

WOORD VOORAF

Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen is in het Nederlandse ondernemingsrecht en belastingrecht niet wettelijk geregeld. Het Burgerlijk Wetboek en de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 kennen slechts een regeling voor de binnenlandse omzetting van bepaalde rechtspersonen.

In de uitspraken *Cartesio*¹, *Vale*² en *Polbud*³ heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie geoordeeld dat lidstaten op grond van de vrijheid van vestiging medewerking moeten verlenen aan grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen. Dit geldt zelfs indien er geen enkele economische band bestaat met de lidstaat van ontvangst, dat wil zeggen in geval van een verplaatsing van de statutaire zetel die niet gepaard gaat met een verplaatsing van de werkelijke zetel. In de Nederlandse rechtspraak vinden jaarlijks inmiddels tientallen grensoverschrijdende omzettingen van kapitaalvennootschappen plaats.

Deze bundel gaat in op de vele vragen die grensoverschrijdende omzettingen met zich brengen. Internationaal privaatrecht, ondernemingsrecht, de rol van de notaris en de regeling voor medezeggenschap worden in deze bundel belicht. Een bespreking van het ambtelijke voorontwerp van het ministerie van Justitie en Veiligheid uit 2014 ontbreekt daarbij uiteraard niet. Een belangrijke plaats is ook weggelegd voor de fiscale behandeling van grensoverschrijdende omzettingen, en de vraag in hoeverre die overeenstemt met de Europese vrijheid van vestiging. De bundel draagt daarbij verschillende opties aan voor de toekomstige behandeling van grensoverschrijdende omzettingen. Tot slot bevat de bundel ook rechtsvergelijkende bijdragen met beschouwingen over de grensoverschrijdende omzetting in

1 HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*).

2 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*).

3 HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (*Polbud Wykonawstwo sp.z o.o.*).

België en op eilanden in het Caribische deel van ons Koninkrijk. Wij hebben de overtuiging dat de bundel een goede bijdrage levert aan de totstandkoming van een nieuwe wettelijke regeling en we nemen de bundel met veel genoegen op in onze serie.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber

Nijmegen, februari 2018

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF	V
LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN	XVII
ALGEMENE INLEIDING	XIX
<i>J.J. van den Broek & G.J.C. Rensen</i>	
Hoofdstuk 1 Grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen: de arresten <i>Cartesio</i>, <i>Vale</i> en <i>Polbud</i>	1
<i>J.J. van den Broek</i>	
1.1 Inleiding	1
1.2 Het <i>Cartesio</i> -arrest	1
1.2.1 Feiten	1
1.2.2 Prejudiciële vragen	2
1.2.3 Oordeel van het Hof van Justitie EU	3
1.2.3.1 Geen absoluut recht op verplaatsing van de werkelijke zetel	3
1.2.3.2 Wel het recht op omzetting	5
1.2.4 Conclusies uit <i>Cartesio</i>	6
1.3 Het <i>Vale</i> -arrest	7
1.3.1 Feiten	7
1.3.2 Prejudiciële vragen	8
1.3.3 Oordeel van het Hof van Justitie EU	10
1.3.3.1 Het recht op inbound omzetting	10
1.3.3.2 Toepassing van nationale bepalingen inzake oprichting van vennootschappen	13
1.3.4 Conclusies uit <i>Vale</i>	16
1.4 Het <i>Polbud</i> -arrest	16
1.4.1 Feiten	16
1.4.2 Prejudiciële vragen	19
	VII

1.4.3	Oordeel van het Hof van Justitie EU	20
1.4.3.1	Alleen verplaatsing van de statutaire zetel	20
1.4.3.2	De vrijheid van vestiging is van toepassing	20
1.4.3.3	De bescherming van de belangen van derden	24
1.4.3.4	De liquidatieverplichting als ongerechtvaardigde belemmering van de vestigingsvrijheid	25
1.4.4	Conclusies uit Polbud	27
1.5	Algemene conclusies	28
Hoofdstuk 2 Grensoverschrijdende omzetting vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief		31
<i>S. van Dongen</i>		
2.1	Inleiding	31
2.2	Toepasselijk recht op een grensoverschrijdende omzetting	31
2.2.1	Inleiding: VALE	31
2.2.2	Het recht van de lidstaat van ontvangst	32
2.2.2.1	Inleiding	32
2.2.2.2	Statutaire of werkelijke zetel	33
2.2.2.3	Rechtsvorm	34
2.2.2.4	Notariële akte	36
2.2.2.5	Inschrijving in handelsregister	39
2.2.3	Het recht van de lidstaat van oorsprong	40
2.2.4	(Potentiële) knelpunten	41
2.3	Internationaal privaatrechtelijke gevolgen van grensoverschrijdende omzetting	43
2.3.1	Inleiding	43
2.3.2	Rechtsmacht	43
2.3.3	Toepasselijk recht	45
2.4	Conclusie	50
Hoofdstuk 3 Binnenlandse en grensoverschrijdende omzetting van privaatrechtelijke rechtspersonen naar huidig recht		55
<i>E. Schmieman & B. Snijder-Kuipers</i>		
3.1	Inleiding	55
3.2	Duiding van de rechtsfiguur omzetting	56
3.2.1	Definitie van omzetting	56
3.2.2	Omzetting is verandering van juridisch kader	56
3.2.3	Verwantschap met andere juridische figuren	57

3.3	De ontwikkeling van de rechtsfiguur omzetting	57
3.3.1	Inleiding	57
3.3.2	Ontwikkeling van vermogensoverdracht naar vermogenshandhaving	58
3.3.2.1	De periode vanaf 1957 tot 1976, waarin omzetting leidde tot vermogensoverdracht	58
3.3.2.2	De periode vanaf 1976 tot 1991, waarin sprake was van een transitie van omzetting als vermogensoverdracht naar omzetting als vermogensovergang	59
3.3.2.3	De periode vanaf 1992 tot nu, waarin omzetting vormovergang en vermogenshandhaving is	59
3.3.2.4	Omzetting is een unieke rechtsfiguur	60
3.4	Huidige regeling van de omzetting: algemeen	61
3.4.1	Inleiding	61
3.4.2	Basisartikel: 2:18 BW	61
3.5	Huidige regeling van de omzetting: rechtspersonen met leden en aandeelhouders	63
3.6	Huidige regeling van de omzetting: de stichting	64
3.6.1	Inleiding	64
3.6.2	Omzetting van een stichting is niet altijd mogelijk	65
3.6.3	De vermogensklem	66
3.7	Grensoverschrijdende omzetting	67
3.7.1	Inleiding	67
3.7.2	Inbound grensoverschrijdende omzetting	68
3.7.3	Outbound grensoverschrijdende omzetting	69
3.7.4	Kanttekeningen bij de veronderstelde toelaatbaarheid van grensoverschrijdende omzetting	70
3.7.4.1	Inbound grensoverschrijdende omzetting	71
3.7.4.2	Outbound grensoverschrijdende omzetting	72
3.7.4.3	De veronderstelde brede reikwijdte van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting	72
3.8	De onduidelijke situatie na Cartesio, Vale en Polbud	74
3.8.1	Inleiding	75
3.8.2	Mislukte pogingen om te komen tot een Europese regeling	76
3.8.3	Europese wetgeving?	77
3.8.4	Nationale regelingen in andere lidstaten	78
3.9	Conclusie	79

Hoofdstuk 4	Het “voorontwerp” betreffende grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen	83
	<i>E.R. Roelofs</i>	
4.1	Inleiding	83
4.2	Wetssystematiek	86
4.3	Voorgestelde wettelijke bepalingen over grensoverschrijdende omzetting	87
4.3.1	Reikwijdte van de wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting	87
4.3.1.1	Nederland en de EU	87
4.3.1.2	Nederland en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba	88
4.3.1.3	Vennootschappen die niet grensoverschrijdend kunnen worden omgezet	90
4.3.2	Procedure tot grensoverschrijdende omzetting	91
4.3.2.1	Voorstel tot grensoverschrijdende omzetting	91
4.3.2.2	Schriftelijke toelichting	91
4.3.2.3	Publicatie en openbaarmaking	92
4.3.2.4	Crediteurenbescherming	93
4.3.2.5	Verzetrecht minister van Veiligheid en Justitie en DNB	95
4.3.2.6	Bescherming vennootschapsrechtelijke medezeggenschap werknemers	96
4.3.2.7	Besluitvorming	98
4.3.2.8	Bescherming minderheidsaandeelhouders, uittreedrecht	99
4.3.2.9	Taak notaris, van kracht worden, nulliteiten	103
4.4	Conclusies en aanbevelingen	106
Hoofdstuk 5	De rol van de Nederlandse notaris bij een grensoverschrijdende omzetting	111
	<i>F.J. Oranje</i>	
5.1	Inleiding	111
5.2	Grensoverschrijdende omzetting: waarom de notaris en wat is zijn richtsnoer?	112
5.2.1	Rol van de notaris	112
5.2.2	Eerste richtsnoer: het Vale-arrest en art. 2:18 BW	114
5.2.3	Tweede richtsnoer: voorontwerp	116
5.2.4	Derde richtsnoer: aanpalende rechtsfiguren	117
5.2.5	Resumerend	118

5.3	De inbound omzetting	118
5.4	De outbound omzetting	121
5.4.1	Vertrekpunt	121
5.4.2	Voorstel tot grensoverschrijdende omzetting	121
5.4.3	Toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting	123
5.4.4	Deponering en aankondiging	124
5.4.5	Stakeholders: algemeen	125
5.4.6	Aandeelhouders	126
5.4.7	Aandelen bezwaard met vruchtgebruik of pandrecht	127
5.4.8	Werknemers	128
5.4.9	Crediteuren	129
5.5	Besluitvorming bij een grensoverschrijdende omzetting	131
5.5.1	Bevoegd orgaan	131
5.5.2	Meerderheid	133
5.5.3	Notulen bij notariële akte	133
5.5.4	Effectuering van de grensoverschrijdende omzetting	134
5.6	De verklaring van de notaris	136
5.7	Uitschrijving uit het Nederlandse handelsregister	139
5.8	Slot	139
Hoofdstuk 6 Grensoverschrijdende omzetting in de praktijk		143
<i>G.J.C. Rensen & K.J. Bakker</i>		
6.1	Inleiding	143
6.2	Wijze van onderzoek en verantwoording	144
6.3	Aantal GOO's	147
6.4	Welke landen zijn betrokken?	150
6.5	Naar welke rechtsvormen wordt omgezet?	151
6.6	Welke notariskantoren begeleiden GOO's?	153
6.7	Aankondiging	154
6.7.1	Wijze van aankondiging	154
6.7.2	Inhoud	154
6.8	Voorstel tot omzetting	156
6.8.1	Taal en vorm	156
6.8.2	Inhoud	157
6.9	Bescherming van aandeelhouders, werknemers en crediteuren	163
6.9.1	Aandeelhouders	163
6.9.2	Werknemers	165
6.9.3	Crediteuren	166

6.10	Stappen bij effectuering van de omzetting	168
6.10.1	Besluitvorming	168
6.10.2	Vennootschapsrechtelijke effectuering	170
6.10.3	Het notarieel attest	172
6.10.4	Wachttijd	173
6.10.5	De 'houdbaarheid' van het voorstel	174
6.11	Slot	175

Hoofdstuk 7	De fiscale behandeling van binnenlandse en grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen onder de huidige Wet op de vennootschapsbelasting 1969	189
--------------------	--	------------

G.T.K. Meussen

7.1	Inleiding	189
7.2	Art. 28a Wet Vpb. 1969	190
7.3	Historie art. 28a Wet Vpb. 1969	191
7.4	Soorten omzettingen	192
7.4.1	De fiscaal niet-geregelde omzettingen	192
7.4.2	De fiscaal niet-gefacilieerde omzettingen	194
7.4.3	De fiscaal gefacilieerde omzetting	197
7.4.3.1	Indeplaatstreding	201
7.4.3.2	Omzetting gedeeltelijk belaste stichting of vereniging in een BV: step-up	202
7.4.3.3	Het omzettingstijdstip	203
7.4.3.4	Fiscale gevolgen deelgerechtigden	203
7.4.3.5	Omzetting en fiscale eenheid	204
7.5	Grensoverschrijdende omzetting	204
7.6	Uitleiding	206

Hoofdstuk 8	Fiscale en Europeesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen	209
--------------------	---	------------

J.J. van den Broek

8.1	Inleiding	209
8.2	Omzettingen en zetelverplaatsingen	210
8.3	De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie	211
8.4	Het wetsvoorstel van de Commissie vennootschapsrecht en ambtelijk voorontwerp	214

8.5	Fiscale aspecten van grensoverschrijdende omzettingen	216
8.5.1	Art. 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969	216
8.5.2	Art. 28a Wet Vpb 1969 en grensoverschrijdende omzetting	217
8.5.2.1	Binnenlandse omzetting naar buitenlands recht	218
8.5.2.2	De omzetting van een NV in een SE	219
8.5.2.3	De zetelverplaatsing van een SE	220
8.5.2.4	Grensoverschrijdende omzetting op grond van de vestigingsvrijheid	221
8.5.3	De vestigingsplaatsficties in vennootschapsbelasting en dividendbelasting	222
8.5.4	Exitheffing als gevolg van grensoverschrijdende omzetting	226
8.5.5	De standaardvoorwaarden en grensoverschrijdende omzettingen	229
8.5.6	Dividendbelasting	230
8.5.7	Inbound omzettingen	232
8.6	Een vooruitblik op een mogelijke fiscale regeling voor grensoverschrijdende omzettingen	234
8.7	Conclusies en aanbevelingen	235

Hoofdstuk 9 Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen in de vennootschaps- en dividendbelasting: een fiscaalrechtelijk ‘ideaalplaatje’ 241

R.P.C.W.M. Brandsma & R.J. de Vries

9.1	Inleiding	241
9.2	Analogie met grensoverschrijdende juridische fusies	244
9.2.1	Inleiding	244
9.2.2	Vergelijking met grensoverschrijdende juridische fusies; algemeen	245
9.2.3	Grensoverschrijdende juridische fusies in de vennootschapsbelasting	246
9.2.3.1	Algemeen	246
9.2.3.2	Grensoverschrijdende inbound juridische fusies	247
9.2.3.3	Grensoverschrijdende outbound juridische fusies	247
9.2.3.4	Evaluatie van de vennootschapsbelastingssystematiek voor grensoverschrijdende juridische fusies	249

9.2.4	Grensoverschrijdende juridische fusies in de dividendbelasting	249
9.2.4.1	Algemeen	249
9.2.4.2	Grensoverschrijdende inbound juridische fusies	250
9.2.4.3	Grensoverschrijdende outbound juridische fusies	251
9.2.4.4	Evaluatie van de dividendbelastingssystematiek voor grensoverschrijdende juridische fusies	252
9.3	Grensoverschrijdende inbound omzettingen	253
9.3.1	Vennootschapsbelasting	253
9.3.2	Dividendbelasting	254
9.4	Grensoverschrijdende outbound omzettingen	256
9.4.1	Vennootschapsbelasting	256
9.4.2	Dividendbelasting	257
9.5	Fiscaalrechtelijk 'ideaalplaatje'	258
9.6	Een fiscale conceptwettekst met het oog op grensoverschrijdende omzettingen	262
9.7	Ongemakkelijke conclusie	264

Hoofdstuk 10	Civilrechtelijke aspecten van de grensoverschrijdende omzetting naar en vanuit de Caribische delen van het Koninkrijk	267
---------------------	--	------------

K. Frielink

10.1	Zetelverplaatsing en omzetting	267
10.1.1	Overzicht	267
10.1.2	Het Statuut	271
10.2	Beknopt overzicht privaatrechtelijke rechtspersonen	272
10.2.1	Aruba	272
10.2.2	Curaçao en St. Maarten	273
10.2.3	De BES-eilanden	273
10.3	De interne omzetting	273
10.3.1	Inleiding	273
10.3.2	Aruba	274
10.3.3	Curaçao en St. Maarten	274
10.3.4	De BES-eilanden	275
10.4	De grensoverschrijdende omzetting	277
10.4.1	Inleiding	277
10.4.2	Aruba	280
10.4.3	Curaçao en St. Maarten	281
10.4.4	De BES-eilanden	286

10.5	Kanttekeningen bij de grensoverschrijdende omzetting	287
10.5.1	Inleiding	287
10.5.2	Wijziging toepasselijk recht	288
10.5.3	Aantasting outbound omzetting	290
10.5.4	Faillissement en ontbinding	292
10.5.5	Enkele bijzondere gevallen	294
10.6	Conclusie	295

Hoofdstuk 11 Fiscaalrechtelijke aspecten van de omzetting van rechtspersonen in de Caribische Koninkrijksdelen 299

J. Adeler

11.1	Inleiding	299
11.2	Omzetting van rechtspersonen	300
11.3	Omzetting onder voormalig Nederlands-Antilliaans en huidig ACS recht	302
11.3.1	Winstbelasting	302
11.3.2	Grensoverschrijdende omzetting in de winstbelasting	303
11.3.3	Curaçao	303
11.3.4	Sint Maarten	305
11.3.5	Aruba	305
11.4	Grensoverschrijdende omzetting op de BES-eilanden	306
11.4.1	Geen winstbelasting	306
11.4.2	Toch een exitheffing – opbrengstbelasting	307
11.5	Afronding	308

Hoofdstuk 12 Keuze van vennootschapsrecht en verandering van vennootschapsrecht naar Belgisch recht 311

J. Vananroye & G. Lindemans

12.1	Internationale zetelverplaatsing: <i>what's in a name?</i>	311
12.2	Traditioneel geen vrije keuze in het Belgische vennootschapsrecht	312
12.2.1	Geen vrije keuze indien 'werkelijke zetel' in België ligt	312
12.2.2	De 'werkelijke zetel' als unilaterale antimisbruikbepaling	316
12.2.3	'Werkelijke zetel': apologie voor een ter dood veroordeelde	320
12.2.4	Geen vrije keuze indien 'werkelijke zetel' ná de oprichting naar België komt	325

12.2.5	Besluit: de milde vorm van ‘werkelijke zetel’ maakt België een onwaarschijnlijk gidsland inzake internationale mobiliteit	327
12.3	Grensoverschrijdende omzetting naar of weg van Belgisch vennootschapsrecht	328
12.3.1	Grensoverschrijdende omzetting verschijnt in het Belgische recht als een ‘verplaatsing van de werkelijke zetel’	328
12.3.2	Grensoverschrijdende omzetting naar en uit België principieel toegelaten	329
12.3.3	Procedure voor een grensoverschrijdende omzetting	331
12.3.4	Voorstellen omtrent een wettelijke procedure voor grensoverschrijdende omzetting	333
12.3.5	Let’s get physical: nood aan regels voor andere grensoverschrijdende herstructurerings	335
Hoofdstuk 13 Grensoverschrijdende omzetting en werknemersmedezeggenschap		341
<i>J.N. Schutte-Veenstra</i>		
13.1	Inleiding	341
13.2	Rechtspraak HvJ EU inzake grensoverschrijdende omzetting	342
13.3	Verschillende vormen van medezeggenschap	343
13.3.1	Ondernemingsrechtelijke medezeggenschap	344
13.3.2	Vennootschapsrechtelijke medezeggenschap	349
13.4	Aansluiting bij SE-Statuut en/of GOF-regeling	354
13.4.1	Aansluiting bij art. 8 SE-Statuut	354
13.4.2	Aansluiting bij art. 133 Richtlijn 2017/1132/EU	357
13.5	Voorgestelde regeling	359
13.6	Voorontwerp	366
13.7	Afsluitende opmerkingen	368
Hoofdstuk 14 Samenvatting en conclusies		375
<i>J.J. van den Broek & G.J.C Rensen</i>		
14.1	Civielrechtelijke bijdragen	375
14.2	Fiscale bijdragen	381
14.3	Vooruitblik	386
Bijlage: Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een regeling voor grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen		387

HOOFDSTUK 1

GRENSOVERSCHRIJDENDE OMZETTING VAN VENNOOTSCHAPPEN: DE ARRESTEN *CARTESIO*, *VALE* EN *POLBUD*

J.J. van den Broek¹

1.1 Inleiding

In de arresten *Cartesio*², *Vale*³ en *Polbud*⁴ heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat lidstaten grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen op grond van de vestigingsvrijheid moeten toestaan, zeker voor zover deze lidstaten ook de mogelijkheid kennen van binnenlandse omzettingen. In dit hoofdstuk bespreek ik de feiten en rechtsvragen die in beide arresten aan de orde waren. In dit boek en ook elders in de literatuur wordt ruimschoots aandacht besteed aan diverse aspecten van beide arresten. Ik beperk mij in mijn bespreking tot zaken die specifiek op grensoverschrijdende omzettingen zien. Formeelrechtelijke kwesties, zoals de vraag of een bepaalde zaak bij het Hof van Justitie EU ontvankelijk is, laat ik in dit kader rusten.

1.2 Het *Cartesio*-arrest

1.2.1 Feiten

Cartesio is in 2004 opgericht als een commanditaire vennootschap naar Hongaars recht met zetel in Hongarije. Zowel de commanditair vennoot als de beherend vennoot zijn Hongaren woonachtig in Hongarije. De vennootschap is onder meer actief op het gebied van human resources. In 2005 dient *Cartesio* bij de regionale Hongaarse rechtbank een verzoek in om de verplaatsing van haar zetel naar Italië te laten vastleggen. In 2006 is dit verzoek

-
- 1 Mr. dr. J.J. van den Broek is universitair hoofddocent Belastingrecht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.
 - 2 HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*) betrof een outbound omzetting.
 - 3 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*) betrof een inbound omzetting.
 - 4 HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (*Polbud Wykonawstwo sp.z o.o.*) betrof een outbound omzetting waarbij slechts de statutaire zetel werd verplaatst.

afgewezen omdat het geldende Hongaarse recht een in Hongarije opgerichte vennootschap niet toestaat om haar zetel naar het buitenland te verplaatsen en daarbij onderworpen te blijven aan het Hongaarse vennootschapsrecht. Cartesio is bij het Hongaarse hof van beroep opgekomen tegen dit besluit. Met een beroep op het arrest *SEVIC Systems* (C411/03), betoogt Cartesio voor de verwijzende rechter dat de Hongaarse wetgeving in strijd is met de vrijheid van vestiging (destijds artikelen 43 EG en 48 EG).

1.2.2 Prejudiciële vragen

Het hof van beroep besluit hierop prejudiciële vragen te stellen. De verwijzende rechter merkt daarbij op, onder verwijzing naar het arrest *Daily Mail* (81/87), dat de vrijheid van vestiging niet meebrengt dat een vennootschap die krachtens de nationale wettelijke regeling van een lidstaat is opgericht en in die lidstaat is geregistreerd, het recht heeft om haar hoofdbestuur en dus haar hoofdvestiging naar een andere lidstaat te verplaatsen en daarbij wel haar rechtspersoonlijkheid en oorspronkelijke nationaliteit te behouden, wanneer de bevoegde autoriteiten zich daartegen verzetten. Volgens de verwijzende rechter heeft de latere rechtspraak van het Hof dit beginsel kunnen nuanceren. Het hof van beroep verwijst daarbij naar de zaken *CaixaBank France* (C442/02), *SEVIC Systems* (C411/03) en naar Verordening (EEG) 2137/85 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV) (PB L 199, blz. 1) en naar Verordening (EG) 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (PB L 294, blz. 1), voor vormen van communautaire ondernemingen die hun zetel of hun vestiging zonder voorafgaande ontbinding naar een andere lidstaat kunnen verplaatsen.

Daarop heeft het Hongaarse hof van beroep aan het Hof van Justitie EU de volgende prejudiciële vragen gesteld (naast enkele formeelrechtelijke vragen):

- “4) a) Wordt het geval van een vennootschap die in Hongarije naar Hongaars vennootschapsrecht is opgericht en in het Hongaarse handelsregister is ingeschreven, die haar zetel wil verplaatsen naar een andere lidstaat van de Europese Unie, beheerst door het gemeenschapsrecht of is, bij gebreke van harmonisatie van de wetgevingen, uitsluitend het nationale recht van toepassing?
- b) Kan een Hongaarse vennootschap rechtstreeks op basis van het gemeenschapsrecht (de artikelen 43 EG en 48 EG) verzoeken om verplaatsing van haar zetel naar een andere lidstaat van de Europese Unie? Zo ja, kan de zetelverplaatsing afhankelijk worden gesteld van enigerlei voorwaarde of toestemming door de lidstaat van herkomst of de lidstaat van ontvangst?

- c) Kunnen de artikelen 43 EG en 48 EG aldus worden uitgelegd, dat nationale regelingen of praktijken die ter zake van de uitoefening van de rechten betreffende handelsvennootschappen onderscheid maken tussen die vennootschappen naargelang van de lidstaat waarin hun zetel zich bevindt, onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht?
- [d] Moeten de artikelen 43 EG en 48 EG aldus worden uitgelegd, dat nationale regelingen of praktijken die eraan in de weg staan dat een vennootschap [van de betrokken lidstaat] haar zetel naar een andere lidstaat van de Europese Unie verplaatst, onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht?"

1.2.3 Oordeel van het Hof van Justitie EU

1.2.3.1 Geen absoluut recht op verplaatsing van de werkelijke zetel

Het Hof van Justitie EU stelt ten eerste vast dat de vierde vraag blijkens de verwijzingsbeslissing niet de verplaatsing van de statutaire zetel van de vennootschap betreft, maar de verplaatsing van haar werkelijke zetel.⁵ Het Hof van Justitie EU vat deze vierde vraag aldus op dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of de vrijheid van vestiging zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die een krachtens het nationale recht van deze lidstaat opgerichte vennootschap belet haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen maar daarbij wel haar hoedanigheid te behouden van vennootschap die valt onder het nationale recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht.⁶ Een dergelijke verplaatsing zou naar Hongaars recht vereisen dat de vennootschap eerst ophoudt te bestaan en vervolgens opnieuw wordt opgericht overeenkomstig het recht van het land op wiens grondgebied zij haar nieuwe zetel wenst te vestigen.⁷

Het Hof van Justitie herinnert aan haar eerdere overwegingen in de zaak *Daily Mail*. Zo bestaat een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel krachtens de nationale wetgeving, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepaalt. Deze wettelijke regelingen

5 HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*), par. 47.

6 HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*), par. 99.

7 HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*), par. 103.

van de lidstaten vertonen aanzienlijke verschillen. Bepaalde lidstaten verlangen dat niet enkel de statutaire zetel, maar ook het feitelijke hoofdkantoor zich op het grondgebied van de betrokken lidstaten bevindt, zodat verplaatsing van het hoofdbestuur naar een ander land veronderstelt dat de vennootschap wordt ontbonden. Volgens de wetgeving van andere lidstaten kunnen vennootschappen hun hoofdbestuur wel naar het buitenland verplaatsen. In het EEG-Verdrag is rekening gehouden met deze verschillen.⁸

Het Hof van Justitie herinnert er ook aan dat het deze overwegingen in het arrest *Überseering* (C208/00) heeft bevestigd en daaruit heeft afgeleid dat de mogelijkheid voor een vennootschap om haar statutaire of werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen zonder haar rechtspersoonlijkheid volgens het recht van de lidstaat van oprichting te verliezen, wordt bepaald door het recht van oprichting. Daaruit volgt dat een lidstaat beperkingen kan stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel van een volgens zijn wettelijke regeling opgerichte vennootschap naar een andere staat opdat deze vennootschap haar rechtspersoonlijkheid volgens het recht van oprichting kan behouden. Dit volgt volgens het Hof van Justitie ook uit de bewoordingen van art. 58 EEG-Verdrag. De vestigingsvrijheid biedt geen oplossing voor deze wettelijke verschillen.⁹ Het Hof van Justitie besluit ten aanzien van de verplaatsing van de feitelijke zetel als volgt:

“109 Overeenkomstig artikel 48 EG, vormt bij het ontbreken in het gemeenschapsrecht van een eenduidige definitie van vennootschappen die aanspraak kunnen maken op het recht van vestiging op basis van één aanknopingscriterium waarmee het op een vennootschap toepasselijke nationale recht wordt bepaald, de vraag of artikel 43 EG van toepassing is op een vennootschap die zich op het in dit artikel verankerde fundamentele recht beroept, net als overigens de vraag of een natuurlijke persoon een onderdaan is van een lidstaat en uit dien hoofde deze vrijheid geniet, dus een voorafgaande vraag waarop bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht enkel in het toepasselijke nationale recht een antwoord kan worden gevonden. Dus enkel wanneer is gebleken dat deze vennootschap, gelet op de voorwaarden van artikel 48 EG, inderdaad recht heeft op vrijheid van vestiging, rijst de vraag of deze vennootschap wordt geconfronteerd met een beperking van deze vrijheid in de zin van artikel 43 EG.

110 Een lidstaat mag dus zowel de aanknopng omschrijven die van een vennootschap vereist is opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht volgens het nationale recht van die lidstaat, en uit dien hoofde het recht van vestiging heeft, als

8 HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*), par. 104-106.

9 HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*), par. 107-108.

de aanknoping die vereist is om deze hoedanigheid naderhand te kunnen handhaven. Deze bevoegdheid omvat de mogelijkheid voor deze lidstaat om een onder zijn nationale recht vallende vennootschap niet toe te staan deze hoedanigheid te behouden wanneer zij zich in een andere lidstaat wenst te herorganiseren door de verplaatsing van haar zetel naar het grondgebied van die lidstaat, en aldus de aanknoping die in het nationale recht van de lidstaat van oprichting is voorzien, verbreekt. (...)

124 Gelet op een en ander moet op de vierde vraag worden geantwoord dat de artikelen 43 EG en 48 EG bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht in die zin moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een regeling van een lidstaat die een krachtens het nationale recht van deze lidstaat opgerichte vennootschap belet om haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsten met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap die valt onder het nationale recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht.”

Met andere woorden, indien een vennootschap als gevolg van de verplaatsing naar het buitenland van haar feitelijke zetel op grond van haar oprichtingsrecht moet worden ontbonden en derhalve haar rechtspersoonlijkheid verliest, kan ze geen aanspraak meer maken op het recht van vestiging. Hieruit volgt dat vennootschappen die onderworpen zijn aan de werkelijke zetelleer onder dergelijke omstandigheden ook niet het recht hebben om hun feitelijke zetel naar een andere EU lidstaat te verplaatsen.

1.2.3.2 Wel het recht op omzetting

Het Hof van Justitie bevestigt dus eenvoudigweg haar oude leer ten aanzien van de verplaatsing van de feitelijke zetel van vennootschappen. Het bijzondere aan het *Cartesio*-arrest is dan ook vooral gelegen in het feit dat het Hof van Justitie spontaan, in een overweging ten overvloede, een uiteenzetting geeft over de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen. Het Hof van Justitie geeft in het *Cartesio*-arrest uitdrukkelijk aan dat een geval van verplaatsing van de zetel van een vennootschap naar een andere lidstaat zonder verandering van het toepasselijke vennootschapsrecht moet worden onderscheiden van het geval van de verplaatsing van een vennootschap naar een andere lidstaat mét verandering van het toepasselijke nationale recht, waarbij de vennootschap wordt omgezet in een vennootschapsvorm die valt onder het nationale recht van de lidstaat waar zij naartoe is verplaatst.¹⁰

10 HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*), par. 111.

“112 In dit laatste geval kan de in punt 110 van het onderhavige arrest genoemde bevoegdheid, die beslist niet een immuniteit van de nationale wetgeving op het gebied van de oprichting en ontbinding van vennootschappen ten aanzien van de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging impliceert, er in het bijzonder geen rechtvaardiging voor vormen dat de lidstaat van oprichting, door de ontbinding en liquidatie van deze vennootschap te vereisen, haar belet zich om te zetten in een vennootschap naar nationaal recht van die andere lidstaat voor zover diens recht dit toestaat.

113 Deze belemmering voor de feitelijke omzetting van een dergelijke vennootschap zonder voorafgaande ontbinding en liquidatie, in een vennootschap volgens het nationale recht van de lidstaat waar zij zich naartoe wenst te verplaatsen, zou wel een beperking van de vrijheid van vestiging van de betrokken vennootschap vormen, welke krachtens artikel 43 EG verboden is, tenzij zij wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (zie in die zin met name arrest CaixaBank France, reeds aangehaald, punten 11 en 17).”

Als het ware uit het niets formuleert het Hof van Justitie een alternatieve mogelijkheid waar *Cartesio* gebruik van zou kunnen maken om met behoud van rechtspersoonlijkheid haar zetel naar Italië te verplaatsen: door middel van een grensoverschrijdende omzetting. Een en ander onder de voorwaarde dat het Italiaanse recht een dergelijke omzetting toestaat. In een dergelijk geval is het Hongarije niet toegestaan haar nationale wetgeving toe te passen, die ontbinding van de vennootschap voorschrijft. Onder omstandigheden kunnen dwingende redenen van algemeen belang een beperking van dit recht op omzetting overigens wel rechtvaardigen. Zo oordeelde het Hof van Justitie in het arrest *Überseering*¹¹ bijvoorbeeld dat de bescherming van belangen van crediteuren, minderheidsaandeelhouders en werknemers onder omstandigheden een beperking kan rechtvaardigen voor het recht om grensoverschrijdend te fuseren. Het ligt voor de hand dat deze belangen ook bij grensoverschrijdende omzettingen onder omstandigheden een rechtvaardigingsgrond kunnen opleveren.

1.2.4 Conclusies uit *Cartesio*

Met het arrest in de *Cartesio*-zaak maakt het Hof van Justitie duidelijk dat vennootschappen uit landen die de werkelijke zetelleer strict hanteren zich doorgaans niet kunnen beroepen op de vestigingsvrijheid met als doel de verplaatsing van hun werkelijke zetel af te dwingen. Daarbij merk ik overigens op dat de mate van strengheid waarmee staten de werkelijke zetelleer hanteren, in het bijzonder de vraag of vennootschappen in geval van

11 HvJ EU 5 november 2002, zaak C-208/00 (*Überseering*), par. 92.

een zetelverplaatsing daadwerkelijk tot ontbinding moeten overgaan¹², in de praktijk sterk verschilt van land tot land.¹³

Het belang van het *Cartesio*-arrest ligt vooral in het feit dat het Hof van Justitie in een overweging ten overvloede verklaart dat vennootschappen het recht hebben om zich grensoverschrijdend om te zetten in een vennootschapsvorm naar het recht van de beoogde EU lidstaat van ontvangst indien deze lidstaat dit toestaat. Vooral voor EU lidstaten die nog geen regeling kenden voor grensoverschrijdende omzettingen vormt dit oordeel een echte doorbraak. De effectiviteit van het recht tot omzetting lijkt echter afhankelijk te zijn van de wetgeving van de lidstaat van ontvangst. Het *Vale*-arrest brengt in dit laatste echter verandering.

1.3 Het *Vale*-arrest

1.3.1 Feiten

VALE Costruzioni Srl, een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Italiaans recht, is in het jaar 2000 opgericht en ingeschreven in het handelsregister in Italië. In 2006 verzoekt deze vennootschap om doorhaling in het handelsregister in Italië, waarbij zij aangeeft haar zetel en haar activiteiten naar Hongarije te willen verplaatsen en haar activiteiten in Italië te willen staken. Aldus geschiedt. Onder het opschrift “Doorhaling en zetelverplaatsing” wordt in het Italiaanse register vermeld dat “de vennootschap naar Hongarije is overgebracht”. De directeur van VALE Costruzioni en een andere natuurlijke persoon keuren enkele maanden later te Rome de statuten goed van VALE Építési Kft, een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Hongaars recht, met het oog op inschrijving in het handelsregister in Hongarije. Bovendien wordt daarbij het kapitaal volgestort voor zover als volgens de Hongaarse wet voor inschrijving van de vennootschap nodig is.¹⁴

In 2007 dient de vertegenwoordiger van VALE Építési bij de rechtbank te Boedapest een verzoek in om inschrijving van de vennootschap volgens Hongaars recht. In het verzoek wordt VALE Costruzioni genoemd als

12 EFTA Court 28 november 2011, zaak E-15/11 (*Arcade Drilling AS*) betrof bijvoorbeeld een Noorse vennootschap die haar werkelijke zetel had verplaatst vanuit Noorwegen naar het Verenigd Koninkrijk. Het was echter onduidelijk of Noorwegen de werkelijke zetelleer hanteerde. In de praktijk was de vennootschap 10 jaar na zetelverplaatsing (nog steeds) niet gedwongen om in liquidatie te treden.

13 Van den Broek (2014), p. 9-11.

14 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*), par. 9-10.

rechtsvoorgangster van VALE Építési. De rechtbank te Boedapest wijst dit verzoek om inschrijving echter af. In tweede aanleg bevestigt het regionale hof te Boedapest, waarbij VALE Építési beroep heeft ingesteld, deze afwijzingsbeschikking. Volgens dit hof kan een in Italië opgerichte en ingeschreven vennootschap gezien de in Hongarije geldende voorschriften voor vennootschappen niet haar zetel naar Hongarije verplaatsen en zich daar in de aangevraagde vorm in het handelsregister laten inschrijven. Volgens die rechter kunnen naar toepasselijk Hongaars recht in het handelsregister alleen de gegevens worden opgenomen die specifiek worden opgesomd in de Hongaarse wetgeving. Derhalve is het niet mogelijk om als rechtsvoorgangster een niet-Hongaarse vennootschap te doen vastleggen, terwijl Hongaarse rechtsvoorgangsters wel vermeld zouden kunnen worden.¹⁵ VALE Építési stelt daarop cassatieberoep in bij het Hongaarse hooggerechtshof en vordert dat de afwijzingsbeschikking wordt vernietigd en haar inschrijving in het handelsregister wordt gelast, een en ander met een beroep op de vrijheid van vestiging en verwijzend naar het oordeel van het Hof van Justitie in de zaak *Cartesio*.¹⁶

1.3.2 Prejudiciële vragen

Het Hongaarse hooggerechtshof besluit hierop prejudiciële vragen te stellen. Het hooggerechtshof merkt op dat de aangevraagde verplaatsing van de zetel van een vennootschap die valt onder het recht van een andere lidstaat, in casu de Italiaanse Republiek, met een heroprichting van de vennootschap naar Hongaars recht en vermelding van de Italiaanse rechtsvoorgangster, naar Hongaars recht niet kan worden aanvaard als een omzetting, aangezien de nationale bepalingen inzake omzetting slechts op interne Hongaarse situaties van toepassing zijn. De verwijzende rechter merkt daarbij op dat er in casu sprake is van de verplaatsing van de zetel van een vennootschap met verandering van het toepasselijke nationale recht en handhaving van de rechtspersoonlijkheid, dat wil zeggen van een grensoverschrijdende omzetting.¹⁷ Daarop heeft het Hongaarse hooggerechtshof aan het Hof van Justitie EU de volgende prejudiciële vragen gesteld – naast enkele formeelrechtelijke vragen die ik in deze bijdrage buiten beschouwing laat:¹⁸

15 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*), par. 42.

16 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*), par. 11-13, 42.

17 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*), par. 15.

18 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*), par. 16.

- “1) Is de lidstaat van ontvangst verplicht tot inachtneming van de artikelen [49 VWEU en 54 VWEU] wanneer een in een andere lidstaat (de lidstaat van oorsprong) opgerichte vennootschap haar maatschappelijke zetel verplaatst naar de lidstaat van ontvangst en tegelijkertijd daartoe haar inschrijving in het handelsregister van de lidstaat van oorsprong laat doorhalen, de vennoten van de vennootschap een nieuwe oprichtingsakte opstellen in overeenstemming met het recht van de lidstaat van ontvangst en de vennootschap verzoekt om inschrijving in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst in overeenstemming met het recht van die lidstaat?
- 2) Ingeval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: moeten in het hierboven beschreven geval de artikelen [49 VWEU en 54 VWEU] aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een regeling of praktijk van een lidstaat (de lidstaat van ontvangst) die een in ongeacht welke andere lidstaat (de lidstaat van oorsprong) wettig opgerichte vennootschap belet om haar maatschappelijke zetel te verplaatsen naar de lidstaat van ontvangst en aldaar haar activiteiten voort te zetten in overeenstemming met het recht van laatstgenoemde lidstaat?
- 3) Is het voor het antwoord op de tweede vraag van belang om welke reden de lidstaat van ontvangst de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister weigert, in concreto:
 - dat de vennootschap in de de lidstaat van ontvangst opgestelde oprichtingsakte als rechtsvoorgangster de in de lidstaat van oorsprong opgerichte vennootschap heeft doen vermelden waarvan de inschrijving in het handelsregister is doorgehaald, en verzoekt om inschrijving van die vennootschap als haar rechtsvoorgangster in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst?
 - Is de lidstaat van ontvangst in het geval van een intracommunautaire internationale omzetting verplicht om voor de beslissing op het verzoek om inschrijving van de vennootschap in het handelsregister rekening te houden met de handeling waarmee de lidstaat van oorsprong de verplaatsing van de zetel in zijn handelsregister heeft ingeschreven, en, zo ja, in welke mate?
- 4) Mag de lidstaat van ontvangst met toepassing van zijn vennootschapsrechtelijke bepalingen betreffende de omzetting van vennootschappen op nationaal niveau, beslissen op het verzoek om inschrijving in zijn handelsregister, dat is gedaan door een vennootschap die een intracommunautaire internationale omzetting verricht, en daarbij van die vennootschap verlangen dat zij voldoet aan alle vereisten die zijn vennootschapsrecht voor nationale omzettingen stelt (bijvoorbeeld het opstellen van een balans en een inventaris van de activa), of is hij daarentegen op grond van de artikelen [49 VWEU en 54 VWEU] verplicht om onderscheid te maken tussen intracommunautaire internationale omzettingen en nationale omzettingen, en, zo ja, in welke mate?”

Op deze plaats merk ik op dat uit diverse overwegingen van het arrest van het Hof van Justitie volgt dat binnenlandse omzettingen naar Hongaars recht wel mogelijk zijn. Daarmee is deze zaak wat dit aspect betreft vergelijkbaar met de *SEVIC*-zaak, waarin het Duitse handelsregister weigerde een grensoverschrijdende inbound juridische fusie te erkennen terwijl binnenlandse juridische fusies in Duitsland wel waren toegestaan.

1.3.3 Oordeel van het Hof van Justitie EU

1.3.3.1 Het recht op inbound omzetting

Het Hof van Justitie vat de eerste twee vragen aldus op dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of de Europese vestigingsvrijheid zich verzet tegen een nationale regeling die, terwijl zij bepaalt dat vennootschappen naar binnenlands recht mogen worden omgezet,¹⁹ niet toestaat dat een vennootschap die onder het recht van een andere lidstaat valt, wordt omgezet in een vennootschap naar nationaal recht door een dergelijke vennootschap op te richten.²⁰

Om te beginnen herinnert het Hof van Justitie eraan dat het in punt 19 van het arrest *SEVIC Systems* (C411/03), heeft geoordeeld dat omzettingen van vennootschappen in beginsel behoren tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen. Daar doet niet aan af het feit dat de omzetting in de zaak *Vale* leidt tot de oprichting van een vennootschap in de lidstaat van ontvangst.²¹ Het Hof vervolgt:

“30 Overeenkomstig deze vaste rechtspraak zij erop gewezen dat de eventuele verplichting krachtens de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU om een grensoverschrijdende omzetting toe te staan, niet afdoet aan de in het vorige punt van het onderhavige arrest genoemde mogelijkheid voor de lidstaat van ontvangst en de vaststelling door deze lidstaat van de voorschriften voor de oprichting en de werking van de uit een grensoverschrijdende omzetting ontstane vennootschap. (...)

32 Hieruit blijkt dat de uitdrukking “voor zover diens recht dit toestaat” aan het einde van punt 112 van het reeds aangehaalde arrest *Cartesio*, niet aldus mag worden uitgelegd dat zij erop is gericht de wettelijke regeling van de lidstaat van ontvangst inzake de omzetting van vennootschappen onmiddellijk buiten de

19 Het Hof van Justitie gaat er vanuit dat binnenlandse omzettingen in Hongarije mogelijk zijn. Dit volgt ook uit onder meer uit HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*), par. 33, 36, 46.

20 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*), par. 23.

21 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*), par. 24-26.