

VU Research Portal

Enkele internationaalprivaatrechtelijke aspecten van de grensoverschrijdende omzetting en splitsing in het licht van de Richtlijn (EU) 2019/2121

Zilinsky, M

published in

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
2021

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Zilinsky, M. (2021). Enkele internationaalprivaatrechtelijke aspecten van de grensoverschrijdende omzetting en splitsing in het licht van de Richtlijn (EU) 2019/2121. *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 152(7309), 49-58. Article 2021/7309.
https://opmaat.sdu.nl/book/SDU_SDU_GENERIC_g_IMPRWPNR_20210173098/g-IMPRWPNR-20210173098

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Enkele internationaalprivaatrechtelijke aspecten van de grensoverschrijdende omzetting en splitsing in het licht van de Richtlijn (EU) 2019/2121

1. Inleiding

De vrijheid van vestiging van art. 49 en art. 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna VWEU)¹ leidt tot een toename van de mobiliteit van vennootschappen. Deze mobiliteit brengt niet alleen mee dat een vennootschap waaraan een beroep op de vrijheid van vestiging toekomt, zich in een andere lidstaat kan vestigen dan de lidstaat naar welks recht zij is opgericht en waar zij een (hoofd)vestiging heeft, maar ook kan deze vennootschap de hoedanigheid van vennootschap naar het recht van een andere lidstaat aannemen. Tevens maakt de vrijheid van vestiging mogelijk dat een vennootschap een deel van haar vermogen afsplitst en aan een andere vennootschap overdraagt. Het Hof van Justitie van de EU (hierna HvJEU) heeft immers reeds in het SEVIC-arrest overwogen:

“Grensoverschrijdende fusies beantwoorden, evenals *overige omzettingen van vennootschappen (curs. MZ)*, aan de behoeften aan samenwerking en reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Zij vormen bijzondere wijzen van uitoefening van de vrijheid van vestiging, die belangrijk zijn voor de goede werking van de interne markt, en behoren dus tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de in artikel 43 EG (thans art. 49 VWEU, toev. MZ) bedoelde vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen.”²

Dat de omzetting inderdaad tot de uitoefening van de vrijheid van vestiging behoort, blijkt ook uit het *Cartesio*-arrest en het *VALE*-arrest van het HvJEU.³ Uit deze arresten volgt dat de lidstaten in beginsel geen belemmeringen mogen opwerpen voor de omzetting van een vennootschap (waaraan het beroep op de vrijheid van vestiging toekomt) in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat. Mede gezien de verschillen in de rechtsstelsels van de lidstaten rijst de vraag welk recht een omzetting beheerst. De genoemde arresten bepalen slechts dat een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap behoort tot de vestigingsvrijheid, maar geven niet aan welk recht op de procedure van de omzetting van toepassing is en welk recht de rechtsverhouding van de bij de omzetting betrokken stakeholders en de rechtsverhoudingen tussen de vennootschap en haar schuldeisers beheerst.



Mr. M. Zilinsky*

In deze bijdrage besteed ik onder meer aandacht aan de vraag naar het toepasselijke recht bij grensoverschrijdende omzetting en/of splitsing van een vennootschap. De grensoverschrijdende splitsing is tot op heden geen onderwerp van de rechtspraak van het HvJEU geweest, maar valt evenals een omzetting onder de uitoefening van de vrijheid van vestiging door een vennootschap. In een eerdere bijdrage heb ik de hoop uitgesproken dat de Europese wetgever een regeling tot stand brengt voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van alle bij deze verrichtingen betrokken stakeholders.⁴ Deze regeling is inmiddels een feit. Op 1 januari 2020 is in werking getreden de

* Universitair docent internationaal privaatrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam. Tevens adviseur bij Houthoff te Amsterdam en vaste medewerker van het WPNR. (m.zilinsky@vu.nl/m.zilinsky@houthoff.com)

1. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU 2016*, C 202/47 (hierna VWEU).
2. HvJEG 13 december 2005, zaak C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762, *NJ 2009/201*, r.o. 19.
3. HvJEG 16 december 2008, zaak C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723, *NJ 2009/202*, m.nt. P. Vlas (*Cartesio*) en HvJEU 12 juli 2012, zaak C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440, *NJ 2012/581* (*VALE*).
4. M. Zilinsky, *Mobiliteit van vennootschappen in de Europese Unie*, in: J.W. Rutgers, M. Zilinsky, *Begrensde vrijheid in het IPR*, Maklu 2013, p. 66.

Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing.⁵ Naast de wijziging van de bestaande regels voor grensoverschrijdende fusies introduceert de Richtlijn ook een regeling voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen van kapitaalvennootschappen. Ik bespreek de regeling van de Richtlijn in het licht van de rechtspraak van het HvJEU.

2. Mobiliteit van vennootschappen en de vrijheid van vestiging

Ingevolge art. 49 VWEU zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging van de onderdanen van de Europese Unie verboden. Deze vrijheid wordt door art. 54 VWEU ook toegekend aan vennootschappen en rechtspersonen die opgericht zijn naar het recht van een lidstaat en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Europese Unie hebben. Deze vennootschappen en rechtspersonen naar privaatrecht en publiekrecht, voor zover zij winst beogen, worden derhalve gelijk gesteld met natuurlijke personen en kunnen zich op de vrijheid van vestiging beroepen. Deze vrijheid is echter niet ongelimiteerd. Het HvJEU staat volgens zijn vaste rechtspraak belemmeringen van de vrijheid van vestiging toe indien voldaan is aan de hieraan te stellen voorwaarden.⁶

Het uitgangspunt van art. 54 VWEU is dat slechts vennootschappen of rechtspersonen opgericht naar het recht van een lidstaat zich op de vrijheid van vestiging kunnen beroepen. Dit brengt mee dat voordat aan de vraag naar de vrijheid van vestiging wordt toegekomen, vastgesteld moet worden of een rechtspersoon rechtsgeldig bestaat.⁷ Als een soort mantra overweegt het HvJEU telkens in zijn rechtspraak over de vrijheid van vestiging dat een vennootschap haar bestaan ontleent aan de bestaansvoorwaarden van het op haar toepasselijke recht.⁸ Het internationaal privaatrecht met betrekking tot vennootschappen is geen onderwerp geweest van harmonisatie of unificatie, zodat de lidstaten vrij zijn om de wijze van het toepasselijke recht op een vennootschap zelf te bepalen. Wat betreft het toepasselijke recht op een vennootschap, bestaan – gemakshalve gezegd – binnen de Europese Unie twee conflictregels.⁹ Er zijn lidstaten, zoals Nederland, die de incorporatieleer huldigen op grond waarvan een vennootschap wordt beheerst door het recht van het land naar welks recht zij is opgericht (zie art. 10:118 BW). Daarentegen hangen andere lidstaten de leer van de werkelijke zetel aan op grond waarvan het recht van het land waar de bestuurszetel van de vennootschap is gelegen, van toepassing is op een vennootschap. De vrijheid van de lidstaten om een aanknopingspunt voor het bepalen van het toepasselijke recht op een vennootschap te kiezen

wordt echter door de vrijheid van vestiging beperkt.¹⁰

In het *Cartesio*-arrest heeft het HvJEU zich voor de eerste keer uitgelaten over de vraag of een vennootschap opgericht naar het recht van een lidstaat zich met een beroep op de vrijheid van vestiging kan omzetten in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat. Opmerkelijk is wel dat in dit geval een dergelijke omzetting niet aan de orde is geweest. *Cartesio*, een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap met een zetel in Hongarije, wilde haar in Hongarije ingeschreven zetel naar Italië verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid van een vennootschap naar Hongaars recht. Een dergelijke verplaatsing werd door de Hongaarse autoriteit-

- Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen, *PbEU* 2019, L 321/1 (hierna Richtlijn). Zie over deze richtlijn onder andere J.N. Schutte-Veenstra, M.A. Verbrugh, De Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing nader beschouwd, *Ondernemingsrecht* 2020/40; T.N. van de Leemkolk, B. Snijder-Kuipers, Richtlijn grensoverschrijdende omzetting, *TOP* 2020/280; M.H. Baldee, J. Nijland, De Mobiliteitsrichtlijn en implementatie van deze richtlijn voor grensoverschrijdende verrichtingen, *MvO* 2020, afl. 8-9; H. Koster, Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen, *Bb* 2020/37.
- Het gaat deze bijdrage te buiten om deze voorwaarden hier te bespreken. Zie onder andere HvJEG 9 maart 1999, zaak C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, *NJ* 2000/48, m.nt. P. Vlas (*Centros*).
- Gemakshalve worden hier de termen ‘vennootschap’ en ‘rechtspersoon’ als elkaars synoniemen gebruikt, al is dit juridisch gezien niet juist is. Bovendien vallen zowel vennootschappen als rechtspersonen opgericht naar het recht van een lidstaat onder de werking van vrijheid van vestiging.
- HvJEG 27 september 1988, zaak 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 (*Daily Mail*).
- Zie uitvoering hierover Gerner-Beuerle/Mucciarelli/Schuster/Siems, *The Private International Law of Companies in Europe*, Verlag C.H. Beck 2019 en P. Vlas, *Rechtspersonen, Praktijkreeks IPR*, deel 9, Maklu 2017. Hierbij geldt dat België met ingang van 1 mei 2019 ‘overgestapt’ is van de toepassing van de leer van de werkelijke zetel naar de leer van de statutaire zetel. Zie M. Zilinsky, Nieuw Belgisch internationaal privaatrecht inzake rechtspersonen en vennootschappen, *WPNR* 2019/7246, p. 513-515.
- Zie HvJEG 5 november 2002, zaak C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, *NJ* 2003/58, m.nt. P. Vlas (*Überseering*). In dit arrest heeft het HvJEG overwogen dat de toepassing van de leer van de werkelijke zetel in Duitsland op een vennootschap opgericht naar Nederlands recht tot belemmering van de uitoefening van de vrijheid van vestiging leidt.

ten niet toegestaan, omdat het Hongaarse recht vereist dat een vennootschap naar Hongaars recht haar operationele zetel in Hongarije heeft. Dat recht maakt het voor deze vennootschap niet mogelijk een buitenlandse zetel in Hongarije in te schrijven. Het HvJEU heeft de benadering door de Hongaarse autoriteiten bevestigd.¹¹ De reeds genoemde mantra van het HvJEU is immers dat het recht waaraan een vennootschap haar rechtsgeldig bestaan ontleent, de bestaansvoorwaarden mag bepalen. Een vennootschap bestaat immers bij gratie van dat recht. Het HvJEU heeft ten overvloede overwogen dat deze situatie moet worden onderscheiden van de situatie dat een dergelijke vennootschap zich met verandering van het toepasselijke recht naar een andere lidstaat verplaatst, dat wil zeggen in een situatie van een grensoverschrijdende omzetting.¹² Een dergelijke gang van zaken mag door de lidstaat van vertrek niet worden belemmerd door bijvoorbeeld te vereisen dat de omzetting wordt voorafgegaan door ontbinding en liquidatie. Hieraan staat immers de vrijheid van vestiging in de weg. Het HvJEU heeft zich in het *Cartesio*-arrest niet uitgelaten over de wijze waarop een dergelijke grensoverschrijdende omzetting moet plaatsvinden. Welk recht beheerst de omzettingsprocedure en bijvoorbeeld de vraag naar de bescherming van de bij de vennootschap betrokken stakeholders? In het *VALE*-arrest heeft het HvJEU op zijn overwegingen ten overvloede uit het *Cartesio*-arrest voortgeborduurd. In dat geval ging het om een grensoverschrijdende omzetting van een naar Italiaans recht opgerichte en aldaar gevestigde vennootschap in een vennootschap naar Hongaars recht. Na de uitschrijving van *VALE Construzioni*, een vennootschap naar Italiaans recht, uit het in Italië gehouden vennootschapsregister werd *VALE Építési Kft*, een vennootschap naar Hongaars recht, opgericht. Vervolgens werd ter gelegenheid van de inschrijving van deze nieuw opgerichte vennootschap het in Hongarije gehouden vennootschapsregister verzocht om ervan melding te maken dat *VALE Construzioni* rechtsvoorganger van deze nieuw opgerichte vennootschap is. Dit verzoek werd door de Hongaarse autoriteiten afgewezen, nu het Hongaarse recht dit slechts voor vennootschappen naar Hongaars recht mogelijk maakt. Slechts een vennootschap naar Hongaars recht kan zich in een andere vennootschap naar Hongaars recht omzetten. Deze behandeling van *VALE* door de Hongaarse autoriteiten is door het HvJEU afgestraft. In r.o. 46 heeft het HvJEU overwogen dat

“(…) de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU [verplichten] immers een lidstaat die bepaalt dat vennootschappen naar binnenlands recht

mogen worden omgezet, om deze mogelijkheid ook te bieden aan vennootschappen die onder het recht van een andere lidstaat vallen en waarvan de omzetting in vennootschappen naar nationaal recht van de eerste lidstaat wordt gevraagd.”

Het Hof heeft in r.o. 56 daaraan toegevoegd dat

“(…) de weigering door de autoriteiten van een lidstaat om bij een grensoverschrijdende omzetting de vennootschap van de lidstaat van oorsprong in het handelsregister als „rechtsvoorgangster” van de omgezette vennootschap te vermelden, onverenigbaar [is] met het gelijkwaardigheidsbeginsel indien deze vermelding van de rechtsvoorgangster wel wordt opgenomen bij binnenlandse omzettingen.”

Ingevolge het gelijkwaardigheidsbeginsel mogen de voorschriften ter verzekering van de bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale situaties gelden. Het gelijkwaardigheidsbeginsel brengt dus mee dat een lidstaat grensoverschrijdende omzetting niet ongunstiger mag behandelen dan binnenlandse omzettingen. Dit leidt echter niet ertoe dat de lidstaat van bestemming, dat wil zeggen het rechtstelsel waaraan de vennootschap na de grensoverschrijdende omzetting haar bestaan ontleent, geen enkele voorwaarde aan de omzetting en aan het voortbestaan van de vennootschap mag stellen. Het HvJEU heeft ten aanzien van deze vraag overwogen dat bij gebreke van het afgeleide Unierecht een grensoverschrijdende omzetting door het samenspel van twee rechtstelsels wordt beheerst, nl. het recht van de lidstaat van vertrek en dat van de lidstaat van bestemming. Een omzetting is immers een opeenvolging van twee nationale rechtstelsels.¹³ Nu bij de gelegenheid van de

11. HvJEU *Cartesio*, r.o. 110.

12. HvJEU *Cartesio*, r.o. 111-113.

13. HvJEU *VALE*, r.o. 44.

omzetting een nieuwe vennootschap ontstaat waarop het recht van de lidstaat van bestemming van toepassing is, leidt dit ertoe dat dit recht de bestaansvoorwaarden van deze vennootschap beheerst en aanvullende eisen aan een rechtsgeldige omzetting mag stellen. Zo mogen de autoriteiten van de lidstaat van bestemming eisen dat de vennootschap aantoonbaar aan deze voorwaarden te voldoen, door bijvoorbeeld documenten uit de lidstaat van vertrek over te leggen dat de vennootschap zich daadwerkelijk heeft aangepast aan de voorwaarden van de lidstaat van bestemming. Een dergelijk eis mag echter slechts worden gesteld, voor zover dit verenigbaar is met het Unierecht.

In het *VALE*-arrest heeft het HvJEU geen aandacht besteed aan het onderscheid tussen de verschillende vormen die een omzetting kan aannemen. Zo kan een nieuwe vennootschap ter gelegenheid van de omzetting worden opgericht. Daarnaast is het ook mogelijk dat bij een omzetting de vennootschap die de rechtsopvolger wordt van de om te zetten vennootschap reeds op het moment van de omzetting bestaat.¹⁴ Beide vormen vallen mijns inziens onder de uitoefening van de vrijheid van vestiging; beide vormen van omzetting worden gezien als grensoverschrijdende verrichtingen die aan een vennootschap (in de zin van art. 54 VWEU) in het kader van de uitoefening van de mobiliteit binnen de EU ter beschikking staan. Het HvJEU heeft overwogen dat een grensoverschrijdende omzetting een opeenvolging van twee rechtsstelsels is die de totstandkoming van de omzetting en de gevolgen daarvan beheersen. Het is dan mijns inziens ook het recht van de lidstaat van bestemming dat bepaalt welke vorm de omzetting aanneemt. Maakt dat recht een 'onzuivere' omzetting in zijn nationale recht mogelijk, dan kan daarvan ook in een grensoverschrijdend geval gebruik worden gemaakt.¹⁵ Welke vorm aan de omzetting wordt gegeven, is volgens het HvJEU niet relevant. Een omzetting behoort 'tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen'.¹⁶ Evenmin beantwoord is de vraag of de om te zetten vennootschap en de nieuw ontstane vennootschap gelijkwaardige rechtsvormen moeten hebben. Kan een naar Duits recht opgerichte Gesellschaft mit beschränkter Haftung zich in een door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschap omzetten? Welke rechtsvorm de vennootschap na de omzetting kan aannemen, dient naar mijn mening aan de hand van het recht van de lidstaat van bestemming te worden bepaald. Een omzetting is volgens het HvJEU weliswaar 'de opeenvolgende toepassing van twee nationale rechtsstelsels op deze rechtshandeling'¹⁷, maar het is het recht

van de lidstaat van bestemming dat de bestaansvoorwaarden van de nieuw ontstane vennootschap beheerst. Dit kan naar mijn mening ertoe leiden dat een vennootschap naar het recht van een lidstaat zich ook kan omzetten in een rechtsvorm naar het recht van een andere lidstaat, welke rechtsvorm zij in de lidstaat van vertrek bij een zuiver nationale omzetting niet heeft kunnen aannemen. Zo kan een door Duits recht beheerste Gesellschaft mit beschränkter Haftung zich in een door Nederlands recht beheerste stichting omzetten, terwijl een dergelijke vennootschap zich conform het Duitse recht niet kan omzetten in een door Duits recht beheerste Stiftung. Het Nederlandse recht verzet zich immers niet tegen een omzetting van een besloten vennootschap in een stichting (zie art. 2:18 BW).¹⁸

Nu volgens het *VALE*-arrest de grensoverschrijdende omzetting tot uitoefening van economische activiteiten behoort die door de lidstaten niet mag worden belemmerd, bleef na dit arrest nog de vraag over of bij de gelegenheid van de grensoverschrijdende omzetting tevens de activiteiten uit de lidstaat van vertrek naar de lidstaat van bestemming moeten worden verplaatst. Uit het *Polbud*-arrest vloeit voort dat de lidstaat van vertrek een dergelijke eis niet mag stellen.¹⁹ Het HvJEU heeft immers geoordeeld dat

14. Zilinsky 2013, p. 61-62 en W.J.M. van Veen, Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing na het *VALE*-arrest, WPNR 2013/6981, p. 512-525 (i.h.b. p. 514-515).

15. Of een dergelijke omzetting ook mogelijk is in geval een vennootschap opgericht naar het recht van een niet-lidstaat zich op deze omzettingmogelijkheid kan beroepen, hangt van het nationale recht van de staat van (nieuwe) bestemming af. Een dergelijke vennootschap kan zich immers niet op de vrijheid van vestiging beroepen.

16. HvJEU *VALE*, r.o. 24.

17. HvJEU *VALE*, r.o. 44.

18. Zie uitvoeriger Zilinsky 2013, p. 63-64 alsmede H. Wincke, *DSIR* 2012, p. 1756-1758 en P. Kindler, *EuZw* 2012, p. 888-893.

19. HvJEU 25 oktober 2017, zaak C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, *NJ* 2018/54.

“(…) de artikelen 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, overeenkomstig de voorwaarden die de wetgeving van deze laatste lidstaat oplegt, zonder verplaatsing van de werkelijke zetel van die vennootschap.”²⁰

Het is het recht van de lidstaat van bestemming dat bepaalt aan welke voorwaarden de vennootschap na de verplaatsing en omzetting moet voldoen. Dat recht bepaalt dan ook de aanknopingspunten om te vast te stellen of de vennootschap als een vennootschap naar dat recht kwalificeert.²¹

3. Richtlijn (EU) 2019/2121

De Richtlijn introduceert regels voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen en wijzigt de reeds bestaande regels voor grensoverschrijdende fusies. De Richtlijn geeft uitvoering aan de vrijheid van vestiging ingevolge waarvan een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap die als vennootschap in de zin van art. 54 VWEU kwalificeert, zich kan omzetten in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat.²² Doordat er geen regelgeving voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen bestaat, ontstaat juridische versnippering en rechtsonzekerheid waardoor de uitoefening van de vrijheid van vestiging wordt belemmerd.²³ Een geharmoniseerde regeling kan deze belemmeringen opheffen.²⁴ De Richtlijn bevat niet alleen een geharmoniseerde regeling voor de procedurele aspecten van een omzetting of een splitsing, maar tevens een geharmoniseerde regeling voor de bescherming van de verschillende bij een vennootschap betrokken stakeholders.

3.1. Grensoverschrijdende omzetting

Ingevolge art. 86ter onder 2 van de Richtlijn is sprake van een grensoverschrijdende omzetting bij een verrichting 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 in bijlage II van de Richtlijn (EU) 2017/1132²⁵ vermelde rechtsvorm van de lidstaat van bestemming en met behoud van haar rechtspersoonlijkheid ten minste haar statutaire zetel naar de lidstaat van bestemming verplaatst. Deze definitie van de grensoverschrijdende omzetting sluit aan bij de door het HvJEU in het *Polbud*-arrest gegeven definitie. Van een grensoverschrijdende omzetting kan al sprake zijn bij de verplaatsing van de statutaire zetel.²⁶ De

Richtlijn vereist niet dat de om te zetten vennootschap tevens haar activiteiten uit de lidstaat van vertrek naar de lidstaat van bestemming overbrengt. Dit neemt niet weg dat de lidstaat van bestemming als aanvullende voorwaarde mag stellen dat de vennootschap na de omzetting deze activiteiten dan wel haar bestuurszetel in deze lidstaat heeft.²⁷ Het recht van de lidstaat van bestemming bepaalt immers de bestaansvoorwaarden van de vennootschap na de omzetting, zodat dat recht aanvullend aan de verplaatsing van de statutaire zetel ook de verplaatsing van de bestuurszetel als voorwaarde aan de rechtsgeldige omzetting mag stellen.

De Richtlijn heeft een beperkter toepassingsgebied dan de rechtspraak van het HvJEU over grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen. Anders dan in deze rechtspraak geldt de regeling voor grensoverschrijdende omzetting op grond van art. 86 bis van de Richtlijn voor omzettingen van kapitaalvennootschappen die naar het recht van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de EU hebben, in kapitaalvennootschappen die onder het recht van een andere lidstaat vallen. Het toepassings-

20. HvJEU *Polbud*, r.o. 44.

21. Zie ook J.J. van den Broek, *Grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen: de arresten Cartesio, Vale en Polbud*, in: J.J. van den Broek & G.J.C. Rensen, *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen, Civiel en fiscaal recht (Onderneming en Recht nr. 103)*, Wolters Kluwer 2018, p. 1-30 (i.h.b. p. 23).

22. Considerans, punt 2.

23. Idem, punt 5. Zie onder andere ook Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2009 (INI/2008/2196) en Resolutie van het Europese Parlement van 2 februari 2012 betreffende de grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels (INI/2011/2046).

24. In de praktijk blijken met name als gevolg van de rechtspraak van het HvJEU grensoverschrijdende omzettingen vaak voor te komen. Zie voor een empirisch onderzoek hiernaar G.J.C. Rensen & K.J. Bakker, *Grensoverschrijdende omzetting in de praktijk*, in: Van den Broek & Rensen 2018, p. 143-188.

25. Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht, *PbEU* 2017, L 169/46-127.

26. Zie ook Schutte-Veenstra/Verbrugh, *Ondernemingsrecht* 2020, p. 209.

27. Considerans, punt 44. Zie ook HvJEU *Daily Mail* en HvJEU *Cartesio*.

bereik wordt door art. 86ter nog nader beperkt door een verwijzing naar de bijlage II van de Richtlijn (EU) 2017/1132. Dit brengt mee dat wat Nederland betreft de nieuw in te voeren regeling slechts geldt voor de grensoverschrijdende omzetting van een naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap of een besloten vennootschap in een in de genoemde bijlage opgenomen kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat dan wel een omzetting van zo'n kapitaalvennootschap in een naar Nederlands recht op te richten naamloze vennootschap of besloten vennootschap. Het beperkte toepassingsgebied van de Richtlijn leidt ertoe dat de eerder besproken rechtspraak van het HvJEU zijn waarde behoudt voor de grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen en rechtspersonen die niet onder de Richtlijn vallen.

In navolging van het VALE-arrest waarin voor een grensoverschrijdende omzetting de opeenvolgende toepassing van twee nationale rechtstelsels op de omzetting is vereist,²⁸ bepaalt art. 86 quater van de Richtlijn dat een grensoverschrijdende omzetting beheerst wordt door twee rechtstelsels, nl. het recht van de lidstaat van vertrek en het recht van de lidstaat van bestemming. Deze twee rechtstelsels bepalen de te volgen procedures en formaliteiten. Als 'omslagpunt' geldt het moment waarop het attest wordt verkregen dat aan de omzetting vooraf gaat. Tot dat moment geldt het recht van de lidstaat van vertrek. Het gedeelte van de omzettingprocedure na de verkrijging van het attest wordt bepaald aan de hand van het recht van de lidstaat van bestemming. Ingevolge art. 86 quaterdecies is elke lidstaat verplicht om een instantie aan te wijzen die bevoegd is tot afgifte van zo'n attest. Het doel van dit attest is de toetsing van de rechtmatigheid van de voorgenomen grensoverschrijdende omzetting. Het betreft niet alleen de toets of aan de voorwaarden voor een grensoverschrijdende omzetting is voldaan, maar tevens een antimisbruiktoets. Hierbij moet worden onderzocht of de omzetting niet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden wordt gebruikt.²⁹ De toetsing van de voorwaarden voor een grensoverschrijdende omzetting betreft een controle van de formele aspecten die door de Richtlijn worden geïntroduceerd, zoals van de verplichte publicatie van het voorstel voor omzetting, van een verslag van de wettelijke en economische aspecten en van een verslag van een onafhankelijke deskundige. Tevens moet worden onderzocht of bij de voorgenomen omzetting de stakeholders, zoals aandeelhouders in de om te zetten vennootschap, haar werknemers en haar schuldeisers, voldoende worden beschermd.³⁰

Ingevolge art. 86 octodecies van de Richtlijn bepaalt het recht van de lidstaat van bestemming de datum waarop de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt. Deze datum moet zijn gelegen na de uitvoering van de rechtmatigheid- en antimisbruiktoets. Dit ligt in het verlengde van art. 86 quater waarin is bepaald dat het recht van de lidstaat van bestemming geldt na het verkrijgen van het aan de omzetting voorafgaande attest. Ook komt dit overeen met de rechtspraak van het HvJEU dat het nationale recht waaraan een vennootschap haar bestaan ontleent, het ontstaan en de bestaansvoorwaarden van een vennootschap bepaalt.³¹

In aanvulling op art. 86 octodecies bevat art. 86 novodecies een materieelrechtelijke regel over de gevolgen van een rechtsgeldige grensoverschrijdende omzetting. Vanaf de door de lidstaat van bestemming vastgestelde datum van de omzetting gaan alle activa en passiva van de omgezette vennootschap op de nieuw ontstane vennootschap over, worden de aandeelhouders van de omgezette vennootschap aandeelhouders in de nieuw ontstane vennootschap, tenzij zij van hun uittreedrecht gebruik hebben gemaakt. Ofschoon onderdeel a van dit artikel een Unierechtelijke overgang onder algemene titel van alle activa en passiva, met inbegrip van overeenkomsten, rechten en verplichtingen, vaststelt, bevestigt onderdeel c van dit artikel dat de rechten en verplichtingen van de omgezette vennootschap uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsrelaties die bestaan op de datum van de omzetting, overgaan op de nieuw ontstane vennootschap.³²

28. HvJEU VALE, r.o. 44.

29. Considerans, punt 35. Een van de doelstellingen van dit attest is de bestrijding van lege of brievenbusvennootschappen die worden opgericht om het Unierecht en het nationale recht te omzeilen. Zie nader over de invulling van de antimisbruiktoets Schutte-Veenstra/Verbrugh, *Ondernemingsrecht* 2020, p. 211 e.v.

30. Zie hierover de bijdrage van Stokkermans in dit themanummer.

31. Zie HvJEG *Daily Mail* en HvJEU *Cartesio*.

32. Vgl. ook Considerans, punt 47.

3.2. Grensoverschrijdende splitsing

Het HvJEU heeft zich in zijn rechtspraak nog niet over de grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap uitgelaten. Gezien de bestaande rechtspraak moet worden aangenomen dat een grensoverschrijdende splitsing onder de uitoefening van de vrijheid van vestiging in de zin van art. 49 en art. 54 VWEU valt.³³ Een dergelijke splitsing is een van de middelen tot herstructurering van een vennootschap. Evenals dat het geval is bij grensoverschrijdende omzettingen, leidt het ontbreken van juridische regels met betrekking tot grensoverschrijdende splitsingen tot rechtsonzekerheid waardoor de uitoefening van de vrijheid van vestiging wordt belemmerd.³⁴ De Richtlijn bevat ter bestrijding van dit probleem een regeling voor grensoverschrijdende splitsingen. Nu de regeling in de Richtlijn in het licht van de vrijheid van vestiging moet worden gezien, benadrukt art. 126 *bis* lid 1 dat deze regeling slechts van toepassing is indien ten minste twee van de bij de splitsing betrokken vennootschappen onder het recht van verschillende lidstaten vallen.³⁵

Evenals het geval is bij de grensoverschrijdende omzetting, geldt de regeling voor grensoverschrijdende splitsingen overeenkomstig art. 160*ter* lid 1 slechts voor kapitaalvennootschappen die in Bijlage II van de Richtlijn 2017/1132 zijn opgenomen. De regeling geldt slechts voor een grensoverschrijdende splitsing waarbij de verkrijgende vennootschap bij een dergelijke splitsing nieuw wordt opgericht. Volgens de Europese wetgever is (af)splitsing van een deel van activa en passiva naar een reeds bestaande vennootschap complex en maakt dit een harmonisatie van die materie niet mogelijk.³⁶ De Richtlijn maakt onderscheid tussen drie vormen van splitsing. Ten eerste, een zgn. volledige splitsing (vgl. zuivere splitsing in de zin van art. 2:334a BW), waarbij de gesplitste vennootschap ophoudt te bestaan en zonder vereffening al haar activa en passiva naar twee of meer nieuw op te richten vennootschappen overdraagt (art. 126 ter lid 4 onder a). Ten tweede, een zgn. gedeeltelijke splitsing (vgl. afsplitsing in de zin van art. 2:334a BW), waarbij een deel van activa en passiva van de gesplitste vennootschap aan een of meer op te richten vennootschappen wordt overgedragen (art. 126 ter lid 4 onder b). Zowel bij een volledige als bij een gedeeltelijke splitsing worden de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap ook aandeelhouder in de verkrijgende vennootschap (pen). Tot slot is de regeling van de Richtlijn ook van toepassing op een zgn. splitsing door scheiding, waarbij de gesplitste vennootschap een deel van haar activa en passiva aan een of meer nieuw op te richten vennootschappen overdraagt en waarbij de gesplits-

te vennootschap zelf aandeelhouder wordt in de verkrijgende vennootschap (pen).

De procedure van een grensoverschrijdende splitsing volgens de Richtlijn is geënt op de procedure van de grensoverschrijdende omzetting. Daarnaast bevat de Richtlijn in art. 160 *novodecies* een geharmoniseerde materiële regel met betrekking tot de gevolgen van de verschillende vormen van een grensoverschrijdende splitsing. Een belangrijk verschil is echter dat, anders dan bij de grensoverschrijdende omzetting en bij de grensoverschrijdende fusie, de datum waarop een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt, ingevolge art. 160 *octodecies* niet door het recht van de lidstaat van bestemming – of te wel door het recht van de verkrijgende vennootschap (pen) – wordt bepaald, maar door de lidstaat van vertrek – het recht van de gesplitste vennootschap –, terwijl de registratie van een voltooide splitsing in de betrokken lidstaten overeenkomstig het nationale recht van alle betrokken lidstaten geschiedt. Dit brengt dan ook mee dat de datum waarop een splitsing van

33. Zie E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing op basis van de vrijheid van vestiging, *WPNR* 2009/6793, p. 272-281 en dezelfde, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 122, Kluwer 2014, Hoofdstuk 4.

34. Considerans, punt 5.

35. Hieruit vloeit voort dat deze regeling niet geldt indien de gesplitste vennootschap (een deel van) haar activa en passiva overdraagt aan een of meer vennootschappen die niet naar het recht van een lidstaat zijn opgericht. Dergelijke vennootschappen kunnen immers geen gebruik van de vrijheid van vestiging van art. 49 en art. 54 VWEU maken. Evenmin bestrijkt de Richtlijn een nationale splitsing, die reeds bestreken wordt door de Zesde Richtlijn 82/891/EEG betreffende splitsing van naamloze vennootschappen, *PbEU* 1982, L 378/47-54, later vervangen door de Richtlijn (EU) 2017/1132 van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht, *PbEU* 2017, L 169/46-127. Vgl. art. 2:334a e.v. BW.

36. Considerans, punt 8. Naar mijn mening pleiten de complexiteit en de daaraan verbonden risico's van omzeiling van de toepasselijke regelgeving juist voor een harmonisatie van een dergelijke vorm van grensoverschrijdende splitsing.

kracht wordt pas na de datum van de respectieve registraties gelegen kan zijn.³⁷

3.3. Bescherming van bepaalde stakeholders bij een grensoverschrijdende verrichting

Nu bij een grensoverschrijdende omzetting de aandeelhouders in een vennootschap geconfronteerd worden met een wijziging van het toepasselijke recht op hun deelneming in de om te zetten vennootschap, dienen de lidstaten overeenkomstig art. 86 *decies* het de aandeelhouders die tegen de omzetting hebben gestemd, mogelijk te maken om hun deelneming tegen een adequate geldelijke vergoeding te vervreemden.³⁸ Art. 86 *decies* bevat procedurele waarborgen die bij het uitoefenen van dit uittreedrecht in acht moeten worden genomen.³⁹ Ingevolge art. 86 *decies* lid 5 worden de rechten van de uittredende aandeelhouders, zoals de aanspraak op de geldelijke vergoeding, beheerst door het recht van de lidstaat van vertrek. In het geval van een geschil wordt aan de rechter van de lidstaat van vertrek een exclusieve bevoegdheid tot beslechting van dergelijke geschillen toegekend. Uit het oogpunt van een ‘Gleichlauf’ tussen het toepasselijke recht en de bevoegdheid van de rechter vind ik de regeling van art. 86 *decies* lid 5 goed verdedigbaar. Een uittredende aandeelhouder kan de rechter van de lidstaat van vertrek adïeren indien er een geschil ontstaat over de geldelijke vergoeding waarop hij na de omzetting aanspraak heeft op basis van het recht dat op de omgezette vennootschap van toepassing was.⁴⁰ Deze rechter is het meest geëquipeerd om dat recht toe te passen. Het nadeel van deze regeling is dat ingeval de vennootschap na de omzetting geen vermogensbestanddelen in de lidstaat van vertrek heeft, de uittredende aandeelhouder genoodzaakt is om na een procedure in die lidstaat alsnog een in zijn voordeel gewezen beslissing in een andere lidstaat ten uitvoer te leggen. Waarom wordt dan de bevoegdheid tot kennisneming van dergelijke geschillen ook niet toegekend aan de rechter van de lidstaat van bestemming, dat wil zeggen de rechter van de plaats van vestiging van de vennootschap na de omzetting? Uit het oogpunt van bescherming – zo niet begunstiging – van de uittredende aandeelhouder ligt dit meer voor de hand.

Wat betreft de schuldeisers van de om te zetten vennootschap wier vorderingen vóór de openbaarmaking van het voorstel voor de grensoverschrijdende omzetting zijn ontstaan, bepaalt art. 86 *undecies* dat de lidstaten een passende regeling voor hun bescherming dienen te treffen. Voor zover de vennootschap niet voldoende waarborgen, bijvoorbeeld in de vorm van garanties of pandrechten, biedt dat de vorderingen van deze schuldeisers worden nagekomen, kun-

nen deze schuldeisers een daartoe door de lidstaat van vertrek aangewezen instantie verzoeken dergelijke waarborgen te treffen.⁴¹ Anders dan dat het geval is bij het uittreedrecht van een aandeelhouder, bepaalt de Richtlijn niets over het toepasselijke recht op de vorderingen van de schuldeisers van de om te zetten vennootschap. Overeenkomstig art. 86 *novodecies* geldt dat alle activa en passiva van de omgezette vennootschap, met inbegrip van alle overeenkomsten, rechten en verplichtingen in de omgezette vennootschap voortbestaan. Dit betekent mijns inziens dan ook dat het toepasselijke recht op de vorderingen van de schuldeisers door een grensoverschrijdende omzetting niet wijzigt.⁴² Wat een vordering uit een overeenkomst of uit hoofde van onrechtmatig handelen betreft, ligt dit voor de hand. Maar welk recht is van toepassing op de zekerheidsrechten die op de aandelen in de om

37. Zie ook tweede zin van art. 160 *octodecies*. Zie over de gevolgen van deze regeling E. Schollmeyer, *Wirksamkeit einer inländischen Registereintragung nach ausländischen Recht: Kan das neue Spaltungsrecht Funktionieren?*, *IPRax* 2020, p. 297-301. Schollmeyer wijst erop dat aangezien de verkrijgende vennootschap ingevolge art. 160 ter lid sub 3 ‘in de loop van een grensoverschrijdende splitsing’ dient te ontstaan, het ontstaan van deze vennootschap onder omstandigheden afhankelijk is van het buitenlandse recht, nl. het recht van de lidstaat van vertrek. Dat recht bepaalt immers ingevolge art. 160 *octodecies* het moment waarop een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt.

38. Vgl. art. 126 *bis* resp. art. 160 *decies* voor de bescherming van de aandeelhouders van een gesplitste vennootschap resp. van een fuserende vennootschap.

39. Zie nader hierover alsmede over de vraag hoe deze regeling in het Nederlandse recht moet worden geïmplementeerd P.P. de Vries, *OR* 2020/41.

40. Deze bevoegdheid komt mijns inziens ook toe aan de vennootschap zelf. In het geval van een geschil met de uittredende aandeelhouder kan de nieuwe vennootschap zich tot deze rechter wenden met een vordering tot verklaring van recht of met een vordering tot vaststelling van de geldelijke vergoeding.

41. Vgl. art. 126 *ter* en art. 160 *undecies* voor de bescherming van schuldeisers bij een grensoverschrijdende fusie resp. splitsing.

42. Vgl. HvJEU 7 april 2016, zaak C-483/14, *NJ* 2016/467, m.nt. G. van Solinge (*KA Finanz/Sparkassen Versicherung*). Het HvJEU heeft overwogen dat het toepasselijke recht op een overeenkomst (van geldlening) door een grensoverschrijdende fusie niet wordt gewijzigd.

te zetten vennootschap waren gevestigd? Kommen deze zekerheidsrechten van rechtswege op de aandelen in de nieuw ontstane vennootschap te rusten? De Richtlijn bevat geen regeling voor deze situatie. In de literatuur worden twee opvattingen verdedigd.⁴³ Ingevolge de eerste benadering komen dezelfde zekerheidsrechten op de aandelen in de nieuw ontstane vennootschap te rusten. Dit betekent dat indien op de aandelen van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap een pandrecht naar Nederlands recht is gevestigd, dit pandrecht van rechtswege door de grensoverschrijdende omzetting op de aandelen in de door deze omzetting ontstane vennootschap naar Duits recht wordt gevestigd. De tweede benadering gaat uit van een transformatie van een dergelijk zekerheidsrecht in een zekerheidsrecht conform het recht dat de nieuw ontstane vennootschap beheerst. Dit betekent dan dat een pandrecht naar Nederlands recht op de aandelen in een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap omgezet wordt in een vergelijkbaar zekerheidsrecht naar Duits recht dat op de aandelen in de door de omzetting ontstane vennootschap naar Duits recht komt te rusten. Naar mijn mening sluit de eerste opvatting beter bij de systematiek van de wet aan. Ingevolge art. 10:130 BW blijven de op een zaak rechtsgeldig gevestigde rechten rusten, ook indien die zaak naar een ander land wordt verplaatst. Een analoge toepassing van deze regel leidt ertoe dat het zekerheidsrecht niet verdwijnt door de omzetting van de vennootschap op aandelen waarvan dat recht rust. Hierbij doen twee problemen zich echter voor. Bij de omzetting behoeft niet aan de vestigingsvereisten voor het bestaande zekerheidsrecht te worden voldaan. Het tweede probleem is dat ingevolge art. 10:138 lid 1 BW en art. 10:139 lid 1 BW het recht dat het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een aandeel beheerst, bepaalt óf en welk zekerheidsrecht erop kan worden gevestigd. Bij de tweede opvatting het tweede probleem. Het probleem van de rechtsgeldige vestiging van het nieuwe zekerheidsrecht kan zich wel voordoen.⁴⁴

Art. 86 *undecies* lid 4 bepaalt dat de schuldeisers, aanvullend op de reeds bestaande rechtsmachtregelingen in het Unierecht en in het nationale recht, in de lidstaat van vertrek een procedure tegen de vennootschap binnen twee jaar kunnen starten.⁴⁵ Een dergelijke bevoegdheid geldt voor vorderingen die vóór de openbaarmaking van het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting zijn ontstaan en niet slechts met betrekking tot een procedure overeenkomstig art. 86 *undecies* lid 1 tot het treffen van passende waarborgen voor de bestaande vorderingen van de schuldeisers.⁴⁶ De getroffen regeling is in meerdere opzichten opmerkelijk. Zo bepaalt

de rechtsmachtregeling van de Richtlijn voor de bescherming van de schuldeisers van de vennootschap dat deze geldt onverminderd een contractuele regeling tussen partijen. Dit brengt mee dat een schuldeiser die een vordering heeft op de vennootschap uit hoofde van een contract dat een exclusieve forumkeuze bevat, na de omzetting een keuze heeft zich te wenden hetzij tot de bij deze forumkeuze aangewezen rechter, hetzij tot de rechter in de lidstaat van vertrek, ongeacht de vraag of de vennootschap na de omzetting nog een vestiging in die lidstaat heeft. De bevoegdheid van een schuldeiser om conform deze bepaling een procedure in de lidstaat van vertrek te starten, verjaart wel twee jaar nadat de omzetting van kracht is geworden. Ook rijst de vraag tot welke rechter in de lidstaat van vertrek de schuldeiser zich moet wenden. Is dat de rechter van de voormalige statutaire zetel van de omgezette vennootschap of moet een afzonderlijke rechterlijke instantie daartoe worden aangewezen? De vraag is ook of deze bevoegd-

43. Zie uitvoerig over deze problematiek E.R. Roelofs, Overgang van pandrecht en vruchtgebruik op aandelen bij grensoverschrijdende fusie, grensoverschrijdende splitsing en grensoverschrijdende omzetting, *WPNR* 2014/7013, p. 334-337, alsmede S. van Dongen, *Grensoverschrijdende omzetting vanuit internationaalprivaatrechtelijk perspectief*, in: Van den Broek & Rensen 2018, p. 31-54 (i.h.b. p. 45-47).

44. Deze problemen doen zich ook bij de tweede opvatting voor. Roelofs stelt dan mijns inziens terecht voor om oog te hebben voor deze problemen en bij een omzetting nieuwe zekerheidsrechten op de aandelen van de nieuw ontstane vennootschap te vestigen. Zie *Roelofs* 2014, p. 337.

45. Een dergelijke regeling ontbreekt bij de grensoverschrijdende splitsing. Een reden hiervoor kan mijns inziens zijn dat de gesplitste vennootschap niet verdwijnt. Ter bescherming van de schuldeisers bevat art. 160 *undecies* lid 2 een regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid van de gesplitste en de verkrijgende vennootschap (pen).

46. Vgl. *Considerans*, punt 24.

heidsregeling veel toevoegt aan de bestaande regeling. Zo is het onder omstandigheden immers mogelijk dat de rechter in de lidstaat van vertrek reeds bevoegd is omdat de schuldeiser in die staat de diensten aan de omgezette vennootschap heeft verricht, dan wel de goederen conform een overeenkomst heeft geleverd. In een dergelijk geval is die rechter reeds op grond van art. 7 sub 1 onder b EEX-Vo II bevoegd van een vordering tegen de vennootschap kennis te nemen, nu deze vennootschap (na de omzetting) in een andere lidstaat is gevestigd.⁴⁷ Mij is niet duidelijk waarom een regeling wordt geïntroduceerd waarbij een exclusieve forumkeuze eventueel opzij wordt gezet. De te treffen bevoegdheidsregeling in de lidstaat van vertrek van de vennootschap geldt 'onverminderd de bevoegdheidsregels die voortvloeien uit het Unie- of nationale recht of uit een contractuele regeling'.⁴⁸ De grensoverschrijdende omzetting rechtvaardigt mijns inziens onvoldoende dat een schuldeiser een 'bonus' krijgt om te kiezen tussen de gekozen rechter en een rechter in de lidstaat van vertrek. De nieuw ontstane vennootschap volgt de omgezette vennootschap in al haar rechten en plichten en is derhalve ook gebonden aan de tussen de laatste vennootschap en de schuldeiser overeengekomen forumkeuze. Uit het oogpunt van de rechtszekerheid dient forumkeuze te worden gerespecteerd. Een regeling zoals die van art. 86 *undecies* lid 4 kan tot onwenselijke forumshopping leiden.⁴⁹

4. Ter afsluiting

De op 1 januari 2020 in werking getreden Richtlijn dient ingevolge art. 3 uiterlijk op 31 januari 2023 in het nationale recht van de lidstaten te worden geïmplementeerd. Vanaf dat moment moet het Nederlandse recht dus ook een regeling voor grensoverschrijdende omzetting en splitsing bevatten. De Richtlijn vult de rechtspraak van het HvJEU over de grensoverschrijdende omzetting en de vrijheid van vestiging aan. Deze rechtspraak heeft een grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen en rechtspersonen in de zin van art. 54 VWEU binnen de EU mogelijk gemaakt. De Richtlijn voegt daaraan een procedurele regeling toe. De inwerkingtreding en de implementatie van de Richtlijn maken deze rechtspraak echter niet overbodig. De Richtlijn geldt slechts voor grensoverschrijdende verrichtingen (omzetting, fusie en splitsing) van bepaalde kapitaalvennootschappen. Voor de overige vennootschappen en rechtspersonen die onder art. 54 VWEU vallen, blijft een grensoverschrijdende verrichting op basis van de rechtspraak van het HvJEU mogelijk. Bij gebreke van een regeling in een Europees instrument kunnen in die gevallen de thans bestaande praktijk de reeds in het nationale recht bestaande omzettingsregelingen worden toegepast.⁵⁰ Ontbreekt een dergelijke nationale regeling, zoals dat het geval is in Nederland, kan aansluiting worden gezocht bij de regeling van de nieuwe Richtlijn⁵¹ of in een ander instrument.⁵²

47. Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2012, L 351/1-32.

48. Zie art. 86 *undecies* lid 4.

49. Evenals onder art. 86 *decies* lid 5 wordt een schuldeiser indien hij ervoor kiest om tegen de omgezette vennootschap in de lidstaat van vertrek een procedure aanhangig te maken, gedwongen om een in zijn voordeel gewezen beslissing in een andere lidstaat te executeren ingeval de vennootschap geen voor executie vatbare vermogensbestanddelen in de lidstaat van vertrek meer heeft.

50. Zie bijvoorbeeld voor België: art. 14:15 van het per 1 mei 2019 in werking getreden Wetboek van vennootschappen en verenigingen (*Belgisch Staatsblad*, 04.04.2019, p. 33239 e.v.). Zie over deze regeling H.M.C. Luyten, Een kijkje over de landsgrens: het nieuwe Belgische vennootschapsrecht, *JBN* 2020/36.

51. OLG Saarland 7 januari 2020, 5 W 79/19. De Duitse rechter sluit bij de beoordeling van een omzetting van een Gesellschaft mit beschränkter Haftung naar Duits recht in een Société par actions simplifiée naar Frans recht reeds aan bij de Richtlijn. De rechter wijst erop dat een dergelijke omzetting op basis van deze Richtlijn mogelijk wordt.

52. Denk bijvoorbeeld aan de procedure betreffende de omzetting van een Europese naamloze vennootschap. Vgl. art. 7 SE-Verordening (Verordening (EG) 2157/2001, *PbEU* 2001, L 294/1-21. Zie hierover meer W.J.M. van Veen, Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio-arrest, *WPNR* 2010/6840, p. 329-332 (deel I) en *WPNR* 2010/6841, p. 352-355 (deel II).