



Masterscriptie Ondernemingsrecht

Universiteit van Tilburg

Faculteit Rechtswetenschappen

Departement Business Law

Scriptiebegeleider: mr. G.J.H. van der Sangen

Studente: Aukje Looijmans

ANR: 623516

Datum: 8 augustus 2012

Voorwoord

Na afronding van de opleiding Management, Economie en Recht aan de Avans Hogeschool te 's-Hertogenbosch, ben ik in september 2010 gestart met de juridische vervolgopleiding Recht en Management (nu: Ondernemingsrecht) aan de Universiteit van Tilburg. Na in het eerste collegejaar de pre-master van deze opleiding te hebben voltooid, sta ik nu op het punt om ook de master Ondernemingsrecht af te sluiten. Deze masterscriptie is het laatste traject van de opleiding Ondernemingsrecht, waarin de opgedane theoretische kennis wordt aangewend ter uitvoering van een multidisciplinair onderzoek.

De colleges “capita selecta ondernemingsrecht” van de heer Van der Sangen hebben mijn interesse gewekt voor het leerstuk van grensoverschrijdende zetelverplaatsing van vennootschappen binnen de Europese Unie. Het ontwikkelen van één interne markt binnen de Europese Unie is een actueel onderwerp, waarmee iedere inwoner van de Europese Unie regelmatig – wellicht dagelijks – te maken heeft. Daarbij heeft het Europese Hof van Justitie in de laatste decennia zich regelmatig uitgesproken over de invulling van de fundamentele vrijheden die gelden binnen de interne markt. Ook over de invulling van de vrijheid van vestiging ex artikel 49 en 54 VwEU in combinatie met het vennootschapsrecht wordt volop gediscussieerd tussen rechtsgeleerden en in de rechtsliteratuur. Daarbij heeft het Europese Hof van Justitie zich reeds enkele taken van de wetgever toegeëigend door het creëren van mogelijkheden op het gebied van grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Voor mij was dit een uitgelezen kans om nader onderzoek te doen naar de huidige mogelijkheden van grensoverschrijdende zetelverplaatsing voor MKB-vennootschappen. Hier heb ik de afgelopen zes maanden dan ook met plezier aan gewerkt. Vol enthousiasme presenteer ik vandaag het eindrapport in kader van dit onderzoek.

Bij dezen wil ik van de gelegenheid gebruik maken om de heer Van der Sangen te bedanken voor de geleverde input en begeleiding tijdens de uitvoering van het onderzoek dat ten grondslag ligt aan deze masterscriptie. Tevens wil ik mijn vriendin en medestudente Rachelle Wintjens bedanken voor de kennisdeling gedurende de opleiding en specifiek tijdens deze afstudeerfase. Tot slot wil ik iedereen bedanken, waaronder mijn ouders en goede vriendinnen, die mij hebben gesteund bij het doorlopen van deze opleiding en in het specifiek tijdens het schrijven van deze masterscriptie.

Tilburg, 8 augustus 2012

Aukje Looijmans

Inhoudsopgave

VERKLARENDE WOORDENLIJST EN DEFINITIES	5
1. INLEIDING – HET LEERSTUK VAN GRENDOVERSCHRIJDENDE ZETELVERPLAATSING	6
1.1 Maatschappelijk vraagstuk	6
1.2 Probleemstelling	7
1.3 Leeswijzer	8
2. HARMONISATIE EUROPESE WETGEVING	10
2.1 De vrijheid van vestiging in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie	10
2.2 Corporate mobility	12
2.3 De harmonisatie van het ondernemingsrecht tot op heden	13
3. JURISPRUDENTIE VÓÓR HET CARTESIO-ARREST	16
3.1 EG-verdrag (oud) biedt geen grondslag voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing	16
3.2 Vrijheid van vestiging voor “mailbox-companies”	17
3.3 Erkenning rechtspersoonlijkheid en rechtsbevoegdheid	19
3.4 Belemmering van de vrijheid van vestiging	21
3.5 Grensoverschrijdende juridische fusie	22
3.6 Prefereert de incorporatieleer ten opzichte van de werkelijke zetelleer?	25
3.7 Regulatory competition tussen de lidstaten	27
3.8 Tussenconclusie	28
4. CARTESIO	30
4.1 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt	30
4.2 Conclusie advocaat-generaal Poiares Maduro	31
4.3 Uitspraak Europese Hof van Justitie	32
4.4 Analyse van de rechtsgevolgen	35
4.4.1 <i>Allereerst...</i>	35
4.4.2 <i>Reikwijdte</i>	36
4.4.3 <i>Dubbelzinnige positie van het HvJ EG</i>	36
4.4.4 <i>Analogie met eerdere uitspraken van het HvJ EG</i>	38
4.4.5 <i>De (on)mogelijkheid van zetelverplaatsing vanuit en naar Nederland</i>	40
4.4.6 <i>Vale Épitési Kft</i>	44
4.4.7 <i>Toekomstperspectief</i>	46
5. HUIDIGE ALTERNATIEVE MOGELIJKHEDEN VOOR ZETELVERPLAATSING	50
5.1 Grensoverschrijdende fusie	50
5.2 European Economic Interest Grouping (EEIG)	52
5.3 Societas Europaea (SE)	52
5.4 Societas Cooperativa Europaea (SCE)	56
5.5 Societas Privata Europaea (SPE)	57
6. “ELK NADEEL HEB ZIJN VOORDEEL”	60
6.1 Willen we dit?	60
6.2 Race to the bottom	60
7. CONCLUSIE	63
7.1 Conclusie ten behoeve van de centrale onderzoeksvraag	63
7.2 Eindoordeel	65
LITERATUURLIJST	67

Verklarende woordenlijst en definities

A-G	advocaat-generaal
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
Cartesio	Cartesio Oktató és Szolgáltató bt
c.q.	casu quo
concl.	conclusie
Daily Mail	Daily Mail and General Trust Plc.
Derde Richtlijn	Richtlijn betreffende fusies van naamloze vennootschappen.
EEG-Verdrag	Verdrag betreffende de Europese Economische Gemeenschap
EEIG	European Economic Interest Grouping (ook: EESV)
EER	Europese Economische Ruimte
EESV	Europese Economische Samenwerkingsverbanden (ook: EEIG)
EG	Europese Gemeenschap
Elfde Richtlijn	Richtlijn betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een Lid-Staat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen.
EU	Europese Unie
EU-Verdrag	Verdrag betreffende de Europese Unie
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (bij uitspraken tot 1 december 2009)
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie (ook wel Europese Hof van Justitie genoemd)
jo.	juncto
KvK	Kamer van Koophandel
MvT	memorie van toelichting
NCC	Nordic Construction Company Baumanagement GmbH
NV	Naamloze vennootschap
SE	Societas Europaea / Europese Vennootschap
SE-Verordening (SE-Vo.)	Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).
SCE-Verordening	Verordening betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE).
SPE	Societas Privata Europaea / Europese Besloten Vennootschap
Tiende Richtlijn	Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.
VOF	vennootschap onder firma
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
WCC	Wet Conflictenrecht Corporaties
WFBV	Wet op formeel buitenlandse vennootschappen
Zesde Richtlijn	Richtlijn betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen.

1. Inleiding – het leerstuk van grensoverschrijdende zetelverplaatsing

1.1 Maatschappelijk vraagstuk

Waar in eerste instantie Internet werd ontwikkeld om een veilig en betrouwbaar communicatienetwerk voor defensie in de Verenigde Staten te creëren, is dit in de laatste decennia uitgegroeid tot een onmisbaar medium in zowel het dagelijks leven als het bedrijfsleven.¹ Deze inmiddels sterk ontwikkelde informatie- en communicatietechnologie maken het voor ondernemingen gemakkelijker om activiteiten over de eigen landgrenzen te ontplooien. Op de Nederlandse markt zijn niet slechts Nederlandse producten te koop en niet slechts grote ondernemingen, zoals Shell en Philips, exploiteren hun activiteiten wereldwijd. Ook kleinere bedrijven zoeken steeds vaker grensoverschrijdende uitdagingen.²

Deze technologische ontwikkelingen hebben eraan bijgedragen dat de handel van ondernemingen een grotere, internationale bereikbaarheid kent. Onder meer hierdoor groeit de vraag van ondernemingen om zich over de eigen landgrenzen te begeven (ook wel bekend als “corporate mobility”). Echter, de toename van de grensoverschrijdende handelsactiviteiten biedt niet slechts tal van kansen, het vormt tevens een uitdaging voor het regelgevingskader van vennootschappen, dat op dit gebied achterop lijkt te raken.³ Om deze reden moet nagedacht worden hoe deze regelgeving kan worden aangepast aan de 21-eeuwse context.

Bij het oprichten van een vennootschap kan de moedermaatschappij in beginsel kiezen in welke EU-lidstaat de statutaire zetel wordt gevestigd. De moedermaatschappij maakt daarmee een keuze voor het toepasselijke recht voor de vennootschap en bepaalt derhalve de nationaliteit van de vennootschap. Echter, om over de landgrenzen activiteiten te kunnen ontplooien, dient de onderneming erkend te worden als rechtspersoon door het aldaar geldende recht. Binnen de Europese Unie is dit inmiddels gerealiseerd met de uitspraak van het Europese Hof van Justitie (verder te noemen: HvJ EG/HvJ EU) inzake Centros, Überseering, Inspire Art en Sevic Systems.⁴ Een vennootschap die is opgericht in Nederland volgens de wettelijke vereisten van de Nederlandse wetgeving, dient erkend te worden in alle

¹ R. van der Ploeg en C. Veenemans, *De invloed van ICT op maatschappij en overheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001.

² E.C.C.M. Kemmeren en G.J.H. van der Sangen, *Reforming the Law on Business Organisations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*. The Hague: Eleven International Publishing 2011, p. 178.

³ Europese Commissie, “Europees vennootschapsrecht: hoe verder?” Referentie (persbericht) IP/12/149. Brussel, 20 februari 2012.

⁴ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering), HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art) en HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33 (Sevic).

EU-lidstaten en is vrij om daar activiteiten te ontplooiën.⁵ Binnen de Europese Unie kan daarom gesproken worden van een “vrij verkeer van ondernemerschap”.⁶

Lastiger wordt het echter op het moment dat de rechtspersoon eenmaal is opgericht in een lidstaat en vervolgens de statutaire zetel wil verplaatsen naar een andere lidstaat (het fenomeen van re-incorporatie). Met de uitspraak van het HvJ EG inzake Daily Mail is bepaald dat de zetel niet zonder meer verplaatst kan worden naar een andere EU-lidstaat.⁷ Echter, waar voorheen deze strenge interpretatie van de Daily Mail-doctrine werd gevolgd, is daar mogelijk verandering in gebracht met de uitspraak van het HvJ EG in het Cartesio-arrest.⁸ In de rechtsliteratuur is nog niet uitgekristalliseerd of de Cartesio-uitspraak een opening biedt voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing binnen de Europese Unie en daarmee tegemoet komt aan de uitoefening van het vrije recht van vestiging ex artikel 49 VwEU. Zo betoogt Rammeloo dat er met de Cartesio-uitspraak zelfs een stap achterwaarts is gedaan met betrekking tot het vrije verkeer van rechtspersonen. Hij is van mening dat het Hof geenszins afstand heeft gedaan van het Daily Mail-arrest met het wijzen van het Cartesio-arrest, doch de werkingssfeer van Daily Mail heeft verruimd. Dit, omdat de lidstaat van oprichting van de vennootschap een vennootschapsrechtelijk verbod mag opleggen om het hoofdbestuur naar een andere lidstaat te verplaatsen.⁹ Dorresteyn en Verkerk zijn daarentegen van mening dat met het Cartesio-arrest het leerstuk van vrije vestiging verder wordt uitgewerkt, voornamelijk op het punt van grensoverschrijdende omzetting.¹⁰

1.2 Probleemstelling

In deze masterscriptie staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

Is het Europese Hof van Justitie met het Cartesio-arrest tegemoet gekomen aan de uitoefening van de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie ex artikel 49 VwEU omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing en (statutaire) omzetting van vennootschappen?

⁵ Artikel 49 en 54 VwEU.

⁶ Vrijheid van ondernemerschap vormt de basis voor economische groei, maar het is niet wettelijk vastgelegd in het EU-Verdrag. In het verdrag staat wel dat iedereen een rechtspersoon mag creëren, maar er staat niks vermeld over ongestoord ondernemen. Hier kan dan ook geen rechtstreeks beroep op worden gedaan; het is meer een intentie waaraan de lidstaten zich hebben verbonden.

⁷ HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/97, *Jur.* 1988, p. 5483 (Daily Mail).

⁸ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (Cartesio).

⁹ S.F.G. Rammeloo, ‘Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa: een stap achterwaarts?’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-3, p. 71-72. Dit leidt hij af uit de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in r.o. 26 bij het Cartesio-arrest (HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008): “Met andere woorden, de voorwaarden van “leven en dood” van een vennootschap wordt enkel bepaald door de staat naar het recht waarvan deze vennootschap is opgericht. De staat heeft gegeven, de staat heeft genomen – daarin moeten we ons schikken.”

¹⁰ A.F.M. Dorresteyn en B. Verkerk, ‘Nakaarten over Cartesio. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting.’, *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 68.

1.3 Leeswijzer

In hoofdstuk 1 is zojuist het maatschappelijk vraagstuk toegelicht dat aanleiding heeft gegeven tot de centrale vraagstelling van deze masterscriptie. Vervolgens wordt in hoofdstuk 2 een korte beschrijving gegeven van de vrijheid van vestiging in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (verder te noemen: VwEU), wordt er ingegaan op het fenomeen van ‘corporate mobility’ en wordt het harmoniseringsprogramma van de EU-wetgeving tot op heden beschreven. In hoofdstuk 3 wordt de jurisprudentie besproken van “mijlpaalarresten” voordat het HvJ EG uitspraak deed inzake Cartesio. Het gaat hierbij om de arresten: Daily Mail¹¹, Centros¹², Überseering¹³, Inspire Art¹⁴ en Sevic Systems¹⁵. Waar het HvJ EG in eerste instantie oordeelde dat grensoverschrijdende zetelverplaatsing niet mogelijk is middels een beroep op de vrijheid van vestiging¹⁶, laat het HvJ EG in de daaropvolgende arresten duidelijk merken dat ze de vrijheid van vestiging voor rechtspersonen zoveel mogelijk wil uitbreiden.¹⁷ Tevens wordt in dit hoofdstuk de controverse tussen de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer belicht naar aanleiding van de bovengenoemde arresten en wordt de mogelijkheid van regulatory competition besproken.

In hoofdstuk 4 wordt vervolgens ingegaan op het Cartesio-arrest en de invloed die dit arrest heeft op de geldende rechtspraktijk. Het gaat er om dat een lidstaat mag beletten dat een onder zijn recht vallende vennootschap haar werkelijke zetel verplaatst naar een andere lidstaat, maar dat de oprichtingslidstaat grensoverschrijdende omzetting niet mag beletten indien het gastland deze rechtshandeling toestaat.¹⁸

Om het leerstuk van grensoverschrijdende zetelverplaatsing te completeren, worden in hoofdstuk 5 de alternatieve mogelijkheden voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing toegelicht en bekritiseerd. Hierbij wordt ingegaan op de mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie als gevolg van de Tiende Richtlijn¹⁹, de SE-Verordening²⁰, de SCE-Verordening²¹ en de Europese Besloten Vennootschap (SPE)²².

¹¹ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988 (Daily Mail).

¹² HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros).

¹³ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering).

¹⁴ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art).

¹⁵ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33 (Sevic).

¹⁶ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988 (Daily Mail).

¹⁷ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering), HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art), HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33 (Sevic).

¹⁸ M.A. Verbrugh, ‘Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?’, *SEW* 2009-11, p. 419.

¹⁹ Richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 (PbEG 2005, L 310/1) betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Tiende Richtlijn).

Hoofdstuk 6 belicht daaropvolgend de ‘keerzijde’ van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Het gaat daarbij om de mogelijke nadelen die een vrij recht van grensoverschrijdende zetelverplaatsing binnen Europa met zich mee brengt. Zo wordt gevreesd voor de bescherming van de belangen van werknemers, crediteuren en aandeelhouders. De vraag is dan in hoeverre dit geharmoniseerd dient te worden. Tot slot leidt een evenwichtige afweging van het bovengenoemde, tot een conclusie ter beantwoording van de probleemstelling in hoofdstuk 7.

²⁰ Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

²¹ Verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE).

²² Voorstel Europese Commissie: European Parliament legislative resolution of 10 March 2009 on the proposal for a Council regulation on the Statute for a European private company (COM(2008)0396 – C6-0283/2008 – 2008/0130(CNS)).

2. Harmonisatie Europese wetgeving

Sinds het begin van de Europese Unie in 1957 zijn er diverse pogingen gedaan om één interne markt te creëren. Dit heeft de EU getracht te bereiken door grensoverschrijdende samenwerking tussen ondernemers uit verschillende lidstaten te vergemakkelijken en tevens grensoverschrijdend ondernemerschap voor multi-jurisdictionele ondernemingen mogelijk te maken.²³ De Europese wetgever heeft voor het faciliteren van dit grensoverschrijdend ondernemerschap diverse instrumenten gebruikt die in deze scriptie besproken zullen worden. In dit hoofdstuk wordt echter beperkt tot de vrijheid van vestiging en het harmonisatieprogramma van het vennootschapsrecht van de EU.

2.1 De vrijheid van vestiging in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

De vrijheid van vestiging is onderdeel van de vier fundamentele vrijheden binnen de Europese interne markt²⁴ en is wettelijk verankerd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Artikel 49 en 54 VwEU kennen aan vennootschappen het recht toe om in andere EU-lidstaten werkzaamheden en ondernemingsactiviteiten uit te oefenen, waarbij de vennootschappen gelijkgesteld dienen te worden aan de onderdanen van die lidstaat. Dit recht van vrije vestiging is van toepassing op vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Unie gevestigd hebben. Of de vennootschap is opgericht in overeenstemming met de wetgeving van de lidstaat, wordt beoordeeld door het land waar de vennootschap is opgericht.²⁵ Het recht van vrije vestiging heeft rechtstreekse werking.²⁶ De rechtspersoon moet weliswaar voldoen aan het recht van de lidstaat van vestiging, maar dat vennootschapsrecht mag niet discriminerend zijn ten opzichte van de rechtspersoon. Dat houdt in dat er geen wetten met algemene beperkingen mogen worden gesteld ten opzichte van Europese rechtspersonen.²⁷

²³ E.C.C.M. Kemmeren en G.J.H. van der Sangen, *Reforming the Law on Business Organisations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*. The Hague: Eleven International Publishing 2011, p. 189.

²⁴ Vrijheid verkeer van goederen (artikel 28 t/m 37 VwEU), personen (artikel 45 t/m 55 VwEU; waaronder de vrijheid van vestiging), diensten (artikel 56 t/m 62 VwEU) en kapitaal (artikel 63 t/m 66 VwEU).

²⁵ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988 (Daily Mail).

²⁶ HvJ EG 21 juni 1974, nr. C-2/74, *Jur.* 1974, p. 00631 (Reyners).

²⁷ HvJ EG 30 september 1995, nr. C-55/94, *Jur.* p. I-416 (Gebhard), HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering), HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33 (Sevic) en HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (Cartesio).

Alvorens dieper in te gaan op de vrijheid van vestiging, behoefte het vermeld te worden dat in het internationaal privaatrecht betreffende corporaties een controverse bestaat tussen lidstaten die de werkelijke zetelleer aanhangen en lidstaten die de voorkeur geven aan de incorporatieleer. Volgens de werkelijke zetelleer wordt een rechtspersoon beheerst door het recht van de lidstaat waar het centrum van activiteiten van de onderneming is gevestigd, terwijl de incorporatieleer ervan uitgaat dat de rechtspersoon beheerst wordt door het recht van de lidstaat van oprichting.²⁸ Voor de incorporatieleer houdt dit in dat indien een rechtspersoon rechtsgeldig is opgericht naar het recht van de oprichtingslidstaat en rechtspersoonlijkheid heeft, de rechtspersoon als zodanig wordt erkend. Voor vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van de oprichtingslidstaat welke de werkelijke zetelleer hanteert, kan een verplaatsing van haar centrum van activiteiten naar een andere lidstaat het gevolg hebben dat de vennootschap niet meer als zodanig wordt erkend en derhalve haar rechtspersoonlijkheid verliest naar het recht van de oprichtingslidstaat. Hiermee is echter nog niet gezegd dat de vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft naar het recht van de bestemmingslidstaat.²⁹

De toepasselijkheid van de werkelijke zetelleer dan wel de incorporatieleer is vooral van belang bij de vraag welke lidstaat bevoegd is belasting te heffen over de activiteiten van de vennootschap.³⁰ De meerderheid van de EU lidstaten hanteert vooralsnog de werkelijke zetelleer.³¹ Nederland behoort echter tot de minderheid die de incorporatieleer aanhangt.³²

Waar voorheen in de Memorie van toelichting (verder te noemen: MvT) op de Wet Conflictenrecht Corporaties (verder te noemen: WCC)³³ werd bepaald dat de keuze tussen de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer niet rechtstreeks wordt beïnvloed door de vrijheid van vestiging ex artikel 49 en 54 VwEU, is sindsdien in de jurisprudentie weldegelijk de

²⁸ S.M. van den Braak, 'Het IPR-vennootschapsrecht en Boek 10 BW: een nadere toelichting', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010-7/8, p. 184.

²⁹ Indien de bestemmingslidstaat de incorporatieleer aanhangt, dan wordt de vennootschap beheerst door het recht van de lidstaat van oprichting. Echter, indien de vennootschap is opgericht naar het recht van een oprichtingslidstaat welke de werkelijke zetelleer aanhangt en vervolgens haar centrum van activiteiten verplaatst naar een lidstaat welke de incorporatieleer aanhangt (en niet heeft voldaan aan de oprichtingsvereisten van deze laatste lidstaat), heeft deze vennootschap naar beide rechtsstelsels geen rechtspersoonlijkheid. L.F.A. Steffens, 'Strijd tussen de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel – De vrijheid van vestiging in Europa volgens het Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004-1, p. 46.

³⁰ M.M.A. van Daelen en J.H. Huybens, 'Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2010-4, p. 101.

³¹ L.F.A. Steffens, 'Strijd tussen de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel – De vrijheid van vestiging in Europa volgens het Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004-1, p. 46.

³² Dat Nederland de incorporatieleer aanhangt, kan worden afgeleid uit artikel 10:118 BW. Daarin wordt namelijk bepaald dat een corporatie wordt beheerst door het recht van de lidstaat van oprichting.

³³ Inmiddels is de WCC opgegaan in het Internationaal Privaat Recht (IPR) in Boek 10 BW.

vrijheid van de lidstaten om het eigen internationaal privaatrecht in te rechten beperkt.³⁴ Daarbij kan geconcludeerd worden dat de vestigingsvrijheid in zijn doelstellingen beter aansluit bij de incorporatieleer, aldaar de doelstelling van de EU gericht is op de ontsluiting van de nationale markten en de integratie daarvan in één interne markt zonder binnengrenzen.³⁵

2.2 Corporate mobility

In de laatste decennia is bij zowel grote als kleine ondernemingen een groeiende vraag aanwezig om hun ondernemingsactiviteiten over de grenzen van de oprichtingslidstaat te begeven. Dit fenomeen staat bekend als “corporate mobility”. Corporate mobility kan in de praktijk de vrijheid van ondernemerschap bevorderen, doordat het een vermindering van de kosten voor oprichting en instandhouding van een rechtsvorm tot gevolg kan hebben.³⁶ De vrijheid van ondernemerschap houdt onder andere in dat de ondernemer de vrijheid heeft om te kiezen voor de rechtsvorm die voor hem het meest efficiënt is en tevens de vrijheid om te kiezen in welke jurisdictie de onderneming wordt geïncorporeerd.³⁷ Zowel ondernemers als lidstaten kunnen een belang hebben bij de vrijheid van ondernemerschap in de vorm van grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Dit impliceert namelijk de aanwezigheid van regulatory arbitrage en regulatory competition. Regulatory arbitrage op het gebied van het vennootschapsrecht houdt in dat de ondernemer de mogelijkheid heeft om te kiezen uit verschillende rechtsvormen binnen meerdere jurisdicties. Als gevolg hiervan kan de ondernemer (onder andere) kiezen voor de lidstaat met het meest efficiënte toepasselijke vennootschapsrecht. Indien er sprake is van regulatory arbitrage, bestaat de mogelijkheid voor de lidstaten om over te gaan tot regulatory competition. Dit tweede fenomeen veronderstelt de aanwezigheid van een jurisdictionele competitie tussen de EU-lidstaten om hun vennootschapsrecht aan te passen aan de behoeften van ondernemers met het doel dat de onderneming in hun jurisdictie wordt geïncorporeerd. Een belangrijk aspect voor ondernemers waarmee een lidstaat zich kan onderscheiden van de andere lidstaten is om in de jurisdictie lage initiële kosten te hanteren en een korte duur van de oprichtingsperiode.³⁸

³⁴ *Kamerstukken II* 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 5. Dit valt onder meer ook af te leiden uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie inzake het Segers-arrest (HvJ EG 10 juli 1986, nr. C-79/85, *Jur.* 1986, p. 2374 e.v.).

³⁵ *Kamerstukken II* 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 5.

³⁶ G.J.H. van de Sangen, ‘Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 98.

³⁷ G.J.H. van de Sangen, ‘Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 99.

³⁸ E.C.C.M. Kemmeren en G.J.H. van der Sangen, *Reforming the Law on Business Organisations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*. The Hague: Eleven International Publishing 2011, p. 184.

Hoewel binnen de Europese Unie de aanwezigheid van regulatory arbitrage en regulatory competition wordt verondersteld, blijkt uit empirische studies dat ondernemers in de praktijk nauwelijks gebruik maken van de vrijheid van ondernemerschap binnen de interne markt.³⁹ Dit geldt zowel voor de incorporatie van de onderneming, als voor de re-incorporatie van de onderneming in een andere lidstaat.⁴⁰ Het onderzoek van Bratton, McCahery en Vermeulen toonde aan dat er voor de nationale wetgevers slechts weinig prikkels aanwezig zijn om hun nationale vennootschapsrechtelijke regels radicaal te wijzigen. Het enige waar de nationale wetgever rekening mee moet houden als het gaat om een competitieve strijd tussen de lidstaten om het meest efficiënte vennootschapsrecht, is dat er sprake is van gunstige kapitaalvereisten bij de oprichting van een vennootschap.⁴¹ Van der Sangen betoogt in deze context dat de focus minder gericht moet zijn op regulatory competition en meer op de creatie van omgevingsfactoren die de vrijheid van ondernemerschap binnen de interne markt van de EU kan bevorderen. Hij verwijst hierbij onder andere naar de European Private Company, die daaraan zou kunnen bijdragen. Ook McCahery en Vermeulen stellen dat lidstaten te weinig aandacht besteden aan de “core elements” van hun vennootschapsrecht teneinde het meest effectieve recht te creëren.⁴² Terecht oordeelt Van der Sangen dat hiervoor de regelgeving van de EU op het gebied van ondernemingsrecht op zichzelf een belemmering vormt.⁴³ Het harmonisatieprogramma van de EU heeft namelijk bewerkstelligd dat de lidstaten de mogelijkheid hadden om steeds hun eigen vennootschapsrecht te behouden. Daarnaast zijn de bestaande ontwikkelingen omtrent grensoverschrijdende samenwerkingsvormen te gering. In hoofdstuk 5 wordt dit nader besproken.

2.3 De harmonisatie van het ondernemingsrecht tot op heden

Ondanks dat reeds sinds het begin van de Europese Unie gestreefd wordt naar het creëren van één interne markt door de grensoverschrijdende samenwerking tussen ondernemers uit

³⁹ E.C.C.M. Kemmeren en G.J.H. van der Sangen, *Reforming the Law on Business Organisations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*. The Hague: Eleven International Publishing 2011, p. 189.

⁴⁰ Incorporatie in een andere lidstaat (oftewel: incorporation mobility) houdt in dat een natuurlijk persoon of een rechtspersoon een nieuwe vennootschap opricht in die andere EU-lidstaat. Re-incorporatie van een vennootschap in een andere EU-lidstaat (oftewel: re-incorporation mobility) houdt in dat de statutaire zetel of het hoofdkantoor van een reeds bestaande vennootschap wordt verplaatst naar een andere EU-lidstaat.

⁴¹ E.P.M. Vermeulen, W.W. Bratton en J.A. McCahery, ‘How does corporate mobility affect Lawmaking? A comparative analysis’, *The American Journal of Comparative Law*, 57(3), p. 352.

⁴² J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen, ‘Understanding Corporate Mobility in the EU. Towards the Foundation of a European ‘Internal Affairs Doctrine’’, 2007, p. 12
<www.ecgi.org/presidency/presentations/2007_berlin_vermeulen_paper.pdf>.

⁴³ G.J.H. van de Sangen, ‘Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 99.

verschillende lidstaten te vergemakkelijken en grensoverschrijdend ondernemerschap te faciliteren, heeft dit er tot op heden niet toe geleid dat men ongehinderd grensoverschrijdend kan ondernemen. Na de eerste succesvolle poging tot harmonisatie, te beginnen met de Eerste Vennootschapsrichtlijn in 1968, is de uitvoering hiervan gestagneerd als gevolg van prioritering aan zaken als interne governance, regeling omtrent medezeggenschap en overnamebepalingen.⁴⁴ Waar in de beginperiode van het EU-harmonisatieprogramma voornamelijk werd gestreefd naar maximumharmonisatie (non competitive equilibrium), werd dit in een later stadium vervangen door het ontwikkelen van minimumharmonisatie (middels opt out en kaderrichtlijnen) waarbij men vasthield aan ‘acquis communautaire’.⁴⁵

Het EU-harmonisatieprogramma kreeg nader vorm door onder andere minimumharmonisatie op het gebied van binnenlandse juridische fusies (1978)⁴⁶ en binnenlandse juridische splitsingen (1982)⁴⁷. Later werd het actie plan van de Europese Commissie, *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward*, op aandringen van de *High Level Group of Company Law Experts* herzien met het oog op de modernisering van de alsdan geldende regelingen. In 2007 leidde dit tot de introductie van de Tiende Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen⁴⁸ en tot de ontwikkeling van de SE-Verordening⁴⁹. Beiden komen in hoofdstuk 6 van deze scriptie aan de orde.

Tevens dient vermeld te worden dat de Europese Commissie initiatieven heeft getoond rondom een Veertiende Richtlijn inzake grensoverschrijdende (statutaire) zetelverplaatsing. Verbazingwekkend is echter dat de Europese Commissie thans nog geen voorstel heeft ingediend voor de realisering van een dusdanige richtlijn. Zeker gezien het feit dat het Europees Parlement reeds enkele resoluties heeft ingediend die de Europese Commissie uitnodigde tot het doen van een voorstel inzake een Veertiende Richtlijn.⁵⁰ De Europese

⁴⁴ E.C.C.M. Kemmeren en G.J.H. van der Sangen, *Reforming the Law on Business Organisations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*. The Hague: Eleven International Publishing 2011, p. 196.

⁴⁵ E.P.M. Vermeulen, W.W. Bratton en J.A. McCahery, ‘How does corporate mobility affect Lawmaking? A comparative analysis’, *The American Journal of Comparative Law*, 57(3), p. 356.

⁴⁶ Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 (OJ L295/36) betreffende fusies van naamloze vennootschappen (Derde Richtlijn).

⁴⁷ Richtlijn 82/891/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 1982 (OJ L372/47) betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (Zesde Richtlijn).

⁴⁸ Richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 (PbEG 2005, L 310/1) betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Tiende Richtlijn).

⁴⁹ Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

⁵⁰ Het laatste officiële verzoek van het Europees Parlement aan de Europese Commissie om met een voorstel te komen betreffende de Veertiende Richtlijn dateert van 2 februari 2012. Per 6 juni 2012 is vervolgens een ontwerpresolutie van het Europees Parlement verschenen. Om de totstandkoming van een dergelijke

Commissie liet echter weten te wachten met het voorstel voor een Veertiende Richtlijn tot het HvJ EG uitspraak had gedaan in de zaak Cartesio.⁵¹ Het is op zijn minst merkwaardig te noemen dat hierdoor de wetgevende taak door de Europese Commissie werd afgeschoven op het HvJ EG. Met de bespreking van de Cartesio-uitspraak zullen we echter zien dat het Hof van Justitie deze wetgevende taak weer terug kaatst naar de Europese Commissie.⁵²

Een bijkomend argument om de werkzaamheden voor de Veertiende Richtlijn stil te leggen, is dat (statutaire) zetelverplaatsing ook verwezenlijkt kan worden middels de grensoverschrijdende fusie die voortvloeit uit de Tiende Richtlijn en door de mogelijkheden van vrije vestiging die het Sevic-arrest met zich mee brengt.⁵³

Een van de aanwijsbare redenen van de moeizame harmonisatie binnen de Europese Unie is de bepaling dat er slechts een Europese regeling mag worden aangenomen indien die betreffende regeling inherent beter is dan de nationale oplossing.⁵⁴ Een dusdanige bepaling beperkt derhalve de mogelijkheid om zaken op Europees niveau te regelen. Daarnaast zijn er op nationaal niveau weinig prikkels voor de wetgever om nationale wetgeving aan te passen of inefficiënte wetgeving te hervormen.⁵⁵

Veertiende Richtlijn in goede banen te leiden, heeft het Europees Parlement een Ontwerpresolutie toegestuurd aan de Europese Commissie. Tot op heden is de Veertiende Richtlijn nog niet tot stand gekomen.

⁵¹ T.M.C. Arons, 'Is er na het verwachte oordeel in de Cartesio-zaak nog behoefte aan een veertiende vennootschaprichtlijn? Een mogelijke afronding van het Europese vennootschapsrecht', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 85 en Charlie McGreevy, *Speech by Commissioner McGreevy at the European Parliament's Legal Affairs Committee*, gehouden te Brussel op 3 oktober 2007, SPEECH/07/592.

⁵² Zie nadere uitleg over Cartesio in hoofdstuk 4.

⁵³ Dit werd als eerste gesignaleerd door Van den Sangen. G.J.H. van de Sangen, 'Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 102.

⁵⁴ Subsidiariteitsbeginsel in artikel 5 Verdrag betreffende de Europese Unie (EU-Verdrag).

⁵⁵ J.A. McCahery, 'Harmonisatie in het Europees vennootschapsrecht: de politieke economie van economische integratie', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2006-139/1, p. 12.

3. Jurisprudentie vóór het Cartesio-arrest

Hoewel de vrijheid van vestiging wordt gegarandeerd door het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, is er een lange discussie gaande over wat de exacte betekenis van de vrijheid van vestiging is en welke aanknopingsdoctrine voortvloeit uit artikel 49 en 54 VwEU. Door uitspraken van het HvJ EG is enigszins meer duidelijkheid gecreëerd. Echter, ook na deze uitspraken blijven vragen onbeantwoord. In dit hoofdstuk zullen de “mijlpaalarresten” voor het vennootschapsrecht worden besproken.

3.1 EG-verdrag (oud) biedt geen grondslag voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing

In het Daily Mail-arrest was de Britse naamloze vennootschap, *Daily Mail and General Trust Plc*, voornemens haar centrale bestuurszetel naar Nederland te verplaatsen, waarbij zij haar nationaliteit en rechtspersoonlijkheid naar Brits recht wilde behouden.⁵⁶ De drijfveer voor de verplaatsing van de bestuurszetel was gebaseerd op fiscale redenen.⁵⁷ De zetelverplaatsing zou er namelijk toe leiden dat *Daily Mail and General Trust Plc* niet langer een fiscale vestiging zou hebben in het Verenigd Koninkrijk, waardoor de vennootschap zich kon onttrekken aan de heffing van de Britse vennootschapsbelasting.⁵⁸ Echter, naar Brits recht is een toestemmingsvereiste van kracht, waarbij de Minister van Financiën toestemming dient te geven voor een dergelijke *outbound* zetelverplaatsing. Dit vereiste strekt ertoe om de exit-belasting te kunnen heffen.⁵⁹ In het onderhavige geding verleent de Minister van Financiën geen toestemming aan de vennootschap om de centrale bestuurszetel te verplaatsen naar Nederland. *Daily Mail and General Trust Plc* betwijfelt echter de rechtsgeldigheid van een dergelijk toestemmingsvereiste, daar het mogelijk in strijd is met de geldende vestigingsvrijheid binnen de Europese gemeenschappelijke markt.⁶⁰ Dit leidt in 1987 tot het verzoek van het Britse High Court of Justice aan het HvJ EG om uitlegging te geven over de vestigingsvrijheid, toentertijd neergelegd in artikel 52 en 58 EEG-verdrag (huidige artikel 49 en 54 VwEU), in een prejudiciële procedure. Ter verduidelijking betreft deze procedure niet de vraag of de vennootschap naar het recht van de lidstaat van vertrek kan blijven bestaan na

⁵⁶ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 3 (Daily Mail).

⁵⁷ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 2 (Daily Mail).

⁵⁸ Naar Brits recht geldt de plaats waar de centrale bestuurszetel gevestigd is namelijk als de fiscale vestiging. HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 4 (Daily Mail).

⁵⁹ A.F.M. Dorresteyn en B. Verkerk, ‘Nakaarten over Cartesio. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting’, *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 57.

⁶⁰ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 8 en 12 (Daily Mail).

de zetelverplaatsing⁶¹, maar of het gerechtvaardigd is dat de lidstaat van vertrek de verplaatsing van de werkelijke zetel om andere (in casus: fiscale) redenen belemmerd. Het HvJ EG oordeelt hierover dat het EEG-verdrag (oud) geen grondslag bevat voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Artikel 52 en 58 EEG-verdrag konden aldus worden uitgelegd dat zij naar het nationaal recht van de lidstaat van oprichting niet het recht geven aan vennootschappen om hun centrale bestuurszetel te verplaatsen zonder de nationaliteit en rechtspersoonlijkheid van het recht van de oprichtingslidstaat te verliezen.⁶²

Nadien heeft het HvJ EG in het arrest de Lasteyrie du Saillant⁶³ geoordeeld dat acute afrekenplicht bij vertrek uit de lidstaat disproportioneel is, waardoor een dergelijke zaak als Daily Mail zich hoogstwaarschijnlijk niet meer zal voordoen.⁶⁴

3.2 Vrijheid van vestiging voor “mailbox-companies”

In het Centros-arrest betreft het de oprichting van een Engelse Limited (Ltd.) door een Deens echtpaar, woonachtig in Denemarken, met de bedoeling om de strengere nationale wetgeving van Denemarken voor de oprichting van besloten vennootschappen te ontwijken.⁶⁵ Gezien het feit dat het Verenigd Koninkrijk aanhanger is van de incorporatieleer en de statutaire zetel van de vennootschap door de oprichting daar gevestigd was, was het Britse recht van toepassing op de onderneming, terwijl er in het VK geen enkele ondernemingsactiviteit werd ontplooid. Vervolgens werd er een filiaal opgericht in Denemarken om de werkelijke ondernemingsactiviteiten te verrichten, waardoor de hoge minimumkapitaalvereisten voor Deense besloten vennootschappen konden worden omzeild. Echter, juist om die reden weigerde de Deense autoriteiten het verzoek tot inschrijving van het Deense filiaal.⁶⁶ Centros Ltd. betoogde echter dat deze weigering mogelijk in strijd was met het recht van vrije vestiging van artikel 52 en 58 EEG-verdrag (oud; huidig artikel 49 en 54 VwEU).⁶⁷ Dit leidde uiteindelijk tot het verzoek van het Deense Hoogerechtshof aan het HvJ EG om een prejudiciële uitlegging te geven of er sprake was van een al dan niet gerechtvaardigde

⁶¹ Het Europese Hof van Justitie duidt erop dat de existentie van vennootschappen, in tegenstelling tot natuurlijke personen, gebaseerd is op de nationale wetgeving. Echter, in het onderhavige geval zou er geen controverse ontstaan omtrent wederzijdse erkenning, aangezien beide lidstaten de incorporatieleer aanhangen. De Britse bepaling stond derhalve een verplaatsing van de werkelijke zetel niet in de weg.

⁶² HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, operative part (Daily Mail).

⁶³ HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02, *NTFR* 2004, 397 (de Lasteyrie du Saillant).

⁶⁴ A.F.M. Dorresteyn en B. Verkerk, ‘Nakaarten over Cartesio. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting’, *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 57.

⁶⁵ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros).

⁶⁶ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48, r.o. 7 (Centros).

⁶⁷ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48, r.o. 10 (Centros).

belemmering van een dergelijke *inbound* zetelverplaatsing. Het HvJ EG bepaalde dat een lidstaat de inschrijving van een filiaal van een vennootschap uit een andere lidstaat niet mag weigeren. Dit is zelfs niet toegestaan in het geval dat er in de lidstaat van statutaire vestiging geen ondernemingsactiviteiten worden ontplooid en de reden voor de oprichting in die lidstaat is gelegen in het vermijden van bepaalde nationale voorschriften. Het HvJ EG oordeelde derhalve dat het feit dat Centros in het Verenigd Koninkrijk geen enkele bedrijfsactiviteit heeft verricht, irrelevant is voor haar recht van vrije vestiging.⁶⁸ Met deze uitlegging wordt echter niet de mogelijkheid uitgesloten dat autoriteiten van de betrokken lidstaten maatregelen kunnen treffen ter bestrijding van fraude.⁶⁹ Begrenzungen aan de vrijheid van vestiging zijn immers toelaatbaar indien er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang⁷⁰, verstoring van de openbare orde of bestrijding van misbruik.⁷¹ Hiervoor dient echter wel het bewijs van misbruik in concreto geleverd te kunnen worden.

Het Centros-arrest is van betekenis, aangezien het HvJ EG concludeert dat “mailbox-companies” zijn toegestaan indien deze rechtsgeldig zijn opgericht naar het recht van de oprichtingslidstaat. Zodoende creëert het HvJ EG het besef in Europa dat er weldegelijk concurrentie mogelijk is op de ‘incorporatiemarkt’.⁷² In de daaropvolgende jaren is er dan ook een sterke stijging waar te nemen van ondernemingen uit diverse EU-lidstaten die gebruik maken van de ‘private limited company’ uit het Verenigd Koninkrijk.⁷³ Bovendien verklaart het Hof de criteria uit het Gebhard-arrest nu ook van toepassing op de vennootschappen. Maatregelen die mogelijk de vestigingsvrijheid hinderen, zijn uitsluitend toegestaan indien zij aan deze criteria voldoen.

Benoemingswaardig is echter ook de discussie die in de rechtsliteratuur is ontstaan over de vraag of het HvJ EG met de Centros-uitspraak de incorporatieleer heeft geprefereerd boven de

⁶⁸ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48, r.o. 11 (Centros). Het Segers-arrest dwong al tot deze conclusie. HvJ EG 10 juli 1986, nr. C-79/85, *Jur.* 1986, p. 2375 (Segers).

⁶⁹ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48, r.o. 38 en 39 (Centros).

⁷⁰ Maatregelen die de fundamentele vrijheden kunnen belemmeren, zijn toelaatbaar indien er wordt voldaan aan vier voorwaarden: de maatregelen moeten zonder discriminatie worden toegepast, gerechtvaardigd zijn door dwingende reden van algemeen belang, passend zijn voor de verwezenlijking van het beoogde doel en niet verder gaan dan voor het bereiken van het beoogde doel noodzakelijk is. Deze criteria komen voort uit vaste rechtspraak van het Hof, onder andere HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, *Jur.* 1995, p. 4165, r.o. 37 (Gebhard). Zie ook: M.M.A. van Daelen en J.H. Huybens, ‘Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2010-4, p. 102.

⁷¹ HvJ EG 5 oktober 2004, nr. C-442/02, *NJ* 2005, 267 (CaixaBank France) en HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, *NJ* 2007, 186 (Cadbury Schweppes).

⁷² A.F.M. Dorresteyn en B. Verkerk, ‘Nakaarten over Cartesio. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting’, *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 60 en M. Becht, L. Enriques en V. Korom, ‘Centros and the Cost of Branching’, *Journal of Corporate Law Studies* 2009-1, p. 172.

⁷³ M.P. Nieuwe Weme e.a., *Handboek openbaar bod*, Deventer: Kluwer 2008, p. 14.

werkelijke zetelleer. Zo is de heersende gedachte dat het HvJ EG inderdaad ten voordele van de incorporatieleer heeft geoordeeld.⁷⁴ Echter, Ebke is van mening dat in de Centros-uitspraak geen enkel standpunt wordt ingenomen ten aanzien van de twee aanknopingspunten.⁷⁵ Daarnaast heeft het Hof in het Daily Mail-arrest nadrukkelijk aangegeven geen voorkeur in te nemen ten aanzien van deze twee ‘leren’.⁷⁶ Vooralsnog kan hierover nog geen uitsluitsel worden gegeven.

3.3 Erkenning rechtspersoonlijkheid en rechtsbevoegdheid

Een geschil tussen de Nederlandse vennootschap *Überseering BV* en het Duitse aannemersbedrijf *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* leidt tot het indienen van een schadevordering tegen NCC bij het Landesgericht te Düsseldorf.⁷⁷ Echter, naar Duits recht is de werkelijke zetel van *Überseering* reeds voor het proces verplaatst naar Düsseldorf, daar al de aandelen van *Überseering* in handen waren gekomen van Duitse onderdanen tevens inwoners.⁷⁸ Om die reden meenden het Landesgericht, en later ook het Oberlandesgericht, dat *Überseering* geen aanspraak kon maken op zijn rechts- en procesbevoegdheid.⁷⁹ Zij weigerden derhalve deze zaak in behandeling te nemen, waardoor *Überseering* haar vordering op NCC niet in rechte kon afdwingen. Uiteindelijk leidde ook deze zaak tot een prejudiciële procedure bij het HvJ EG. Daarin oordeelt het Hof dat de weigering van een lidstaat om de rechtsbevoegdheid van een rechtsgeldig opgerichte vennootschap te erkennen, om die reden dat de werkelijke zetel verplaatst is als gevolg van een aandelenverwerving door de onderdanen van die lidstaat, een beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt die in beginsel onverenigbaar is met artikel 43 en 48 EG-verdrag (huidige artikel 49 en 54 VwEU). Het Hof acht het daarmee onredelijk dat de vennootschap uitsluitend rechtsbevoegdheid zou toekomen indien zij opnieuw wordt opgericht volgens het recht van die lidstaat. Het Hof bepaalt:

⁷⁴ Zie J.C. Dammann, ‘Freedom of Choice in European Corporate Law’, *The Yale Journal of International Law* 2004-2, p. 480 en L.F.A. Steffens, ‘Strijd tussen de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel – de vrijheid van vestiging in Europa volgens het Hof van Justitie’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004-1, p. 48.

⁷⁵ W.F. Ebke, ‘Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH’, *Juristenzeitung* 1999-13, p. 658.

⁷⁶ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 14 (Daily Mail).

⁷⁷ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (*Überseering*).

⁷⁸ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58, r.o. 5 (*Überseering*) en A.F.M. en B. Verkerk, ‘Nakaarten over Cartesio. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting’, *Onderneming en Financiering* 2009(17)-2, p. 60.

⁷⁹ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58, r.o. 5 en 10 (*Überseering*).

“Wanneer een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht en aldaar haar statutaire zetel heeft, gebruik maakt van de vrijheid van vestiging in een andere lidstaat, moet laatstbedoelde staat overeenkomstig de artikelen 43 en 48 EG-verdrag de rechtsbevoegdheden en, bijgevolg, de procesbevoegdheid die deze vennootschap aan het recht van de lidstaat van oprichting ontleent, erkennen.”⁸⁰

Met deze uitspraak wordt de ingezette lijn van het Centros-arrest doorgetrokken in de jurisprudentie van het HvJ EG. Echter, waar de uitspraak in het Centros-arrest zich nog beperkte tot de secundaire vestigingsvrijheid, namelijk het oprichten van een filiaal in een andere lidstaat, wordt dit in het Überseering-arrest verruimd naar de primaire vestigingsvrijheid. Indien de rechts- en procesbevoegdheid niet toegekend wordt aan een, naar het recht van de oprichtingslidstaat, rechtsgeldig opgerichte vennootschap, dan is er sprake van een belemmering van de primaire vestigingsvrijheid. Het HvJ EG oordeelt daarin dat de beoordeling van de rechtsbekwaamheid van de vennootschap dient te geschieden op basis van het recht van de lidstaat van incorporatie. Alhoewel het Hof geen uitlating doet of met deze beslissing al dan niet afscheid wordt genomen van de werkelijke zetelleer, maakt de incorporatietheorie naar aanleiding van deze uitspraak zijn intrede in het internationaal privaatrecht van de lidstaten en de gemeenschap.⁸¹ Naar aanleiding van Centros en Überseering concluderen wetenschappers, die een ruime interpretatie geven aan de uitspraak, dat er een absolute vrijheid geldt voor ondernemingen.⁸² Uit het bovenstaande citaat leiden zij af dat de incorporatieleer wordt geprefereerd boven de werkelijke zetelleer. Dit kan tot gevolg hebben dat er een Amerikaansgelijke situatie van regulatory competition ontstaat tussen de diverse nationale vennootschappelijke wetgevingen.⁸³

Gildea is echter van mening dat het onwaarschijnlijk is dat de Überseering-uitspraak een dusdanig impact heeft dat de werkelijke zetelleer wordt verbannen. Met de Überseering-uitspraak ontstaat namelijk nog geen vrij recht van vertrek voor alle ondernemingen uit de lidstaat van incorporatie. Daarnaast bevat het SE-Statuut en de Veertiende Richtlijn nog

⁸⁰ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, NJ 2003, 58, r.o. 95 (Überseering).

⁸¹ I. Thoma, 'ECJ, 5 november 2002, Case C-208/00 Überseering BV v. NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH - The Überseering ruling: a tale of serendipity', *European Review of Private Law* 2003-3, p. 545.

⁸² Zie M. Ebers, 'Company Law in Member States against the Background of Legal Harmonisation and Competition between Legal Systems', *European Review of Private Law* 2003-4, p. 511-512.

⁸³ I. Thoma, 'ECJ, 5 november 2002, Case C-208/00 Überseering BV v. NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH - The Überseering ruling: a tale of serendipity', *European Review of Private Law* 2003-3, p. 552.

aspecten die betrekking hebben op de werkelijke zetelleer.⁸⁴ De uitspraak van het HvJ EG zal daarentegen, volgens Gildea, wel leiden tot “forumshopping-verschijnselen” over de landgrenzen heen, wat volgens haar resulteert in een race to the bottom.⁸⁵ Echter, ook hierover valt te twisten. In de Verenigde Staten van Amerika is een dergelijke discussie al decennia gaande. Waar wetenschappers enerzijds stellen dat het een negatieve invloed heeft op de kwaliteit van het recht (race to the bottom), stellen anderen juist dat competitiviteit tot verbetering van het juridisch kader zal leiden (race to the top).⁸⁶

Rammeloo is in dezen dezelfde mening toegedaan als het HvJ EG. Hij is van mening dat de uitspraak van het Hof overeenstemt met de thans geldende context van een toenemende grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen.⁸⁷

3.4 Belemmering van de vrijheid van vestiging

In 2000 werd de Limited *Inspire Art* naar Brits recht opgericht door een onderdaan en inwoner van Nederland voor zijn werkzaamheden op het gebied van de kunsthandel.⁸⁸ Inspire Art beschikt over een filiaal in Amsterdam, dat is ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna te noemen: KvK) in Amsterdam, zonder dat daarbij vermeldt wordt dat Inspire Art “een formeel buitenlandse vennootschap” betreft in de zin van artikel 1 Wet op formeel buitenlandse vennootschappen (hierna te noemen: WFBV). De KvK is van mening dat hierdoor de inschrijving onvolledig tot stand is gekomen.⁸⁹ Inspire Art heeft tot dan toe uitsluitend werkzaamheden verricht in Nederland, waardoor de KvK het Kantongerecht in Amsterdam gelast om de vermelding “formeel buitenlandse vennootschap” in de zin van artikel 1 WFBV toe te voegen aan de inschrijving, hetgeen enkele wettelijke verplichtingen oplegt aan de vennootschap.⁹⁰ Het doel van deze vermelding met bijbehorende

⁸⁴ A.J. Gildea, ‘Überseering: A European Company Passport’, *HeinOnline - Brooklyn Journal of International Law* 2004/2005-30, p. 288-289.

⁸⁵ A.J. Gildea, ‘Überseering: A European Company Passport’, *HeinOnline - Brooklyn Journal of International Law* 2004/2005-30, p. 289-290.

⁸⁶ Zie H. de Wulf, ‘Centros: vrijheid van vestiging zonder race to the bottom’, *Financial Law Institute Universiteit van Gent* 1999, p. 19-20. In de Amerikaanse discussie staat vooral het zogenaamde “Delaware-effect” centraal. De staat Delaware heeft namelijk aan het langste eind getrokken in de interstatelijke competitie om het gunstigste vennootschapsrecht. De helft van alle re-incorporaties en de helft van alle beursgenoteerde vennootschappen zijn inmiddels geïncorporeerd in Delaware. Dit wordt uitgebreider besproken in paragraaf 3.7 van dit hoofdstuk.

⁸⁷ S.F.G. Rammeloo, ‘HvJ EG Zaak 208/00 Überseering: de “long and winding road” naar vestigingsvrijheid voor rechtspersonen in de Europese Unie’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2003-6521, p. 154.

⁸⁸ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155, r.o. 34 (Inspire Art).

⁸⁹ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 r.o. 35 en 36 (Inspire Art).

⁹⁰ Het gaat daarbij onder andere om bijkomende administratieve verplichtingen (o.a. artikel 2 en 3 WFBV) en minimum kapitaalverplichtingen (artikel 4 WFBV).

plichten was gelegen in het beschermen van schuldeisers tegen insolventie van buitenlandse vennootschappen. Inspire Art was echter van mening dat zij ten eerste niet aan de vereisten van artikel 1 WFBV voldeed, maar belangrijker in deze scriptie, dat deze bepaling in strijd was met de vrijheid van vestiging uit het VwEU.⁹¹ Deze vraag wordt in een prejudiciële procedure voorgelegd aan het HvJ EG.⁹² Het Hof stelt hierbij Inspire Art in het gelijk dat een nationale regeling als de WFBV in strijd is met de vestigingsvrijheid, aangezien het een filiaal van een rechtsgeldig opgerichte vennootschap (naar het recht van een andere lidstaat) belemmerd in zijn vrijheid door het stellen van de bijkomende verplichtingen. Daarnaast bepaalt het HvJ EG dat de openbaarmakingsplicht voor bijkantoren binnen de Europese Unie is geharmoniseerd in de Elfde Richtlijn, met als doel om het secundaire vestigingsrecht te uniformeren.⁹³ Er wordt derhalve een maximumharmonisatie beoogd, waardoor het de Nederlandse wetgever niet is toegestaan om bijkomende openbaarmakingsplichten voor bijkantoren te formuleren dan deze waarin de richtlijn voorziet.⁹⁴

Het enkele feit dat de vennootschap vrijwel geen werkzaamheden uitoefent buiten Nederland, is volgens het Hof geen aanleiding om de vestigingsvrijheid te belemmeren. Met betrekking tot de voorwaarden waaronder een belemmerende maatregel is toegestaan, volgt het Hof eenzelfde redenering als in het Centros-arrest.⁹⁵

Inspire Art is niet meer dan een bevestiging van de eerdere uitspraken van het HvJ EG inzake Centros en Überseering.⁹⁶ Nogmaals oordeelt het Hof dat er geen voorwaarden mogen worden opgelegd door lidstaten die mogelijk het fundamentele recht op vrije vestiging belemmeren. Dit is slechts mogelijk indien de voorwaarden voldoen aan de criteria die voortkomen uit het Centros-arrest.

3.5 Grensoverschrijdende juridische fusie

De Duitse vennootschap *Sevic Systems* en de in Luxemburgse gevestigde *Security Vision Concept SA* hebben in 2002 een fusieovereenkomst gesloten met als doel ontbinding zonder

⁹¹ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 r.o. 19 sub 1 (Inspire Art).

⁹² HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art).

⁹³ Richtlijn 89/666/EG van de Raad van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een Lid-Staat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen (Elfde Richtlijn).

⁹⁴ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155, r.o. 143 (Inspire Art).

⁹⁵ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155, r.o. 143 (Inspire Art).

⁹⁶ Dorresteyn en Verkerk stellen in dezen dat de uitkomst van het Inspire Art-arrest niet erg verrassend is na het Centros-arrest. A.F.M. Dorresteyn en B. Verkerk, 'Nakaarten over Cartesio. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting', *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 61

liquidatie van Security Vision Concept SA en overdracht onder algemene titel van het vermogen van de vennootschap aan Sevic Systems.⁹⁷ Het Duitse vennootschapsrecht voorziet echter uitsluitend in fusies tussen vennootschappen die gezeteld zijn in Duitsland, waardoor de inschrijving van de fusie met de Luxemburgse vennootschap werd geweigerd door het Amtsgericht Neuwied.⁹⁸ Gezien het feit dat er in Duitsland geen algemene regels bestaan voor grensoverschrijdende fusies, worden interne fusies en grensoverschrijdende fusies in Duitsland verschillend behandeld.⁹⁹ Sevic Systems kan zich hiermee echter niet verenigen en komt in beroep bij Landesgericht Koblenz, die van mening is dat hierover alleen een oordeel geveld kan worden nadat er uitlegging is gegeven aan de vestigingsvrijheid uit het VwEU met betrekking tot grensoverschrijdende fusies. Derhalve wordt in dit kader een prejudiciële procedure gestart bij het HvJ EG.¹⁰⁰ Het Hof oordeelt vervolgens dat artikel 43 en 48 EG (oud; huidige artikel 49 en 54 VwEU) eveneens van toepassing zijn op grensoverschrijdende fusies vergelijkbaar met deze casus. Grensoverschrijdende fusies dragen namelijk bij aan de behoeften aan samenwerking en reorganisatie van vennootschappen in verschillende lidstaten en dat bevordert de werking van de interne markt.¹⁰¹ Het Hof bepaalt derhalve dat het feit dat op grond van nationale voorschriften in Duitsland geen gebruik kan worden gemaakt van dit instrument tot omzetting van vennootschappen, enkel om die reden dat één van de vennootschappen in een andere lidstaat gezeteld is, een ongelijke behandeling van vennootschappen met zich meebrengt.¹⁰² Een zodanig onderscheid vormt ingevolge een beperking in de zin van artikel 43 en 48 EG (oud; huidige artikel 49 en 54 VwEU). Ook in dit geval herhaalt het Hof de criteria uit het Gebhard-arrest ter eventuele rechtvaardiging van de beperking. In casus wordt echter geoordeeld dat er geen sprake is van een dwingende reden van algemeen belang.¹⁰³

Kern van de uitspraak inzake Sevic Systems is dat een grensoverschrijdende fusie is toegestaan indien eenzelfde fusie vanuit het nationale oogpunt mogelijk is. Het enkele feit dat een buitenlandse vennootschap deelneemt aan die fusieovereenkomst (en daardoor verdwijnt) vormt daarvoor geen belemmering. Het arrest heeft derhalve tot gevolg dat grensoverschrijdende juridische fusies op eenzelfde wijze behandeld dienen te worden als een

⁹⁷ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 6 (Sevic).

⁹⁸ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 2 en 7 (Sevic).

⁹⁹ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 13 en 14 (Sevic).

¹⁰⁰ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 9 en 10 (Sevic).

¹⁰¹ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 19 (Sevic).

¹⁰² HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 22 (Sevic).

¹⁰³ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 28 (Sevic).

juridische fusie tussen vennootschappen binnen dezelfde lidstaat. Logischerwijs is Van der Sangen van mening dat de rechtsregel van *Sevic* dusdanig geïnterpreteerd kan worden dat lidstaten in hun nationale fusierecht niet mogen bepalen dat er strengere voorwaarden gelden voor grensoverschrijdende fusies dan voor interne nationale fusies.¹⁰⁴ Na voorgaande besproken arresten, is het *Sevic*-arrest een herbevestiging van het HvJ EG dat grenzeloze mobiliteit van ondernemingen noodzakelijk is voor de totstandkoming van de interne markt.¹⁰⁵ De reikwijdte van het arrest strekt zich derhalve uit tot zowel de mogelijkheid van een inbound fusieovereenkomst als de mogelijkheid van een outbound fusieovereenkomst.¹⁰⁶

Merkwaardig is dat het HvJ EG uitspraak deed inzake het *Sevic*-arrest, terwijl er destijds geen enkele harmonisatie bestond in de wetgeving betreffende grensoverschrijdende fusies.¹⁰⁷ Het HvJ EG oordeelde echter dat het al dan niet bestaan van dergelijke harmonisatieregels niet als voorwaarde geldt voor de uitoefening van het recht van vrije vestiging.¹⁰⁸ Zodoende heeft het Hof met de *Sevic*-uitspraak een voorsprong genomen op de introductie van de Tiende Richtlijn¹⁰⁹ betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.¹¹⁰ Hierdoor ontstond de vraag of de Tiende Richtlijn, alvorens zijn invoering, reeds achterhaald werd door het arrest. Het toepassingsbereik van *Sevic* is namelijk ruimer dan die van de Tiende Richtlijn, aangezien deze laatste uitsluitend geldt voor kapitaalvennootschappen. Daarnaast is de Nederlandse wetgeving met betrekking tot fusies (en splitsingen)¹¹¹ van toepassing op de rechtspersonen van Boek 2. Deze rechtspersonen (ruimer dan uitsluitend kapitaalvennootschappen) kunnen dus grensoverschrijdend fuseren op basis van het *Sevic*-arrest. Rechtspersonen die daarentegen niet onder het toepassingsbereik van Boek 2 BW

¹⁰⁴ G.J.H. van der Sangen, 'Grenzeloze mobiliteit van ondernemingen na het *Sevic*-arrest', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2006-5, p. 181. Hiermee worden onder andere striktere voorwaarden bedoeld met betrekking tot crediteurenbescherming, bescherming van minderheidsaandeelhouders en schuldeisers, evenals voorwaarden voor de inschrijving in het handelsregister.

¹⁰⁵ G.J.H. van der Sangen, 'Grenzeloze mobiliteit van ondernemingen na het *Sevic*-arrest', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2006-5, p. 178.

¹⁰⁶ Een inbound fusie betreft een fusie, waarbij de buitenlandse vennootschap verdwijnt en wordt ondergebracht onder de nationale vennootschap. Met de outbound fusie wordt de tegenovergestelde situatie bedoeld.

¹⁰⁷ G.J.H. van der Sangen, 'Grenzeloze mobiliteit van ondernemingen na het *Sevic*-arrest', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2006-5, p. 178.

¹⁰⁸ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 26 (*Sevic*).

¹⁰⁹ Richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 (PbEG 2005, L 310/1) betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

¹¹⁰ G.J.H. van der Sangen, 'Grenzeloze mobiliteit van ondernemingen na het *Sevic*-arrest', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2006-5, p. 178 en W.J.M. van Veen, 'Hof van Justitie EG over vestigingsvrijheid en grensoverschrijdende fusies; de fusierichtlijn vóór invoering achterhaald?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2006-6657, p. 183-184.

¹¹¹ Vastgelegd in Boek 2, titel 7 BW.

vallen, zoals een VOF, zijn derhalve uitgesloten van de mogelijkheid tot een nationale en grensoverschrijdende fusie.

Echter, Rovers is van mening dat de Tiende Richtlijn niet overbodig kan worden verklaard, aangezien daarin regelingen zijn getroffen voor onder andere de medezeggenschap van werknemers.¹¹² Een dergelijke regeling zou mogelijk op eenzelfde wijze kunnen worden toegepast bij fusies op basis van het Sevic-arrest. Daarnaast beargumenteert Van Boxel dat de invoering van een dergelijke richtlijn heeft bijgedragen aan de rechtszekerheid omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing. De richtlijn geeft immers antwoord op diverse onduidelijkheden voortvloeiend uit de jurisprudentie van het HvJ EG.¹¹³

Een nadeel van het arrest is dat het mogelijkerwijs zou kunnen leiden tot een coördinatieprobleem, gezien het feit dat steeds de regels van nationaal recht met betrekking tot fusies dienen te worden toegepast.¹¹⁴ De moeilijkheid bij een grensoverschrijdende fusie zit namelijk in het feit dat er meerdere jurisdicties bij betrokken zijn. Hierdoor rijst de vraag welk rechtstelsel prevaleert en dus van toepassing is op de fusie.¹¹⁵

Tot 2005 was een grensoverschrijdende fusie niet toegestaan onder het Nederlands recht. Deze mogelijkheid was op dat moment uitsluitend aanwezig voor de Naamloze Vennootschap via de oprichting van een Europese Vennootschap (SE). Na het Sevic-arrest bestaat de mogelijkheid voor alle rechtsvormen van Boek 2 BW om grensoverschrijdend te fuseren.

3.6 Prefereert de incorporatieleer ten opzichte van de werkelijke zetelleer?

Na bespreking van bovenstaande arresten, kan worden geconcludeerd dat vooral na de arresten Centros en Überseering in de rechtsliteratuur de heersende gedachte is ontstaan dat het HvJ EG de incorporatieleer heeft geprefereerd boven de werkelijke zetelleer.¹¹⁶ Dit hoewel het Hof in geen enkel arrest een expliciete uitlating heeft gedaan over een mogelijke

¹¹² J.M. Rovers, 'Grensoverschrijdende fusie na Sevic: de Tiende Richtlijn voorbij?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2006-5/6, p. 136.

¹¹³ H.J.M.M. van Boxel, *Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 52-55.

¹¹⁴ J.M. Rovers, 'Grensoverschrijdende fusie na Sevic: de Tiende Richtlijn voorbij?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2006-5/6, p. 136.

¹¹⁵ Er geldt namelijk een "eenheidsleer" die bepaalt dat op de vennootschap slechts één rechtstelsel van toepassing kan zijn.

¹¹⁶ Zie J.C. Dammann, 'Freedom of Choice in European Corporate Law', *The Yale Journal of International Law* 2004-2, p. 480 en L.F.A. Steffens, 'Strijd tussen de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel – de vrijheid van vestiging in Europa volgens het Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004-1, p. 48.

voorkeur voor één van beide leren. In het Daily Mail-arrest heeft het HvJ EG zelfs nadrukkelijk uitgesproken geen voorkeur in te nemen ten aanzien van deze twee rechtssystemen.¹¹⁷ Er zijn derhalve ook wetenschappers die menen dat het HvJ EG ook in de arresten die op Daily Mail volgen, geen enkel standpunt heeft ingenomen in dit opzicht.¹¹⁸

Wel oordeelde het HvJ EG dat de beoordeling van de rechtsbekwaamheid van de vennootschap dient te geschieden op basis van het recht van de lidstaat van incorporatie. Hiermee maakt de incorporatieleer zijn intrede in het internationaal privaatrecht van de lidstaten en de gemeenschap.¹¹⁹

De conclusie die hieruit getrokken kan worden, is dat er thans nog geen duidelijkheid bestaat welk rechtstelsel de voorkeur verdient. Daarmee kunnen we eveneens concluderen dat er met de uitspraken van het HvJ EG nog altijd geen afscheid is genomen van één van beide leren. Desalniettemin laat het Hof uit de gewezen arresten wel blijken dat zij het vrije recht van vestiging zoveel mogelijk wil uitbreiden. Derhalve kan opgemerkt worden dat lidstaten die een strengere toepassing hanteerden van de werkelijke zetelleer, zoals Duitsland, door het Hof zijn “teruggefloten”. Het Duitse recht had strikte regels ten aanzien van de werkelijke zetelleer, aldaar buitenlandse vennootschappen die de werkelijke ondernemingsactiviteiten ontplooiden in Duitsland rechtsonbekwaam werden verklaard.¹²⁰ Een dusdanig strenge toepassing is onhoudbaar geworden na de uitspraken van het HvJ EG in voornoemde arresten. Zo dienen buitenlandse rechtspersonen erkend te worden door de lidstaat van ontvangst indien deze rechtspersonen rechtsgeldig zijn opgericht naar het recht van de lidstaat van incorporatie. Dit houdt in dat een inschrijving van een bijkantoor in de lidstaat van ontvangst niet geweigerd mag worden¹²¹, een dergelijke vennootschap niet onttrokken mag worden aan zijn procesbevoegdheid en rechtspersoonlijkheid¹²² en er geen nationale voorwaarden mogen worden opgelegd die een inbound zetelverplaatsing of fusie van een buitenlandse vennootschap belemmeren ten opzichte van de binnenlandse vennootschap¹²³. Dit laatste is slechts toegestaan indien er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang of ter

¹¹⁷ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 14 (Daily Mail).

¹¹⁸ Zie W.F. Ebke, ‘Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH’, *Juristenzeitung* 1999-13, p. 658 en A.J. Gildea, ‘Überseering: A European Company Passport’, *HeinOnline - Brooklyn Journal of International Law* 2004/2005-30, p. 288-289.

¹¹⁹ I. Thoma, ‘ECJ, 5 november 2002, Case C-208/00 Überseering BV v. NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH - The Überseering ruling: a tale of serendipity’, *European Review of Private Law* 2003-3, p. 545.

¹²⁰ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering).

¹²¹ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros).

¹²² HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering).

¹²³ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art) en HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33 (Sevic).

bestrijding van misbruik.¹²⁴ In voornoemde arresten vindt het Hof de bescherming van crediteuren door het stellen van minimumkapitaalvereisten geen dwingende reden van algemeen belang om beperkingen op te leggen.¹²⁵

3.7 Regulatory competition tussen de lidstaten

Met bovenstaande uitspraken heeft het HvJ EG ondernemers de vrijheid geboden om te opereren op de interne markt. Het is voor hen mogelijk gemaakt om zonder juridische belemmeringen een vennootschap op te richten en ondernemingsactiviteiten te ontplooiën buiten de eigen lidstaat. Het HvJ EG heeft daarmee het vrije recht van vestiging aanzienlijk uitgebreid en mogelijkheden geboden voor corporate mobility binnen de interne markt.¹²⁶ Daaruit vloeit de mogelijkheid voort voor lidstaten om het meest gunstige vennootschapsrecht te creëren om vennootschappen naar de eigen lidstaat te bewegen, oftewel om over te gaan tot regulatory competition. In de rechtsliteratuur zijn twee groepen te onderscheiden als het gaat over de toegevoegde waarde van regulatory competition. Enerzijds zijn er de voorstanders, die van mening zijn dat een onderlinge competitie tussen lidstaten zal leiden tot een “race to the top”, oftewel het “California effect”.¹²⁷ Kortom ondersteunen zij de stelling dat hoe meer wetgevende competitie er is tussen de lidstaten, hoe beter de kwaliteit van het recht zal worden. Daarbij stelt Winter dat regulatory competition een impuls geeft aan (de wetgevende autoriteit van) lidstaten om innovatief te zijn en optimale regels en wetgeving te ontwikkelen. Zijns inziens wordt de keuze van de oprichter c.q. bestuurder van de vennootschap beïnvloed door het vennootschapsrecht van een lidstaat die tot doel heeft om het “welzijn” van de aandeelhouders te maximaliseren.¹²⁸ Dit standpunt wordt gesteund door empirisch onderzoek van Sanjai en Romano in 2005.¹²⁹

¹²⁴ HvJ EG 5 oktober 2004, nr. C-442/02, *NJ* 2005, 267 (CaixaBank France) en HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, *NJ* 2007, 186 (Cadbury Schweppes).

¹²⁵ Ook al kan de bescherming van crediteuren – evenals de bescherming van minderheidsaandeelhouders en werknemers – als een dwingende reden van algemeen belang worden beschouwd (HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58, r.o. 92 (Überseering), HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 28 (Sevic)), dan nog geldt het vereiste dat de betrokken maatregel geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en niet verdergaand is dan daarvoor nodig is. Dit laatste is zeer recent nog bevestigd in het *Duomo Gpa*-arrest (HvJ EU 10 mei 2012, nr. C-357/10, *PbEU* 2012, C 184).

¹²⁶ G.J.H. van der Sengen, ‘Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 98.

¹²⁷ Winter was de eerste auteur die een dergelijk effect binnen het vennootschapsrecht constateerde. R.K. Winter, ‘State Law, Shareholder Protection and the Theory of the Corporation’, *Journal of Legal studies* 1977-6, p. 251-292.

¹²⁸ Winter stelt dat aandeelhouders de “drijfveer” van de vennootschap zijn. Immers, indien het toepasselijke vennootschapsrecht niet aantrekkelijk is voor aandeelhouders, zullen bedrijven minder aandeelhouders – en dus minder geld – aantrekken. Als gevolg hiervan kan de waarde van de aandelen dalen, waardoor het bestuur het risico loopt om “buitenspel” te worden gezet middels een overname. R.K. Winter, ‘State Law,

Anderzijds zijn er tegenstanders van dit fenomeen, die juist beweren dat de onderlinge wetgevende competitie zal leiden tot een “race to the bottom” oftewel het “Delaware effect”.¹³⁰ Zij vrezen dat de totstandkoming van regulatory competition binnen de interne markt negatieve gevolgen heeft voor bepalingen ten aanzien van crediteurenbescherming, bescherming van minderheidsaandeelhouders en werknemers. Cary stelt immers dat regulatory competition ertoe leidt dat lidstaten (waaronder Delaware) het vennootschapsrecht zoveel mogelijk aanpassen ten gunste van het bestuur van de vennootschap teneinde deze te overtuigen om de vennootschap in de betreffende lidstaat te incorporeren. Daarbij wordt volgens Cary nauwelijks of geen rekening gehouden met de belangen van onder andere aandeelhouders. Volgens deze theorie is competitie dus geen effectief middel om de kwaliteit van het recht te verbeteren.¹³¹

Vermeulen is in dezen van mening dat regulatory competition weldegelijk een impuls kan geven voor de ontwikkeling van innovatieve wetgeving, welke een positieve invloed kan hebben op de kwaliteit van het recht. Hierbij merkt hij echter op dat er op bepaalde niveaus een kader dient te worden gecreëerd ter begrenzing van regulatory competition.¹³²

Om een meer concreet beeld te krijgen van de vestigingsvrijheid binnen de interne markt, wordt in hoofdstuk 4 de Cartesio rechtspraak geanalyseerd. Daaropvolgend wordt terug gekomen op de mogelijke aanwezigheid van regulatory competition binnen de interne markt en de gevolgen daarvan.

3.8 Tussenconclusie

In de kern van de besproken mijlpaalarresten staat de vraag centraal of belemmeringen omtrent de mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing getoetst kunnen worden aan het VwEU en derhalve beschouwd kunnen worden als uitoefening van het vrije recht van vestiging ex artikel 49 en 54 VwEU. In het Daily Mail-arrest oordeelde het HvJ EG dat de

Shareholder Protection and the Theory of the Corporation’, *Journal of Legal studies* 1977-6, p. 251-292 en E.P.M. Vermeulen, *The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States* (diss. Universiteit van Tilburg), Kluwer Law International, p. 75.

¹²⁹ B. Sanjai en R. Romano, ‘Empirical Studies of Corporate Law’, *Handbook of Law and Economics* 2007-2, p. 958 en 970-971.

¹³⁰ William Cary kan gezien worden als starter van het debat omtrent regulatory competition. Cary is aanhanger van de race-to-the-bottom theorie en later hebben velen auteurs hem hierin gevolgd. W.L. Cary, ‘Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware’, *Yale Law Journal* 1974-83, p. 663-705.

¹³¹ W.L. Cary, ‘Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware’, *Yale Law Journal* 1974-83, p. 663-705, E.P.M. Vermeulen, *The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States* (diss. Universiteit van Tilburg), Kluwer Law International, p. 75 en K. Heine, ‘Regulatory Competition between Company Laws in the European Union: the Überseering Case’, *Intereconomics* 2003-maart/april, p. 103-105.

¹³² E.P.M. Vermeulen, *The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States* (diss. Universiteit van Tilburg), Kluwer Law International, p. 99-101.

mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing buiten de reikwijdte van het VwEU valt en derhalve een nationale aangelegenheid betrof.¹³³ Echter, in de analyse van de daaropvolgende arresten blijkt het HvJ EG hier enigszins op terug te komen, aldaar het HvJ EG in het *Überseering*-arrest wel toetst aan het vrije vestigingsrecht ex artikel 49 en 54 VwEU. Hiermee onderscheidt het HvJ EG de *inbound zetelverplaatsingen*, waarbij de vestigingslidstaat geen inreisbelemmeringen mag opleggen¹³⁴, van de *outbound zetelverplaatsingen*, waarbij de oprichtingslidstaat de bevoegdheid heeft om te beschikken over het ‘leven en dood’ van de vennootschap¹³⁵. Deze laatste bevoegdheid wordt door het HvJ EG met het *Überseering*-arrest nog altijd in stand gehouden. De uitreisbelemmeringen die door de oprichtingslidstaat werden opgeworpen bleken derhalve ook na het *Überseering*-arrest niet toetsbaar aan het VwEU en zodoende tot de soevereiniteit van de oprichtingslidstaat te behoren.

Verwachtingsvol is er uitgekeken naar een nieuwe uitspraak van het HvJ EG betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Die kwam er met het *Cartesio*-arrest.¹³⁶ Twijfelachtig is echter of dit arrest een echte doorbraak betreft als het gaat om grensoverschrijdende zetelverplaatsing. In hoofdstuk 4 van deze masterscriptie zal dit nader worden onderzocht.

¹³³ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 24 (Daily Mail).

¹³⁴ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (*Überseering*).

¹³⁵ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 19 (Daily Mail).

¹³⁶ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (*Cartesio*).

4. Cartesio

Twee decennia na de Daily Mail-uitspraak krijgt het Hof andermaal de mogelijkheid om te oordelen of een door de oprichtingslidstaat opgeworpen belemmering omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan worden getoetst aan artikel 49 VwEU. Ditmaal luidt het antwoord bevestigend, waardoor Daily Mail een groot deel van haar belang verliest.¹³⁷

Het is echter nog niet uitgekristalliseerd of en in hoeverre het Cartesio-arrest ook daadwerkelijk de deuren opent voor grensoverschrijdende omzetting en zetelverplaatsing. Hierover is thans een hevige discussie gaande in de rechtsliteratuur.

4.1 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt

De naar Hongaars recht opgerichte commanditaire vennootschap Cartesio Oktató és Szolgáltató bt (verder te noemen: ‘Cartesio’) was voornemens haar operationele bestuurscentrum te verplaatsen van Hongarije naar Italië, waarbij zij haar hoedanigheid van vennootschap naar Hongaars recht wilde behouden. Hiervoor heeft Cartesio de regionale handelsrechtbank van Hongarije op 11 november 2005 verzocht om het nieuwe vestigingsadres in te schrijven in het handelsregister.¹³⁸ Echter, het Hongaars vennootschapsrecht is gebaseerd op de werkelijke zetelleer, waardoor een dusdanige grensoverschrijdende zetelverplaatsing met behoud van het toepasselijke vennootschapsrecht niet wordt gefaciliteerd. Derhalve weigert de regionale handelsrechtbank van Hongarije de inschrijving van het Italiaans vestigingsadres in het handelsregister.¹³⁹ Cartesio is daarentegen van mening dat het niet verenigbaar is met artikel 49 en 54 VwEU dat het Hongaars vennootschapsrecht de vennootschap verplicht om gezeteld te blijven in Hongarije.¹⁴⁰ Dit leidt uiteindelijk tot een prejudiciële procedure bij het HvJ EG. Kortom betreft het de vraag of de mogelijkheid bestaat voor een vennootschap om haar zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat binnen de Europese Unie, zonder daarbij het toepasselijke vennootschapsrecht van de oprichtingslidstaat te verliezen. Daarnaast wordt de vraag gesteld of de artikelen 49 en 54 VwEU aldus dienen te worden uitgelegd dat nationale regelingen, die eraan in de weg staan

¹³⁷ J.W. Bellingwout, ‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’, *Weekblad fiscaal recht* 2009-6800, p. 222.

¹³⁸ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 23 (Cartesio).

¹³⁹ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 24 (Cartesio).

¹⁴⁰ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 26 (Cartesio). Cartesio beroept zich hierbij op het eerder besproken Sevic-arrest.

dat de vennootschap haar zetel naar een andere lidstaat van de Europese Unie verplaatst, onverenigbaar zijn met het vennootschapsrecht.¹⁴¹

4.2 Conclusie advocaat-generaal Poiares Maduro

Alvorens de uitspraak van het HvJ EG toe te lichten en te analyseren, dient gerefereerd te worden aan de voorafgaande, niet-bindende conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro. Uit de omschreven situatie omtrent Cartesio blijkt dat de Hongaarse regering van mening is dat de outbound grensoverschrijdende zetelverplaatsing niet onder de werkingssfeer van het VwEU valt en derhalve een nationale aangelegenheid betreft.¹⁴² Cartesio, de Commissie en de Nederlandse regering betogen daarentegen dat het Europese Unierecht weldegelijk van toepassing is op de onderhavige casus en stellen ingevolge dat er sprake is van een beperking van het recht van vrije vestiging ex artikel 49 en 54 VwEU. Ook advocaat-generaal Maduro meent, in tegenstelling tot de Hongaarse regering, dat een dergelijke grensoverschrijdende zetelverplaatsing met behoud van hoedanigheid naar het recht van de oprichtingslidstaat, onomstotelijk onder de werkingssfeer van het VwEU dient te vallen. Ter onderbouwing verwijst hij naar het Factortame-arrest, waarin het begrip ‘vestiging’ in de zin van artikel 49 en 54 VwEU wordt gedefinieerd.¹⁴³ Maduro leidt hieruit logischerwijs af dat de verdragsbepalingen betreffende het vrije vestigingsrecht in casu van toepassing zijn gezien het feit dat Cartesio haar economische activiteit voor onbepaalde tijd wil uitoefenen middels een duurzame vestiging van haar operationele bestuurszetel in Italië.

Bovendien is hij van mening dat grensoverschrijdende situaties beduidend minder gunstig worden benaderd dan zuiver nationale situaties. Dit gezien het feit dat de nationale wetgeving van Hongarije een vennootschap toestaat om haar operationele bestuurscentrum enkel binnen de eigen lidstaat te verplaatsen.¹⁴⁴ Met referte naar eerdere rechtspraak wordt geconcludeerd dat dergelijke bepalingen de uitoefening van de vrijheid van verkeer feitelijk discrimineren.¹⁴⁵

¹⁴¹ Voor de exacte bewoordingen van de prejudiciële vragen, zie HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 40 sub 4 (Cartesio).

¹⁴² Deze mening wordt gedeeld door de regeringen van Ierland, Polen, Slovenië en het Verenigd Koninkrijk.

¹⁴³ De definitie van “vestiging” in de zin van artikel 49 en 54 VwEU luidt als volgt: “*de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in een andere lidstaat*”. HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, par. 25 van concl. A-G Poiares Maduro met verwijzing naar HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-221/89, *Jur.* p. I-3905, r.o. 20 (Factortame).

¹⁴⁴ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, nr. 25 van concl. A-G Poiares Maduro.

¹⁴⁵ Maduro refereert onder andere aan het eerder besproken Sevic-arrest. In dit arrest oordeelde het Europese Hof van Justitie dat grensoverschrijdende situaties op eenzelfde manier behandeld dienen te worden als zuiver nationale situaties (HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 22 en 23).

Daarnaast meent Maduro dat het oordeel van het Hof in eerder genoemde mijlpaalarresten¹⁴⁶ niet correleert met het oordeel dat de oprichting en de werking van de vennootschappen uitsluitend worden ingegeven door de nationale vennootschapswetgeving van de betreffende lidstaat.¹⁴⁷ Het Hof heeft zich in voorgaande rechtspraak vooral geconcentreerd op de gevolgen die nationale bepalingen hebben voor de vrijheid van vestiging en toetst of deze gevolgen overeenkomen met het recht van vestiging dat wordt gewaarborgd in het Verdrag.¹⁴⁸ Maduro betoogt dat het ondenkbaar is dat lidstaten de absolute vrijheid hebben om, ongeacht de gevolgen voor de vrijheid van vestiging, over het “leven en dood” van de naar hun recht opgerichte vennootschap te beslissen.¹⁴⁹ Lidstaten zouden in dat geval de vennootschap steeds niet-existent kunnen verklaren indien zij de vrijheid van vestiging wil uitoefenen. Daar komt bij dat het met name voor MKB-vennootschappen een groot voordeel kunnen hebben bij de mogelijkheid tot het verplaatsen van hun operationele bestuurscentrum binnen de Europese Unie, om in een andere lidstaat de ondernemingsactiviteiten te kunnen uitoefenen.¹⁵⁰ De conclusie van Maduro is derhalve dat nationale bepalingen die het de vennootschap onmogelijk maken om haar operationele bestuurscentrum te verplaatsen naar een andere lidstaat niet verenigbaar zijn met de vrijheid van vestiging. Echter, vennootschappen kunnen in geval van dwingende reden van algemeen belang of ter voorkoming van misbruik wel bepaalde voorwaarden stellen, waaraan moet worden voldaan, voordat de grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan plaatsvinden.¹⁵¹ Maduro oordeelt echter dat hiervan in casus geen sprake is.¹⁵²

4.3 Uitspraak Europese Hof van Justitie

In tegenstelling tot de heersende gedachte in de rechtsliteratuur dat het HvJ EG in haar uitspraak de conclusie van advocaat-generaal Maduro zou volgen, blijkt het Hof tot een geheel ander oordeel te komen inzake Cartesio.¹⁵³ Bij de beantwoording van de prejudiciële

¹⁴⁶ Centros, Überseering en Inspire Art.

¹⁴⁷ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, nr. 27 van concl. A-G Póiaras Maduro. Hierbij verwijst hij naar Ringe, die de verschillen tussen de arresten bekritiseert.

¹⁴⁸ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, nr. 30 van concl. A-G Póiaras Maduro.

¹⁴⁹ Zoals het Europese Hof van Justitie oordeelde in het Daily Mail-arrest (HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 19).

¹⁵⁰ Op deze manier ontkomen zij eraan dat zij de vennootschap moet ontbinden in de oprichtingslidstaat en opnieuw moeten oprichten in de lidstaat van bestemming. Deze omslachtige methode kan veel tijd in beslag nemen, waardoor de vennootschap niet toe kan komen aan de uitoefening van zijn ondernemingsactiviteiten.

¹⁵¹ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, nr. 32 en 35 van concl. A-G Póiaras Maduro.

¹⁵² HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, nr. 34 van concl. A-G Póiaras Maduro.

¹⁵³ G.J. Vossestein, ‘Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2009-5, p. 185.

vragen benadrukt het Hof ten eerste dat er merkelijke verschillen bestaan tussen de afzonderlijke lidstaten van de Europese Unie met betrekking tot de aanknopingsdoctrine voor de oprichting van een vennootschap, evenals omtrent de mogelijkheid tot wijziging van deze aanknopingsdoctrine door een vennootschap (die naar het recht van een lidstaat is opgericht).¹⁵⁴ Opmerkelijk is vervolgens dat het HvJ EG in haar beantwoording onderscheid maakt tussen zetelverplaatsing zonder verandering van het toepasselijke nationale recht, zoals *Cartesio* heeft beoogd, en zetelverplaatsing mét verandering van het toepasselijke nationale recht.¹⁵⁵

Zetelverplaatsing zonder verandering van het toepasselijke recht

Cartesio was voornemens om uitsluitend haar statutaire zetel van Hongarije naar Italië te verplaatsen, waarbij zij haar hoedanigheid als Hongaarse vennootschap wil behouden en derhalve het toepasselijke Hongaarse vennootschapsrecht wil handhaven.¹⁵⁶ Hierover oordeelt het HvJ EG dat, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, artikel 43 en 48 EG (oud; huidige artikel 49 en 54 VwEU) zich niet verzetten tegen een regeling van het nationale recht die de vennootschap belet om haar zetel te verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid onder het nationale recht van de oprichtingslidstaat.¹⁵⁷ Deze conclusie heeft het Hof grotendeels gebaseerd op haar overwegingen in het *Daily Mail*-arrest, waarin werd geoordeeld dat vennootschappen hun existentie enkel ontleen aan het nationale vennootschapsrecht.¹⁵⁸ Tevens verwijst het HvJ EG naar de verschillen die bestaan tussen de lidstaten met betrekking tot de aanknopingsdoctrine, vanwege het ontbreken van een harmoniserende regeling op dit gebied. In het *Überseering*-arrest leidde het Hof hieruit af dat het antwoord op de vraag of een onderneming zijn statutaire of werkelijke zetel kan verplaatsen naar een andere lidstaat en – zo ja – onder welke voorwaarden, beheerst wordt door het nationale recht dat van toepassing is op de vennootschap. Het toepasselijke nationale recht is derhalve vrij om beperkingen te stellen aan een dergelijke outbound zetelverplaatsing.

¹⁵⁴ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 105 (*Cartesio*) in overeenstemming met haar eerdere oordeel inzake *Daily Mail* (HvJ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 20).

¹⁵⁵ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 111 (*Cartesio*). De zetelverplaatsing mét verandering van het toepasselijke nationale recht houdt in dat de vertrekkende vennootschap wordt omgezet in een vennootschapsvorm die valt onder het recht van de bestemmingslidstaat.

¹⁵⁶ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 119 (*Cartesio*).

¹⁵⁷ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 124 (*Cartesio*).

¹⁵⁸ HvJ HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, r.o. 19 (*Daily Mail*).

Het Hof wijkt op dit punt dus niet af van hetgeen voortvloeit uit het Daily Mail-arrest. Een dusdanige uitspraak zou daarom niet opzienbarend zijn geweest indien het Hof niet anders geoordeeld had over zetelverplaatsing mét verandering van het toepasselijke recht.¹⁵⁹

Zetelverplaatsing mét verandering van het toepasselijke recht

In deze situatie gaat het om de vraag of een vennootschap de nationale vereiste aanknopingsmag verbreken om zich vervolgens te onderwerpen aan het recht van een andere lidstaat, zonder dat daarbij sprake is van liquidatie en heroprichting van de vennootschap. Het betreft hier dus de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting. Deze vorm van grensoverschrijdende zetelverplaatsing houdt in dat de vennootschap blijft voortbestaan, maar van nationaliteit en toepasselijke recht verandert.

Alhoewel de prejudiciële vragen zich niet richtten tot deze mogelijkheid van grensoverschrijdende zetelverplaatsing, wenste het HvJ EG hier wel uitlegging over te verstrekken. Het Hof komt daarbij tot de conclusie dat nationale bepalingen die een vennootschap beletten om zich om te zetten naar het recht van een andere lidstaat, terwijl de vestigingslidstaat deze omzetting toestaat, strijdig zijn met het vrije recht van vestiging uit het Verdrag.¹⁶⁰ De bevoegdheid van de oprichtingslidstaat om over de existentie van de vennootschap te beslissen, kent aldus geen immuniteit op het gebied van oprichting en ontbinding van vennootschappen ten aanzien van de vrijheid van vestiging. Het Hof oordeelt immers dat ingeval van zetelverplaatsing met verandering van het toepasselijke recht deze bevoegdheid *geen* rechtvaardiging biedt om grensoverschrijdende omzetting te belemmeren, voor zover het recht van de bestemmingslidstaat dit toestaat.¹⁶¹ Het probleem is echter dat er slechts enkele lidstaten zijn die een dergelijke inbound zetelverplaatsing faciliteren. Voor zover bekend kennen in ieder geval België, Luxemburg en Italië een regeling voor een dergelijke inbound omzetting.¹⁶²

¹⁵⁹ W.J.M. van Veen, 'Europeesrechtelijke perikelen. Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing... dankzij het Europese Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-1, p. 23-24.

¹⁶⁰ Tenzij gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 112-113 (Cartesio)).

¹⁶¹ Onder "belemmering" wordt verstaan het tegenwerken van de grensoverschrijdende omzetting door de oprichtingslidstaat, door het eisen van ontbinding en liquidatie van de oorspronkelijke vennootschap en oprichting van een nieuwe vennootschap in de andere lidstaat. HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 112 (Cartesio).

¹⁶² A. Cools, *Internationaal Belastingrecht in Hoofdpijnen*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2012, p. 72, J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later...', *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-12, p. 1728-1739 en J.W.A. Schenk, 'Verzetelen binnen en buiten de EU', <www.van-doorne.com/Global/Publicaties/2011/Notariaat/verzetelen%20binnen%20en%20buiten%20de%20EU%20def.pdf>.

Deze beslissing van het Hof vindt aansluiting bij bepalingen uit de reeds vastgestelde EESV-Verordening, de SE-Verordening en de SCE-Verordening.¹⁶³ Deze verordeningen, waaraan artikel 308 EG (oud)¹⁶⁴ ten grondslag ligt, bevatten immers eenzelfde regeling ingeval van grensoverschrijdende omzetting.¹⁶⁵ Het paradoxale is echter dat in deze verordeningen wordt uitgegaan van de principes van de werkelijke zetelleer.¹⁶⁶

4.4 Analyse van de rechtsgevolgen

De reeks jurisprudentie en de voortdurende discussies in de literatuur wijzen erop dat grensoverschrijdende zetelverplaatsing een moeilijk leerstuk betreft. Onder meer het onderscheid dat het HvJ EG maakt in de Cartesio-uitspraak geeft aanleiding tot veel discussie in de rechtsliteratuur. Diverse auteurs komen tot de conclusie dat het Hof hiermee een opening heeft geboden voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing binnen de Europese Unie.¹⁶⁷

In deze paragraaf worden de rechtsgevolgen van het Cartesio-arrest besproken en opvattingen uit de rechtsliteratuur toegelicht.

4.4.1 *Allereerst...*

Het is merkwaardig in welke mate het oordeel van het HvJ EG afwijkt van het oordeel van advocaat-generaal Poiares Maduro. Waar de advocaat-generaal een uitgebreide analyse toepast op de onderhavige zaak en geen enkele twijfel is toegedaan over de toepassing van het vrije recht van vestiging, oordeelt het Hof dat het recht van vrije vestiging na verplaatsing van

¹⁶³ Respectievelijk betreffen het de volgende verordeningen: Verordening (EEG) nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV), Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) en Verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE).

¹⁶⁴ Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is de gewijzigde versie van dit artikel opgenomen in artikel 352 VwEU. Het genoemde artikel betreft de flexibiliteitsclausule. De EU beschikt in beginsel slechts over de bevoegdheden die haar door de verdragen zijn toebedeeld (het beginsel van de bevoegdheidtoedeling). Echter, op grond van de flexibiliteitsclausule kan de EU deze toebedeelde bevoegdheden overschrijden, indien het noodzakelijk is voor het doel.

¹⁶⁵ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 117 (Cartesio). Op basis van deze verordeningen is het de vennootschap immers ook toegestaan om de statutaire zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat zonder dat dit leidt tot ontbinding van de oorspronkelijke vennootschap en oprichting van een nieuwe vennootschap. Deze mogelijkheid wordt door de verordeningen ook uitsluitend geboden indien een dergelijke verplaatsing wel gepaard gaat met een verandering van nationaliteit en toepasselijk recht.

¹⁶⁶ Artikel 12 EESV-Vo., artikel 7 SE-Vo. en artikel 6 SCE-Vo.

¹⁶⁷ Onder meer: J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *Weekblad Fiscaal Recht* 2009-6800, p. 223 e.v. en W.J.M. van Veen, 'Europeesrechtelijke perikelen. Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing... dankzij het Europese Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-1, p. 24 e.v.

de vennootschap in zijn geheel niet van toepassing is. De stelling van Cartesio, de Commissie en de Nederlandse regering dat er sprake is van een beperking van het recht van vestiging en derhalve artikel 49 en artikel 54 VwEU van toepassing zijn, wordt volledig door het Hof verworpen. Er wordt gesteld dat niet van een dergelijk causaal verband kan worden uitgegaan.¹⁶⁸

4.4.2 Reikwijdte

Hoewel Cartesio een – naar Hongaars recht opgerichte – personenvennootschap is, is de reikwijdte van het Cartesio-arrest niet hiertoe beperkt. Het arrest is immers van toepassing op alle vennootschappen in de zin van artikel 54 VwEU.¹⁶⁹ De reikwijdte van dit arrest strekt zich dus uit tot *“maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.”*¹⁷⁰ Dat houdt in dat het Cartesio-arrest desgelijks van toepassing is op onder andere kapitaalvennootschappen, coöperaties, verenigingen en stichtingen.

De geografische reikwijdte van het arrest is beperkt tot zetelverplaatsing binnen de Europese Unie, daar artikel 49 VwEU slechts van toepassing is op EU-lidstaten.¹⁷¹

4.4.3 Dubbelzinnige positie van het HvJ EG

Opvallend is de dubbelzinnige positie die het HvJ EG inneemt ten aanzien van de zetelverplaatsing op grond van het vrije recht van vestiging. Zo bekrachtigt het HvJ EG enerzijds in het Cartesio-arrest haar redenering inzake Daily Mail en Überseering, waarin vennootschappen geen ‘vrij recht van vertrek’ werd toegekend.¹⁷² Storm merkt op dat vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een siège réel-lidstaat ten gevolge hiervan een belangrijk onderdeel van hun vestigingsrecht wordt ontnomen. Dit gevolg is te meer merkwaardig gezien het feit dat artikel 49 en 54 VwEU *alle* vennootschappen (in de zin van artikel 54 VwEU) het vrij vestigingsrecht toekennen, zonder daarbij enige uitzonderingen te formuleren.¹⁷³ Desondanks staat het HvJ EG de lidstaten toe om aan de verplaatsing van de

¹⁶⁸ M.A. Verbrugh, ‘Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?’, *SEW* 2009-11, p. 423 onder voetnoot 35.

¹⁶⁹ W.J.M. van Veen, ‘Europeesrechtelijke perikelen. Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing... dankzij het Europese Hof van Justitie’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-1, p. 25.

¹⁷⁰ Citaat uit artikel 54 VwEU.

¹⁷¹ W.J.M. van Veen, ‘Europeesrechtelijke perikelen. Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing... dankzij het Europese Hof van Justitie’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-1, p. 25.

¹⁷² P.M. Storm, ‘Cartesio: stapjes in de processie van Echternach’, *Ondernemingsrecht* 2009-7, p. 328.

¹⁷³ P.M. Storm, ‘Cartesio: stapjes in de processie van Echternach’, *Ondernemingsrecht* 2009-7, par. 4.

werkelijke zetel de consequentie te verbinden dat de vennootschap wordt ontbonden. Net als Storm, beziet ook Verbrugh inconsistentie in de uitspraak van het HvJ EG.¹⁷⁴ Hoewel Verbrugh zich in beginsel kan verenigen met het oordeel van het Hof¹⁷⁵, betwist hij op dit punt of er al dan niet sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Merkwaardig is immers dat het Hof oordeelt dat er na verplaatsing van de werkelijke zetel geen sprake meer is van een vennootschap in de zin van artikel 54 VwEU en derhalve het recht van vrije vestiging toepassing mist. Zoals Verbrugh terecht stelt wordt in de letterlijke tekst van artikel 54 VwEU niet vereist dat de werkelijke zetel en de statutaire zetel na oprichting in dezelfde lidstaat zijn gelegen. Dat artikel 54 VwEU haar toepassing mist, is dus betwifelbaar. Een vennootschap blijft immers voortbestaan zolang dat voor de vereffening van het vermogen geboden is.¹⁷⁶ Verbrugh merkt op dat een letterlijke lezing van artikel 54 VwEU dient te leiden tot een ander oordeel dan hetgeen het HvJ EG heeft geoordeeld.¹⁷⁷

Anderzijds bemerkt het HvJ EG een kleine maas in de wet voor ondernemers om de zetel te verplaatsen vanuit een lidstaat die de werkelijke zetelleer toepast, zonder dat dit ontbinding van de vennootschap tot gevolg heeft. Dit is echter alleen mogelijk indien de lidstaat van ontvangst een dergelijke zetelverplaatsing erkent en de vennootschap daarbij wordt omgezet naar een vennootschapsvorm onder het recht van die ontvangstlidstaat. De ontvangstlidstaat mag een dergelijke inbound zetelverplaatsing belemmeren. Echter, het is de oprichtingslidstaat niet toegestaan om algemene beperkingen op te leggen teneinde het vertrek van de vennootschap te belemmeren.¹⁷⁸

Het onderscheid dat het HvJ EG maakt tussen beperkingen op het recht van vrije vestiging die zijn opgelegd door de oprichtingslidstaat en beperkingen daarvan die zijn opgelegd door de ontvangstlidstaat – die overigens beiden eenzelfde effect hebben op de (verplaatsende) vennootschap – is niet compatibel met de overige fundamentele vrijheden uit het Verdrag,

¹⁷⁴ Mogelijkerwijs dat deze inconsistentie van het Hof in de beredenering van haar uitspraak heeft geleid tot een geheel afwijkende conclusie ten opzichte van de advocaat-generaal.

¹⁷⁵ Daar er binnen tussen de EU-lidstaten onenigheid bestaat over de existentie van de vennootschap en het toepasselijke recht, worden er twee verschillende aanknopingsleren toegepast binnen de Europese Unie. Verbrugh meent daarom dat het de voorkeur verdient om de zetelverplaatsing zonder verandering van het toepasselijke recht vanuit twee gezichtspunten te beoordelen. De heersende vraag omtrent de mogelijkheid tot verplaatsing van de werkelijke zetel zonder verandering van het toepasselijke recht is immers slechts relevant indien de oprichtingslidstaat (lidstaat van vertrek) de werkelijke zetelleer toepast. Verbrugh kan zich derhalve verenigen met het door het HvJ EG gemaakte onderscheid in het Cartesio-arrest. M.A. Verbrugh, 'Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?', *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2009-11, p. 422.

¹⁷⁶ Artikel 19 lid 5 BW. Deze redenering is gebaseerd op de aanname van Verbrugh dat in andere landen ook een dergelijke regeling geldt.

¹⁷⁷ M.A. Verbrugh, 'Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?', *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2009-11, p. 423.

¹⁷⁸ E.C.C.M. Kemmeren en G.J.H. van der Sangen, *Reforming the Law on Business Organisations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*. The Hague: Eleven International Publishing 2011, p. 193.

waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen import en export. Voorts heeft een dergelijk onderscheid tot gevolg dat er rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid heerst ten aanzien van de uitoefening van het vrije recht van vestiging binnen de EU. Het HvJ EG laat de lidstaten immers vrij om zelf te bepalen of een vennootschap gerechtigd is haar zetel te verplaatsen. Daarbij laat het HvJ EG onverlet in hoeverre deze vrijheid van de nationale wetgever reikt.¹⁷⁹

Daar waar Storm zeer kritisch reageert op het door het HvJ EG gemaakte onderscheid, wordt het arrest door Zilinsky enthousiaster ontvangen. Zilinsky is immers van mening dat de vennootschappen op basis van de thans geldende stand van het EU-recht geen recht wordt toegekend om de bestuurszetel noch de statutaire zetel te verplaatsen (zonder daarbij het toepasselijke recht te verliezen). Hij stelt dat een vennootschap zijn bestaansrecht ontleent aan de lidstaat van oprichting, waardoor artikel 54 VwEU geen toepassing kent.¹⁸⁰

Voorts is Hijink van mening dat het arrest weliswaar op enkele punten onduidelijkheid creëert, maar acht hij enige nuancering noodzakelijk in de door Storm aangescherpte inconsistenties in de uitspraak van het HvJ EG. Zo beaamt Hijink dat de statutaire zetel, het hoofdbestuur en de hoofdvestiging in artikel 54 VwEU ex aequo zijn aan elkaar. Hijink kan zich op dit punt verenigen met het standpunt van Storm dat de letterlijke tekst van artikel 54 VwEU niet vereist dat de werkelijke zetel en de statutaire zetel na oprichting in dezelfde lidstaat zijn gelegen. Echter, Hijink benadrukt dat het eerste zinsdeel van de eerste volzin van artikel 54 VwEU vereist dat er sprake dient te zijn van “*vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van de lidstaat zijn opgericht*”. Hijink betoogt dat dit vereiste de basis is voor de redenering van het HvJ EG inzake Cartesio. Hij is van mening dat Storm en advocaat-generaal Poiares Maduro in hun betoog c.q. beoordeling te weinig belang hechten aan dit vereiste.¹⁸¹ Dit verklaart mogelijk de afwijkende beoordeling van de advocaat-generaal in vergelijking met de uitspraak van het HvJ EG.

4.4.4 Analogie met eerdere uitspraken van het HvJ EG

Ook indien de vermeende inconsistenties in de redenering van het HvJ EG in ogenschouw worden genomen, is de uitspraak inzake Cartesio in lijn met eerdere rechtspraak van het Hof. Hijink verwoordt dat “*de kiem voor de uitkomst van het Cartesio-arrest is gelegd in de*

¹⁷⁹ P.M. Storm, ‘Cartesio: stapjes in de processie van Echternach’, *Ondernemingsrecht* 2009-7, p. 332.

¹⁸⁰ M. Zilinsky, ‘Cartesio: zetelverplaatsing en de vrijheid van vestiging’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2009-6787, p. 154.

¹⁸¹ J.B.S. Hijink, ‘Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen’, *Ondernemingsrecht* 2010-77, voetnoot 45. Ook Vossestein deelt zijn mening dat de advocaat-generaal te weinig waarde heeft gehecht aan deze eerste zinsnede van artikel 54 VwEU; G.J. Vossestein, annotatie bij: HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (Cartesio), par. 2.

arresten die het Hof wees voorafgaand aan dat arrest”.¹⁸² In het Cartesio-arrest herhaalt het HvJ EG immers haar standpunt inzake Daily Mail dat vennootschappen creaties zijn van het nationale recht en derhalve louter bestaan op grond van dat nationale recht, dat eveneens de oprichting en de werking van de vennootschap bepaalt.¹⁸³ Voorts geldt ook na het Cartesio-arrest voor inbound zetelverplaatsingen dat het de ontvangstlidstaat niet is toegestaan om de inschrijving van de vennootschap in het (eigen) handelsregister te weigeren¹⁸⁴, dat de ontvangstlidstaat gehouden is om de (buitenlandse) rechtspersoonlijkheid en rechtsbevoegdheid van de vennootschap te erkennen¹⁸⁵ en dat er geen aanvullende voorwaarden mogen worden opgelegd die mogelijk het fundamentele recht op vrije vestiging belemmeren.¹⁸⁶ Dit laatste is slechts toegestaan indien er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang, verstoring van de openbare orde of ter voorkoming van misbruik.¹⁸⁷ Het gevolg van deze arresten is dat de toepassing van de werkelijke zetelleer door een ontvangstlidstaat ten aanzien van ‘buitenlandse’ vennootschappen fors is ingeperkt. De mogelijkheden voor vennootschappen om de zetel grensoverschrijdend te verplaatsen is derhalve toegenomen.¹⁸⁸

Voorts oordeelt het HvJ EG – in overeenstemming met de redenering in Daily Mail en Überseering – dat de problematiek omtrent grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel of het hoofdkantoor van de vennootschap niet wordt opgelost door de Europese regels inzake het recht van vrije vestiging, maar dat dit dient te worden opgelost door de toekomstige wetgeving. Lidstaten kunnen een outbound zetelverplaatsing van een vennootschap derhalve verbieden. Dat houdt in dat het gehanteerde aanknopingspunt door de oprichtingslidstaat wordt doorbroken, welke vereist is voor het (blijven) bestaan van de vennootschap.¹⁸⁹

Het HvJ EG past dus een gelijkwaardige redenering toe en komt daarbij tot een soortgelijke conclusie als twee decennia geleden inzake Daily Mail. Desalniettemin is het Cartesio-arrest

¹⁸² J.B.S. Hijink, ‘Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen’, *Ondernemingsrecht* 2010-77, p. 372.

¹⁸³ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 104 (Cartesio) en S. Lombardo, ‘Regulatory Competition in Company Law in the European Union after *Cartesio*’, *European Business Organization Law Review* 2009-10, p. 638.

¹⁸⁴ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros).

¹⁸⁵ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering).

¹⁸⁶ HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art).

¹⁸⁷ HvJ EG 5 oktober 2004, nr. C-442/02, *NJ* 2005, 267 (CaixaBank France) en HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, *NJ* 2007, 186 (Cadbury Schweppes).

¹⁸⁸ J.B.S. Hijink, ‘Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen’, *Ondernemingsrecht* 2010-77, p. 371-372.

¹⁸⁹ K. Kimkana, ‘From Daily Mail to Cartesio – a case for the consistency of the ECJ?’, *International Tax Report* 2009, p. 5.

wel een uitbreiding op het Daily Mail-arrest. Deze uitbreiding ziet toe op het eerder besproken onderscheid dat wordt gemaakt tussen zetelverplaatsing met behoud van het toepasselijke recht en zetelverplaatsing met wisseling van het toepasselijke recht (omzetting).¹⁹⁰

4.4.5 De (on)mogelijkheid van zetelverplaatsing vanuit en naar Nederland

Verplichte toelating ‘buitenlandse vennootschappen’?

In de Cartesio-uitspraak laat het HvJ EG onverlet welke verplichtingen er gelden voor de ontvangstlidstaat indien er sprake is van een inbound grensoverschrijdende omzetting. Een vraag die menig (juridisch) auteur ten gevolg hiervan stelt, is of het ‘buitenlandse’ vennootschappen zonder meer is toegestaan om, middels een beroep op artikel 49 en 54 VwEU, de zetel te verplaatsen naar Nederland waarbij het toepasselijke recht en de vennootschapsvorm worden omgezet naar Nederlands recht. Echter, meer nog wordt gediscussieerd over de vraag of Nederland verplicht is om een dergelijke inbound zetelverplaatsing toe te staan en of deze toestemming nadrukkelijk dient te blijken uit de Nederlandse wetgeving.¹⁹¹ Storm stelt in dezen – zijn oordeel baserend op de woorden van het HvJ EG: “voor zover diens recht dit toestaat”¹⁹² – dat op de ontvangstlidstaat geen verplichting rust om een dergelijke grensoverschrijdende omzetting toe te staan, noch dat daarvoor een wettelijke regeling is vereist.¹⁹³ Ook Van Veen betoogt dat er geen verplichting geldt voor ontvangstlidstaten om een inbound zetelverplaatsing door middel van grensoverschrijdende omzetting toe te staan. Hij baseert zijn betoog op de woorden van het Hof in r.o. 110 van het arrest, die zijns inziens impliceren dat lidstaten immuniteit genieten ten aanzien van het EU-recht met betrekking tot de gekozen aanknopingsleer.¹⁹⁴ Deels is dit een juiste constatering, zij het wel dat het HvJ EG in r.o. 112 van het Cartesio-arrest stelt dat die bevoegdheid van de lidstaten “beslist niet een immuniteit van de nationale wetgeving op het gebied van de oprichting en ontbinding van vennootschappen ten aanzien van de verdragsbepalingen betreffende vrijheid van vestiging impliceert”.¹⁹⁵ Mijns inziens wijst deze overweging meer in de richting van het standpunt van Hijink en Vossestein. Zij zijn van mening dat de lidstaten weldegelijk een verplichting kunnen hebben om een inbound

¹⁹⁰ K. Kimkana, ‘From Daily Mail to Cartesio – a case for the consistency of the ECJ?’, *International Tax Report* 2009, p. 5-6.

¹⁹¹ J.B.S. Hijink, ‘Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen’, *Ondernemingsrecht* 2010-77, par. 3.1.

¹⁹² HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 112 (Cartesio).

¹⁹³ P.M. Storm, ‘Cartesio: stapjes in de processie van Echternach’, *Ondernemingsrecht* 2009-7, p. 333.

¹⁹⁴ W.J.M. van Veen, ‘Europeesrechtelijke perikelen. Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing... dankzij het Europese Hof van Justitie’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-1, p. 25.

¹⁹⁵ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, r.o. 112 (Cartesio).

grensoverschrijdende omzetting van ‘buitenlandse’ vennootschappen te gedogen. Hijink en Vossestein stellen dat een dergelijke conclusie voortvloeit uit de strekking van artikel 49 en 54 VwEU. Daarbij merkt Hijink op dat het Sevic-arrest een dergelijke zienswijze bevestigt.¹⁹⁶ Uit r.o. 22 van dit arrest blijkt immers dat een grensoverschrijdende omzetting is toegestaan indien eenzelfde omzetting vanuit het nationale oogpunt mogelijk is.¹⁹⁷

Zetelverplaatsing naar Nederland vanuit een andere EU-lidstaat

In de Nederlandse wetgeving wordt een grensoverschrijdende omzetting van een ‘buitenlandse’ vennootschap naar Nederland niet expliciet verboden, noch nadrukkelijk toegestaan.¹⁹⁸ Desondanks is de heersende gedachte dat een dergelijke grensoverschrijdende omzetting nog niet mogelijk is middels een beroep op het Cartesio-arrest.¹⁹⁹ Deze gedachte wordt vermoedelijk ontleend aan de – hierboven besproken – veel bediscussieerde woorden van het HvJ EG: “voor zover diens recht dit toestaat”. Echter, Bellingwout acht het niet ondenkbaar dat het HvJ EG in de toekomst zal oordelen dat er onder bepaalde omstandigheden weldegelijk een verplichting rust op de lidstaten om een dergelijke grensoverschrijdende omzetting toe te staan.²⁰⁰ Merkwaardig is mijns inziens dat Bellingwout hierbij spreekt over een mogelijke “toekomstige uitspraak”, zonder daarbij enige blijk te geven van het feit dat het Hof hierover al eerder heeft geoordeeld. Het HvJ EG heeft immers in het Sevic-arrest reeds geoordeeld dat grensoverschrijdende situaties op eenzelfde manier dienen te worden behandeld als interne nationale situaties.²⁰¹ Daarnaast verwijs ik nogmaals naar r.o. 112 in het Cartesio-arrest, waarin het Hof oordeelt dat lidstaten geen immuniteit genieten omtrent de oprichting en ontbinding van de vennootschappen. Deze rechtsoverweging legt de oprichtingslidstaat de verplichting op om een omzetting van de vennootschap naar het recht van een andere lidstaat – voor zover die laatste lidstaat een

¹⁹⁶ J.B.S. Hijink, ‘Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen’, *Ondernemingsrecht* 2010-77, par. 3.1 en G.J. Vossestein, annotatie bij: HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (Cartesio), par. 10.

¹⁹⁷ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 22 (Sevic).

¹⁹⁸ Met uitzondering van de Societas Europaea (SE), de Societas Cooperativa Societas (SCE) en het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV).

J.B.S. Hijink, ‘Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen’, *Ondernemingsrecht* 2010-77, par. 3.1.

In artikel 10:120 BW is echter wel een regeling opgenomen voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing tussen twee buitenlandse vennootschappen. In de MvT wordt echter opgemerkt deze regeling niet van toepassing is op zetelverplaatsingen vanuit en naar Nederland. Deze mogelijkheid is immers al geregeld in de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen (dus ingeval van nood). Kamerstukken 1994-95, 24 141, nr. 3, p. 20.

¹⁹⁹ J.W. Bellingwout en M. Koerts, ‘Cartesio, drie jaar later ...’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-12, par. 3.1.

²⁰⁰ J.W. Bellingwout en M. Koerts, ‘Cartesio, drie jaar later ...’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-12, par. 3.6.2.

²⁰¹ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 22 (Sevic).

dergelijke mogelijkheid biedt – te erkennen. Het Hof laat zich daarbij niet nadrukkelijk uit over de verplichtingen van de ontvangstlidstaat. Desondanks wekt het Hof de indruk dat de ontvangstlidstaat de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting eveneens moet erkennen. Hierin vind ik aansluiting bij de eerder besproken standpunten van Hijink en Vossestein.²⁰² Hoe dan ook, het toekomstig oordeel van het HvJ EU – zoals door Bellingwout bedoeld – heeft (mogelijk) plaatsgevonden inzake Vale Építési Kft. Indien het HvJ EU in dit arrest de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen heeft gevolgd²⁰³, heeft dit grote gevolgen voor de Nederlandse wetgeving omtrent inbound grensoverschrijdende zetelverplaatsingen.²⁰⁴ Zoals eerder besproken, oordeelt de advocaat-generaal immers dat een verschil in behandeling tussen interne zetelverplaatsing en grensoverschrijdende zetelverplaatsing een beperkend effect heeft op het vrije recht van vestiging. Eenzelfde uitspraak door het HvJ EU kan tot gevolg hebben dat de Nederlandse wetgeving een dergelijke inbound grensoverschrijdende omzetting (expliciet) dient toe te staan.²⁰⁵ In paragraaf 4.4.6 van dit hoofdstuk wordt het zeer recente arrest van het HvJ EU besproken.

Zetelverplaatsing vanuit Nederland naar een andere EU-lidstaat

Op grond van de Nederlandse wetgeving, die is gebaseerd op het incorporatiestelsel, heeft een grensoverschrijdende verplaatsing van de *werkelijke zetel* van een Nederlandse vennootschap in beginsel geen gevolgen voor het toepasselijke recht inzake de nationaliteit, rechtspersoonlijkheid en existentie van de vennootschap.²⁰⁶ Het toepasselijke recht is immers gekoppeld aan de statutaire zetel, welke in voornoemde situatie ongewijzigd blijft. De ontvangstlidstaat is vervolgens verplicht om de Nederlandse vennootschap te erkennen.²⁰⁷

Anders wordt het ingeval van een grensoverschrijdende verplaatsing van de *statutaire zetel* van de vennootschap. Artikel 2:66 lid 3 BW/2:177 lid 3 BW bepaalt dat de statutaire zetel van

²⁰² J.B.S. Hijink, 'Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen', *Ondernemingsrecht* 2010-77, par. 3.1 en G.J. Vossestein, annotatie bij: HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (Cartesio), par. 10.

²⁰³ HvJ EU 15 december 2011, nr. C-378/10, VN 2011/67.19.1 (concl. A-G Jääskinen).

²⁰⁴ J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later ...', *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-12, par. 6.2.3.

²⁰⁵ J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later ...', *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-12, p. 1728.

²⁰⁶ J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later ...', *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-12, par. 3.6.1.

²⁰⁷ Dat houdt in dat een inschrijving van (een filiaal van) de vennootschap niet geweigerd mag worden door de ontvangstlidstaat (HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros)), dat de rechtspersoonlijkheid en procesbevoegdheid van de vennootschap in de ontvangstlidstaat erkend dient te worden (HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering)) en er geen voorwaarden mogen worden opgelegd teneinde fundamentele recht van vrije vestiging te frustreren (HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art)).

de vennootschap binnen Nederland gevestigd moet zijn.²⁰⁸ Een verplaatsing van de statutaire zetel is derhalve niet mogelijk op grond van de Nederlandse wetgeving. Echter, hiervoor is door het HvJ EG in het Cartesio-arrest een ‘ontsnappingsmogelijkheid’ geformuleerd, inhoudende dat grensoverschrijdende omzetting van de vennootschap(svorm) met verandering van het toepasselijke recht ertoe leidt dat de rechtspersoon blijft voortbestaan. Daarbij is Nederland verplicht om een outbound grensoverschrijdende omzetting van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap te gedogen, voor zover die vestigingslidstaat een dergelijke omzetting faciliteert.²⁰⁹ Uitzondering daarop geldt ingeval er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang van de oprichtingslidstaat om een dergelijke outbound omzetting te beletten.²¹⁰ Van een grensoverschrijdende omzetting met verandering van het toepasselijke recht zal met name sprake zijn ingeval de Nederlandse vennootschap haar zetel verplaatst naar siège réel-lidstaat.²¹¹ In een siège réel-lidstaat geldt immers het vereiste dat de werkelijke zetel zich binnen de betreffende lidstaat bevindt.²¹² Daarentegen zal een dergelijke vereiste over het algemeen niet van toepassing zijn ingeval zowel de oprichtingslidstaat als de bestemmingslidstaat het incorporatiestelsel hanteren.²¹³ Van de Streek merkt terecht op dat een grensoverschrijdende omzetting dus niet per definitie een verplaatsing van de werkelijke zetel tot gevolg heeft. Zijns inziens is hiervan in beginsel slechts sprake indien de bestemmingslidstaat de werkelijke zetelleer aanhangt.²¹⁴

²⁰⁸ Slechts ingeval van noodomstandigheden, zoals oorlog, is een verplaatsing van de statutaire zetel gerechtvaardigd op grond van de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen. (Kamerstukken 1994-95, 24 141, nr. 3, p. 20).

²⁰⁹ J.W. Bellingwout, ‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2009-6800, p. 225.

²¹⁰ Welke concrete omstandigheden hiermee worden bedoeld is echter vooralsnog niet duidelijk. S.M. van den Braak, ‘Het IPR-vennootschapsrecht en Boek 10 BW: een nadere toelichting’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010-7/8, p. 185-186.

²¹¹ Landen die de werkelijke zetelleer aanhangen zijn Frankrijk, Spanje, Portugal, Griekenland, Estland, Letland, Litouwen, Noorwegen, Slovenië Polen en Oostenrijk. Hongarije heeft inmiddels – na het Cartesio-arrest – de werkelijke zetelleer verruild voor de incorporatieleer. België en Luxemburg staan daarbij de inbound zetelverplaatsing van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap toe. J.W. Bellingwout, ‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2009-6800, p. 225.

²¹² J.L. van de Streek, ‘Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief’, *Fiscaal Ondernemingsrecht* 2009-2, p. 60.

²¹³ Let op de bewoordingen “over het algemeen”. Italië is bijvoorbeeld een uitzondering op deze stelling, aangezien zij voor de ‘eigen’ vennootschappen het incorporatiestelsel hanteren, terwijl ze de ‘buitenlandse’ vennootschappen vereisen om zich te onderwerpen aan het Italiaanse recht. J.W. Bellingwout, ‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2009-6800, p. 224. Hierbij rijst de vraag of een dergelijke (discriminatoire) regeling in strijd is met de vrijheid van vestiging. Hier wordt echter niet nader op ingegaan in deze scriptie.

²¹⁴ J.L. van de Streek, ‘Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief’, *Fiscaal Ondernemingsrecht* 2009-2, p. 60.

4.4.6 Vale Építési Kft

Naar aanleiding van de zeer recente prejudiciële procedure met betrekking tot de vennootschap Vale Építési Kft, waarin op 12 juli 2012 een arrest is gewezen, is een korte beschrijving hieromtrent in deze masterscriptie uiteraard op zijn plaats. Deze zaak kan een essentiële betekenis hebben in de discussie omtrent grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de Europese Unie, waarin het HvJ EU andermaal wordt gevraagd om de uitlegging van artikelen 49 en 54 VwEU. Dit arrest vindt derhalve aansluiting bij de reeks van eerder besproken mijlpaalarresten.²¹⁵ De toegevoegde waarde van deze zaak betreft de beslissing van het HvJ EU inzake de omvang van de geldende verplichtingen van een ontvangstlidstaat indien er sprake is van “*grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe kapitaalvennootschap*”.²¹⁶

De naar Italiaans recht opgerichte vennootschap, Vale Costruzioni Srl, besluit in 2006 om haar ondernemingsactiviteiten, evenals haar zetel, te verplaatsen naar Hongarije.²¹⁷ De vennootschap is voornemens dit te realiseren door zich om te zetten in een Hongaarse vennootschapsvorm²¹⁸ zonder daarbij haar rechtspersoonlijkheid te verliezen. Het in 2007 bij de rechtbank te Boedapest ingediende verzoekschrift van Vale Építési Kft tot inschrijving van de vennootschap naar Hongaars recht, verwijst naar Vale Costruzioni Srl als rechtsvoorgangster van de Hongaarse Vale Építési Kft.²¹⁹ Het verzoek om inschrijving wordt echter door de Hongaarse rechtbank en het regionale Hof geweigerd. De rechter oordeelt immers dat het onmogelijk is om een niet-Hongaarse vennootschap als rechtsvoorgangster vast te leggen bij de inschrijving in het Hongaarse handelsregister.²²⁰ Door advocaat-generaal Jääskinen wordt niettemin opgemerkt dat het Hongaars recht een zetelverplaatsing en omzetting in een andere rechtsvorm voor de ‘eigen vennootschappen’ wel mogelijk maakt.²²¹ De advocaat-generaal komt uiteindelijk tot de conclusie dat de grensoverschrijdende zetelverplaatsing c.q. omzetting van de Italiaanse vennootschap dient te worden beschouwd als een “*bijzondere wijze van uitoefening van de vrijheid van vestiging, vergelijkbaar met een grensoverschrijdende fusie*”. Daaraan verbindt hij de conclusie dat een dergelijke

²¹⁵ HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/97, *Jur.* 1988, p. 5483 (Daily Mail), HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering), HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art), HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33 (Sevic Systems) en HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (Cartesio).

²¹⁶ HvJ EU 15 december 2011, nr. C-378/10, *VN* 2011/67.19.1, par. 3 (concl. A-G Jääskinen).

²¹⁷ HvJ EU 15 december 2011, nr. C-378/10, *VN* 2011/67.19.1, par. 9 en 10 (concl. A-G Jääskinen).

²¹⁸ De Hongaarse besloten vennootschap is de Kft.

²¹⁹ HvJ EU 15 december 2011, nr. C-378/10, *VN* 2011/67.19.1, par. 13 (concl. A-G Jääskinen).

²²⁰ HvJ EU 15 december 2011, nr. C-378/10, *VN* 2011/67.19.1, par. 14 (concl. A-G Jääskinen).

²²¹ Met ‘eigen vennootschappen’ doel ik op vennootschappen die naar Hongaars recht zijn opgericht.

grensoverschrijdende omzetting – met behoud van rechtspersoonlijkheid – door Hongarije dient te worden toegestaan.²²² Voorwaarde hiervoor is echter dat de oprichtingslidstaat (Italië) een dergelijke uitreismogelijkheid en omzetting in een Hongaarse vennootschapsvorm niet belemmert.²²³

Op 12 juli 2012 heeft het HvJ EU in deze zaak een arrest gewezen met als essentie het navolgende.

– *Ontvankelijkheid*

Gezien het feit dat de uitschrijving van Vale Construzioni Srl negen maanden eerder is geschied dan het indienen van het inschrijvingsverzoek van Vale Építési Kft in Hongarije, is het de vraag of de vennootschap wordt geacht te bestaan en derhalve toegang kan krijgen tot het proces. Het HvJ EU oordeelt echter dat het niet aan haar is om de conclusie te trekken dat Vale Construzioni Srl is beëindigd als gevolg van de “doorhaling” van de vennootschap in het Italiaanse handelsregister.²²⁴ Voorts oordeelt het HvJ EU dat de gevraagde uitlegging wordt geacht verband te houden met een werkelijk geschil en derhalve verklaart het Hof het verzoek om de prejudiciële procedure ontvankelijk.²²⁵

– *Werkingsfeer van artikel 49 en 54 VwEU*

Het HvJ EU verwijst hiervoor naar het Sevic-arrest, waarin is bepaald dat “*omzettingen van vennootschappen in beginsel behoren tot economische activiteiten waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen*”.²²⁶ Hoewel het Hof nogmaals verwijst naar de bevoegdheid van de lidstaten om op basis van het nationale recht de vereiste aanknopng te omschrijven voor de oprichting van een vennootschap²²⁷, oordeelt het Hof vervolgens dat een nationale regeling die een omzetting van een ‘buitenlandse’ vennootschap belemmert – terwijl een dergelijke omzetting voor nationale vennootschappen wel mogelijk is – binnen de werkingssfeer van artikel 49 en 54 VwEU valt.²²⁸ Voorts concludeert het HvJ EU dat er geen

²²² De advocaat-generaal volstaat hiermee met een verwijzing naar Sevic Systems en Cartesio.

²²³ Italië staat in beginsel de vennootschap toe om zich om te zetten in een Hongaarse rechtsvorm. In deze zaak was dit echter wel twijfelachtig, aangezien de uitschrijving van de vennootschap in het Italiaanse handelsregister eerder had plaatsgevonden dan het verzoek tot inschrijving van de vennootschap in het Hongaarse handelsregister. Het was dus de vraag of de vennootschap wel daadwerkelijk bestond op moment van inschrijving. Advocaat-generaal Jääskinen betoogt dat de Hongaarse autoriteiten Vale Építési niet hoeven te erkennen, tenzij de schrapping van haar rechtsvoorganger uit het handelsregister nietig wordt verklaard. HvJ EU 15 december 2011, nr. C-378/10, VN 2011/67.19.1, punt 79 (concl. A-G Jääskinen).

²²⁴ Met oog op de duidelijke scheiding tussen de taken van het HvJ EU en de nationale rechterlijke instanties, behoort deze beslissing toe aan de nationale rechterlijke instantie.

²²⁵ HvJ EU 12 juli 2012, nr. C0378/10, r.o. 19 en 20 (Vale Építési Kft).

²²⁶ HvJ EU 12 juli 2012, nr. C0378/10, r.o. 24 (Vale Építési Kft) met verwijzing naar HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, JOR 2006, 33 (Sevic).

²²⁷ Dit in lijn met eerdere jurisprudentie, waaronder: HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, Jur. 2008, r.o. 110 (Cartesio) en HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10, NJ 2012, 72, r.o. 27 (National Grid Indus).

²²⁸ HvJ EU 12 juli 2012, nr. C0378/10, r.o. 29 en 33 (Vale Építési Kft).

rechtvaardiging aanwezig is voor Hongarije om de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting te belemmeren. Resumerend kan worden gesteld dat artikelen 49 en 54 VwEU zich ertegen verzetten dat een nationale regeling een grensoverschrijdende omzetting van een ‘buitenlandse’ vennootschap in het algemeen niet toestaat, terwijl dit wel is toegestaan voor binnenlandse vennootschappen.²²⁹ Ook deze conclusie is dus in lijn met de eerder besproken jurisprudentie van het HvJ EG/HvJ EU.

– *Artikel 49 en 54 VwEU in het kader van grensoverschrijdende omzetting*

Op dit punt komt het HvJ EU tot het oordeel dat het de ontvangstlidstaat is toegestaan om het geldende nationale recht met betrekking tot de oprichting en de werking van de vennootschap toe te passen op de omzetting van vennootschappen. Echter, de ontvangstlidstaat moet wel het gelijkheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht nemen. Het gelijkheidsbeginsel verzet zich, in geval van een grensoverschrijdende omzetting, ertegen dat het vermelden van een buitenlandse ‘rechtsvoorgangster’ wordt geweigerd indien een dergelijke vermelding wel mogelijk is ingeval van binnenlandse omzettingen. Het doeltreffendheidsbeginsel houdt in dat de (autoriteiten van de) lidstaat tijdens de inschrijvingsprocedure rekening moeten houden met de documenten van de oprichtingslidstaat.²³⁰

Gezien de recentheid van deze uitspraak, is het niet mogelijk om de reacties uit de rechtsliteratuur reeds in kaart te brengen in deze masterscriptie. Mijns inziens kan het Vale Építési-arrest niet worden gezien als sluitstuk van de reeks van arresten inzake grensoverschrijdende zetelverplaatsing van vennootschappen. Hiervoor ligt de uitspraak te veel in lijn met de uitspraak inzake Sevic systems.²³¹ Wel heeft het arrest toegevoegde waarde, daar het HvJ EU expliciet uitlegging geeft aan artikelen 49 en 54 VwEU in het kader van grensoverschrijdende omzetting.

4.4.7 Toekomstperspectief

Afgezien van het feit dat de meningen in de rechtsliteratuur over de interpretatie van het Cartesio-arrest erg variëren, zijn de meningen omtrent het toekomstperspectief redelijk eensgezind. Het merendeel van de rechtsgeleerden pleit voor de invoering van een expliciete grensoverschrijdende omzettingsregeling door de Nederlandse wetgever.²³² Nu het voor de

²²⁹ HvJ EU 12 juli 2012, nr. C0378/10, r.o. 29 en 33 (Vale Építési Kft).

²³⁰ HvJ EU 12 juli 2012, nr. C0378/10, r.o. 62 (Vale Építési Kft).

²³¹ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, JOR 2006, 33 (Sevic).

²³² M.A. Verbrugh, ‘Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?’, SEW 2009-11, p. 427, T.M.C. Arons, ‘Is er na het verwachte oordeel in de Cartesio-zaak nog behoefte aan een veertiende vennootschaprichtlijn? Een

lidstaten niet meer mogelijk is om een outbound zetelverplaatsing te belemmeren ingeval van grensoverschrijdende omzetting²³³, pleit Bellingwout voor een nationale regeling in de Nederlandse wetgeving ter toelating van een inbound zetelverplaatsing. Deze toelating dient echter alleen te geschieden indien de oprichtingslidstaat de wisseling van het toepasselijke recht accepteert.²³⁴ Verbrugh merkt op dat het Cartesio-arrest mogelijk een impuls zal geven aan de ontwikkeling van het Europese vennootschapsrecht. Hij verwacht immers dat lidstaten het nodig achten om – naast het wettelijk verankeren van de mogelijkheid tot een inbound zetelverplaatsing – de specifieke belangen te beschermen ingeval een ‘eigen’ vennootschap zich zal omzetten naar het recht van een andere lidstaat.²³⁵ Timmerman gaat nog een stapje verder en roept, met oog op deze specifieke belangen, de wetgever nadrukkelijk op om de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen spoedig wettelijk te verankeren. Daarbij dient de wetgever zijns inziens de belangen van schuldeisers en werknemers in ogenschouw te nemen en dienen er regels te worden ontworpen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders. Timmerman erkent dat een dergelijke wettelijke regeling niet eenvoudig zal zijn. Hij betoogt immers dat het oordeel van het HvJ EG over de vraag of de nieuwe Nederlandse wetgeving compatibel is met het vrije vestigingsrecht onzeker is. Zo vreest Timmerman ervoor dat bij iedere regel die ietwat strenger is dan de nationale regeling het HvJ EG oordeelt dat een dergelijke regeling discriminatoir is en derhalve in strijd met het Europees recht.²³⁶ Wat Timmerman – en ook Bellingwout – echter vergeet is dat een onbelemmerde uitreisbaarheid voor vennootschappen het verlies van “tax authority” tot gevolg heeft voor de lidstaten. Voor de lidstaten wordt het derhalve bemoeilijkt om belasting te heffen, zeker gezien het feit dat de exit-belastingen reeds onder druk staan.²³⁷

Ook Van Veen meent dat de Nederlandse wetgever zelf het initiatief dient te nemen ten aanzien van een dergelijke regeling. Hij stelt dat Nederland daarbij een voorbeeld dient te

mogelijke afronding van het Europese vennootschapsrecht’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 92 en S.F.G. Rammeloo, ‘Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa: een stap achterwaarts?’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-3, p. 73.

²³³ Met uitzondering van belemmeringen ten gevolge van een dwingende reden van algemeen belang, verstoring van de openbare orde en ter voorkoming van misbruik. HvJ EG 5 oktober 2004, nr. C-442/02, *NJ* 2005, 267 (CaixaBank France) en HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, *NJ* 2007, 186 (Cadbury Schweppes).

²³⁴ J.W. Bellingwout, ‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2009-6800, p. 225.

²³⁵ M.A. Verbrugh, ‘Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?’, *SEW* 2009-11, p. 427.

²³⁶ L. Timmerman, ‘Willen we dit?’, *Ondernemingsrecht* 2009-18, p. 69.

²³⁷ HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10, *NJ* 2012, 72 (National Grid Indus). Het HvJ EU oordeelt in dit arrest dat een beroep op het vrije vestigingsrecht ex artikel 49 en 54 VwEU vrijstaat aan de vennootschap teneinde de rechtmatigheid van een door de vertrekidstaat gehanteerde eindafrekeningheffing – bij grensoverschrijdende zetelverplaatsing – te toetsen. Daarbij dient de belasting te worden vastgesteld om het moment van verplaatsing van de vennootschap, omdat alsdan de heffingsbevoegdheid van de vertrekidstaat ophoudt te bestaan. G.C.F. van Gelder en B. Niels, ‘National Grid Indus: een zegen voor verplaatsing van vennootschappen binnen de EU?’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-490, par. 3.4 en 4.2.

nemen aan het Nederlands-Antilliaanse en het Arubaanse recht.²³⁸ Daarentegen betwist Hijink of de Nederlandse vennootschapswetgeving wel de juiste plaats is om de bescherming van voornoemde belangen te regelen. Het Cartesio-arrest leidt immers tot een toename van de mogelijkheid tot corporate mobility, doch heeft eveneens tot gevolg dat de mogelijkheid voor de lidstaten om voornoemde belangen adequaat te beschermen afneemt.²³⁹ Voorts geldt de vraag of het wenselijk is dat er veel verschillende regelingen naast elkaar zullen gelden in Europa.²⁴⁰ Naast de noodzaak voor een nationale regeling voor grensoverschrijdende omzetting, wordt derhalve ook de Europese Commissie door diverse auteurs opgeroepen om de werkzaamheden aan de Veertiende Richtlijn inzake grensoverschrijdende (statutaire) zetelverplaatsing weer op te pakken.²⁴¹ De Europese Commissie heeft eerder laten weten te wachten met het voorstel voor een Veertiende Richtlijn tot het HvJ EG uitspraak had gedaan in de zaak Cartesio.²⁴² Rammeloo noemt deze afwachtende houding van de Europese Commissie ironisch, te meer nu het HvJ EG eveneens heeft nagelaten om opportuun te oordelen inzake Cartesio. Ook hij is van mening dat het voorontwerp voor de Veertiende Richtlijn weer snel hervat dient te worden.²⁴³

Bovendien stelt Verbrugh dat een grensoverschrijdende omzettingsregeling in de lidstaten ten goede kan komen aan de regulatory competition tussen de lidstaten. Tot het Cartesio-arrest was een dergelijke competitie om het meest aantrekkelijke vennootschapsrecht slechts mogelijk ingeval van secundaire vestiging.²⁴⁴

Drie jaar na het Cartesio-arrest zijn voornoemde verwachtingen nog niet geheel uitgekomen. Ook het eerder besproken Vale Épitési-arrest vormt naar mijn verwachting niet het sluitstuk

²³⁸ Een regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting is zowel te vinden in het Nederlands-Antilliaanse als het Arubaanse recht, met het grote voordeel dat het Nederlandstalige regelingen betreffen. Op 1 januari 2009 is de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA) opgenomen in de Arubaanse wetgeving, die zowel inbound als outbound zetelverplaatsingen mogelijk maakt. W.J.M. van Veen, 'Europeesrechtelijke perikelen. Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing... dankzij het Europese Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-1, p. 27.

²³⁹ J.B.S. Hijink, 'Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen', *Ondernemingsrecht* 2010-77, par. 4.

²⁴⁰ M.A. Verbrugh, 'Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?', *SEW* 2009-11, p. 427.

²⁴¹ M.C. Arons, 'Is er na het verwachte oordeel in de Cartesio-zaak nog behoefte aan een veertiende vennootschaprichtlijn? Een mogelijke afronding van het Europese vennootschapsrecht', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 91, W.J.M. van Veen, 'Europeesrechtelijke perikelen. Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing... dankzij het Europese Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-1, p. 27 en M.A. Verbrugh, 'Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?', *SEW* 2009-11, p. 427.

²⁴² T.M.C. Arons, 'Is er na het verwachte oordeel in de Cartesio-zaak nog behoefte aan een veertiende vennootschaprichtlijn? Een mogelijke afronding van het Europese vennootschapsrecht', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 85 en Charlie McGreevy, *Speech by Commissioner McGreevy at the European Parliament's Legal Affairs Committee*, gehouden te Brussel op 3 oktober 2007, SPEECH/07/592.

²⁴³ S.F.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa: een stap achterwaarts?', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-3, p. 73.

²⁴⁴ M.A. Verbrugh, 'Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?', *SEW* 2009-11, p. 427.

van de reeks arresten. Advocaat-generaal Jääskinen oordeelde dat “*vennootschappen binnen de interne markt de mogelijkheid [moeten] hebben vrijelijk het op hen toepasselijke vennootschapsrecht te kiezen. Door die keuzevrijheid kunnen vennootschappen voor de beste economische voorwaarden en het gunstigste vennootschapsrechtstelsel kiezen*”.²⁴⁵ Echter, thans blijkt dat nog niet wordt voldaan aan zijn wens van volledige keuzevrijheid voor de vennootschappen met betrekking tot de incorporatie van de vennootschap. De conclusie van de advocaat-generaal dat het arrest een boost zou kunnen betekenen voor de regulatory arbitrage en regulatory competition binnen de EU lijkt derhalve vooralsnog onwaarschijnlijk.

²⁴⁵ HvJ EU 15 december 2011, nr. C-378/10, VN 2011/67.19.1, par. 68 (concl. A-G Jääskinen) en J.W. Bellingwout en M. Koerts, ‘Cartesio, drie jaar later ...’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-12, par. 3.6.1.

5. Huidige alternatieve mogelijkheden voor zetelverplaatsing

Het HvJ EG heeft met het Cartesio-arrest de mogelijkheid tot directe grensoverschrijdende zetelverplaatsing geïntroduceerd binnen de Europese Unie. Van Hees definieert een dergelijke grensoverschrijdende zetelverplaatsing als “een vorm van re-incorporatie zonder bijwerkingen”.²⁴⁶ Echter, als gevolg van het gebrek aan nationale en internationale wetgeving omtrent grensoverschrijdende omzetting is een efficiënte toepassing hiervan tot dusver ondoenlijk en niet geheel zonder bijwerkingen. Zolang deze mogelijkheid tot directe grensoverschrijdende zetelverplaatsing niet volledig gereguleerd is binnen de Europese Unie, blijven de alternatieve mogelijkheden van belang. Er zijn immers een aantal constructies die een grensoverschrijdende zetelverplaatsing faciliteren, zoals de grensoverschrijdende fusie, de European Economic Interest Grouping, de Societas Europaea, de Societas Cooperativa Europaea en de Societas Privata Europaea. Teneinde een volledig beeld te geven van de mogelijkheden voor vennootschappen om de zetel grensoverschrijdend te verplaatsen, worden deze alternatieve methoden kort toegelicht.

5.1 Grensoverschrijdende fusie

De wet- en regelgeving omtrent grensoverschrijdende fusies tussen vennootschappen is in 2005 op Europees niveau geharmoniseerd in de Tiende Richtlijn²⁴⁷. Tot die tijd behoorde de mogelijkheid tot een grensoverschrijdende fusie en de manier waarop het wordt vormgegeven tot de bevoegdheid van de individuele lidstaten.²⁴⁸ Een grensoverschrijdende fusie betreft een variant op de juridische fusie, waarbij het vermogen van de verdwijnende vennootschap onder algemene titel overgaat op de overnemende (buitenlandse) vennootschap en de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouder worden van de overnemende (buitenlandse) vennootschap.²⁴⁹ Het rechtskarakter en de rechtgevolgen bij een grensoverschrijdende fusie zijn daardoor vergelijkbaar met die van een binnenlandse fusie. De verdwijnende onderneming verliest zijn zelfstandigheid en wordt onderdeel van de buitenlandse vennootschap. De moeilijkheid bij een grensoverschrijdende fusie zit echter in

²⁴⁶ R.B. van Hees, ‘Het Cartesio-arrest en re-incorporatie binnen de Europese Unie’, *Vennootschap & Onderneming* 2009-1, p. 6.

²⁴⁷ Richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 (PbEG 2005, L 310/1) betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Tiende Richtlijn).

²⁴⁸ J.M. Rovers, ‘Grensoverschrijdende fusie na Sevic: de Tiende Richtlijn voorbij?’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2006-5/6, p. 133.

²⁴⁹ Zie artikel 2:309 BW.

het feit dat er meerdere jurisdicties bij betrokken zijn.²⁵⁰ Hierdoor rijst de vraag welk rechtsstelsel prevaleert en dus van toepassing is op de fusie.²⁵¹ Het rechtsstelsel dat van toepassing is (werkelijke zetelleer of incorporatieleer), bepaalt het bestaan van de onderneming, evenals de oprichting, inrichting, structuur en de beëindiging ervan.²⁵²

In het algemeen werd aangenomen dat de juridische fusie ex artikel 2:309 BW louter op Nederlandse vennootschappen van toepassing was.²⁵³ Een grensoverschrijdende fusie werd in het Nederlandse rechtsstelsel dan ook niet expliciet toegestaan.²⁵⁴ Hier kwam in 2005 verandering in door de vaststelling van de Tiende Richtlijn²⁵⁵ en de uitspraak van het HvJ EG inzake *Sevic Systems*²⁵⁶. De Tiende Richtlijn is op Europees niveau in werking getreden op 15 december 2005, waarna het tot 15 juli 2008 heeft geduurd alvorens het wetsvoorstel ter implementatie hiervan in de Nederlandse wetgeving van kracht is geworden.²⁵⁷ Vanaf dat moment is de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie wettelijk verankerd in het Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Echter, het HvJ EG heeft (Nederlandse) vennootschappen reeds vóór juli 2008 de mogelijkheid geboden om grensoverschrijdend te fuseren. In het *Sevic*-arrest bepaalde het Hof immers dat – op grond van artikel 49 VwEU – grensoverschrijdende zetelverplaatsing van de vennootschap mogelijk is door middel van een juridische fusie, indien een dergelijke fusie desgelijks mogelijk is in nationale situaties. Het enkele feit dat er een buitenlandse vennootschap participeert aan de fusie, doet niet ter zake.²⁵⁸

De noodzaak van het naast elkaar bestaan van de Tiende Richtlijn en het *Sevic*-arrest ziet toe op de reikwijdte ervan. De Tiende Richtlijn is immers uitsluitend van toepassing op kapitaalvennootschappen en ziet derhalve slechts toe op fusies tussen NV's en BV's. Indien een vennootschap niet onder de reikwijdte van de Tiende Richtlijn valt, maar op grond van

²⁵⁰ J.M. Rovers, 'Grensoverschrijdende fusie na *Sevic*: de Tiende Richtlijn voorbij?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2006-5/6, p. 133.

²⁵¹ Er geldt namelijk een "eenheidsleer" die bepaalt dat op de vennootschap slechts één rechtsstelsel van toepassing kan zijn.

²⁵² J.M. Rovers, 'Grensoverschrijdende fusie na *Sevic*: de Tiende Richtlijn voorbij?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2006-5/6, p. 134.

²⁵³ P.J. Dortmond, 'Ontwerprichtlijn grensoverschrijdende fusies', *Ondernemingsrecht* 2004, p. 41 en J.M. Rovers, 'Grensoverschrijdende fusie na *Sevic*: de Tiende Richtlijn voorbij?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2006-5/6, p. 134.

²⁵⁴ Dit in tegenstelling tot een aantal andere Europese lidstaten, waaronder België, Frankrijk, Spanje, Portugal en Italië. J.M. Rovers, 'Grensoverschrijdende fusie na *Sevic*: de Tiende Richtlijn voorbij?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2006-5/6, p. 134.

²⁵⁵ Richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 (PbEG 2005, L 310/1) betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

²⁵⁶ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33 (*Sevic*).

²⁵⁷ Besluit van 3 juli 2008 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 27 juni 2008 houdende wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Stb. 260).

²⁵⁸ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33, r.o. 22 en 23 (*Sevic*).

het nationaal recht wel kan deelnemen aan een nationale fusie, dan is het Sevic-arrest van toepassing.²⁵⁹ Daarnaast was de Tiende Richtlijn volgende de Europese Commissie in eerste instantie slechts van toepassing op fuserende vennootschappen die gevestigd waren in lidstaten die reeds de grensoverschrijdende fusie faciliteerden. Door het Sevic-arrest werd deze stelling echter achterhaald.²⁶⁰

Dorresteijn en Van het Kaar adviseren om in deze overige (Sevic-)situaties zoveel mogelijk aansluiting te vinden bij het bepaalde in de Tiende Richtlijn in verband met de belangenbescherming van werknemers, minderheidsaandeelhouders en schuldeisers.²⁶¹

5.2 European Economic Interest Grouping (EEIG)

De EEIG is een organisatiestructuur die in alle EU-lidstaten geregistreerd kan worden op basis van het EU-recht. De EEIG biedt – met name voor MKB-ondernemingen – de mogelijkheid om grensoverschrijdend samen te werken binnen Europa. Een voorwaarde voor het oprichten van de EEIG is dat twee van de deelnemende ondernemingen van de groepering zijn gevestigd in twee verschillende EU-lidstaten.²⁶² Als gevolg van de groeiende eisen aan bedrijven op het gebied van grensoverschrijdende transacties, is de EEIG een goed alternatief voor samenwerking op diverse economische terreinen. Daarnaast heeft de EEIG belangrijke fiscale voordelen, gezien het feit dat EEIG niet onderworpen is aan de heffing van vennootschapsbelastingen. De EEIG kent daarentegen echter ook een aantal nadelen. Zo mag de groepering niet over meer dan 500 werknemers beschikken en is het niet toegestaan om winst uit te keren.²⁶³

5.3 Societas Europaea (SE)

Na ruim 30 jaar van onderhandelingen binnen de Raad, heeft de Europese Unie uiteindelijk op 8 oktober 2001 de SE-Verordening (verder te noemen: SE-Vo.) aangenomen die de grensoverschrijdende juridische fusie tussen vennootschappen binnen de EU reguleert.²⁶⁴ De

²⁵⁹ *Kamerstukken I* 2007/08, 30 929, nr. B, p. 1.

²⁶⁰ J.M. Rovers, 'Grensoverschrijdende fusie na Sevic: de Tiende Richtlijn voorbij?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2006-5/6, p. 135 en *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 3, p. 2-3.

²⁶¹ A.F.M. Dorresteijn en R.H. van het Kaar, *De juridische organisatie van de onderneming*, Deventer: Kluwer 2008, p. 167.

²⁶² Let op, de ondernemingen uit lidstaten van de Europese Economische Ruimte (EER) mogen eveneens deelnemen aan de EEIG.

²⁶³ "EEIG European Economic Interest Grouping" van LIBERTAS- European EEIG Information Centre, 1 oktober 2001.

²⁶⁴ Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

ontwikkeling van de SE is het gevolg van het verzoek vanuit het bedrijfsleven om binnen de Europese Unie te kunnen opereren via één uniforme vennootschapsstructuur.²⁶⁵ De SE is een Europese Naamloze Vennootschap. De oprichting van deze SE kan slechts geschieden door een reeds bestaande vennootschap, die (I) overeenkomstig het recht van een EU-lidstaat is opgericht en waarvan (II) zowel de statutaire zetel als de werkelijke zetel in de Europese Unie zijn gevestigd.²⁶⁶ Waar oorspronkelijk werd gestreefd naar maximumharmonisatie ten aanzien van de Europese vennootschap (non competitive equilibrium), is in het uiteindelijke ontwerp bepaald dat de inrichting en structuur van de SE in belangrijke mate door het nationaal recht beheerst worden. Iedere lidstaat kent hierdoor een eigen type SE.²⁶⁷

In 2010 is door de Europese Commissie verslag uitgebracht over de toepassing van de SE-Vo. en de ervaringen van vennootschappen hieromtrent. Hieruit blijkt dat het Europese imago en het supranationale karakter van de SE voor vennootschappen belangrijke stimulerende factoren zijn om te besluiten tot oprichting van een SE. De vennootschappen willen met de SE immers hun verbondenheid met Europa benadrukken en daarmee vertrouwen wekken op de Europese markt. Daarnaast heeft het supranationale karakter van de vennootschap voordelen ingeval van structurele veranderingen binnen het concern of ingeval van grensoverschrijdende fusies. Voorts wordt de vereenvoudiging van de (interne) concernstructuur als positief ervaren.²⁶⁸ Elke EU-lidstaat heeft de plicht om in hun nationale wetgeving een regeling op te nemen ter invoering van een SE. Daarbij dient de SE de mogelijkheid worden geboden om te kiezen tussen een monistische of dualistische organisatiestructuur.²⁶⁹ Deze keuze draagt bij aan de flexibiliteit van de inrichting van de vennootschap.²⁷⁰ De praktijk leert dat men dan hoofdzakelijk kiest voor het monistische systeem.²⁷¹ Daarnaast was het beoogde voordeel van de SE onder andere dat internationale concerns meer uniform georganiseerd zijn.²⁷² Hierdoor heeft de SE de mogelijkheid om haar statutaire zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen,

²⁶⁵ C. Castelein, 'De Societas Europaea: nuttig instrument of maat voor niets?', *jura falconis*, jg 39, 2002-2003, nr. 1, p. 41-76.

²⁶⁶ Artikel 2 lid 1 SE-Vo. Voor de oprichting van een SE door een vennootschap waarvan het hoofdbestuur niet in een EU-lidstaat is gevestigd, zie uitzondering in artikel 2 lid 5 SE-Vo.

²⁶⁷ H.J.L. Roelvink, 'De Europese vennootschap na Nice', *S.E.W.* 2001-5, p. 162.

²⁶⁸ COM/2010/676 definitief, p. 3-4.

²⁶⁹ Artikel 38 SE-Vo. e.v.

²⁷⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 309, nr. 3 (MvT).

²⁷¹ A. Lutze, 'De voor- en nadelen van de Europese vennootschap', <www.ondernemingsrecht-duitsland.de/files/nieuwsbrief%20juni%202010.pdf>.

²⁷² C. Castelein, 'De Societas Europaea: nuttig instrument of maat voor niets?', *jura falconis*, jg 39, 2002-2003, nr. 1, p. 41-76.

zonder dat dit gevolgen heeft voor de continuïteit van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap.²⁷³

Gebleken is echter dat in de praktijk de SE nauwelijks wordt gebruikt voor het faciliteren van grensoverschrijdende zetelverplaatsing.²⁷⁴ Oorzaak hiervoor is onder meer het feit dat er in diverse EU-lidstaten fiscale heffing wordt toegepast op zetelverplaatsing naar het buitenland.²⁷⁵ Echter, de rechtsvorm zelf kent ook een aantal belemmeringen die van invloed zijn op het besluit tot het al dan niet oprichten van een SE.

Merkwaardig is immers dat voor de oprichting van een SE een minimumkapitaal van 120 duizend euro is vereist.²⁷⁶ Terwijl “de rest van Europa” tracht het minimumkapitaal voor het oprichten van een vennootschap te verlagen, geldt voor de oprichting van een SE – die overigens ook tot doel heeft om de oprichting van (Europese) vennootschappen te vergemakkelijken – een enorm bedrag. Hierdoor is de SE geen geschikte rechtsvorm voor een gemiddelde MKB-vennootschap.²⁷⁷ Naast het hoge vereiste minimumkapitaal, is de methode van oprichting van een SE in het algemeen een heikel punt. Een BV heeft immers niet de mogelijkheid om rechtstreeks een SE op te richten middels grensoverschrijdende fusie of omzetting, aangezien de SE-Vo. slechts van toepassing is op naamloze vennootschappen.²⁷⁸ In het geval dat een Nederlandse NV zich wil omzetten in een Duitse NV, dient de Nederlandse NV zich eerst om te zetten in een SE.²⁷⁹ Vervolgens kan die SE op grond van artikel 66 SE-Vo. pas na twee jaar – en na goedkeuring van twee jaarrekeningen – worden omgezet in een Duitse NV. Dat is een tijdrovende constructie, die transactiekosten verhogend werkt. Zeker indien het gaat om een BV, daar deze zich eerst conform artikel 2:18 BW

²⁷³ Artikel 8 lid 1 SE-Vo. Ondanks behoud van rechtspersoonlijkheid, ondergaat SE wel een gedeeltelijke verandering van het toepasselijke recht. Artikel 3 lid 1 en artikel 15 lid 1 SE-Vo. bepalen dat het toepasselijke NV-recht in de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft gevestigd, desgelijks van toepassing is op de SE.

²⁷⁴ Op 25 juni 2010 stonden in totaal 595 SE's ingeschreven in de EU en EER lidstaten. Daarvan was in 9 lidstaten geen enkele inschrijving bekend. Voornamelijk in de Zuid-Europese lidstaten – Cyprus uitgezonderd – staan nauwelijks SE's ingeschreven. In Duitsland en Tjechië hebben daarentegen de meeste inschrijvingen plaatsgevonden; ruim 70% van de SE's zijn aldaar ingeschreven. COM/2010/676 definitief, p. 3.

²⁷⁵ Het HvJ EU heeft hierover recent een arrest gewezen inzake National Grid Indus. Hierin heeft het HvJ EU geoordeeld dat een exitheffing een ontmoedigende werking heeft op de emigratie van vennootschappen en derhalve een beperking is voor de vrijheid van vestiging ex artikel 49 en 54 VwEU. Een dergelijke beperking is louter toegestaan indien het gerechtvaardigd is op grond van dwingende reden van algemeen belang. De bepaling leidde ingeval van National Grid Indus tot een evenredige heffingsbevoegdheid en was derhalve toegestaan. HvJ EU 29 november 2011, NJ 2012, 72 r.o. 37, 42 en 86 (National Grid Indus).

²⁷⁶ Artikel 4 lid 2 SE-Vo.

²⁷⁷ R.B. van Hees, ‘Het Cartesio-arrest en re-incorporatie binnen de Europese Unie’, Vennootschap & Onderneming 2009-1, p. 5-6 en G.C. van Eck en I.C.P. Groenland, ‘Cartesio: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings’, JBN 2010-3, p. 13.

²⁷⁸ Artikel 2 lid 1 SE-Vo.

²⁷⁹ Artikel 37 lid 1 jo. artikel 2 lid 4 SE-Vo. stelt daaraan de voorwaarde dat de NV ten minste twee jaar een dochteronderneming of een filiaal heeft gehad in een andere lidstaat.

nationaal dient om te vormen naar een NV.²⁸⁰ Voorts vereist de oprichting van een SE dat er sprake is van een “community scale dimensie” oftewel een grensoverschrijdend element. Specifiek houdt dit in dat de vennootschap ten minste twee jaar voorafgaand aan de oprichting van de SE reeds een dochteronderneming of een filiaal moet hebben gehad in een andere EU-lidstaat.²⁸¹

Een andere “belemmering” voor de oprichting van een SE is het gehanteerde “before and after principle”, hetgeen inhoudt dat de SE – die wordt opgericht middels een fusie – de hoogste vorm van werknemerszeggenschap dient toe te passen in de verkrijgende vennootschap, tenzij werknemers een overeenkomst sluiten waarbij zij daarvan afzien.²⁸² Hierdoor heerst bij vennootschappen de (gerechtvaardigde) vrees om een model van werknemerszeggenschap opgedrongen te krijgen, die strenger is dan het eigen model. Dit kan onder meer een belemmering vormen voor een fusie tussen een Nederlandse en een Duitse vennootschap.²⁸³ De Tiende Richtlijn is in dat opzicht veel praktischer, gezien het feit dat daarbij het vennootschapsrecht van de verkrijgende vennootschap van toepassing is. De vraag luidt of het instrument van de SE daarmee is ingehaald door de Tiende Richtlijn.²⁸⁴

Tot slot vormt het bepaalde in artikel 7 SE-Vo. een obstakel voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing middels een SE. Dit artikel schrijft dwingendrechtelijk voor dat de werkelijke zetel en de statutaire zetel in dezelfde lidstaat moeten zijn ingeschreven. Dat houdt in dat de SE aan strengere regels onderworpen is dan de BV. Deze bepaling is mogelijk in strijd met de vrijheid van vestiging ex artikel 49 VwEU. Ook uit de eerder besproken mijlpaalarresten van het Europese Hof van Justitie kan worden geconcludeerd dat een rechtspersoon zelf mag bepalen waar de zetel wordt gesitueerd.²⁸⁵ Daar je kunt aannemen dat een regeling van een verdrag van hogere orde is dan een regeling van een verordening, is dit dus mogelijk in strijd met artikel 49 VwEU.

²⁸⁰ Indien een Nederlandse BV zijn zetel grensoverschrijdend wil verplaatsen naar Duitsland, geldt het navolgende. De Nederlandse BV moet eerst conform artikel 2:18 BW worden omgezet in een Nederlandse NV. Vervolgens dient de NV conform artikel 37 lid 1 jo. artikel 2 lid 4 SE-Vo. te worden omgezet in een SE, die (pas) na twee jaar – en goedkeuring van twee jaarrekeningen – kan worden omgezet in een Duitse NV. Tot slot moet/kan de Duitse NV worden omgezet in een Duitse GmbH op grond van het Duitse recht.

²⁸¹ COM/2010/676 definitief, p. 7.

²⁸² Ernst & Young, *Report drawn up following call for tender from the European Commission: ‘Study on the operation and the impacts of the Statute for a European company (SE)’*, 9 december 2008, p. 242.

²⁸³ In Duitsland geldt immers een hoge vorm van medezeggenschap van werknemers. C. Castelein, “De Societas Europaea: nuttig instrument of maat voor niets?”, *jura falconis*, jg 39, 2002-2003, nr. 1, p. 41-76.

²⁸⁴ De beantwoording van deze vraag valt niet onder de reikwijdte van deze masterscriptie en wordt verder onverlet gelaten.

²⁸⁵ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering) en HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art).

Concluderend kan dus worden gesteld dat de SE in de huidige regeling erg omslachtig is. Kemmeren en Van der Sangen spreken in dit verband zelfs van een “failure van de SE”.²⁸⁶

5.4 Societas Cooperativa Europaea (SCE)

De Societas Cooperativa Europaea, oftewel de Europese Coöperatieve Vennootschap, is op 18 augustus 2006 geïntroduceerd in het Nederlands recht, nadat op diezelfde datum de SCE-Verordening (verder te noemen: SCE-Vo.) in werking trad.²⁸⁷ Het doel van de SCE is het in staat stellen van coöperatieve ondernemingen om hun werkzaamheden grensoverschrijdend te kunnen uitoefenen.²⁸⁸ Een coöperatieve onderneming dient primair de belangen van haar deelnemers en leden zonder dat daarbij het behalen van (maximaal) rendement centraal staat.²⁸⁹

De bepalingen in de SCE-Vo. geven de indruk dat de SCE meer gelijkenis heeft met een kapitaalvennootschap, daar het een vennootschap betreft met een in aandelen verdeeld kapitaal²⁹⁰, die op naam worden gesteld en een nominale waarde hebben²⁹¹. Toch heeft de SCE – zoals ook bedoeld – nadere overeenkomsten met een coöperatie, doordat het stemrecht in verband staat met het lidmaatschap in plaats van het aandeelhouderschap en er geen dividend op de aandelen kan worden uitgekeerd. Voorts heeft het lid bij uittreding of ontbinding van de SCE recht op terugbetaling van het op de aandelen gestorte bedrag.²⁹²

In de structuur van de regelingen vertoont de SCE veel overeenkomsten met de SE. Zo is er bij de SCE evenmin sprake van maximumharmonisatie, waardoor de inrichting en structuur van de SCE deels wordt beheerst door het nationale recht van de lidstaten. Daarnaast geldt voor de SCE, net als voor de SE, een afzonderlijke regeling voor de rol van werknemers.²⁹³

Het enkele feit dat de structuur van de regelingen omtrent de SCE en de SE veel overeenkomsten vertonen, betekent ook dat de SCE te maken heeft met nagenoeg dezelfde belemmeringen als de SE. Waar voor de Nederlandse coöperatie geen minimumkapitaal is

²⁸⁶ E.C.C.M. Kemmeren en G.J.H. van der Sangen, *Reforming the Law on Business Organisations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*. The Hague: Eleven International Publishing 2011, p. 205-206.

²⁸⁷ Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE).

²⁸⁸ Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), overweging 6 en A.R. Spoor, ‘De Societas Cooperativa Europaea’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2010-7, p. 27.

²⁸⁹ W.J.M. van Veen e.a., *De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)*, Kluwer: Deventer 2006, p. 1-2.

²⁹⁰ Artikel 1 lid 2 SCE-Vo.

²⁹¹ Artikel 4 lid 3 SCE-Vo.

²⁹² Respectievelijk artikel 16 lid 1 en artikel 75 SCE-Vo.

²⁹³ Deze regeling omtrent werknemers is vastgelegd in Richtlijn 2003/72/EG van de Raad van 22 juli 2003 tot aanvulling van het statuut van een Europese coöperatieve vennootschap met betrekking tot de rol van werknemers.

vereist, is deze wel van toepassing op de SCE.²⁹⁴ Een voordeel ten opzichte van de SE-regelingen is dat de oprichting van een SCE kan geschieden door zowel natuurlijke personen als door rechtspersonen. Daarbij kan de SCE opgericht worden door een fusie of omzetting – zonder de consequentie van ontbinding – van vennootschappen. Ook hier geldt echter de nadelige bepaling dat de statutaire zetel en het hoofdbestuur van de vennootschappen in eenzelfde lidstaat gevestigd dienen te zijn en er sprake moet zijn van een grensoverschrijdend element.²⁹⁵ Het grensoverschrijdend element dat van toepassing is op de SCE houdt in dat de vennootschap een vestiging of dochteronderneming moet houden in een andere lidstaat.²⁹⁶ Deze belemmeringen zijn mogelijk de oorzaak van het gegeven dat pas in december 2009 – ruim drie jaar na de introductie van de SCE in het Nederlands recht – de eerste SCE in Nederland is opgericht.²⁹⁷

5.5 Societas Privata Europaea (SPE)

In paragraaf 5.3 is gesteld dat MKB-vennootschappen met tal van belemmeringen worden geconfronteerd indien zij de eigen landgrenzen wensen te overschrijden op grond van de SE-Vo. Teneinde deze problemen zo veel als mogelijk weg te nemen, heeft de Europese Commissie een wetsvoorstel gedaan voor een ‘SPE-Statuut’.²⁹⁸ De SPE is een Europese Besloten Vennootschap en is vergelijkbaar met de (nationale) BV. Daarbij kent de SPE nagenoeg dezelfde voordelen als de SE, zoals het voordeel van een Europees imago, waarmee ingeval van grensoverschrijdende activiteiten vertrouwen kan worden gewekt op de Europese markt.²⁹⁹ Echter, waar de SE in belangrijke mate wordt vormgegeven door de nationale wetgeving per lidstaat, wordt het toepasselijke recht voor de SPE daarentegen zo veel mogelijk bepaald door het SPE-Statuut.³⁰⁰ Dit komt ten goede aan de uniformiteit van de vennootschappen.³⁰¹

²⁹⁴ Artikel 3 SCE-Vo.

²⁹⁵ Artikel 6 respectievelijk artikel 2 SCE-Vo.

²⁹⁶ Artikel 2 lid 1 SCE-Vo.

²⁹⁷ A.R. Spoor, ‘De Societas Cooperativa Europaea’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2010-7, p. 27.

²⁹⁸ COM/2008/396 def. van 25 juni 2008.

²⁹⁹ M.J.G.C. Raaijmakers, ‘The Societas Privata Europaea: a basic reform of EU law on Business Organizations’ in: M. Tison, H. de Wulf, C. van der Elst en R. Steennot, *Perspectives in Company Law and Financial Regulations*, Cambridge University Press 2009, p. 34-35.

³⁰⁰ Wetgeving met betrekking tot het arbeidsrecht, belastingrecht, verslaggeving, insolventie en contractuele rechten worden echter door het nationale recht beheerst. J. Oostenbrink, ‘Op weg naar één Europese bv?’, *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 70-71. Raaijmakers spreekt van een “stand alone SPE”. M.J.G.C. Raaijmakers, ‘The Societas Privata Europaea: a basic reform of EU law on Business Organizations’ in: M. Tison, H. de Wulf, C. van der Elst en R. Steennot, *Perspectives in Company Law and Financial Regulations*, Cambridge University Press 2009, p. 22 en 34.

³⁰¹ J. Oostenbrink, ‘Op weg naar één Europese bv?’, *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 70.

Teneinde de SPE toegankelijk te maken voor particulieren en kleine ondernemingen, stelt de Europese Commissie dat de oprichting van de SPE “ex nihilo” dient te kunnen geschieden.³⁰² De SPE zal aldus (eenvoudig) kunnen worden opgericht met een (symbolisch) minimumkapitaal van één euro³⁰³ en zonder het vereiste van een “community scale dimensie”, zoals die werd gesteld bij de SE. Voorts wordt in het voorstel niet vereist dat de SPE haar hoofdbestuur of hoofdvestiging in dezelfde lidstaat heeft gevestigd als de statutaire zetel van de SPE.³⁰⁴ Daarbij is er evenmin sprake van een uitvoerige regeling voor werknemersmedezeggenschap, zoals die van toepassing is bij de SE-Vo. Hierdoor bestaat voor de SPE de mogelijkheid om aan de strengere eisen van werknemersmedezeggenschap te ontkomen.³⁰⁵ De SPE komt met genoemde bepalingen dus tegemoet aan de huidige belemmeringen in de SE-Vo. Echter, het Europees Parlement is over deze oprichtingsvereisten een ander oordeel toegedaan. Evenals de Europese Commissie is het Europees Parlement van mening dat de oprichting van de SPE “ex nihilo” moet kunnen plaatsvinden, doch acht zij een bedrag ad tienduizend euro gewenst. Zij is immers van mening dat van een minimumkapitaal van één euro een gevaarlijk signaal uitgaat dat het bedrijfsrisico wordt overgenomen door derden.³⁰⁶ Het Europees Parlement is daarnaast voorstander van een “community scale dimensie” en meent dat het hoofdbestuur of hoofdvestiging weldegelijk in eenzelfde lidstaat dient te zijn gevestigd als de statutaire zetel van de SPE. Zij acht dit noodzakelijk teneinde de efficiënte bescherming van schuldeisers en consumenten te garanderen.³⁰⁷ Raaijmakers merkt daarentegen op dat een dergelijk vereiste nodeloos de verkiesbaarheid van de SPE limiteert. Hij is van mening dat een SPE verkiesbaar dient te zijn voor elke ondernemer binnen de EU ongeacht de (ondernemings)activiteiten die zij

³⁰² COM/2008/396 def., overweging 7.

³⁰³ COM/2008/396 def., artikel 19 lid 4.

³⁰⁴ COM/2008/396 def., artikel 7. Dit voorstel kreeg steun van veel lidstaten; Voortgangverslag van het voorzitterschap aan de Raad, 2008/0130 (CNS), p. 5.

³⁰⁵ J. Oostenbrink, ‘Op weg naar één Europese bv?’, *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 80. Oostenbrink acht het merkwaardig dat de uitvoeringsregelingen van de grensoverschrijdende Fusierichtlijn inzake werknemersmedezeggenschap wel van toepassing zijn ingeval een SPE grensoverschrijdend fuseert. Een analyse hieromtrent valt echter buiten de reikwijdte van deze masterscriptie.

³⁰⁶ Ontwerpadvies van het Europees Parlement aan de Commissie inzake het voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap (COM/2008/396), amendement 11 op COM/2008/396 artikel 19 lid 4. Het voorzitterschap van de Raad heeft echter besloten vooralsnog uit te gaan van een minimumkapitaal van één euro; Voortgangverslag van het voorzitterschap aan de Raad, 2008/0130 (CNS), p. 5.

³⁰⁷ Ontwerpadvies van het Europees Parlement aan de Commissie inzake het voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap (COM/2008/396), amendement 6 op COM/2008/396 artikel 7.

uitoefenen.³⁰⁸ Het voorzitterschap van de Raad heeft getracht om op deze punten een compromis te sluiten middels het voorstel om bij het ondernemingsdoel van de SPE te verwijzen naar een grensoverschrijdend component. Daarnaast heeft het voorzitterschap voorgesteld om de specifieke voorschriften met betrekking tot de vestiging van de zetel door nationaal recht te laten beheersen.³⁰⁹

Het is vooralsnog de vraag of de invoering van het SPE-Statuut politiek haalbaar is en zo ja, in welke vorm. Oostenbrink vreest ervoor dat lidstaten zich verzetten tegen de invoering van een dergelijke rechtsvorm middels een beroep op het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: EU-Verdrag).³¹⁰ Dit subsidiariteitsbeginsel houdt in dat de EU slechts mag optreden ingeval de beoogde situatie niet door de lidstaten zelf kunnen worden gerealiseerd. Daar komt bij dat het Cartesio-arrest de noodzaak van een SPE heeft doen afnemen.³¹¹

³⁰⁸ M.J.G.C. Raaijmakers, 'The Societas Privata Europaea: a basic reform of EU law on Business Organizations' in: M. Tison, H. de Wulf, C. van der Elst en R. Steennot, *Perspectives in Company Law and Financial Regulations*, Cambridge University Press 2009, p. 34-35.

³⁰⁹ Voortgangsverslag van het voorzitterschap aan de Raad, 2008/0130 (CNS), p. 4-5.

³¹⁰ De reden dat lidstaten zich mogelijk verzetten tegen de invoering van de SPE is dat dit mogelijk "law shopping" tot gevolg kan hebben. Dat houdt in dat ondernemers een SPE zullen oprichten in de lidstaat met het meest gunstige toepasselijke recht (voor zover de SPE wordt ingegeven door nationaal recht). Diverse lidstaten vrezen daarom voor een "race to the bottom", waarbij de lidstaten trachten zo laag mogelijke eisen in te voeren die het gunstigst zijn voor bedrijven, zonder dat dit ten goede komt aan de kwaliteit van het recht. J. Oostenbrink, 'Op weg naar één Europese bv?', *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 82.

³¹¹ J. Oostenbrink, 'Op weg naar één Europese bv?', *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 82.

6. “Elk nadeel heb zijn voordeel”

In deze masterscriptie is de onmogelijkheid van grensoverschrijdende zetelverplaatsing tot nu toe steeds als nadelig beschouwd. Echter, zoals Johan Cruijff ooit verwoordde: “Elk nadeel heb zijn voordeel”. In dit hoofdstuk wordt toegelicht dat de mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing niet slechts voordelen met zich mee brengt.

6.1 Willen we dit?³¹²

Waar velen zich bezighouden met het realiseren van grensoverschrijdende zetelverplaatsing, hetzij via maximumharmonisatie op Europees niveau, hetzij gedecentraliseerd, staat Timmerman terecht even stil bij de vraag of de mogelijkheid van een dergelijke grensoverschrijdende zetelverplaatsing wel wenselijk is. Het knelpunt zit volgens hem in de nationale gevolgen die een op Europees niveau geregelde mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing heeft. Nu het HvJ EG middels het Cartesio-arrest aan vennootschappen een opening heeft geboden tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing, vreest Timmerman voor de belangen van werknemers, crediteuren en minderheidsaandeelhouders. Op grond van eerder besproken mijlpaalarresten biedt een extra beschermingsregeling in de Nederlandse wetgeving geen soelaas. Indien deze extra voorwaarden strenger zijn op nationaal niveau dan op Europees niveau, kunnen deze strijdig worden geacht met het recht van vrije vestiging. Timmerman – en hij is daarin niet alleen – pleit toch voor een dergelijke regeling. Samen met Timmerman, vrezen ook anderen voor de vermindering van de kwaliteit van het vennootschapsrecht.³¹³

6.2 Race to the bottom

Binnen Europa is een competitie tussen Europese regelgevers vooralsnog niet duidelijk aanwezig. Toch heeft het HvJ EG/HvJ EU met de besproken mijlpaalarresten wel mogelijkheden hiertoe geboden door de toepassing van de werkelijke zetelleer fors in te perken. Daarbij heeft het HvJ EG/HvJ EU aan vennootschappen – onder voorwaarden – de mogelijkheid geboden om de zetel te verplaatsen naar een lidstaat met het meest gunstige vennootschapsrecht.³¹⁴ Het is wachten op de eerste lidstaat die het initiatief durft te nemen om

³¹² Verwijzend naar de vraag die L. Timmerman in dezen stelt. L. Timmerman, ‘Willen we dit?’, *Ondernemingsrecht* 2009-18, p. 68-69.

³¹³ L. Timmerman, ‘Willen we dit?’, *Ondernemingsrecht* 2009-18, p. 68-69.

³¹⁴ HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering), HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art), HvJ EG

de concurrentie binnen de EU aan te gaan.³¹⁵ De thans aanwezige mogelijkheden van grensoverschrijdende zetelverplaatsing zijn echter dermate omslachtig en kostenverhogend dat dit een belemmering vormt voor de totstandkoming van een dergelijke competitie. Voor MKB-vennootschappen is het hierdoor immers niet aantrekkelijk om de zetel grensoverschrijdend te verplaatsen. Momenteel is er binnen de EU dan ook met name sprake van een ‘defensieve’ regulatory competition, waarbij lidstaten zich voornamelijk richten op het behouden van de eigen vennootschappen.³¹⁶ Dit werd vóór de gewezen arresten van het HvJ EG dan ook gemakkelijk in stand gehouden middels opgeworpen uitreisbelemmeringen. Nu deze uitreisbelemmeringen echter geen stand meer houden, is het raadzaam om ook de inbound zetelverplaatsingen aantrekkelijk te maken.³¹⁷ Hierdoor zou regulatory competition kunnen ontstaan als gevolg van het fenomeen van ‘law-shopping’.

Opgemerkt dient te worden dat het enkele feit dat de mogelijkheden voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing nog te gering zijn om regulatory competition tot stand te brengen, niet betekent dat er geheel geen competitie plaatsvindt tussen de Europese lidstaten. Zo zijn er ook andere mogelijkheden voor competitie binnen de interne markt, bijvoorbeeld door het verlagen van de initiële kosten en het creëren van diverse voordelen voor vennootschappen. Zo geldt er een lage vennootschapsbelasting in de Baltische staten en Polen. Daar komt bij dat deze lidstaten logistiek gezien sterk in opkomst zijn, waardoor deze lidstaten toegang bieden tot de OE markt. Dergelijke bepalingen zijn van invloed op de keuze die ondernemers maken voor de incorporatie van hun vennootschap.³¹⁸ Echter, ook in dit opzicht is er vooralsnog geen sprake van een losbarstende competitie tussen lidstaten. Voor Nederland kan het echter aantrekkelijk zijn om in dezen de ‘first mover state’ te worden. Door het creëren van het meest aantrekkelijke vennootschapsrecht zouden we kunnen pogen om het Delaware van Europa te worden.³¹⁹

13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33 (Sevic), HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (Cartesio).

³¹⁵ De Engelse ‘private limited company’ lijkt vooralsnog de meest gunstigste vennootschapsvorm binnen Europa te zijn. M.P. Nieuwe Weme e.a., *Handboek openbaar bod*, Deventer: Kluwer 2008, p. 14.

³¹⁶ L. Enriques, ‘EC Company Law and the Fears of a European Delaware’, *European Law Business Review* 2004-15(6), p. 1273.

³¹⁷ J.W. Bellingwout, ‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2009-6800, p. 225.

³¹⁸ Hiervan is sprake bij regulatory arbitrage, welke regulatory competition tot gevolg kan hebben.

³¹⁹ In deze masterscriptie wordt verder niet ingegaan op de haalbaarheid van een dergelijk streven. Een positief aspect in Nederland is dat Nederland met veel landen belastingverdragen heeft gesloten, waardoor obstakels voor de internationale handel, zoals dubbele belastingheffing, worden opgeheven. Hierdoor zijn veel grote bedrijven, zoals Gucci, statutair gevestigd in Nederland. Zij kunnen als gevolg van de belastingverdragen in het buitenland opereren zonder te worden geconfronteerd met dubbele kosten.

Zoals in hoofdstuk 3 reeds besproken, brengt de totstandkoming van regulatory competition niet alleen voordelen met zich mee. Zo wordt er gesproken over een ‘race to the bottom’ of het ‘Delaware-effect’. Willem Cary wordt gezien als grondlegger van deze ‘race to the bottom’-theorie.³²⁰ Volgens deze theorie gaat een jurisdictionele competitie tussen lidstaten ten koste van de kwaliteit van het recht. Lidstaten zouden immers de drempel voor oprichting van vennootschappen zo laag mogelijk willen leggen, waardoor de bescherming van crediteuren, werknemers en minderheidsaandeelhouders in het geding kan komen.³²¹ Diverse auteurs menen echter dat de omstandigheden in Delaware dermate anders zijn dan in Europa, waardoor een dergelijke ‘race to the bottom’-effect onwaarschijnlijk is. Daarnaast kan harmonisatie binnen de Europese Unie een uitkomst bieden voor de gemeenschappelijke opvatting over de belangen van werknemers, crediteuren en minderheidsaandeelhouders.³²² Een dergelijke harmonisatie – in de Veertiende Richtlijn – kan derhalve het kader bieden waarbinnen regulatory competition mogelijk is, zonder dat dit per definitie hoeft te leiden tot een vermindering van de kwaliteit van het recht.³²³

³²⁰ W.L. Cary, ‘Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware’, *Yale Law Journal* 1974-83, p. 663-705.

³²¹ K. Heine, ‘Regulatory Competition between Company Laws in the European Union: the Überseering Case’, *Intereconomics* 2003-maart/april, p. 103-105.

³²² E.P.M. Vermeulen, *The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States* (diss. Universiteit van Tilburg), Kluwer Law International, p. 99-101.

³²³ S. Deakin, ‘Legal diversity and regulatory competition: which model for Europe?’, p.15 <www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP323.pdf>.

7. Conclusie

De centrale onderzoeksvraag die wordt beantwoord in deze masterscriptie luidt als volgt:

Is het Europese Hof van Justitie met het Cartesio-arrest tegemoet gekomen aan de uitoefening van de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie ex artikel 49 VwEU omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing en (statutaire) omzetting van vennootschappen?

7.1 Conclusie ten behoeve van de centrale onderzoeksvraag

Allereerst is in deze masterscriptie aan de orde gekomen dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag wanneer het vennootschappen binnen de EU is toegestaan om een beroep te doen op de vrijheid van vestiging ex artikel 49 en 54 VwEU. De discussie hieromtrent richt zich voornamelijk op de vraag of deze wetsbepalingen aan vennootschappen het recht toekennen om grensoverschrijdend hun statutaire en/of werkelijke zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat binnen de EU. In de huidige wettelijke bepalingen wordt hierover geen uitsluitel gegeven. Vandaar dat we tot op heden aangewezen zijn op de “mijlpaalarresten” van het HvJ EG over dit onderwerp.

In de kern van de besproken mijlpaalarresten staat de vraag centraal of belemmeringen omtrent de mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing getoetst kunnen worden aan het VwEU en derhalve beschouwd kunnen worden als de uitoefening van het vrije recht van vestiging ex artikel 49 en 54 VwEU. In het Daily Mail-arrest oordeelde het HvJ EG dat de mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing buiten de reikwijdte van het VwEU valt en derhalve een nationale aangelegenheid betrof. Echter, in de analyse van de daaropvolgende arresten blijkt het HvJ EG hier enigszins op terug te komen, daar het HvJ EG in het Überseering-arrest wel toetst aan het vrije vestigingsrecht ex artikel 49 en 54 VwEU. Hiermee onderscheidt het HvJ EG de *inbound zetelverplaatsingen*, waarbij de vestigingslidstaat geen inreisbelemmeringen mag opleggen, van de *outbound zetelverplaatsingen*, waarbij de oprichtingslidstaat de bevoegdheid heeft om te beschikken over het ‘leven en dood’ van de vennootschap. De uitreisbelemmeringen die door de oprichtingslidstaat werden opgeworpen bleken derhalve ook na het Überseering-arrest niet toetsbaar aan het VwEU en zodoende tot de soevereiniteit van de oprichtingslidstaat te behoren. Uit de mijlpaalarresten alvorens uitspraak werd gedaan inzake Cartesio, kan worden geconcludeerd dat het de ontvangstlidstaat niet is toegestaan om de inschrijving van de vennootschap in het (eigen) handelsregister te weigeren, dat de ontvangstlidstaat gehouden is om de (buitenlandse) rechtspersoonlijkheid en rechtsbevoegdheid van de vennootschap te

erkennen en dat er geen aanvullende voorwaarden mogen worden opgelegd die mogelijk het fundamentele recht op vrije vestiging belemmeren. Dit laatste is slechts toegestaan indien er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang, verstoring van de openbare orde of ter voorkoming van misbruik.

De Cartesio-situatie vertoont grote overeenkomsten met de situatie in het Daily Mail-arrest, daar de procedure in beide situaties betrekking had op een belemmering van de vrijheid van vertrek oftewel een *outbound* belemmering. Een merkelijk verschil tussen beiden was echter dat Cartesio was opgericht naar Hongaars recht, waarin toentertijd de werkelijke zetelleer van toepassing was. Waar advocaat-generaal Poiares Maduro tot de conclusie kwam dat de vestigingsvrijheid zowel bij *inbound zetelverplaatsingen* als bij *outbound zetelverplaatsingen* van toepassing was, was het HvJ EG een heel ander oordeel toegedaan. Opvallend is de dubbelzinnige positie die het HvJ EG inneemt ten aanzien van de zetelverplaatsing op grond van het vrije recht van vestiging. Zo bekrachtigt het HvJ EG enerzijds in het Cartesio-arrest haar redenering inzake Daily Mail en Überseering, waarin vennootschappen geen ‘vrij recht van vertrek’ werd toegekend. Anderzijds creëert het HvJ EG een – kleine – opening voor ondernemers om de zetel te verplaatsen vanuit een lidstaat die de werkelijke zetelleer toepast, zonder dat dit ontbinding van de vennootschap tot gevolg heeft. Dit is echter alleen mogelijk indien de lidstaat van ontvangst een dergelijke zetelverplaatsing erkent en de vennootschap daarbij wordt omgezet naar een vennootschapsvorm onder het recht van die ontvangstlidstaat. De ontvangstlidstaat mag een dergelijke inbound zetelverplaatsing belemmeren. Echter, het is de oprichtingslidstaat niet toegestaan om algemene beperkingen op te leggen teneinde het vertrek van de vennootschap te belemmeren.

Het onderscheid dat het HvJ EG maakt tussen beperkingen op het recht van vrije vestiging die zijn opgelegd door de oprichtingslidstaat en beperkingen daarvan die zijn opgelegd door de ontvangstlidstaat – die overigens beiden eenzelfde effect hebben op de (verplaatsende) vennootschap – is niet compatibel met de overige fundamentele vrijheden uit het Verdrag, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen import en export. Voorts heeft een dergelijk onderscheid tot gevolg dat er rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid heerst ten aanzien van de uitoefening van het vrije recht van vestiging binnen de EU. Het HvJ EG laat de lidstaten immers vrij om zelf te bepalen of een vennootschap gerechtigd is haar zetel te verplaatsen. Daarbij laat het HvJ EG onverlet in hoeverre deze vrijheid van de nationale wetgever reikt.

Het gevolg van deze arresten is dat de toepassing van de werkelijke zetelleer door een ontvangstlidstaat ten aanzien van ‘buitenlandse’ vennootschappen fors is ingeperkt. De

mogelijkheden voor vennootschappen om de zetel grensoverschrijdend te verplaatsen is derhalve toegenomen.

Gezien het feit dat het op nationaal niveau van de lidstaten veelal ontbreekt aan ‘in- en uitreisregelingen’, biedt het Cartesio-arrest echter niet voldoende toegevoegde waarde voor het faciliteren van grensoverschrijdende zetelverplaatsing. De uitreismogelijkheid die het HvJ EG heeft geboden in het Cartesio-arrest is echter niet toepasbaar indien de vennootschap geen beroep kan doen op een inreisregeling van een andere lidstaat.

Vooralsnog blijven de alternatieve mogelijkheden van grensoverschrijdende zetelverplaatsing van belang, zij het wel dat dergelijke mogelijkheden in de huidige vorm kostbaar en tijdrovend zijn. Aantrekkelijke alternatieven zijn het derhalve niet voor MKB-vennootschappen. Het blijft vooralsnog wachten op een expliciete wettelijke regeling teneinde grensoverschrijdende zetelverplaatsing mogelijk te maken.

7.2 Eindoordeel

Het antwoord op de onderzoeksvraag is noch geheel positief noch negatief. Geconcludeerd kan worden dat het HvJ EG, tegen de algemene verwachting in, niet echt een baanbrekende uitspraak heeft gedaan inzake Cartesio, daar grensoverschrijdende zetelverplaatsing nog steeds niet tot de expliciete mogelijkheden van de vennootschappen behoort. Toch overheerst het beeld dat de geboden mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting reeds een positieve verandering teweeg brengt voor de vrijheid van vestiging.

Als aanvulling op het bepaalde in het Cartesio-arrest doe ik de navolgende aanbevelingen teneinde grensoverschrijdende zetelverplaatsing op een effectieve wijze mogelijk te maken:

- De werkzaamheden omtrent de Veertiende Richtlijn dienen te worden hervat door de Europese Commissie. Een dergelijke richtlijn kan de momenteel aanwezige rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid ondervangen.
- Op nationaal niveau dienen de lidstaten zorg te dragen voor een in- en uitreisregeling, waarin de bescherming van de belangen van werknemers, crediteuren en minderheidsaandeelhouders wordt gegarandeerd.
- Ook Nederland dient een dergelijke inreisregeling op te nemen in de Nederlandse wetgeving. Dit kan mogelijk het ‘vrij vertrek’ van vennootschappen compenseren en tevens een economisch voordeel genereren. Daarbij kan Nederland dit mogelijk combineren met een aantrekkelijk vennootschapsrecht, waardoor het een aantrekkelijk vestigingsland wordt voor buitenlandse vennootschappen.

- Het SPE-voorstel biedt in zijn huidige vorm een goed alternatief voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing van MKB-vennootschappen. De Europese Commissie moet daarbij echter wel zoveel mogelijk vasthouden aan haar originele voorstel.

Onvermijdelijk is dat de mogelijkheid van grensoverschrijdende zetelverplaatsing voor vennootschappen in de toekomst expliciet gefaciliteerd gaat worden. Het is echter de vraag hoe lang we hierop moeten wachten, daar de Europese Commissie de werkzaamheden rondom de Veertiende Richtlijn nog niet heeft hervat. Er rest ons niets anders dan wachten op een dergelijke regeling óf op een nieuw (mijlpaal)arrest hieromtrent...

Literatuurlijst

Boeken

Bellingwout

J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*. Deventer 2003.

Cools

A. Cools, *Internationaal Belastingrecht in Hoofdpijnen*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2012.

Dorresteyn en Van het Kaar

A.F.M. Dorresteyn en R.H. van het Kaar, *De juridische organisatie van de onderneming*. Deventer: Kluwer 2008.

Hijmans e.a.

L.J. Hijmans van den Bergh e.a., *Nederlands ondernemingsrecht in rechtsoverschrijdend perspectief*. Deventer: Kluwer 2003.

Kemmeren en Van der Sangen

E.C.C.M. Kemmeren en G.J.H. van der Sangen, *Reforming the Law on Business Organisations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*. The Hague: Eleven International Publishing 2011.

Nieuwe Weme

M.P. Nieuwe Weme e.a., *Handboek openbaar bod*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Boxel

H.J.M.M. van Boxel, *Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van der Ploeg en Veenemans

R. van der Ploeg en C. Veenemans, *De invloed van ICT op maatschappij en overheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001.

Van Veen e.a. 2006

W.J.M. van Veen e.a., *De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)*, Kluwer: Deventer 2006.

*Bijdragen in boeken***Raaijmakers 2009**

M.J.G.C. Raaijmakers, 'The Societas Privata Europaea: a basic reform of EU law on Business Organizations' in: M. Tison, H. de Wulf, C. van der Elst en R. Steennot, *Perspectives in Company Law and Financial Regulations*, Cambridge University Press 2009, p. 18-42.

*Tijdschriftartikelen***Arons 2008**

T.M.C. Arons, 'Is er na het verwachte oordeel in de Cartesio-zaak nog behoefte aan een veertiende vennootschaprichtlijn? Een mogelijke afronding van het Europese vennootschapsrecht', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 85-92.

Becht, Enriques en Korom 2009

M. Becht, L. Enriques en V. Korom, 'Centros and the Cost of Branching', *Journal of Corporate Law Studies* 2009-1, p. 171-199.

Bellingwout 2009

J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *Weekblad voor fiscaal recht* 2009-138, p. 217-226.

Bellingwout en Koerts 2012

J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later...', *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-12, p. 1728-1739.

Bennebroek Gravenhorst 2004

J.H. Bennebroek Gravenhorst, 'Zetelverplaatsing van de Europese vennootschap', *Vennootschap & Onderneming* 2004-4, p. 76-80.

Bulcke 2001

B. Bulcke, 'Lidstaten akkoord over Europese vennootschap', *De Standaard* 9 oktober 2001.

Cary 1974

W.L. Cary, 'Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware', *Yale Law Journal* 1974-83, p. 663-705.

Castelein 2002

C. Castelein, 'De Societas Europaea: nuttig instrument of maat voor niets?', *jura falconis*, jg 39, 2002-2003, nr. 1, p. 41-76.

Dammann 2004

J.C. Dammann, 'Freedom of Choice in European Corporate Law', *The Yale Journal of International Law* 2004-2, p. 477-544.

De Wulf 1999

H. de Wulf, 'Centros: vrijheid van vestiging zonder race to the bottom', *Financial Law Institute Universiteit van Gent* 1999, p. 1-23.

Deakin 2006

S. Deakin, 'Legal diversity and regulatory competition: which model for Europe?', 2006, p.15 <www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP323.pdf>.

Dorresteyn en Verkerk 2009

A.F.M. Dorresteyn en B. Verkerk, 'Nakaarten over Cartesio. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting', *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 55-68.

Dortmond 2004

P.J. Dortmond, 'Ontwerprichtlijn grensoverschrijdende fusies', *Ondernemingsrecht* 2004, p. 40-41.

Ebers 2003

M. Ebers, 'Company Law in Member States against the Background of Legal Harmonisation and Competition between Legal Systems', *European Review of Private Law* 2003-4, p. 509-518.

Ebke 1999

W.F. Ebke, 'Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH', *Juristenzeitung* 1999-13, p. 656-661.

Enriques 2004

L. Enriques, 'EC Company Law and the Fears of a European Delaware', *European Law Business Review* 2004-15(6), p. 1259-1274.

Gerner-Beuerle en Schillig

C. Gerner-Beuerle en M. Schillig, 'The mysteries of freedom of establishment after Cartesio', *International and Comparative Law Quarterly* 2010-59, p. 303-323.

Gildea 2004/2005

A.J. Gildea, 'Überseering: A European Company Passport', *HeinOnline - Brooklyn Journal of International Law* 2004/2005-30, p. 257-292.

Hees 2009

R.B. Hees, 'Het Cartesio-arrest en re-incorporatie binnen de Europese Unie', *Vennootschap & Onderneming* 2009-1, p. 5-8.

Heine 2003

K. Heine, 'Regulatory Competition between Company Laws in the European Union: the Überseering Case', *Intereconomics* 2003-2, p. 102-108.

Hijink 2010

J.B.S. Hijink, 'Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen', *Ondernemingsrecht* 2010-77, p. 371-383.

Kimkana 2009

K. Kimkana, 'From Daily Mail to Cartesio – a case for the consistency of the ECJ?', *International Tax Report* 2009, p. 1-26.

Lombardo 2009

S. Lombardo, 'Regulatory Competition in Company Law in the European Union after *Cartesio*', *European Business Organization Law Review* 2009-10, p. 627-248.

McCahery 2006

J.A. McCahery, 'Harmonisatie in het Europees vennootschapsrecht: de politieke economie van economische integratie', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2006-139/1, p. 1-33.

McCahery en Vermeulen 2007

J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen, 'Understanding Corporate Mobility in the EU. Towards the Foundation of a European 'Internal Affairs Doctrine'', 2007, p. 12
<www.ecgi.org/presidency/presentations/2007_berlin_vermeulen_paper.pdf>.

Oostenbrink 2009

J. Oostenbrink, 'Op weg naar één Europese bv?', *Onderneming en Financiering* 2009 (17)-2, p. 69-84.

Rammeloo 2003

S.F.G. Rammeloo, 'HvJ EG Zaak 208/00 Überseering: de "long and winding road" naar vestigingsvrijheid voor rechtspersonen in de Europese Unie', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2003-6521, p. 153-154.

Rammeloo 2009

S.F.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa: een stap achterwaarts?', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-3, p. 67-73.

Roelvink 2001

H.J.L. Roelvink, 'De Europese vennootschap na Nice', *S.E.W.* 2001, nr. 5, p. 162-168.

Rovers 2006

J.M. Rovers, 'Grensoverschrijdende fusie na Sevic: de Tiende Richtlijn voorbij?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2006-5/6, p. 133-136.

Sanjai en Romano 2007

B. Sanjai en R. Romano, 'Empirical Studies of Corporate Law', *Handbook of Law and Economics* 2007-2, Elsevier Noord-Holland, p. 945-1012.

Spoor 2010

A.R. Spoor, 'De Societas Cooperativa Europaea', *Bedrijfsjuridische berichten* 2010-7, p. 27-30.

Steffens 2004

L.F.A. Steffens, 'Strijd tussen de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel – De vrijheid van vestiging in Europa volgens het Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004-1, p. 46-53.

Storm 2009

P.M. Storm, 'Cartesio: stapjes in de processie van Echternach', *Ondernemingsrecht* 2009-7, p. 328-337.

Thoma 2003

I. Thoma, 'ECJ, 5 november 2002, Case C-208/00 Überseering BV v. NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH - The Überseering ruling: a tale of serendipity', *European Review of Private Law* 2003-3, p. 545-554.

Timmerman 2009

L. Timmerman, 'Willen we dit?', *Ondernemingsrecht* 2009-18, p. 68-69.

Van Daelen en Huybens 2010

M.M.A. van Daelen en J.H. Huybens, 'Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2010-4, p. 99-117.

Van de Streek 2009

J.L. van de Streek, 'Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief', *Fiscaal Ondernemingsrecht* 2009-2, p. 37-61.

Van den Braak 2010

S.M. van den Braak, 'Het IPR-vennootschapsrecht en Boek 10 BW: een nadere toelichting', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010-7/8, p. 184-188.

Van der Sangen 2006

G.J.H. van der Sangen, 'Grenzeloze mobiliteit van ondernemingen na het Sevic-arrest', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2006-5, p. 178-186.

Van der Sangen 2008

G.J.H. van der Sangen, 'Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 98-105.

Van Eck en Groenland 2010

G.C. van Eck en I.C.P. Groenland, 'Cartesio: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings', *JBN* 2010-3, p. 9-13.

Van Eck en Roelofs 2008

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Enige overwegingen ten aanzien van de toepasselijkheid van de Wet grensoverschrijdende fusies op 'Sevic fusies'', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008-4, p. 85-89.

Van Eck en Roelofs 2010

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'De reikwijdte van de Tiende Richtlijn en de Wet grensoverschrijdende fusies en het oprichtingsvereiste', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2010-1, p. 1-9.

Van Gelder en Niels 2012

G.C.F. van Gelder en B. Niels, 'National Grid Indus: een zegen voor verplaatsing van vennootschappen binnen de EU?', *Weekblad Fiscaal Recht* 2012-490, p. 490-500.

Van Hees 2009

R.B. van Hees, 'Het Cartesio-arrest en re-incorporatie binnen de Europese Unie', *Vennootschap & Onderneming* 2009-1, p. 5-8.

Van Veen 2009

W.J.M. van Veen, 'Europeesrechtelijke perikelen. Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing... dankzij het Europese Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009-1, p. 22-27.

Van Veen 2010 (I)

W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio-arrest (deel I)', *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2010-6840, p. 329-332.

Van Veen 2010 (II)

W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio-arrest (deel II)', *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2010-6841, p. 352-335.

Verbrugh 2009

M.A. Verbrugh, 'Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?', *SEW* 2009-11, p. 419-428.

Vermeulen, Bratton en McCahery 2008

E.P.M. Vermeulen, W.W. Bratton en J.A. McCahery, 'How does corporate mobility affect Lawmaking? A comparative analysis', *The American Journal of Comparative Law*, 57(3), p. 347-385.

Vossestein 2009

G.J. Vossestein, 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NTER)* 2009-5, p. 184-190.

Winter 1977

R.K. Winter, 'State Law, Shareholder Protection and the Theory of the Corporation', *Journal of Legal studies* 1977-6, p. 251-292.

Zilinsky 2009

M. Zilinsky, 'Cartesio: zetelverplaatsing en de vrijheid van vestiging', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)* 2009-6787, p. 153-154.

Dissertaties

Vermeulen

E.P.M. Vermeulen, *The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States* (diss. Universiteit van Tilburg), Kluwer Law International.

Internetartikelen

Lutze

A. Lutze, 'De voor- en nadelen van de Europese vennootschap', <www.ondernemingsrecht-uitsland.de/files/nieuwsbrief%20juni%202010.pdf>.

Schenk

J.W.A. Schenk, 'Verzetelen binnen en buiten de EU', <www.van-doorne.com/Global/Publicaties/2011/Notariaat/verzetelen%20binnen%20en%20buiten%20de%20EU%20def.pdf>.

Jurisprudentie

HvJ EG 21 juni 1974, nr. C-2/74, *Jur.* 1974, p. 00631 (Reyners).

HvJ EG 10 juli 1986, nr. C-79/85, *Jur.* 1986, p. 2374 e.v. (Segers).

HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/97, *Jur.* 1988, p. 5483 (Daily Mail).

HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-221/89, *Jur.* p. I-3905 (Factortame).

HvJ EG 30 september 1995, nr. C-55/94, *Jur.* p. I-416 (Gebhard).

HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *NJ* 2000, 48 (Centros).

HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003, 58 (Überseering).

HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155 (Inspire Art).

HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02, *NTFR* 2004, 397 (de Lasteyrie du Saillant).

HvJ EG 5 oktober 2004, nr. C-442/02, *NJ* 2005, 267 (CaixaBank France).

HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006, 33 (Sevic).

HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, *NJ* 2007, 186 (Cadbury Schweppes).

HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (Cartesio).

HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10, *NJ* 2012, 72 (National Grid Indus).

HvJ EU 10 mei 2012, nr. C-357/10, *PbEU* 2012, C 184 (Duomo Gpa).

HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-0378/10 (Vale Építési Kft).

Conclusie advocaat-generaal

HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (concl. A-G Poiares Maduro).

HvJ EU 15 december 2011, nr. C-378/10, VN 2011/67.19.1 (concl. A-G Jääskinen).

Annotatie

G.J. Vossestein, annotatie bij: HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008 (Cartesio).

Kamerstukken van de Eerste Kamer en Tweede Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken I 2007/08, 30 929, nr. B, p. 1.

Kamerstukken II 1994/95, 24 141, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2003/04, 29 309, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2006/07, 30 929, nr. 3, p. 2-3.

Besluiten

Besluit van 3 juli 2008 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 27 juni 2008 houdende wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Stb. 260).

Verordeningen

Verordening (EEG) nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV).

Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

Verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE).

Richtlijnen

Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 (OJ L295/36) betreffende fusies van naamloze vennootschappen (Derde Richtlijn).

Richtlijn 82/891/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 1982 (OJ L372/47) betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (Zesde Richtlijn).

Richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 (PbEG 2005, L 310/1) betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Tiende Richtlijn).

Richtlijn 89/666/EG van de Raad van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een Lid-Staat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen (Elfde Richtlijn).

Documenten van de Europese Commissie

COM (2008) 396/3.

COM/2008/396 def.

COM/2010/676 definitief.

Het herziene compromisvoorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut voor de Europese besloten vennootschap van het Voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2009, 2008/0130 (CNS).

Voorstel Europese Commissie over Europese Besloten Vennootschap (EBC): European Parliament legislative resolution of 10 March 2009 on the proposal for a Council regulation on the Statute for a European private company (COM(2008)0396 – C6-0283/2008 – 2008/0130(CNS)).

Europese Commissie, “Europees vennootschapsrecht: hoe verder?” Referentie (persbericht) IP/12/149. Brussel, 20 februari 2012.

“Report of Reflection Group on the future of European Company Law” van 5 april 2011
<http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf>.

Documenten Europees Parlement

Ontwerpadvies van het Europees Parlement aan de Commissie inzake het voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap (COM/2008/396).

Overig

Charlie McGreevy, *Speech by Commissioner McGreevy at the European Parliament's Legal Affairs Committee*, gehouden te Brussel op 3 oktober 2007, SPEECH/07/592.

Ernst & Young, *Report drawn up following call for tender from the European Commission: 'Study on the operation and the impacts of the Statute for a European company (SE)', 9 december 2008, p. 1-293.*