

# Grensoverschrijdende juridische fusie anno 2007

## “Juridisch fuseren met een Duitse GmbH?”

In het internationale verkeer komen veel bedrijfsconcentraties tot stand. Een bekend voorbeeld is de aandelenfusie tussen KLM en Air France. Ook de bedrijfsfusie, waarbij bepaalde ondernemingsactiviteiten worden aangekocht, komt veel voor. Het Nederlandse recht voorziet er niet in om grensoverschrijdend juridisch te fuseren. Bij een juridische fusie gaan de rechten en verplichtingen van de fuserende rechtspersonen in één keer over op de verkrijgende rechtspersoon. Sinds het najaar van 2005 hebben zich voor grensoverschrijdende ondernemers belangrijke ontwikkelingen voorgedaan, die in dit artikel op een rij zijn gezet. Voorts laat dit artikel zien wat de gevolgen van deze ontwikkelingen zijn.

### Ontwikkelingen

#### *Europese richtlijn*

In oktober 2005 is een Europese richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen in werking getreden. Met een kapitaalvennootschap wordt, kort gezegd, bedoeld een vennootschap die rechtspersoonlijkheid bezit en een afgescheiden vermogen heeft. Deze richtlijn biedt de mogelijkheid om grensoverschrijdende juridische fusies tussen kapitaalvennootschappen te bewerkstelligen; het doel ervan is internationale samenwerking te bevorderen en het gebruik van rechtsvormen te vergemakkelijken. Uiterlijk 15 december 2007 moet het Nederlandse recht in overeenstemming zijn gebracht met deze richtlijn.

#### *Sevic-arrest*

Kort na inwerkingtreding van de bovengenoemde richtlijn heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen eind december 2005 in het zogenaamde “Sevic-arrest” de ontwikkeling van de grensoverschrijdende

juridische fusie een enorme boost gegeven. Hierin werd de volgende vraag beantwoord: “Mag een grensoverschrijdende juridische fusie door lidstaten worden belemmerd?” Het ging in dit arrest om een Luxemburgse vennootschap die opging in een Duitse vennootschap. De bevoegde Duitse autoriteit weigerde vervolgens de fusie in te schrijven, omdat de Duitse wet slechts voorziet in een fusie tussen twee Duitse vennootschappen. Het Hof van Justitie concludeerde dat de Duitse regelgeving in strijd met de vrijheid van vestiging was en stond de fusie toe, ondanks dat de Duitse wet daarin dus niet voorzorg. Omdat er in het Nederlandse recht ook geen mogelijkheid bestaat om grensoverschrijdend juridisch te fuseren, had deze uitspraak ook zijn weerslag in Nederland.

#### *Nederlandse jurisprudentie*

Begin 2007 volgde de kantonrechter van de rechtbank Amsterdam de “Sevic-uitspraak”. De feiten zijn als volgt: Een vennootschap was ingeschreven in het handelsregister. De Kamer van Koophandel merkte op dat die vennootschap opgehouden was te bestaan vanwege een juridische fusie met een Duitse vennootschap. De Kamer van Koophandel stelde dat de inschrijving van de fusie met de Duitse vennootschap onjuist was, omdat de Nederlandse wet niet voorziet in grensoverschrijdende juridische fusies. De kantonrechter stelde, in overeenstemming met het Sevic-arrest, dat dit in strijd is met het recht van vrijheid van vestiging en dat de Nederlandse wetgeving buitenlandse vennootschappen ongelijk behandelt, omdat de Nederlandse wet wel voorziet in nationale fusies, maar niet in grensoverschrijdende juridische fusies.

Een andere opmerkelijke uitspraak is van de rechtbank Rotterdam van dit

jaar. Minderheidsaandeelhouders van de vennootschap naar Luxemburgs recht Arcelor S.A. (“Arcelor”) probeerden met een kort geding de juridische fusie tussen de Rotterdamse Mittal Steel Company N.V. (“Mittal”) en het Luxemburgse ArcelorMittal S.A. (“ArcelorMittal”) te verhinderen, omdat zij daardoor benadeeld werden. De intentie was om een fusie tussen Arcelor en Mittal te bewerkstelligen in twee stappen. Eerst zou Mittal opgaan in haar 100% dochter ArcelorMittal en vervolgens zou ArcelorMittal opgaan in Arcelor. De rechter verwierp de stelling van de minderheidsaandeelhouders, omdat zij niet benadeeld werden en omdat de fusie tussen ArcelorMittal en Arcelor onderworpen is aan Luxemburgs recht. Het opmerkelijke van deze uitspraak is dat de rechtsvraag, of een dergelijke grensoverschrijdende fusie wel is toegestaan, niet eens aan de orde kwam. Kennelijk werd dit fenomeen toen al als geaccepteerd beschouwd.

### Wetsvoorstel

Sinds januari 2007 is het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn aangehangig bij de Tweede Kamer. Uiterlijk 15 december 2007 moet de richtlijn zijn geïmplementeerd door de Europese lidstaten. De rechters van het Hof van Justitie en de Nederlandse rechters, die de hierboven beschreven vonnissen hebben gewezen, zijn hierop vooruitgelopen, waardoor grensoverschrijdende juridische fusie voor u als ondernemer mogelijk is, ondanks dat de richtlijn nog niet is geïmplementeerd in het Nederlandse recht.

### Gevolgen ontwikkelingen

Een juridische fusie kent twee hoofdvormen, namelijk fusie door overname en fusie door oprichting van een

nieuwe rechtspersoon. Op grond van de huidige Nederlandse wet kunnen een vereniging, een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij, een stichting, een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap binnenslands - en dus niet grensoverschrijdend - juridisch fuseren. In beginsel kunnen rechtspersonen enkel fuseren met rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben.

In de jurisprudentie is uitgemaakt dat grensoverschrijdende juridische fusie mogelijk is. Het wetsvoorstel bepaalt dat in Nederland de grensoverschrijdende fusie open zal staan voor de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap en de Europese coöperatieve vennootschap die fuseert met een kapitaalvennootschap of coöperatieve vennootschap. De richtlijn en het wetsvoorstel staan fusies toe tussen naamloze vennootschappen onderling, waarbij de besloten vennootschap wordt gezien als hetzelfde type vennootschap als de naamloze vennootschap. Ook staat het wetsvoorstel fusies toe tussen coöperaties onderling, waarbij de Europese coöperatieve vennootschap wordt gelijkgesteld met coöperatieven elders, ingeval deze een kapitaalstructuur hebben. Grensoverschrijdende fusies van andere rechtsvormen, zoals de stichting en vereni-

ging, worden niet bestreken door de richtlijn en het wetsvoorstel.

Het gevolg van de ontwikkelingen is dat het onderstaande voorbeeld geval zich kan voordoen:

De heer Broerse houdt zich met zijn besloten vennootschap "Calcio Olandese" bezig met de verkoop van voetbalkleding. De heer Totti heeft dezelfde werkzaamheden met zijn Italiaanse società a responsabilità limitata (S.r.l.) "Azzurri". Op grond van de hierboven behandelde jurisprudentie en het wetsvoorstel is het in beginsel mogelijk dat deze vennootschappen fuseren door oprichting van een nieuwe vennootschap, bijvoorbeeld een nieuwe Nederlandse besloten vennootschap, een S.r.l. of zelfs een Engelse Limited.

Bij een juridische fusie gaan de vermogensbestanddelen van de verdwijnende vennootschap onder algemene titel over op de verkrijgende vennootschap. Dit houdt in dat het vermogen van de verdwijnende vennootschap op de verkrijgende vennootschap overgaat zonder dat overdracht van de afzonderlijke vermogensbestanddelen nodig is, zoals bij een bedrijfsfusie het geval is. Het grote voordeel van de ontwikkelingen voor ondernemers is daarom dat het eenvoudiger wordt om een grensoverschrijdende bedrijfscon-

centratie te bewerkstelligen. Het is niet meer nodig om de aandelen over te dragen (aandelenfusie) dan wel complexe activa-passiva transacties (bedrijfsfusie) uit te voeren om een bedrijfsconcentratie te realiseren.

## Conclusie

Ondanks dat het wetsvoorstel uiterlijk 15 december 2007 dient te zijn geïmplementeerd, is er in de Europese en Nederlandse rechtspraak al uitgemakt dat een juridische grensoverschrijdende fusie mogelijk is. Op korte termijn zal ook de Nederlandse wet daadwerkelijk voorzien in de mogelijkheid van grensoverschrijdende juridische fusies. Voor u als ondernemer is er hierdoor, naast de aandelenfusie en bedrijfsfusie, een extra wijze toegestaan om grensoverschrijdend te fuseren, die in die zin eenvoudiger is dat niet elk vermogensbestanddeel afzonderlijk dan wel de aandelen moet(en) worden overgedragen.

mr. W. (Wouter) Vermaas  
Advocaat bij CMS Derks Star  
Busmann N.V.  
E wouter.vermaas@cms-dsb.com

[www.fenedexpress.nl](http://www.fenedexpress.nl)  
Juridische aspecten bij export, fusies