoegdheid.** De Belgische bevoegdheidsgrond in art. 109 WIPR lijkt op het eerste gezicht verregaand, maar een aandachtige analyse van de wettekst toont aan dat de antimisbruikbepaling in meerdere opzichten beperkt is. Vooreerst kent de bepaling enkel internationale bevoegdheid toe aan de Belgische rechters, en stipuleert de regel niets over het toepasselijk recht. Volgens de parlementaire voorbereiding laat art. 109 WIPR de conflictenrechtelijke regels inzake toepasselijk recht onverlet.⁵⁰ Het heeft dus niet tot gevolg dat bestuurdersaansprakelijkheid in elk geval beheerst wordt door Belgisch recht, van zodra de voornaamste economische vestiging van de pseudo-buitenlandse vennootschap zich op Belgisch grondgebied bevindt.⁵¹ De Belgische rechter moet nog steeds de IPR-verwijzingsregels toepassen om te bepalen welk recht relevant is voor het geschil, waardoor hij dus ook geconfronteerd kan worden met buitenlands recht. Als de pseudo-buitenlandse vennootschap evenwel een Belgisch bijkantoor heeft – wat vaak het geval zal zijn – bestaat bij toepassing van art. 2:149 WVV toch de mogelijkheid dat de bestuurdersaansprakelijkheid beheerst wordt door Belgisch recht, zij het onder bepaalde voorwaarden (*cf.* randnr. 30-33).

16. **Bestuurders van niet-EU-brievenbusvennootschappen.** Ook geldt art. 109 WIPR

⁴⁸ H. DE WULF *et al.*, "Het nieuwe vennootschappelijk IPR en de procedure tot grensoverschrijdende omzetting: duiding, kanttekeningen en fiscale impact", *TBH* 2018, 1226, nr. 28.

⁴⁹ Art. 109 Wet 16 juli 2014 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *BS* 27 juli 2004 (hierna: WIPR); gewijzigd door art. 13, 2° wet 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *BS* 4 april 2019.

⁵⁰ *MvT Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/008, 145.

⁵¹ H. BOSCHMA, L. LENNARTS en H. SCHUTTE-VEENSTRA, "Het nieuwe Belgische vennootschapsrecht door de ogen van de Noorderburen", *TRV* 2019, afl. 4, 385; H. DE WULF *et al.*, "Het nieuwe vennootschappelijk IPR en de procedure tot grensoverschrijdende omzetting: duiding, kanttekeningen en fiscale impact", *TBH* 2018, 1226, nr. 30.



enkel voor bestuurders van de brievenbusvennootschappen waarvan de statutaire zetel in een derde staat buiten de Europese Unie gevestigd is.⁵² Dit is logisch, aangezien de bevoegdheidsregel strijdig zou zijn met het heersende Europees recht, indien ze toepassing vindt tegenover EU-vennootschappen. Hoewel de regel niet de vestiging als dusdanig viseert – aangezien de regel pas op de vennootschap van toepassing wordt na vestiging in België, en enkel naar aanleiding van de activiteiten van de vennootschap speelt⁵³ – is de bepaling op twee vlakken in principe onverenigbaar met Europese regelgeving. (i) Art. 109 WIPR wijkt in een concrete casus mogelijks af van de relevante bepalingen uit de Brussel *Ibis*-Verordening inzake internationale bevoegdheid, die de rechten van de “plaats van het schadeverwekkende feit” aanduiden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁵⁴ De nationale bevoegdheidsgrond uit art. 109 WIPR kan geen uitwerking krijgen wanneer deze een ander forum aanduidt dan de verordening.⁵⁵ Europese verordeningen krijgen immers altijd voorrang op andersluidend lidstatelijk recht,⁵⁶ en de Brussel *Ibis*-Verordening geldt voor alle vennootschappen met statutaire zetel in de Europese Unie.⁵⁷ Mocht de Belgische wetgever de bevoegdheidsgrond dus zonder nuance op elke brievenbusvennootschap van toepassing verklaren, dan zou de antimisbruikmaatregel in bepaalde gevallen uitgeschakeld kunnen worden tegenover EU-vennootschappen. (ii) Voorts brengt het feit dat art. 109 WIPR enkel gericht is op vreemde brievenbusvennootschappen tot op zekere hoogte een verschillende behandeling met zich mee tegenover de vreemde vennootschappen die zowel in België als het statutaire zetelland activiteiten verrichten. Deze laatste vormen geen brievenbusvennootschappen, en worden daarom door de bepaling volledig buiten schot gelaten. Zelfs al oordeelt men dat de internationale bevoegdheidsgrond niet aan de vrijheid van vestiging als dusdanig raakt, toch mogen antimisbruikbepalingen volgens het Hof van Justitie niet in rechte of in feite discriminerend toegepast worden.⁵⁸ België heeft er met andere woorden goed aan gedaan om

⁵² K. MARESCEAU, *De nieuwe vennootschapswet – Een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2019, 5, nr. 13.

⁵³ HvJ 10 december 2015, nr. C-594/14, Kornhaas, overw. 28; M. COMBET, “Le droit d’établissement des sociétés en droit de l’Union européenne ou le mythe de la concurrence normative”, *RAE-LEA* 2015, afl. 4, 799.

⁵⁴ Art. 7 (2) Verord. EP en Raad nr. 1215/2012, 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 20 december 2012, afl. 351, 1 (hierna: Brussel *Ibis*-Verordening). Uiteraard kan men er in de overgrote meerderheid van de gevallen op vertrouwen dat de “plaats van het schadeverwekkende feit” in België gelegen zal zijn, wanneer de brievenbusvennootschap hoofdzakelijk actief is in België. Het Hof van Justitie oordeelde in een mijlpaalarrest dat de plaats van het schadeverwekkende feit beschouwd moet worden als enerzijds de plaats waar de schade is ingetreden (*locus damni*), en anderzijds de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt (*locus acti*). Wanneer beide plaatsen in verschillende EU-lidstaten gelegen zijn, heeft de eiser een keuzerecht tussen beide fora; HvJ 30 november 1976, nr. C-21/76, Handelskwekerij Bier, overw. 19 en 25. Deze rechtspraak is later nog verfijnd met betrekking tot de inbreuken op persoonlijkheidsrechten en intellectuele rechten; zie T. KRUGER en J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht. De essentie*, Brugge, die Keure, 2021, 455-463. Bij uitzondering zal de Belgische rechter toch niet het door de Brussel *Ibis*-Verordening aangeduide forum uitmaken wanneer de onrechtmatige daad begaan is door een brievenbusvennootschap met een werkelijke zetel in België. Men kan namelijk niet uitsluiten dat de brievenbusvennootschap buiten België nog één of meerdere andere werkelijke zetels heeft (*cf. infra*), en dat de relevante aanknopingspunten in andere EU-lidstaten gelegen zijn. Het toekennen van internationale bevoegdheid aan de Belgische rechter zal in die situatie strijdig zijn met het Europees recht, en geen uitwerking kunnen krijgen.

⁵⁵ M. FALLON, “L’attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur la BIBC et sur le futur Code des sociétés et associations au regard du droit international privé”, *TBH* 2019, 47-48, nr. 69.

⁵⁶ HvJ 15 juli 1964, nr. C-6/64, Costa/Enel; T. KRUGER en J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht. De essentie*, Brugge, die Keure, 2021, 22.

⁵⁷ Art. 4 j° art. 63 (1) Brussel *Ibis*-Verordening.

⁵⁸ HvJ 10 december 2015, nr. C-594/14, Kornhaas, overw. 29; M. SZYDŁO, “Directors’ duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after Kornhaas”, *Common Market Law Review* 2017, afl.



het toepassingsgebied te beperken tot brievenbusvennootschappen met statutaire zetel buiten de Europese Unie, daar de bepaling zo goed als ondenkbaar is binnen EU-context.

De Belgische wetgever heeft daarentegen geen rekening gehouden met het feit dat de internationale bevoegdheidsgrond in zijn huidige formulering ook gericht is op vennootschappen met statutaire zetel in Zwitserland, Noorwegen en IJsland. Deze landen zijn verdragspartijen van het zgn. Verdrag van Lugano,⁵⁹ dat mogelijks andere gerechten dan de Belgische gerechten aanduidt voor aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad.⁶⁰ Internationale verdragen hebben naar Belgisch recht eveneens voorrang op andersluidende nationale bepalingen.⁶¹ Omdat het Verdrag forumkeuzes toelaat, bestaat bovendien de mogelijkheid voor vennootschappen met statutaire zetel in een Lugano-land om de bevoegdheid van de Belgische rechters conventioneel uit te sluiten.⁶²

17. **Externe bestuurdersaansprakelijkheid.** Verder slaat de bevoegdheidsregel uit art. 109 WIPR enkel op de externe aansprakelijkheid van bestuurders.⁶³ Hieruit volgt dat de Belgische rechters slechts hun bevoegdheid kunnen baseren op art. 109 WIPR, indien de aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurder ingesteld wordt door anderen dan de vennootschap zelf of haar aandeelhouders. De wetgever koos hier bewust voor een negatieve formulering in plaats van het woord “derden”, om zodoende elke mogelijke betwisting omtrent de vorderingsgerechtigden uit te sluiten.⁶⁴ Volgens DE WULF kunnen er beleidsmatig wel argumenten bestaan om ook aandeelhoudersvorderingen onder de bevoegdheid van de Belgische rechters te brengen, maar dit zou enkel nut hebben voor minderheidsaandeelhouders die niet mee beslist hebben om de statutaire zetel buiten België te plaatsen.⁶⁵ Dergelijke situatie zal allicht weinig voorkomen. Naar Belgisch recht, moest dit van toepassing zijn op het geschil, zijn de bestuurders van de vennootschap enkel aansprakelijk tegenover derden voor onrechtmatige daden en (schade ontstaan door) schendingen van het WVV of de statuten.⁶⁶ Ook bij een kennelijk grove fout die heeft

54, 1865; H. DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurders-aansprakelijkheidsregelen”, *TBH* 2016, afl. 5, 444.

⁵⁹ Verdrag van Lugano betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 30 oktober 2007, *United Nations Treaty Series*, vol. 2658, 197 (hierna: Verdrag van Lugano); T. KRUGER en J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht. De essentie*, Brugge, die Keure, 2021, 92.

⁶⁰ Meer bepaald de artt. 2, 5 en 17 Verdrag van Lugano.

⁶¹ Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959, Franco-Suisse Le Ski.

⁶² Voor zover het Verdrag eerst ook de Belgische rechtbanken aanduidde, waardoor art. 109 WIPR initieel niet buiten werking gesteld werd.

⁶³ MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/008, 145.

⁶⁴ H. DE WULF *et al.*, “Het nieuwe vennootschappelijk IPR en de procedure tot grensoverschrijdende omzetting: duiding, kanttekeningen en fiscale impact”, *TBH* 2018, 1126, nr. 28.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Art. 2:56, eerste lid WVV. Volgens MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 57 en 59; moet de bestuursfout “contractueel” zijn tegenover de rechtspersoon en “buitencontractueel” tegenover derden. CORNELIS en FRANÇOIS voeren echter aan dat dit onderscheid zijn voorwerp verliest door het criterium in art. 2:56, derde lid WVV, namelijk dat “*deze personen evenwel slechts aansprakelijk zijn voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen*”. Omdat de fout altijd naar dit criterium beoordeeld moet worden, worden de contractuele en buitencontractuele fout identiek; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “De (restanten van) bestuurdersaansprakelijkheid”, in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2021, 340, nr. 9.



bijgedragen aan het faillissement,⁶⁷ of op grond van bijzondere fiscale wetgeving kunnen bestuurders aansprakelijk zijn jegens derden.

Uit deze afbakening kan men *a contrario* afleiden dat de bevoegdheidsgrond geenszins betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de vennootschap of haar aandeelhouders.⁶⁸ Bij deze zgn. *interne* bestuurdersaansprakelijkheid is de vraag naar internationale bevoegdheid juist bijzonder moeilijk te beantwoorden, omdat het WIPR hier niets uitdrukkelijk over stipuleert. Momenteel is enkel duidelijk dat de interne bestuurdersaansprakelijkheid wegens de niet-nakoming van vennootschapsrechtelijke verplichtingen níét door de Brussel *Ibis*-Verordening geregeld wordt.⁶⁹ Bijgevolg moet men nagaan welke nationaalrechtelijke bevoegdheidsgrond hiervoor kan gelden, maar dit blijft ambigu. Naar alle waarschijnlijkheid zal de Belgische rechter zijn bevoegdheid kunnen baseren op art. 109, eerste zin WIPR,⁷⁰ zoals eveneens gesuggereerd wordt door de parlementaire voorbereiding.⁷¹ Dit heeft als gevolg dat de Belgische rechter enkel bevoegd is indien de statutaire zetel van de vennootschap in België gelegen is. Zo bekomt men voor interne bestuurdersaansprakelijkheid grotendeels een *Gleichlauf* tussen toepasselijk recht en internationale bevoegdheid. De *lex societatis* regelt naar Belgisch IPR namelijk ook de “aansprakelijkheid voor overtreding van het rechtspersonenrecht of van de statuten”.⁷² Met andere woorden, de interne bestuurdersaansprakelijkheid kan meestal enkel beoordeeld worden door een Belgische rechter als de statutaire zetel in België ligt, waarbij dan meestal ook Belgisch recht op het geschil van toepassing zal zijn. Jegens vreemde brievenbusvennootschappen kan de Belgische rechter geen bevoegdheid laten gelden voor dit type van bestuurdersaansprakelijkheid.

18. Bestuurdersaansprakelijkheid in de enge zin van het woord. De Memorie van Toelichting verduidelijkt tevens dat art. 109 WIPR zich beperkt tot aansprakelijkheidsvorderingen die gebaseerd zijn op feiten of gedragingen die de bestuurder heeft begaan bij of naar aanleiding van de uitoefening van zijn bestuurstaak.⁷³ De wetgever wou hiermee duidelijk maken dat gedragingen uit de privésfeer, of gedragingen vreemd aan de bestuurdersplichten, niet gevat worden door de bevoegdheidsgrond. Slechts de bestuurdersaansprakelijkheid in de enge zin van het woord komt in aanmerking.

19. Geen forumkeuze. De wetgever laat geen ruimte om af te wijken van art. 109 WIPR

⁶⁷ Art. XX.225, §1 WER.

⁶⁸ MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/008, 145.

⁶⁹ HvJ 10 september 2015, nr. C-47/14, Holterman Ferho, overw. 79.

⁷⁰ Art. 109, eerste zin WIPR kent de Belgische rechter exclusieve bevoegdheid toe voor vorderingen betreffende de geldigheid, de werking, de ontbinding of de vereffening van een rechtspersoon, indien de statutaire zetel van die rechtspersoon zich in België bevindt bij de instelling van de vordering; T. KRUGER en J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht. De essentie*, Brugge, die Keure, 2021, 488.

⁷¹ MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/008, 145.

⁷² De aansprakelijkheid ten opzichte van de vennoten of de rechtspersoon zelf zal meestal een schending van het WVV of de statuten inhouden in de zin van art. 111, §1, 9° WIPR; H. BOSCHMA *et al.*, "Het nieuwe Belgische vennootschapsrecht door de ogen van de Noorderburen", *TRV* 2019, afl. 4, 385.

⁷³ MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/008, 145. Zo worden bijvoorbeeld “een ongeval veroorzaakt door een bestuurder in de privésfeer, of [...] het niet correct aangeven door de bestuurder van zijn eigen belastbare inkomsten tegenover de fiscale administratie” niet gevat door art. 109, tweede zin WIPR. Daarentegen beoogt de bevoegdheidsgrond in de regel wel het “bedrog door de bestuurder naar aanleiding van de contractsluiting tussen een derde en de rechtspersoon, of [...] het organiseren ten behoeve van de rechtspersoon van fiscale fraude [...] of het faciliteren van milieudelicten”.



door middel van een forumkeuze, omdat de bevoegdheid van de Belgische rechter geldt “*niettegenstaande andersluidend beding*”. Men kan de jurisdictie niet wegcontracteren door te kiezen voor de rechtbanken van een ander land. Een mogelijkheid tot forumkeuze zou uiteraard misbruiken in de hand kunnen werken, waarbij brievenbusvennootschappen de bevoegdheidsgrond bij wege van algemene voorwaarde standaard buiten toepassing verklaren. Hierdoor zou de antimisbruikbepaling uit art. 109 WIPR in de praktijk veelal dode letter blijven. Het uitsluiten van een forumbeding strookt daarom met de wil van de wetgever om partijen in een zwakkere onderhandelingspositie te beschermen. Nochtans kunnen Lugano-vennootschappen, zoals aangehaald, nog steeds een forumkeuze maken ingevolge het andersluidende en primerende Verdrag van Lugano.

Hoewel de forumkeuze in principe uitgesloten is, introduceert de antimisbruikbepaling geen exclusieve bevoegdheid voor de Belgische rechter, maar slechts een *concurrerende* bevoegdheid. De vordering in externe bestuurdersaansprakelijkheid mag niet alleen gebracht worden voor de Belgische rechters wanneer de werkelijke zetel van de vennootschap zich in België bevindt, maar kan eventueel ook ingesteld worden voor de rechters van het land waarin de statutaire zetel gevestigd is.⁷⁴ In het nationale recht van het statutaire zetelland moet dan ook een bevoegdheidsgrond voorhanden zijn.

2. Zwitserland: aansprakelijkheid van de brievenbusvennootschap én haar bestuurders

20. **Regel.** Hieronder blijkt dat Zwitserland enkele vennootschapsrechtelijke regels opdringt aan de brievenbusvennootschappen die economisch actief zijn op Zwitsers grondgebied. Omdat regels inzake toepasselijk recht die van nationale aard zijn vanzelfsprekend enkel de forumrechter – hier de Zwitserse rechter – binden, voorziet het Zwitsers IPR een bijhorende internationale bevoegdheidsgrond om de afdwinging ervan mogelijk te maken.⁷⁵ De Zwitserse rechter wordt bevoegdheid toegekend voor meer dan enkel zaken van bestuurdersaansprakelijkheid – in tegenstelling tot zijn Belgische tegenhanger uit art. 109, tweede zin WIPR. Ook voor de aansprakelijkheid van de brievenbusvennootschap zelf kan de Zwitserse rechter jurisdictie opnemen.⁷⁶ Art. 152 ZWIPR stipuleert namelijk:

“Für Klagen gegen die nach Artikel 159 haftenden Personen oder gegen die ausländische Gesellschaft, für die sie handeln, sind zuständig: a. die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten, oder b. die schweizerischen Gerichte am Ort, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird.”⁷⁷

21. **Internationale en interne bevoegdheid.** De Zwitserse rechters zijn dus internationaal bevoegd voor zaken van bestuurdersaansprakelijkheid en vennootschapsaansprakelijkheid,

⁷⁴ MvT Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-3119/008, 144.

⁷⁵ A. SCHNYDER, *Das neue IPR-Gesetz: eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationalen Privatrecht (IPRG)*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, 115.

⁷⁶ J. KOSTKIEWICZ, *Grundriss der schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 664, nr. 2744-2745.

⁷⁷ Art. 152 Bundesgesetz (CH) 18 december 1987 über das Internationale Privatrecht, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html> (hierna: ZWIPR).



indien de werkelijke zetel van de brievenbusvennootschap in Zwitserland gelegen is.⁷⁸ Daarnaast duidt de bepaling ook aan welke rechters intern bevoegd zijn. Daarvoor noopt een onderscheid naargelang de bestuurder of de vennootschap verweerder is, in tegenstelling tot een louter tekstuele interpretatie van art. 152 ZWIPR. (i) Indien de aansprakelijkheidsvordering ingesteld wordt tegen een bestuurder, zijn de gerechten van de woonplaats (of bij gebreke daarvan de gewone verblijfplaats) van de bestuurder én de gerechten van de plaats van de werkelijke zetel (de feitelijke bestuursplaats) van de vennootschap bevoegd.⁷⁹ Dan bestaat er een alternatieve bevoegdheid. In het Belgisch recht bestaat geen gelijkaardige dichotomie van fora, gezien het Gerechtelijk Wetboek de rechter van de hoofdplaats of vestiging van de vennootschap (naast de statutaire zetel) exclusief aanduidt voor de kennisname van geschillen “ter zake” van een vennootschap.⁸⁰ (ii) Wanneer de aansprakelijkheidsvordering daarentegen wordt ingesteld tegen de brievenbusvennootschap zelf, zijn op basis van het Zwitsers procesrecht enkel de gerechten van de plaats van de werkelijke zetel bevoegd.⁸¹ Volgens de literatuur kan de vennootschap zelf geen beroep doen op de bevoegdheid van de rechtbanken van de woonplaats van de verweerder, aangezien dit haar statutaire zetel in het buitenland zou zijn.⁸² Deze beperking is dus logisch te verklaren.

22. **Externe bestuurdersaansprakelijkheid.** Enkel derden kunnen een beroep doen op de Zwitserse bevoegdheidsgrond.⁸³ De antimisbruikbepaling slaat dus, net als de Belgische, slechts op de externe bestuurdersaansprakelijkheid. De vennootschap of de aandeelhouder(s) die een in Zwitserland wonende bestuurder aansprakelijk wensen te stellen, moeten een beroep doen op de gemeenrechtelijke regel uit art. 151, tweede lid ZWIPR, die de rechters van de woonplaats of gewone verblijfplaats van de verweerder aanduidt.⁸⁴

23. **Verdrag van Lugano.** Hoewel Zwitserland geen lid is van de Europese Unie – en de vraag naar de verenigbaarheid met de Brussel Ibis-Verordening zich bijgevolg niet stelt – moet

⁷⁸ A. HEINI, M. KELLER, K. SIEHR, F. VISCHER en P. VOLKEN, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1336, nr. 7.

⁷⁹ A. HEINI et al., *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1335-1336, nr. 3-5; J. KOSTKIEWICZ, *Grundriss der schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 664-665, nr. 2746-2747.

⁸⁰ Art. 574, 1° j° art. 628, 13° Ger.W. Ook extracontractuele vorderingen wegens onrechtmatige daden begaan door bestuurders van de vennootschap kunnen beschouwd worden als geschillen “ter zake” van een vennootschap; B. VAN DEN BERGH, “Commentaar bij art. 574, 1° Ger.W.” in X (ed.), *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., 103. Men kan naar Belgisch recht geen aanknopng vinden bij de woonplaats of gewone verblijfplaats van de bestuurder ter bepaling van territoriale bevoegdheid bij zaken van bestuurdersaansprakelijkheid. Bestuurders die woonplaats in het buitenland hebben, worden trouwens geacht voor de gehele duur van hun taak woonplaats te kiezen op de statutaire zetel van de rechtspersoon; art. 2:147 WVV.

⁸¹ J. KOSTKIEWICZ, *Grundriss der schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 665, nr. 2748.

⁸² J.-A., REYMOND, *De l'autre côté du miroir: études récentes*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, 59-60.

⁸³ J. KOSTKIEWICZ, *Grundriss der schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 665, nr. 2749.

⁸⁴ S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law – A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 157; A. HEINI et al., *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1332, nr. 5.



art. 152 ZWIPR wel getoetst worden aan het Verdrag van Lugano,⁸⁵ waarvan Zwitserland partij is. Conform de Zwitserse Grondwet hebben internationale verdragen ook in Zwitserland voorrang op alle nationale wetgeving, en daarenboven komt hen volgens vaste rechtspraak ook directe werking toe.⁸⁶ Bijgevolg wordt art. 152 ZWIPR buiten werking gesteld wanneer (i) het Verdrag van Lugano de gerechten van een ander land dan Zwitserland aanduidt, én (ii) ofwel de statutaire zetel van de aangesproken brievenbusvennootschap in een Lugano-verdragsstaat gevestigd is, ofwel de woonplaats van de aangesproken bestuurder in een Lugano-verdragsstaat te vinden is (ongeacht zijn nationaliteit).⁸⁷ In die gevallen hebben de bepalingen van het Verdrag van Lugano⁸⁸ voorrang op de antimisbruikbepaling uit art. 152 ZWIPR. Omdat art. 17 van het Verdrag forumkeuzes toelaat, bestaat tevens de mogelijkheid om de antimisbruikbepaling conventioneel uit te sluiten.⁸⁹

3. Het Verenigd Koninkrijk: ontbinding en vereffening van de brievenbusvennootschap

24. **Regel.** De incorporatieleer kent zijn oorsprong in het Verenigd Koninkrijk. Het leerstuk is aldaar in het leven geroepen om de koloniale vennootschappen – die ook pseudo-buitenlands van aard waren – te onderwerpen aan het Engels recht.⁹⁰ Daarom richten de Engelse antimisbruikregels zich vooral op de ontbinding en de vereffening (*winding up*) van de vennootschap. Voor deze materie hebben de Engelse gerechten zichzelf historisch gezien een uitgebreide internationale jurisdictie toegeëigend.⁹¹ De Engelse rechter kent zich de internationale bevoegdheid toe voor de ontbinding en vereffening van een *unregistered company*, onder de cumulatieve voorwaarden dat (i) de vennootschap voldoende aanknopingspunten heeft met het Verenigd Koninkrijk, en (ii) er een redelijke mogelijkheid bestaat dat de vereffening voordeel brengt aan degenen die erom verzoeken.⁹² Deze praetoriaanse regel speelt enkel voor solvente vennootschappen,⁹³ en is het resultaat van een decenniaoude traditie in de rechtspraak die vandaag gedeeltelijk gebaseerd is op *Part V* van de *Insolvency Act*.⁹⁴ Een tijd lang leek de maatregel op een verdoken vorm van de *forum non conveniens*-doctrine, aangezien men eiste dat er geen geschiktere jurisdictie voorhanden was

⁸⁵ Verdrag van Lugano betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 30 oktober 2007, *United Nations Treaty Series*, vol. 2658, 197 (hierna: Verdrag van Lugano).

⁸⁶ Art. 5, vierde lid Bundesverfassung (CH) 18 april 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/de#a5>; Bundesgericht (CH) 31 augustus 2010, nr. 136 I 297, <https://www.bger.ch/fr/index.htm>; Bundesgericht (CH) 7 augustus 2007, nr. 133 I 286, <https://www.bger.ch/fr/index.htm>.

⁸⁷ S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law – A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 158; B. DUTOIT, *Droit international privé Suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Basel – Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1997, 438.

⁸⁸ Meer bepaald de artt. 2, 5 en 17 Verdrag van Lugano.

⁸⁹ Voor zover het Verdrag van Lugano eerst ook de Zwitserse rechtbanken aanduidde, waardoor art. 152 ZWIPR initieel wel van toepassing was.

⁹⁰ A. FRADA DE SOUSA, “Company’s Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio”, in *Jean Monnet Working Paper Series*, New York, New York University School of Law, 2009, 4.

⁹¹ A. WALTERS en M. DAVIS-WHITE, *Directors’ disqualification & insolvency restrictions*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 811-812, nr. 16-14.

⁹² De zgn. “Rule 176 (2)” uit A. BRIGGS, L.A. LORD COLLINS OF MAPESBURY, A. DICKINSON, J. HARRIS, J. D. MCCLEAN, P. MCELEAVY, C. MCLACHLAN en C. G. J. MORSE, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, II, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1548-1549, nr. 30R-036.

⁹³ De rechtspraak betreffende insolvente vennootschappen is gelijkaardig, maar wordt buiten beschouwing gelaten.

⁹⁴ Ss. 220-229 Insolvency Act (UK) 25 juli 1986, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents> (hierna: Insolvency Act).



om over te gaan tot de vereffening.⁹⁵ Vandaag geldt dit niet meer als noodzakelijke voorwaarde, maar wel als element dat meegenomen moet worden in de beoordeling van de rechter.⁹⁶ Alle vennootschappen die geïncorporeerd zijn in Schotland of die hun werkelijke zetel alleen in Noord-Ierland hebben, vallen om politieke redenen buiten de bevoegdheidsgrond.⁹⁷

25. ***Unregistered company.*** Het begrip *unregistered company*⁹⁸ wordt gedefinieerd in de *Insolvency Act*,⁹⁹ en omvat onder meer overzeese vennootschappen die geïncorporeerd zijn buiten het Verenigd Koninkrijk.¹⁰⁰ Dit betreft ook brievenbusvennootschappen die bepaalde economische activiteiten in het Verenigd Koninkrijk verrichtten, met als gevolg dat Engelse schuldeisers belang hebben bij de verdeling van de activa van de vennootschap.¹⁰¹ Belangrijk is dat de aanwezigheid van vennootschapsgoederen op het Britse grondgebied niet vereist wordt voor de toepassing van de bevoegdheidsgrond.¹⁰² Het ooit verricht hebben van economische activiteiten in het Verenigd Koninkrijk is voldoende opdat de Engelse rechter de bevoegdheid kan opnemen voor de ontbinding en vereffening, voor zover schuldeisers hier belang bij hebben.¹⁰³ Onderhavige bevoegdheidsgrond staat daarom lijnrecht tegenover het algemeen erkende IPR-principe dat enkel de rechters van het incorporatieland bevoegd zijn om een einde te brengen aan het rechtsbestaan van een solvente vennootschap.¹⁰⁴

26. ***Limping legal relationship.*** Het belang van de Engelse bevoegdheidsgrond ligt hem vooral in de problematiek waarbij *unregistered companies* in het Verenigd Koninkrijk nog steeds actief of *in going concern* zijn, terwijl de vennootschap eigenlijk reeds door een vreemde rechter ontbonden is naar het recht van het incorporatieland. Dit fenomeen is de zgn. *limping legal relationship*,¹⁰⁵ waarbij de vennootschap geen procesbekwaamheid meer heeft – aangezien ze uit het rechtsverkeer is verdwenen – waardoor de vraag rijst hoe de schulden van haar vestigingen in het Verenigd Koninkrijk nog vereffend kunnen worden. Door een soepele toepassing van deze bevoegdheidsgrond kunnen de Britse rechters tóch overgaan tot

⁹⁵ High Court of Justice (UK) 20 februari 1987, *British Company Cases* 1987, 160, A Company (No. 00359 of 1987); L.A. COLLINS *et al.*, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, II, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1555, nr. 30-048.

⁹⁶ High Court of Justice (UK) 1 januari 1992, *Westlaw United Kingdom* 1992, 419, Wallace Smith & Co.

⁹⁷ S. 120 j° S. 221 (2) *Insolvency Act*; de zgn. “Rule 177” uit L.A. COLLINS *et al.*, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, II, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1564, nr. 30R-069.

⁹⁸ Met het begrip *unregistered company* wordt niet bedoeld op een overzeese vennootschap die niet voldaan heeft aan haar openbaarmakingsverplichtingen, in tegenstelling tot wat het woord doet blijken.

⁹⁹ S. 220 *Insolvency Act*.

¹⁰⁰ High Court of Justice (UK) 13 juni 1884, *Westlaw United Kingdom* 1884, 26, Matheson Bros Ltd; High Court of Justice (UK) 8 juni 1886, *Westlaw United Kingdom* 1886, 22, Commercial Bank of South Australia; L.A. COLLINS *et al.*, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, II, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1548, nr. 30R-036.

¹⁰¹ Court of Appeal (UK) 14 juli 1950, *Westlaw United Kingdom* 1950, 40, Banque des Marchands de Moscou (Koupetschesky) v Kindersley; High Court of Justice (UK) 21 maart 1972, *Westlaw United Kingdom* 1972, 78, Compania Merabello San Nicholas SA; A. WALTERS en M. DAVIS-WHITE, *Directors' disqualification & insolvency restrictions*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 811-812, nr. 16-14.

¹⁰² High Court of Justice (UK) 20 februari 1987, *British Company Cases* 1987, 160, A Company (No. 00359 of 1987); Court of Appeal (UK) 10 maart 1997, *Westlaw United Kingdom* 1997, 198, Titan International Inc; L.A. COLLINS *et al.*, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, II, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1555, nr. 30-048.

¹⁰³ Court of Appeal (UK) 14 juli 1950, *Westlaw United Kingdom* 1950, 40, Banque des Marchands de Moscou (Koupetschesky) v Kindersley.

¹⁰⁴ Aangezien vennootschappen wezens van nationaal recht of *creatures of statute* zijn.

¹⁰⁵ S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law – A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 140 en 143-144.



ontbinding en vereffening naar Engels recht, indien de brievenbusvennootschap reeds in het verleden ontbonden is naar het recht van het incorporatieland, of gestopt is met al haar activiteiten, of enkel nog maar voortbestaat om haar schulden te vereffenen.¹⁰⁶ Zo trachten Britse rechters om slapende of “zombie”-vennootschappen te voorkomen, waarvan de schulden onvereffend blijven.

In de Europese Unie wordt de *limping legal relationship* op een eerder ineffectieve wijze bestreden bij wege van de Elfde Vennootschapsrichtlijn, die een *eenmalige* registratieplicht instelt voor de bijkantoren van niet-EU-vennootschappen. Zij zijn ertoe gehouden om het registratienummer en het register waarin de niet-EU-vennootschap is ingeschreven, dus het feit dat de vennootschap een rechtsgeldig bestaan heeft in het incorporatieland, eenmalig openbaar te maken.¹⁰⁷ Nederland gaat verder op dit vlak, en eist de *jaarlijkse* registratie van een inschrijvingsbewijs van de formeel buitenlandse vennootschap in het incorporatieland.¹⁰⁸ Bijgevolg bestaat er in Nederland een quasi continue controle op het rechtsbestaan van de formeel buitenlandse vennootschap, wat de effectiviteit van de maatregel ten goede komt. De Belgische wetgever opteerde niet voor een verregaandere controleregeling met betrekking tot bijkantoren van niet-EU-vennootschappen,¹⁰⁹ terwijl zulks naar Europees recht wel toegestaan wordt.¹¹⁰ Potentieel hanteert de Belgische rechter evenwel een gelijkaardige benadering als zijn Britse evenknie, wanneer geconfronteerd met bijkantoorschulden van reeds ontbonden buitenlandse vennootschappen. Niets lijkt hem er immers van te weerhouden om de activiteiten in de schoot van het Belgisch bijkantoor als maatschap te beschouwen, waardoor er een onbeperkte gehoudenheid ontstaat voor degenen die op Belgisch grondgebied schulden aangaan in naam en voor rekening van de buitenlandse vennootschap.¹¹¹ In voorkomend geval zullen de betrekkingen van die maatschap door Belgisch recht beheerst worden.

b. Toepasselijkheid eigen recht van het werkelijke zeteland

27. Principieel dringen landen die de incorporatieleer aanhangen geen eigen rechtsregels op aan formeel buitenlandse vennootschappen. Wat België betreft, draagt de liberale geest van

¹⁰⁶ Op basis van een teleologische interpretatie van S. 221 (5) (a) Insolvency Act; L.A. COLLINS *et al.*, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, II, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1559-1560, nr. 30-057.

¹⁰⁷ Thans art 37 (c) Richtl. EP en Raad nr. 2017/1132, 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht, *Pb.L.* 30 juni 2017, afl. 169, 46 (hierna: Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn).

¹⁰⁸ Art. 5, derde lid Wet (NL) 17 december 1997 op de formeel buitenlandse vennootschappen, *Stb.* 1997, 697 (hierna: WFBV); G. VAN SOLINGE, “Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen” in C.D.J. BULTEN, A.F.J.A. LEIJTEN en M.L. LENNARTS (eds.), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, art. 5 WFBV, aant. 4.

¹⁰⁹ Zie art. 2:24, §2, 3^o-4^o WVV.

¹¹⁰ De openbaarmakingsplichten voor bijkantoren van niet-EU-vennootschappen worden niet exhaustief opgesomd in art. 37 Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn, wat enige ruimte laat aan EU-lidstaten om bijkomende registratievereisten op te leggen. Dit staat in contrast met de limitatief voorgeschreven publiciteitsplichten voor bijkantoren van EU-vennootschappen uit art. 30 Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn; S. RAMMELOO, “Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Inspire Art Ltd.: zetelleercontroverse beslecht!”, *NiPR* 2004, afl. 3, 286.

¹¹¹ Van zodra aan de constitutieve elementen van de maatschapsovereenkomst is voldaan, is er sprake van een maatschap. De maatschap kan bijgevolg zelfs ongewild bestaan, zonder dat de vennoten deze op het oog hadden. Er is namelijk geen nood aan een bewuste, schriftelijke uiting van de onderlinge afspraken van de maten; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen - Gent - Cambridge, Intersentia, 2021, 65-66, nr. 100; S. LANDUYT, F. DESMYTTERE en L. MAES, “De maatschap: van contract naar instituut”, *Rechtskroniek voor het notariaat* 2019, afl. 35, 46-47, nr. 22.



het WVV de keuzevrijheid inzake het toepasselijke vennootschapsrecht hoog in het vaandel.¹¹² Het was niet langer de bedoeling van de wetgever om Belgisch recht te laten gelden voor vennootschappen die elders rechtsgeldig geïncorporeerd zijn, zelfs indien buiten de EU.¹¹³ Nochtans wordt deze keuzevrijheid van de *lex societatis* in geen enkel incorporatiesysteem op absolute wijze gegarandeerd, ook niet in België. Om voormelde – ogenschijnlijke – misbruiken via de brievenbusvennootschap te voorkomen, kiezen de meeste incorporatieerlanden er toch voor om bepaalde regels van toepassing te verklaren van zodra de vennootschap enkele materiële aanknopingspunten met hun heeft. Deze regels treffen veelal het bestuur, zoals de aansprakelijkheid, geschiktheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders. In deze bijdrage worden enkel specifieke antimisbruikmaatregelen van toepasselijk recht behandeld, en blijven algemene IPR-mechanismen zoals de openbare orde-exceptie buiten beschouwing.¹¹⁴

28. Aan te stippen valt dat hoewel België en Zwitserland de eigen rechters bevoegdheid toekennen om bepaalde aansprakelijkheidszaken te beslechten, zij toch niet altijd de eigen regels van toepassing verklaren op deze geschillen. Wanneer hij kennis neemt van een vordering tot aansprakelijkheid van brievenbusvennootschapsbestuurders, zal de Belgische rechter mogelijks geconfronteerd worden met buitenlands recht (omdat hij nog steeds de relevante IPR-verwijzingsregel moet toepassen), terwijl de Zwitserse rechter vaak wel het voor hem vertrouwde Zwitsers recht zal toepassen (tenzij wanneer de *lex societatis* een hogere bescherming biedt).¹¹⁵ Bij de aansprakelijkheid van de brievenbusvennootschap zelf zal Zwitsers recht evenwel dikwijls niet gelden, aangezien de Zwitserse rechter in dat geval toch de gemene IPR-regels moet aanwenden. Als verklaring voor dit gebrek aan zgn. *Gleichlauf* of gelijkloop tussen de internationale bevoegdheid en het toepasselijk recht kan men opperen dat het te verre gaand opleggen van rechtsregels aan een elders geïncorporeerde vennootschap een aanzienlijke uitholling van de incorporatieer teweegbrengt.

i. Regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid

29. Bestuurdersaansprakelijkheid is een gevoelige snaar voor de Belgische en Zwitserse wetgever. Opnieuw bestaat de noodzaak om beide landen samen in de mond te nemen, omwille van de inspiratie die België in deze heeft opgedaan uit het Zwitsers IPR. Beide landen kiezen ervoor om onder bepaalde voorwaarden het deel van de *lex societatis* over bestuurdersaansprakelijkheid te vervangen door eigen rechtsregels, in de poging om een balans te vinden tussen *les honnêtes gens* (de eerlijke zakenmensen) en *les escrocs* (de oplichters) die gebruik maken van brievenbusvennootschappen.¹¹⁶

¹¹² MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/008, 145 en MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 15.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Daar waar rechters uit andere landen de openbare orde-exceptie enkel gebruiken om de excessen in de *lex societatis* uit te schakelen en te vervangen door de *lex fori*, grijpt Duitse rechtspraak en rechtsleer de *ordre public*-exceptie aan in een veel ruimere zin, om zo gaten in Duitse regelgeving op te vullen. Zij menen dat de Duitse openbare orde-exceptie aangewend kan worden om (i) de vennootschapsnaam te beoordelen, (ii) een verplichte werknemersparticipatie in de raad van toezicht op te dringen, en (iii) schuldeiserbeschermende regels op te dringen aan de brievenbusvennootschap; zie C. GERNER-BEUERLE et al., *The Private International Law of Companies in Europe*, München, Beck – Hart – Nomos, 2019, 404-406, nr. 58-67.

¹¹⁵ Cf. randnr. 36.

¹¹⁶ J.-A., REYMOND, *De l'autre côté du miroir: études récentes*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, 53.



1. België: aansprakelijkheid van degenen belast met het bestuur van het Belgisch bijkantoor

30. **Regel.** Als een brievenbusvennootschap niet alleen activiteiten ontplooit in België, maar aldaar ook een bijkantoor opricht, dan gelden de Belgische bestuurdersaansprakelijkheidsregels voor bepaalde leidinggevendenden van dat bijkantoor. Art. 2:149 WVV, dat voor alle duidelijkheid gericht is op om het even welke buitenlandse rechtspersoon, ongeacht diens eventuele formeel buitenlandse karakter, bepaalt namelijk voor de in België gevestigde bijkantoren:

“Zij die in België met het bestuur van een bijkantoor van een buitenlandse rechtspersoon zijn belast, dragen jegens derden dezelfde aansprakelijkheid als degenen die een Belgische rechtspersoon besturen.”¹¹⁷

31. **Toepassingsgebied.** Concreet wordt de aansprakelijkheid van de feitelijke leidinggevendenden van een Belgisch bijkantoor beheerst door Belgisch recht (de regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid uit de artikelen 2:56 e.v. WVV), in de relatie tegenover derden.¹¹⁸ Ten opzichte van de vennootschap blijft de bestuurdersaansprakelijkheid onderworpen aan het recht dat volgens de gemene IPR-regels van toepassing is op het contract dat hen met de vennootschap verbindt.¹¹⁹ Belangrijk is dat deze bepaling geldt voor de personen die het bijkantoor *de facto* leiden, en daarbij de bevoegdheid hebben om in naam van de vennootschap te contracteren.¹²⁰ Dit kunnen de eigenlijke bestuurders van de vennootschap zijn, al zal deze hypothese in de praktijk slechts de uitzondering vormen.¹²¹ De bedoeling van de wetsbepaling is duidelijk om de lokale *managers* van het Belgische bijkantoor te vatten, die niet noodzakelijk formeel tot een betitelde positie benoemd zijn. Hierbij is het overigens irrelevant of de aansprakelijkheid contractueel of buitencontractueel van aard is,¹²² alsook of ze gebaseerd is op een inbreuk op het WVV (zoals de openbaarmakingsplicht uit art. 2:24 WVV) of andere wetgeving, dan wel de algemene zorgvuldigheidsnorm.¹²³ Als voorwaarde eist men wel dat de bestuursfout of rechtshandeling verband houdt met de uitbating van het Belgische bijkantoor.¹²⁴ Voor andere rechtshandelingen gelden dus opnieuw de gemene regels van IPR.

¹¹⁷ Deze bepaling bestaat al van oudsher in het Belgische recht. Zij werd voor het eerst geïntroduceerd in oud art. 198, §6 Vennootschapswet (Titel IX oud Wetboek van Koophandel), en is daarna overgeheveld naar oud art. 59 W.Venn. Thans is de bepaling quasi onveranderd opgenomen in art. 2:149 WVV, met een verruiming van het personeel toepassingsgebied naar alle rechtspersonen niet meegerekend; MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 109.

¹¹⁸ C. GERNER-BEUERLE *et al.*, *The Private International Law of Companies in Europe*, München, Beck - Hart - Nomos, 2019, 230, nr. 25.

¹¹⁹ Voor eigenlijke bestuurders wordt de interne aansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap beheerst door de *lex societatis* conform art. 111, §1, 9° WIPR; H. DE WULF, “Commentaar bij art. 59 W. Venn.”, in H. BRAECKMANS, P. BAERT, D. BLOMMAERT en J. CERFONTAINE (eds.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, losbl.

¹²⁰ RPDB, v° *Scellés - Sociétés*, nr. 3101.

¹²¹ De vraag is of de buitenlandse vennootschap soms zélf als feitelijk leidinggevende gekwalificeerd kan worden. Wellicht is dit enkel mogelijk wanneer de vennootschap voldoet aan de voorwaarden waaronder zij een *feitelijk bestuurder* in de zin van het Belgische vennootschapsrecht uitmaakt.

¹²² C. GERNER-BEUERLE *et al.*, *The Private International Law of Companies in Europe*, München, Beck - Hart - Nomos, 2019, 230, nr. 25.

¹²³ H. DE WULF, “Commentaar bij art. 59 W. Venn.”, in H. BRAECKMANS *et al.* (eds.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, losbl.

¹²⁴ RPDB, v° *Scellés - Sociétés*, nr. 3102.



Art. 2:149 WVV regelt alleen het toepasselijke recht voor de aansprakelijkheid van de leidinggevendenden van een Belgisch bijkantoor, en legt daarbij dwingend het Belgisch recht op. Het recht dat de externe en interne bestuursbevoegdheden zelf beheerst, wordt niet aangewezen door de bepaling.¹²⁵ Ook kan men stellen dat art. 2:149 WVV gedeeltelijk het gat opvult dat door art. 109, tweede zin WIPR werd opengelaten, voor brievenbusvennootschappen met een bijkantoor in België. De bepaling in art. 109, tweede zin WIPR kent immers enkel internationale bevoegdheid toe aan de Belgische rechters, en laat het vraagstuk naar het op de bestuurdersaansprakelijkheid toepasselijke recht volledig open. De bepaling van art. 2:149 WVV is in die zin echter strijdig met de eerder vermelde bedoeling van de wetgever bij de invoering van het WVV, die het Belgisch recht niet langer wenste op te dringen aan elders gevestigde vennootschappen en hun bestuurders.¹²⁶

32. **Begrip “bijkantoor”.** De voorbereidende werkzaamheden van het WVV verwijzen voor de invulling van het begrip “bijkantoor” naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹²⁷ Het Hof geeft een autonome invulling aan het begrip “bijkantoor”, namelijk een centrum van werkzaamheden met (i) een duurzame activiteit verbonden aan de economische activiteit van de hoofdzetel; (ii) een economische afhankelijkheid; (iii) een materiële uitrusting; en (iv) de bevoegdheid om de vennootschap tegenover derden te verbinden en een contract te sluiten in naam van de vennootschap.¹²⁸ Een bijkantoor kan volgens de meerderheid van de rechtsleer geen rechtspersoonlijkheid bezitten (in tegenstelling tot een dochtervennootschap).¹²⁹ Niet alle rechtsleer en rechtspraak gaat hier evenwel in mee, aangezien het al dan niet bestaan van een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid irrelevant is voor de medecontractant.¹³⁰ Bovendien rijst de vraag naar de verhouding tussen het besproken IPR-begrip van de werkelijke zetel, en het vennootschapsrechtelijke begrip van het bijkantoor. Men zou kunnen afleiden uit de definitie van het Hof van Justitie dat de werkelijke zetel van een brievenbusvennootschap veelal niet zal samenvallen met het bijkantoorbegrip, aangezien de activiteiten van het bijkantoor verbonden moeten zijn aan de economische activiteiten van de hoofdzetel. Voordat men kan spreken van een bijkantoor, moeten dus elders reeds economische activiteiten voorhanden zijn. Niets belet echter dat een pseudo-buitenlandse vennootschap meerdere werkelijke zetels bezit,¹³¹ dit in verschillende landen. Elke werkelijke zetel die dan ondergeschikt is aan de werkelijke hoofdzetel, zal potentieel een bijkantoor uitmaken. Het Hof van Justitie schakelde in het *Inspire Art*-arrest daarentegen elke werkelijke zetel van de formeel buitenlandse

¹²⁵ G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, 344-345, nr. 743.

¹²⁶ MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/008, 145 en MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 15.

¹²⁷ MvT *Parl.St.* Kamer 1992-93, nr. 48-1005/1, 19.

¹²⁸ HvJ 22 november 1978, nr. C-33/78, Somafer/Ferngas, overw. 12; R. FELTKAMP, “De bijkantoren”, in K. BYTTEBIER, R. FELTKAMP en A. FRANÇOIS, *De gewijzigde vennootschapswet 1995*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 131-133, nr. 3.

¹²⁹ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2021, 917-918, nr. 1858.

¹³⁰ Uit overw. 3 Elfde Vennootschapsrichtlijn en MvT *Parl.St.* Kamer 1992-93, nr. 48-1005/1, 20 blijkt duidelijk dat een bijkantoor geen rechtspersoonlijkheid heeft; maar zie integendeel H. DE WULF, “Commentaar bij art. 81-83 W. Venn.”, in H. BRAECKMANS, P. BAERT, D. BLOMMAERT en J. CERFONTAINE (eds.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, losbl. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt ook dat er bijkantoren kunnen bestaan die rechtspersoonlijkheid bezitten; HvJ 9 december 1987, nr. C-218/86, Rothschild.

¹³¹ M. MYSZKE-NOWAKOWSKA, *The role of choice of law rules in shaping free movement of companies*, Cambridge, 2014, 60-61, nr. 94.



vennootschap, zoals bedoeld in de Nederlandse wet,¹³² gelijk met een “bijkantoor”.¹³³ Deze opvatting is mijns inziens onverenigbaar met het Hof zijn eigen autonome invulling van het begrip bijkantoor.¹³⁴ De enige zekerheid in deze is dat elke *bijkomende* werkelijke zetel van de brievenbusvennootschap potentieel een bijkantoor uitmaakt.

33. **Verenigbaarheid met Europees recht.** Art. 2:149 WVV maakt geen onderscheid tussen EU-vennootschappen en niet-EU-vennootschappen (daar waar art. 109 WIPR enkel betrekking heeft op niet-EU-vennootschappen). Daarom kan men zich afvragen of de verwijzingsregel wel verenigbaar is met het Europees recht, bij een toepassing tegenover EU-vennootschappen. Dit vraagstuk is voorsnog onbesproken in de rechtsleer. Mijns inziens staan twee Europese hinderpalen de bepaling in de weg. De regel kan namelijk uitgeschakeld worden wegens een onverenigbaarheid met de verwijzingsregels uit zowel de Rome I-Verordening inzake contractuele verbintenissen¹³⁵ als de Rome II-Verordening inzake niet-contractuele verbintenissen.¹³⁶ Indien één van beide verordeningen een ander recht aanwijst dan het Belgische (wat overigens geen onwaarschijnlijke hypothese is), zal die respectievelijke verordening primeren. Bovendien laten beide verordeningen een rechtskeuze door de partijen toe.¹³⁷ Dit impliceert dat de feitelijke bijkantoorleidinggevenden (van een EU-vennootschap) de bepaling contractueel kunnen uitschakelen. Zo ontstaat een gelijkenis met art. 109 WIPR, waarbij de bevoegdheid van de Belgische rechter ook wegbedongen kan worden door bestuurders van Lugano-vennootschappen. Vandaar kan de antimisbruikbepaling uit art. 2:149 WVV in voorkomend geval enkel toepassing vinden tegenover de bijkantoren van niet-EU-vennootschappen.

Het is verder duidelijk dat onderhavige antimisbruikbepaling niet raakt aan de vrijheid van vestiging, aangezien ze enkel betrekking heeft op de activiteiten van de vennootschap nadat het bijkantoor reeds opgericht is.¹³⁸ Dit doet geen afbreuk aan het feit dat antimisbruikbepalingen volgens het Hof van Justitie niet discriminerend toegepast mogen worden, zowel niet in rechte als in feite.¹³⁹ De constellatie uit art. 2:149 WVV zal echter geen problemen geven in het kader van het non-discriminatiebeginsel,¹⁴⁰ omdat het er net voor zorgt dat de bijkantoren van vreemde en Belgische vennootschappen aan dezelfde regels

¹³² Zie de definitie van “formeel buitenlandse vennootschap” in art. 1, eerste lid Wet (NL) 17 december 1997 op de formeel buitenlandse vennootschappen, *Stb.* 1997, 697.

¹³³ Het Hof stelt dat enkele bepalingen uit de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, die enkel toepassing vinden op de *werkelijke zetel* van in Nederland gevestigde brievenbusvennootschappen, een rechtsgeldige omzetting vormen van de Elfde Vennootschapsrichtlijn inzake de openbaarmakingsverplichtingen voor bijkantoren; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 56-57.

¹³⁴ Aangezien de betrokken werkelijke zetel dan niet noodzakelijk verbonden is aan een economische activiteit van de hoofdzetel, minstens één werkelijke zetel is immers zelf de hoofdzetel.

¹³⁵ Art. 4 (1) Verord. EP en Raad nr. 593/2008, 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb.L.* 4 juli 2008, afl. 177, 6 (hierna: Rome I-Verordening).

¹³⁶ Art. 4 (1) Verord. EP en Raad nr. 864/2007, 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *Pb.L.* 31 juli 2007, afl. 199, 40 (hierna: Rome II-Verordening).

¹³⁷ Art. 3 Rome I-Verordening en art. 14 Rome II-Verordening.

¹³⁸ HvJ 10 december 2015, nr. C-594/14, Kornhaas, overw. 28; M. COMBET, “Le droit d’établissement des sociétés en droit de l’Union européenne ou le mythe de la concurrence normative”, *RAE-LEA* 2015, afl. 4, 799.

¹³⁹ HvJ 10 december 2015, nr. C-594/14, Kornhaas, overw. 29; M. SZYDŁO, “Directors’ duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after Kornhaas”, *Common Market Law Review* 2017, afl. 54, 1865; H. DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurders-aansprakelijkheidsregelen”, *TBH* 2016, afl. 5, 444.

¹⁴⁰ Art. 18 VWEU.



onderworpen worden. In tegenstelling tot de internationale bevoegdheidsgrond uit art. 109 WIPR (*cf.* randnr. 16), viseert de regel van toepasselijk recht uit art. 2:149 WvV namelijk niet enkel de bijkantoren van vreemde brievenbusvennootschappen, maar de bijkantoren van om het even welke buitenlandse rechtspersoon. Er geldt geen differentiatie in de toepassingsvoorwaarden voor de onderwerping van een Belgisch bijkantoor aan Belgisch recht. Derhalve is van discriminatie geen sprake.

2. Zwitserland: aansprakelijkheid van bestuurders van de brievenbusvennootschap

34. **Regel.** In het Zwitsers IPR bestaat al jaar en dag een merkwaardige tweedeling voor de regels die het bestuur van de vennootschap beheersen. Enerzijds worden de bestuursbevoegdheden in principe toegekend door het recht van het statutaire zeteland,¹⁴¹ anderzijds wordt het misbruik dat men van die bestuursbevoegdheden maakt onderworpen aan Zwitsers recht, indien de vennootschap een formeel buitenlands karakter heeft.¹⁴² Deze dichotomie is het gevolg van de antimisbruikmaatregel uit art. 159 ZWIPR, die als volgt luidt:

*“Werden die Geschäfte einer Gesellschaft, die nach ausländischem Recht gegründet worden ist, in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt, so untersteht die Haftung der für sie handelnden Personen schweizerischem Recht.”*¹⁴³

Meer specifiek is het Zwitsers recht van toepassing op de aansprakelijkheid van zgn. “personen die handelen voor” een brievenbusvennootschap met werkelijke zetel in Zwitserland.¹⁴⁴ Met “personen die handelen voor” doelt de wetgever niet enkel op bestuurders van de vennootschap, maar ook op feitelijke organen zoals werknemers en agenten die de vennootschap feitelijk leiden, evenals hulppersonen zoals stromannen.¹⁴⁵ Gemakshalve zal evenwel steeds gesproken worden over bestuurdersaansprakelijkheid. Deze bepaling uit art. 159 ZWIPR is verregaand in die zin dat zij het Zwitsers recht opdringt aan de bestuurders van elke brievenbusvennootschap. Toch is art. 159 ZWIPR het resultaat van een compromis – enkele parlementariërs pleitten immers voor een systeem van doorbraak van rechtspersoonlijkheid.¹⁴⁶

¹⁴¹ Aangezien bestuursbevoegdheden onder de *lex societatis* vallen, waarvoor Zwitserland de statutaire zetelleer aanhangt; art. 154 j° art. 155, e) en i) ZWIPR.

¹⁴² J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 68-69; S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law – A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 168; B. DUTOIT, *Droit international privé Suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Basel – Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1997, 452.

¹⁴³ Art. 159 Bundesgesetz (CH) 18 december 1987 über das Internationale Privatrecht, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html> (hierna: ZWIPR); R. DRURY, “The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the “Delaware Syndrome””, *Cambridge Law Journal* 1998, 192.

¹⁴⁴ A. SCHNYDER, *Das neue IPR-Gesetz: eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG)*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, 117.

¹⁴⁵ A. HEINI *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1379-1380, nr. 21.

¹⁴⁶ Een eerste ontwerpbeepaling beoogde een doorbreking van rechtspersoonlijkheid, door een persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van alle vennootschapsorganen in te stellen voor de schulden van de brievenbusvennootschap, indien zij zichzelf tegenover derden voordoet als een Zwitserse vennootschap; Schlussbericht (CH) der Expertenkommission zum Gesetzentwurf Bundesgesetz über das internationale Privatrecht *Parl.St.* Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1979, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 274-275; A. HEINI *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale*



35. **Vereiste van goede trouw.** De beschermende regel uit art. 159 ZWIPR is conditioneel. Enkel indien de derde partij die zich op de aansprakelijkheid beroept te goeder trouw is, kan hij het Zwitsers recht inroepen. De bepaling is immers bedoeld om te voorkomen dat de brievenbusvennootschap derden misleidt door de schijn te geven dat zij een Zwitserse vennootschap is.¹⁴⁷ Hoewel dit niet blijkt uit de letterlijke tekst van art. 159 ZWIPR, zijn de rechtsleer en rechtspraak er daarom vast van overtuigd dat een derde partij de bepaling enkel kan inroepen inzien hij er rechtmatig op vertrouwd dat hij handelde met een vennootschap die het Zwitserse vennootschapsstatuut bezat (en dus ten volle beheerst werd door Zwitsers recht).¹⁴⁸ De goede trouw wordt vermoed in het Zwitsers recht,¹⁴⁹ dus de bestuurder moet het tegenbewijs leveren dat de derde kennis had van de pseudo-buitenlandse aard van de vennootschap om te ontsnappen aan de Zwitserse regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid. Wanneer bijvoorbeeld in alle briefwisselingen van de vennootschap vermeld werd dat zij in het buitenland gevestigd is (en de bestuurder slaagt erin om dit te bewijzen), kan de derde geen beroep doen op het Zwitsers recht als basis voor de aansprakelijkheidsvordering.¹⁵⁰ Aan te stippen valt dat het adres van de statutaire zetel, alsook de rechtsvorm in de regel vermeld wordt op de facturen die van de vennootschap uitgaan, waardoor de antimisbruikbepaling bijna uitsluitend relevant is voor malafide gevallen. Uit deze beperking volgt ook dat de antimisbruikbepaling enkel toepassing vindt op de externe aansprakelijkheid van bestuurders, dus in de relatie tegenover derden.¹⁵¹ De interne bestuurdersaansprakelijkheid jegens de vennootschap en haar aandeelhouders blijft buiten schot, omdat beide categorieën van personen per definitie op de hoogte zijn – of tenminste horen te zijn – van het feit dat de vennootschap formeel in het buitenland geïncorporeerd is. Aandeelhouders hebben bovendien geen bijzondere bescherming nodig tegen de potentiële “schijn” dat de vennootschap de Zwitserse nationaliteit zou hebben.¹⁵² Deze stelling wordt evenwel betwist.¹⁵³

36. **Wahlrecht des Gläubigers.** De schuldeiser of derde is in principe niet verplicht om een

Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1377-1378, nr. 12-15. De Zwitserse wetgever heeft dit voorstel nadien gematigd, door (i) enkel de feitelijke *bestuurders* van de vennootschap te viseren, (ii) niet langer te vereisen dat de derde partij bewijst dat de vennootschap zich actief voordoet als een Zwitserse vennootschap en (iii) de antimisbruikbepaling te beperken tot een regel van toepasselijk recht.

¹⁴⁷ Cf. de bedoeling van de wetgever bij een eerste versie van de bepaling: Schlussbericht (CH) der Expertenkommission zum Gesetzentwurf Bundesgesetz über das internationale Privatrecht *Parl.St.* Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1979, Zürich, Schulthess Polygrafischer Verlag, 275.

¹⁴⁸ J. KOSTKIEWICZ, *Grundriss der schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 683; A. HEINI *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1375-1376, nr. 6-7.

¹⁴⁹ Art. 3, eerste lid Schweizerisches Zivilgesetzbuch (CH) 10 december 1907, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245233/de (hierna: ZGB).

¹⁵⁰ J. GHANDCHI, *Der Geltungsbereich des Art. 159 IPRG: Haftung für ausländische Gesellschaften*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, 86.

¹⁵¹ De parlementaire voorbereiding toont aan dat art. 159 ZWIPR (eerst voorgesteld als art. 157 ZWIPR) enkel bedoeld is voor aansprakelijkheidsvorderingen uitgaande van derden; Schlussbericht (CH) der Expertenkommission zum Gesetzentwurf Bundesgesetz über das internationale Privatrecht *Parl.St.* Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1979, Zürich, Schulthess Polygrafischer Verlag, 274-275.

¹⁵² A. HEINI *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1378, nr. 16.

¹⁵³ REYMOND vindt de bedoeling van de wetgever in die zin eerder “mysterieus”; J.-A., REYMOND, *De l'autre côté du miroir: études récentes*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, 59.



beroep te doen op art. 159 ZWIPR. Er bestaat immers een zgn. *Wahlrecht des Gläubigers*, een keuzerecht voor schuldeisers. Indien het recht van het statutaire zeteland een betere of hogere bescherming biedt aan de schuldeiser, zou een uitsluitende toepassing van Zwitsers recht de bedoeling van antimisbruikbepaling immers voorbij gaan.¹⁵⁴ Daar bestuurdersaansprakelijkheid (naar Zwitsers IPR) in principe ook onder de *lex societatis* valt,¹⁵⁵ moet art. 159 ZWIPR beschouwd worden als een alternatief voor de schuldeiser.¹⁵⁶ Kort gezegd kan de derde partij voor zijn aansprakelijkheidsvordering in principe kiezen tussen het Zwitsers recht en het recht van het statutaire zeteland. Zo komt de schuldeiser steeds de hoogste bescherming toe, aangezien hij van twee walletjes kan eten. De rechtsleer stelt echter perken aan dit keuzerecht, afhankelijk van de territoriaal bevoegde rechter waarvoor de zaak gebracht wordt.¹⁵⁷

37. **Interpretatiemoeilijkheden.** De Zwitserse antimisbruikregel van toepasselijk recht creëert veel problemen in de praktijk. Zo is het onduidelijk of de regel enkel slaat op schendingen van het vreemde vennootschapsrecht, of tevens betrekking heeft op andere aansprakelijkheidsgronden, contractueel of buitencontractueel.¹⁵⁸ Een ander twistpunt is het personeel toepassingsgebied van de bepaling: welke personen leiden feitelijk gezien de vennootschap, en vallen vennootschapsgroepen er eveneens onder?¹⁵⁹ De rechtsleer is het ook niet eens over de al dan niet bilaterale werking van de maatregel, namelijk de vraag of enkel Zwitserse schuldeisers zich op de regel kunnen beroepen (de bedoeling van de wetgever lijkt zich hierbij aan te sluiten).¹⁶⁰ Zelfs al zijn de meeste van deze vragen allesbehalve uitzonderlijk of exotisch, toch kan men er op dit ogenblik nog geen sluitend antwoord op geven.¹⁶¹ Bij gebrek aan rechtszekerheid kijken rechters daardoor naar de concrete omstandigheden van de zaak, om dan naar alle redelijkheid de antimisbruikbepaling in een bepaalde zin te interpreteren en toe te passen (dit noemt SCHNYDER de *transaktionsbezogen-* of transactie-gerelateerde interpretatie).¹⁶²

38. **Verhouding tot de bevoegdheidsgrond.** De draagwijdte van de bevoegdheidsgrond

¹⁵⁴ J. KOSTKIEWICZ, *Grundriss der schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 683-684, nr. 2823.

¹⁵⁵ Art. 155, g) en h) ZWIPR.

¹⁵⁶ J. GHANDCHI, *Der Geltungsbereich des Art. 159 IPRG: Haftung für ausländische Gesellschaften*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, 94.

¹⁵⁷ Enkel indien de bevoegdheid van de Zwitserse rechter gebaseerd is op zowel art. 151, tweede lid ZWIPR als art. 152 ZWIPR, komt aan de schuldeiser de keuze toe tussen de *lex societatis* en het Zwitsers recht. Als de rechter zijn bevoegdheid daarentegen enkel baseert op de antimisbruikbepaling uit art. 152 ZWIPR, zal sowieso Zwitsers recht toepassing vinden. Concreet bestaat het keuzerecht enkel als de zaak gebracht wordt voor de Zwitserse rechtbanken van de woonplaats (of de gewone verblijfplaats) van de bestuurder. Er bestaat geen keuzerecht indien men de zaak brengt voor de Zwitserse rechtbanken van de plaats waaruit de vennootschap feitelijk bestuurd wordt; J. KOSTKIEWICZ, *Grundriss der schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 684, nr. 2825; A. HEINI et al., *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1374-1375, nr. 3.

¹⁵⁸ J.-A., REYMOND, *De l'autre côté du miroir: études récentes*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, 56-60.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ A. SCHNYDER en M. LIATOWITSCH, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2006, 308, nr. 890.

¹⁶¹ S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law – A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 168.

¹⁶² A. SCHNYDER en M. LIATOWITSCH, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2006, 388, nr. 888.



uit art. 152 ZWIPR loopt niet gelijk met de draagwijdte van de regel van toepasselijk recht uit art. 159 ZWIPR. (i) Ook de aansprakelijkheid van de vennootschap zelf wordt beoogd door de bevoegdheidsgrond, al wordt deze aansprakelijkheid niet altijd beheerst door het Zwitsers recht, aangezien art. 159 ZWIPR enkel bestuurdersaansprakelijkheid viseert.¹⁶³ (ii) Men doelt voor de bevoegdheidsgrond op een beperktere categorie van brievenbusvennootschappen. Enkel de pseudo-buitenlandse vennootschappen die feitelijk bestuurd worden vanuit Zwitserland vallen onder de bevoegdheidsgrondslag, daar waar art. 159 ZWIPR ook slaat op brievenbusvennootschappen die hun activiteiten ontplooiën in Zwitserland – doch van elders feitelijk bestuurd worden.¹⁶⁴ VISCHER merkt op dat deze inconsistentie te wijten is aan de noodzaak om het forum duidelijk te lokaliseren.¹⁶⁵ De plaats van feitelijk bestuur is meestal objectief en makkelijk aan te wijzen, in tegenstelling tot de activiteiten van de vennootschap, die verspreid kunnen zijn over heel Zwitserland. Deze regel is mijns inziens echter niet te verzoenen met de bedoeling van de wetgever. Ze impliceert namelijk dat een brievenbusvennootschap simpelweg kan ontsnappen aan de antimisbruikbepaling door haar feitelijke bestuurszetel buiten Zwitserland te plaatsen, maar wel haar economische activiteiten in Zwitserland te behouden. Dergelijk misbruik kon de wetgever voorkomen door een vaste rechtbank aan te duiden – bijvoorbeeld die van Bern – wanneer geen duidelijkheid bestaat over de plaats van de activiteiten; óf door de schuldeiser een keuzerecht te bieden als de werkelijke activiteiten op meerdere plaatsen te lokaliseren vallen. Een teleologische interpretatie dringt zich hier op, om een efficiënte bescherming te geven aan zwakke medecontractanten van de vennootschap.

Er bestaan ook gelijkenissen tussen beide maatregelen: (i) de bevoegdheidsgrond grijpt terug naar het ruime personele toepassingsgebied dat bij art. 159 ZWIPR gebruikt wordt, inzake de aansprakelijkheid van “personen die handelen voor” de vennootschap,¹⁶⁶ en (ii) ook enkel derden kunnen een beroep doen op de regel van toepasselijk recht.¹⁶⁷

ii. Geschiktheidsvereisten voor bestuurders

39. Daar waar België en Zwitserland belang hechten aan de *aansprakelijkheid* van de bestuurders van de brievenbusvennootschap, richten het Verenigd Koninkrijk en Duitsland zich voornamelijk op de *geschiktheid* van die bestuurders. Merkwaardig genoeg hangen beide landen elk een andere vorm van de incorporatieleer aan: het Verenigd Koninkrijk past (voorlopig)¹⁶⁸ de eigenlijke incorporatieleer toe, Duitsland kiest in principe voor de statutaire

¹⁶³ A. HEINI *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1336, nr. 7.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ F. VISCHER, “Art. 152” in A. HEINI *et al.* (eds.), *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1336, nr. 7.

¹⁶⁶ J.-A., REYMOND, *De l'autre côté du miroir: études récentes*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, 57.

¹⁶⁷ J. KOSTKIEWICZ, *Grundriss der schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 665, nr. 2749.

¹⁶⁸ Beleidsplannen van de Britse overheid doen een overstap naar de statutaire zetelleer vermoeden; DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, HM TREASURY, en HM REVENUE & CUSTOMS, “Open consultation – Corporate Re-domiciliation”, 2021, <https://www.gov.uk/government/consultations/corporate-re-domiciliation>; F. MERTENS; “United Kingdom considers the introduction of cross-border corporate mobility: testing the waters for a free choice of foreign company law after incorporation?”, *Oxford Business Law Blog* 2021, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/12/united-kingdom-considers-introduction-cross-border-corporate-mobility>.



zetelleer. Dit toont aan dat het type antimisbruikmaatregel in zekere zin losstaat van de invulling die een land geeft aan het vennootschappelijk IPR-leerstuk.

1. *Het Verenigd Koninkrijk: a posteriori diskwalificatie van bestuurders van een brievenbusvennootschap*

40. **Diskwalificatiesysteem.** Bij de hervorming van het Engelse vennootschapsrecht in 1982 wees het *Cork Committee* op de nood aan een tijdelijk verbod op het verrichten van bestuursactiviteiten als sanctie voor bestuurders die vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid misbruiken.¹⁶⁹ Dit advies werd later veruitwendigd in de *Company Directors Disqualification Act* van 1986.¹⁷⁰ Met deze wet werden enkele diskwalificatiegronden ingevoerd op basis waarvan de Engelse rechter een bestuurder¹⁷¹ voor maximum vijftien jaar¹⁷² kan verbieden om bestuurdersactiviteiten uit te oefenen, op vordering van de *Insolvency Service*,¹⁷³ de aandeelhouders of de schuldeisers van de vennootschap.¹⁷⁴ Dit gerechtelijk verbod noemt men een *disqualification order* of diskwalificatiebevel.¹⁷⁵ Ook via een buitengerechtelijk akkoord met de overheid (een *disqualification undertaking*) kan een bestuurder gediskwalificeerd worden.¹⁷⁶ Deze diskwalificatie van bestuurders komt veel voor in het Verenigd Koninkrijk.¹⁷⁷ Feitelijk gezien wordt in het Verenigd Koninkrijk zelfs het meeste geprocedeerd over de diskwalificatiewetgeving, in vergelijking met andere vennootschapsrechtelijke regels.¹⁷⁸

41. **Diskwalificatiegronden.** Een bestuurder kan door een Engelse rechter om diverse redenen gediskwalificeerd worden. In 80% van de gevallen vindt de diskwalificatie plaats wegens de *unfitness* of ongeschiktheid van de persoon om betrokken te zijn bij het bestuur van de vennootschap.¹⁷⁹ Deze ongeschiktheid is daarom wellicht de belangrijkste diskwalificatiegrond. Voor de concrete invulling van het begrip *unfitness* wordt een discretionaire beoordelingsmarge toegekend aan de rechter.¹⁸⁰ De wet reikt wel enkele criteria

¹⁶⁹ K. CORK, *Insolvency law and practice: report of the review committee*, Londen, Her Majesty's stationery office, 1982, 407, nr. 1808; P.L. DAVIES, C. HARE, E. MICHELER en S. WORTHINGTON, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2021, 725, nr. 20-001.

¹⁷⁰ Company Directors Disqualification Act (UK) 25 juli 1986, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/46/contents> (hierna: Company Directors Disqualification Act).

¹⁷¹ De literatuur spreekt vaak over "*managers*", maar een correcte lezing van de wet toont aan dat de diskwalificatie enkel "*directors*" of bestuurders treft (met enkele uitzonderingen voor personen die het bestuur feitelijk adviseren); A. WALTERS en M. DAVIS-WHITE, *Directors' disqualification & insolvency restrictions*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 166, nr. 4-10.

¹⁷² Zie bv. S. 6 (4) Company Directors Disqualification Act.

¹⁷³ P.L. DAVIES *et al.*, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2021, 734-736, nr. 20-007.

¹⁷⁴ S. 16 (2) Company Directors Disqualification Act; K.E. SØRENSEN, "Disqualifying Directors in the EU" in H.S. BIRKMOSE, M. NEVILLE en K.E. SØRENSEN (eds.), *Boards of directors in European companies: reshaping and harmonising their organisation and duties*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, 335.

¹⁷⁵ S. 15A (1) Company Directors Disqualification Act.

¹⁷⁶ S. 15A (2) Company Directors Disqualification Act; S. GIRVIN, S. FRISBY en A. HUDSON, *Charlesworth's company law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 394, nr. 17-096.

¹⁷⁷ P.L. DAVIES *et al.*, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2021, 727-728, nr. 20-002.

¹⁷⁸ S. GIRVIN, S. FRISBY en A. HUDSON, *Charlesworth's company law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 387-388, nr. 17-086.

¹⁷⁹ P.L. DAVIES, E. MICHELER en S. WORTHINGTON, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2016, 237, nr. 10-2.

¹⁸⁰ S. 8 (2) Company Directors Disqualification Act; P.L. DAVIES, *et al.*, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2021, 732-733, nr. 20-005.



aan: een bestuurder kan ongeschikt zijn omwille van zijn (i) wangedrag, de niet-nakoming van zijn algemene bestuurdersplichten en het geven van een verkeerde voorstelling van de vennootschapsgoederen; (ii) de niet-nakoming van zijn financiële rapporteringsplichten; (iii) de grove nalatigheid die heeft bijgedragen tot insolventie en (iv) de niet-nakoming van insolventiewetgeving.¹⁸¹ De rechtspraak vereist bijkomend dat er sprake is van een “miskenning van commerciële moraliteit, of een bijzonder ernstige roekeloosheid of incompetentie in bestuur die een gevaar voor het publiek vormt [eigen vertaling]”.¹⁸² Naast de *unfitness* om betrokken te zijn bij het bestuur van de vennootschap, kunnen het plegen van ernstige strafrechtelijke misdrijven, frauduleus handelen, *wrongful trading* en de niet-nakoming van wettelijke registratieverplichtingen ook diskwalificatiegronden uitmaken.¹⁸³

42. **Sanctie.** Indien een persoon die onderhevig is aan een diskwalificatiebevel alsnog de verboden bestuursactiviteiten uitoefent, kan hij strafrechtelijke geldboeten en een gevangenisstraf oplopen.¹⁸⁴ Bovendien voorziet de wet twee privaatrechtelijke sancties: hij die in strijd met een diskwalificatie toch nog bestuursactiviteiten verricht, (i) is persoonlijk aansprakelijk voor alle schulden die de vennootschap heeft aangegaan tijdens de duur van zijn verboden bestuursactiviteiten,¹⁸⁵ en (ii) kan bij insolventie van de vennootschap bijkomend aansprakelijk gesteld worden door de schuldeisers van de vennootschap en de vennootschap zelf, indien de verboden handelingen schade aan één van hen hebben toegebracht.¹⁸⁶

43. **Ruime definitie van vennootschap.** Een bestuurder zou de Engelse diskwalificatiewetgeving makkelijk kunnen omzeilen via de oprichting van een brievenbusvennootschap, mochten de regels geen toepassing vinden op vreemde (overzeese) vennootschappen. Ter vermijding hiervan bevat de *Company Directors Disqualification Act* een ruime definitie van “vennootschap” ter afbakening van zijn toepassingsgebied, namelijk (i) elke vennootschap die in het Verenigd Koninkrijk geïncorporeerd is en (ii) elke overzeese vennootschap die vereffend kan worden op basis van *Part V* van de *Insolvency Act*.¹⁸⁷ Zoals hierboven uiteengezet in randnr. 25, doelt deze laatste categorie ook op een elders geïncorporeerde vennootschap, voor zover zij voldoende nauwe banden heeft met het Verenigd Koninkrijk.¹⁸⁸ Met andere woorden, de bestuurders van een brievenbusvennootschap met werkelijke zetel in het Verenigd Koninkrijk zullen niet ontsnappen aan de Engelse diskwalificatieregels.¹⁸⁹ De Engelse rechters kennen zichzelf in

¹⁸¹ Zie Schedule 1 bij de *Company Directors Disqualification Act*.

¹⁸² High Court of Justice (UK) 4 april 1986, *British Company Cases* 1987, 322, Dawson Print Group Ltd; High Court of Justice (UK) 6 december 2010, *England and Wales High Court* 2010, 3175, Secretary of State v Doffman.

¹⁸³ Ss. 10-15 *Company Directors Disqualification Act*; P.L. DAVIES *et al.*, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2021, 740-742, nr. 20-012 – 20-014.

¹⁸⁴ S. 13 *Company Directors Disqualification Act*.

¹⁸⁵ S. 15 (1) *Company Directors Disqualification Act*; S. GIRVIN, S. FRISBY en A. HUDSON, *Charlesworth's company law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 400-403, nr. 17-103.

¹⁸⁶ S. 15A *Company Directors Disqualification Act*; P.L. DAVIES *et al.*, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2021, 729, nr. 20-003.

¹⁸⁷ S. 22(2) *Company Directors Disqualification Act*.

¹⁸⁸ A. WALTERS en M. DAVIS-WHITE, *Directors' disqualification & insolvency restrictions*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 811-812, nr. 16-13 – 16-14.

¹⁸⁹ C. GERNER-BEUERLE *et al.*, *The Private International Law of Companies in Europe*, München, Beck – Hart – Nomos, 2019, 741, nr. 59.



deze ook internationale bevoegdheid toe, zodat de bestuursverboden (en sancties voor de niet-naleving ervan) afgedwongen kunnen worden jegens de bestuurders van overzeese vennootschappen.¹⁹⁰

De Engelse wetgever heeft dit mechanisme aangescherpt in 2015, zodat de rechter meer rekening kan houden met de grensoverschrijdende omgeving waarin vennootschappen opereren.¹⁹¹ Zo werd onder andere wettelijk verankerd dat de Engelse rechter al het gedrag van bestuurders met betrekking tot overzeese vennootschappen kan meenemen in zijn beoordeling over een eventuele diskwalificatie.¹⁹² Zelfs de handelingen van bestuurders inzake buitenlandse vennootschappen zonder activiteiten in het Verenigd Koninkrijk worden bijgevolg gevat door de Engelse diskwalificatieregels. Er geldt immers geen vereiste van enige nauwe banden met het Verenigd Koninkrijk in de gewijzigde wetgeving.

44. De diskwalificatie van bestuurders dient niet gerelateerd te zijn aan een insolventieprocedure. In tegenstelling tot Duitsland, kan de Engelse diskwalificatie ook in geheel andere procedures bevolen worden.¹⁹³ Het is uiteraard opportuun om bestuurders te diskwalificeren vóór de virtuele insolventie van de vennootschap.¹⁹⁴ Niettemin wordt in de praktijk zelden gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de bestuurders van een solvende vennootschap te diskwalificeren.¹⁹⁵

2. Duitsland: a priori geschiktheid van bestuurders van een brievenbusvennootschap

45. **Geschiktheidsvereisten.** Opdat een persoon benoemd kan worden tot bestuurder van een Duitse *Aktiengesellschaft* of *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, dient hij of zij aan bepaalde geschiktheidsvoorwaarden of *Eignungsvoraussetzungen* te voldoen.¹⁹⁶ In principe kan enkel een natuurlijke persoon met onbeperkte handelingsbekwaamheid benoemd worden tot bestuurder.¹⁹⁷ Dit impliceert dat er in het bestuur geen plaats is voor rechtspersonen. Hetzelfde geldt voor handelingsonbekwame natuurlijke personen, zoals minderjarigen, personen die enkel rechtshandelingen kunnen stellen met toestemming van een vertegenwoordiger,¹⁹⁸ of degenen aan wie een bestuursverbod is opgelegd.¹⁹⁹ Daarnaast worden ook personen die in het verleden reeds veroordeeld zijn voor strafrechtelijke misdrijven in verband met het faillissement van een vennootschap, verboden op te treden als bestuurder van een AG of

¹⁹⁰ High Court of Justice (UK) 7 april 1993, *British Company Cases* 1993, 833, Seagull Manufacturing Co Ltd.

¹⁹¹ P.L. DAVIES *et al.*, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2021, 733, nr. 20-005.

¹⁹² S. 8 (2) Company Directors Disqualification Act.

¹⁹³ K.E. SØRENSEN, "Disqualifying Directors in the EU" in H.S. BIRKMOSE, M. NEVILLE en K.E. SØRENSEN (eds.), *Boards of directors in European companies: reshaping and harmonising their organisation and duties*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, 339.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ R. WILLIAMS, "Disqualifying Directors: A Remedy Worse than the Disease?", *Journal of Corporate Law Studies* 2007, afl. 2, 237-238.

¹⁹⁶ S. 76 (3) Aktiengesetz (DE) 6 september 1965, *BGBl.* I S. 1089 (hierna: AktG); S. 6 (2) Gesetz (DE) 20 april 1892 betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, *RGBl.* S. 477 (hierna: GmbHG).

¹⁹⁷ W. GOETTE, "GmbHG §6 - Geschäftsführer" in H. FLEISCHER en W. GOETTE (eds.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, Band 1: §§ 1-34*, München, Beck, 2018, nr. 19.

¹⁹⁸ Oberlandesgericht Hamm (DE) 13 april 1992, nr. 15 W 25/92, *NJW-RR* 1992, 1253.

¹⁹⁹ S. 76 (3) (2) AktG; S. 6 (2) (2) GmbHG; W. BAYER, P. HOMMELHOFF, D. KLEINDIEK en M. BUTTER, *GmbH-Gesetz Kommentar*, Berlijn, Schmidt, 2009, 254, nr. 19-20.



GmbH.²⁰⁰

46. **Toepasselijk op de brievenbusvennootschap.** Hoewel de wet deze geschiktheidsvoorwaarden enkel oplegt aan bestuurders van voormelde twee vennootschapsvormen naar Duits recht, oordeelde het *Bundesgerichtshof* in 2007 toch dat zij eveneens gelden voor brievenbusvennootschappen die opereren in Duitsland.²⁰¹ Zo kan het *Registergericht* (de rechtbank verbonden aan het Duitse registratiesysteem) weigeren om de Duitse tak van een elders geïncorporeerde vennootschap in te schrijven, wanneer een bestuurder niet voldoet aan de geschiktheidsvoorwaarden uit de Duitse wetgeving – zelfs wanneer de bestuurder op geldige wijze is benoemd naar het recht van het statutaire zeteland.²⁰² Dit is een frappante aanpak, omdat de benoemingsakte in andere contexten wel erkend kan worden in Duitsland. Vanuit het perspectief van de Duitse vestiging, is de bestuurder echter niet rechtsgeldig benoemd, aldus het *Bundesgerichtshof*.²⁰³ Als gevolg van de niet-inschrijving is de bestuurder die verder bestuursactiviteiten verricht persoonlijk aansprakelijk voor alle rechtshandelingen die hij stelt in naam van de vennootschap, tenzij wanneer deze laatste ervoor kiest om die rechtshandelingen te bevestigen.²⁰⁴

47. **Verenigbaarheid met Europees recht.** Men kan de vraag stellen of deze rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* wel verenigbaar is met de vrijheid van vestiging,²⁰⁵ omdat het *Registergericht* erdoor de macht krijgt om de inschrijving te weigeren van een bestuurder die naar het recht van het statutaire zeteland rechtsgeldig benoemd is. Het *Bundesgerichtshof* erkende dat de maatregel een belemmering uitmaakt op de Europese vrijheid van vestiging, maar stelt dat deze gerechtvaardigd kan worden op basis van de *rule of reason*-test.²⁰⁶ Zo beargumenteert het Hof dat de geschiktheidsvereisten voor bestuurders dienen ter behartiging van dwingende redenen van algemeen belang, namelijk “*de betrouwbaarheid van commerciële transacties, de bescherming van zowel schuldeisers als minderheden, de consumentenbescherming en de eerlijkheid van handel* [eigen vertaling]”.²⁰⁷ De maatregel zou passend zijn om deze dwingende redenen van algemeen belang te behartigen, omdat “*het verrichten van commerciële activiteiten in Duitsland in ieder geval bemoeilijkt wordt zonder de inschrijving van de bestuurder in het handelsregister, in het bijzonder met het oog op de bescherming van schuldeisers en de eenheid van het rechtssysteem* [eigen vertaling]”.²⁰⁸ Deze overweging is

²⁰⁰ S. 76 (3) (3) AktG; S. 6 (2) (3) GmbHG.

²⁰¹ Bundesgerichtshof (DE) 7 mei 2007, nr. II ZB 7/06, BGHZ 171, 200; F. KIENLE, “Schnittstellen des internationalen Gesellschafts- und Insolvenzrechts” in R. SÜß en T. WACHTER (eds.), *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Bonn, Zerb, 2011, 167, nr. 79.

²⁰² W. BAYER en J. SCHMIDT, “Gewerbeverbot des directors einer Ltd. als Eintragungshindernis für eine Zweigniederlassung”, *Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht* 2007, afl. 10, 708; C. GERNER-BEUERLE et al., *The Private International Law of Companies in Europe*, München, Beck – Hart – Nomos, 2019, 389-390, nr. 17.

²⁰³ Bundesgerichtshof (DE) 7 mei 2007, nr. II ZB 7/06, BGHZ 171, 200, overw. 12.

²⁰⁴ S. 179 Bürgerliches Gesetzbuch (DE) 18 augustus 1896, RGBI. S. 195 (hierna: BGB); H. EIDENMÜLLER en M. REHBERG, “Umgehung von Gewerbeverboten mittels Auslandsgesellschaften”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, afl. 1, 30; A. EGO, “Rechtliche Rahmenbedingungen der grenzüberschreitenden Niederlassung von Kapitalgesellschaften” in W. GOETTE en M. HABERSACK (eds.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 7: SE-VO, SEBG*, München, Beck, 2021, nr. 477.

²⁰⁵ Artt. 49 en 54 VWEU.

²⁰⁶ Bundesgerichtshof (DE) 7 mei 2007, nr. II ZB 7/06, BGHZ 171, 200, overw. 17.

²⁰⁷ Bundesgerichtshof (DE) 7 mei 2007, nr. II ZB 7/06, BGHZ 171, 200, overw. 20.

²⁰⁸ Bundesgerichtshof (DE) 7 mei 2007, nr. II ZB 7/06, BGHZ 171, 200, overw. 21.



evenwel een cirkelredenering en kan geen stand houden. Het Hof merkt wel terecht op dat schuldeisers in de meeste gevallen niet op de hoogte zullen zijn van de ongeschiktheid van de bestuurder, waardoor men geen vertrouwen kan hebben in de aanwezige informatie als bescherming van schuldeisers²⁰⁹ (een theorie die het Hof van Justitie opperde in het *Inspire Art*-arrest).²¹⁰ Op basis van voormelde redenering oordeelde het *Bundesgerichtshof* dat de opgedrongen geschiktheidsvoorwaarden een gerechtvaardigde beperking op de vrijheid van vestiging uitmaken.²¹¹ Allicht zal deze gedachtegang een toets van het Hof van Justitie niet doorstaan, gelet op de gebrekkige onderbouwing van de proportionaliteit en passendheid van de maatregel.

48. **Einde omzeiling van buitenlandse bestuursverboden.** Het merendeel van de Duitse literatuur bejubelde deze uitspraak van het *Bundesgerichtshof*, omdat ze een einde bracht aan een wijdverbreide praktijk waarbij Duitse bestuursverboden omzeild worden via Engelse brievenbusvennootschappen.²¹² De bestuurder van een Engelse vennootschap kan in beginsel namelijk niet door de Britse rechtbanken gediskwalificeerd worden op basis van een buitenlands bestuursverbod – hoewel de Engelse *Companies Act* wel de bevoegdheid toekent aan de aangeduide *Secretary of State* om hier soelaas aan te bieden.²¹³ Tot groot ongenoegen van vele auteurs is tot op heden echter geen gebruik gemaakt van deze gedelegeerde bevoegdheid.²¹⁴ Bijgevolg kunnen personen waaraan een bestuursverbod is opgelegd in een ander rechtstelsel dan het Verenigd Koninkrijk – bij toepassing van gelijkaardige regelgeving als de Engelse diskwalificatieregels – nog steeds optreden als bestuurder van een Britse vennootschap. Deze vennootschap kon dan – vóór *Brexit* een feit was²¹⁵ – in een ander land zoals Duitsland haar economische activiteiten ontplooiën. Ook het *Bundesgerichtshof* erkende deze maas in het net, en oordeelde dat de omzeiling van de Duitse geschiktheidsvoorwaarden via een brievenbusvennootschap een misbruik van de vrijheid van vestiging uitmaakt.²¹⁶ Toch kan de antimisbruikleer van het Hof van Justitie voor de geschiktheidsvereisten niet op geldige wijze toegepast worden, aangezien zij niet van geval tot geval en *in concreto* onderzocht worden, maar op een algemene en preventieve wijze zijn voorgeschreven²¹⁷ – een leerstuk uit

²⁰⁹ Bundesgerichtshof (DE) 7 mei 2007, nr. II ZB 7/06, BGHZ 171, 200, overw. 22; W. BAYER en J. SCHMIDT, “Gewerbeverbot des directors einer Ltd. als Eintragungshindernis für eine Zweigniederlassung”, *Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht* 2007, afl. 10, 710.

²¹⁰ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 135; H. DE WULF, “Noot onder HvJ 30 september 2003, nr. C167/01, *Inspire Art.*” *TBH* 2004, afl. 1, 90, nr. 6.

²¹¹ Bundesgerichtshof (DE) 7 mei 2007, nr. II ZB 7/06, BGHZ 171, 200, overw. 17.

²¹² A. EGO, “Rechtliche Rahmenbedingungen der grenzüberschreitenden Niederlassung von Kapitalgesellschaften” in W. GOETTE en M. HABERSACK (eds.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 7: SE-VO, SEBG*, München, Beck, 2021, nr. 472; H. EIDENMÜLLER en M. REHBERG, “Umgehung von Gewerbeverboten mittels Auslandsgesellschaften”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, afl. 1, 28.

²¹³ Ss. 1182-1184 *Companies Act*.

²¹⁴ P. L. DAVIES, E. MICHELER en S. WORTHINGTON, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 267-268, nr. 10-14; A. WALTERS en M. DAVIS-WHITE, *Directors' disqualification & insolvency restrictions*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 832, nr. 16-48.

²¹⁵ Engelse vennootschappen kunnen vandaag de vrijheid van vestiging niet meer invoeren in de Europese Unie, door de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk.

²¹⁶ Bundesgerichtshof (DE) 7 mei 2007, nr. II ZB 7/06, BGHZ 171, 200, overw. 14-16.

²¹⁷ Bundesgerichtshof (DE) 7 mei 2007, nr. II ZB 7/06, BGHZ 171, 200, overw. 15; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 120; I. WUISMAN, *Freedom of Establishment for Companies In Europe*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2019, 64.



het *Inspire Art*-arrest dat BAYER en SCHMIDT bijzonder hekelen.²¹⁸ Intussen biedt de Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn het recht aan EU-lidstaten om de benoeming van een persoon als vennootschapsbestuurder te weigeren indien aan die persoon een bestuursverbod is opgelegd in een andere EU-lidstaat.²¹⁹ Vóór de omzetting van deze bepaling kon men mijn inziens een buitenlands bestuursverbod reeds afdwingen op basis van de *de plano* erkenning en – al dan niet van rechtswege – uitvoerbaarheid van buitenlandse rechterlijke uitspraken uit de Brussel *Ibis*-verordening of het Verdrag van Lugano (het VK is momenteel door geen van beiden nog gebonden).²²⁰

49. **Vergelijking met Engelse diskwalificatieregels.** De Duitse geschiktheidsvoorwaarden sluiten nauw aan bij de diskwalificatieregels uit het Engelse recht. Het voornaamste verschil tussen beiden is dat de Duitse vereisten voor bestuurders op voorhand bij wet zijn vastgelegd. Deze worden op het ogenblik van de registratie van de identiteit van de nieuwe bestuurder *a priori* – vlak na de benoeming, doch voor de uitoefening van de bestuursactiviteiten zelf – gecontroleerd door het *Registergericht*. De wet kent hierbij geen beoordelingsmarge toe aan de Duitse rechter.²²¹ Daartegenover staat evenwel het Engelse diskwalificatiesysteem, waarbij een rechter meestal *pas a posteriori* – nadat een bestuurder ongeschikt blijkt om zijn bestuursactiviteiten uit te oefenen – de diskwalificatie van de bestuurder kan bevelen aan de hand van enkele criteria, maar met een grote beoordelingsmarge.²²² De duidelijke verschillen in enerzijds het ogenblik waarop de toets plaatsvindt en anderzijds de beoordelingsmarge van de rechter, maken dat de Engelse regels waarschijnlijk wél gerechtvaardigd kunnen worden op basis van de antimisbruikleer (aangezien er een geval tot geval-onderzoek geschiedt). Deze observatie is niet heel relevant meer, nu het Verenigd Koninkrijk zich heeft teruggetrokken uit de Europese Unie. Het geeft echter wel een indicatie over hoe de Duitse regels er zouden moeten uitzien.

3. *België: onduidelijkheid over de toepassing van een bestuursverbod jegens bestuurders van een brievenbusvennootschap*

50. **Belgisch beroepsverbod.** Vanzelfsprekend hebben ook de Belgische rechters de mogelijkheid om een beroepsverbod op te leggen wanneer vennootschapsbestuurders zich

²¹⁸ W. BAYER en J. SCHMIDT, “Gewerbeverbot des directors einer Ltd. als Eintragungshindernis für eine Zweigniederlassung”, *Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht* 2007, afl. 10, 710.

²¹⁹ Art. 13 *decies* (2), tweede lid Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn, ingevoegd door art. 1 (a) Richtl. EP en Raad, nr. 2019/1151, 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht; *Pb.L.* 11 juli 2019, afl. 186, 80 (hierna: Richtlijn Digitalisering Vennootschapsrecht). De uiterste omzettingsdatum van deze bepaling lag *cf.* art. 2 van de laatstgenoemde richtlijn op 1 augustus 2021.

²²⁰ Art. 36 (1) en 39 Brussel *Ibis*-Verordening; art. 33 (1) en 38 (1) Verdrag van Lugano. Zowel onder de Brussel *Ibis*-Verordening als het Verdrag van Lugano geschiedt de erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing *de plano* of van rechtswege. Het Verdrag van Lugano, dat geldt voor rechterlijke beslissingen uit IJsland, Noorwegen en Zwitserland, vereist wel nog een klassieke uitvoerbaarverklaring of *exequatur* via een procedure voor de rechter. De Brussel *Ibis*-Verordening schafte het *exequatur* af binnen de Europese Unie, waardoor een rechterlijke beslissing uit de ene EU-lidstaat onmiddellijk uitvoerbaar is in alle andere EU-lidstaten.

²²¹ W. BAYER *et al.*, *GmbH-Gesetz Kommentar*, Berlijn, Schmidt, 2009, 253-258, nr. 16-29.

²²² In het bijzonder bij een diskwalificatie op grond van “*unfitness*”; P.L. DAVIES, *et al.*, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2021, 732-733, nr. 20-005; A. WALTERS en M. DAVIS-WHITE, *Directors' disqualification & insolvency restrictions*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 162-166, nr. 4-05 – 4-09.



schuldig maken aan een welbepaald misdrijf,²²³ al kent België in deze geen specifieke regelen voor brievenbusvennootschappen. Dit Belgisch beroepsverbod kan de vorm aannemen van enerzijds een bestuursverbod en anderzijds een zgn. handels- of koopmansverbod, naargelang het misdrijf dat ertoe aanleiding gaf.²²⁴ Het Hof van Cassatie oordeelde al dat het handels- of koopmansverbod geldt voor elk “koopmansbedrijf”²²⁵ dat in België gevestigd is en vanuit België handel drijft, ongeacht of de prestaties in het buitenland plaatsvinden of de bestemming zich in het buitenland bevindt.²²⁶ Er bestaat op heden geen gepubliceerde rechtspraak over de omgekeerde beweging waarbij een brievenbusvennootschap activiteiten ontplooit in België. Het desbetreffende Koninklijk Besluit biedt evenwel voldoende ruimte om een beroepsverbod af te dwingen jegens de bestuurders van een brievenbusvennootschap, aangezien het spreekt over het verbod om “de functie van persoon belast met het bestuur *van een vestiging in België*” uit te oefenen.²²⁷

51. **EU Business Registers Interconnection System (BRIS).** De Europese Commissie acht het van uitermate belang dat de lidstaten de benoeming van een persoon als vennootschapsbestuurder kunnen weigeren met het oog op de voorkoming van frauduleus of ander wangedrag, daarbij niet alleen rekening houdend met het voormalige gedrag van die persoon op zijn eigen grondgebied, maar ook, wanneer zo vastgesteld in het nationaal recht, met inachtneming van door andere lidstaten verstrekte informatie.²²⁸ Vanuit deze overweging dienen de EU-lidstaten vanaf 1 augustus 2021 ervoor te zorgen dat zij antwoord kunnen geven op een verzoek van een andere lidstaat om informatie die relevant is voor het opleggen van een bestuursverbod aan bestuurders.²²⁹ Het verstrekken van deze informatie moet geschieden via het digitaal Europees systeem van gekoppelde registers (het *Business Registers Interconnection System* of afgekort *BRIS*).²³⁰

iii. Internationale prokuraleer

52. **Leerstuk.** Een buitengewone categorie van antimisbruikmaatregelen wordt in deze bijdrage aangeduid als de “internationale prokuraleer”. Dit leerstuk schakelt in bepaalde gevallen de *lex societatis* uit, en kan in identieke vorm teruggevonden worden in België en Zwitserland. De Zwitserse bepaling, die reeds dateert van 1989, vormde ongetwijfeld de inspiratie voor het Belgische art. 111, §2 WIPR, dat reeds van in den beginne in het WIPR van

²²³ Art. 1-1bis Koninklijk Besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, *BS* 27 oktober 1934 (hierna: KB nr. 22).

²²⁴ Voor de faillissementsmisdrijven en het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen kan facultatief door een civiele of strafrechter het handels- of koopmansverbod uitgesproken worden (het verbod om een onderneming uit te baten). Bij het plegen van een reeks andere misdrijven, opgesomd in art. 1 KB nr. 22, kan de rechter facultatief een bestuursverbod uitspreken (het verbod om bestuurs- en controlefuncties uit te oefenen in vennootschappen); B. SPRIET en R. VAN HERPE, *Themis 110 – Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 123-141.

²²⁵ Het begrip koopmansbedrijf moet gelezen worden als het begrip onderneming in de zin van art. I.1, eerste lid, 1° WER.

²²⁶ Cass. 16 januari 2018, *Arr.Cass.* 2018, 105, overw. 4.

²²⁷ Art. 1 KB nr. 22. Van ditzelfde besluit staat artikel 2 de rechter daarenboven toe om een beroepsverbod op te leggen wegens een buitenlandse veroordeling tot een gelijkaardig misdrijf.

²²⁸ Overw. 23 Richtlijn Digitalisering Vennootschapsrecht.

²²⁹ Art. 13 *decies* (3) Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn.

²³⁰ Art. 13 *decies* (3) Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn; E. APERS en A. MICHELSENS, “De notaris, de vennootschap en Europa: een stap in de virtuele wereld”, *NFM* 2021, afl. 4, 96, nr. 2.5.



2004 te vinden is. De Belgische regel luidt als volgt:

“Niettemin kan een rechtspersoon de onbekwaamheid gegrond op beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid krachtens het toepasselijk recht niet inroepen ten aanzien van een tegenpartij indien die onbekwaamheid onbekend is in het recht van de Staat op wiens grondgebied de tegenpartij de rechtshandeling heeft gesteld en zij op dat ogenblik die onbekwaamheid niet kende noch behoorde te kennen.”

De Zwitserse bepaling, thans opgenomen in art. 158 ZWIPR, schrijft op zijn beurt voor dat:

“Eine Gesellschaft kann sich nicht auf die Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Organs oder eines Vertreters berufen, die dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung der anderen Partei unbekannt ist, es sei denn, die andere Partei habe diese Beschränkung gekannt oder hätte sie kennen müssen.”

De internationale prokuraalere impliceert dat *wettelijke* bevoegdheidsbeperkingen van de organen van de brievenbusvennootschap uit het recht van het statutaire zeteland *niet tegenwerpelijk* zijn aan de wederpartijen van de rechtshandelingen gesteld in het werkelijke zeteland, indien (i) deze beperkingen niet gekend zijn in het recht van het werkelijke zeteland, (ii) de wederpartij de beperkingen *in concreto* niet kende, én (iii) de wederpartij de beperkingen *in abstracto* niet hoorde te kennen.²³¹ Met andere woorden, een brievenbusvennootschap kan zichzelf niet bevrijden van haar verbintenissen door zich te beroepen op de wettelijke onbevoegdheid van een bestuurder, indien de overschreden bevoegdheidsbeperking ongekend is in het Belgisch of Zwitsers recht, voor zover de wederpartij te goeder trouw is.

53. **Vergelijking met internrechtelijke prokuraalere.** De internationale prokuraalere is tot op heden grotendeels onbesproken gebleven in de literatuur. Ook de parlementaire voorbereiding van het Belgisch WIPR zwijgt volledig over de bepaling.²³² Toch vormt ze een sterk beschermingsmechanisme voor zwakke partijen te goeder trouw, die geconfronteerd worden met een voor hen ongekend buitenlands recht. In feite vertoont dit mechanisme sterke gelijkenissen met de internrechtelijke prokuraalere zoals men die kent in België,²³³ aangezien beide systemen tot doel hebben om derden te goeder trouw te beschermen tegen ongekende beperkingen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van vennootschapsorganen.²³⁴ De antimisbruikbepalingen in art. 111, §2 WIPR en art. 158 ZWIPR kunnen beschouwd worden als een verruimde, doch verzachte versie van de interne of nationale prokuraalere. (i) De nationale prokuraalere haalt de interne en externe aspecten van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van organen uit elkaar,²³⁵ terwijl de antimisbruikbepaling

²³¹ T. KRUGER en J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht. De essentie*, Brugge, die Keure, 2021, 493; A. HEINI *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1372, nr. 3.

²³² Zie *MvT Parl.St.* Senaat BZ 2003-04, nr. 3-27/1, 131; de indieners van het WIPR-voorstel maken bij hun toelichting over art. 111 WIPR geen gewag van de antimisbruikbepaling in §2.

²³³ *Cf.* de Europese Prokuraalere zijn statutaire bevoegdheidsbeperkingen van organen niet tegenwerpelijk aan derden, zelfs niet indien zij openbaar zijn gemaakt; art. 9 (2) Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn.

²³⁴ Overw. 5 Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn.

²³⁵ B. DE GROOTE, D. BRULOOT en R. DE CORTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2020, 392, nr. 1044.



de vertegenwoordigingsbevoegdheid naar “eigen” recht en vreemd recht uit elkaar haalt. De prokuraal wordt zo verruimd naar internationale context. (ii) Hoewel de interne prokuraal enkel de tegenwerpelijkheid van *statutaire* vertegenwoordigingsclausules inperkt,²³⁶ slaat de internationale prokuraal in principe enkel op *wettelijke* externe bevoegdheidsbeperkingen. Het adagium “*iedereen wordt geacht de wet te kennen*” geldt dus niet voor vreemd recht dat afwijkt van het recht van het werkelijke zeteland. Door reflexwerking kan de internationale leer in bepaalde gevallen toch een weerslag hebben op statutaire bevoegdheidsbeperkingen (cf. randnr. 54). De internrechtelijke en internationale prokuraal tonen derhalve enkele verschillen, ook al hebben ze dezelfde doelstelling.

Beide leerstukken lijken wel op elkaar in die zin dat de internationale prokuraal buiten werking gesteld kan worden als de vennootschap er in slaagt om aan te tonen dat de wederpartij kennis had of hoorde te hebben van de vertegenwoordigingsbeperking uit het recht van het statutaire zeteland. Een uitzondering bij kennisname door de wederpartij geldt volgens het Belgische WVV en de Belgische rechtspraak ook voor de interne prokuraal,²³⁷ al volstaat een loutere publicatie van de vertegenwoordigingsbeperking niet om te spreken van een kennisname.²³⁸ Dit strookt eveneens met het systeem van art. 111, §2 WIPR en art. 158 ZWIPR, aangezien het buitenlandse vennootschapsrecht veelal gepubliceerd zal zijn, maar dit vanzelfsprekend geen kennisname in hoofde van de wederpartij impliceert.

54. **Ultra vires-doctrine.** De internationale prokuraal is van bijzonder belang als de statutaire zetel van de brievenbusvennootschap gevestigd is in een land waar de *zgn. ultra vires*-doctrine nog ten volle geldt.²³⁹ Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan Pakistan en Indië.²⁴⁰ Krachtens deze doctrine zijn alle rechtshandelingen die de organen van de vennootschap stellen buiten hun wettelijke of zelfs statutaire

²³⁶ S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX, *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Gent, Larcier, 2016, 46-47, nr. 95.

²³⁷ Art. 2:18, eerste lid WVV; C. CLOTTENS, “Vertegenwoordigingsmacht van (leden van) organen van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid na publicatie van hun onregelmatige benoeming”, noot onder Brussel 16 september 2013, *TRV* 2014, afl. 3, 305; B. TILLEMANN, N. VAN DAMME en K. DEWAELE, “Optreden in rechte van de vennootschaprechtspersoon”, in B. TILLEMANN en N. VAN DAMME (eds.), *Recht en onderneming - Procehandelingen van en tegen vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2020, 397-398, nr. 456. Deze uitzondering wordt echter niet vermeld door de uitdrukkelijke tekst van art. 9 (2) Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn, die gebaseerd is op het principe van maximale harmonisatie. De Belgische interpretatie van de Prokuraal kan dus strijdig zijn met het Europees recht.

²³⁸ B. TILLEMANN *et al.*, “Optreden in rechte van de vennootschaprechtspersoon”, in B. TILLEMANN en N. VAN DAMME (eds.), *Recht en onderneming - Procehandelingen van en tegen vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2020, 397-398, nr. 456.

²³⁹ A. HEINI *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1371-1372.

²⁴⁰ M. WAQAS, “Applications of the Doctrine of Ultra Vires in Developed Countries and Developing Countries”, *Journal of Applied Environmental and Biological Sciences* 2014, afl. 4, 148. Vroeger werd de *ultra vires*-leer in grote mate aangehangen door het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, maar vandaag perken ook deze landen de leer bijna volledig in wegens de economische nadelen die ze met zich meebrengt; zie S. LEACOCK, “Rise and Fall of the Ultra Vires Doctrine in United States, United Kingdom, and Commonwealth Caribbean Corporate Common Law: A Triumph of Experience Over Logic”, *DePaul Business and Commercial Law Journal* 2006, afl. 1, 67-104. Enkele ontwikkelingslanden kennen wel nog een volle werking van het leerstuk; M. WAQAS, “Applications of the Doctrine of Ultra Vires in Developed Countries and Developing Countries”, *Journal of Applied Environmental and Biological Sciences* 2014, afl. 4, 148.



vertegenwoordigingsbevoegdheid relatief nietig.²⁴¹ Derden worden dus niet enkel geacht de wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid van onder andere de bestuurders te kennen, maar ook de statuten van de vennootschap zijn aan hen tegenwerpelijk. Dit leerstuk heeft ernstige negatieve gevolgen, zoals het feit dat ondernemingen voor al hun handelspartners de statuten grondig moeten uitpluizen. Het creëert *a fortiori* een grote rechtsonzekerheid voor zwakke partijen die hiertoe niet de middelen hebben. Art. 111, §2 WIPR en art. 158 ZWIPR zullen de *ultra vires*-leer uit vreemde rechtstelsels echter uitschakelen tegenover derde partijen te goeder trouw, aangezien de doctrine ongekend is in het Belgisch en Zwitsers recht. Zodoende kan de vennootschap zich ter bevrijding van haar verbintenissen niet beroepen op de bevoegdheidsoverschrijding van haar organen. Via *reflexwerking* van de wettelijke *ultra vires*-doctrine, kan de internationale prokuraal dus toch slaan op statutaire vertegenwoordigingsbeperkingen.

iv. Andere substantiële regels van materieel recht

55. Wat vooraf ging, waren afgelijnde en alleenstaande antimisbruikbepalingen. Daarnaast bestaan ook ruimere initiatieven ter aanpak van misbruiken via brievenbusvennootschappen. Noemenswaardig zijn onder meer de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen en het conditioneel karakter dat Duitsland en Zwitserland koppelen aan hun statutaire zetelleer. Via dergelijke technieken dringt het werkelijke zeteland een ruim scala aan eigen regelgeving op aan de brievenbusvennootschap. Daarom kunnen bepalingen zoals deze veelal niet als IPR-regels, maar als regels van materieel recht beschouwd worden.

1. De Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

56. **Allesomvattende wet.** Nederland koos voor één antwoord op de privaatrechtelijke misbruiken van de incorporatieleer, door de uitvaardiging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (hierna: WFBV)²⁴² in 1997. Deze wet kan beschouwd worden als bijzondere toepassing van het IPR-leerstuk van de voorrangregels, doch zonder beoordelingsbevoegdheid voor de rechter.²⁴³ De WFBV geldt voor elders opgerichte kapitaalvennootschappen met rechtspersoonlijkheid, die nagenoeg al hun werkzaamheden verrichten in Nederland, en geen werkelijke band (dus enkel een louter formele band) hebben met hun incorporatieland.²⁴⁴ Ook vennootschappen geïncorporeerd in Curaçao, Aruba, Sint Maarten en de BES-eilanden worden voor de WFBV beschouwd als buitenlandse vennootschappen.²⁴⁵ De WFBV is dus van toepassing op een beperkte categorie van brievenbusvennootschappen waarvan de werkelijke zetel in Nederland gelegen is. Als gevolg van het *Inspire Art*-arrest inzake de vrijheid van vestiging,²⁴⁶ geldt de WFBV ook niet meer

²⁴¹ R. RAGHUVANSHI en N. VAIDYA, "Applicability of Doctrine of Ultra Vires on Companies", 2010, <https://ssrn.com/abstract=1558971>, 2.

²⁴² Wet (NL) 17 december 1997 op de formeel buitenlandse vennootschappen, *Stb.* 1997, 697 (hierna: WFBV).

²⁴³ X.E. KRAMER en H.L.E. VERHAGEN, *Asser 10-III Internationaal vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 52-53 nr. 93.

²⁴⁴ Art. 1, eerste lid WFBV.

²⁴⁵ Art. 1, eerste lid, slotzin WFBV; G. VAN SOLINGE, "Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen" in C.D.J. BULTEN *et al.* (eds.), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, art. 1 WFBV, aant. 3.

²⁴⁶ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*.



voor vennootschappen die geïncorporeerd zijn in de Europese Economische Ruimte (met uitzondering van de aansprakelijkheidsgrond voor misleidende jaarrekeningen).²⁴⁷

57. De WFBV bevat drie categorieën van antimisbruikbepalingen, namelijk (i) meldingsplichten bij de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister en op alle uitgaande geschriften, (ii) enkele bepalingen inzake winstuitkeringen en (iii) enkele boekhoudverplichtingen. Deze regels gaan gepaard met verregaande (bestuurders)aansprakelijkheidssancties.²⁴⁸

58. **Openbaarmakingsplichten.** De eerste categorie van regels breidt de publiciteitsplichten van de formeel buitenlandse vennootschap aanzienlijk uit tegenover die van andere vennootschappen. Met deze bepalingen wou de wetgever ervoor zorgen dat derde partijen op eenvoudige wijze geïnformeerd worden over het feit dat zij te maken hebben met een brievenbusvennootschap, en zich met behulp van die informatie een oordeel kunnen vormen over de betrouwbaarheid van hun wederpartij.²⁴⁹ Zo moeten de lokale bestuurders²⁵⁰ bij de inschrijving in het handelsregister²⁵¹ aangeven dat de vennootschap een formeel buitenlands karakter heeft.²⁵² Deze registratieplicht geldt op straffe van onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor alle schulden die de brievenbusvennootschap gemaakt heeft gedurende de ongeregistreerde periode.²⁵³ Ook dienen de naam en woonplaats van alle aandeelhouders ingeschreven te worden in het handelsregister.²⁵⁴ Daarnaast moeten tal van gegevens vermeld worden op alle geschriften en aankondigingen (inclusief websites) die uitgaan van de brievenbusvennootschap, zoals haar naam, rechtsvorm, het adres van de statutaire zetel, en het formeel buitenlandse karakter van de vennootschap.²⁵⁵ Het wordt de brievenbusvennootschap bovendien verboden om in de uitgaande stukken een aanduiding te gebruiken die erop zou kunnen wijzen dat zij toebehoort aan een Nederlandse rechtspersoon.²⁵⁶

²⁴⁷ Art. 1, tweede lid WFBV.

²⁴⁸ De meeste voorschriften uit de WFBV worden tevens strafrechtelijk gesanctioneerd, aangezien de niet-naleving ervan een economisch delict uitmaakt; art. 10 WFBV j° art. 1, 4° Wet (NL) 22 juni 1950 op de economische delicten, *Stb.* 1950, 574; art. 9 WFBV j° art. 342-343 Wetboek (NL) 3 maart 1881 van Strafrecht, *Stb.* 1886, 6.

²⁴⁹ MvT (NL) *Parl.St.* Tweede Kamer der Staten-Generaal 1994-95, nr. 24139/3, 7.

²⁵⁰ Art. 7 WFBV bepaalt namelijk dat “*degenen die met de dagelijkse leiding van de aan de vennootschap toebehorende onderneming zijn belast*” gelijkgesteld worden met de bestuurders van de formeel buitenlandse vennootschap; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn - Antwerpen, Maklu, 2009, 62, nr. 91; P. VLAS en M. ZILINSKY, *Sdu Commentaar: Internationaal Privaatrecht (Boek 10 BW)*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2020, 322.

²⁵¹ De inschrijving van de vennootschap in het handelsregister op zich is reeds verplicht bij art. 18 Handelsregisterwet (NL) 22 maart 2007, *Stb.* 2007, 153; X.E. KRAMER en H.L.E. VERHAGEN, *Asser 10-III Internationaal vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 56-57 nr. 102.

²⁵² Art. 2, eerste lid WFBV.

²⁵³ Art. 4, tweede lid WFBV; X.E. KRAMER en H.L.E. VERHAGEN, *Asser 10-III Internationaal vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 57 nr. 104; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn - Antwerpen, Maklu, 2009, 63, nr. 92.

²⁵⁴ Art. 2, tweede lid WFBV.

²⁵⁵ Art. 3, eerste lid WFBV. Telegrammen en reclame worden evenwel uitgesloten van de publiciteitsplicht.

²⁵⁶ *Ibid*; X.E. KRAMER en H.L.E. VERHAGEN, *Asser 10-III Internationaal vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 58-59 nr. 108. Bepaalde auteurs menen dat dit problemen zou kunnen opleveren als de formeel buitenlandse vennootschap naar het recht van haar incorporatieland een naam voert die dezelfde is als die van een Nederlandse vennootschap (bijvoorbeeld de “NV”). In dat geval zal de *lex societatis* uitdrukkelijk in de naam van de vennootschap vermeld moeten worden, om misleiding te voorkomen; G. VAN SOLINGE, “Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen” in C.D.J. BULTEN *et al.* (eds.), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, art. 3 WFBV, aant. 2; *cf.* Nota van wijziging (NL) *Parl.St.* Tweede Kamer der Staten-Generaal 1996-97, nr. 24139/7, 3.



59. **Winstuitkeringen.** De tweede categorie van maatregelen brengt een aansprakelijkheid voor onzorgvuldige winstuitkeringen met zich mee. Indien de brievenbusvennootschap na winstuitkering niet meer in staat is om haar schulden te betalen naarmate zij opeisbaar worden, zijn de lokale bestuurders die dat op het ogenblik van de winstuitkering wisten of redelijkerwijs hoorden te voorzien, hoofdelijk aansprakelijk tegenover de vennootschap voor het tekort dat door de winstuitkering is ontstaan.²⁵⁷ Naar analogie met Belgisch recht zou men dit een schending van de bestuurdersplicht tot het uitvoeren de liquiditeitstest kunnen noemen. Bovendien, ook de aandeelhouders²⁵⁸ die de dividenden ontvingen kunnen aansprakelijk gesteld worden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, indien ook zij “te kwader trouw” waren op het ogenblik van de uitkering.²⁵⁹ De rechtsleer aanvaardt dat de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders ook geldt bij een kapitaalvermindering of inkoop van eigen aandelen.²⁶⁰

60. **Boekhouding.** De derde categorie van regels legt enkele boekhoudkundige verplichtingen op aan de lokale bestuurders van de formeel buitenlandse vennootschap. Deze bestuurders zijn verplicht tot het bijhouden van een boekhouding waaruit de “*rechten en verplichtingen van de vennootschap te allen tijde kunnen worden gekend*”.²⁶¹ De gegevens waaruit deze rechten en plichten blijken, moeten gedurende zeven jaar bewaard worden.²⁶² Ook dienen de bestuurders een jaarrekening en jaarverslag neer te leggen die voldoen aan de Nederlandse standaarden.²⁶³ Het Nederlandse boekhoudrecht wordt dus opgedrongen aan de vennootschap. Wanneer de jaarrekening, het bestuursverslag of een tussentijdse staat een misleidende voorstelling geeft van de toestand van de vennootschap, zijn de bestuurders en commissarissen bovendien onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk tegenover de derden die hierdoor schade lijden (maar ze zijn niet aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap – in tegenstelling tot de sanctie verbonden aan de meldingsplicht in het handelsregister).²⁶⁴

61. **Inspire Art-arrest.** Bij de oorspronkelijke uitvaardiging van de thans nog ruimere WFBV in 1997, vond de wet toepassing op alle formeel buitenlandse vennootschappen, dus ook vennootschappen die geïncorporeerd waren in de Europese Unie. De verenigbaarheid van de WFBV met de vrijheid van vestiging en het verbod van discriminatie op grond van

²⁵⁷ Art. 4, eerste lid WFBV j° art. 2:216, derde lid NBW; G. VAN SOLINGE, “Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen” in C.D.J. BULTEN *et al.* (eds.), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, art. 4 WFBV, aant. 2.

²⁵⁸ De regeling uit art. 4, eerste lid WFBV geldt enkel bij uitkeringen aan aandeelhouders, terwijl art. 2:216, derde lid NBW voor de Nederlandse BV ook toepassing vindt op anderen dan aandeelhouders, zoals de houders van statutaire winstbewijzen, vruchtgebruikers of pandhouders met inningbevoegdheid; X.E. KRAMER en H.L.E. VERHAGEN, *Asser 10-III Internationaal vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 61 nr. 116.

²⁵⁹ Art. 4, eerste lid WFBV j° art. 2:216, derde lid NBW.

²⁶⁰ G. VAN SOLINGE, “Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen” in C.D.J. BULTEN *et al.* (eds.), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, art. 4 WFBV, aant. 2; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn - Antwerpen, Maklu, 2009, 66, nr. 98.

²⁶¹ Art. 5, eerste lid WFBV j° art. 2:10, eerste lid NBW.

²⁶² Art. 5, eerste lid WFBV j° art. 2:10, derde lid NBW.

²⁶³ Art. 5, tweede lid WFBV j° Boek 2, Titel 9 NBW.

²⁶⁴ Art. 6 WFBV j° art. 2:249 en 2:260 NBW; G. VAN SOLINGE, “Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen” in C.D.J. BULTEN *et al.* (eds.), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, art. 6 WFBV, aant. 1.



nationaliteit werd dan ook snel in vraag gesteld door enkele auteurs.²⁶⁵ Vóór de flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, legde de WFBV namelijk ook een minimumkapitaalplicht op aan formeel buitenlandse vennootschappen.²⁶⁶ Het Hof van Justitie kreeg deze vraag voorgeschoteld in het *Inspire Art*-arrest.²⁶⁷ Conform zijn vaste aanpak uit het *Centros*-arrest, oordeelde het Hof vooreerst dat de bepalingen uit de WFBV een belemmering uitmaken op de vrijheid van vestiging.²⁶⁸ Dit principe verzet zich er immers tegen dat de vestiging van een filiaal in een EU-lidstaat door een vennootschap die rechtsgeldig in een andere EU-lidstaat is opgericht, afhankelijk wordt gemaakt van bepaalde voorwaarden betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders,²⁶⁹ omdat deze de uitoefening van het secundair vestigingsrecht minder aantrekkelijk maken.²⁷⁰ Vervolgens ging het Hof na of de bepalingen van de WFBV gerechtvaardigd kunnen worden op basis van de *rule of reason*-test of antimisbruikleer. (i) Wat de *rule of reason*-test betreft, voerde Nederland als dwingende reden van algemeen belang de bescherming van schuldeisers aan.²⁷¹ Dit is een dwingende reden die reeds aanvaard werd in het *Centros*-arrest.²⁷² Het Hof beschouwde de bepalingen uit de WFBV evenwel als disproportioneel om deze reden van algemeen belang te vrijwaren, aangezien de schuldeisers van *Inspire Art* reeds voldoende geïnformeerd werden over het feit dat de vennootschap beheerst wordt door vreemd recht, gelet op de openbaarmakingsplichten uit de Elfde Vennootschapsrichtlijn, en aangezien *Inspire Art* een Engelse vennootschapsvorm in haar naam droeg.²⁷³ Moesten de nationale verplichtingen wel proportioneel zijn, voegde het Hof er aan toe, dan kan de ganse regeling toch strijdig verklaard worden met het EU-recht, als de eraan gekoppelde *sanctie* disproportioneel zwaar is, zoals *in casu* het geval was voor de onbeperkte aansprakelijkheid van de bestuurders voor de vennootschapsschulden.²⁷⁴ (ii) Daarnaast oordeelde het Hof dat de antimisbruikleer geen geldige toepassing kon vinden voor

²⁶⁵ Zie J.N. SCHUTTE-VEENSTRA, "Noot onder HvJ EG, 09-03-1999, nr. C-212/97: Centros", *Ondernemingsrecht* 1999, afl. 8, 229; S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law – A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 143.

²⁶⁶ Oud art. 4 WFBV; P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn - Antwerpen, Maklu, 2009, 64-66, nr. 96-97.

²⁶⁷ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*; H. DE WULF, "Noot onder HvJ 30 september 2003, nr. C167/01, *Inspire Art*." *TBH* 2004, afl. 1, 89, nr. 2. De Engelse vennootschap *Inspire Art* werd opgericht door een Nederlandse onderdaan voor het voeren van zijn kunsthandel in Nederland. Op basis van de vrijheid van vestiging uit oud art. 43 en 48 EG-Verdrag; thans de artt. 49 en 54 VWEU, vestigde *Inspire Art* een filiaal in Amsterdam. Omdat de vennootschap onderworpen was aan Engels recht, ontsnapte zij aan de Nederlandse kapitaalvoorschriften. *Inspire Art* werd vervolgens ingeschreven in het handelsregister te Amsterdam, evenwel zonder de vermelding dat ze een formeel buitenlandse vennootschap was. De Amsterdamse Kamer van Koophandel richtte daarop een verzoek aan de kantonrechter. Deze rechter beval de aanvulling van de inschrijving van *Inspire Art* met deze vermelding en de naleving van de Nederlandse kapitaalvoorschriften, op straffe van de aansprakelijkheid van de bestuurders voor de vennootschapsschulden. *Inspire Art* meende dat deze bepalingen van het WFBV strijdig waren met de vrijheid van vestiging. Derhalve stelde de kantonrechter prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

²⁶⁸ *Artt. 49 en 54 VWEU*; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 104.

²⁶⁹ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 105.

²⁷⁰ S. RAMMELOO, "Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG *Inspire Art* Ltd.: zetelleercontroverse beslecht!", *NiPR* 2004, afl. 3, 287.

²⁷¹ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 132.

²⁷² HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*, overw. 35.

²⁷³ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 135; H. DE WULF, "Noot onder HvJ 30 september 2003, nr. C167/01, *Inspire Art*." *TBH* 2004, afl. 1, 90, nr. 6; C. CLOTTENS, "Noot onder Hof van Justitie 30 september 2003: Vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing na het arrest *Inspire Art*: Is the sky the limit(ed)?" *TRV* 2006, afl. 8, 687; S. RAMMELOO, "Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG *Inspire Art* Ltd.: zetelleercontroverse beslecht!", *NiPR* 2004, afl. 3, 288.

²⁷⁴ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 141.



de WFBV, omdat Nederland het algemene vermoeden hanteert dat brievenbusvennootschappen *op zich* misbruik maken van de vrijheid van vestiging.²⁷⁵ Dit terwijl EU-lidstaten volgens het Hof telkens *in concreto* – van geval tot geval – moeten bewijzen dat de vennootschap misbruik maakt van de vrijheid van vestiging, opdat ze dit misbruik kunnen bestrijden.²⁷⁶ Meer zelfs, het feit dat een elders opgerichte EU-vennootschap geen enkele materiële band heeft met zijn incorporatieland kan op zich nooit een misbruik uitmaken,²⁷⁷ aangezien de wens om te ontsnappen aan het hinderlijk geachte vennootschapsrecht van de lidstaat van oorsprong inherent is aan de vrijheid van vestiging.²⁷⁸ Om deze redenen maakten de bepalingen van de WFBV dan ook een ongerechtvaardigde belemmering uit op de Europese vrijheid van vestiging.²⁷⁹

62. **Aangepast toepassingsgebied.** In navolging van de *Inspire Art*-rechtspraak kan de algemene, preventieve regeling van de WFBV niet meer toegepast worden tegenover EER-vennootschappen.²⁸⁰ Daarom bepaalt het nieuwe art. 1, tweede lid WFBV dat de wet enkel nog van toepassing is op formeel buitenlandse vennootschappen met statutaire zetel buiten de Europese Economische Ruimte.²⁸¹ Art. 6 WFBV inzake de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor misleidende jaarrekeningen vormt evenwel een uitzondering op dit beperkte toepassingsgebied.²⁸² Deze bepaling blijft onverkort gelden voor formeel buitenlandse EER-vennootschappen.²⁸³ Volgens de parlementaire voorbereiding maakt art. 6 WFBV een geldige toepassing van deze antimisbruikler, omdat “*de bepaling zich richt op concrete gevallen waarin is vastgesteld dat er sprake is van een misleidende voorstelling van de toestand der vennootschap.*”²⁸⁴ Derhalve kunnen de bestuurders en commissarissen van in Nederland actieve EER-vennootschappen aansprakelijk zijn voor een misleidende voorstelling van de jaarrekening, ook al voorziet de *lex societatis* niet in dergelijke aansprakelijkheidsgrond.

2. Een kieskeurige toepassing van de incorporatieleer op zich

63. Het geheel of gedeeltelijk op de schop doen van de incorporatieleer is wellicht de allersterkste “antimisbruikmaatregel” die een staat kan implementeren tegenover brievenbusvennootschappen, al valt hier beleidsmatig weinig goeds over te vertellen.²⁸⁵ Toch

²⁷⁵ C. CLOTTENS, “Noot onder Hof van Justitie 30 september 2003: Vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing na het arrest Inspire Art: Is the sky the limit(ed)?”, *TRV* 2006, afl. 8, 687; S. RAMMELOO, “Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Inspire Art Ltd.: zetelleercontroverse beslecht!”, *NiPR* 2004, afl. 3, 287.

²⁷⁶ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 120.

²⁷⁷ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 139; P. PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 56, nr. 3.67.

²⁷⁸ HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*, overw. 26-27; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 137-138.

²⁷⁹ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*, overw. 142.

²⁸⁰ G. VAN SOLINGE, “Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen” in C.D.J. BULTEN *et al.* (eds.), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, Inleidende opmerkingen, aant. 4.

²⁸¹ Art. 1, tweede lid WFBV; ingevoerd bij art. 1, A, 2 Wet (NL) 28 april 2005 tot wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, *Stb.* 2005, 230; J.B. HUIZINK, “Het einde van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen”, *TVL* 2003, 289-290.

²⁸² Art. 6 WFBV j° art. 2:249 en 2:260 NBW.

²⁸³ Art. 1, tweede lid WFBV.

²⁸⁴ MvT (NL) *Parl.St.* Tweede Kamer der Staten-Generaal 2003-04, nr. 29524/3, 7; X.E. KRAMER en H.L.E. VERHAGEN, *Asser 10-III Internationaal vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 55-56, nr. 100.

²⁸⁵ Cf. randnr. 4.



kiezen bepaalde incorporatiesystemen er voor om de werkelijke zetelleer achter de hand te houden. Omdat dit leerstuk het ideale verweermiddel is tegen de formeel buitenlandse vennootschap,²⁸⁶ passen incorporatiesystemen zoals Zwitserland, Duitsland en Portugal bij uitzondering toch de werkelijke zetelleer toe wanneer aan bepaalde voorwaarden voldaan is, zodat de brievenbusvennootschap onderworpen wordt aan *alle* eigen vennootschapsregels.

64. **Zwitserland.** Het Zwitsers vennootschaps-IPR gebruikt een conditionele statutaire zetelleer. Het toepasselijke vennootschapsrecht wordt enkel gedetermineerd door de plaats van de statutaire zetel, indien voldaan is aan de openbaarmakings- en registratieverplichtingen van die plaats.²⁸⁷ Wanneer niet voldaan is aan die verplichtingen van het statutaire zeteland, wordt de vennootschap alsnog beheerst door het vennootschapsrecht van het werkelijke zeteland.²⁸⁸ De rechtsleer merkt bovendien terecht op dat ook de Zwitserse regelgeving inzake grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing perken stelt aan de invulling van de statutaire zetelleer.²⁸⁹ Zwitserland koppelt twee voorwaarden aan de “normale” zetelverplaatsing. Enerzijds moet het immigratie- of emigratieland de zetelverplaatsing ook toelaten;²⁹⁰ anderzijds dient de naar Zwitserland immigrerende vennootschap ook haar werkelijke zetel (*Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit*) naar Zwitserland te verplaatsen, opdat zij haar statutaire zetel mag transfereren naar Zwitserland.²⁹¹ De eerste voorwaarde lijkt evident en vloeit tevens voort uit de algemene IPR-principes.²⁹² De tweede voorwaarde is echter minder vanzelfsprekend voor een statutair zetelsysteem. Ze impliceert dat een loutere verplaatsing van de statutaire zetel naar Zwitserland onvoldoende is om het Zwitserse vennootschapsstatuut te verwerven en om aan Zwitsers vennootschapsrecht onderworpen te worden. De vennootschap moet hiertoe eveneens voldoende nauwe banden hebben met het land en er aldus werkelijke activiteiten verrichten. Deze vereiste holt de Zwitserse statutaire zetelleer uit, en doet afbreuk aan de bedoeling van de wetgever om zijn vennootschapsrecht aantrekkelijker te maken voor buitenlandse investeerders. Een *opt-in* voor Zwitsers recht ná de oprichting wordt namelijk bemoeilijkt. Ook ontstaat er een verschil in behandeling tussen de oprichting en immigratie van een brievenbus- vennootschap, want bij de oprichting van een Zwitserse vennootschap wordt geen feitelijke band met Zwitserland

²⁸⁶ Dit leerstuk knoopt voor de *lex societatis* aan bij de locatie van de werkelijke activiteiten van de vennootschap, in plaats van diens statutaire zetel. Het werd in de 19^{de} eeuw voor het eerst aangenomen door Franse rechters om de Engelse brievenbusvennootschappen te bestrijden, en maakt het onmogelijk om te ontsnappen aan dwingende vennootschapsregels van het exploitatieland. Vandaar wordt de werkelijke zetelleer traditioneel bestempeld als een *shielding theory of Schutztheorie*; A. FRADA DE SOUSA, “Company’s Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio”, in *Jean Monnet Working Paper Series*, New York, New York University School of Law, 2009, 7; P. PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 111, nr. 4.59. Ook vandaag bestaan er nog fervente voorvechters van de werkelijke zetelleer, waaronder EIDENMÜLLER; H. EIDENMÜLLER, “Shell Shock: In Defence of the ‘Real Seat Theory’ in International Company Law”, *Oxford Business Law Blog* 2022, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/shell-shock-defence-real-seat-theory-international-company-law>.

²⁸⁷ Art. 154, eerste lid ZWIPR; A. HEINI, *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1346-1347.

²⁸⁸ Art. 154, tweede lid ZWIPR.

²⁸⁹ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 96-98, nr. 138; J. BELLINGWOUT, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen – Privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer, Kluwer, 1996, 124, 129 en 130.

²⁹⁰ Art. 161, eerste lid ZWIPR inzake immigratie en art. 163, eerste lid ZWIPR inzake emigratie.

²⁹¹ Art. 162, eerste lid ZWIPR.

²⁹² J. BELLINGWOUT, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen – Privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer, Kluwer, 1996, 124, 129 en 130.



vereist. Voor in Zwitserland *opgerichte* vennootschappen geldt dus de statutaire zetelleer,²⁹³ voor naar Zwitserland *verplaatste* vennootschappen geldt de werkelijke zetelleer. Of dit verschil in behandeling al dan niet gerechtvaardigd is, werd reeds hevig becommentarieerd in de rechtsleer.²⁹⁴ Niettemin heeft de verschillende behandeling tot op heden nog steeds kracht van wet.

65. **Duitsland.** De Duitse rechtspraak²⁹⁵ hanteerde gedurende lange tijd een uiterst radicale versie van de werkelijke zetelleer,²⁹⁶ door aan te knopen bij de plaats waar het management op dagelijkse basis fundamentele beleidsbeslissingen neemt voor de vennootschap (*Verwaltungssitzregel*).²⁹⁷ Hier kwam echter verandering in door de veroordeling van Duitsland in het *Überseering*-arrest van het Hof van Justitie (*cf.* randnr. 4).²⁹⁸ Bijgevolg besliste het *Bundesgerichtshof* dat de statutaire zetel voortaan als aanknopingspunt geldt voor de *lex societatis*, maar enkel tegenover EU-vennootschappen (waarvoor de vrijheid van vestiging geldt).²⁹⁹ Later breidde het Hof dit principe uit tot vennootschappen met statutaire zetel in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte.³⁰⁰ Sindsdien is het vennootschaps-IPR in Duitsland tweeledig: enerzijds geldt de statutaire zetelleer voor EER-vennootschappen, anderzijds geldt de werkelijke zetelleer voor alle andere vennootschappen. Dit laatste werd nogmaals bevestigd door het *Bundesgerichtshof*,³⁰¹ wat op kritiek kon rekenen in de literatuur.³⁰² Het Hof stelt zich terughoudend op om de statutaire zetelleer door te trekken naar vennootschappen die geen beroep kunnen doen op de Europese vrijheid van vestiging, en wacht af tot de Duitse wetgever hiertoe uitdrukkelijk wetgevende actie onderneemt.³⁰³ Een wetsontwerp ter introductie van de statutaire zetelleer met toepassing op *alle* vennootschappen werd ingediend in 2008,³⁰⁴ maar is sindsdien niet verder opgevolgd.³⁰⁵ In de relatie tussen Duitsland en de Verenigde Staten vindt *de facto* ook de statutaire zetelleer

²⁹³ De lezer zou hier ten onrechte uit kunnen afleiden dat Zwitserland de eigenlijke incorporatieleer aanhangt in plaats van de statutaire zetelleer. Deze stelling klopt niet, aangezien de statutaire zetel wel degelijk als aanknopingspunt geldt wanneer deze in het buitenland gevestigd is.

²⁹⁴ De meerderheid van de Zwitserse rechtsleer verdedigt dit verschil in behandeling; zie A. HEINI *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1399.

²⁹⁵ Afgezien van enkele algemene bepalingen inzake internationaal privaatrecht in het *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, bestaan in Duitsland geen gecodificeerde IPR-regels die van toepassing zijn op vennootschappen. De vraag naar het vennootschapsstatuut diende bijgevolg door de rechtspraak beantwoord te worden; S. BALTHASAR, "Gesellschaftsstatut und Gläubigerschutz: ein Plädoyer für die Gründungstheorie", *RIV* 2009, 222.

²⁹⁶ W. BAYER, "Die EuGH-Entscheidung "Inspire Art" und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen", *BB* 2003, 2363-2364.

²⁹⁷ Bundesgerichtshof (DE) 21 maart 1986, nr. VZR 10/85, *BGHZ* 1997, 269 (272).

²⁹⁸ HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering*.

²⁹⁹ Bundesgerichtshof (DE) 13 maart 2003, nr. VII ZR 370/98.

³⁰⁰ Bundesgerichtshof (DE) 19 september 2005, nr. II ZR 372/03.

³⁰¹ Bundesgerichtshof (DE) 27 oktober 2008, nr. II ZR 158/06.

³⁰² C. TRAUTRIMS, "Geschichte und Bedeutung von Sitz- und Gründungstheorie im deutschen Recht", *ZHR* 2012, 453-454.

³⁰³ C. GERNER-BEUERLE *et al.*, *The Private International Law of Companies in Europe*, München, Beck - Hart - Nomos, 2019, 388-389, nr. 14.

³⁰⁴ Referentenentwurf (DE) eines Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, *Parl.St.* Bundestag 2008.

³⁰⁵ W. BAYER, en J. SCHMIDT, "Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn", *ZHR* 2009, 774.



toepassing.³⁰⁶ Door een Verdrag van 1954 tussen beide staten³⁰⁷ bestaat er immers een principe van wederzijdse erkenning voor elkaars vennootschappen, wat een gelijkaardig resultaat bewerkstelligt als bij toepassing van de statutaire zetelleer.

c. Bijzondere openbaarmakingsverplichtingen

66. Als laatste categorie van antimisbruikmaatregelen kan men de diverse openbaarmakings- of publiciteitsplichten aanhalen die incorporatieerlanden opleggen aan buitenlandse vennootschappen die op hun grondgebied actief zijn.³⁰⁸ Deze verplichtingen zijn in de Europese Unie geharmoniseerd voor bijkantoren.³⁰⁹ Het Hof van Justitie beschouwt – weliswaar onterecht – elke werkelijke zetel van een brievenbusvennootschap als een “bijkantoor” (cf. randnr. 32), waardoor deze publiciteitsplichten van groot belang zijn. De sancties voor niet-naleving verschillen evenwel van lidstaat tot lidstaat.³¹⁰ Niet-EU-lidstaten zoals onder meer Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk geven een eigen invulling aan de informatie die brievenbusvennootschappen van zichzelf bekend dienen te maken, zoals elders reeds uitvoerig besproken.³¹¹ Het Verenigd Koninkrijk – dat ogenschijnlijk van plan is om over te schakelen van de eigenlijke incorporatieer naar de statutaire zetelleer – zal in de toekomst zelfs de registratie van een zgn. *transfer case* eisen bij een immigrerende statutaire zetelverplaatsing.³¹² Het algemeen doel van deze publiciteitsvoorschriften is dat derde partijen weten dat ze met een brievenbusvennootschap aan het handelen zijn, en op basis daarvan een oordeel kunnen vormen over diens betrouwbaarheid.

³⁰⁶ C. GERNER-BEUERLE *et al.*, *The Private International Law of Companies in Europe*, München, Beck – Hart – Nomos, 2019, 388, nr. 11.

³⁰⁷ Treaty of Friendship, Commerce and Consular Relations between Germany and the United States of America van 29 oktober 1954, *United Nations Treaty Series*, vol. 273, 3.

³⁰⁸ Zo moet vaak publiciteit verleend worden aan de oprichtingsakte (en statuten indien deze in een afzonderlijke akte zijn opgenomen), de benoemingsakten en identiteit van de bestuurders, alsmede de jaarrekening van de vennootschap. Voor bijkantoren van niet-EU-vennootschappen voegt de Europese wetgever hier aan toe dat de vennootschap ook publiciteit moet verlenen aan het recht waaraan zij onderworpen is (dus van welk land zij het vennootschapsstatuut heeft).

³⁰⁹ Richtl. Raad nr. 89/666, 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* 30 december 1989, afl. 395, 36 (hierna: Elfde Vennootschapsrichtlijn); thans vastgelegd in de artt. 29-39 Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn.

³¹⁰ Art. 40 Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn draagt de lidstaten immers enkel op om “passende sancties” te voorzien bij niet-naleving van de openbaarmakingsplichten, maar biedt verder geen duidelijkheid hierover. Ter invulling hiervan koos België voor een eerder radicale sanctie, thans opgenomen in art. 2:148, tweede lid WVV, door alle rechtsvorderingen vanwege de buitenlandse vennootschap onontvankelijk te verklaren voor zolang diens oprichtingsakte niet neergelegd is ter griffie. De Duitse sanctie bestaat erin dat elk “feit” dat niet ingeschreven is door de vennootschap, niet tegenover derden te goeder trouw (zonder daadwerkelijke kennis van het feit) kan worden ingeroepen of tegengeworpen (de zgn. “*Schutz des Dritten*”); S. 15. *Handelsgesetzbuch* (DE) 10 mei 1897, *RGBl.* S. 219. De verenigbaarheid van zowel de Belgische als de Duitse sanctie met de vrijheid van vestiging wordt evenwel betwist.

³¹¹ Zie voor het Verenigd Koninkrijk: P.L. DAVIES, *et al.*, *Gower’s Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2021, 108-110, nr. 5-005 – 5-006; en voor Zwitserland: A. HEINI *et al.*, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 1382-1387, nr. 1-18.

³¹² Zie de beleidsplannen van de Britse overheid in DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, HM TREASURY, en HM REVENUE & CUSTOMS, “Open consultation – Corporate Re-domiciliation”, 2021, <https://www.gov.uk/government/consultations/corporate-re-domiciliation>; F. MERTENS, “United Kingdom considers the introduction of cross-border corporate mobility: testing the waters for a free choice of foreign company law after incorporation?”, *Oxford Business Law Blog* 2021, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/12/united-kingdom-considers-introduction-cross-border-corporate-mobility>.



IV. Evaluatie van de antimisbruikmaatregelen

67. **Lappendeken.** Antimisbruikmaatregelen hollen de liberale premisse van de incorporatieleer in zekere zin uit, omdat een brievenbusvennootschap in elk land waarin zij economisch actief is alsnog geconfronteerd kan worden met bijzondere regelgeving. Enkele voordelen van de incorporatieleer, zoals voorspelbaarheid en rechtszekerheid, worden zo teniet gedaan. Elk incorporatiesysteem heeft bovendien een eigen visie op het remediëren van de misbruiken die van de incorporatieleer gemaakt kunnen worden en past uiteenlopende antimisbruikmaatregelen toe, van diverse internationale bevoegdheidsgronden tot zelfs verregaande regels van materieel recht. Men kan weinig uniformiteit bespeuren in de antimisbruikregelen die de Europese landen toepassen, en er bestaat geen correlatie tussen het aanhangen van een zekere variant van de incorporatieleer en een bepaald type van antimisbruikmaatregelen. Beiden worden ingegeven door de eigen wetgevende of rechterlijke traditie van de betrokken staat. Zodoende bestaat er een lappendeken van maatregelen die een onmiskenbare belemmering uitmaken op het vrij verkeer in Europa (en weinig verbazend al enkele malen als onverenigbaar met de Europese vrijheid van vestiging zijn verklaard). Het inherent economisch voordeel van de incorporatieleer – namelijk een vermindering van juridische kosten, aangezien men enkel het vennootschapsrecht van het incorporatieland zou moeten kennen – gaat bijgevolg ook verloren.

68. **Selectieve bestrijding van misbruikvormen.** Opmerkelijk blijkt dat niet elk stelsel evenveel waarde hecht aan beide misbruikvormen, en veelal slechts één van beide tracht te bestrijden. De tweede misbruikvorm, het ontsnappen aan dwingende regels van het werkelijke zeteland, wordt door de meeste landen niet op een ernstige, of minstens verregaande wijze bestreden. Het loutere gebruik van de brievenbusvennootschap om aan dwingend vennootschapsrecht te ontsnappen, wordt veelal getolereerd. Deze vaststelling is enigszins logisch, omdat de incorporatieleer anders zijn nuttig effect verliest. Enkel aan het beschermingsstekort van zwakke partijen wordt tegemoetgekomen, door hen een forum te bieden in het werkelijke zeteland, en bepaalde beschermende regels – veelal met betrekking tot het bestuur – op te dringen aan de brievenbusvennootschap.

69. **Foutief begrip van misbruik.** Voorts kan men gewaarworden dat geen van de rechtstelsels rekening houdt met hoe de formeel buitenlandse vennootschap tot stand is gekomen: door een natuurlijk economisch proces of door een intentionele (rechts)keuze.³¹³ Brievenbusvennootschappen worden door het merendeel van de incorporatiestelsels beschouwd als vehikels waarmee per definitie misbruiken gepleegd worden, omdat *alle* antimisbruikbepalingen zonder enige nuance toegepast worden op elke brievenbusvennootschap. Met andere woorden, men heeft geen oog voor de aanwezigheid van het intentioneel karakter van het “misbruik”. Dit terwijl er beleidsmatig argumenten voor bestaan om de maatregelen minder streng te maken voor de situatie waarbij de vennootschap tijdens haar levensduur meer succesvol wordt op een buitenlandse dan op een binnenlandse markt – en zo op “natuurlijke wijze” een pseudo-buitenlands karakter verwerft. De gemeenrechtelijke figuur van rechtsmisbruik vereist in de meeste landen immers een

³¹³ K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Mortsels, Intersentia, 2014, 88, nr. 125.



intentioneel of subjectief element,³¹⁴ dat in voormelde situatie echter afwezig is. Men kan bij een natuurlijk economisch proces geenszins spreken van een misbruik, dus antimisbruikbepalingen zijn in dit geval niet op hun plaats. Deze stelling sluit aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat er reeds herhaaldelijk op heeft gewezen dat het loutere gebruik van een brievenbusvennootschap nooit een misbruik kan uitmaken – een misbruik is namelijk steeds een intentionele handeling³¹⁵ die door de bestrijdende lidstaat van geval tot geval bewezen moet worden.³¹⁶ Een bestreden misbruik dient dus altijd voort te vloeien uit de *begeleidende omstandigheden*, zoals misleidende jaarrekeningen, en niet uit het gegeven van de brievenbusvennootschap zelf. Toch strijken de meeste landen alle pseudo-buitenlandse vennootschappen over dezelfde kam, al kan dit verklaard worden door de beleidsmatige wens om geen zware bewijslast van misbruik bij de benadeelde partij te leggen.

CONCLUSIE

70. Hoewel de brievenbusvennootschap een onvermijdelijk – of zelfs inherent – product is van de incorporatieleer, zijn niet alle landen die het leerstuk aanhangen happig om een complete vrijkaart toe te kennen aan dit soort vennootschap. Soms vooral ter bescherming van zwakke medecontractanten, soms ook of eerder ter bescherming van de belangen van de lokale overheid, dringen landen waarin de vennootschap haar werkelijke activiteiten ontplooit toch hun eigen regels op, of verklaren hun eigen rechters bevoegd. De Europese incorporatiesystemen hebben een heus kluwen aan uiteenlopende antimisbruikmaatregelen gecreëerd voor de brievenbusvennootschappen die op hun grondgebied actief zijn. Vooral niet-EER-vennootschappen kunnen daarom in elke staat waarin zij economische activiteiten verrichten, geconfronteerd worden met andere ontmoedigende maatregelen. Ook de licht afwijkende invulling die elk Europees incorporatiesysteem geeft aan de incorporatieleer laat te wensen over op het vlak van duidelijkheid en rechtszekerheid. Bijgevolg wordt aan ondernemers niet in elk geval een keuze van het toepasselijke vennootschapsrecht geboden. Het liberale voorbeeld van België, met beperkte antimisbruikmaatregelen en een maximale rechtskeuzevrijheid, wordt zeker niet door alle andere Europese staten gevolgd. Indien alleen het vennootschapsrecht van belang zou zijn in het aantrekken van incorporaties, zou België met zijn recente hervormingen uit 2019 dan ook mogelijks het voortouw kunnen nemen in een nieuwe Europese *regulatory competition* die gestoeld is op de principes van flexibiliteit en keuzevrijheid wat betreft het toepasselijke vennootschapsrecht. Of ook Belgische buurlanden op lange termijn zullen volgen in deze benadering, is momenteel koffiedik kijken. Toch lijkt

³¹⁴ Er kan immers pas sprake zijn van rechtsmisbruik van zodra de houder van een recht de *beslissing* maakt – die per definitie intentioneel is – om zijn recht uit te oefenen op een buitensporige wijze; zie ook inzake de verhouding tussen *fraus omnia corrumpit*, rechtsregelontduiking en rechtsmisbruik: M. MEIRLAEN, “Ongeschreven rechtsgrenzen. Verbod van rechtsregel-ontduiking, *fraus omnia corrumpit* en verbod van rechtsmisbruik (deel 2)”, *NJW* 2018, 286-288. Wanneer de vennootschap door een natuurlijk economisch proces meer succesvol wordt op een buitenlandse markt, kan men moeilijk spreken van dergelijke intentionele buitensporigheid. Derhalve kan dit proces onmogelijk een misbruik van recht uitmaken.

³¹⁵ Volgens het Hof van Justitie kan een lidstaat “maatregelen treffen die tot doel hebben te verhinderen, dat sommige van zijn onderdanen van de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden profiteren om zich op onaanvaardbare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken en dat de justitiabelen zich met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen.”; HvJ 12 mei 1998, nr. C-367/96, Kefalas, overw. 20; HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, Centros, overw. 24; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, Inspire Art, overw. 136.

³¹⁶ HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, Inspire Art, overw. 120.



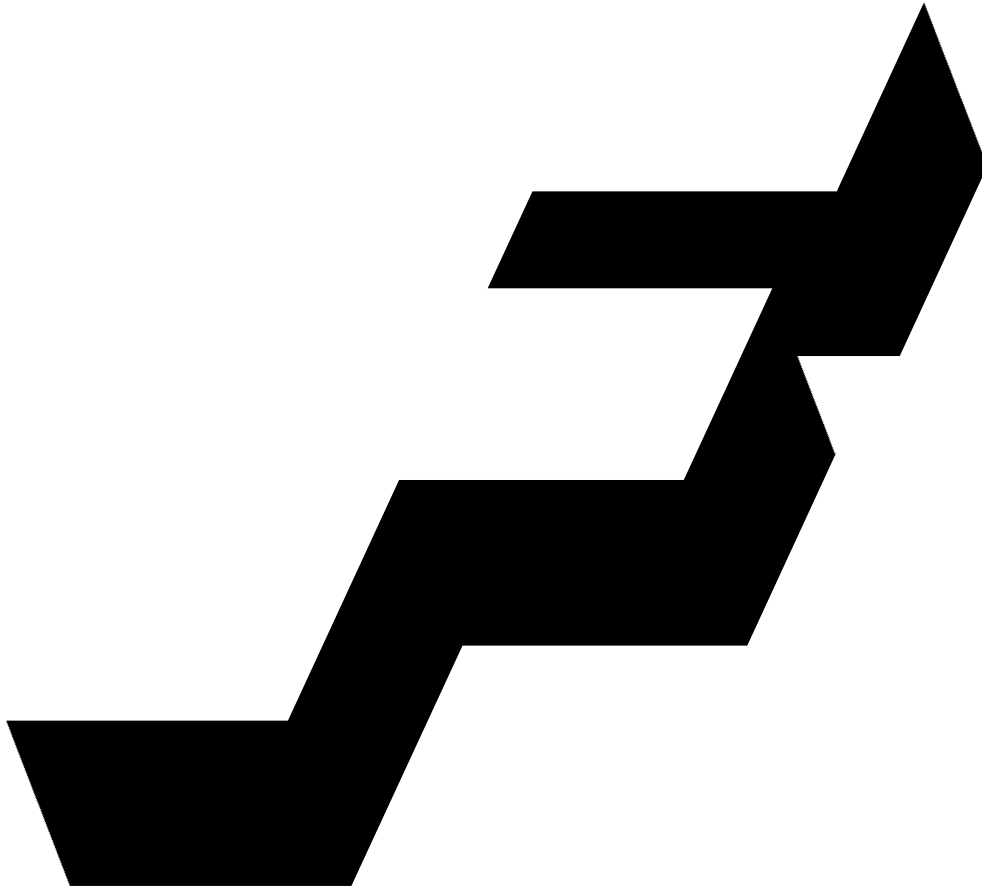
enig schot in de situatie te komen, aangezien *nota bene* het Verenigd Koninkrijk een overstap van de traditionele incorporatieleer naar de open statutaire zetelleer overweegt.

71. Het zou het internationaal economisch verkeer ten goede komen indien een internationaal kader wordt ontwikkeld voor de behandeling van brievenbusvennootschappen. Het gebrek aan uniforme regels heeft ertoe geleid dat het nut van de incorporatieleer op internationaal vlak wordt uitgehouden, daar de vennootschap in zowat elk land waar ze belangrijke vestigingen of activiteiten heeft alsnog moet voldoen aan andere antimisbruikregelen. Los van de beleidsmatige opportuniteit van antimisbruikmaatregelen, kan dus gepleit worden voor een zekere harmonisatie op supranationaal of internationaal niveau. Het Hof van Justitie geeft met zijn optreden in deze context gedeeltelijk het goede voorbeeld met betrekking tot de vrijheid van vestiging. Deze rechtspraak onderschrijft mijn stelling dat brievenbusvennootschappen niet beschouwd kunnen worden als vehikels waar per definitie misbruiken mee gepleegd worden, en laat daarom weinig ruimte voor antimisbruikbepalingen in EU-context. De politieke appetijt om nog verder te gaan op het Europese of bredere internationale toneel lijkt evenwel onbestaande wegens grote nationale tegenstellingen, ook al bestaat er een algemene tendens binnen Europa om het vennootschapsrecht te flexibiliseren.

De EU-Richtlijn van 2019 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen voorziet overigens, specifiek ter bestrijding van brievenbusvennootschappen,³¹⁷ in de veralgemeende mogelijkheid voor de lidstaat van oorsprong om een grensoverschrijdende omzetting te weigeren van zodra er “ernstige twijfels rijzen die erop wijzen dat deze is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht”.³¹⁸ De richtlijn bevat echter geen geharmoniseerde regels ter bepaling van de misbruikvormen die een weigering zouden rechtvaardigen. Integendeel, de Europese wetgever zet de deur wagenwijd open voor weigeringen die gebaseerd zijn op loutere vermoedens van misbruik, vastgesteld overeenkomstig het divergente nationaal recht van de individuele EU-lidstaten. Met die benadering holt men de vrijheid van vestiging op onmiskenbare wijze uit. Het valt dus te betreuren dat de voormelde richtlijn niet werd aangegrepen als kapstok voor een uniforme benadering van antimisbruikmaatregelen in het kader van grensoverschrijdende omzettingen. Dit is tevens een gemiste kans op meer rechtszekerheid en voorspelbaarheid.

³¹⁷ Overw. 35 Richtlijn Grensoverschrijdende Omzettingen, Fusies en Splitsingen.

³¹⁸ Art. 86 *quaterdecies* (8) en (9) Geconsolideerde Vennootschapsrichtlijn.



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

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. The working papers are provisional.