

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

A. TIZZANO

van 7 juli 2005¹

I — Inleiding

1. Deze zaak betreft een door het Landgericht Koblenz (Duitsland) aan het Hof krachtens artikel 234 EG gestelde vraag over de uitlegging van de artikelen 43 EG en 48 EG.

2. In wezen wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of de nationale regeling, die zich verzet tegen de inschrijving in het Duitse handelsregister van een fusie tussen Duitse vennootschappen en vennootschappen gevestigd in andere lidstaten, in strijd is met het beginsel van de vrijheid van vestiging.

II — Rechtskader

Het relevante gemeenschapsrecht

3. Het hoofdgeding heeft voornamelijk betrekking op de verdragsregels betreffende de vrijheid van vestiging. Dienaangaande dient in de eerste plaats artikel 43 EG te worden genoemd, waarin, zoals bekend, de vrijheid van vestiging van communautaire onderdanen is verankerd, zowel in de vorm van een hoofdvestiging (tweede alinea) als in de vorm van een nevenvestiging (eerste alinea). Het bepaalt met name:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

¹ — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

4. Vervolgens dient te worden herinnerd aan artikel 48 EG, dat luidt als volgt:

„De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de gemeenschap hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen."

5. Artikel 46, eerste alinea, EG bepaalt evenwel:

„De voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen doen niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn."

6. Ten behoeve van de onderhavige zaak herinner ik bovendien aan de verdragsbepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer en inzonderheid artikel 56, lid 1, EG dat bepaalt:

„In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden."

7. Ten slotte herinner ik eraan dat de Commissie er al sinds jaren naar streeft een communautair rechtsinstrument op het gebied van grensoverschrijdende fusies in het leven te roepen, dat tegemoet komt aan de behoeften aan samenwerking en concentratie tussen de vennootschappen van verschillende lidstaten.

8. Op dit moment is evenwel het voorstel voor een richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen², ofschoon in een vergevorderd stadium³, nog niet definitief door het Parlement en de Raad aangenomen.

1. door fusie

[...]"

Het nationale recht

9. In Duitsland zijn fusies geregeld bij de nationale wet inzake de omzetting van vennootschappen (Umwandlungsgesetz; hierna: „UmwG”).⁴

11. § 2 van deze wet beschrijft vervolgens de verschillende soorten fusies met ontbinding van de vennootschap en zonder liquidatie, waaronder, voorzover hier van belang, de fusie bij wege van overname door de overdracht van het vermogen van één of meer rechtspersonen aan een andere bestaande rechtspersoon.

10. § 1, lid 1, van deze wet, die de omzettingshandelingen regelt, noemt uitsluitend de fusie van vennootschappen die hun zetel in Duitsland hebben, en wel in de volgende bewoordingen:

12. De overige bepalingen van de UmwG die specifiek betrekking hebben op de fusie door overname, stellen ten slotte bepaalde voorwaarden waaronder, voorzover hier van belang, de inschrijving van de handelingen in het handelsregister van de plaats waar de overnemende vennootschap is gevestigd (§ 19).

„Rechtspersonen met zetel op het nationale grondgebied kunnen worden omgezet

III — Feiten en procesverloop

2 — COM(2003) 703 def. Het beginsel dat aan dit voorstel ten grondslag ligt, is dat de lidstaten in hun eigen rechtsorde de mogelijkheid om tot grensoverschrijdende fusies over te gaan, erkennen.

3 — Op 10 mei 2005 heeft het Parlement namelijk in eerste lezing het voorstel voor de richtlijn goedgekeurd.

4 — BGBl. 1994, blz. 3210 (1995, 428), laatstelijk gewijzigd op 12 juni 2003.

13. SEVIC Systems AG (hierna: „SEVIC”), gevestigd in Neuwied (Duitsland), en Security Vision Concept SA (hierna: „SVC”), gevestigd te Luxemburg (Luxemburg), sloten in 2002 een fusieovereenkomst, die voorzag

in de ontbinding zonder liquidatie van SVC en de overdracht onder algemene titel van haar vermogen aan SEVIC.

in het Duitse handelsregister in te schrijven, op grond dat § 1, lid 1, punt 1, UmwG alleen betrekking heeft op een omzetting van rechtspersonen met zetel in Duitsland?"

14. Het Amtsgericht Neuwied heeft het verzoek om inschrijving van de fusie in het handelsregister van Duitse ondernemingen afgewezen op grond dat § 1, lid 1, UmwG alleen voorziet in fusies tussen vennootschappen met zetel in Duitsland. In het onderhavige geval betrof de fusie echter een Duitse vennootschap en een vennootschap naar Luxemburgs recht.

16. In deze procedure zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekster in het hoofdgeding, de Duitse regering, de Nederlandse regering en de Commissie.

17. Ter terechtzitting van 10 mei 2005 zijn SEVIC, de Duitse regering en de Commissie verschenen.

15. SEVIC is tegen deze beslissing in beroep gegaan bij het Landgericht Koblenz; laatstgenoemde rechterlijke instantie had twijfels omtrent de uitlegging van de artikelen 43 EG en 48 EG en heeft daarom besloten het bij haar aanhangige geding te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

IV — Juridische beoordeling

A — De toepasselijkheid van de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging op de onderhavige omstandigheden

„Moeten de artikelen 43 EG en 48 EG aldus worden uitgelegd dat het in strijd is met de vrijheid van vestiging van vennootschappen, wanneer het een buitenlandse Europese vennootschap niet is toegestaan om haar voorgenomen fusie met een Duitse vennootschap overeenkomstig de §§ 16 en volgende van het Umwandlungsgesetz (Duitse wet inzake de omzetting van vennootschappen)

18. Ik merk om te beginnen op dat de onderhavige nationale voorschriften, ofschoon zij alleen de fusies tussen in Duitsland gevestigde vennootschappen regelen, rechtstreeks van invloed zijn op de mogelijkheid internationale fusies tot stand te brengen. Zoals uit het onderhavige geval blijkt en ter terechtzitting door de Duitse

regering is bevestigd, wordt namelijk op grond van § 1, lid 1, UmwG — en juist omdat deze bepaling slechts betrekking heeft op „interne” fusies — in Duitsland de inschrijving in het handelsregister van de fusieovereenkomst tussen een vennootschap naar Duits recht en een vennootschap uit een andere lidstaat in het algemeen geweigerd⁵, zodat de transactie geen effect kan sorteren.

19. Dit vooropgesteld, wijs ik erop dat partijen het vóór alles oneens zijn over de vraag of de betrokken transactie wel als uitoefening van de vrijheid van vestiging kan worden gekwalificeerd. Alvorens zich derhalve af te vragen of de relevante Duitse voorschriften al dan niet verenigbaar zijn met de artikelen 43 EG en 48 EG, zoals de verwijzende rechter vraagt, dient te worden nagegaan of deze nationale regeling in de omstandigheden van het onderhavige geval binnen de werkingssfeer van de aangehaalde communautaire bepalingen valt.

20. De Duitse regering en de Nederlandse regering ontkennen dit, omdat volgens hen de betrokken fusie niet tot een „vestiging” in de zin van het Verdrag leidt.

21. Volgens de Duitse regering heeft dit begrip betrekking op de uitoefening door een natuurlijke of rechtspersoon van een economische activiteit in een andere lidstaat door middel van een duurzame aanwezigheid, die bij vennootschappen voortvloeit uit de vestiging in of de overplaatsing naar die staat van een hoofdvestiging (artikel 43, tweede alinea, EG) of de oprichting in die staat van een nevenvestiging (artikel 43, eerste alinea, EG).

22. Deze regering voegt hieraan toe, dat de Luxemburgse vennootschap (SVC) als gevolg van de fusie opgaat in de Duitse vennootschap (SEVIC) en aldus haar rechtspersoonlijkheid verliest. Aangezien een vennootschap die heeft opgehouden te bestaan zich niet in een andere lidstaat kan „vestigen”, noch met een hoofdvestiging noch met een nevenvestiging, moet hieruit volgens de Duitse regering worden afgeleid dat aan de voorwaarden voor toepassing van de artikelen 43 EG en 48 EG niet is voldaan.

23. Uitgaande van een soortgelijke redenering voegt de Nederlandse regering daaraan van haar kant toe, dat de ontbinding van een vennootschap rechtstreeks van invloed is op haar structuur en functioneren, aspecten dus die, zoals het Hof in het bekende arrest *Daily Mail* heeft erkend⁶, niet vallen onder de toepassing van het gemeenschapsrecht en

⁵ — In zijn beslissing wijst de verwijzende rechter er evenwel op dat enige Duitse rechters recentelijk de inschrijving van fusies van in Duitsland gevestigde vennootschappen met buitenlandse vennootschappen hebben aanvaard, ook al zijn deze rechters in de minderheid.

⁶ — Arrest van 27 september 1988, *Daily Mail en General Trust* (81/87, Jurispr. blz. 5483).

uitsluitend worden geregeld, evenals de nationaliteit van natuurlijke personen, door de nationale rechtsstelsels. De artikelen 43 EG en 48 EG kunnen derhalve niet aldus worden uitgelegd dat zij aan vennootschappen het recht verlenen op te houden te bestaan door deel te nemen aan grensoverschrijdende fusies.

de fusie, en met name bij de inschrijving daarvan, verdwijnt één van de twee partijen⁷; tot dat moment is dit evenwel niet het geval, want indien de fusie niet doorgaat, blijft de vennootschap die in de andere had moet opgaan, bestaan als autonome rechtspersoon.

24. Ik wijs er terstond op dat ik deze opvatting niet deel.

25. En wel in de eerste plaats omdat zij mijns inziens het resultaat is van een onlogische denkwijze, in die zin dat zij een gevolg van de fusie, te weten de ontbinding van de overgenomen vennootschap, als oorzaak aanmerkt voor de onmogelijkheid voor die vennootschap om te fuseren (terwijl zij nog niet heeft opgehouden te bestaan!) en derhalve als rechtvaardiging voor het inschrijvingsverbod, dat die fusie juist uitsluit.

26. In werkelijkheid is het echter zo, dat beide vennootschappen in alle stadia die aan de fusie voorafgaan en tot de inschrijving van die fusie bestaan en handelen als rechtspersonen die volledig bevoegd zijn om over de fusie in onderhandeling te treden en deze overeen te komen. Eerst bij de voltooiing van

27. De litigieuze nationale regeling treft derhalve rechtssubjecten die volledig rechtsbevoegd zijn; juist aan hen en aan hen alleen, ontnemt deze regeling de mogelijkheid om gebruik te maken van de vrijheid van vestiging. Derhalve kan men de niet-toepasselijkheid van de verdragsbepalingen op grensoverschrijdende fusies alleen rechtvaardigen met een beroep op de omstandigheid dat de overgenomen vennootschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, indien men oorzaak en gevolg met elkaar verwisselt.

28. Naar mijn mening doet echter het voorwerp zelf van de betrokken nationale regeling elke twijfel of zij binnen de werkingssfeer valt van de artikelen 43 EG en 48 EG, zoals deze in vaste communautaire rechtspraak zijn uitgelegd, verdwijnen.

7 — Dit is overigens uitdrukkelijk voorzien in § 20 UmwG.

29. Om het volle genot van de vrijheid van vestiging, opgevat in de zin van het kunnen „deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat”⁸, te waarborgen, heeft het Hof zoals bekend, niet alleen aan de toepassing van de artikelen 43 EG en 48 EG onderworpen die nationale voorschriften en praktijken die rechtstreeks en specifiek de uitoefening van de betrokken economische activiteit betreffen, maar eveneens alle „algemene bevoegdheden die nuttig zijn voor het verrichten van die werkzaamheden”.⁹

30. De werkingssfeer van het vestigingsrecht strekt zich derhalve uit tot alle maatregelen die de toegang tot een andere lidstaat en/of het uitoefenen van economische activiteiten in die staat mogelijk maken of zelfs alleen maar vergemakkelijken, door de betrokken marktdeelnemers toe te staan daadwerkelijk en onder dezelfde voorwaarden als nationale marktdeelnemers aan het economische verkeer van dat land deel te nemen.¹⁰

31. Bij het formuleren van deze beginselen heeft het Hof vrijwel altijd uitdrukkelijk verwezen naar het op 18 december 1961

door de Raad vastgestelde algemene programma voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging, volgens hetwelk „bepalingen en handelwijzen die alleen voor vreemdelingen de bevoegdheid om de rechten uit te oefenen die gewoonlijk aan het verrichten van een werkzaamheid anders dan in loondienst zijn verbonden, uitsluiten, beperken of aan bepaalde voorwaarden onderwerpen”, beperkingen zijn die moeten worden afgeschaft.¹¹ Het programma bevat een lijst van voorbeelden van dergelijke „bevoegdheden” en noemt, voorzover hier van belang, onder meer de bevoegdheid om „overeenkomsten te sluiten” en „roerende en onroerende goederen te verwerven, te gebruiken of te vervreemden”.

32. Kort samengevat: het recht van vestiging betreft niet alleen het recht naar een andere lidstaat te migreren teneinde aldaar een activiteit uit te oefenen, doch eveneens alle aspecten die met de uitoefening van deze activiteit en derhalve met de volledige uitoefening van de in het Verdrag verankerde vrijheid op enigerlei wijze, complementair en functioneel verband houden.

33. Het lijkt mij evident dat dit eveneens het geval is met de onderzochte nationale regeling. Zij betreft in feite aspecten die niet complementair maar zelfs essentieel zijn voor de activiteit van een marktdeelnemer, omdat deze voorschriften hem verbieden specifieke juridische overeenkomsten te sluiten (fusies) en met name nieuwe vennootschappen te verwerven/vervreemden of op te richten.

8 — Arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 25).

9 — Arresten van 14 januari 1988, Commissie/Italië (63/86, Jurispr. blz. 29, punt 14), en 30 mei 1989, Commissie/Griekenland (305/87, Jurispr. blz. 1461, punt 21).

10 — Zie inzonderheid reeds aangehaalde arresten Commissie/Italië, punten 14 en 16, en Commissie/Griekenland, punt 19; arresten van 1 juni 1999, Konle (C-302/97, Jurispr. blz. I-3099, punt 22); 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22), en 5 november 2002, Überseering (C-208/00, Jurispr. blz. I-9919, punt 93).

11 — PB 1962, 2, blz. 36.

34. Er is echter nog een ander aspect dat naar mijn mening rechtstreeks van belang kan zijn voor het onderhavige onderzoek, doch dat de interveniërende regeringen uit het oog hebben verloren doordat zij zich uitsluitend hebben geconcentreerd op de ontbinding van de overgenomen vennootschap.

uitoefening van de vestigingsvrijheid die eveneens in artikel 43 EG is voorzien, te weten de vestiging van een „neven“-vestiging in een lidstaat door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, dankzij de juist in deze bepaling voorziene mogelijkheid om „binnen de Gemeenschap meer dan één centrum van werkzaamheid in te richten en te behouden”.¹²

35. Ik doel op de omstandigheid dat de onderzochte fusie zowel betrekking kan hebben op een hoofdvestiging als op een nevenvestiging. De overname van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap (in casu de Luxemburgse vennootschap) sluit namelijk niet uit, dat de overnemende vennootschap (in casu de Duitse vennootschap) juist als gevolg van de fusie in de situatie kan verkeren dat zij met een vaste inrichting haar activiteiten uitoefent in de lidstaat waarin de overgenomen vennootschap haar zetel had, en derhalve in een andere lidstaat dan de hare, zodat zij zich daar vestigt, zij het slechts door middel van een nevenvestiging.

38. Het feit dat in dit geval de nevenvestiging zou worden gevormd door een entiteit zonder eigen rechtspersoonlijkheid kan niet tot een andere conclusie leiden. Artikel 43, eerste alinea, EG voorziet immers in de mogelijkheid het vestigingsrecht uit te oefenen door middel van entiteiten met rechtspersoonlijkheid (dochterondernemingen) en entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid (agentschappen en filialen).

36. In casu zou de overnemende vennootschap (SEVIC) inderdaad, zoals dit ter terechtzitting is bevestigd, krachtens de fusieovereenkomst in Luxemburg vermogensbestanddelen, personeel en productiemiddelen van de overgenomen vennootschap (SVC) hebben behouden en aldus de beschikking over een „tweede” (neven-)centrum van werkzaamheid in het buitenland hebben gekregen.

39. Uit de communautaire rechtspraak volgt anderzijds, dat de verwijzing in dit artikel naar „agentschappen, filialen of dochterondernemingen” moet worden opgevat als een indicatieve en geenszins uitputtende opsomming van voorbeelden van vestigingsvormen waarvan de vennootschap die haar activiteiten in een andere lidstaat uitoefent, kan gebruikmaken. Zo heeft het Hof erkend dat de vestigingsvoorschriften kunnen worden toegepast op bijvoorbeeld gevallen waarin de aanwezigheid van een vennootschap in een

37. In een dergelijk geval zou derhalve sprake zijn van een bijzondere vorm van

12 — Arrest van 12 juli 1984, Klopp (107/83, Jurispr. blz. 2971, punt 19).

andere lidstaat „niet de vorm heeft van een bijkantoor of een agentschap, maar enkel van een eenvoudig bureau, beheerd door eigen personeel van de onderneming of door een zelfstandig persoon die echter gemachtigd is duurzaam voor de onderneming op te treden zoals een agentschap zou doen”.¹³

40. Gelet op de zojuist aangehaalde rechtspraak, lijkt het bezwaar van de Duitse regering, dat de uitoefening van de vestigingsvrijheid noodzakelijkerwijs de oprichting van een nieuwe of bijkomende vestiging in het buitenland zou vereisen en derhalve niet zou kunnen geschieden door overname van een reeds bestaande vennootschap, zoals in casu, mij evenmin gegrond.

op de besluiten van de vennootschap verleent dat de betrokkene de activiteiten ervan kan bepalen”¹⁵, aan welk criterium per definitie altijd wordt voldaan wanneer een andere vennootschap wordt overgenomen, zoals in casu het geval is.

42. Gezien deze overwegingen ben ik derhalve van mening dat een nationale regelgeving als waarvan in het hoofdgeding sprake is, volledig binnen de werkingssfeer van de artikelen 43 EG en 48 EG valt.

B — Beoordeling van de betrokken nationale regeling

41. Zoals het Hof namelijk in de lijn van de hierboven aangehaalde rechtspraak heeft gepreciseerd, omvat het in artikel 43 EG vastgelegde recht „de vrije keuze van de passende rechtsvorm voor de uitoefening van een bedrijf in een andere lidstaat”.¹⁴ Deze activiteiten kunnen derhalve op zeer gevarieerde wijze worden uitgeoefend, zoals door middel van de verwerving van aandelen van een bestaande, in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, mits deze deelneming aan de verkrijger „een zodanige invloed

43. Na deze precisering kom ik thans tot de kern van de vraag: vormt de betrokken nationale maatregel een beperking van de vrijheid van vestiging door in alle gevallen de inschrijving in het Duitse handelsregister van fusies tussen in Duitsland en in andere lidstaten gevestigde vennootschappen te weigeren.

13 — Arrest van 4 december 1986, Commissie/Duitsland (205/84, Jurispr. blz. 3755, punt 21).

14 — Arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 43).

15 — Zie inzonderheid de reeds aangehaalde arresten Baars, punten 21 en 22, en Überseering, punt 77. Ik preciseer evenwel dat de verwerving van een deelneming in aandelen die niet tot een zodanige invloed leidt, daarom nog niet aan de werkingssfeer van de verdragsbepalingen ontkomt: zij blijft namelijk onderworpen aan de voorschriften inzake het vrije kapitaalverkeer.

44. Om te beginnen herinner ik eraan, dat op grond van de ruime definitie van de vrijheid van vestiging die, zoals wij hebben gezien (punten 24 tot en met 27, hiervoor), uit de communautaire rechtspraak blijkt, als beperkingen van deze vrijheid moeten worden beschouwd „alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken”.¹⁶ Nationale maatregelen kunnen derhalve onder dit verbod vallen, zodra zij op een ondernemer die van het vestigingsrecht gebruik wil maken alleen al een „afschrikkend effect” hebben.¹⁷

45. Dit is evenwel niet alles: uit deze rechtspraak blijkt ook dat artikel 43 EG zich niet beperkt tot het verbod op een lidstaat om de vestiging van buitenlandse ondernemers op zijn eigen grondgebied te beletten of te beperken, doch dat het zich er eveneens tegen verzet dat de lidstaat de vestiging van nationale ondernemers in een andere lidstaat bemoeilijkt.¹⁸ Anders gezegd, beperkingen

„bij binnenkomst” van het nationale grondgebied zijn evenzeer verboden als die „bij het verlaten” ervan.

46. Toegepast op het onderhavige geval lijkt het mij niet voor betwisting vatbaar, dat een regeling zoals in het hoofdgeding aan de orde is, op zijn minst geschikt is om zowel nationale als buitenlandse ondernemers ervan af te schrikken de vrijheid van vestiging uit te oefenen.

47. Een fusie vormt namelijk een buitengewoon efficiënt middel om vennootschappen om te zetten, omdat zij het in het kader van één enkele handeling mogelijk maakt een bepaalde activiteit in een nieuwe vorm en zonder onderbreking uit te oefenen, zodat de complicaties, vertragingen en kosten die gepaard gaan met alternatieve vormen van reorganisatie van vennootschappen — zoals die welke bijvoorbeeld de ontbinding van een vennootschap met liquidatie van het vermogen en de daaropvolgende oprichting van een nieuwe vennootschap, de overdracht van vermogensbestanddelen, de uitwisseling van eigendomstitels en dergelijke inhouden — aanmerkelijk geringer worden.

48. Welnu, geconstateerd moet worden dat SEVIC op grond van de litigieuze nationale regeling en uitsluitend daardoor, evenals alle vennootschappen naar Duits recht die zich in een soortgelijke situatie bevinden, de mogelijkheid verliest om te fuseren, enkel

16 — Zie laatstelijk arrest van 5 oktober 2004, *Caixa Bank France* (C-442/02, Jurispr. blz. I-8961, punt 11 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

17 — Zie bijvoorbeeld het reeds aangehaalde arrest *Daily Mail*, punt 16; arresten van 18 november 1999, *X en Y* (C-200/98, Jurispr. blz. I-8261, punt 26), en 11 maart 2004, *De Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punt 45).

18 — Zie inzonderheid de reeds aangehaalde arresten *Baars*, punt 28, en *De Lasteyrie du Saillant*, punt 42.

en alleen omdat zij een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap wil overnemen, welke mogelijkheid zij anders wél gehad zou hebben. Zij verliest daarmee in een geïntegreerde markt als de Europese, aanzienlijke en voor de hand liggende kansen, tenzij zij bereid is gebruik te maken van alternatieve middelen, die echter, zoals ik zojuist heb uiteengezet, niet dezelfde kenmerken en voordelen hebben.

Duitsland moeten oprichten, hetgeen, zoals het Hof al heeft gepreciseerd, „lijnrecht in [gaat] tegen de vrijheid van vestiging”.¹⁹

51. Op grond van bovenstaande overwegingen ben ik derhalve van mening, dat de Duitse regeling in bovenstaande zin een beperking van de vrijheid van vestiging vormt en derhalve in strijd is met de artikelen 43 EG en 48 EG.

49. Dit alles vormt duidelijk een „belemmering” die rechtstreeks van invloed is op de beslissing van Duitse ondernemingen om zich in andere lidstaten te vestigen of hun aanwezigheid aldaar uit te breiden, en daarmee op de uitoefening van de vrijheid die zij krachtens de artikelen 43 EG en 48 EG genieten.

C — De gestelde rechtvaardiging van de betrokken nationale regelgeving

52. Niettemin dient nog de vraag te worden beantwoord of de onverenigbaarheid van de betrokken nationale voorschriften niet wegvalt om redenen van algemeen belang, die, zoals wij hieronder zullen zien, ter rechtvaardiging daarvan kunnen worden aangevoerd.

50. De onderhavige regeling beperkt eveneens de mogelijkheden van vennootschappen die in andere lidstaten zijn gevestigd. Zij belet hen immers volledig om gebruik te maken van een toegangsmiddel tot de Duitse markt. Inzonderheid zou een buitenlandse vennootschap niet haar activiteiten in Duitsland kunnen uitoefenen door haar krachten te bundelen met één of meer Duitse vennootschappen door middel van overname van een bestaande vennootschap of de oprichting van een nieuwe vennootschap. Om dit resultaat te bereiken, zou zij vermoedelijk eerst een nieuwe vennootschap in

53. De Duitse regering, daarin ondersteund door de Nederlandse regering, betoogt namelijk dat Duitsland bij de huidige stand van zaken, zolang specifieke communautaire harmonisatiebepalingen ontbreken, grensoverschrijdende fusies niet kan erkennen wegens de tussen de lidstaten bestaande aanzienlijke verschillen in het vennoot-

¹⁹ — Arrest Überseering, reeds aangehaald, punt 81.

schapsrecht, waardoor deze transacties buitengewoon gecompliceerd zijn. Het thans onderzochte verbod wordt derhalve gerechtvaardigd door de noodzaak om in het kader van de handelstransacties een passend niveau van rechtszekerheid te verzekeren en om de belangen van werknemers, schuldeisers en minderheidsaandeelhouders in Duitse vennootschappen te beschermen.

54. Zelfs indien het Hof mocht beslissen dat de in § 1, lid 1, eerste alinea, UmwG bedoelde regel een beperking van de vrijheid van vestiging vormt, is deze beperking dus hoe dan ook geoorloofd, omdat zij beoogt te voldoen aan de eisen die volgens de twee interveniërende regeringen in de communautaire rechtspraak zijn erkend als eisen die dergelijke maatregelen rechtvaardigen.

55. In de eerste plaats herinner ik eraan, dat het gemeenschapsrecht ten aanzien van gerechtvaardigde uitzonderingen op de fundamentele vrijheden duidelijk onderscheid maakt tussen discriminerende en niet-discriminerende maatregelen. De eerste zijn in feite slechts aanvaardbaar wanneer zij onder een van de in het Verdrag uitdrukkelijk voorziene uitzonderingen kunnen vallen, dat wil zeggen, wat de vestigingsvrijheid betreft, artikel 46 EG. Daarentegen zijn maatregelen die zonder discriminatie van toepassing zijn op nationale onderdanen en onderdanen van andere lidstaten, slechts toegestaan indien zij

worden gerechtvaardigd uit hoofde van eventuele dwingende redenen en dan alleen nog wanneer zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.²⁰

56. Welnu, in het onderhavige geval moet worden vastgesteld, dat wij te maken hebben met een discriminerende bepaling. Zoals wij immers hebben gezien, maakt de onderzochte regeling duidelijk verschil tussen vennootschappen op grond van hun zetel, door fusies toe te staan indien de betrokken vennootschappen in Duitsland zijn gevestigd en deze daarentegen uit te sluiten indien één van hen in het buitenland is gevestigd.

57. In dergelijke gevallen komt derhalve alleen de uitzondering van artikel 46 EG in aanmerking, volgens welk artikel discriminerende maatregelen slechts kunnen worden gerechtvaardigd door redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Dit is echter niet alles: voorzover deze bepaling een uitzondering vormt op een fundamenteel verdragsbeginsel, moet zij restrictief worden uitgelegd, reden waarom het Hof de toepasselijkheid ervan heeft

20 — Zie inzonderheid arrest van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32); arrest Gebhard, reeds aangehaald, punt 37; arrest van 9 maart 1999, Centros (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 34), en arrest Caixa Bank, reeds aangehaald, punt 17.

onderworpen aan het bestaan van een „werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast”.²¹

58. Het lijkt mij evident, dat de eventuele coördinatieproblemen of het risico van verschillen tussen de diverse nationale regelingen van het vennootschapsrecht, die overigens op uiterst vage en algemene wijze door de Duitse en de Nederlandse autoriteiten zijn aangeroerd, niet een „bedreiging” van zodanige aard en omvang voor een van de genoemde „fundamentele belangen van de samenleving” kunnen vormen en daarmee binnen de werkingssfeer van artikel 46 EG kunnen vallen.

59. Maar zelfs wanneer men ervan zou willen uitgaan dat de litigieuze regeling niet discriminerend is, verandert dit uiteindelijk niets, omdat immers niet is voldaan aan de voorwaarden die in de hierboven besproken communautaire rechtspraak worden gesteld aan beperkingen die zonder onderscheid van toepassing zijn (punt 55, hiervoor).

60. Laat ik beginnen met het bestaan van dwingende redenen van algemeen belang. Vanuit die invalshoek zou men wellicht, zij het volstrekt hypothetisch, de redenen kunnen begrijpen waarom de staat van herkomst van de overgenomen vennootschap zich verzet tegen de verwezenlijking van de fusie om dwingende redenen van algemeen belang.²² Deze staat ziet zich immers gesteld voor het feit dat een vennootschap die tot zijn eigen rechtsorde behoort, als gevolg van de overname ervan door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, ophoudt te bestaan, zodat hij daarop niet meer rechtstreeks invloed kan uitoefenen.

61. Een dergelijk verzet van de kant van de staat waar de overnemende vennootschap is gevestigd, lijkt daarentegen moeilijker te rechtvaardigen, omdat de fusie niet van invloed is op de tussen die vennootschap en de rechtsorde van die staat bestaande band. In het onderhavige geval zou SEVIC immers ook na de voorgenomen fusie haar zetel in Duitsland handhaven, terwijl het Duitse recht op al haar activiteiten van toepassing zou blijven.

62. Maar zelfs wanneer men aan dergelijke overwegingen toch enig belang zou willen hechten, blijft het hoe dan ook twijfelachtig of de beweerde problemen van verenigbaarheid en coördinatie tussen de verschillende rechtsstelsels als dwingende redenen van algemeen belang kunnen worden beschouwd. Dit geldt met name wanneer

21 — Zie onder meer arresten van 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, Jurispr. blz. 1999, punt 35), en 26 november 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, Jurispr. blz. I-10981, punt 39).

22 — In casu blijkt uit het dossier dat het Groothertogdom Luxemburg geen bezwaar heeft gemaakt en de inschrijving van SVC in het nationale handelsregister heeft doorgehaald.

men in aanmerking neemt dat, zoals gebleken is, internationale fusies in verschillende nationale rechtsstelsels zijn toegestaan, zonder dat dit onoverkomelijke problemen schept, zulks in tegenstelling tot hetgeen de twee interveniërende regeringen lijken te betogen.²³

63. In ieder geval zou, zelfs wanneer men het argument van deze regeringen op dit punt aanvaardde (*quod non*), hoe dan ook nog moeten worden onderzocht of in het onderhavige geval aan de andere, hiervoor genoemde voorwaarden, te weten de noodzaak en de evenredigheid van de betrokken maatregel, is voldaan.

64. Zoals wij echter hebben gezien, formuleert deze maatregel een absoluut en automatisch verbod, dat derhalve algemeen en preventief van toepassing is op alle gevallen van grensoverschrijdende fusies, ongeacht de vaststelling van eventuele daaraan verbonden nadelen of risico's.

65. In zoverre lijkt het mij, inzonderheid in het licht van de rechtspraak van het Hof²⁴,

volstrekt evident dat deze maatregel veel verder gaat dan nodig is om de genoemde eventuele problemen op te lossen en dat hij derhalve geacht moet worden onevenredig te zijn in verhouding tot het te bereiken doel. Dit doel zou immers met minder restrictieve maatregelen kunnen worden bereikt, zoals de mogelijkheid om de inschrijving van geval tot geval te weigeren en alleen dan wanneer duidelijk sprake is van aantoonbare coördinatieproblemen tussen de betrokken rechtsstelsels, die ernstige risico's kunnen opleveren voor de rechtszekerheid of voor de bescherming van de belangen van werknemers, schuldeisers of minderheidsaandeelhouders van de betrokken vennootschappen.

66. Ik herhaal het nogmaals: een maatregel die een dergelijk absoluut en automatisch verbod impliceert, kan niet geacht worden evenredig te zijn.

67. Ten slotte is het evenmin mogelijk om ter rechtvaardiging van deze maatregel een beroep te doen op de omstandigheid, die nochtans door de interveniërende regeringen is aangevoerd, dat de communautaire richtlijn inzake grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen nog niet is aangenomen. Volgens deze regeringen is het

23 — Blijkbaar is het sluiten van dergelijke overeenkomsten bijvoorbeeld toegestaan in het Spaanse, Portugese, Italiaanse, Franse en Belgische recht, ook al gelden daarvoor verschillende voorwaarden.

24 — Zie, ter zake van de onevenredige aard van absolute en algemene verboden, bijvoorbeeld arresten van 30 april 1986, Commissie/Frankrijk (96/85, Jurispr. blz. 1475, punt 14); 16 juni 1992, Commissie/Luxemburg (C-351/90, Jurispr. blz. I-3945, punt 19); 26 september 2000, Commissie/België (C-478/98, Jurispr. blz. I-7587, punt 45), en 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk (C-334/02, Jurispr. blz. I-2229, punten 28 en 34).

namelijk bij gebreke van een communautaire harmonisatie niet mogelijk dergelijke transacties te verrichten.

68. Het is immers bekend, en eveneens in vaste rechtspraak van het Hof bevestigd, dat de uitoefening van de vrijheid van vestiging niet afhankelijk kan worden gemaakt van de totstandkoming van harmonisatierichtlijnen.²⁵ Deze richtlijnen leggen immers niet de grondslag van door het Verdrag gewaarborgde rechten vast, maar strekken uitsluitend ter vergemakkelijking van de uitoefening daarvan. Dit wordt overigens, wat het onderhavige geval in concreto betreft, bevestigd door de eerste overweging van de considerans van het reeds aangehaalde richtlijnvoorstel, volgens welke deze richtlijn erop is gericht „de verwezenlijking van grensoverschrijdende fusies te bevorderen”.²⁶ De stelling dat een voorafgaande communautaire harmonisatie noodzakelijk is, wordt hiermee dus weerlegd.

69. Samengevat ben ik van mening dat de hierboven door mij als wezenlijk aangemerkte voorwaarden voor de rechtvaardiging van een met het Verdrag onverenigbare nationale maatregel in casu niet zijn vervuld.

70. Ik leid hieruit af dat de betrokken nationale voorschriften derhalve niet gerechtvaardigd zijn, noch op grond van artikel 46 EG noch uit hoofde van de door de interveniërende regeringen aangevoerde dwingende vereisten. Deze voorschriften dienen daarom geacht te worden in strijd te zijn met de artikelen 43 EG en 48 EG.

D — *Het vrije kapitaalverkeer*

71. Ik wijs er ten slotte op dat de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt, dat de betrokken maatregel eveneens zou kunnen worden aangemerkt als een beperking van het vrije kapitaalverkeer, die in beginsel bij artikel 56 EG is verboden. De weigering grensoverschrijdende fusies in te schrijven zou namelijk een belemmering vormen voor het aan dergelijke transacties inherente kapitaalverkeer.

72. Ik wijs er om te beginnen op dat de verwijzende rechter niet aan het Hof heeft gevraagd zich bij prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 56 EG uit te laten.

Nochtans kan men zich afvragen of een antwoord op dit punt niet hoe dan ook noodzakelijk zou kunnen zijn. Zoals immers in de communautaire rechtspraak is gepreciseerd, kan het Hof „[t]eneinde de rechterlijke

25 — Zie met name arrest van 28 april 1977, Thieffry (71/76, Jurispr. blz. 765, punten 17 en 27); arrest Kraus, reeds aangehaald, punt 30, en arrest Überseering, reeds aangehaald, punt 55.

26 — Cursivering van mij.

instantie die een prejudiciële vraag heeft voorgelegd, een bruikbaar antwoord te geven, [...] bepalingen van het gemeenschapsrecht in aanmerking nemen, waarvan de nationale rechter in de formulering van zijn vraag geen melding heeft gemaakt”.²⁷

aanvaardde en constateerde dat in casu de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging niet zijn geschonden.

73. In casu lijkt mij evenwel de uitlegging van artikel 56 EG in beginsel niet werkelijk noodzakelijk voor de beslissing in het hoofdgeding. Aangezien ik namelijk al heb vastgesteld dat de betrokken maatregel een ongerechtvaardigde beperking van artikel 43 EG vormt, zou een onderzoek naar de verenigbaarheid ervan met artikel 56 EG strikt genomen overbodig zijn. Het is immers bekend dat het Hof, na te hebben vastgesteld dat sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging, het in beginsel niet nodig acht om te onderzoeken of een bepaalde maatregel eveneens in strijd is met de verdragsregels inzake het vrije kapitaalverkeer.²⁸

74. Niettemin zou dit bijkomend onderzoek in het onderhavige geval noodzakelijk kunnen zijn, indien het Hof de door de interveniërende regeringen voorgestelde oplossing

75. Voorzover dit echter het geval mocht zijn en indien dus werd overgegaan tot de beoordeling van de vragen vanuit de invalshoek van het vrije kapitaalverkeer, zou ik, evenals de Commissie, tot de conclusie komen dat de litigieuze nationale maatregel een ongeoorloofde beperking van deze vrijheid vormt.

76. Ik wijs er om te beginnen op dat fusietransacties, die „onlosmakelijk verbonden [zijn] met een kapitaalbeweging”²⁹, duidelijk binnen de werkingssfeer van artikel 56 EG vallen. Overeenkomstig punt 1, „Directe investeringen” van de nomenclatuur³⁰ in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag³¹, omvatten deze investeringen de „algehele verwerving van bestaande ondernemingen” (punt 1) en de „[d]eelname in nieuwe of

27 — Arresten van 20 maart 1986, Tisser (35/85, Jurispr. blz. 1207, punt 9); 27 maart 1990, Bagli Pennacchioti (C-315/88, Jurispr. blz. I-1323, punt 10), en 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 39).

28 — Zie bijvoorbeeld arresten van 28 april 1998, Safr (C-118/96, Jurispr. blz. I-1897, punt 35); X en Y (C-200/98, Jurispr. blz. I-8261, punt 30); arresten van 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 42); 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 75), en 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 66).

29 — Arrest van 16 maart 1999, Trummer en Mayer (C-222/97, Jurispr. blz. I-1661, punt 24).

30 — De communautaire rechtspraak heeft altijd naar de nomenclatuur verwezen om het begrip kapitaalverkeer te definiëren. Zie recentelijk, arrest Trummer en Mayer, reeds aangehaald, punt 21, en arrest van 6 juni 2000, Verkooijen (C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punt 27).

31 — PB L 178, blz. 5.

bestaande ondernemingen teneinde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven" (punt 2). Het moge dus duidelijk zijn, dat fusies „kapitaalbewegingen" zijn.

verkeer, door het gebruik te verbieden van een instrument dat het instrument bij uitstek voor de verwerving of de oprichting van vennootschappen in het buitenland is.

77. In de tweede plaats denk ik, wat de restrictieve aard van de betrokken maatregel betreft, dat mijn overwegingen aangaande de vrijheid van vestiging (punten 37 tot en met 43, hiervoor) *mutatis mutandis* gemakkelijk hierop kunnen worden toegepast. De betrokken regeling heeft immers op zijn minst een afschrikwekkende werking op het kapitaal-

78. Ten slotte ben ik op grond van dezelfde redenen als hiervoor aangegeven (punten 48 tot en met 59) van mening, dat aan de voorwaarden die volgens de rechtspraak een uitzondering op de uitoefening van een in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid kunnen rechtvaardigen, in casu niet is voldaan.

V — Conclusie

79. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de door het Landgericht Koblenz aan hem voorgelegde vraag te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 43 EG en 48 EG verzetten zich tegen een regeling van een lidstaat zoals de nationale wet inzake de omzetting van vennootschappen (*Umwandlungsgesetz*), die de inschrijving in het nationale handelsregister van fusies tussen in die staat gevestigde vennootschappen en in andere lidstaten gevestigde vennootschappen verbiedt.”