

# Het Vale-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting

Auteur: Mr. E.R. Roelofs, Docent en promovendus Universiteit Utrecht. (e.r.roelofs@hetnet.nl)  
Rubriek: Artikel  
Publicatie: WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie  
Editie: 2012, 6950  
Publicatiedatum: 10-11-2012  
Uitgever: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

## 1. Inleiding

Op 12 juli 2012 heeft het hof van Justitie van de EU (hierna: 'het hof') uitspraak gedaan in het 'Vale-arrest'.<sup>1</sup> In dit arrest bepaalde het hof - kort samengevat - dat een lidstaat van de EU een grensoverschrijdende inbound-omzetting (de grensoverschrijdende omzetting waarbij een vennootschap 'inreist' in een lidstaat) niet zonder meer kan belemmeren. Het Vale-arrest is een belangrijke nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings binnen de EU, met name wat betreft grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen.

Op basis van het in 2005 door het hof gewezen Sevic-arrest<sup>2</sup> - waarin een grensoverschrijdende fusie centraal stond - werd in de literatuur reeds beargumenteerd dat grensoverschrijdende omzetting, de rechtshandeling waarbij een vennootschap welke wordt beheerst door het recht van een lidstaat wordt omgezet in een vennootschap beheerst door het recht van een andere lidstaat, valt onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging, zoals destijds neergelegd in art. 43 en 45 VEG (thans: art. 49 en 54 VWEU).<sup>3</sup>

In het Cartesio-arrest<sup>4</sup> stelde het hof de grensoverschrijdende omzetting aan de orde. Hoewel de prejudiciële vragen in het Cartesio-arrest eigenlijk gingen over de vraag of een Hongaarse vennootschap *zonder* wijziging van het op die vennootschap toepasselijke recht - de *lex societatis* - haar zetel kon verplaatsen van Hongarije naar Italië - welke vraag door het hof ontkennend werd beantwoord, omdat de vrijheid van vestiging niet het recht geeft op verplaatsing van de zetel -, gaf het hof in een extra overweging ten overvloede aan dat een zetelverplaatsing *met wijziging* van de *lex societatis*, waarbij de vennootschap wordt omgezet in een vennootschapsvorm die valt onder het nationale recht van de lidstaat waar de zetel naar toe is verplaatst, wel onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt,<sup>5</sup> voor zover het recht van die laatste lidstaat dit - namelijk: grensoverschrijdende omzetting - toestaat.<sup>6</sup>

Uit het Cartesio-arrest blijkt ondubbelzinnig dat een outbound-grensoverschrijdende omzetting (de grensoverschrijdende omzetting waarbij een vennootschap 'uitreist' uit een lidstaat) mogelijk is, mits de vennootschap wordt omgezet in een rechtsvorm van een lidstaat die inbound-grensoverschrijdende omzetting toestaat. De mogelijkheid tot 'inreizen' werd gezien als een *conditio sine qua non* voor het uitvoeren van een grensoverschrijdende omzetting. In de praktijk werd uitgegaan van het standpunt dat de mogelijkheid tot inbound-grensoverschrijdende omzetting kan blijken uit een wettelijke regeling tot inbound-grensoverschrijdende omzetting, dan wel een praktijk in een lidstaat die erin bestaat inbound-grensoverschrijdende omzetting toe te staan. Tevens is in de literatuur beargumenteerd dat de mogelijkheid tot inreizen bestaat op basis van de vrijheid van vestiging en het Sevic-arrest.<sup>7</sup>

De prejudiciële vragen in het Vale-arrest gaan over de mogelijkheid tot inbound-grensoverschrijdende omzetting en vormt daarmee een aanvulling op het Cartesio-arrest. In dit artikel zal het Vale-arrest centraal staan. Allereerst zal ik de casus en het verloop van het geding uiteenzetten in par. 2, gevolgd door de prejudiciële vragen in par. 3 en de antwoorden op de prejudiciële vragen in par. 4. In par. 5 zal ik aangeven wat de gevolgen van het Vale-arrest zijn voor de Nederlandse rechtspraak, gevolgd door conclusies in par. 6.

## 2. Casus en verloop van het geding

De prejudiciële vragen in het Vale-arrest gaan over de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een door Italiaans recht beheerste vennootschap naar Hongarije.<sup>8</sup> Bij deze zetelverplaatsing wilde de door Italiaans recht beheerste vennootschap, Vale Costruzioni Srl (hierna: Vale Costruzioni), haar *lex societatis* wijzigen van

Italiaans recht in Hongaars recht en zich omzetten van een door Italiaans recht beheerste vennootschap in een door Hongaars recht beheerste vennootschap.

Vale Costruzioni heeft op 3 februari 2006 verzocht om doorhaling in het handelsregister te Rome, waarbij zij aangaf haar zetel en haar activiteiten naar Hongarije te willen verplaatsen en haar activiteiten in Italië te willen staken. Overeenkomstig dit verzoek heeft het handelsregister Vale Costruzioni op 13 februari 2006 in het handelsregister doorgehaald. Hierbij is vermeld dat 'de vennootschap naar Hongarije is overgebracht'. In het kader van de zetelverplaatsing naar Hongarije zijn op 14 november 2006 de statuten goedgekeurd van Vale Építési kft (hierna: Vale Építési). Tevens werd het kapitaal volgestort ter voldoening aan de eisen van minimumkapitaal in Hongarije.

Vale Építési heeft vervolgens op 19 januari 2007 verzocht om inschrijving bij de rechtbank te Boedapest, Vale Costruzioni werd hierbij genoemd als rechtsvoorganger van Vale Építési. Het verzoek tot inschrijving werd afgewezen. Het regionale hof te Boedapest, waar Vale Építési beroep had ingesteld, bevestigde deze afwijzing.

Het regionale hof beargumenteerde de afwijzing met de stelling dat een in Italië opgerichte en ingeschreven vennootschap gezien de in Hongarije geldende voorschriften voor vennootschappen niet haar zetel naar Hongarije kon verplaatsen en zich daar in de gevraagde rechtsvorm in het handelsregister kon laten inschrijven. Volgens het regionale hof kunnen naar toepasselijk Hongaars recht in het handelsregister alleen de gegevens worden opgenomen die zijn opgesomd in de art. 24 tot en met 29 van wet nr. V van 2006 - de Hongaarse wet inzake de openbaarmaking van gegevens van ondernemingen, de gerechtelijke procedure van inschrijving van ondernemingen en de vrijwillige ontbinding en vereffening -. Op basis van deze bepalingen achtte het regionale hof het niet mogelijk een niet-Hongaarse vennootschap als rechtsvoorganger vast te leggen in het Hongaarse handelsregister.

Vale Építési stelde tegen deze afwijzingsbeschikking cassatieberoep in bij het hooggerechtshof. Vale Építési vorderde vernietiging van de afwijzingsbeschikking en inschrijving in het handelsregister. Bovendien betoogde Vale Építési dat de weigering tot inschrijving in strijd was met de vrijheid van vestiging, zoals neergelegd in de art. 49 en 54 VWEU. Vale Építési was van mening dat de beschikking voorbijging aan het wezenlijke onderscheid tussen 'internationale verplaatsing van de zetel van een vennootschap zonder wijziging van het toepasselijke nationale recht' en de 'internationale omzetting van een vennootschap'.<sup>9</sup> In het Cartesio-arrest maakte het hof immers tussen deze twee gevallen een duidelijk onderscheid.<sup>10</sup>

Het hooggerechtshof merkte op dat de verplaatsing van Vale Építési van Italië naar Hongarije naar Hongaars recht niet wordt gezien als een omzetting, omdat de nationale bepalingen van het Hongaarse recht slechts zien op interne, nationale omzettingen en niet op grensoverschrijdende omzettingen. Het hooggerechtshof vroeg zich af of deze wettelijke regeling van Hongaars recht in strijd was met de vrijheid van vestiging. Hierbij constateerde het hooggerechtshof dat de ter discussie staande zetelverplaatsing van Vale Építési naar Hongarije een andere zaak betrof dan de zetelverplaatsing van Cartesio. Cartesio wilde immers haar zetel verplaatsen van Hongarije naar Italië zonder wijziging van de lex societatis, terwijl Vale Costruzioni nu juist wel de lex societatis wilde wijzigen. De vraag of de weigering tot inschrijving van Vale Építési in het Hongaarse handelsregister - vanwege het feit dat de Hongaarse wetgeving slechts zou zien op nationale omzetting en niet op grensoverschrijdende omzetting - in strijd was met de vrijheid van vestiging, heeft geleid tot het stellen van vier prejudiciële vragen door het hooggerechtshof aan het Hof van Justitie van de EU op 17 juni 2010.

### **3. Prejudiciële vragen aan het HvJ EU**

#### **3.1. De eerste en tweede prejudiciële vraag**

De eerste en de tweede prejudiciële vraag betreffen de werking van de vrijheid van vestiging en of de lidstaat van ontvangst verplicht is tot inachtneming van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen zoals neergelegd in art. 49 en 54 VWEU bij een inbound-grensoverschrijdende omzetting. Indien deze vraag positief moet worden beantwoord, is de vraag of de vrijheid van vestiging zo moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een regeling of praktijk van de lidstaat van ontvangst op basis waarvan een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap haar zetel niet kan verplaatsen naar de lidstaat van ontvangst en de activiteiten voort

te zetten in overeenstemming met het recht van de lidstaat van ontvangst.

### **3.2. De derde en vierde prejudiciële vraag**

De derde prejudiciële vraag gaat over de eventuele weigeringsgronden die een lidstaat van ontvangst kan hanteren bij de inschrijving van een vennootschap waarvan een grensoverschrijdende omzetting gewenst is. De verwijzende rechter vraagt of het bij de weigering van belang is dat de vennootschap in de in de lidstaat van ontvangst opgestelde oprichtingsakte als rechtsvoorgangster de in de lidstaat van oorsprong opgerichte vennootschap heeft doen vermelden - van welke vennootschap 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. Voorts vraagt de verwijzende rechter of de lidstaat van ontvangst bij een grensoverschrijdende omzetting verplicht is om bij het verzoek tot inschrijving rekening te houden met de handeling waarmee de lidstaat van oorsprong de verplaatsing van de zetel in zijn handelsregister heeft ingeschreven.

De vierde prejudiciële vraag betreft de kwestie of de lidstaat van ontvangst bij de beslissing tot inschrijving van de grensoverschrijdend omgezette vennootschap de nationale bepalingen betreffende omzetting van vennootschappen mag toepassen en daarbij mag verlangen dat de vennootschap die grensoverschrijdend is omgezet voldoet aan alle vereisten die worden gesteld voor nationale omzettingen krachtens het recht van de lidstaat van ontvangst. Voorts vraagt de verwijzende rechter of de lidstaat van ontvangst verplicht is om met inachtneming van de vrijheid van vestiging een onderscheid te maken tussen intracommunautaire internationale omzettingen en nationale omzettingen.

## **4. De antwoorden op de prejudiciële vragen**

### **4.1. De antwoorden op de eerste en de tweede prejudiciële vraag**

Met de eerste twee prejudiciële vragen wenst de Hongaarse rechter te vernemen of de vrijheid van vestiging zich verzet tegen een *nationale regeling* van een lidstaat welke ziet op *nationale omzetting*, maar niet *grensoverschrijdende omzetting* toestaat van een vennootschap - die ressorteert onder het recht van een andere lidstaat - in een vennootschap die ressorteert onder het recht van de lidstaat van ontvangst.<sup>11</sup> Het hof gebruikt in overweging 23 de woorden 'door een dergelijke vennootschap op te richten'. De 'oprichting' van een vennootschap impliceert dat een nieuwe vennootschap wordt opgericht, terwijl bij een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap in de meeste gevallen juist geen sprake is van een oprichting - althans niet een oprichting *ex nihilo* - maar sprake is van continuïteit van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap en slechts het toepasselijk recht op de vennootschap, de *lex societatis*, wijzigt. In overweging 26 neemt het hof overigens in duidelijke bewoordingen afstand van de stelling van enkele lidstaten dat een grensoverschrijdende omzetting leidt tot de oprichting van een nieuwe vennootschap.

#### **4.1.1. Inbound-grensoverschrijdende omzetting valt ook onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging**

Bij de bepaling of een nationale regeling inzake omzetting van vennootschappen binnen de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt, memoreert het hof hetgeen het eerder heeft geoordeeld in het Sevic-arrest. In het Sevic-arrest oordeelde het hof dat 'omzettingen van vennootschappen' in beginsel behoren tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen.<sup>12</sup> In het verleden is al gepleit voor een ruime uitleg van het begrip 'omzettingen'.<sup>13</sup> Interessant is dat Hongarije, Duitsland, Ierland en het Verenigd Koninkrijk voorafgaande aan het Vale-arrest hebben betoogd dat een regeling omtrent omzetting *niet* onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt, omdat een grensoverschrijdende omzetting, anders dan een grensoverschrijdende fusie (welke in het Sevic-arrest ter discussie stond), zou leiden tot 'oprichting' van een vennootschap in de lidstaat van ontvangst. Het hof onderschrijft deze visie echter niet.<sup>14</sup>

Het hof verduidelijkt in overweging 32 van het Vale-arrest overweging 112 van het Cartesio-arrest. De woorden 'voor zover diens recht dit - namelijk: grensoverschrijdende omzetting - toestaat', die het hof gebruikte in het kader van een grensoverschrijdende omzetting in overweging 112, mogen volgens het hof niet zo worden uitgelegd dat de wettelijke regeling omtrent omzetting van de lidstaat van ontvangst buiten de werking van de vrijheid van vestiging valt. Met andere woorden: ook wat betreft het 'inreizen' van vennootschappen door middel van een grensoverschrijdende omzetting geldt de vrijheid van vestiging onverkort. Het hof heeft de woorden 'voor zover diens recht dit toestaat' in het Cartesio-arrest slechts opgenomen om aan te geven dat een vennootschap na een grensoverschrijdende omzetting slechts bestaat krachtens de toepasselijke nationale wetgeving van de lidstaat van ontvangst.<sup>15</sup> Dat betekent dat ook de locatie van de statutaire zetel en de

werkelijke zetel na de grensoverschrijdende omzetting moet voldoen aan de eisen van het recht van de lidstaat van ontvangst. Een verplaatsing van louter de statutaire zetel naar een lidstaat die de leer van de werkelijke zetel hanteert, zoals Luxemburg, kan geen grensoverschrijdende omzetting inhouden in een rechtsvorm beheerst door Luxemburgs recht. Voor een perfecte grensoverschrijdende omzetting in een door Luxemburgs recht beheerste vennootschap zal, wegens de in Luxemburg gehanteerde leer van de werkelijke zetel, tevens de werkelijke zetel naar Luxemburg moeten worden verplaatst.

De vrijheid van vestiging geldt ten aanzien van een nationale regeling die ziet op omzetting van vennootschappen. Indien krachtens een regeling van een lidstaat omzetting van vennootschappen mogelijk is, dan kan die regeling niet worden voorbehouden voor interne situaties, maar geldt die ook voor grensoverschrijdende situaties. Met deze overwegingen zet het hof de deur open naar een inbound-grensoverschrijdende omzetting. Een nationale regeling die alleen kan worden toegepast bij omzetting in interne, nationale situaties, schept een verschil in behandeling tussen vennootschappen bij interne, nationale omzettingen enerzijds en grensoverschrijdende omzettingen anderzijds. Die verschillende behandeling kan een vennootschap in een andere lidstaat ervan weerhouden de vrijheid van vestiging uit te oefenen.<sup>16</sup>

Het ontbreken van regels van afgeleid unierecht, zoals implementatiewetgevingen van de lidstaten van de nog niet ingediende - maar wellicht toekomstige - richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing/grensoverschrijdende omzetting,<sup>17</sup>

is geen rechtvaardiging voor een verschil in behandeling tussen nationale en grensoverschrijdende omzettingen, ook al kan het ontbreken van die regelingen tot verschillende problemen leiden bij de uitvoering van een grensoverschrijdende omzetting. Het bestaan van regels van (geharmoniseerd) unierecht is geen voorwaarde voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging. Het hof heeft hetzelfde overwogen in het Sevic-arrest<sup>18</sup> en ook op basis van het Cartesio-arrest werd in de literatuur aangenomen dat outbound-grensoverschrijdende omzetting mogelijk was, ook al voorzag het recht van de lidstaat van oorsprong niet in een specifiek daarvoor ontworpen regeling.<sup>19</sup>

Het hof laat bij grensoverschrijdende omzetting wel ruimte voor de 'klassieke' beperkingen op de vrijheid van vestiging, zoals wanneer sprake is van dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders, werknemers en de waarborging van de doeltreffendheid van fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties. In de Vale-zaak was van een gerechtvaardigde beperking op de vrijheid van vestiging op deze gronden geen sprake, aangezien krachtens het Hongaarse recht inschrijving van een grensoverschrijdend om te zetten vennootschap in het algemeen geweigerd werd, zelfs wanneer de belangen van de hiervoor genoemde 'stakeholders' niet werden bedreigd.

#### *4.1.2. De leer van de werkelijke zetel en de incorporatieleer staan op gelijke voet*

Het hof memoreert nog eens dat de leer van de werkelijke zetel en de incorporatieleer binnen de Europese Unie op gelijke voet naast elkaar staan.<sup>20</sup> Dat heeft het hof ook al geconcludeerd in het Daily Mail-arrest<sup>21</sup> en het Cartesio-arrest.<sup>22</sup> Een lidstaat mag zowel de aanknoping (op basis van de statutaire zetel, op basis van het hoofdbestuur of op basis van beide) voorschrijven voor een vennootschap zodat deze kan worden geacht te zijn *opgericht* naar het recht van een lidstaat, als de aanknoping die vereist is om die hoedanigheid naderhand te kunnen *handhaven*.<sup>23</sup> De eventuele verplichting voor een lidstaat een grensoverschrijdende omzetting - inclusief de daarbij gepaard gaande verplaatsing van de statutaire zetel en eventueel werkelijke zetel / hoofdbestuur - toe te staan doet niet af aan de mogelijkheid dat een lidstaat de incorporatieleer, dan wel de leer van de werkelijke zetel hanteert voor vennootschappen die worden beheerst door het recht van die lidstaat.<sup>24</sup> Na het van kracht worden van een grensoverschrijdende omzetting is het recht van de lidstaat van ontvangst van toepassing op de vennootschap en dat recht regelt het vereiste aanknopingspunt.<sup>25</sup>

#### **4.2. Het antwoord op de derde en vierde prejudiciële vraag**

Bij de beantwoording van de derde en de vierde vraag merkt het hof op dat, nu er nog geen regels zijn omtrent grensoverschrijdende omzetting op het niveau van de Europese Unie - zoals een richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing/ grensoverschrijdende omzetting, de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting slechts kunnen worden gevonden in het nationale recht van de lidstaat van oorsprong en het nationale recht van de lidstaat van ontvangst<sup>26</sup> en dat bij een grensoverschrijdende omzetting sprake is van een opeenvolgende toepassing van twee nationale rechtsstelsels.<sup>27</sup>

De regels van nationaal recht zullen ook bij een grensoverschrijdende omzetting moeten worden toegepast, maar die toepassing zal bij een grensoverschrijdende omzetting wel de toets van de vrijheid van vestiging moeten doorstaan en voor zover die regels in strijd zijn met de vrijheid van vestiging buiten toepassing moeten blijven.<sup>28</sup> Een grensoverschrijdende omzetting mag voor het overige niet anders worden behandeld dan een nationale omzetting. Inzake de inschrijving van Vale Építési kon het Hongaarse handelsregister eisen dat een balans van de vennootschap werd opgemaakt, alsmede een inventaris van de activa, nu dit ook voor nationale omzettingen werd voorgeschreven. De weigering Vale Costruzioni als rechtsvoorgangster van Vale Építési in te schrijven, terwijl het naar Hongaars recht wel mogelijk is een Hongaarse vennootschap als rechtsvoorgangster in te schrijven, kan de toets van de vrijheid van vestiging niet doorstaan.<sup>29</sup> Het hof memoreert ook nog eens dat als de wettelijke regeling van een lidstaat juridische en economische continuïteit voorschrijft tussen de rechtsvoorgangster en rechtsopvolger, dit vereiste ook geldt bij een grensoverschrijdende omzetting.

Wat betreft het tweede gedeelte van de derde prejudiciële vraag - namelijk: in hoeverre de lidstaat van ontvangst rekening moet houden met documenten afkomstig van autoriteiten van de lidstaat van oorsprong - oordeelt het hof dat de inschrijvingsprocedure wordt beheerst door het recht van de lidstaat van ontvangst. Het recht van de lidstaat van ontvangst bepaalt tevens welke gegevens afkomstig van autoriteiten uit de lidstaat van oorsprong de vennootschap in de lidstaat van ontvangst moet overleggen.<sup>30</sup> Niettemin kan een *algemene weigering* van de lidstaat van ontvangst tijdens de inschrijvings-procedure rekening houden met de van de autoriteiten van de lidstaat van oorsprong afkomstige documenten het de vennootschap waarvan grensoverschrijdende omzetting gewenst is onmogelijk maken aan te tonen dat zij zich werkelijk heeft aangepast aan de voorwaarden van de lidstaat van oorsprong en aldus de uitvoering van de door haar begonnen grensoverschrijdende omzetting in gevaar brengen. Het hof heeft daarom beslist dat, ook al bepaalt het recht van de lidstaat van ontvangst welke gegevens uit de lidstaat van oorsprong moeten worden overgelegd, de lidstaat van ontvangst ten minste rekening moet houden met de documenten afkomstig uit de lidstaat van oorsprong.<sup>31</sup>

## **5. De gevolgen van het Vale-arrest voor de Nederlandse rechtspraak**

Het Vale-arrest heeft vergaande gevolgen voor de Nederlandse rechtspraak. Uit het Vale-arrest blijkt duidelijk dat ook inbound-grensoverschrijdende omzetting onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt. De vrijheid van vestiging werkt dus twee kanten op: zowel voor het 'uitreizen' als voor het 'inreizen' van vennootschappen. Hierdoor is de mobiliteit van vennootschappen binnen de EU vergroot.

Door de werking van de vrijheid van vestiging, zoals uitgelegd in het Vale-arrest, kunnen lidstaten, indien hun wetgevingen voorzien in een regeling tot omzetting, die regeling niet voorbehouden aan vennootschappen die worden beheerst door het recht van die eigen lidstaat. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende omzetting wordt positief beantwoord en kan slechts negatief beantwoord worden indien sprake is van één van de 'klassieke' beperkingen op de vrijheid van vestiging.<sup>32</sup> Het gevolg van de overwegingen in het Vale-arrest is dat autoriteiten in de lidstaten, zoals het handelsregister, een notaris of rechter, medewerking zal moeten verlenen aan een grensoverschrijdende omzetting. Wordt die medewerking geweigerd, dan houdt dat een afwijkende behandeling in van grensoverschrijdende omzetting ten opzichte van nationale omzetting, welke andere behandeling in strijd is met de vrijheid van vestiging. Of bij een inbound-grensoverschrijdende omzetting vanuit Nederlands perspectief ruimte is voor één van de 'klassieke' beperkingen op de vrijheid van vestiging, valt naar mijn mening te betwijfelen. De bescherming van belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers en de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handels transacties wordt voornamelijk, zo niet uitsluitend beheerst door het recht van de lidstaat van oorsprong. Dat principe geldt ook bij grensoverschrijdende fusie, waar de bescherming van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers vanuit Nederlands perspectief slechts geldt bij outbound-grensoverschrijdende fusies en is geregeld in de art. 2:316 BW, 2:333h BW en art. 2:333k BW.

Nu de toelaatbaarheidsvraag naar grensoverschrijdende omzetting positief wordt beantwoord en autoriteiten in de lidstaten medewerking zullen moeten verlenen aan een grensoverschrijdende omzetting, komt de vraag op door welk recht de procedure tot grensoverschrijdende omzetting wordt beheerst. Het hof heeft overwogen dat de uitvoering van de grensoverschrijdende omzetting afhangt van het nationale recht van de lidstaten, welke rechtsstelsels in ieder geval geen afbreuk kunnen doen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de art. 49 en 54 VWEU<sup>33</sup> en dat na de grensoverschrijdende omzetting de vennootschap wordt beheerst door het recht van de lidstaat van ontvangst.<sup>34</sup> De grensoverschrijdend omgezette vennootschap zal na de grensoverschrijdende omzetting moeten voldoen aan alle vereisten van het recht van de lidstaat van ontvangst, zoals de vereisten ten



aanzien van het minimum-kapitaal en de locatie van de statutaire zetel en het hoofdbestuur. Het hof gaat uit van een opeenvolgende toepassing van de rechtsstelsels op de vennootschap.

Wat betreft de procedure tot grensoverschrijdende omzetting heeft het hof in overweging 43 opgemerkt dat de bepalingen op grond waarvan een grensoverschrijdende omzetting mogelijk is zich bevinden in het recht van de lidstaat van oorsprong en in het recht van de lidstaat van ontvangst. Vooropgesteld moet worden dat zowel naar het recht van de lidstaat van oorsprong als naar het recht van de lidstaat van ontvangst nationale omzetting mogelijk moet zijn. De grensoverschrijdende omzetting houdt in dat geval een wijziging in van het op de vennootschap toepasselijke recht. Indien de wetgeving van een lidstaat bij omzetting een juridische en economische continuïteit vereist, zoals in het Nederlandse recht het behoud van rechtspersoonlijkheid - zoals opgenomen in art. 2:18 lid 8 BW -, zal dat vereiste ook gelden bij een inbound-grensoverschrijdende omzetting in een Nederlandse rechtsvorm.

De vraag is vervolgens wat de rol is van de autoriteiten in Nederland bij een inbound-grensoverschrijdende omzetting, namelijk de notaris en het handelsregister. Uit het Vale-arrest blijkt dat de autoriteiten in ieder geval rekening moeten houden met documenten afkomstig van autoriteiten uit de lidstaat van oorsprong. Hierbij kan gedacht worden aan een attest van een notaris of rechter waaruit blijkt dat voorafgaande aan de grensoverschrijdende omzetting in de lidstaat van oorsprong voldaan is aan alle formaliteiten. Daarnaast zal het handelsregister bij een grensoverschrijdende omzetting niet kunnen weigeren de rechtsvoorgangster van de omgezette vennootschap in te schrijven.

De vraag is vervolgens welke taken de autoriteiten in Nederland nog moeten verrichten om de grensoverschrijdende omzetting perfect te laten zijn. Zoals het hof heeft opgemerkt, wordt de procedure tot grensoverschrijdende omzetting beheerst door zowel het recht van de lidstaat van oorsprong als het recht van de lidstaat van ontvangst. Naar mijn mening heeft dit tot gevolg dat tot het moment van het van kracht worden van de grensoverschrijdende omzetting de procedure tot grensoverschrijdende omzetting grotendeels wordt beheerst door het recht van de lidstaat van oorsprong. Tot dat moment wordt de vennootschap immers beheerst door het recht van deze staat. Onder dit gedeelte van de procedure kunnen bijvoorbeeld de besluitvorming tot grensoverschrijdende omzetting en verklaringen van de autoriteit in de lidstaat van oorsprong geschaard worden. De notariële akte van omzetting als bedoeld in art. 2:18 lid 2 sub c BW, welke akte tevens de nieuwe statuten van de vennootschap bevat zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de grensoverschrijdende omzetting, zou bij een - vanuit Nederlands perspectief - inbound-grensoverschrijdende omzetting moeten worden verleden ten overstaan van een Nederlandse notaris. Dat vereiste geldt voor nationale omzetting en geldt op basis van rechtsoverweging 52 van het Vale-arrest ook voor grensoverschrijdende omzetting. Bovendien kan een door Nederlands recht beheerste rechtspersoon immers niet ontstaan en bestaan indien een door een notaris ondertekende akte ontbreekt (art. 2:4 lid 1 BW). Wanneer de vennootschap zich omzet in een NV, zal tevens aan de akte van omzetting een verklaring van een accountant moeten worden gehecht waaruit blijkt dat het eigen vermogen van de vennootschap op een dag binnen vijf maanden voor de omzetting ten minste overeenkwam met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal (art. 2:72 lid 1 BW). De inbound-grensoverschrijdende omzetting wordt vervolgens van kracht per het moment van het verlijden van de akte van omzetting. De omgezette rechtspersoon kan opgave doen van de grensoverschrijdende omzetting ter inschrijving in het handelsregister (art. 2:18 lid 7 BW).

## **6. Conclusie**

Met het Vale-arrest is duidelijk geworden dat niet alleen outbound-grensoverschrijdende omzetting onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt - zoals reeds duidelijk is gebleken uit het Cartesio-arrest - maar ook inbound-grensoverschrijdende omzetting. Door de overwegingen uit het Vale-arrest is de mobiliteit van vennootschappen binnen de lidstaten van de EU toegenomen. Uit het Vale-arrest is tevens duidelijk geworden dat de verplaatsing van de statutaire zetel van een vennootschap mogelijk is, echter alleen indien die gepaard gaat met of geschiedt in het kader van een grensoverschrijdende omzetting.

Ondanks dat de vraag naar de toelaatbaarheid van zowel outbound-grensoverschrijdende omzetting als inbound-grensoverschrijdende omzetting positief moet worden beantwoord, zijn er nog de nodige onduidelijkheden bij een grensoverschrijdende omzetting. Bij gebrek aan (geharmoniseerde) regels omtrent grensoverschrijdende omzetting is bijvoorbeeld onduidelijk of en zo ja, hoe de belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers worden beschermd en de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handels transacties wordt gewaarborgd. De Nederlandse wetgever is al enige tijd bezig

met een wetsontwerp betreffende grensoverschrijdende omzetting<sup>35</sup> en ook de Europese wetgever lijkt initiatieven te ontplooiën met betrekking tot de opstelling van wetgeving op dit terrein, getuige een resolutie van het Europees Parlement met het verzoek aan de Europese Commissie een voorstel in te dienen voor een Veertiende Richtlijn betreffende grensoverschrijdende verplaatsing van de zetel.<sup>36</sup> Ondanks dat het Vale-arrest de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting heeft verruimd, moeten naar mijn mening deze initiatieven niet worden gestaakt, maar juist met extra spoed worden voortgezet. Een duidelijk wettelijk raamwerk omtrent grensoverschrijdende omzetting zal de gebruikmaking van de vrijheid van vestiging alleen maar ondersteunen. Het Vale-arrest is dus een nieuwe, maar zeker niet de laatste stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting binnen de EU.

## Voetnoten

1. HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság - Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60.
2. HvJ EG 13 december 2005, Sevic Systems AG, Zaak C-411/03, Jur. 2005 p. I-10805, NJ 2009, 201, JOR 2006/33, m.nt. G.-J. Vossestein.
3. S.M. van den Braak, 'Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen', WPNR 2007/6721, p. 689, 690, J.N. Schutte-Veenstra, 'HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, RO 1009/15, Zetelverplaatsing: herbevestiging Daily Mail met nuancering', Ondernemingsrecht 2009/2, 25, p. 110, 111 en J.B.S. Hijink, 'Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, ?scale en beleidsmatige overpeinzingen', Ondernemingsrecht 2010/9, 77, p. 375.
4. HvJ EG 16 december 2008, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt., Zaak C-210/06, Jur. 2008, p. I-09641, JOR 2009/35, m.nt. G.-J. Vossestein, NJ 2009, 202, m.nt. P. Vlas.
5. Cartesio-arrest, r.o. 111.
6. Cartesio-arrest, r.o. 112.
7. S.M. van den Braak, t.a.p., J.N. Schutte-Veenstra, t.a.p. en J.B.S. Hijink, t.a.p.. Zie uitgebreider over grensoverschrijdende omzetting: W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio-arrest (I) en (II, slot)', in: WPNR 2010/6840 en 2010/6841, p. 329 - 332 en p. 352 - 355.
8. De feiten zijn opgesomd in r.o. 9 t/m 22 van het Vale-arrest.
9. Vale-arrest, r.o. 14.
10. Cartesio-arrest, r.o. 111.
11. Vale-arrest, r.o. 23.
12. Sevic-arrest, r.o. 19, Vale-arrest, r.o. 24.
13. S.M. van den Braak, t.a.p., J.N. Schutte-Veenstra, t.a.p., J.B.S. Hijink, t.a.p. en E.R. Roelofs, 'Grensoverschrijdende juridische splitsing op basis van de vrijheid van vestiging', WPNR 2009/6793, p. 275, 276.
14. Vale-arrest, r.o. 25, 26.
15. Vale-arrest, r.o. 32.
16. Vale-arrest, r.o. 36.
17. Tot op heden is nog geen definitief voorstel voor een richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing of grensoverschrijdende omzetting ingediend.
18. Sevic-arrest, r.o. 26.
19. Zie tevens W.J.M. van Veen, t.a.p.
20. Vale-arrest, r.o. 28.
21. HvJ EG 27 september 1988, The Queen tegen H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc., Zaak 81/87, Jur. 1988 p. 05483, r.o. 23.
22. Cartesio-arrest, r.o. 104. Zie tevens: P. Vlas, 'Rechtsvragenrubriek: Is een grensoverschrijdende juridische fusie altijd een grensoverschrijdende juridische fusie?', in: WPNR 2009/6797, p. 377 - 378.
23. Vale-arrest, r.o. 29 en Cartesio-arrest r.o. 110.
24. Vale-arrest, r.o. 30.
25. Vale-arrest, r.o. 31.
26. Vale-arrest, r.o. 43.
27. Vale-arrest, r.o. 37, 44.
28. Vale-arrest, r.o. 45.
29. Vale-arrest, r.o. 56, 57.
30. Vale-arrest, r.o. 59.
31. Vale-arrest, r.o. 61.
32. Zie hiervoor paragraaf 4.1.1.
33. Vale-arrest, r.o. 49, 50.
34. Vale-arrest, r.o. 51.
35. E.R. Roelofs, 'Het symposium 'Europees Ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na 'Cartesio', in: Ondernemingsrecht 2010/138, p. 660.
36. Zie hierover uitgebreider: E.R. Roelofs, 'Eindelijk op weg naar een EU-Richtlijn betreffende zetelverplaatsing?', in: Ondernemingsrecht 2012/32, p. 170 - 173.