

Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen

Ondernemingsrecht 2018/119

Op het terrein van grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen heeft zich de afgelopen tijd een aantal relevante ontwikkelingen voorgedaan. Zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie op 25 oktober 2017 in het *Polbud*-arrest een nadere invulling gegeven aan de mogelijkheid van een grensoverschrijdende omzetting op basis van de vrijheid van vestiging. Voorts heeft de Europese Commissie op 25 april 2018 een voorstel voor een richtlijn tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, juridische fusies en splitsingen gepubliceerd. Deze richtlijn zal de kapitaalvennootschappenrichtlijn (EU) 2017/1132 onder meer aanvullen met een regeling voor grensoverschrijdende omzetting. Ten slotte is eerder dit jaar de bundel getiteld 'Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen' verschenen en is daar een boekpresentatie aan gewijd. Tijdens de boekpresentatie deelden een tweetal experts uit de praktijk hun bespiegelingen vanuit civiel en fiscaal perspectief over de grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen. In dit artikel zal de auteur deze ontwikkelingen nader bespreken en analyseren.

1. Inleiding

Op het terrein van grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen heeft zich de afgelopen tijd een aantal relevante ontwikkelingen voorgedaan.² Zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) op 25 oktober 2017 in het *Polbud*-arrest³ een nadere invulling gegeven aan de mogelijkheid van een grensoverschrijdende omzetting op basis van de vrijheid van vestiging van art. 49 en 54 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).⁴ Het *Polbud*-arrest is een belangrijke aanvulling op de reeds bestaande arresten over grensoverschrijdende herstruc-

tureringen in de Europese Unie.⁵ Voorts heeft de Europese Commissie op 25 april 2018 een voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, juridische fusies en splitsingen (hierna: Voorstel) gepubliceerd.⁶ Dit Voorstel vult de kapitaalvennootschappenrichtlijn (EU) 2017/1132 onder meer aan met een regeling voor grensoverschrijdende omzetting. Ten slotte vond op maandag 4 juni 2018 in Amsterdam de boekpresentatie plaats van de bundel getiteld 'Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen'.⁷ Het boek bevat naast een inleiding van de redacteuren van het boek veertien bijdragen van auteurs uit de praktijk en wetenschap waarin vanuit verschillende civiele en fiscale invalshoeken de grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen wordt besproken. Tijdens de boekpresentatie deelden een tweetal experts uit de praktijk hun bespiegelingen vanuit civiel en fiscaal perspectief over de grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen. Dit alles vormt reden om in dit artikel deze ontwikkelingen nader te bespreken en te analyseren. Ik rond af met enkele slotopmerkingen.

2. *Cartesio*, *Vale* en *Polbud*

In het kader van de grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen zijn er drie relevante arresten van het HvJ EU, te weten *Cartesio*, *Vale* en *Polbud*.⁸ Deze arresten vormen thans de kern van het leerstuk van grensoverschrijdende omzetting. Voor een goed begrip van de stand van zaken met betrekking tot de grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen is een goed begrip van deze drie arresten een must. Reden waarom ik in deze paragraaf uitgebreider inga op deze drie arresten.

Ik bespreek als eerste het *Cartesio*-arrest. *Cartesio* betrof een Hongaarse commanditaire vennootschap die haar werkelijke

1 Harold Koster is verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en aan de Universiteit van Dubai.
2 Zie hierover ook mijn bijdrage 'Grensoverschrijdende omzettingen: Polbud in perspectief', *Onderneming & Financiering* 2018/3, en een nog te verschijnen bijdrage van mijn hand getiteld 'EU-voorstel voor richtlijn voor grensoverschrijdende omzetting en juridische splitsing en aanpassing van de regeling van de grensoverschrijdende fusie', in *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, waaruit ik heb geput voor deze bijdrage.
3 HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.
4 Zie hierover ook M.A. Verbrugh, 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing op grond van de vrijheid van vestiging: het laatste stukje van de puzzel in het *Polbud*-arrest?', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, 2018/1; G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Het *Polbud*-arrest: 'Eerst (aan)komen, dan gaan?', *TvOB* 2018-2; J.N. Schutte-Veenstra, bespreking van het *Polbud*-arrest, *Ondernemingsrecht* 2018/8; O. Oost, T. Keijzer & P. Suurd, 'Polbud: een paradigmawisseling voor grensoverschrijdende omzettingen?', *AA* 2017; en W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing: Waar ligt de grens?', *WPNR* 2017/7171.

5 Het arrest *Polbud* betreft overigens de wetgeving van de lidstaat van oprichting. Dit was ook het geval in de arresten *Daily Mail*, *Cartesio* en *National Grid*. De andere arresten over de vrijheid van vestiging van vennootschappen, te weten *Centros*, *Inspire Art*, *Überseering*, *SEVIC Systems* en *Vale*, hadden betrekking op de wetgeving van de lidstaat van ontvangst.
6 COM(2018) 241 final. Zie over dit voorstel ook M.A. Verbrugh, 'Richtlijnvoorstel voor grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een (geheel) nieuwe stap in het harmonisatieproces', *MvO* 2018//8. Daarnaast is een tweede conceptvoorstel gepubliceerd. Dit betreft een voorstel voor een richtlijn tot wijziging van dezelfde richtlijn met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht. Dit tweede voorstel geldt eveneens voor BV's en gaat over volledige online oprichting en registratie van vennootschappen en bijkantoren en volledige online indiening van documenten en gegevensverplichtingen.
7 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018.
8 HvJ EG 16 december 2008, C-210/06 (*Cartesio*), HvJ EU 12 juli 2012, C-378-10 (*Vale*) en HvJ EU 25 oktober 2017, C-106/16 (*Polbud*).

zetel wenste te verplaatsen.⁹ Het HvJ EU vatte de vraag zo op dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of de vrijheid van vestiging zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die een krachtens het nationale recht van deze lidstaat opgerichte vennootschap, die haar hoedanigheid wenst te behouden van vennootschap die valt onder het nationale recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht, belet haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen. Door deze verplaatsing zou naar Hongaars recht de vennootschap ophouden te bestaan en vervolgens opnieuw dienen te worden opgericht overeenkomstig het recht van het land op wiens grondgebied zij haar nieuwe zetel wenst te vestigen. Het HvJ EU overweegt (opnieuw) in dat kader dat een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepaalt.¹⁰ Aldus kan een lidstaat van oprichting beperkingen stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel van een volgens zijn wettelijke regeling opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat, wanneer deze vennootschap niettemin haar rechtspersoonlijkheid volgens het recht van de lidstaat van oprichting wenst te behouden. Dit betekent dat in dergelijke situaties, als het aanknopingspunt met de lidstaat van oprichting wordt verbroken en de vennootschap op grond van het recht van de lidstaat van oprichting moet worden ontbonden en daardoor haar rechtspersoonlijkheid verliest, de vennootschap geen aanspraak (meer) kan maken op het recht van vestiging. Dit is het directe gevolg van het feit dat de lidstaten nooit een keuze hebben willen maken tussen de statutaire zetelleer en de leer van de werkelijke zetel. Dit omdat het (toen nog) EEG Verdrag – maar dat geldt ook nu nog naar huidig Europees recht – de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot de vereiste aanknopingspunt en de vraag of, en zo ja hoe, de statutaire zetel of het feitelijke hoofdkantoor van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, beschouwt als vraagstukken waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden, doch die in toekomstige wetgeving of overeenkomsten moeten worden geregeld.¹¹ De conclusie is aldus dat de vrijheid van vestiging op zichzelf niet in zijn algemeenheid het recht geeft op verplaatsing van de werkelijke of statutaire zetel.¹²

Dit is anders bij een grensoverschrijdende omzetting met verandering van recht. Dan wordt het vennootschapsrecht van het land van ontvangst van toepassing. Dit volgt eveneens uit *Cartesio*. Dit mits het Italiaanse recht een dergelijke omzetting toestaat. Alsdan kan het land van vertrek niet haar nationale wetgeving toepassen die ontbinding voorschrijft. Wel kunnen onder omstandigheden dwingende redenen van algemeen belang een beperking van dit recht op omzetting overigens rechtvaardigen. Hierbij kan gedacht worden aan bescherming van belangen van crediteuren, minderheidsaandeelhouders en werknemers. *Cartesio* leert dat een outbound grensoverschrijdende omzetting toegestaan is. Het *Cartesio*-arrest riep wel de vraag op wat het HvJ EU bedoelde met de woorden ‘voor zover diens recht dit toestaat’. In het arrest van het HvJ EU van 12 juli 2012 inzake *Vale* is deze vraag beantwoord.

Het tweede arrest dat relevant is, is het *Vale*-arrest. *Vale* betrof een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap naar Italiaans recht in een vennootschap naar Hongaars recht met verandering van recht. Op 19 januari 2007 heeft een vertegenwoordiger van *Vale* bij de rechtbank te Boedapest een verzoek ingediend tot inschrijving van de vennootschap volgens Hongaars recht. Dit verzoek werd door de rechtbank afgewezen. In hoger beroep bevestigde het regionale hof te Boedapest deze afwijzing aangezien de nationale bepalingen over omzetting slechts op nationale omzettingen van toepassing zijn. *Vale* stelde vervolgens cassatieberoep in bij het hooggerechtshof en vorderde dat de afwijzingsbeschikking zou worden vernietigd en dat zij alsnog in het handelsregister wordt ingeschreven. *Vale* doet hierbij een beroep op art. 49 en 54 VWEU. Het hooggerechtshof besluit de behandeling van de zaak te schorsen en het HvJ EU prejudiciële vragen te stellen. In *Vale* overweegt het HvJ EU allereerst dat een vennootschap na een grensoverschrijdende omzetting een economische activiteit in het land van ontvangst moet verrichten,¹³ wat overigens iets anders is dan de vraag of de werkelijke zetel in het land van ontvangst moet zijn gelegen na de omzetting. Voorts overweegt het HvJ EU, en daarmee onduidelijkheid die door *Cartesio* was ontstaan wegnemend, dat:

“De uitdrukking „voor zover diens recht dit toestaat” aan het einde van punt 112 van het reeds aangehaalde arrest *Cartesio*, niet aldus mag worden uitgelegd dat zij erop is gericht de wettelijke regeling van de lidstaat van ontvangst inzake de omzetting van vennootschappen onmiddellijk buiten de werkingsfeer van de regels van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging te doen vallen, maar aldus moet worden uitgelegd dat zij de eenvoudige

9 Zie over de zetelverplaatsing ook C. Timmermans ‘Harmonization in the future of company law in Europe’, in ‘*Capital markets and company law*’ onder redactie van K.J. Hopt & E. Wymeersch, Oxford University Press 2003.

10 Storm meent dat lidstaten gelet op (destijds) art. 48 EG niet beide aanknopingspunten tegelijkertijd kunnen voorschrijven. Zie P.M. Storm, ‘*Cartesio*: stapjes in de processie van Echternacht’, *Ondernemingsrecht* 2009/7 (p. 331). Mijns inziens ten onrechte. Een aanknopingspunt maar ook een combinatie van aanknopingspunten betekent nog steeds dat sprake is van een onderdaan van de EU. Het EU recht beperkt een combinatie niet, er is slechts geregeld dat minimaal een aanknopingspunt al voldoende is.

11 Daarover was in art. 220 EEG Verdrag (later art. 293 EG-verdrag) bepaald, dat de lidstaten, voor zover nodig, overeenkomsten sluiten ter verzekering van, onder meer, de handhaving van de rechtspersoonlijkheid in geval van verplaatsing van de zetel van vennootschappen van het ene land naar het andere. Met betrekking tot deze materie is evenwel nimmer een overeenkomst van kracht geworden. De bepaling is niet meer teruggekeerd in het Verdrag van Lissabon. Aangenomen wordt evenwel dat dit nog steeds geldt. Zie J. Borg-Barthet, ‘*The governing law of companies in EU law*’, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 110-111.

12 Zo ook reeds HvJ EG 27 september 1988 (*Daily Mail*), 81/87.

13 Ik citeer de relevante overweging uit het *Vale*-arrest: “*Wat het bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging betreft, zij eraan herinnerd dat het begrip vestiging in de zin van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging, de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in de lidstaat van ontvangst impliceert. Dit veronderstelt bijgevolg dat de betrokken vennootschap werkelijk gevestigd is in deze lidstaat en daar daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent (arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).*”

overweging weerspiegelt dat een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving, die aldus de oprichting van de vennootschap „toestaat”, indien is voldaan aan de uit dien hoofde gestelde voorwaarden.”

Het HvJ EU meent dat de aan de orde zijnde nationale regeling, aangezien deze enkel de omzetting van een vennootschap die reeds in de betrokken lidstaat is gevestigd toestaat, een verschil in behandeling van vennootschappen schept naargelang het een binnenlandse of een grensoverschrijdende omzetting betreft. Daardoor is sprake van een beperking in de zin van art. 49 en 54 VWEU. Het HvJ EU zet voorts uiteen dat, nu er thans geen specifieke EU-regels voor grensoverschrijdende omzettingen bestaan, het nationale recht van de staat van oorsprong, waaronder de vennootschap waarvan de omzetting wordt gevraagd valt, alsmede het nationale recht van de lidstaat van ontvangst, waaronder de uit deze omzetting ontstane vennootschap zal vallen, van toepassing zijn. Ook belangrijk is dat volgens het HvJ EU een grensoverschrijdende omzetting in de lidstaat van ontvangst leidt tot – of eigenlijk: kwalificeert als – de oprichting van een vennootschap naar het recht van die lidstaat. Nieuw is dat het HvJ EU in *Vale* ook oordeelt dat bij deze grensoverschrijdende omzettingen het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel gelden. Aldus was de weigering om de vennootschap van de lidstaat van oorsprong in het handelsregister als “rechtsvoorgangster” van de omgezette vennootschap te vermelden, onverenigbaar met het gelijkwaardigheidsbeginsel aangezien dit bij binnenlandse omzettingen wel kon. Strijdig met het doeltreffendheidsbeginsel was dat geen rekening werd gehouden met van de autoriteiten van de lidstaat van oorsprong afkomstige documenten waaruit blijkt dat deze vennootschap niet langer onder het recht van de lidstaat van oorsprong valt. De conclusie is dat op basis van *Vale* een inbound grensoverschrijdende omzetting is toegestaan. Van den Broek concludeert op basis van het *Vale*-arrest dat aangezien het HvJ EU zich baseert op een verschil in behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende omzettingen uit dit arrest naar zijn oordeel niet kan worden afgeleid dat het HvJ EU aan lidstaten die geen regeling kennen voor binnenlandse omzettingen de plicht oplegt om grensoverschrijdende omzettingen toe te staan.¹⁴ Dat ben ik graag met hem eens.

Het *Polbud*-arrest betreft een door Pools recht beheerste vennootschap. *Polbud* had haar statutaire zetel¹⁵ van Polen naar Luxemburg verplaatst en verzocht daarop tot doorhaling van haar inschrijving in het Poolse handelsregister. In dat kader verzocht het Poolse handelsregister om

overlegging van enkele documenten die bij liquidatie van een rechtspersoon aangeleverd dienen te worden. *Polbud* meende dat ze deze documenten niet hoefde te overleggen, omdat geen sprake was ontbinding, maar van verplaatsing van de vennootschap met verandering van recht naar Luxemburg. Omdat *Polbud* de gevraagde documenten niet aanleverde, werd het verzoek tot doorhaling afgewezen. Er zijn in deze kwestie drie prejudiciële vragen gesteld. Het HvJ EU behandelt de derde vraag als eerste en overweegt dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of art. 49 en 54 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat de vrijheid van vestiging van toepassing is op de verplaatsing van de statutaire zetel van een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap naar het grondgebied van een andere lidstaat met het oog op de omzetting in een vennootschap naar het recht van die andere lidstaat, zonder verplaatsing van de werkelijke zetel van die vennootschap. Het HvJ EU oordeelt ter zake van deze derde vraag dat art. 49 en 54 VWEU de vrijheid van vestiging toekennen aan vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Unie hebben en dat deswege *Polbud*, die is opgericht in overeenstemming met de wetgeving van Polen, een EU-lidstaat, zich in beginsel op die vrijheid kan beroepen. Dat betekent dat *Polbud* op basis van de vrijheid van vestiging van art. 49 VWEU het recht toekomt om zich om te zetten in een vennootschap naar Luxemburgs recht voor zover is voldaan aan de in het Luxemburgse recht gestelde oprichtingsvoorwaarden,¹⁶ in het bijzonder aan het criterium – dat betreft voor Luxemburg de werkelijke zeteleer¹⁷ – dat door Luxemburg is gekozen voor de aanknopings van een vennootschap met zijn nationale rechtsorde.¹⁸ Voorts wijst het HvJ EU erop dat de vestiging van de statutaire of werkelijke zetel van een vennootschap overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat met het doel voor een gunstigere wetgeving in aanmerking te komen, op zich geen misbruik oplevert.¹⁹ Daarnaast overweegt het HvJ EU dat uit *Daily Mail*²⁰ en *Cartesio* niet blijkt dat, om onder de vrijheid van vestiging te vallen, de verplaatsing van de statutaire zetel van een vennootschap noodzakelijkerwijs – dat hangt namelijk af van het/de aanknopingspunt(en) die het land van ontvangst kent – gepaard moet gaan met de verplaatsing van haar werkelijke zetel. Aldus is het ook niet van belang of een vennootschap een economische activiteit uitoefent in de lidstaat van ontvangst. Het belang dat het HvJ EU in het *Vale*-arrest nog leek te hechten aan het begrip vestiging aan de ‘daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame

14 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 11.

15 Volgens *Polbud* gold dat ook voor haar werkelijke zetel, maar het Hof van Justitie beoordeelde de kwestie alsof alleen de statutaire zetel was verplaatst, hetgeen dit arrest daardoor voor de praktijk van groot belang maakt, omdat exact over die vraag nog onduidelijkheid bestond.

16 Het Hof van Justitie verwijst daarbij naar het arrest *Daily Mail*, punt 17.

17 Op grond van art. 159 van de Luxemburgse wet van 10 augustus 1915 betreffende het vennootschapsrecht hanteert Luxemburg het stelsel van de werkelijke zetel.

18 Omdat het Hof van Justitie de kwestie – ten onrechte zo lijkt het – zo heeft opgevat dat alleen de statutaire zetel overging, zou hier dus niet aan worden voldaan.

19 Zie in die zin ook *Centros* punt 27, en *Inspire Art* punt 96.

20 HvJ EG 27 september 1988 (*The Queen/H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*), 81/87.

vestiging in de lidstaat van ontvangst' lijkt daarmee te zijn verlaten.²¹ De belangrijkste conclusie uit *Polbud* is dat de vrijheid van vestiging ook van toepassing is op de verplaatsing van alleen de statutaire zetel.

3. Civiele bevindingen over grensoverschrijdende omzettingen

In deze paragraaf zal ik enkele aspecten nader onderzoeken die aan de orde komen in de bundel over grensoverschrijdende omzetting.²² Een eerste relevant punt is dat uit *Vale* kan worden afgeleid dat het recht van de lidstaat van ontvangst van toepassing is op alle voorwaarden die te maken hebben met de oprichting van een nieuwe vennootschap. Van Dongen wijst er terecht op dat het recht van de lidstaat van ontvangst daarnaast de vraag beheerst in welke rechtsvorm de om te zetten vennootschap kan worden gegoten.²³ Van belang is dat elke omzettingsvariant die intern toegelaten is, op grond van de vestigingsvrijheid in beginsel ook mogelijk dient te zijn in geval van een grensoverschrijdende inbound omzetting. Zij wijst voorts terecht op het *Cartesio*-arrest waaruit kan worden afgeleid dat een outbound omzetting vanuit Nederland niet mag worden tegengehouden met het argument dat het gaat om een omzettingsvariant die in het Nederlandse recht niet wordt geregeld, zoals bij de omzetting van een kapitaalvennootschap in een personenvennootschap.²⁴ Dit omdat in het *Cartesio*-arrest het HvJ EU heeft overwogen dat de lidstaat van oorsprong een vennootschap niet mag beletten om zich om te zetten in een vennootschapsvorm die valt onder het nationale recht van een andere lidstaat, voor zover het recht van die andere lidstaat dit toestaat. Van Dongen gaat ook in op de vraag naar het pandrecht op aandelen op naam. Aangezien daarvoor naar Nederlands IPR wordt aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op de vennootschap die het aandeel heeft uitgegeven, leidt een grensoverschrijdende omzetting tot een wijziging in het goederenrechtelijke regime. Het is de vraag wat dit betekent voor reeds gevestigde pandrechten. Zij is geneigd aan te nemen dat deze pandrechten van rechtswege worden getransformeerd in – zoveel mogelijk vergelijkbare – pandrechten van het recht van de lidstaat van ontvangst.²⁵ Daar valt mijns inziens iets voor te zeggen.²⁶

Kunnen stichtingen zich ook op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU grensoverschrijdend omzetten? Schnieman en Snijder-Kuipers concluderen dat in elk geval voor de Nederlandse stichting goede gronden lijken te bestaan om aan te nemen dat dit niet zonder meer het geval is.²⁷ Zij wijzen er daarbij terecht op dat, voor stichtingen die geen winst beogen, uit de formulering van art. 54, tweede alinea VWEU lijkt te volgen dat grensoverschrijdende omzetting niet is toegelaten. Uit dit artikel volgt namelijk expliciet dat vennootschappen die geen winst beogen niet onder de definitie van vennootschappen begrepen moeten worden. Voor stichtingen waarvan de statuten niet in de mogelijkheid van wijziging voorzien, is de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting volgens hen bovendien niet zonder meer aanwezig. Dit omdat waar omzetting in een andere nationale rechtsvorm als gevolg van een statutenwijziging door de rechter als te ingrijpend kan worden beschouwd en daarom in lang niet alle gevallen zal worden toegelaten, dit naar hun overtuiging in versterkte mate voor de grensoverschrijdende omzetting geldt. Iets anders is dat zij erop wijzen dat volgens de jurisprudentie de bepalingen over grensoverschrijdende omzetting zich slechts in het nationale recht bevinden. Dat betekent volgens Schnieman en Snijder-Kuipers dat indien het nationale recht inbound grensoverschrijdende omzetting niet toelaat, dat weliswaar in strijd is met het EU-recht, maar die strijd neemt niet weg dat de inbound grensoverschrijdende omzetting naar nationaal recht niet mogelijk is. Het is dus volgens hen – ten onrechte mijns inziens gelet op de vrijheid van vestiging en de rechtstreekse werking – de vraag of inbound omzettingen naar Nederlands recht wel geldig zijn. Dit neemt niet weg dat in de praktijk grensoverschrijdende omzettingen voorkomen, zoals zij ook erkennen. Zij wijzen er in dat kader op dat daarbij nu doorgaans in de praktijk de nationale wettelijke regeling voor omzetting gevolgd wordt, al dan niet aangevuld met de regeling zoals in het Nederlandse Voorontwerp²⁸ wordt voorgesteld. Zij merken op dat het geruststellend is dat een rechter vanwege de maatschappelijke impact van een dergelijke uitspraak niet snel nietigheid van een grensoverschrijdende omzetting zal aannemen.²⁹

Roelofs wijst erop dat de rol van de raad van commissarissen bij de opstelling van het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting in het Nederlandse voorontwerp niet is uitgewerkt, hetgeen niet in lijn is met art. 2:312 lid 4 BW ten aan-

21 Zie r.o. 34.

22 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

23 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H2.

24 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H2.

25 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H2.

26 Anders Roelofs die art. 10:130 analogo toepast. Art. 10:130 BW bepaalt dat rechten die op een zaak zijn verkregen of gevestigd, op die zaak blijven rusten, ook indien de zaak naar een andere staat wordt verplaatst. Zie E.R. Roelofs, 'Overgang van pandrecht en vruchtgebruik op aandelen bij grensoverschrijdende fusie, grensoverschrijdende splitsing en grensoverschrijdende omzetting', *WPNR* 2014/7013.

27 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H3.

28 In Nederland was reeds een consultatievoorstel voor een regeling verschenen. Tot op heden is dit niet gevolgd door een wetsvoorstel. Vermoedelijk wacht het Ministerie van Justitie en Veiligheid op de EU-richtlijn. Zie over dit consultatievoorstel uitgebreid E. Schnieman, 'Contouren voor een wet inzake de grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen', in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2012*, Deventer: Kluwer 2012, p. 89-124. Zie verder ook G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Het ambtelijk voorontwerp grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen', *TvoB* 2014-3.

29 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H3.

zien van juridische fusie. Met Roelofs zie ik niet in waarom een voorstel tot grensoverschrijdende omzetting niet mede door de commissarissen ondertekend zou moeten worden en een voorstel tot (grensoverschrijdende) juridische fusie wel. Daarnaast stipt Roelofs terecht de in het Voorontwerp voorziene verzetstermijn van twee maanden aan, die aanvangt met de aankondiging van de neerlegging van het voorstel tot omzetting in de Staatscourant. Het is inderdaad de vraag wat de meerwaarde is van een verzetstermijn van twee maanden ten opzichte van een verzetstermijn van één maand, zoals bij (grensoverschrijdende) fusie het geval is (art. 2:316 lid 2 BW).³⁰

De positie van de Nederlandse notaris bij grensoverschrijdende omzettingen komt aan de orde in de bijdrage van Oranje.³¹ Oranje, zelf notaris, neemt mijns inziens terecht als uitgangspunt dat – ook zonder expliciete wettelijke regeling – de inbound en outbound omzetting mogelijk zijn anno 2018. Het lijkt hem daarbij overigens niet onverstandig om de cliënt vooraf te wijzen op het kleine risico dat in de toekomst wellicht anders tegen de grensoverschrijdende omzetting kan worden aangekeken. Maar dat hoeft een Nederlandse notaris er zijns inziens niet van te weerhouden om zijn medewerking te verlenen. De jurisprudentie van het HvJ EU, de opvattingen in de literatuur, het nog steeds jaarlijks toenemende aantal grensoverschrijdende omzettingen en de toepassing in heel Europa, maken zijns inziens namelijk dat een notaris met een gerust hart zijn ministerie kan verlenen, mits met inachtneming van de vereiste zorgvuldigheid. Oranje merkt verder op dat een notaris er in het licht van de gewenste zorgvuldige procedure, nu een wettelijk regeling nog steeds ontbreekt, verstandig aan doet om bij een grensoverschrijdende omzetting naast de regeling van art. 2:18 BW te kijken naar het Voorontwerp. Daarnaast kan ook inspiratie worden gehaald uit de procedure voor zetelverplaatsing uit de SE-verordening, het ingetrokken voorstel voor de grensoverschrijdende omzetting (Veertiende Richtlijn) en de procedure voor een grensoverschrijdende fusie. Ten slotte wijst Oranje er terecht op dat een punt van aandacht is dat, zeker als er sprake is van twee of meer aandeelhouders, de notaris moet overwegen of hij – samen met een deskundige in de lidstaat van ontvangst – ‘Belehrung’ moet geven over de verschillen in positie van aandeelhouders naar Nederlands recht en naar het recht van de beoogde lidstaat van ontvangst.³²

Rensen en Bakker hebben bewerkstelligde grensoverschrijdende omzettingen nader onderzocht en geanalyseerd

welke vereisten daarbij in acht zijn genomen.³³ Zij signaleren daarbij dat in de praktijk blijkt dat het Voorontwerp op veel onderdelen wordt gevolgd. Navraag door Rensen en Bakker bij de Kamer van Koophandel leert dat op 1 januari 2018 in het handelsregister in totaal 215 Nederlandse vennootschappen zijn uitgeschreven in verband met een outbound grensoverschrijdende omzetting. Uit de bijdrage van Rensen en Bakker blijkt verder dat de meeste outbound omzettingen een (beoogde) omzetting in een Luxemburgse of Spaanse entiteit betroffen. Een verklaring hiervoor kan zijn volgens Rensen en Bakker dat zowel de Luxemburgse als Spaanse wet de mogelijkheid biedt aan rechtspersonen om ‘door te reizen’, dat wil zeggen zich om te zetten naar een rechtspersoon naar het recht van een land buiten de Europese Economische Ruimte. Uit hun onderzoek volgt dat vooral na 2012, na het Vale-arrest, grensoverschrijdende omzettingen regelmatig plaatsvinden. Het aantal dat per kalenderjaar wordt aangekondigd vertoont bovendien sindsdien een stijgende lijn. Voorts blijkt uit hun bijdrage dat vooral BV’s bij een grensoverschrijdende omzetting zijn betrokken en dat zij – in geval van een outbound omzetting – vaak worden omgezet in een equivalente buitenlandse rechtsvorm. Daarnaast merken zij op dat naar geldend recht ook voor een outbound omzetting nog is vereist dat een Nederlandse akte van omzetting wordt verleden, met daarin de nieuwe statuten. Uit de omzettingsakten die zij hebben onderzocht, is gebleken dat het verlijden van de akte enkele malen is geschied onder de opschortende voorwaarde dat wordt voldaan aan de formaliteiten van de lidstaat van ontvangst. Dit lijkt inderdaad een pragmatische benadering.

Een belangrijke kwestie die Schutte-Veenstra aan de orde stelt, is de vraag hoe een nationale of EU-regeling inzake over vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende omzettingen moet worden vormgegeven.³⁴ Zij legt uit dat inspiratie kan worden geput uit twee EU-regelingen. Een eerste optie betreft het bepaalde in art. 8 SE-Statuut over de grensoverschrijdende omzetting van een SE. De andere optie is aansluiten bij art. 133 Richtlijn (EU) 2017/1132 dat een specifieke regeling kent voor vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen. Na een uitvoerige analyse komt zij mijns inziens terecht tot de conclusie dat het beste kan worden aangesloten bij de regeling van art. 133 Richtlijn (EU) 2017/1132 over grensoverschrijdende fusies.

30 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H4.

31 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H5.

32 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H5.

33 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H6.

34 J.J. van den Broek, G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, H13.

4. EU-voorstel voor grensoverschrijdende omzetting

Op 25 april 2018 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn gepubliceerd die onder andere een regeling voor grensoverschrijdende omzetting bevat.³⁵ Thans zijn er in meer dan de helft van de lidstaten geen specifieke regels voor grensoverschrijdende omzettingen.³⁶ Het Voorstel bevat een regeling waarmee vennootschappen een grensoverschrijdende omzetting kunnen bewerkstelligen door de rechtsvorm die ze hadden in de ene lidstaat om te zetten naar een vergelijkbare rechtsvorm van een andere lidstaat. Dit zonder dat de vennootschap zijn rechtspersoonlijkheid tijdens het omzettingsproces verliest. Een grensoverschrijdende omzetting is volgens het Voorstel een handeling waarbij een vennootschap, zonder te worden ontbonden of zonder in vereffening te gaan, de rechtsvorm waaronder zij in een lidstaat van vertrek is geregistreerd, omzet in een wettelijke vennootschapsvorm van een lidstaat van bestemming en met behoud van haar rechtspersoonlijkheid ten minste haar statutaire zetel overbrengt naar de lidstaat van bestemming.³⁷ Past het land van ontvangst de werkelijke zetelleer toe, dan zal dat in de praktijk betekenen dat ook de werkelijke zetel verplaatst moeten worden. Dit om te voldoen aan het gekozen zetelaanknopingspunt van dat land. Het Voorstel is beperkt tot kapitaalvennootschappen en bevat derhalve geen regeling voor grensoverschrijdende omzetting van andere rechtsvormen. Dit terwijl de definitie van vennootschappen in art. 54 VWEU ruimer is. Dit betekent ook dat het onduidelijk zal blijven welke voorschriften en procedure voor een grensoverschrijdende omzetting van andere rechtsvormen gelden. Mijns inziens verdient deze beperking daarom heroverweging.

Voor een grensoverschrijdende omzetting is op basis van het Voorstel vereist het opstellen van een voorstel tot grensoverschrijdende omzetting en twee verslagen met informatie voor i) de aandeelhouders; en ii) de werknemers over de gevolgen van de grensoverschrijdende omzetting.³⁸ In het verslag voor aandeelhouders worden de wettelijke en economische aspecten van de omzetting toegelicht en verantwoord. Ook dienen daarin onder andere de gevolgen voor de toekomstige bedrijfsactiviteiten van de vennootschap en voor het strategisch plan van het bestuur aan de orde te komen. Dit verslag wordt uiterlijk twee maanden voor de datum van algemene vergadering ten minste in elektronische vorm ter beschikking gesteld aan de aandeelhouders van de vennootschap. Het is de vraag waarom niet is gekozen voor een termijn van één maand in plaats van twee maanden, zoals nu die ook geldt bij grensoverschrijdende fusies. Dit verslag moet ook voor de werknemers beschikbaar zijn. Met instemming van alle aandeelhouders kan van dit verslag voor

de aandeelhouders echter worden afgezien. Het gevolg is dat het aldus voor de werknemers ook niet beschikbaar zal zijn. Daarnaast dienen middelgrote en grote vennootschappen de bevoegde instantie te verzoeken een onafhankelijke deskundige aan te wijzen. Deze deskundige stelt daarop een schriftelijk verslag op over de voorgenomen omzetting. Naast openbaarmaking dient voorts een kennisgeving aan de aandeelhouders, schuldeisers en werknemers te worden gedaan, dat zij bij de vennootschap en bij de bevoegde instantie opmerkingen kunnen indienen over het omzettingsvoorstel en verslag.³⁹ Lidstaten kunnen vennootschappen evenwel vrijstellen van deze openbaarmakingsverplichting, indien zij deze documenten gedurende een zekere periode kosteloos op haar website beschikbaar stelt. Dit zal in de praktijk wel de voorkeur genieten.

Wat betreft besluitvorming door de algemene vergadering is opvallend dat art. 86 decies lid 1 geen bijzondere meerderheid voorschrijft en ook geen quorum voor het besluit tot omzetting. Volgt een positief besluit van de algemene vergadering, dan dienen op grond van het Voorstel de notulen van dit besluit tezamen met de relevante informatie en documenten ingediend te worden bij de bevoegde nationale instantie van de lidstaat van vertrek, die verantwoordelijk is om te beslissen of een aan de omzetting voorafgaand attest wordt afgegeven. Deze toetsing kan twee fasen omvatten. Een van de voorwaarden voor een grensoverschrijdende omzetting is vastgelegd in het voorgestelde art. 86 quater lid 3. Ik citeer:

“De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde instantie van de lidstaat van vertrek de grensoverschrijdende omzetting niet toestaat wanneer zij na een onderzoek (...) vaststelt dat sprake is van een kunstmatige constructie die bedoeld is om onterechte belastingvoordelen te verkrijgen of de wettelijke of contractuele rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsdeelnemers aan te tasten.”⁴⁰

Het betreft een opmerkelijke bepaling en het lijkt bepaald niet eenvoudig voor de bevoegde instantie om dit te beoor-

35 COM(2018) 241 final.

36 Zie preambule Voorstel p. 3.

37 Zie voorgesteld art. 86 ter.

38 Dit verslag voor de werknemers hoeft echter niet te worden opgesteld indien het bestuursorgaan van de vennootschap uit de enige werknemers van de vennootschap bestaat.

39 Zie art. 86 nonies.

40 Dit is gekoppeld aan het bepaalde in art. 86 lid 1 quindicies. Ik citeer: “De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde instantie van de lidstaat van vertrek, om te beoordelen of de grensoverschrijdende omzetting een kunstmatige constructie vormt in de zin van artikel 86 quater, lid 3, een diepgaande beoordeling van alle relevante feiten en omstandigheden verricht en daarbij ten minste het volgende in aanmerking neemt: de kenmerken van de vestiging in de lidstaat van bestemming, waaronder de intentie, de sector, de investering, de netto-omzet en winst of verlies, het aantal werknemers, de samenstelling van de balans, de fiscale woonplaats, de activa en de plaats waar deze zich bevinden, de gebruikelijke werkplek van de werknemers en van specifieke werknemersgroepen, de plaats waar de sociale bijdragen verschuldigd zijn en de commerciële risico's die de omgezette vennootschap loopt in de lidstaat van bestemming en de lidstaat van vertrek. Deze elementen mogen in de totaalbeoordeling slechts als indicatieve factoren worden beschouwd en mogen dus niet op zichzelf in aanmerking worden genomen.”

delen. Deze kunstmatige constructietoets lijkt zich in elk geval slecht te verenigen met de vrijheid van vestiging.⁴¹

Nieuw en vergaand is dat de lidstaten, onder meer om schuldeisers te beschermen, het bestuur van de vennootschap die de grensoverschrijdende omzetting aangaat, mogen verplichten in het omzettingsvoorstel een verklaring op te nemen waarin de financiële toestand van de vennootschap nauwkeurig wordt weergegeven. In de verklaring moet worden vermeld dat het bestuursorgaan van de vennootschap op basis van de informatie waarover het beschikt op de datum van de verklaring en na redelijke onderzoeksinspanningen, niet op de hoogte is van enige redenen waarom de vennootschap wanneer de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt, niet in staat zou zijn te voldoen aan haar verplichtingen wanneer deze opeisbaar worden. Voor omzetting is voorts in het Voorstel opgenomen dat het omzettingsvoorstel tevens bevat 'een nadere omschrijving van de aan de schuldeisers geboden waarborgen'.⁴² De lidstaten dragen er in dat kader zorg voor dat schuldeisers de rechter kan verzoeken om passende waarborgen binnen een maand na openbaarmaking.

In art. 86 undecies is ten slotte een uitreeregeling opgenomen voor aandeelhouders die niet hebben ingestemd met het voorstel en voor houders van aandelen zonder stemrecht. Bij toepassing van deze uitreeregeling gaan de aandelen over, te bepalen door de desbetreffende lidstaat, op de vennootschap, op de overblijvende aandeelhouders of op derden, met instemming van de vennootschap. In dit kader komt de vraag op, of de aandelen niet beter kunnen komen te vervallen, zoals nu voor nationale juridische fusies en splitsingen is geregeld. Indien de aandeelhouders van oordeel zijn dat de geboden vergoeding in geld niet adequaat is vastgesteld, hebben zij het recht het bedrag voor de nationale rechter van de lidstaat van vertrek aan te vechten.

5. Boekpresentatie

Op maandag 4 juni 2018 vond in Amsterdam de boekpresentatie plaats van de bundel 'Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen'. Na een korte inleiding door hoogleraar belastingrecht Gerard Meussen werd het woord gegeven aan notaris Bart Jan Kuck, de eerste spreker die tijdens de boekpresentatie zijn bespiegelingen vanuit civiel perspectief met de aanwezigen deelde. Kuck lichte allereerst toe dat de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzettingen voor de praktijk van groot belang is. Lastig is wel dat er nog steeds bij sommigen enige twijfel is of inbound omzettingen naar Nederlands recht wel geldig zijn. Lastig

is voorts volgens Kuck, als aangenomen wordt dat grensoverschrijdende omzettingen naar nationaal recht toegestaan zijn, dat er geen wettelijke regeling is op grond waarvan duidelijk is wat de (procedurele) vereisten inhouden. In de praktijk zijn daarom lang niet alle notarissen bereid om mee te werken aan dergelijke grensoverschrijdende rechtshandelingen. Volgens Kuck komen grensoverschrijdende omzettingen nu vooral in concernverband voor, als er niet te veel stakeholders zijn. Ook zijn er praktische problemen. Zo noemt Kuck dat het handelsregister in het Verenigd Koninkrijk, Companies House, weigert grensoverschrijdende omzettingen in te schrijven.⁴³ Ook bestaat onduidelijkheid over de voetverklaring. Volgens Kuck kan een notaris een dergelijke voetverklaring alleen afgeven als die een wettelijke basis heeft, welke nu ontbreekt. Ook gaat hij in op het geval dat een BV met statutaire zetel in Nederland haar werkelijk zetel in Luxemburg heeft. De vraag is dan door welk recht deze vennootschap wordt geregeerd. Is er sprake van 'dual residency'? In dit kader is denk ik *Überseering*-arrest⁴⁴ van het HvJ EU van belang. Uit dat arrest volgt dat als een vennootschap reeds bestaat naar het recht van een lidstaat en met die lidstaat een door dat land toegepast aanknopingspunt heeft, een andere lidstaat daar niet op een later moment op kan 'inbreken' door die vennootschap haar aanknopingspunt(en) voor te schrijven.⁴⁵ Dit kan voorts ook niet als de vennootschap tevens gaat voldoen aan een toegepast aanknopingspunt van die tweede lidstaat. Oftewel, is er eenmaal een connectie qua aanknopingspunt met een lidstaat, dan kan een vennootschap vanuit dat land activiteiten uitoefenen in andere lidstaten.⁴⁶

Na Kuck kreeg de fiscale spreker, belastingdeskundige en advocaat Rens Bondrager het woord om zijn bespiegelingen vanuit fiscaal perspectief toe te lichten. Bondrager bespreekt enkele praktijksituaties die zich hebben voorgedaan waarna hij ingaat op het EU voorstel voor de grensoverschrijdende omzetting. Het meest opvallende element van dit voorstel is de voorgestelde regeling opgenomen in art 86 quater (en art. 160 quinquies voor splitsing). In lid 3 van art. 86 quater is opgenomen dat de bevoegde instantie van de lidstaat van vertrek de omzetting onder meer niet toestaat wanneer zij na onderzoek van het specifieke geval en rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden vaststelt dat de omzetting een kunstmatige constructie vormt met als doel onterechte belastingvoordelen te verkrijgen of de wettelijke of contractuele rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsdeelnemers aan

41 Zie ook kritisch: de reactie van de NOB van 29 juni 2018, M.A. Verbrugh, 'Richtlijnvoorstel voor grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een (geheel) nieuwe stap in het harmonisatieproces', MvO 2018/8, en G.T.K. Meeusen, 'Het richtlijnvoorstel met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een opmerkelijke paragraaf', NTFR 2018/1329.

42 Bij fusie en splitsing gaat het om 'details van de waarborgen voor schuldeisers'.

43 In Nederland schrijft de Kamer van Koophandel overigens grensoverschrijdende omzettingen gewoon in.

44 HvJ EG 5 november 2002, C-208/00.

45 Zie ook K. Geens & M. Wyckaert, 'De kwestie van de zetel van de vennootschap: een perpetuum mobile?', in: *Het vennootschapsbelang – Liber Amicorum Herman Braeckmans*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 220-221.

46 Zie ook M. Zilinsky, 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen in de Europese Unie: a never ending story?', in: G. F. Boulogne & L. J. A. Pieterse (Eds.), *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 184 en 185.

te tasten.⁴⁷ Terecht wijst Bondrager erop dat het onduidelijk is wanneer sprake is van een onterecht belastingvoordeel. Eveneens is mijns inziens onduidelijk wanneer sprake is van een kunstmatige constructie die wettelijke of contractuele rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsdeelnemers kan aantasten. Ook roept het de vraag op wie die bevoegde instantie zou kunnen zijn die dit na eigen onderzoek moet bepalen en of je dus niet op onderzoek van andere deskundigen kunt afgaan? De slotconclusie is dat de notaris dit in elk geval niet zal kunnen toetsen en dat dit dus ook geen onderdeel kan vormen van een af te geven voetverklaring.

6. Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat een wettelijke regeling voor grensoverschrijdende omzetting wenselijk is. Dit ook omdat het aantal grensoverschrijdende omzettingen toeneemt. Op dit vlak is evenwel positief nieuws te melden, nu de Europese Commissie een voorstel heeft gepubliceerd voor een regeling voor onder meer grensoverschrijdende omzetting. Het meest opvallende element van dit voorstel is het streven schijnconstructies en misbruik tegen te gaan. Wat hier ook verder van zij, het valt te hopen dat er nu spoedig een EU-richtlijn komt alsmede een nationale wettelijke regeling. De praktijk wacht met smart op een wettelijke regeling opdat duidelijk wordt met inachtneming van welke vereisten grensoverschrijdende omzettingen bewerkstelligd kunnen worden.

⁴⁷ Zie kritisch de reactie van de NOB van 29 juni 2018 en G.T.K. Meeusen, 'Het richtlijnvoorstel met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een opmerkelijke paragraaf', *NTR* 2018/1329. Door de fiscale verwevenheid zouden volgens de NOB niet art. 50 en 114(1) VWEU, maar art. 115 VWEU als grondslag moeten dienen, en zou daarmee unanimititeit nodig zijn voor aanneming van de richtlijn.