

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 30 de enero de 2003¹

I. Introducción

1. El *Kantongerecht* te Amsterdam ha planteado al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 43 CE y 48 CE, así como al supuesto de justificación del artículo 46 CE. Estas cuestiones se suscitaron en un litigio entre la *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* e *Inspire Art Ltd.* Se trata fundamentalmente de averiguar si la filial neerlandesa de *Inspire Art Ltd.*, sociedad fundada en el Reino Unido, debe inscribirse en el Registro Mercantil neerlandés con la mención adicional «sociedad formalmente extranjera». Conforme a la *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen neerlandesa* (Ley sobre las sociedades formalmente extranjeras; en lo sucesivo, «*WFBV*»), es obligatorio realizar esta mención adicional en el Registro Mercantil y emplearla posteriormente en el tráfico mercantil. El *Kantongerecht* plantea la cuestión de la compatibilidad de este régimen con las disposiciones sobre libertad de establecimiento. Con esta cuestión también guardan relación otras obligaciones legales, que limitan asimismo la libertad de establecimiento, como, por ejemplo, la exigencia de un

capital mínimo, la responsabilidad personal y solidaria del administrador y determinados requisitos formales.

II. Marco jurídico

2. Los artículos 1 a 5 de la *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*,² establecen lo siguiente:

Artículo 1

Conforme a esta ley, se entiende por sociedad formalmente extranjera la sociedad de capital, con personalidad jurídica, constituida de conformidad con un Derecho distinto del neerlandés, que desarrolle sus actividades total o casi totalmente en los Países Bajos y que, además, no tenga un vínculo real con el Estado en el que rige el Derecho con arreglo al cual fue constituida [...]

2 — *Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen), Staatsblad 1997, 697.*

1 — Lengua original: alemán.

Artículo 2

1) Las personas autorizadas para gestionar una sociedad formalmente extranjera deberán indicar, al solicitar su inscripción en el Registro Mercantil, que la sociedad cumple los requisitos de la definición recogida en el artículo 1 y aportar una copia del contrato de constitución de la sociedad redactado en neerlandés, francés, alemán o inglés, autenticada por un fedatario público o por uno de sus administradores, así como los estatutos si estuvieran recogidos en un documento separado. En la solicitud de inscripción también deberán indicar en qué registro y con qué número está inscrita la sociedad así como la fecha de la primera inscripción.

Además, deberán indicar el nombre del socio único de la sociedad o del socio de una comunidad matrimonial de bienes a la que pertenezca la totalidad de las participaciones de una sociedad y, si se trata de una persona física, sus datos personales y domicilio, para lo cual no se tendrán en cuenta las participaciones poseídas por la propia sociedad o por sus filiales. Los administradores de una sociedad formalmente extranjera deberán señalar cualquier modificación de los datos que por ley han de constar en el Registro Mercantil, indicando la fecha en que se hubiera producido tal modificación. Los actos a que se refiere esta ley no pueden realizarse mediante poder.

2) El Registro Mercantil a que se refiere el artículo 1 es el Registro Mercantil de las Cámaras de Industria y Comercio autorizadas para ello conforme a los artículos 6 y 7 de la Ley del Registro Mercantil de 1996.

Artículo 3

1) Todos los documentos, impresos y comunicaciones en las que sea parte una sociedad formalmente extranjera o que emanen de ella, a excepción de los telegramas y la publicidad, deberán contener la denominación completa de la sociedad, su forma jurídica, su domicilio social y la sede de la agencia de la empresa a la que pertenezca, y, en el caso de que deba estar inscrita conforme al Derecho que le sea aplicable, el número de Registro con el que está inscrita y la fecha de la primera inscripción, así como la fecha de la primera inscripción. También debe (*sic*) indicar el número con el que la sociedad esté inscrita en el Registro Mercantil y que la sociedad es una sociedad formalmente extranjera. Está prohibido insinuar falsamente en los documentos, impresos o comunicaciones que la empresa pertenece a una persona jurídica neerlandesa.

2) Si se menciona el capital de la sociedad, deberá indicarse en cualquier caso el importe del capital nominal y la parte de éste que ha sido desembolsada.

3) Si la sociedad siguiera operando tras su liquidación, deberá añadirse a su denominación la mención «en liquidación».

Artículo 4

1) El capital nominal de una sociedad formalmente extranjera y la parte desembolsada deberán ascender, al menos, a la cantidad del capital mínimo exigido por el artículo 178, apartado 2, del Libro Segundo del Burgerlijk Wetboek (Código civil), en el momento en el que la sociedad cumpla por primera vez los requisitos de la definición del artículo 1.

2) En el momento en que la sociedad reúna por primera vez los requisitos de la definición del artículo 1, su capital propio deberá equivaler, al menos, el capital mínimo establecido en el apartado 1.

3) Junto con los datos a que se refiere el artículo 2, apartado 1, los administradores de la sociedad deberán depositar en el Registro Mercantil citado en dicha disposición una copia de la certificación expedida por un Registeraccountant o de un Accountant-administratieconsulent (dos auditores distintos), de que la sociedad cumple lo dispuesto en los apartados 1 y 2. El artículo 204 a, apartado 2, frases segunda y tercera, del Libro Segundo del Burgerlijk Wetboek se aplicará *mutatis mutandis*. La certificación no podrá referirse a una fecha que sea anterior en más de cinco meses a aquella en que la sociedad hubiera cumplido por primera vez los requisitos de la definición del artículo 1.

4) Los administradores de la sociedad responderán solidariamente junto a ésta de todos los negocios jurídicos realizados durante su gestión mediante los cuales la sociedad haya asumido responsabilidades en el período anterior al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2, apartados 1 a 3, o en cualquier otro período en el que no se cumpla lo dispuesto en el apartado 1 y el capital propio no alcance la cantidad a que se refiere el apartado 1 debido al reparto de dividendos a los titulares de participaciones o a la compra de participaciones.

5) Los apartados 1 a 4 no se aplicarán a sociedades a las que se aplique la normativa de un Estado miembro de la Unión Europea o un Estado Parte del Acuerdo relativo al Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992 y, además, la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DO L 26, p. 1; EE 17/01, p. 44).

Artículo 5

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el artículo 10 del Segundo Libro del Burgerlijk Wetboek se aplica *mutatis mutandis* a las sociedades formalmente extranjeras. Las obligaciones men-

cionadas en dicha disposición correrán a cargo de los administradores de la sociedad.

2) Los administradores de la sociedad deberán elaborar las cuentas anuales y un informe anual en el plazo de cinco meses a partir del cierre del ejercicio económico, excepto en el caso de prórroga de dicho plazo, por un período máximo de seis meses, aprobada mediante acuerdo adoptado en razón de circunstancias excepcionales. A las cuentas anuales, al informe anual y a los demás datos les será aplicable *mutatis mutandis* lo dispuesto en el Título 9 del Segundo Libro del Burgerlijk Wetboek, para lo cual la publicación a que se refiere el artículo 394 de dicho Libro se llevará a cabo mediante presentación ante el Registro Mercantil mencionado en el artículo 2, apartado 2.

3) El apartado 2 no se aplicará a las sociedades a las que se aplique la normativa de un Estado miembro de la Unión Europea o un Estado Parte del Acuerdo relativo al Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992 y, además, la Cuarta Directiva 78/660/CE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55) y la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (DO L 193, p. 1; EE 17/01, p. 119).

4) Los administradores deberán presentar antes del 1 de abril de cada año natural en

el Registro Mercantil una certificación que acredite la inscripción en el Registro en el que esté inscrita la Sociedad con arreglo al Derecho que le sea aplicable. En la fecha de su presentación dicha certificación no deberá tener una antigüedad superior a cuatro semanas.

III. Antecedentes de hecho y cuestiones prejudiciales

3. Inspire Art Ltd es una sociedad de responsabilidad limitada constituida con arreglo al Derecho inglés. Su domicilio estatutario es Folkestone (Reino Unido). La sociedad desarrolla sus actividades exclusivamente en el Reino de los Países Bajos. No se propone realizar ninguna actividad en el Reino Unido.

4. El hecho de constituir la en el Reino Unido obedece a las ventajas que ofrecen las disposiciones inglesas relativas a la constitución y mantenimiento de sociedades en comparación con la normativa neerlandesa. Conforme a la exposición de hechos del órgano jurisdiccional remitente, que se basa, a su vez, en las declaraciones realizadas por Inspire Art Ltd, las ventajas radican en que, según el Derecho inglés, no es obligatorio suscribir íntegramente las acciones hasta 18.000 euros, el procedimiento de constitución es considerablemente más rápido, no existe control previo a la constitución y las disposiciones en materia de modificación de estatutos, transmisión de participaciones y publicidad son menos estrictas.

5. Conforme a la exposición de hechos del órgano jurisdiccional remitente, Inspire Art Ltd reúne los requisitos de la definición del artículo 1 de la WFBV y, por tanto, debería inscribirse en el Registro Mercantil como «sociedad formalmente extranjera». Se suscita la cuestión de si esta inscripción es compatible con las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento.

6. En opinión del órgano jurisdiccional nacional, los preceptos de la WFBV constituyen restricciones al libre establecimiento de la filial neerlandesa de Inspire Art Ltd en la medida en que su administrador debe responder personal y solidariamente si inscribe la sociedad y empieza a ejercer actividades sin cumplir las disposiciones neerlandesas particulares de la WFBV.

7. El Kantongerecht precisa que las disposiciones de la WFBV no se imponen a las sociedades inglesas que también desempeñen su actividad en un país distinto de los Países Bajos, cuyo domicilio principal se encuentre en el Reino Unido o cuando, de otro modo, guarden una conexión efectiva de cierta entidad con el Reino Unido.

8. El órgano jurisdiccional remitente indica además que las disposiciones neerlandesas se adoptaron con el fin de poner cortapisas a la utilización de formas societarias extranjeras por sociedades puramente neerlandesas imponiendo también a dichas sociedades formalmente extranjeras, otras obligaciones con arreglo a la WFBV. A este respecto menciona las disposiciones de los artículos 2 a 5 de la WFBV, citadas anteriormente. Con estas disposiciones,

continúa, el legislador pretende proteger a quienes contraten con la sociedad, para evitar que sufran pérdidas.

9. El Kantongerecht te Amsterdam plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 (nuevo), del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en el sentido de que éstos se oponen a que los Países Bajos, basándose en la *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, de 17 de diciembre de 1997, impongan preceptos adicionales, como los contenidos en los artículos 2 a 5 de dicha ley, al establecimiento en los Países Bajos de una filial de una sociedad constituida en el Reino Unido con la finalidad de obtener alguna ventaja en relación con empresas constituidas según el Derecho de los Países Bajos, que impone medidas más severas que el Derecho del Reino Unido en materia de constitución y desembolso íntegro del capital, finalidad que la ley neerlandesa infiere de la circunstancia de que la sociedad ejerce sus actividades total o casi totalmente en los Países Bajos y, además, no tiene un vínculo real con el Estado en el que rige el Derecho con arreglo al cual fue constituida?

2) En caso de que la interpretación de estos artículos concluya en que lo dispuesto en la *Wet op de formeel*

buitenlandse vennootschappen es incompatible con los referidos artículos, ¿debe interpretarse el artículo 46 del Tratado en el sentido de que lo dispuesto en los artículos 43 CE y 48 CE no obsta a la aplicabilidad del régimen neerlandés establecido en la Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen por contener ésta disposiciones que están justificadas por las razones aducidas por el legislador neerlandés?»

IV. Observaciones de los participantes en el procedimiento

A. Sobre la incompatibilidad con el Tratado (primera cuestión)

1. Partidarios de afirmar dicha incompatibilidad

10. Inspire Art Ltd, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión consideran que las disposiciones de la WFBV vulneran la libertad de establecimiento. Afirman que, en todo caso, hacen menos interesante el establecimiento en los Países Bajos.

11. La Comisión analiza en primer lugar la cuestión de si las disposiciones relativas a la

libertad de establecimiento son aplicables a hechos como los controvertidos en el asunto principal. En definitiva, termina por afirmarlo así. Remitiéndose a las sentencias Centros³ y Segers,⁴ alega que una sociedad también puede invocar la libertad de establecimiento aunque haya sido constituida en un Estado miembro con el único fin de poder establecer una agencia en otro Estado miembro y desarrollar su actividad de manera principal o, incluso, exclusiva en dicho Estado. Conforme a estas sentencias, continúa la Comisión, también es irrelevante que la constitución de la sociedad se haya llevado a cabo en determinado Estado miembro con el único objeto de eludir las disposiciones legales de los otros Estados miembros. Según la citada jurisprudencia, esto no constituye un abuso, sino únicamente una forma de ejercer la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado. Inspire Art Ltd y el Gobierno del Reino Unido comparten este criterio.

12. En opinión de la Comisión, la llamada «teoría del domicilio» tampoco impide invocar las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento. Conforme a esta teoría, las sociedades están sometidas al ordenamiento jurídico del Estado en el que tengan su domicilio efectivo. Éste se encuentra en el lugar donde se encuentre su dirección o su administración central.

13. Sin embargo, la Comisión e Inspire Art Ltd entienden que la WFBV no aplica la teoría del domicilio. Su artículo 1 se centra más bien en la actividad de la sociedad.

3 — Sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), especialmente apartados 16 a 18.

4 — Sentencia de 10 de julio de 1986, Segers (79/85, Rec. p. 2375), apartado 16.

Remitiéndose a los trabajos preparatorios de la ley afirman que la WFBV se guía por el criterio, conocido en el Derecho Internacional Privado, del «vínculo especial de conexión», que da lugar a la aplicación de algunos preceptos imperativos del Estado del establecimiento. Sin embargo, continúan, el criterio de conexión de la actividad comercial efectiva, elegido por el artículo 1 de la WFBV no coincide con ninguno de los criterios recogidos en el artículo 48 CE y, por consiguiente, vulnera la libertad de establecimiento.

de sociedades neerlandés a sociedades formalmente extranjeras que no realizan ninguna actividad o ninguna actividad esencial fuera de los Países Bajos. A ello añaden una serie de requisitos adicionales en materia de registro y de los datos que deben constar en los documentos.

14. Inspire Art Ltd interpreta la WFBV en ese mismo sentido. Indica que el litigio principal tiene su origen en el hecho de que, en principio, el ordenamiento jurídico neerlandés aplica a las sociedades el Derecho del Estado de su constitución. Sólo así pueden los nacionales neerlandeses constituir sociedades extranjeras destinadas a operar principal o exclusivamente en los Países Bajos. De los trabajos preparatorios de la WFBV deduce que ése era precisamente el fenómeno que quería contrarrestar el legislador. Afirma que el legislador quiso combatir esta posibilidad, por considerarla un abuso, declarando aplicable a dichas sociedades el Derecho de sociedades neerlandés. Como motivación, continúa, invocó la protección de los acreedores. Por consiguiente, no puede afirmarse que la WFBV aplique el criterio del domicilio.

16. La Comisión entiende, además, que un Estado miembro no puede invocar el «criterio del domicilio» para negar el derecho de libre establecimiento a una sociedad que ha sido constituida regularmente conforme a las legislaciones de otro Estado miembro.

17. En opinión de Inspire Art Ltd, del Gobierno del Reino Unido y de la Comisión, la libertad de establecimiento ya queda restringida por el mero hecho de que la WFBV hace menos atractivo el establecimiento. Conforme a los trabajos preparatorios de la WFBV, su finalidad es precisamente evitar la constitución de sociedades extranjeras que luego operen exclusivamente en los Países Bajos.

15. Inspire Art Ltd señala, además, que la WFBV se limita a alterar la norma de colisión que ya existía en Derecho neerlandés, según la cual el Derecho aplicable a una sociedad es la legislación del Estado de constitución, declarando aplicables determinados preceptos imperativos del Derecho

18. Inspire Art Ltd añade que el hecho de declarar aplicables otras normas además de la legislación del Estado de constitución constituye por sí solo una restricción a la libertad de establecimiento porque hace menos atractivo el ejercicio de esta libertad.

19. El Gobierno del Reino Unido hace hincapié en la importancia fundamental que tiene para el funcionamiento del mercado común la posibilidad de establecer sucursales en otros Estados miembros. Considera la jurisprudencia contenida en la sentencia Centros íntegramente aplicable al presente asunto.

20. Además, respecto a cada una de las disposiciones, Inspire Art Ltd y la Comisión alegan lo siguiente.

21. La Comisión considera el artículo 2, apartado 1, de la WFBV incompatible con el artículo 2 de la Directiva 89/666/CEE⁵ y con los artículos 43 CE y 48 CE, en la medida en que se refiere a la declaración de que la sociedad reúne los requisitos de la definición del artículo 1, a los datos relativos a la primera inscripción en un Registro Mercantil extranjero y a los datos del socio único. Esta declaración y estos datos son informaciones que no es preciso proporcionar con arreglo a la Undécima Directiva. Por consiguiente, son contrarias a la libertad de establecimiento. La Comisión entiende, en cambio, que las demás disposiciones del artículo 2, apartado 1 (mención del Registro mercantil extranjero, mención del número de registro, presentación de copia autenticada de la escritura de

constitución y de los Estatutos en neerlandés, francés, inglés o alemán), son compatibles con la Undécima Directiva y con la libertad de establecimiento.

22. Opina que el artículo 4, apartado 3, de la WFBV (presentación del dictamen de un auditor) también es incompatible con el artículo 2 de la Undécima Directiva y con los artículos 43 CE y 48 CE. Entiende que dicha declaración no está contenida en la enumeración taxativa del artículo 2 de dicha Directiva.

23. Por el contrario, la Comisión considera que la obligación, impuesta en el artículo 5, apartado 4, de presentar anualmente una certificación de inscripción en un Registro Mercantil extranjero, es compatible con la Undécima Directiva y con los artículos 43 CE y 48 CE.

24. La Comisión desea formular de otra manera las cuestiones prejudiciales y, remitiéndose especialmente a la sentencia *Dias*,⁶ excluir del examen aquellas disposiciones de la WFBV que no se refieren a la inscripción como tal. En especial aboga por prescindir del examen de los artículos 3 y 6 de la WFBV y del artículo 4, apartados 1, 2

5 — Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, Undécima Directiva relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado (DO L 395, p. 36).

6 — Sentencia de 16 de julio de 1992, *Dias* (C-343/90, Rec. p. I-4673), apartados 18 a 20. También se remite a las sentencias de 17 de mayo de 1994, *Corsica Ferries* (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 14; de 16 de julio de 1992, *Meilicke* (C-83/91, Rec. p. I-4871); de 13 de diciembre de 1994, *Grau-Hupka* (C-297/93, Rec. p. I-5535), apartado 19, y de 26 de octubre de 1995, *Furlanis* (C-143/94, Rec. p. I-3633), apartado 12.

y 4, de la WFBV. Por lo demás, considera que el artículo 5, apartados 1 y 2, de la WFBV no es aplicable, puesto que concurre el supuesto de excepción a que se refiere el apartado 3.

2. Opiniones contrarias a la existencia de una infracción

25. Frente a las opiniones expuestas anteriormente, la Kamer van Koophandel y los Gobiernos alemán, italiano, neerlandés y austriaco mantienen que lo dispuesto en la WFBV es compatible con las disposiciones que regulan la libertad de establecimiento o concuerdan con las Directivas sobre Derecho de sociedades, especialmente con las Directivas Primera, Segunda, Cuarta, Séptima, Undécima y Duodécima⁷ o constituyen una aplicación no discriminatoria de disposiciones que son aplicables a las sociedades de capital constituidas con arreglo a Derecho neerlandés.

7 — Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3); Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DO L 26, p. 1; EE 17/01, p. 44); Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55); Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, Séptima Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (DO L 193, p. 1; EE 17/01, p. 119); Directiva 89/666/CEE, citada en la nota 5 *supra*; Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, Duodécima Directiva en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (DO L 393, p. 40).

26. El Gobierno italiano opina que Inspire Art Ltd no puede invocar las normas sobre libertad de establecimiento. Puesto que no realiza ningún tipo de actividad en el Estado de fundación, su establecimiento en los Países Bajos debe ser considerado como acto fundacional y no como establecimiento de una sucursal.

27. En el mismo sentido se manifiesta el Gobierno alemán. Entiende que el sentido y la finalidad de los artículos 43 CE y 48 CE no consiste en favorecer a las llamadas «sociedades con domicilio de conveniencia», que no desempeñan ninguna actividad social en el Estado de su domicilio estatutario. Por el contrario, los artículos 43 CE y 48 CE presuponen que, por regla general, las empresas desempeñan su actividad en su Estado de origen. Por consiguiente, considera problemática la jurisprudencia contenida en la sentencia Centros, según la cual basta con que una sociedad esté constituida regularmente conforme a la legislación de un Estado miembro y, en cambio, no es necesario que ejerza su actividad empresarial en dicho Estado. Por lo tanto, entiende que deben estar permitidas las medidas nacionales contra las llamadas «sociedades con domicilio de conveniencia». El Gobierno austriaco llega a la misma conclusión.

28. El Gobierno italiano distingue entre la libertad de establecimiento de las personas físicas, por una parte, y la de las personas jurídicas, por otra parte. Opina que el motivo y los límites del reconocimiento de una sociedad extranjera resultan de las actividades que se propone ejercer la sociedad. Recuerda que el reconocimiento de dicha sociedad como persona jurídica se lleva a cabo en el marco de un ordena-

miento jurídico concreto. La cuestión de en qué medida la sociedad también es reconocida en otros ordenamientos jurídicos depende de la equivalencia de los requisitos que impongan a la sociedad el Estado de constitución y el de establecimiento. Por ese motivo, los Estados miembros están autorizados a exigir la observancia de disposiciones adicionales con el fin de garantizar la equivalencia con las sociedades constituidas con arreglo a su Derecho interno.

29. La Kamer van Koophandel y el Gobierno neerlandés entienden que la WFBV no restringe la libertad de establecimiento. A diferencia de lo que ocurría en el asunto Centros, en el presente asunto no se deniega la inscripción de las sociedades formalmente extranjeras. Por tanto se trata únicamente de preceptos referidos a la conducta de una sociedad formalmente extranjera, y no a su constitución o a su reconocimiento.

30. La Kamer van Koophandel y el Gobierno neerlandés confirman que el Derecho neerlandés determina el Derecho aplicable tomando como base, en principio, el domicilio estatutario de la sociedad. Se remiten al artículo 2 de la Wet conflictenrecht corporaties⁸ y al régimen contenido en su artículo 2, conforme al cual esta ley se aplica sin perjuicio de lo dispuesto en la WFBV. La conexión con arreglo al Derecho privado neerlandés se realiza sin tener en cuenta la eventual actividad social en el Estado de constitución. El lugar donde esté situado el domicilio efectivo de la sociedad es irrelevante.

31. Señalan que, debido al continuo aumento de las sociedades «pseudoextranjeras», sobre todo inglesas y del Estado norteamericano de Delaware, que no guardan ninguna relación efectiva con el Estado de constitución, el legislador neerlandés se vio obligado a adoptar mediante la WFBV, determinadas medidas concretas, en aras de la protección de los acreedores, de la represión del fraude, para garantizar la eficacia de los controles en materia tributaria y para evitar la utilización abusiva de las sociedades extranjera. La Kamer van Koophandel añade que un número llamativamente elevado de dichas sociedades se ha visto envuelto en quiebras y los acreedores apenas tuvieron posibilidades de limitar su pérdidas.

32. En este contexto, la Kamer van Koophandel se remite a la exposición de motivos de la WFBV, de la que se deduce que el objetivo de dicha ley es garantizar la aplicación de determinadas disposiciones del Derecho de sociedades neerlandés a personas jurídicas extranjeras que desarrollan su actividad exclusivamente o, al menos, principalmente, en los Países Bajos y sólo formalmente son sociedades extranjeras. Su finalidad consiste en evitar el empleo abusivo de la forma societaria extranjera y garantizar la protección de los acreedores.

33. La Kamer van Koophandel y el Gobierno neerlandés consideran que las medidas contenidas en la WFBV no son discriminatorias. Constituyen simplemente la aplicación de disposiciones imperativas del Derecho de sociedades neerlandés, que también se aplican a todas las sociedades constituidas con arreglo a Derecho neerlandés.

⁸ — *Staatsblad* 1997, p. 699.

34. Respecto a las disposiciones en concreto de la WFBV, la Kamer van Koophandel y el Gobierno neerlandés indican lo siguiente.

35. Las obligaciones impuestas en el artículo 2 de la WFBV (la declaración de que la sociedad es una sociedad formalmente extranjera con arreglo al artículo 1, la presentación de una copia autenticada de la escritura de constitución y, en su caso, de los estatutos, redactada en neerlandés, francés, inglés o alemán, indicación del registro mercantil extranjero y de la fecha de la primera inscripción) se corresponden con el artículo 2, apartado 2, letra b), y con el artículo 4 de la Undécima Directiva así como con el artículo 2, apartado 2, letra c), en relación con el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Undécima Directiva. El Gobierno neerlandés añade que las demás normas (nombre, datos personas, domicilio del socio único) corresponden a las aplicables a las sociedades neerlandesas.

36. En opinión del Gobierno neerlandés, lo mismo cabe decir respecto a la responsabilidad solidaria del administrador (artículo 4, apartado 4, de la WFBV). Con arreglo al Código civil (artículo 2:69, apartado 2, y 2:180, apartado 2), este tipo de responsabilidad también existe en el caso de sociedades neerlandesas.

37. Las obligaciones impuestas en el artículo 3 de la WFBV se corresponden,

asimismo, con las que impone el Código civil a las sociedades neerlandesas de capital (artículo 2:75, apartados 1 y 2, artículo 2:186; Decreto de 1996 relativo al Registro Mercantil). Se trata, en concreto, de las disposiciones relativas a la denominación social con la que gira la sociedad. Por lo demás, los requisitos del artículo 3 se corresponden tanto con el artículo 4 de la Primera Directiva, que, según a las Actas de Adhesión también se aplica a las sociedades inglesas de responsabilidad limitada, como con el artículo 6 de la Undécima Directiva.

38. El artículo 4, apartados 1 a 3, de la WFBV tampoco establece disposiciones que vayan más allá que las aplicables a las sociedades conforme al Código Civil neerlandés (artículo 2:178 y 2:204 a, apartado 2). En cambio, la responsabilidad solidaria de los administradores que impone el artículo 4, apartado 4, de la WFBV sólo existe en el caso de administradores de sociedades formalmente extranjeras. La remisión a la Segunda Directiva que se contiene en el artículo 4, apartado 5, de la WFBV demuestra de nuevo que la WFBV es compatible con el Derecho comunitario.

39. Respecto al artículo 5 de la WFBV el Gobierno neerlandés indica que se corresponde con el noveno título del Libro Segundo del Código Civil neerlandés, con sus disposiciones sobre las cuentas anuales. Por lo demás, estas disposiciones concuerdan con las de las Directivas Cuarta y Séptima. La obligación que impone el artículo 5, apartado 4, de la WFBV se corresponde con el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Undécima Directiva. Por lo demás, el Gobierno neerlandés se remite al

artículo 5, apartado 3, de la WFBV, que, al remitirse a su vez al Derecho comunitario, confirma la compatibilidad de dicha disposición con la normativa europea.

40. A pesar de sus amplias disquisiciones sobre cada una de las disposiciones de la WFBV, la Kamer van Koophandel y el Gobierno neerlandés opinan, al igual que la Comisión, que las cuestiones prejudiciales están redactadas de una forma demasiado amplia. Conforme a la jurisprudencia contenida en la sentencia *Dias*,⁹ el examen del Tribunal de Justicia debe limitarse a los aspectos de la WFBV que guarden relación con la inscripción en el Registro Mercantil. Éstos son el artículo 2, apartado 1, frases primera a tercera (inscripción como sociedad formalmente extranjera), el artículo 4, apartado 4 (responsabilidad solidaria de los administradores), y el artículo 4, apartados 1 a 3 (certificación de un auditor, capital mínimo, capital propio y responsabilidad solidaria de los administradores en relación con la exactitud de esos datos). Todos los demás artículos carecen de relevancia en el procedimiento principal y, por consiguiente, el Tribunal de Justicia no debe examinarlos.

41. La Kamer van Koophandel y los Gobiernos alemán y neerlandés se remiten, además, a la sentencia dictada en el asunto *Daily Mail*.¹⁰ En esta sentencia, el Tribunal de Justicia reconoció la disparidad de las legislaciones nacionales en materia de vínculo de conexión a efectos del régimen legal de una sociedad. Constató que las disposiciones relativas a la libertad de estableci-

miento no tienen primacía sobre estas normas. La WFBV no hace sino completar las normas de Derecho neerlandés sobre la conexión con el domicilio estatutario de una sociedad (artículo 2 de la *Wet conflictenrecht corporaties*), declarando la aplicación de determinadas disposiciones imperativas del Derecho societario neerlandés a las sociedades que desarrollan su actividad empresarial únicamente en los Países Bajos y no mantienen ninguna relación efectiva con el Estado en el que se han constituido. En consecuencia, la WFBV se limita a establecer una conexión con el lugar en el que la sociedad desarrolla efectivamente sus actividades. Por lo tanto, debe considerarse que estas disposiciones son compatibles con la libertad de establecimiento, conforme a la jurisprudencia contenida en la sentencia *Daily Mail*.

42. La Kamer van Koophandel y el Gobierno alemán añaden que, incluso tras la sentencia *Daily Mail*, sigue sin haberse adoptado ninguna Directiva de armonización del Derecho societario en materia de vínculo de conexión. Por consiguiente, lo manifestado en esta sentencia sigue teniendo vigencia.

43. Por lo demás, la Kamer van Koophandel y el Gobierno neerlandés llaman la atención sobre el hecho de que hasta el Tratado de Amsterdam la Comunidad Europea no tenía competencias en materia de Derecho Internacional Privado. No obstante, incluso tras la inserción del artículo 65 CE, determinadas cuestiones en materia de sociedades deben dirimirse,

⁹ — Citada en la nota 6 *supra*.

¹⁰ — Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail* (81/87, Rec. p. 5483).

conforme al artículo 293 CE, mediante acuerdo entre los Estados miembros. Esto muestra el carácter especial que aún conserva el Derecho Internacional Privado.

44. En opinión del Gobierno neerlandés, los Estados miembros siguen estando facultados para basar su normativa en la teoría de la constitución, como se concreta en la *Wet conflictenrecht corporaties* y en la *WFBV*. Las disposiciones sobre libertad de establecimiento no se oponen a ello. Según la sentencia *Centros*,¹¹ los Estados miembros están facultados para adoptar medidas para combatir el ejercicio abusivo de las libertades fundamentales. El Gobierno neerlandés considera que la *WFBV* es una de esas medidas.

45. El Gobierno alemán también entiende que la *WFBV* es una medida destinada a evitar el abuso de la libertad de establecimiento y la elusión de normativas nacionales más estrictas. Opina que, en la sentencia *Centros*, el Tribunal de Justicia reconoció expresamente la facultad de los Estados miembros para adoptar este tipo de medidas.¹²

46. El Gobierno neerlandés considera que su criterio también es compatible con la sentencia dictada en el asunto *Segers*.¹³ Aunque el mero ejercicio de la libertad que

concede el Tratado no constituya en sí un abuso, la *WFBV* tampoco niega el reconocimiento de las sociedades fundadas con arreglo a un ordenamiento jurídico extranjero. Se limita a prevenir la posibilidad de que una sociedad eluda el cumplimiento de disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que desarrolla sus actividades. El Gobierno neerlandés considera que, cuando el comportamiento de una sociedad está destinado exclusivamente a eludir la aplicación de las disposiciones relativas a la constitución de una sociedad, dicho comportamiento constituye un abuso que la *WFBV* puede combatir, al menos en el estado actual del Derecho comunitario.

47. El Gobierno neerlandés opina que las obligaciones impuestas por la *WFBV* son, sobre todo, de naturaleza administrativa. Todas las sociedades constituidas con arreglo a Derecho neerlandés deben cumplir requisitos equivalentes.

48. Según el Gobierno neerlandés, la Undécima Directiva sólo lleva a cabo una armonización parcial. Los Estados miembros siguen pudiendo legislar en los ámbitos no comprendidos en dicha Directiva.

49. Si, no obstante, hubiera que afirmar la existencia de una restricción de la libertad de establecimiento, concluye el Gobierno neerlandés, dicha restricción debería ser calificada, como mucho, de escasa entidad

11 — Citada en la nota 3 *supra*. El Gobierno neerlandés se remite en especial al apartado 24 de dicha sentencia.

12 — Se remite al apartado 18 de la sentencia.

13 — Citada en la nota 4 *supra*.

y, como tal, compatible con el Derecho comunitario. También al interpretar las demás libertades fundamentales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia siempre ha exigido, para afirmar la existencia de una restricción, que ésta fuera de cierta entidad.¹⁴

B. Sobre la justificación (segunda cuestión)

1. Opiniones contrarias a la existencia de una justificación

50. Inspire Art Ltd, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión entienden que las disposiciones de la WFBV no están justificadas.

51. En opinión de Inspire Art Ltd, del Gobierno del Reino Unido y de la Comisión, dicha normativa no puede ampararse en la justificación con arreglo al artículo 46 CE. Reconocen que, conforme a la sentencia Centros,¹⁵ no cabe invocar de manera abusiva la libertad de establecimiento. Sin embargo, añaden, el mero hecho de que una sociedad no desarrolle ninguna actividad en el Estado en el que se ha constituido no supone un abuso. Por el contrario, la administración y los tribunales deberán examinar en cada caso si concurren los requisitos que justifican la restric-

ción de la libertad de establecimiento. Ello no es posible en el caso de un régimen legal general como el de la WFBV.

52. Por lo demás, añaden, la sentencia Centros únicamente reconoció la posibilidad de establecer restricciones en aquellos casos que afectaban a la observancia de disposiciones relativas al ejercicio de determinadas actividades profesionales. En el caso de Inspire Art Ltd, únicamente se trata del establecimiento y de si deben cumplirse las normas del Derecho neerlandés de sociedades en materia, por ejemplo, de capital mínimo. Como se declaró en la sentencia Centros, el hecho de acogerse a las normas de otro Estado miembro cuando sean más favorables no constituye un abuso, sino precisamente un acto de ejercicio de la libertad de establecimiento.

53. Según Inspire Art Ltd, para poder aplicar el artículo 46 CE se precisa que el orden público esté expuesto a una amenaza concreta. Por lo demás, Inspire Art Ltd, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión recuerdan que, en la sentencia Centros, el Tribunal de Justicia declaró¹⁶ que la protección de los acreedores no está incluida, en principio, entre las excepciones del artículo 46 CE.

54. Por último, Inspire Art Ltd, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión entienden que tampoco es posible alegar la existencia de razones imperiosas de interés

14 — En este contexto se remite a las sentencias de 7 de marzo de 1990, Krantz (C-69/88, Rec. p. I-583), apartado 11, y de 14 de julio de 1994, Matteo Peralta (C-379/92, Rec. p. I-3453), apartado 24.

15 — La Comisión invoca, en especial, el apartado 24 de la sentencia, citada en la nota 3 *supra*.

16 — La Comisión cita el apartado 34 de la sentencia.

general para justificar lo dispuesto en la WFBV. Aunque la protección de los acreedores esté incluida entre los motivos de interés general, las disposiciones de los artículos 2, 4 y 5 de la WFBV no son adecuadas para procurar dicha protección.

dés el capital mínimo también puede volverse a conceder como préstamo inmediatamente después de su desembolso y del registro de la sociedad. De esa forma los acreedores no podrían disponer de él. Por ello estas disposiciones de la WFBV ni siquiera sirven para alcanzar el objetivo de proteger a los acreedores.

55. En primer lugar, Inspire Art Ltd y la Comisión indican que la denominación de la sociedad pone de manifiesto que se trata de una sociedad inglesa y, por tanto, no puede inducir a error a los acreedores. Las disposiciones de las Directivas Cuarta y Undécima, continúan, garantizan cierta transparencia de las cuentas anuales y de la situación de la sociedad. Los acreedores, recuerdan, también son responsables de sus actuaciones. Si las garantías que les ofrece el Derecho inglés no les parecen suficientes, pueden exigir garantías adicionales o bien evitar contratar con sociedades extranjeras.

58. Según Inspire Art Ltd y la Comisión, las disposiciones relativas a la responsabilidad solidaria de los administradores son, además, discriminatorias. Conforme al artículo 4, apartado 4, de la WFBV los administradores también son responsables en el caso de que el capital mínimo se reduzca a una cantidad inferior al límite legal después de la inscripción en el Registro Mercantil. En cambio esta responsabilidad tan estricta no pesa sobre los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada constituida con arreglo a Derecho neerlandés (b.v.). Además, a diferencia de lo que sucede con las sociedades neerlandesas, el grupo de personas responsables se amplía a todas aquellas que administran efectivamente la sociedad.

56. Por lo demás, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión señalan que la WFBV no sería aplicable si Inspire Art Ltd desarrollara en otro Estado miembro cualquier tipo de actividad, por pequeña que fuera. Sin embargo, en ese caso los riesgos para los acreedores serían exactamente los mismos que si la actividad se desarrollara únicamente en los Países Bajos.

59. Por lo demás, la Comisión entiende que lo dispuesto en el artículo 4, apartados 1, 2 y 4, de la WFBV es desproporcionado ya que la denominación de Inspire Art Ltd es la de una sociedad inglesa. Además, las disposiciones de las Directivas Cuarta y Undécima proporcionan a los acreedores suficiente transparencia.

57. En opinión de Inspire Art Ltd, las disposiciones sobre capital mínimo no garantizan la protección de los acreedores. Por ejemplo, conforme al Derecho neerlandés

60. Inspire Art Ltd y el Gobierno del Reino Unido comparten, en definitiva, este criterio. El Gobierno del Reino Unido añade

que los Estados miembros no están facultados para imponer a las sucursales de sociedades extranjeras requisitos que vayan más allá de la protección armonizada de los intereses de los acreedores establecida a nivel comunitario por las Directivas Cuarta y Undécima.

61. Además, consideran que podrían adoptarse medidas menos restrictivas. Así, por ejemplo, se podría dar la posibilidad legal a los acreedores públicos de obtener de estas sucursales las correspondientes garantías.¹⁷

62. Por lo demás, el Gobierno del Reino Unido considera innecesarias las disposiciones de la WFBV relativas a la contabilidad y a las cuentas anuales. El Derecho inglés impone a las sociedades de responsabilidad limitada normas adecuadas en materia de cuentas anuales. Además, estas disposiciones infringen la Undécima Directiva, según la cual los Estados en los que tenga su sede la sucursal no pueden exigir determinadas informaciones.

2. Partidarios de afirmar la existencia de una justificación

63. En contra de las alegaciones referidas hasta el momento, la Kamer van Koophandel y los Gobiernos alemán, neerlandés y austriaco consideran que las disposiciones

de la WFBV están, en cualquier caso, justificadas, tanto con arreglo al artículo 46 CE como por razones imperiosas de interés general.

64. La WFBV, afirma, tiene por finalidad combatir el fraude. Las sentencias Centros y Segers reconocen expresamente que este objetivo constituye un motivo objetivo de justificación.¹⁸ Además, la WFBV está destinada a proteger a los acreedores, lo cual constituye asimismo un motivo de justificación, como se ha reconocido en la jurisprudencia.¹⁹ A ello hay que añadir que la WFBV persigue el objetivo de garantizar la eficacia de los controles tributarios, que también ha sido reconocido por la jurisprudencia como un motivo de justificación válido.²⁰ Por último, protege la lealtad del tráfico mercantil, que constituye también un motivo de justificación legítimo.²¹

65. En opinión del Gobierno austriaco, la inscripción registral de tales empresas «con domicilio de conveniencia» cumple una función de advertencia. La información que proporciona es importante para que los terceros sepan si desean mantener relaciones comerciales con esa sociedad. En la sentencia Centros se reconoció expresamente la necesidad de tal información para el tráfico mercantil.²²

17 — El Gobierno del Reino Unido se remite, a este respecto, al apartado 37 de la sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*.

18 — Invocan los apartados 38 de la sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, y 17 de la sentencia Segers, citada en la nota 4 *supra*.

19 — Se remiten a las sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755); de 25 de julio de 1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007); de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249), y de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Rec. p. I-1611).

20 — Invocan la sentencia Bachmann, citada en la nota 19 *supra*.

21 — Se remiten a la sentencia de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Rec. p. I-1141).

22 — El Gobierno austriaco se remite al apartado 36 de la sentencia, citada en la nota 3 *supra*.

66. Las alegaciones de la Kamer van Koophandel y del Gobierno neerlandés van en el mismo sentido. Afirman que los datos relativos a la primera inscripción en un Registro Mercantil extranjero, cuya presentación exige el artículo 2, apartado 1, de la WFBV, indican a los terceros el momento a partir del cual existe la sociedad, desde cuándo desarrolla sus actividades y, en su caso, si ocupa una posición sólida en el mercado. Esa fecha también implica determinadas consecuencias jurídicas, como la adquisición de la capacidad jurídica.

67. La información sobre la condición de sociedad formalmente extranjera permite a los terceros conocer este extremo y tenerlo en cuenta para apreciar el grado de fiabilidad de dicha sociedad. La información de que la sociedad está sometida al Derecho de otro Estado también es importante para los organismos públicos competentes.

68. Señalan que el artículo 3 de la Duodécima Directiva reconoce expresamente el interés de terceros en saber que sólo hay un socio único (véase el artículo 3 de la WFBV).

69. Indican que el objetivo primordial de lo dispuesto en el artículo 4 de la WFBV es proteger a los acreedores. El artículo 6 de la Segunda Directiva reconoce expresamente la importancia de un capital mínimo en el caso de las sociedades a las que se aplica dicha Directiva. Las normas relativas al capital mínimo persiguen principalmente el objetivo de reforzar la credibilidad econó-

mica de las sociedades y, de esa forma, proporcionar a los acreedores públicos y privados una protección mayor. En general sirven para proteger a todos los acreedores del riesgo de las suspensiones de pagos abusivas mediante la creación de sociedades que no cuentan desde un principio con el capital necesario.

70. Por último, la responsabilidad solidaria de los administradores no es más que la sanción apropiada en caso de que no se respeten las disposiciones de la WFBV. Por lo demás, la responsabilidad que pesa sobre los administradores de las sociedades neerlandesas es similar. Por otra parte, al Derecho comunitario no le resulta desconocida, como prueba el artículo 51 de la Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Europea. Además, el artículo 4, apartado 1, de la Segunda Directiva permite a los Estados adoptar las normas sobre responsabilidad que consideren adecuadas para el caso de que no sea posible disolver la sociedad.

71. La Kamer van Koophandel afirma que el régimen contenido en la WFBV no es discriminatorio. Por el contrario, permite aplicar a las sociedades extranjeras las disposiciones que rigen también para las sociedades constituidas con arreglo al Derecho neerlandés. Éstas son, además del Código civil, la Ley del Registro Mercantil, de 1996, y el Decreto del Registro Mercantil de 1996.

72. En opinión de la Kamer van Koophandel y del Gobierno austriaco, dichas medi-

das también son adecuadas para la consecución de los fines perseguidos. Contribuyen a informar a los acreedores de la sociedad de que se trata de una sociedad sometida a una normativa extranjera. Por lo demás, garantizan que los acreedores dispongan de la protección que podrían esperar de una sociedad constituida con arreglo al Derecho neerlandés.

73. Por tanto, el Gobierno austriaco considera que las disposiciones relativas al capital mínimo constituyen un medio adecuado y proporcionado. Afirma que la propia Segunda Directiva señaló la importancia de un capital mínimo en el caso de sociedades anónimas. Sin embargo, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada no existe una norma similar. No obstante, en todos los Estados miembros, a excepción de Irlanda y del Reino Unido, existen disposiciones relativas al capital mínimo de que deben disponer estas sociedades. A diferencia de la responsabilidad personal de los socios, que en casos de quiebra suele ser de poca utilidad, el requisito de un capital que responda de las deudas proporciona una seguridad mayor.

74. Los requisitos de contabilidad y de elaboración y publicidad de las cuentas que impone la WFBV también constituyen medidas necesarias y eficaces en favor de los acreedores. La Cuarta Directiva únicamente impone requisitos mínimos. Debido a las diversas opciones que ofrece a los Estados miembros, éstos tienen un interés legítimo de imponer la aplicación de las disposiciones de adaptación a esa Directiva a todas las sociedades que deseen operar en su territorio.

75. En opinión de la Kamer van Koophandel, las medidas controvertidas no van más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo. El incumplimiento de las obligaciones que impone la WFBV no se sanciona con la denegación del reconocimiento de la sociedad extranjera, sino que genera la responsabilidad de los administradores. En este contexto, la Kamer van Koophandel constata que el hecho de que una sociedad no cumpla o haya dejado de cumplir las disposiciones sobre capital mínimo es un claro indicio del riesgo de abusos o de fraude.

V. Apreciación

76. ¿Permiten los hechos del presente asunto apartarse de la jurisprudencia contenida en la sentencia Centros? Ésta es la cuestión que, en definitiva, plantea la resolución de remisión prejudicial con que se ha iniciado este procedimiento.

77. Los hechos en los que se basa se distinguen de los del asunto Centros en que el Derecho neerlandés no niega la inscripción de la sucursal, pero exige que se identifique como una sociedad formalmente extranjera y vincula a dicha identificación determinadas consecuencias jurídicas. Por tanto, cabe preguntarse si esta diferencia da lugar a una apreciación jurídica distinta a la realizada en el asunto Centros por lo que se refiere a la compatibilidad de la normativa con las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento.

78. Los distintos puntos de partida de quienes han presentado observaciones en este procedimiento pueden resumirse esquemáticamente de la siguiente forma. Unos opinan que el régimen contenido en la WFBV constituye una restricción injustificada de la libertad de establecimiento, puesto que, en definitiva, aplica a sociedades extranjeras el Derecho neerlandés, especialmente las normas relativas al capital mínimo. Otros entienden que la WFBV no restringe la libertad de establecimiento puesto que las sociedades extranjeras no tienen ningún vínculo efectivo con el Estado en el que fueron constituidas y únicamente soportan algunos requisitos adicionales para el ejercicio de su actividad mercantil. En todo caso, de existir una restricción, estaría justificada por motivos relacionados con la protección de los acreedores y para evitar el abuso a que pueden dar lugar las posibilidades que ofrece la libertad de establecimiento.

A. Aplicación de las disposiciones sobre libertad de establecimiento

79. Antes de analizar cada uno de los argumentos formulados, hay que hacer dos precisiones, que se refieren al ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y se basan en las sentencias Segers y Centros.

80. En primer lugar, el ejercicio de una actividad empresarial en el Estado de la fundación no constituye ningún requisito previsto en el Tratado para establecer

sucursales en otros Estados miembros.²³ La circunstancia de que una sociedad no desarrolle ninguna actividad en el Estado en que se haya constituido no le priva del derecho a invocar la libertad de establecimiento.

81. En segundo lugar, los motivos por los que una sociedad se haya constituido en el extranjero carecen de relevancia, siempre y cuando sean leales. Aunque la constitución de la sociedad únicamente obedezca al interés en eludir las disposiciones sobre la constitución y funcionamiento de sociedades del Estado miembro en el que va a desarrollar su actividad, este motivo no excluye por sí solo la posibilidad de acogerse a las normas sobre libertad de establecimiento.²⁴

82. En mi opinión, las cuestiones planteadas en la resolución de remisión del *Kantongerecht von Amsterdam* y los hechos que dieron lugar al procedimiento principal no permiten apartarse de esta reiterada jurisprudencia. Por lo demás, esta jurisprudencia tampoco se puso en entredicho en las sentencias *Daily Mail*²⁵ y *Überseering*.²⁶

83. La determinación del ámbito de aplicación de los artículos 43 CE y 48 CE que

23 — Sentencia Segers, citada en la nota 4 *supra*, apartado 16; sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 17.

24 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 18. La irrelevancia de la motivación del sujeto de derecho también ha sido reconocida en el ámbito de la libre prestación de servicios; véase la sentencia de 5 de octubre de 1994, *TV 10* (C-23/93, Rec. p. I-4795), apartado 15.

25 — Citada en la nota 10 *supra*.

26 — Sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Überseering* (C-208/00, Rec. p. I-9199).

se llevó a cabo en las sentencias Segers y Centros puede no agrandar a quienes piensan que impide la aplicación de disposiciones nacionales que consideran importantes y acertadas. Sin embargo, es útil para permitir el ejercicio del derecho de libre establecimiento en el mercado interior que concede el Tratado.

B. Restricción de la libertad de establecimiento

84. A continuación debe analizarse si las disposiciones de la WFBV restringen la libertad de establecimiento.

1. Disposiciones de la Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen que deben analizarse

85. En primer lugar es preciso determinar hasta qué punto las disposiciones de la WFBV son objeto de la resolución de remisión. El órgano jurisdiccional nacional se ha referido a los artículos 2 a 5 de la WFBV y, en particular, al hecho de que las sociedades formalmente extranjeras deben inscribirse como tales en el Registro Mercantil (artículo 2) y mencionar determinados datos en todos los documentos que emanen de ellas (artículo 3) y que el capital suscrito y la parte de él que se haya desembolsado debe ascender, como mínimo, al importe que rige para las sociedades constituidas con arreglo al Derecho neerlandés (artículo 4). Además, menciona otras normas relativas a la elaboración y

publicación de las cuentas anuales y del informe anual. Por otra parte considera que, en particular, las disposiciones relativas a la responsabilidad personal solidaria de los administradores en el caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la WFBV constituye una restricción de la libertad de establecimiento. Si se toma como base esta descripción podría interpretarse la resolución de remisión en el sentido de que se refiere, en especial, a la denominación de las sociedades formalmente extranjeras como tales (artículos 2 y 3), al capital mínimo que debe haberse desembolsado (artículo 4, apartados 1 a 3) y a la responsabilidad personal de los administradores (artículo 4, apartado 4).

86. La Kamer van Koophandel, los Gobiernos neerlandés y del Reino Unido y la Comisión desean, por el contrario, limitar el examen a las disposiciones que se refieren a la inscripción de la sociedad en el Registro. Opinan que las cuestiones prejudiciales deben examinarse a la luz del procedimiento principal. Puesto que éste sólo se refiere a la inscripción en el Registro Mercantil, no es preciso examinar en el presente procedimiento en especial los artículos 3 y 6 de la WFBV. Además, la Kamer van Koophandel y el Gobierno neerlandés desearían excluir del examen algunas partes de los artículos 2 y 5.

87. Según la jurisprudencia invocada por estos participantes en el procedimiento,²⁷

27 — Véanse las sentencias citadas en la nota 6 *supra*.

«[...] el Juez nacional, que es el único en tener un conocimiento directo de los hechos del asunto, es el mejor situado para, a la vista de las particularidades del caso concreto, apreciar la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo [...] Dado que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse [...]» Para verificar su propia competencia, le corresponde examinar las condiciones «[...] en las que el Juez nacional le plantea la petición prejudicial». En efecto, el Tribunal de Justicia considera que su función consiste en «[...] contribuir a la administración de la justicia en los Estados miembros y no [...] (en) formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas [...] En consideración a dicha misión, el Tribunal de Justicia estima que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada ante un órgano jurisdiccional nacional, por ejemplo, en los siguientes supuestos: [...] cuando la interpretación del Derecho comunitario [...] que solicite el órgano jurisdiccional nacional no tengan relación alguna con la realidad o el objeto del litigio principal [...]»²⁸

88. Hay que reconocer que estos participantes tienen razón cuando afirman que el procedimiento principal sólo se refiere, en realidad, a la cuestión de si Inspire Art Ltd debe inscribirse en el Registro Mercantil como sociedad formalmente extranjera. Sin embargo, esta inscripción implica una serie de consecuencias jurídicas, que se desprenden, en concreto, de los artículos 2 a 5 de la WFBV. Estas consecuencias jurídicas son indisolubles y van unidas exclusivamente a

su inscripción como sociedad formalmente extranjera. La decisión de cuál es el capital mínimo que debe reunir Inspire Art Ltd, con qué denominación debe figurar en los comerciales y si sus administradores son personal y solidariamente responsables en los casos determinados por la ley son consecuencias directas de la decisión de si debe inscribirse como sociedad formalmente extranjera o no. Por tanto, en el presente asunto también deben tenerse en cuenta las correspondientes disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de la WFBV y no parece adecuado analizar la cuestión de la inscripción sin tomar en consideración las consecuencias jurídicas que forzosamente se derivan de ella.

89. En el procedimiento principal no se descubre ningún indicio de que se trate de un litigio artificial o de que el Tribunal de Justicia deba pronunciarse sobre una cuestión hipotética, que no tengan relevancia alguna para el litigio principal.

90. Cuestión distinta es averiguar qué disposiciones concretas de la WFBV son aplicables a Inspire Art Ltd; por ejemplo, si se le pueden aplicar las excepciones establecidas en el artículo 4, apartado 5, y en el artículo 5, apartado 3, de la WFBV. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional dirimir estas cuestiones y no precisan ser examinadas en el marco del procedimiento prejudicial.

91. Por consiguiente, cabe afirmar que el objeto del procedimiento prejudicial lo constituyen los artículos 2 a 5 de la WFBV.

28 — Sentencia *Dias*, citada en la nota 6 *supra*, apartados 14 a 18.

De acuerdo con la jurisprudencia antes citada habrá que analizar en especial los aspectos destacados por el órgano jurisdiccional remitente relativos a la inscripción de la sociedad formalmente extranjera como tal, la mención de esa condición en todos los documentos, el capital mínimo que debe suscribirse y la responsabilidad personal de los administradores.

92. Por consiguiente, no es preciso dirimir la controversia entre los participantes en el presente procedimiento sobre la cuestión de hasta qué punto las disposiciones de la WFBV son compatibles con las distintas Directivas de armonización del Derecho de sociedades. En efecto, todas las partes en el procedimiento están de acuerdo en que las disposiciones a las que se refiere el órgano jurisdiccional nacional no están incluidas en el ámbito de aplicación de dichas Directivas.

2. Existencia de una restricción de la libertad de establecimiento

93. El artículo 43 CE en relación con el artículo 48 CE concede a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad el derecho a abrir y gestionar agencias, sucursales o filiales en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales.

94. De aquí se desprende de forma directa, según reiterada jurisprudencia, que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, mientras que la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal sirven para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.²⁹ En la sentencia dictada en el asunto *Überseering* el Tribunal de Justicia dedujo de todo ello que el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse.³⁰

95. El Gobierno neerlandés considera que la WFBV es compatible con esta jurisprudencia. A diferencia de lo que sucedía en el asunto *Centros*, continúa, no se deniega a *Inspire Art Ltd* el reconocimiento en el ordenamiento jurídico neerlandés. La WFBV se limita a imponerle determinadas obligaciones adicionales, que el Gobierno neerlandés califica de «administrativas».

96. Estas obligaciones supuestamente «administrativas» comprenden la aplicación de las disposiciones neerlandesas relativas al capital mínimo de las sociedades y la responsabilidad solidaria de los administradores respecto al cumplimiento de las obligaciones de la sociedad en caso de inobservancia de las obligaciones impuestas

29 — Sentencias *Segers*, citada en la nota 4 *supra*, apartado 13; *Centros*, citada en la nota 3 *supra*, apartado 20, y *Überseering*, citada en la nota 26 *supra*, apartado 57.

30 — Sentencia *Überseering*, citada en la nota 26 *supra*, apartado 59. De manera incidental podía deducirse ya lo mismo de la sentencia *Centros*, citada en la nota 3 *supra*, apartado 21.

por la WFBV. Por ese motivo cabría afirmar eventualmente que la WFBV impone dichas obligaciones a los gestores de la sociedad, como indica la Kamer van Koophandel. Pero no por ello son obligaciones «administrativas», que sólo regulan el ejercicio de la actividad empresarial. La obligación de suscribir determinado capital mínimo afecta a la propia constitución de la sociedad. Así lo confirma el Derecho neerlandés. Las disposiciones relativas al capital mínimo se encuentran en el artículo 178 del Burgerlijk Wetboek, entre las disposiciones generales relativas a la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

97. En definitiva, las disposiciones de la WFBV dan lugar a la aplicación de las disposiciones de Derecho neerlandés consideradas imperativas —especialmente las relativas al capital mínimo— a sociedades que han sido constituidas con arreglo al Derecho de otro Estado miembro y tienen también su domicilio estatutario en el Estado en que han sido constituidas, pero desarrollan completamente o casi completamente sus actividades en los Países Bajos.

98. Esto es precisamente lo que quería el legislador neerlandés. Así lo demuestra la exposición de motivos de la WFBV, las numerosas referencias, citadas anteriormente, que se encuentran en las observaciones de la Kamer van Koophandel y del Gobierno neerlandés, al Burgerlijk Wetboek y a las disposiciones sobre el Registro Mercantil y los trabajos preparatorios de la WFBV citados por algunos de los participantes en este procedimiento. La finalidad de la WFBV consiste en poner cortapisas al creciente empleo de formas societarias extranjeras, especialmente inglesas y del

Estado norteamericano de Delaware.³¹ Según afirma la Kamer van Koophandel, muchas de estas sociedades, que operaban exclusivamente en los Países Bajos a través de sucursales, se vieron envueltas en quiebras. Por ese motivo, se consideró que debía privarse a las sociedades que desarrollan la totalidad o la casi totalidad de sus actividades en los Países Bajos de las ventajas que esperan obtener constituyendo una sociedad con arreglo a un Derecho extranjero. Considera que deben quedar sometidas a los preceptos del Derecho neerlandés de sociedades, especialmente en materia de capital mínimo y protección de acreedores.³²

99. Tratar a la sucursal como si fuera el primer establecimiento equivale, en definitiva, a no reconocer las sociedades constituidas con arreglo al Derecho de otro Estado. Con arreglo a la WFBV, la creación de una sucursal debe cumplir los requisitos que se exigen en los Países Bajos para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. De esta forma, la WFBV niega la eficacia al Derecho extranjero que reconoce la existencia de la sociedad.

100. La suscripción de un capital mínimo y la responsabilidad de los administradores se rigen, en principio, por el Derecho del Estado conforme al cual se ha constituido la sociedad, es decir, en el caso de Inspire Art Ltd, el Derecho inglés. A estas normas se añaden los requisitos exigidos por la WFBV. Por consiguiente, la WFBV res-

31 — Véanse las declaraciones contenidas en la *Memorie van Toelichting*, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 1994-1995, ejemplar de 19 de abril de 1995, nº 24139, nº 3, p. 2, publicado en la página web del Parlamento del Reino de los Países Bajos, www.tweede-kamer.nl.

32 — *Memorie van Toelichting*, citada en la nota 31 *supra*, p. 3.

tringe la libertad de establecimiento. Esta libertad también incluye el derecho del nacional de un Estado miembro a constituir una sociedad en un Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan menos rigurosas y, a continuación, abrir sucursales en otros Estados miembros. Este efecto de la WFBV es incompatible con la jurisprudencia contenida en las sentencias Centros³³ y Überseering.³⁴ En definitiva, el Derecho neerlandés niega a las sociedades constituidas con arreglo al Derecho inglés el reconocimiento que el Derecho comunitario le exige conceder.

101. Para justificar la falta de reconocimiento completo de las normas del Estado en el que se ha constituido la sociedad siempre se alega que ésta no mantiene ningún vínculo real con aquél. Esta consideración también fue determinante en el caso de la WFBV, como demuestran los trabajos preparatorios y su artículo 1. Por lo que a Inspire Art Ltd se refiere, el criterio aplicado se basa en que la sociedad no desarrolla ninguna actividad en el Reino Unido, sino exclusivamente en los Países Bajos, como, por otra parte, era su intención desde un primer momento. El propio órgano jurisdiccional nacional señala que el resultado del litigio sería otro si Inspire Art Ltd desarrollara algún tipo de actividad en cualquier otro Estado.

102. Como se deduce en especial de las observaciones de la Kamer van Koophan-

del, la WFBV produce el resultado de vincular la aplicación de determinadas normas jurídicas al hecho de que las personas jurídicas no guarden ninguna conexión efectiva con el Estado en el que se constituyeron y desarrollen su actividad completamente o casi completamente en los Países Bajos. Aunque todas las partes en este procedimiento han puesto de manifiesto, remitiéndose al artículo 2 de la Wet conflictenrecht corporaties, que el Derecho neerlandés no se basa precisamente en la teoría del domicilio social, mantenida por ejemplo en Alemania por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, sino en la llamada teoría de la constitución, la WFBV produce exactamente el mismo resultado que la teoría del domicilio social. No reconoce automáticamente la existencia de las sociedades constituidas en el extranjero.

103. Como ya he señalado al iniciar la apreciación jurídica, según la jurisprudencia dictada hasta la fecha el ejercicio del derecho a crear una sucursal no depende de que la sociedad desarrolle alguna actividad en el Estado en el que se ha constituido. En esa línea el Tribunal de Justicia consideró, en la sentencia Überseering, que la consecuencia de la llamada «teoría del domicilio social», esto es, que una sociedad que traslada su sede efectiva deba volver a constituirse para que pueda reconocérsele capacidad jurídica, es incompatible con la libertad de establecimiento. El requisito de volver a constituir la misma sociedad en el otro Estado miembro equivale a la negación misma de la libertad de establecimiento.³⁵ Lo que se dijo respecto a la improcedencia del traslado del establecimiento

33 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 27.

34 — Sentencia Überseering, citada en la nota 26 *supra*, apartado 59.

35 — Sentencia Überseering, citada en la nota 26 *supra*, apartado 81.

principal en la sentencia *Überseering* también debe valer para la creación de una sucursal.

104. En el presente asunto no veo motivo para apartarse de esta jurisprudencia. Las consecuencias que desagradan a algunos no son, en definitiva, más que la consecuencia del estado actual del desarrollo del Derecho comunitario. Excepto en los supuestos contemplados en el artículo 46 CE el Tratado consagra la libertad de establecimiento sin más, incluida la posibilidad de crear sucursales. Hasta el momento presente los Estados miembros no han podido ponerse de acuerdo para armonizar sus disposiciones en materia de capital mínimo de las sociedades de responsabilidad limitada. Podrían haberlo hecho con arreglo a los artículos 44 CE y del artículo 293 CE. En el caso de las sociedades por acciones se consiguió tal armonización con la adopción de la Segunda Directiva.³⁶ Si se permitiera aplicar a las sociedades extranjeras como *Inspire Art Ltd* las disposiciones relativas al capital mínimo consideradas «imperativas», se vaciaría de contenido la libertad de establecimiento que confiere el Tratado, incluido el derecho a la creación de sucursales —conocido como libertad de establecimiento con carácter secundario—. Tal interpretación de los artículos 43 CE y 48 CE es incompatible con el Tratado.

105. En contra de la jurisprudencia anteriormente referida se alega que, en la sentencia *Daily Mail*, el Tribunal de Justicia reconoció las diferencias existentes entre las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros relativas a

las disposiciones del Derecho aplicable a una sociedad. Se ha señalado que el Tribunal de Justicia declaró expresamente que las normas relativas a la libertad de establecimiento no han dado lugar a una equiparación de dichas disposiciones del Derecho internacional privado de los Estados miembros. Partiendo de esta situación, algunos exigen que, al menos, se reconozca a los Estados miembros la facultad de poner coto a las sociedades «con domicilio de conveniencia», que no guardan ningún vínculo de conexión efectivo con el Estado en el que se han constituido.

106. En la sentencia *Daily Mail* el Tribunal de Justicia declaró, de hecho, que el Tratado «[...] considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades, así como a la posibilidad, y en su caso las modalidades de traslado de la sede, formal o real, de una sociedad, constituida conforme a la legislación nacional, de un Estado miembro a otro, como problemas que no están resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales».³⁷ Sin embargo, en la sentencia *Überseering* declaró expresamente que este pasaje de la sentencia *Daily Mail* no reconoce a los Estados miembros la facultad de supeditar al cumplimiento de su Derecho de sociedades nacional el ejercicio efectivo, en su territorio, de la libertad de establecimiento por sociedades válidamente constituidas en otros Estados miembros.³⁸ Pero éste es precisamente el resultado que produce la *WFBV*. Supedita el ejercicio del derecho a crear una sucursal precisamente a la observancia de las nor-

37 — Sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 10 *supra*, apartado 23.

38 — Sentencia *Überseering*, citada en la nota 26, apartado 72.

36 — Citada en la nota 7 *supra*.

mas del Derecho de sociedades neerlandés relativas al capital mínimo. Por ese motivo la remisión a la sentencia *Daily Mail* y la facultad de los Estados miembros para configurar libremente sus normas de Derecho Internacional Privado tampoco se oponen a la solución que acabo de proponer.

107. Por tanto, aunque se haya constatado la incompatibilidad de la WFBV con las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento por lo que se refiere al capital mínimo y a la responsabilidad de los administradores, aún hay que analizar brevemente el otro aspecto mencionado por el órgano jurisdiccional nacional, en concreto, la inscripción de las sociedades formalmente extranjeras como tales en el Registro Mercantil y la mención de su condición de tales en la denominación social que debe figurar todos los documentos que a ellas se refieran. En la vista, *Inspire Art Ltd* y el Gobierno del Reino Unido indicaron que dicha inscripción estigmatizaba a las sociedades afectadas.

108. Conforme a las notas aclaratorias del Gobierno relativas al proyecto de la WFBV, la inscripción de una sociedad como sociedad formalmente extranjera cumple la función de indicar claramente a los terceros que deseen contratar con ella que ésta no se ha constituido con arreglo al Derecho neerlandés pero no tiene ningún vínculo efectivo con el Estado de su fundación, sino que desarrolla su actividad completamente o casi completamente en los Países Bajos. Su objetivo es permitir a los terceros decidir, con pleno conocimiento de estas circunstancias, si desean entablar relaciones comerciales con esa sociedad.³⁹

109. La inscripción desempeña, en especial, una función de advertencia. Debido al criterio general del legislador neerlandés de que tales sociedades son menos solventes y, por tanto, deben quedar sometidas a las normas neerlandesas sobre capital mínimo y las demás disposiciones de protección de los acreedores, puede afirmarse que la mención de que una sociedad es formalmente extranjera dificulta o, como poco, hace menos atractivo entablar relaciones comerciales con ella. Sin embargo, y aun comprendiendo los motivos del legislador neerlandés, debe señalarse que, en el estado actual del Derecho comunitario y debido a la falta de armonización en este ámbito, tal mención constituye una restricción de la libertad de establecimiento. Lo mismo cabe decir respecto a la obligación de hacer constar en su denominación su condición de sociedad formalmente extranjera.

110. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de disposiciones nacionales que aplican la normativa, más severa, del Estado en el que se encuentra la sucursal, a la creación de sucursales de una sociedad que se ha constituido en otro Estado miembro debido a las ventajas que proporciona en comparación con las empresas constituidas según el Derecho del Estado en el que se encuentra la sucursal, que, en materia de constitución y desembolso del capital, impone medidas más severas que el Derecho del Estado en el que se constituye la sociedad y cuya finalidad se infiere de la circunstancia de que la sociedad ejerce sus actividades total o casi totalmente en el Estado en el que crea la sucursal y, además, no mantiene ningún vínculo real con el Estado de constitución.

39 — *Memorie van Toelichting*, citada en la nota 31 *supra*, p. 6, último párrafo, y p. 7, párrafo primero.

C. Justificación de la restricción

111. A continuación procede analizar en qué medida debe considerarse justificada la restricción de la libertad de establecimiento que se acaba de constatar. Conforme al artículo 46 CE, la libertad de establecimiento puede restringirse mediante disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Además, es jurisprudencia reiterada que no está permitido invocar el Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta.⁴⁰ Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: aplicarse de manera no discriminatoria, estar justificadas por razones imperiosas de interés general, ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.⁴¹

112. Como ya se desprende de los trabajos preparatorios de la WFBV, ésta se adoptó con el objetivo primordial de proteger a los acreedores de sociedades extranjeras. Al lado de este objetivo el Gobierno neerlandés también ha mencionado los objetivos de proteger contra los abusos de la libertad de establecimiento, reprimir el fraude y

garantizar la eficacia de los controles tributarios y de la lealtad del tráfico mercantil.

1. Justificación con arreglo al artículo 46 CE

113. El artículo 46 CE no menciona expresamente la protección de los acreedores. Es jurisprudencia reiterada que, como protección de intereses económicos, no está incluida en el concepto de seguridad y orden público.⁴² Por ese motivo no puede ampararse en ninguno de los motivos de justificación del artículo 46 CE.

114. Lo mismo cabe decir respecto al objetivo de garantizar la eficacia de los controles tributarios y la lealtad del tráfico mercantil.

2. Justificación relativa a la represión del abuso de la libertad de establecimiento

115. Como ponen de manifiesto en especial la Kamer van Koophandel y el Gobierno neerlandés, el objetivo de la WFBV consiste, además, en reprimir el abuso de la

40 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 24, y sentencias citadas en ella.

41 — Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37, y Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 34.

42 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 34.

posibilidad de operar al amparo del Derecho de sociedades de otro Estado miembro. Tales sociedades se ven envueltas en quiebras, con demasiada frecuencia, porque carecen desde un primer momento del capital necesario.

116. Es cierto que el Tribunal de Justicia niega el derecho a invocar de manera fraudulenta o abusiva las libertades fundamentales del Tratado.⁴³ Además, ha reconocido el Derecho de los Estados miembros a adoptar medidas destinadas a impedirlo y a protegerse de dichos abusos.⁴⁴

117. Sin embargo, siempre ha supeditado la legalidad de tales medidas de la existencia de indicios *concretos* de abuso *en cada caso*. Ha rechazado por insuficiente, haciendo hincapié en ello, las apreciaciones *generales y abstractas*, basadas en una *disposición legal*.⁴⁵

118. Por lo demás, ha declarado que el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituirlo en el Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del derecho de establecimiento.⁴⁶

119. La denegación del reconocimiento de la sucursal de Inspire Art Ltd se debe a la aplicación de la WFBV, que lleva a cabo de manera general una apreciación abstracta del uso de la posibilidad de constituir en un Estado miembro una sociedad para desarrollar todas o casi todas las operaciones en otros Estados miembros a través de sucursales. Sin embargo, con arreglo a la jurisprudencia, el mero ejercicio de la libertad de establecimiento no constituye un abuso.

120. Esta conclusión concuerda con la sentencia dictada en el asunto TV 10,⁴⁷ citada por el Gobierno neerlandés en la vista. En aquel procedimiento prejudicial también se trataba sólo de un caso concreto. El Commissariaat voor de Media no había reconocido a TV 10, demandante en el procedimiento principal que tenía su domicilio social en Luxemburgo pero emitía programas de radio y televisión a los Países Bajos, la condición de emisora extranjera a efectos de la Mediawet porque, al haberse establecido en Luxemburgo, era obvio su interés en eludir la aplicación de la normativa neerlandesa. Por tanto, en este asunto también se trataba de una decisión individual. Por lo demás, en esa sentencia el Tribunal de Justicia se remitió a la jurisprudencia ya existente, conforme a la cual el artículo 49 CE no niega a un Estado miembro el derecho a adoptar las medidas destinadas a impedir, en un caso concreto, que las libertades garantizadas

43 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 24, con más citas.

44 — Sentencia Segers, citada en la nota 4 *supra*, apartado 17; sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 24, con más citas.

45 — Sentencias Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 25; Überseering, citada en la nota 26 *supra*, apartado 92 («[...] en determinadas circunstancias y con ciertos requisitos [...]»).

46 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 27.

47 — Sentencia TV 10, citada en la nota 24 *supra*.

por el Tratado sean utilizadas por un prestador de servicios, cuya actividad esté entera o principalmente orientada hacia su territorio, para eludir las normas que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio de dicho Estado.⁴⁸ Sin embargo, con arreglo a esta disposición las decisiones deben adoptarse caso por caso. La posibilidad general y abstracta de abuso no basta para justificar las restricciones a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento.

121. El asunto Comisión/Francia,⁴⁹ que también invocó el Gobierno neerlandés en la vista, tampoco parece oponerse a la jurisprudencia citada. Aunque en ese procedimiento se trataba de una restricción general y abstracta de la libre circulación de capitales a través de un decreto, el Tribunal de Justicia no entró a examinar, en su sentencia, si tal restricción podía llevarse a cabo a través de un Decreto. Por el contrario, se limitó a constatar la falta de proporcionalidad y, consiguientemente, la infracción del Tratado. Por tanto, la cuestión que nos interesa en este procedimiento no fue objeto de aquella sentencia.

122. En la vista, el representante el Gobierno alemán solicitó al Tribunal de Justicia que, tras las sentencias Centros y Überseering, precisara en el presente asunto las maneras en que los Estados miembros pueden poner coto a la constitución de empresas «con domicilio de conveniencia», sospechosa de constituir un «abuso» de la libertad de establecimiento.

123. Resulta sorprendente que se formule esta petición al Tribunal de Justicia, puesto que debería estar dirigida a los propios Estados miembros. No corresponde al Tribunal de Justicia mostrar a los Estados miembros las posibilidades de combatir de manera legal el ejercicio abusivo, o sospechoso de serlo, de los derechos concedidos en el Tratado. En las sentencias Centros y Überseering el Tribunal de Justicia declaró que está permitido adoptar medidas que impidan el ejercicio abusivo de los derechos concedidos por el Tratado. Con arreglo al artículo 220 CE el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las disposiciones del Tratado. Por consiguiente y al igual que sucedía en los asuntos Centros y Überseering, en el presente asunto únicamente puede indicar a los límites de los derechos de los ciudadanos y empresas que se desprenden de los artículos 43 CE y 48 CE. Incumbe a los Estados miembros extraer de ello las consecuencias correspondientes, esto es, deseables y necesarias.

124. Puesto que no se ha alegado la existencia de otros indicios de comportamiento abusivo, la represión del fraude tampoco puede justificar la restricción de la libertad de establecimiento que lleva a cabo la WFBV.

3. Justificación por otros motivos imperiosos de interés general

125. Por lo tanto, queda por examinar en qué medida la WFBV está justificada por otros motivos imperiosos de interés general.

48 — Sentencia TV 10, citada en la nota 24 *supra*, apartado 20.

49 — Sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia (C-483/99, Rec. p. 1-4781).

126. El Gobierno neerlandés ha alegado cuatro motivos imperiosos de interés general: la protección de los acreedores, la eficacia de los controles tributarios, la represión del fraude y la prevención de abusos. La prevención de abusos ya se ha analizado en el capítulo anterior. Los tres motivos restantes se refieren a la protección de los acreedores públicos y privados de la sociedad. Por tanto, pueden examinarse conjuntamente bajo el epígrafe de protección de los acreedores.

127. El Tribunal de Justicia ha reconocido la protección de los acreedores como un motivo imperioso de interés general.⁵⁰ Es jurisprudencia reiterada que una restricción de la libertad de establecimiento amparada en esta justificación debe cumplir los siguientes requisitos: deben aplicarse de manera no discriminatoria, estar justificadas por razones imperiosas de interés general, ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.⁵¹

a) Discriminación

128. Con arreglo a las observaciones formuladas, en especial, por la Kamer van Koophandel y el Gobierno neerlandés, las disposiciones de la WFBV equiparan en trato a las sociedades constituidas con arreglo al Derecho de otros Estados y a las sociedades constituidas con arreglo al

Derecho de los Países Bajos. Tanto unas como otras deben observar los preceptos del Derecho neerlandés de sociedades que presenten carácter imperativo. En la vista el Gobierno alemán añadió que lo dispuesto en la WFBV coloca a las empresas en las mismas condiciones competitivas.

129. A ello cabe objetar que la WFBV impone, al menos en un aspecto, requisitos más estrictos que los que rigen para las sociedades neerlandesas. En Derecho neerlandés no existe ninguna norma paralela a la del artículo 4, apartado 4, de la WFBV, que establezca la responsabilidad de los administradores en el supuesto de que, *después* de constituida e inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, el capital propio de la sociedad disminuya hasta una cantidad inferior a la del capital mínimo exigido legalmente. Así se deduce de las explicaciones ofrecidas por el Gobierno neerlandés al presentar el proyecto de la WFBV.⁵²

130. El artículo 2:180, apartado 2, del Burgerlijk Wetboek impone la responsabilidad personal del administrador de las sociedades constituidas en los Países Bajos únicamente respecto al período *anterior* a la constitución e inscripción. Este supuesto de responsabilidad también se menciona en el artículo 4, apartado 4, de la WFBV. Pero, además, impone la responsabilidad personal y solidaria siempre que no se alcance el capital mínimo. Si una vez constituida e inscrita, una sociedad neerlandesa llega a una situación similar, se puede ordenar judicialmente su disolución (véase el artículo 2:185 del Burgerlijk

50 — Véanse los considerandos de la sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartados 32 y ss.

51 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 34.

52 — *Memorie van Toelichting*, citada en la nota 31 *supra*, p. 9.

Wetboek). Para ese supuesto la ley no prevé la responsabilidad de los administradores.

131. Dado que el Derecho neerlandés aplica la llamada teoría de la constitución, las sociedades extranjeras no pueden ser disueltas mediante tal resolución judicial de un órgano jurisdiccional neerlandés. En efecto, su existencia se rige por el Derecho del Estado de constitución. Por ese motivo, para las sociedades formalmente extranjeras, el legislador nacional ha previsto en el artículo 4, apartado 4, de la WFBV, la responsabilidad de los administradores como «alternativa adecuada» a la sanción impuesta a las sociedades constituidas conforme al Derecho neerlandés.⁵³

132. Esta diferencia de trato entre sociedades neerlandesas y extranjeras contradice, en primer lugar, la tesis de que la WFBV equipara las sociedades extranjeras a las constituidas conforme al Derecho neerlandés.

133. Como justificación de esta diferencia de trato se mencionan las escasas posibilidades que tiene el Derecho neerlandés de influir en la existencia de sociedades constituidas con arreglo a un ordenamiento jurídico extranjero que constituye, por tanto, un motivo objetivo de la diferencia de trato.

134. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Derecho neerlandés no prevé la responsabilidad de los administradores por las deudas de la sociedad en el caso de liquidación de una sociedad neerlandesa. La WFBV establece una responsabilidad personal y solidaria de los administradores que es, por definición, ajena al régimen de limitación de la responsabilidad al capital social vigente para las sociedades de capital y a la que sólo se recurre en casos muy excepcionales.

135. Es cierto que, conforme a la WFBV, la responsabilidad de los administradores no es automática. Al contrario, sólo puede ser declarada judicialmente, atendiendo a las circunstancias de cada caso.⁵⁴ Sin embargo, de las explicaciones relativas al artículo 2 de la WFBV se deduce que el legislador atribuye una eficacia disuasoria a la sanción del artículo 4, apartado 4, de la WFBV, que también se impone para el caso de incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 2, es decir, en el período anterior a la inscripción en el Registro Mercantil. La finalidad de la WFBV consiste en disuadir a los operadores del empleo de sociedades formalmente extranjeras. Se quiso imponer una sanción con un efecto disuasorio aún mayor que el de una sanción penal.⁵⁵

136. Esto prueba que, al adoptar el artículo 4, apartado 4, de la WFBV, el

54 — Véanse las explicaciones contenidas en la *Memorie van Toelichting*, citada en la nota 31 *supra*, p. 9, último párrafo.

55 — Véanse las explicaciones relativas al artículo 2 contenidas en la *Memorie van Toelichting*, citada en la nota 31 *supra*, p. 7.

53 — Véanse las explicaciones contenidas en la *Memorie van Toelichting*, citada en la nota 31 *supra*, p. 9.

legislador neerlandés no quiso imponer un trato extraordinario, que de forma semejante también permitiera exigir responsabilidades a los gestores de sociedades constituidas con arreglo al Derecho neerlandés. Se esperaba que tal disposición produjera un efecto disuasorio superior al que tienen las sanciones penales. Es obvio que la responsabilidad personal por las obligaciones en que incurra la sociedad constituye un mecanismo adecuado para alcanzar dichos fines.

137. Esta constatación basta por sí sola para afirmar que el legislador neerlandés ha establecido conscientemente para las sociedades extranjeras una sanción más severa que la prevista para las sociedades neerlandesas que se encuentren en una situación similar. Por consiguiente, el régimen de responsabilidad de los administradores constituye una discriminación por razón de la nacionalidad. Al igual que la nacionalidad de las personas físicas, el domicilio estatutario de las sociedades determina su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.⁵⁶ Por ese motivo, el régimen contenido en el artículo 4, apartado 4, de la WFBV respecto a la responsabilidad personal y solidaria de los administradores en caso de que el capital social se reduzca por debajo del límite legal es incompatible con la libertad de establecimiento que confieren los artículos 43 CE y 48 CE.

138. En contra de lo que afirma el Gobierno alemán, la WFBV no sitúa a las

sociedades en igualdad de condiciones de competencia. Aunque la WFBV dé lugar a la aplicación del Derecho de sociedades neerlandés a todas las sociedades que desarrollen su actividad completamente o casi completamente en los Países Bajos, el resultado de ello es precisamente eliminar la competencia entre los distintos regímenes de los Estados miembros. Sin embargo, en la fase actual del Derecho comunitario no hay motivo para restringir la libertad de los ciudadanos comunitarios de elegir, al constituir una sociedad, el ordenamiento jurídico que les resulte más adecuado para sus propósitos.

139. El régimen de responsabilidad personal y solidaria de los administradores está destinado, en particular, a garantizar la observancia de las normas sobre capital mínimo (artículo 4, apartados 1 a 3, de la WFBV). Como ya se ha indicado varias veces, las dificultades que se quieren contrarrestar mediante la WFBV radican, al menos por lo que se refiere a las sociedades inglesas «con domicilio de conveniencia», en que los Estados miembros no se han puesto de acuerdo hasta la fecha para armonizar las disposiciones relativas al capital mínimo de las sociedades de responsabilidad limitada o para adoptar normas más efectivas de protección de los acreedores. Mientras persista esta situación jurídica no hay motivo para restringir la competencia entre los distintos regímenes jurídicos, interpretando de determinada forma las disposiciones del Tratado sobre libertad de establecimiento.

140. Así pues, cabe afirmar ya que la WFBV constituye una medida discriminatoria de las sociedades extranjeras y, por

56 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 20, con más remisiones jurisprudenciales.

consiguiente, una restricción injustificada de la libertad de establecimiento.

b) Adecuación

141. También es dudoso que las normas de la WFBV sean adecuadas para garantizar la protección de los acreedores. Hay que reconocer a los partidarios de esta tesis que la figura del capital mínimo tal como se contempla, en Derecho comunitario, en la Segunda Directiva y en el Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)⁵⁷ ha sido reconocida como instrumento destinado a garantizar que las sociedades disponen de patrimonio suficiente.⁵⁸ Si se ha desembolsado el capital mínimo, es posible disponer, al menos en la fase de fundación, de un patrimonio suficiente para garantizar el pago a los acreedores.

142. Sin embargo, en las conclusiones presentadas en el asunto Centros, el Abogado General Sr. La Pergola ya expresó sus dudas respecto a la eficacia de este instrumento.⁵⁹ La diferente importancia que los Estados miembros atribuyen al capital mínimo, que se manifiesta en la diferencia de la cuantía que debe desembolsarse, también muestra claramente que no hay una única solución válida. En los ordenamientos jurídicos irlandés e inglés no se

asigna ninguna función relevante al capital mínimo. Por último, también debo remitirme al informe del llamado «Grupo Winter». En este informe, recientemente presentado a la Comisión y que toma el nombre de Jaap Winter, presidente de la comisión de expertos que lo redactó, se indica que las disposiciones sobre capital mínimo constituyen sobre todo una piedra angular esencial para garantizar la protección de los acreedores y de los intereses de los titulares de participaciones. Sin embargo, la comisión de expertos llega a la conclusión de que estas normas sobre el capital mínimo únicamente cumplen una función: la de disuadir a los particulares de la constitución irresponsable de sociedades. Pero, continúa el informe, tales normas protegen en escasa medida a los acreedores frente a aportaciones irreflexivas de capital y no proporcionan ninguna protección en el caso de que el capital se emplee en enjugar pérdidas. Los acreedores y los titulares de participaciones, concluye, podrían obtener mayor protección si se desarrollara un sistema adecuado para analizar la solvencia de las sociedades.⁶⁰

143. En la sentencia Centros, el Tribunal de Justicia declaró que, en cualquier caso, el régimen danés relativo al capital mínimo no era adecuado para alcanzar el objetivo de protección de los acreedores, puesto que si la sociedad afectada hubiese ejercido una actividad en el Reino Unido, su sucursal habría sido inscrita, aunque la posición de

57 — DO L 294, p. 1.

58 — Véanse el cuarto considerando de la Segunda Directiva y el decimotercer considerando del Reglamento n° 2157/2001.

59 — Conclusiones de 16 de julio de 1998 (C-212/97, Rec. 1999, p. I-1461), punto 21.

60 — Véanse las afirmaciones contenidas en el Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, de 4 de noviembre de 2002, publicado en la página internet de la Comisión Europea, www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern; p. 14 del resumen y, en particular, pp. 82 y ss., especialmente p. 87.

los acreedores daneses hubiera podido quedar también debilitada.⁶¹

Por tanto, también desde este punto de vista puede afirmarse la existencia de una restricción no justificada de la libertad de establecimiento.

144. El presente asunto es similar a éste. El órgano jurisdiccional remitente ha señalado expresamente que la WFBV no sería aplicable a Inspire Art Ltd si ésta desarrollara en otro Estado miembro cualquier tipo de actividad, por pequeña que fuera. Sin embargo, no es obvio que, en ese caso, la masa pasiva contra la que pudieran dirigirse los acreedores fuera mayor. Por consiguiente, esta restricción no es adecuada para alcanzar el objetivo de protección de los acreedores.

c) Proporcionalidad

147. Por último, la restricción que lleva a cabo la WFBV sólo estaría justificada si no existieran medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo de protección de los acreedores.

145. También se suscitan serias dudas respecto a la utilidad, para la protección de los acreedores, de la inscripción de las sociedades formalmente extranjeras como tales y de los requisitos exigidos a la denominación de las mismas en todos los documentos. El dato de que la sociedad no desarrolle ninguna actividad fuera de los Países Bajos no aumenta o garantiza el capital de que se dispone para responder de las deudas frente a los acreedores.

148. Se suscitan dudas respecto a la necesidad de la inscripción de las sociedades formalmente extranjeras como tales en el Registro Mercantil y de las menciones que debe incluir su denominación social en todos los documentos que emanen de ellas. Inspire Art Ltd está inscrita en el Registro Mercantil como sociedad inglesa de responsabilidad limitada (*Limited*). La denominación con que gira en el tráfico mercantil incluye la mención *Limited*. Con ella se informa a los demás operadores de que no es una sociedad constituida con arreglo al Derecho neerlandés. Por tanto, no parece necesario para proteger los intereses de los acreedores de la sociedad ni la lealtad de tráfico mercantil crear, además, otro mecanismo de advertencia, como es la mención de que se trata de una sociedad formalmente extranjera. Por consiguiente, esta normativa es desproporcionada.

146. Por esos motivos, no cabe considerar que las normas relativas al capital mínimo, al registro como sociedad formalmente extranjera y a la denominación social sean adecuadas para alcanzar el fin perseguido, consistente en proteger a los acreedores.

61 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 35.

149. Por lo demás, las sociedades inglesas están sometidas a las disposiciones de las Directivas Cuarta y Undécima. Los acreedores de Inspire Art Ltd también pueden ampararse en la protección que ofrecen estas disposiciones.⁶²

todo si se piensa que la aplicabilidad de dicha ley a una sociedad puede variar, sin que ello resulte forzosamente del Registro Mercantil, como se deduce de las aclaraciones proporcionadas por el Gobierno al presentar el proyecto de WFBV.⁶⁴

150. Además, debe señalarse que, en materia de protección de los acreedores públicos, el Tribunal de Justicia ya ha decidido que, en lugar de insistir en la observancia de las normas sobre capital mínimo, existe la posibilidad de exigir la concesión de garantías adecuadas.⁶³ Lo mismo pueden hacer los acreedores privados. Esta posibilidad es un medio menos restrictivo que el elegido por la WFBV. Por lo tanto, la restricción de la libertad de la competencia también es desproporcionada por ese motivo.

152. La misma inseguridad existe respecto a la responsabilidad solidaria, personal e ilimitada de los administradores. En tal responsabilidad incurren siempre que el capital descienda por debajo de la cuantía mínima establecida legalmente.

151. Por último, la proporcionalidad de la WFBV también resulta dudosa desde otro punto de vista. Dicha ley se aplica a las sociedades que desarrollan su actividad completa o casi completamente en los Países Bajos. Sin embargo, no menciona ningún criterio para determinar cuándo se cumple este requisito. Una sociedad, ¿desarrolla su actividad casi completamente en los Países Bajos si la ejerce en un 10 % fuera de este Estado, o en un 15 % o en un 20 %? Esta imprecisión genera dudas a la hora de aplicar la WFBV a una sociedad. Por tanto, un instrumento tan inseguro no puede ser una medida adecuada para garantizar la protección de los acreedores, sobre

153. Ambas disposiciones garantizan ciertamente que los acreedores puedan acogerse siempre a la norma más favorable. Sin embargo, generan riesgos casi imposibles de calcular para los administradores de las sociedades. Por lo imponderable de sus consecuencias, resultan desproporcionadas para los administradores.

154. Por tanto, debe responderse a la segunda cuestión que ni el artículo 46 CE, ni la represión de los abusos, ni los motivos imperativos de interés general justifican restricciones de la libertad de establecimiento como las que generan los artículos 2 a 5 de la Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.

62 — Véanse las consideraciones paralelas contenidas en la sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 36.

63 — Sentencia Centros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 37.

64 — Explicaciones relativas al artículo 1, en *Memorie van Toelichting*, citada en la nota 31 *supra*, p. 6.

VI. Conclusión

155. Por todo ello propongo responder a las cuestiones prejudiciales en los siguiente términos:

- «1) Los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de disposiciones nacionales que aplican la normativa, más severa, del Estado en el que se encuentra la sucursal a la creación de sucursales de una sociedad que se ha constituido en otro Estado miembro debido a las ventajas que proporciona en comparación con las empresas constituidas según el Derecho del Estado en el que se encuentra la sucursal, que, en materia de constitución y desembolso del capital, impone medidas más severas que el Derecho del Estado en el que se constituye la sociedad y cuya finalidad se infiere de la circunstancia de que la sociedad ejerce sus actividades total o casi totalmente en el Estado en el que crea la sucursal y, además, no mantiene ningún vínculo real con el Estado de constitución.
- 2) Ni el artículo 46 CE, ni la represión de los abusos, ni los motivos imperativos de interés general justifican restricciones de la libertad de establecimiento como las que generan los artículos 2 a 5 de la Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.»