

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht



**Advies inzake het voorontwerp wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk
Wetboek in verband met de invoering van een regeling voor
grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen,
hierna: het "Voorontwerp".**

17 april 2014

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

het voorontwerp wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek
in verband met de invoering van een regeling
voor grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen,
hierna: het "Voorontwerp".

1. INLEIDING

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna "**GCV**") heeft kennis genomen van het Voorontwerp. Het Voorontwerp voorziet allereerst in een wijziging van de regeling voor werknemerszeggenschap in geval van inbound grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (in artikel 2:333k BW) naar aanleiding van het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 20 juni 2013 (Arrest C-635/11). Het Voorontwerp voorziet voorts in bepalingen omtrent omzetting in het algemeen. De huidige bepalingen omtrent nationale omzetting worden geconsolideerd in een nieuwe titel van boek 2 BW, Titel 2.7A. De regels betreffende nationale omzetting worden inhoudelijk niet gewijzigd. In het Voorontwerp is een onderverdeling gemaakt tussen Afdeling 2.7A.1 BW (Algemene bepaling omtrent omzetting) met daarin artikel 2:334jj BW en Afdeling 2.7A.2 BW (Bijzondere bepalingen voor omzetting van en in naamloze en besloten vennootschappen) met daarin de artikelen 2:334kk BW tot en met 2:334mm BW. Grensoverschrijdende omzetting zal geregeld worden in Afdeling 2.7A.3 BW (Bijzondere bepalingen voor grensoverschrijdende omzetting) met daarin de artikelen 2:334nn BW tot en met 2:334xx BW. Deze afdeling geldt met uitsluiting van de regelingen in de eerdere afdelingen (artikel 2:334nn lid 1 eerste volzin BW).¹

Dit advies van de GCV richt zich primair op Afdeling 2.7A.3 BW, doch er worden ook enkele opmerkingen gemaakt ten aanzien van Afdeling 2.7A.2 BW.

2. UITGANGSPUNTEN/OPZET VOORONTWERP

De GCV acht het voor de praktijk van groot belang dat er - vooruitlopend op de mogelijke invoering van een Veertiende Richtlijn op langere termijn - op korte termijn een wettelijke regeling wordt vastgesteld voor de grensoverschrijdende omzetting van in ieder geval BV's en NV's. Handelend vanuit een praktische benadering en een realistisch perspectief bestaat op korte termijn en primair de behoefte aan een wettelijke regeling voor de grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen. De GCV zou daarnaast toch willen bepleiten nu alvast een algemene bepaling op te nemen waardoor op eenvoudige wijze de regeling ook van toepassing wordt verklaard op verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen of stichtingen. De GCV heeft een eerste verkenning naar een dergelijke regeling uitgewerkt in de bijlage bij dit advies (**Bijlage**). Naar de mening van de GCV kan een dergelijke regeling zonder al te veel problemen worden ingevoerd en zou deze regeling ook flexibel kunnen worden gemaakt met behulp van een Annex waarin de gelijkwaardigheid van bepaalde buitenlandse rechtspersonen kan worden vastgesteld en welke bij AMvB van tijd tot tijd kan worden gewijzigd en aangevuld. Korthedshalve verwijst de GCV graag naar de Bijlage. Met de Commissie Vennootschapsrecht is de GCV van mening dat de vergroting van de grensoverschrijdende mobiliteit - waaronder begrepen de

¹ Dit advies is mede gebaseerd op eerdere publicaties en adviezen van onder ander een lid van de GCV ten aanzien van het pre-voorstel van de Commissie Vennootschapsrecht.

grensoverschrijdende omzetting - kan leiden tot de aantasting van de positie van de belanghebbenden bij de om te zetten rechtspersoon. De praktijk beroept zich meer en meer op de vrijheid van vestiging op basis van de uitspraken van het Hof van Justitie van de EG en probeert daarbij doorgaans wel min of meer de positie van de belanghebbenden met zelf ontworpen regelingen te beschermen, maar dat is zeker niet afdoende en daarmee staat de deur open voor mogelijk misbruik.

Gekozen uitgangspunten

Volgens de MvT (p. 3) is waar mogelijk de bestaande regeling voor de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van SE's als uitgangspunt genomen. Op sommige punten was aanvulling van deze regeling gewenst. In die gevallen is gekeken naar de regeling voor de grensoverschrijdende fusie (omdat die regeling ook voorzieningen treft voor het geval het recht van een ander land van toepassing wordt op een rechtspersoon, maar dan gekoppeld aan de rechtsfiguur van een fusie). Tegelijkertijd kan die regeling niet in alle gevallen tot voorbeeld dienen, omdat er een fundamenteel verschil is tussen een grensoverschrijdende omzetting waarbij sprake is van een vennootschap waarop een ander recht van toepassing wordt en een grensoverschrijdende fusie waarbij twee vennootschappen waarop verschillende rechtsstelsels van toepassing zijn, fuseren, waardoor het recht van een lidstaat van toepassing wordt op de gefuseerde rechtspersoon. Er is dan gekozen voor een alternatieve regeling. Volgens de GCV zijn deze uitgangspunten niet altijd even logisch toegepast.

De invoering van de voorgestelde regeling leidt ertoe dat wezenlijke verschillen zullen gaan ontstaan tussen bijvoorbeeld de bescherming van belanghebbenden bij (i) de grensoverschrijdende omzetting van een BV of NV, (ii) de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een Nederlandse SE en (iii) de outbound grensoverschrijdende fusie van een BV of NV en een Nederlandse SE. Zo zullen werknemers bij grensoverschrijdende omzetting respectievelijk fusie enige bescherming genieten op grond van artikel 2:334ss BW respectievelijk artikel 2:333k BW, terwijl hiervan bij de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een Nederlandse SE in principe geen sprake zal zijn (de focus van de bescherming van de werknemers ligt bij de SE primair bij de vorming van de SE). Minderheidsaandeelhouders zullen bij een grensoverschrijdende omzetting respectievelijk fusie kunnen uittreden, zij het op verschillende manieren. Bij omzetting kunnen zij hun aandelen overdragen aan de BV of NV, die de aandelen daarna zal houden, en bij fusie zullen hun aandelen van rechtswege vervallen. Ook de regelingen ten aanzien van de vaststelling van de schadeloosstelling zullen gaan verschillen. Minderheidsaandeelhouders kunnen bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een Nederlandse SE niet uittreden. Het voert te ver om in dit advies in te gaan op de andere verschillen, maar de GCV vraagt zich af of het ontstaan van dergelijke verschillen wel wenselijk is.

Op sommige onderdelen lijkt het Voorontwerp verder uit te gaan van reciprociteit oftewel: dat in de andere EU lidstaten ook al is voorzien in een wettelijke regeling ten aanzien van grensoverschrijdende omzetting, terwijl dit nog niet het geval behoeft te zijn.

Gewenste uitgangspunten

Het komt de GCV voor dat het beter zou zijn om ten aanzien van de procedure - overeenkomstig het onderzoek naar de juridische en economische effecten van de Veertiende Richtlijn de zogenoemde de European Added Value Assessment (EAVA) (en zoals vastgelegd in de European Added Value Assessment Note) - zoveel als mogelijk aansluiting te zoeken bij de procedure voor de zetelverplaatsing van een SE. Daarmee lijkt ook beter te kunnen worden geanticipeerd op de komst van een Veertiende Richtlijn.

3. ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

3.1 Artikel 2:334kk

Lid 3: Ter verduidelijking en gelijk aan de huidige wettekst wordt voorgesteld om de woorden "tot omzetting" te plaatsen achter het woord "besluit".

Lid 5: Het bedrag van de schadeloosstelling ziet zowel op lid 2 als lid 3 van dit artikel. Derhalve zouden de woorden "en derde lid" in de eerste zin van dit lid moeten worden toegevoegd achter de woorden "tweede lid".

3.2 Artikel 2:334mm

De GCV is van mening dat het logisch lijkt om voor wat betreft de termijn in de leden 1 en 3 aan te sluiten bij de termijn van zes maanden zoals opgenomen in de artikelen 94a en 94b. Derhalve stelt de GCV voor in de leden 1 en 3 de termijn van *vijf* maanden te wijzigen in zes maanden.

3.3 Artikel 2:334nn BW: reikwijdte van de wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting

Nederland en de EU

De regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting is primair van toepassing wanneer (i) een uitreizende NV of BV wordt omgezet in een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU en (ii) een inreizende kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU wordt omgezet in een NV of BV (artikel 2:334nn lid 1 sub a BW). De regeling is beperkt tot NV's en BV's en kapitaalvennootschappen. In de MvT is de motivering van deze beperking weergegeven. Hierdoor zou beter voorspelbaar zijn wat het rechtsgevolg is van een grensoverschrijdende omzetting omdat het recht ten aanzien van deze kapitaalvennootschappen door middel van Europese richtlijnen geharmoniseerd is (MvT p. 3.). Nadat ervaring is opgedaan met de regeling kan volgens de MvT worden gezien of de regeling kan worden uitgebreid naar andere landen, zoals Aruba, Curaçao en Sint Maarten, en/of de omzetting van vennootschappen en/of andere rechtspersonen uit andere landen in een Nederlandse NV/BV. De Nederlandse wetgever moet echter wel rekening houden met de vrijheid van vestiging. Deze heeft een ruime

reikwijdte en is van toepassing op een breed scala aan rechtsvormen (artikel 54 VWEU). Bovendien mag, op grond van de vrijheid van vestiging, zoals duidelijk is geworden in het Vale-arrest, de mogelijkheid tot omzetting niet worden voorbehouden aan nationale gevallen. Met andere woorden: de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt in het kader van omzetting, zoals bijvoorbeeld de omzetting van een BV in een vereniging, stichting en coöperatie moeten ook grensoverschrijdend kunnen worden toegepast. Dit geldt ook als daarvoor geen geharmoniseerde regels op nationaal of EU-niveau bestaan. Naar de mening van de GCV laat de wetgever wel een kans liggen indien niet ook nu al regels zouden worden opgenomen voor de grensoverschrijdende omzetting van andere rechtsvormen, maar beseft zij terdege dat dit de voortgang van het wetgevingsproces zou kunnen belemmeren en dat in de praktijk thans de grootste behoefte bestaat aan een regeling betreffende de grensoverschrijdende omzetting van en in een NV en BV. De GCV is er een voorstander van om nu al met behulp van een algemene flexibele toepassingsbepaling - zoals nader toegelicht en uitgewerkt in de Bijlage - rekening te houden met de ruimere reikwijdte van de vrijheid van vestiging, zonder daarbij de voortgang van het wetgevingsproces te belemmeren.

Nederland en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba

De mogelijkheid tot 'grensoverschrijdende' omzetting is ook opengesteld voor een NV en BV en een naamloze of besloten vennootschap naar het recht van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (artikel 2:334nn lid 1 sub b BW). Nu sinds 10 oktober 2010 Bonaire, Sint Eustatius en Saba geen deel meer uitmaken van de Nederlandse Antillen, maar openbare lichamen zijn van het land Nederland, is van een daadwerkelijke 'grensoverschrijdende' omzetting geen sprake. Het enige 'grensoverschrijdende' element hierbij is dat een dergelijke grensoverschrijdende omzetting een wijziging inhoudt van het op de vennootschap toepasselijke recht, nu de openbare lichamen ieder hun eigen Burgerlijk Wetboek hanteren en (nog) niet het Nederlandse Burgerlijk Wetboek.

Term kapitaalvennootschap

De omschrijving van de term "kapitaalvennootschap" zoals opgenomen onder a is gelijk aan de omschrijving zoals gebruikt in de fusiewetgeving. In de praktijk ontstaat nogal eens de discussie of een bepaalde buitenlandse rechtsvorm te kwalificeren is als een kapitaalvennootschap of niet. De GCV meent dat het voor de praktijk duidelijker is indien ook verwezen wordt naar de definitie van deze term zoals opgenomen in Richtlijn 2005/56/EG betreffende de grensoverschrijdende fusies.

3.4 Artikel 2:334oo BW: vennootschappen die niet grensoverschrijdend kunnen worden omgezet

Outbound

Het Voorontwerp bepaalt uitdrukkelijk dat bepaalde vennootschappen niet outbound grensoverschrijdend kunnen worden omgezet (artikel 2:334oo BW). Een NV of BV kan niet worden omgezet gedurende faillissement of surseance van betaling of indien zij een beklemd vermogen heeft als bedoeld in artikel 2:334jj lid 6 BW (thans: artikel 2:18 lid 6 BW) (zie artikel 2:334oo lid 1 BW). Een NV of BV kan volgens de toelichting een beklemd vermogen hebben wanneer een

stichting is omgezet in een NV of BV (huidig artikel 2:18 lid 6 BW). Het is de vraag of dit verbod ook zou moeten gelden indien de ontvangende lidstaat eenzelfde dan wel vergelijkbaar wettelijk vereiste geldt waardoor gewaarborgd wordt dat het vermogen gebonden blijft aan het oorspronkelijke doel waarvoor het gevormd was. Een ontbonden NV of BV mag bovendien niet worden omgezet, indien reeds uit hoofde van de vereffening een uitkering is gedaan (vergelijk artikel 2:310 BW).

Inbound

De inbound grensoverschrijdende omzetting in een NV of BV is uitgesloten wanneer ten aanzien van de rechtspersoon een insolventieprocedure is geopend in de zin van Verordening (EG) Nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures (artikel 2:334oo lid 2 BW). De reden voor deze beperking is dat voorkomen zou moeten worden dat met een grensoverschrijdende omzetting kan worden bewerkstelligd dat de correcte afwikkeling van een faillissement, surséance van betaling of ontbinding wordt belemmerd of bezwaard. Ook al blijkt dit niet duidelijk uit de MvT, waarin wel op p. 9 en 10 wordt aangegeven dat bij een inbound grensoverschrijdende omzetting niet hoeft te worden getoetst of er in het land van vertrek een met lid 1 van artikel 2:334oo BW vergelijkbaar voorschrift - bijvoorbeeld ten aanzien van een beklemd vermogen - geldt, is de GCV van mening dat ook ten aanzien van dit vereiste moet kunnen worden vertrouwd op de verklaring van de bevoegde autoriteit (indien aangewezen, zie hierna het commentaar ten aanzien van artikel 2:334ww lid 2 BW) dat aan alle voorwaarden voor de grensoverschrijdende omzetting is voldaan (artikel 2:334ww lid 2 onderdeel a BW).

3.5 Procedure

3.5.1 Artikel 2:334pp lid 1 en 2 BW: voorstel tot grensoverschrijdende omzetting

Bij een grensoverschrijdende omzetting van een NV of een BV in een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat moet door het bestuur van de vennootschap een voorstel tot grensoverschrijdende omzetting worden opgemaakt (artikel 2:334pp BW). Om geheel duidelijk te maken dat dit voorstel enkel opgemaakt hoeft te worden in geval van een outbound omzetting is het wellicht raadzaam om in de eerste zin te verwijzen naar het bestuur van de *naamloze* of *besloten* vennootschap. Het is dan meteen duidelijk dat het gehele artikel naamloze en besloten vennootschappen betreft.

Het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting vermeldt (i) de rechtsvorm, naam en statutaire zetel van de vennootschap na omzetting, (ii) de statuten van de vennootschap zoals die luiden na omzetting, (iii) indien van toepassing, een voorstel voor een regeling met betrekking tot medezeggenschap van werknemers als bedoeld in artikel 2:334ss BW en (iv) de prijs die de vennootschap zal betalen voor een aandeel bij toepassing van artikel 2:334uu BW, met een cijfermatige onderbouwing daarbij.

Dit artikel bevat geen bepaling omtrent de ondertekening van het voorstel zoals wel het geval is bij (grensoverschrijdende) fusie en splitsing (zie artikel 2:314 lid 2 BW en artikel 2:334f lid 2 BW

respectievelijk). Het lijkt logisch dat het voorstel tot omzetting wordt ondertekend door alle bestuurders van de om te zetten vennootschap en dat indien de handtekening van een of meer hunner ontbreekt, daarvan onder opgave van redenen melding wordt gemaakt.

Ten aanzien van de wijziging van de statuten van de vennootschap hoeft volgens de MvT (p. 11) geen apart besluit tot statutenwijziging te worden genomen zoals bij nationale omzetting wel het geval is (vgl. artikel 2:18 lid 2 onder b BW en het voorgestelde artikel 2:334jj lid 2 onder b BW). Doordat de aandeelhouders besluiten tot omzetting op basis van het voorstel daartoe (waarvan de statuten deel uitmaken) stemmen zij in met de wijziging van de statuten die kan geschieden nadat de omzetting van kracht is geworden. Dit laatste duidt er overigens op dat de statutenwijziging blijkbaar ook bij een outbound grensoverschrijdende omzetting eerst daarna kan plaatsvinden. Het is maar de vraag of dit wel in lijn is met de vereisten voor het van kracht worden van een dergelijke omzetting zoals deze gelden in de ontvangende lidstaat (vgl. artikel 2:334vv lid 2 BW). In een dergelijk geval kan het ook wellicht nog zo zijn dat de ontvangende lidstaat een expliciet besluit tot statutenwijziging vereist. Uit het Voorontwerp blijkt niet door wie de statuten wanneer zullen moeten worden gewijzigd (vgl. de enigszins bijzondere regeling bij de SE in artikel 8 lid 10 SE Verordening op grond waarvan bij een outbound zetelverplaatsing de statuten, die in overeenstemming zullen moeten zijn met het recht dat van toepassing zal worden in de ontvangende lidstaat, nog moet worden gewijzigd door de Nederlandse notaris).

De rol van de raad van commissarissen bij de procedure is niet - zoals bijvoorbeeld bij het voorstel tot fusie in artikel 2:312 lid 4 BW - aangegeven in het Voorontwerp.

Dit artikel bepaalt niet in welke taal het voorstel moet worden opgesteld. Op basis hiervan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het voorstel ook in een andere taal dan het Nederlands kan worden opgesteld, zoals in het Engels, Duits of Frans. Dit is met name van belang voor de tekst van de statuten na omzetting. Het concept hiervan zal zeker niet in de Nederlandse taal luiden. Om in de toekomst discussie te voorkomen, adviseert de GCV om aan lid 1 toe te voegen: "Het voorstel wordt volledig in de Nederlandse en/of Franse, Duitse of Engelse taal gesteld."

3.5.2 Artikel 2:334pp lid 3 BW: schriftelijke toelichting

Het bestuur van de om te zetten NV of BV moet een toelichting op het voorstel tot omzetting opstellen. In deze toelichting worden de verwachte gevolgen voor de werkzaamheden en een toelichting uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt uiteengezet (artikel 2:334pp lid 3 BW). Naar analogie met artikel 2:313 lid 4 BW kan de toelichting achterwege blijven indien de aandeelhouders van de om te zetten vennootschap daarmee instemmen.

Opmerkelijk is dat geen verplichting bestaat tot het geven van inlichtingen aan enig vennootschappelijk orgaan over na het voorstel tot omzetting gebleken belangrijke wijzigingen in de activa en passiva die de mededelingen in het voorstel tot omzetting of in de toelichting hebben beïnvloed, zoals wel bij fusie het geval is op basis van artikel 2:315 lid 1 BW. Volgens de MvT (p. 11) is dit niet nodig omdat de omvang van het vermogen door de omzetting niet wordt gewijzigd (vgl. artikel 2:315 BW). Deze laatste stelling is begrijpelijk maar valt niet helemaal goed te rijmen

met artikel 2:334qq BW waarin wordt gerept over de vermogenstoestand van de vennootschap die na omzetting minder waarborg zal (kunnen) bieden.

3.5.3 Artikel 2:334pp lid 4 en 5 BW: publicatie en openbaarmaking

Op een identieke wijze als bij (grensoverschrijdende) fusie wordt het voorstel tot omzetting neergelegd bij het handelsregister (artikel 2:334pp lid 4 BW) en - indien van toepassing - tezamen met de toelichting daarop neergelegd ten kantore van de vennootschap (artikel 2:334pp lid 5 BW). Ten aanzien van de aankondiging van de neerlegging is voor een afwijkende benadering ten opzichte van (grensoverschrijdende) fusie gekozen. De neerlegging van het voorstel tot omzetting bij het handelsregister wordt alleen aangekondigd in de Staatscourant. De aankondiging in een landelijk verspreid dagblad is niet vereist. Gesteld kan worden dat crediteuren minder in de gelegenheid worden gesteld kennis te kunnen nemen van de neerlegging.

Artikel 2:334pp lid 4 bepaalt dat in de Staatscourant het (specifieke) handelsregister moet worden opgegeven waar het voorstel ligt. Dit vereiste lijkt sinds de herstructurering van het handelsregister niet meer relevant nu er sindsdien sprake is van één handelsregister (Wet van 25 november 2013, houdende regels omtrent de Kamer van Koophandel (Wet op de Kamer van Koophandel), Stb. 2013/507).

Anders dan bij (grensoverschrijdende) fusie, liggen volgens lid 5 van artikel 2:334pp de stukken die bij de vennootschap moeten worden neergelegd ook ter inzage van crediteuren. De MvT vermeldt dat de bepalingen van lid 5 vergelijkbaar zijn met de bestaande regels voor (grensoverschrijdende) fusie. Echter, in de regeling voor (grensoverschrijdende) fusie hebben de crediteuren niet een zodanig recht. Het is de GCV niet duidelijk waarom ten aanzien van dit punt afgeweken is van de fusieregeling.

Op grond van artikel 2:329 BW hebben houders van met medewerking van een naamloze vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen, alsmede certificaathouders in een besloten vennootschap met vergaderrecht eveneens een inzagerecht als omschreven in artikel 2:314 lid 2 BW. Een vergelijkbare regeling is niet opgenomen ten aanzien van het inzage recht zoals opgenomen in artikel 2:334pp lid 5. De GCV pleit ervoor om een gelijke regeling op te nemen.

Het Voorontwerp voorziet niet in een bepaling omtrent de 'uiterste houdbaarheid' van een voorstel tot omzetting. Met andere woorden: er geldt geen termijn waarbinnen de grensoverschrijdende omzetting moet worden geïmplementeerd, zoals wel bij (grensoverschrijdende) fusie het geval is (artikel 2:318 lid 1 BW). Zo wordt het bijvoorbeeld straks mogelijk dat een voorstel tot omzetting in 2013 wordt aangekondigd, maar de omzetting pas in 2015 daadwerkelijk plaatsvindt. Uit de MvT blijkt dat de wetgever dit zich heeft gerealiseerd (MvT, p. 16). Een maximale termijn tussen de openbaarmaking van het voorstel en de daadwerkelijke omzetting lijkt volgens de wetgever niet nodig omdat er geen specifiek belang is dat met een dergelijke termijn wordt beschermd. De GCV vraagt zich af of dit nu wel zo is. Zo zal bijvoorbeeld de prijs die in het voorstel moet worden opgenomen met een cijfermatige onderbouwing op grond van artikel 2:334pp lid 2 sub d BW na een langere periode niet meer actueel genoeg zal kunnen blijken zijn en zal moeten worden aangepast.

Ook lijkt de kans op misbruik groter te worden indien een voorstel tot omzetting kan worden gedeponereerd en indien nodig na een paar jaar in verband met een overname of iets dergelijks van de plank kan worden gehaald.

3.6 Artikel 2:334qq BW: crediteurenbescherming

De NV of BV die tot een grensoverschrijdende omzetting wil overgaan, moet voor iedere schuldeiser die dit verlangt, zekerheid stellen of een andere waarborg geven voor de voldoening van zijn vordering die voor de omzetting is ontstaan of kan ontstaan. Dit geldt niet indien de schuldenaar voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de vennootschap na de omzetting niet minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan dan er voordien is (artikel 2:334qq lid 1 BW). De toevoeging 'kan ontstaan' kan enige onduidelijkheid met zich brengen. De GCV wijst er op dat bij het verzetsrecht van crediteuren bij fusie op basis van artikel 2:316 BW deze woorden bijvoorbeeld niet worden gebruikt.

Het is voorts volgens de GCV de vraag wanneer de vermogenstoestand van de vennootschap na een grensoverschrijdende omzetting minder waarborg zal gaan bieden dat een vordering zal worden voldaan. In principe blijft na een grensoverschrijdende omzetting het vermogen van een vennootschap immers hetzelfde en verandert niets aan de vermogenstoestand. De wetgever heeft dit ook erkend. Dit blijkt ook uit de MvT (vgl. p. 16 en 17 van de MvT). In de MvT is aangegeven dat crediteuren er wel rekening mee moeten houden dat *de vennootschap* – vanaf het moment dat zij is onderworpen aan een ander recht en afhankelijk van de mogelijkheden die dat recht biedt – veranderingen kan aanbrengen in de vermogenspositie van de vennootschap (MvT, p. 12). Dat de vennootschap zelf (willens en wetens) bedoelde wijzigingen kan aanbrengen in de vermogenspositie spreekt wel voor zich. Het lijkt de wetgever echter niet zozeer te gaan om de vermogenspositie van de vennootschap, maar meer om de mogelijke afbreuk/verminderde bescherming die het recht van de ontvangende lidstaat kan doen/geven aan de rechten van de crediteuren en in hoeverre op grond van dat recht het vermogen van de vennootschap al dan niet in stand moet worden gehouden. Naar de mening van de GCV biedt de voorgestelde regeling geen effectief verzetsrecht voor crediteuren. De regeling zou meer ruimte aan de rechter bieden indien in lid 1 de zinsnede "of de vermogenstoestand van de vennootschap voldoende zekerheid biedt" en in lid 2 de gehele tweede zin komen te vervallen. Deze opmerking is op gelijke wijze van toepassing op artikel 2:334ll lid 3 BW.

Voordat de rechter op het verzoekschrift beslist, kan hij de vennootschap in de gelegenheid stellen binnen een door hem bepaalde termijn een door hem omschreven waarborg te geven (artikel 2:334qq lid 3 BW). Het indienen van verzet werkt prohibitief: de notaris mag de verklaring als bedoeld in artikel 2:334vv BW eerst afgeven nadat het verzet is ingetrokken of opheffing van het verzet uitvoerbaar is (artikel 2:334qq lid 4 BW). In artikel 2:334qq lid 5 BW is bepaald dat, indien de omzetting al heeft plaatsgevonden, de rechter op een ingesteld rechtsmiddel een door hem omschreven waarborg kan bevelen en daaraan een dwangsom kan verbinden. Deze bepaling lijkt tegenstrijdig te zijn met artikel 2:334qq lid 4 BW, maar is waarschijnlijk opgenomen naar analogie met het verzetsrecht bij (grensoverschrijdende) fusie (artikel 2:316 lid 5 BW).

3.7 Artikel 2:334rr BW: verzetsrecht minister van Veiligheid en Justitie en DNB

Niet alleen de crediteuren, maar ook de minister van Veiligheid en Justitie en de Nederlandsche Bank N.V. (DNB) hebben het recht zich tegen de voorgenomen grensoverschrijdende omzetting te verzetten. Gedurende een termijn van twee maanden vanaf het moment van publicatie van de neerlegging van het voorstel tot omzetting kan de minister van Veiligheid en Justitie verzet aantekenen om redenen van algemeen belang door neerlegging van een verklaring bij het handelsregister (artikel 2:334rr lid 1 BW). Door het verzet van de minister heeft de grensoverschrijdende omzetting geen rechtsgevolg. De wet is onduidelijk wat dan wel de juridische situatie is. De GCV zou er aan hechten indien dit zou kunnen worden verduidelijkt.

De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) kan ook in verzet komen tegen de voorgenomen grensoverschrijdende omzetting indien de NV of BV is onderworpen aan het toezicht van DNB (artikel 2:334rr lid 2 BW). De termijn waarbinnen en de redenen op grond waarvan verzet kan worden aangetekend, zijn niet opgenomen in artikel 2:334rr lid 2 BW. Ook is – in tegenstelling tot hetgeen wel het geval is bij het verzetsrecht van de minister – niet bepaald dat de omzetting geen rechtsgevolg heeft, ook al heeft DNB verzet aangetekend. Dit is mogelijk het gevolg van een onjuiste verwijzing naar lid 1 van artikel 2:334rr BW. Deze verwijzing is te beperkt doordat slechts wordt verwezen naar de tweede zin van het eerste lid. Ook dit zou moeten worden verduidelijkt.

Voorts vraagt de GCV zich af of de verzetsmogelijkheid van DNB zoals opgenomen in artikel 2:334rr lid 2 BW wel nodig is nu DNB reeds verschillende bevoegdheden heeft via de toezichtwetgeving. Voor Nederlandse banken geldt namelijk dat er een verklaring van geen bezwaar van DNB nodig is om te mogen overgaan tot een vennootschappelijke of financiële reorganisatie (artikel 3:96 lid 1 sub f Wft). Een grensoverschrijdende omzetting valt ongetwijfeld in deze categorie. Voor verzekeraars en andere partijen die (ook) onder DNB toezicht staan (beleggingsondernemingen, beheerders van fondsen), geldt dit specifieke voorschrift niet. Niettemin, ook voor deze partijen geldt dat ze niet via een grensoverschrijdende omzetting onmerkbaar onder de toezichtwetgeving uit kunnen komen. Voor alle partijen gelden er meldingsplichten bij materiële wijzigingen ten opzichte van de informatie die ooit is aangeleverd om markttoegang te verkrijgen (bovendien zullen de vergunnings- en notificatieplichten onverkort gelden).

3.8 Artikel 2:334ss BW: bescherming vennootschapsrechtelijke medezeggenschap werknemers

De bescherming van de rechten van werknemers is geregeld in artikel 2:334ss BW. Het gaat hierbij om de bescherming van bestaande rechten van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. Wanneer een structuurvennootschap grensoverschrijdend wordt omgezet, kan dat in beginsel leiden tot verlies van de rechten van werknemers in geval het recht van de lidstaat van ontvangst niet of niet in dezelfde mate voorziet in vennootschapsrechtelijke medezeggenschap.

Om die reden bepaalt artikel 2:334tt BW dat, indien de om te zetten vennootschap voldoet aan de bepalingen van het structuurregime, een grensoverschrijdende omzetting niet mogelijk is. Dit is anders indien de voorgestelde statuten voorzien in een regeling met betrekking tot de medezeggenschap als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 onderdeel n Wet rol werknemers bij de Europese

vennootschap. De verwijzing naar artikel 1:1 lid 1 onderdeel n Wet rol werknemers bij de Europese *vennootschap* zal een kennelijke verschrijving zijn in het Voorontwerp. Bedoeld zal zijn te verwijzen naar artikel 1:1 lid 1 Wet rol werknemers bij Europese *rechtspersonen* en de aldaar opgenomen definitie van ‘medezeggenschap’.

Uit de (onjuiste) verwijzing naar de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (‘WRW’) valt niet op te maken dat, zoals bij grensoverschrijdende fusie, in principe werknemersmedezeggenschap na de omzetting niet op een ‘lager niveau’ mag plaatsvinden dan voor de omzetting – het zogenoemde ‘voor-na-beginsel’ –. Op basis van een letterlijke interpretatie van artikel 2:334ss BW lijkt het bestaan van *enige vorm* van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, neergelegd in de statuten zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de omzetting, voldoende om een structuurvennootschap grensoverschrijdend om te mogen zetten. Na de grensoverschrijdende omzetting is het overigens ook nog mogelijk dat in de lidstaat van ontvangst – voor zover toegestaan krachtens het recht van die lidstaat – de statuten van de vennootschap worden gewijzigd, waardoor de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in die vennootschap in het geheel zal verdwijnen. De wet biedt geen voorziening waardoor het bestaan van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap wordt gewaarborgd na het van kracht worden van de grensoverschrijdende omzetting. Het creëren van een dergelijke waarborg is ook zeer lastig, nu na het van kracht worden van een grensoverschrijdende omzetting de vennootschap niet meer wordt beheerst door Nederlands recht, maar door het recht van een andere lidstaat.

Naast de toepasselijkheid van het Nederlandse structuurregime, kan een NV of BV eveneens een andere vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kennen in geval (i) de NV of BV is opgetreden als verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap bij een grensoverschrijdende fusie, (ii) bij de totstandkoming van die grensoverschrijdende fusie is onderhandeld met een BOG en (iii) de resultaten van die onderhandelingen zijn neergelegd in de statuten van de verkrijgende NV of BV (artikel 2:333k lid 5 BW). De NV of BV kent dan vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, ook al zijn de regels van het structuurregime noch formeel, noch materieel van toepassing. Artikel 2:334ss BW ziet niet op dit geval. Als gevolg daarvan kan vennootschapsrechtelijke medezeggenschap verloren gaan bij een op een dergelijke fusie volgende outbound grensoverschrijdende omzetting. De GCV is van mening dat het de voorkeur verdient om ten aanzien van de bescherming van de vennootschappelijke medezeggenschap aansluiting te zoeken bij de bestaande regeling met betrekking tot grensoverschrijdende fusie (artikel 2:333k BW).

3.9 Artikel 2:334tt BW: besluitvorming

Voor het besluit tot grensoverschrijdende omzetting is een meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen vereist, die ten minste de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Het besluit kan pas worden genomen na verloop van twee maanden na de aankondiging van het voorstel tot omzetting in de Staatscourant (artikel 2:334tt lid 1 BW).

Een goedkeuring van houders van aandelen van een bepaalde soort – stemrechtloze en winstrechtloze aandelen daaronder begrepen – zoals bij (grensoverschrijdende) fusie en splitsing op basis van artikel 2:330 lid 1 BW en artikel 2:334ee lid 1 BW, is niet specifiek voorgeschreven bij

grensoverschrijdende omzetting. Niet geheel duidelijk is of artikel 2:231 lid 4 BW wel van toepassing is. Dit bepaalt namelijk dat een *besluit tot statutenwijziging* dat specifiek afbreuk doet aan enig recht van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding een goedkeurend besluit behoeft van deze groep van aandeelhouders, tenzij ten tijde van de toekenning van het recht de bevoegdheid tot wijziging bij die bepaling uitdrukkelijk was voorbehouden (onverminderd het vereiste van instemming waar dit uit de wet voortvloeit). Zoals hiervoor aangegeven heeft de wetgever het niet nodig gevonden om bij een grensoverschrijdende omzetting een besluit tot statutenwijziging te vereisen, doordat de aandeelhouders besluiten tot omzetting op basis van het voorstel daartoe (waarvan de statuten deel uitmaken). Echter, het valt de GCV op dat artikel 334tt lid 1 BW niet verwijst naar het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting. Derhalve stelt de GCV voor aan artikel 334tt lid 1 BW de volgende zin toe te voegen (gelijk aan de fusiewetgeving): "Het besluit mag niet afwijken van het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting."

Bij de procedure voor nationale omzetting is toepassing van artikel 2:231 lid 4 BW uitdrukkelijk uitgesloten in artikel 2:334kk lid 6 BW, maar bij de voorgestelde regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting is dat niet het geval. In artikel 2:334tt BW wordt niet gerept over artikel 2:231 lid 4 BW. Dit artikel zou volgens de GCV bij grensoverschrijdende omzetting wel toepassing moeten vinden. De goedkeuring van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding zou immers vereist moeten zijn voor de omzetting indien de statutenwijziging in het kader van de omzetting specifiek afbreuk doet aan enig recht van houders van die soorten aandelen. De GCV stelt voor om artikel 2:334tt BW op dit punt te verduidelijken en aan te sluiten bij de wetgeving voor de (grensoverschrijdende) fusie en splitsing.

3.10 Artikel 2:334uu BW: bescherming minderheidsaandeelhouders, uittreedrecht

In artikel 2:334uu BW is een regeling opgenomen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders. Iedere aandeelhouder die tegen een 'outbound' grensoverschrijdende omzetting heeft gestemd en iedere houder van stemrechtloze aandelen kan binnen een maand na het besluit tot omzetting aan de Ondernemingskamer ('OK') verzoeken te bepalen dat de vennootschap gehouden is tot overneming van zijn aandelen tegen de in artikel 2:334pp lid 2 sub d BW genoemde of een hogere prijs (zoals die door de OK wordt bepaald overeenkomstig artikel 2:334uu lid 2 BW). Dit uittreedrecht komt niet toe aan de aandeelhouders die zich van stemming hebben onthouden. Terzijde merkt de GCV op dat in lid 1 abusievelijk verwezen wordt naar artikel 2:334pp *lid 1* in plaats van artikel 2:334pp *lid 2*.

De GCV vraagt zich af of dit systeem, waarbij de vennootschap door de OK kan worden verplicht aandelen van de uittreedende aandeelhouders over te nemen, wel de voorkeur verdiend. Een NV of BV mag casu quo kan bijvoorbeeld in bepaalde gevallen de aandelen niet overnemen. Zo moet indien sprake is van een NV aan alle vereisten van artikel 2:98 BW worden voldaan. Zo mag het totale bedrag van de schadeloosstelling niet groter zijn dan het vrij uitkeerbare deel van het vermogen van de NV, zoals dit blijkt uit de laatst vastgestelde balans. Ook mag de NV geen eigen aandelen verkrijgen op grond van artikel 2:98 lid 3 BW indien haar jaarrekening niet tijdig is vastgesteld. Ten slotte kan verkrijging anders dan om niet door een NV slechts plaatsvinden indien en voor zover de algemene vergadering het bestuur daartoe heeft gemachtigd. Bij een BV kunnen

zich andere problemen voordoen. Zo kunnen de statuten van de BV de verkrijging door de BV van eigen aandelen uitsluiten of beperken op grond van artikel 2:207 lid 4 BW. Ook kan het bestuur van een BV in dit kader in een 'squeeze' terechtkomen omdat zij moet nagaan of de BV na de verkrijging als gevolg van de uittreding al dan niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (artikel 2:207 lid 3 BW). In verband hiermee zou eventueel nog wel kunnen worden bepaald (vgl. artikel 2:343 lid 1 BW ten aanzien van een vordering tot uittreding tegen de vennootschap in het kader van de geschillenregeling) dat 'met het vereiste van een machtiging als bedoeld in artikel 98 lid 4 of een daarmee vergelijkbaar statutair voorschrift dan wel een na het tijdstip van instellen van de vordering ten nadele van de eiser tot stand gebrachte wijziging van de statuten' geen rekening behoeft te worden gehouden en dat artikel 2:207 lid 3 BW niet van toepassing is bij een dergelijke verkrijging van aandelen. Dat voert wellicht te ver.

Daarnaast zou het ook kunnen voorkomen dat de omzetting reeds plaats heeft gevonden voordat de betrokken aandelen zijn overgenomen. Het zou derhalve kunnen voorkomen dat het nieuwe toepasselijke rechtsstelsel een zodanige overneming van eigen aandelen niet kent dan wel andere vereisten kent.

Een andere complicatie kan zich voordoen doordat de aandelen, nadat zij door de vennootschap zijn verkregen, niet van rechtswege komen te vervallen en tot in lengte der dagen kunnen worden gehouden door de vennootschap. Naar de mening van de GCV zou overwogen moeten worden te voorzien in een regeling als gevolg waarvan de betreffende aandelen van rechtswege komen te vervallen zoals bij de uittreding bij een outbound grensoverschrijdende fusie (artikel 2:333h lid 3 BW).

Ten aanzien van de vaststelling van de waarde van de over te nemen aandelen is in artikel 2:334uu lid 1 en lid 2 BW een regeling opgenomen. Uitgangspunt hierbij is de in het voorstel opgenomen prijs (artikel 2:334uu lid 1 BW). Indien partijen zich hier in kunnen vinden, zal deze prijs gelden. Indien een uittredende aandeelhouder echter van mening is dat zijn aandelen meer waard zijn, kan hij de OK verzoeken de prijs vast te stellen. De regeling die hiervoor in lid 2 is opgenomen lijkt enigszins op de regeling die is opgenomen in de geschillenregeling in artikel 2:339 BW. De OK kan bevelen dat één of drie deskundigen zullen berichten over de waarde van de over te nemen aandelen. De OK stelt dan vervolgens de prijs voor die aandelen vast aan de hand van de waarde op de dag waarop het besluit tot omzetting is genomen. Het is volgens de GCV logischer om ook ten aanzien van de waardering meer aansluiting te zoeken bij de systematiek die is opgenomen in eerder bedoelde uittreedregeling bij outbound grensoverschrijdende fusie van artikel 2:333h BW. Hierbij moet dan onder meer ook rekening worden gehouden met (eigen) regelingen die zijn opgenomen in de statuten of een overeenkomst met betrekking tot de vaststelling van de waarde van de aandelen of een schadeloosstelling (zie artikel 2:333h lid 2 BW). Bovendien zou dit de uniformiteit van de regelingen met betrekking tot grensoverschrijdende herstructureringen ten goede komen.

De peildatum voor de waardering is de dag waarop het besluit tot omzetting is genomen. Volgens de MvT heeft dit tot gevolg dat de tegenstemmende aandeelhouder en de houder van stemrechtloze aandelen niet worden geraakt door ontwikkelingen na die datum. Zeker indien er veel

tijd ligt tussen het besluit tot omzetting en de daadwerkelijke omzetting, hetgeen niet is uitgesloten omdat hiervoor ook geen maximale termijn is vastgesteld, kan het zo zijn dat gedurende die periode zich de situatie voordoet dat aandelen, die door de vennootschap moeten worden overgenomen, vervolgens worden overgedragen aan derden. Het is de vraag wat het gevolg is van een dergelijke overdracht. Blijft de verplichting tot overname door de vennootschap dan verbonden aan die aandelen als een 'kwalitatieve verplichting' of eindigt deze bij een dergelijke overdracht?

Voorts is onduidelijk wanneer de vennootschap de aandelen van de betreffende tegenstemmende aandeelhouders en houders van stemrechtloze aandelen moet overnemen. Het ligt het meest voor de hand dat die overname uiterlijk moet geschieden onmiddellijk voor het moment dat de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt. Anders zouden de aandeelhouders immers eerst aandeelhouder worden van een buitenlandse vennootschap (en zouden als gevolg daarvan voor de verkrijging van aandelen door die buitenlandse vennootschap andere vereisten kunnen gelden), hetgeen juist bij uittreding niet de bedoeling is.

Ten slotte kan de verklaring van de notaris ex artikel 2:334vv BW wel worden afgegeven, ook al is er al een verzoek tot uittreding gedaan. Vraag is wel hoe hier dan door de notaris mee moet worden omgegaan. Moet en kan hij hiervan melding maken in de verklaring? De verwijzing in de tweede zin van lid 5 van artikel 2:334uu BW naar het vijfde lid lijkt niet juist. Bedoeld zal zijn te verwijzen naar het vierde lid in plaats van naar het vijfde lid.

Op basis van de vorenstaande analyse en kritiek komt de GCV tot de conclusie dat aansluiting bij de uittreedregeling, die op grond van artikel 2:334h BW geldt bij een outbound grensoverschrijdende fusie, sterk de voorkeur verdient.

3.11 Artikel 2:334vv BW: vereisten van kracht worden *outbound* grensoverschrijdende omzetting

Bij een outbound grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV moet de (Nederlandse) notaris een attest afgeven dat vergelijkbaar is met het attest bij een grensoverschrijdende fusie waarbij een Nederlandse vennootschap verdwijnt (artikel 2:334vv lid 1 BW). In het attest verklaart de notaris dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die Titel 2.7A BW en de statuten vereisen voor de omzetting en dat voor het overige de daarvoor in deze afdeling gegeven voorschriften zijn nageleefd. Het attest mag niet eerder worden afgegeven dan een maand nadat het besluit tot omzetting van een NV of BV is genomen. Met inachtneming van artikel 2:334tt lid 1 BW betekent dit dat het attest op zijn vroegst kan worden afgegeven drie maanden na de aankondiging van de neerlegging van het voorstel tot omzetting. Op deze manier gaat de doorlooptijd van een grensoverschrijdende omzetting stevig uit de pas lopen met de doorlooptijd van een grensoverschrijdende fusie. De achterliggende gedachte van deze maand wachttijd is de GCV niet duidelijk.

Het Voorontwerp bevat geen bepalingen over de taal waarin het attest moet worden opgesteld. Op basis hiervan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het attest ook in een andere taal dan het Nederlands kan worden opgesteld, zoals in het Engels, Duits of Frans. Evenmin is een bepaling opgenomen over de wijze waarop de nieuwe statuten, zoals die zullen luiden na het van kracht

worden van de grensoverschrijdende omzetting, zullen worden vastgesteld, door welke autoriteit deze uiteindelijk zullen worden verleden (bijvoorbeeld een notaris of rechter) en de taal waarin de statuten zullen worden vastgesteld om te kunnen voldoen aan de eisen van het recht van de lidstaat van ontvangst. Het Voorontwerp zal naar onze mening op zijn minst duidelijk moeten maken wat hieromtrent is vereist krachtens het Nederlandse recht.

Een outbound grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV wordt van kracht op de wijze en de datum bepaald door het land waar de statutaire zetel wordt gevestigd (artikel 2:334vv lid 2 BW). De exclusieve aanknopng aan het recht van land waar de statutaire zetel wordt gevestigd lijkt niet juist. In sommige EU landen kent het betreffende recht geen statutaire zetel en/of is bijvoorbeeld slechts de feitelijke zetel bepalend (sieve reeel).

Op het van kracht worden van een outbound grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV bestaat een uitzondering: de omgezette vennootschap wordt met betrekking tot vóór de datum van de omzetting opgetreden geschillen geacht haar statutaire zetel te hebben in Nederland, zelfs indien een rechtsvordering tegen de vennootschap wordt ingeleid na de omzetting (artikel 2:334vv lid 4 BW). In de MvT is aangegeven dat het moet gaan om geschillen die zijn ontstaan voor de grensoverschrijdende omzetting (MvT, p. 17). De GCV vraagt zich af of hiermee gedoeld wordt op het ontstaan van het geschil dan wel op het ontstaan van de aanleiding of de grond voor het geschil casu quo van de oorzaak van het geschil. Enige verduidelijking in de MvT hieromtrent kan toekomstige vragen en issues voorkomen. De regeling is overigens identiek aan de regeling die ten aanzien van geschillen geldt bij de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een SE (vgl. artikel 8 lid 16 SE Verordening). Voorts vraagt de GCV zich af hoe hier IPR technisch naar gekeken moet worden. Wij begrijpen dat dit een procesrechtelijke vraag is. Echter, enige verduidelijking voor de praktijk hoe de Minister dit ziet wordt nodig geacht.

Het begrip geschillen behoeft in dit kader enige verduidelijking. Zo kan men zich afvragen of bijvoorbeeld een enquêteverzoek en een uitkoopprocedure na een openbaar bod hier ook onder kunnen vallen. Hetzelfde geldt voor geschillen op grond van het bepaalde in de artikelen 2: 14, 15 en 216 BW). Kunnen zodanige geschillen nog aanhangig worden gemaakt na omzetting indien het desbetreffende besluit voorafgaand aan de omzetting is genomen?

3.12 Artikel 2:334ww BW: vereisten van kracht worden *inbound* grensoverschrijdende omzetting

Bij de inbound grensoverschrijdende omzetting in een NV of BV is een notariële akte van omzetting vereist, die in de Nederlandse taal wordt verleden (artikel 2:334ww lid 1 BW). Hierbij zijn de artikelen 2:66 BW en 2:177 BW – ter zake van (i) het vereiste dat de akte van oprichting de statuten van de vennootschap moeten bevatten, (ii) de eisen aan de naam van de NV of BV en (iii) het vereiste dat de zetel in Nederland moet zijn gelegen – van overeenkomstige toepassing verklaard. Aan de akte van omzetting moet worden gehecht (i) een verklaring van een rechterlijke, administratieve of andere bevoegde instantie, daartoe aangewezen in de lidstaat van oorsprong, waaruit blijkt dat de aan de zetelverplaatsing voorafgaande handelingen en formaliteiten zijn vervuld en (ii) in geval van omzetting in een NV, een accountantsverklaring (artikel 2:334ww lid 2 sub a en b BW).

Dit artikel meldt niet met zoveel woorden dat de akte moet worden verleden voor een in Nederland standplaats hebbende notaris. Om discussie daarover te vermijden beveelt de GCV aan deze verwijzing op te nemen.

Ten aanzien van de onder (i) bedoelde verklaring wordt er in het Voorontwerp ten onrechte vanuit gegaan dat in de andere lidstaat steeds al een bevoegde instantie zal zijn aangewezen, terwijl dat nog niet zo hoeft te zijn. Met betrekking tot de vorenbedoelde accountantsverklaring kan nog worden afgevraagd of het bij een inbound grensoverschrijdende omzetting wel logisch is dat een Nederlandse accountant in dat geval een verklaring zal moeten afleggen met betrekking tot de dan nog niet Nederlandse vennootschap. Ook hier dient de termijn van *vijf* maanden gewijzigd te worden in een termijn van zes maanden. Volgens het Voorontwerp moet de verklaring van de accountant rekening houden met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal van de (dan nog) niet Nederlandse vennootschap dat – als dat er al is op grond van het toepasselijke recht – bijvoorbeeld veel lager zou kunnen zijn dan ons minimumkapitaal voor de NV van EUR 45.000,--. Dat lijkt ook niet de bedoeling te zijn.

Ten slotte is het duidelijker om in lid 3 achter het woord "akte" de woorden "van omzetting" te plaatsen.

3.14 Artikel 2:334xx BW: nietigheid of vernietiging

Dit artikel bepaalt dat een omzetting te nimmer kan worden vernietigd of nietig worden verklaard. Op basis van dit artikel kan gesteld worden dat indien de gehele in deze afdeling omschreven procedure niet gevolgd wordt doch wel in geval van een outbound omzetting besloten wordt tot een grensoverschrijdende omzetting en de noodzakelijk acties in het land waar naartoe omgezet wordt genomen worden, een zodanig omzetting geldig zou zijn.

In verband hiermee vraagt de GCV zich af wat de status van de omzetting is indien de betrokken andere lidstaat in geval van zowel een inbound als een outbound omzetting, wel gronden van vernietiging dan wel nietigheid kent en deze worden ingeroepen.

4. AANVULLEND COMMENTAAR/VARIA

4.1 Opnemen van een regeling in verband met zekerheden

Op aandelen in een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat kan een pandrecht of vruchtgebruik zijn gevestigd (of een ander vergelijkbaar zakelijk recht op grond van het op de vennootschap toepasselijke recht). Indien deze kapitaalvennootschap zich vervolgens grensoverschrijdend omzet in een NV of BV, kan het goederenrechtelijk regime met betrekking tot de aandelen van de vennootschap wijzigen. In een dergelijk geval is de vraag of de wijziging van het toepasselijke recht op het goederenrechtelijke regime invloed heeft op een reeds gevestigd pandrecht of vruchtgebruik op de aandelen. Afdeling 10.10.4 BW zwijgt daarover. Ook al zou een eenmaal gevestigd recht van vruchtgebruik of pandrecht op de aandelen blijven rusten na een grensoverschrijdende omzetting, dan kan het nog zo zijn dat die rechten niet kunnen worden

uitgeoefend op een wijze die verenigbaar is met de *lex societatis* van de vennootschap na de grensoverschrijdende omzetting. Het zal daarom – ter voorkoming van enig misverstand – bij een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap, waarvan de aandelen bezwaard zijn met een recht van vruchtgebruik of pandrecht, van belang kunnen zijn na de grensoverschrijdende omzetting een nieuw recht van vruchtgebruik of pandrecht te vestigen op die aandelen. De GCV zou het toejuichen indien dergelijke problemen zoveel als mogelijk zouden kunnen worden voorkomen en dat hiervoor een voorziening in de regeling kan worden opgenomen.

4.2 Opnemen van een regeling in verband met jaarrekeningverplichtingen

Een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat kan gedurende haar lopende boekjaar grensoverschrijdend worden omgezet in een NV of BV. In dat geval kunnen mogelijk vragen ontstaan met betrekking tot de vaststelling van de jaarrekening van de NV of BV na het afsluiten van het boekjaar waarin de omzetting heeft plaatsgevonden. Een accountant zou zich bijvoorbeeld kunnen afvragen of hij wat betreft de periode tot het van kracht worden van de omzetting rekening moet houden met de regelgeving en bijvoorbeeld de waarderingsmethoden die van toepassing waren in het land van vertrek. De GCV acht het van belang dat dergelijke problemen in de toekomst zoveel mogelijk worden voorkomen en dat ook hiervoor een voorziening in de wettelijke regeling zal worden opgenomen.

4.3 Certificering en een outbound omzetting

Ook een vennootschap waarvan de aandelen zijn gecertificeerd kan zich grensoverschrijdend omzetten. In een zodanig geval kunnen vragen ontstaan met betrekking tot de rechten van de certificaathouders. Wij menen dat gesteld kan worden dat de verhouding tussen het administratiekantoor en de certificaathouders middels de administratievoorwaarden niet wijzigt. Het betreft hier met name de rechten van de certificaathouders op basis van het Nederlandse recht en de statuten ten aanzien van de betrokken vennootschap. Het is maar de vraag of een certificaathouder met vergaderrechten dezelfde rechten overhoudt na de omzetting. De kans is groot dat het ontvangende rechtstelsel deze rechten niet erkent. Gedacht zou kunnen worden aan een via het administratiekantoor te effectueren uittreederrecht voor de betrokken certificaathouders. De GCV beseft echter dat certificaathouders in geval van een grensoverschrijdende fusie ook niet een zodanig recht hebben.

Den Haag, 17 april 2014

BIJLAGE

Een eerste verkenning naar een meer algemene regeling voor grensoverschrijdende omzetting

1 Reikwijdte

Artikel 2:334nn lid 1 (onderdeel a en b) van het Voorontwerp ("**Voorontwerp**") gaat uitsluitend uit van een grensoverschrijdende omzetting ("**GOM**") van een NV of BV in (i) een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie ("**EU**") of de Europese Economische Ruimte ("**EER**") of (ii) een NV of BV naar het recht van de openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint Eustatius en vice versa.

Artikel 2:334nn Voorontwerp voorziet slechts in een regeling ten behoeve van de GOM van kapitaalvennootschappen in vennootschappen met een gelijkwaardige of gelijkaardige rechtsvorm en niet in andere rechtsvormen, terwijl de Nederlandse nationale regeling daar wel in voorziet (vergelijk Afdeling 1 (artikel 2:334jj Voorontwerp) en Afdeling 2 (artikel 334kk t/m artikel 334mm Voorontwerp)).

De regeling van de nationale omzetting in ongelijkwaardige rechtsvormen staat in principe ook open voor grensoverschrijdende toepassing (zie het arrest van het Hof van Justitie van de EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., Zaak C-378/10). Het Voorontwerp zou - in lijn met de ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU en de nationale regeling - ook nog moeten voorzien in een regeling ten aanzien van de omzetting van en in andere rechtspersonen dan NV's en BV's en vennootschappen met een gelijkwaardige of gelijkaardige rechtsvorm: de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting.

Om dit te bereiken zou een nieuw onderdeel c en d aan artikel 2:334nn lid 1 Voorontwerp kunnen worden toegevoegd:

"c. een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting [- naar analogie met artikel 334jj -] wordt omgezet in een gelijkwaardige rechtsvorm naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte [zoals vermeld op Annex I] onderscheidenlijk indien een aan een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting gelijkwaardige rechtsvorm naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of Europese Economische Ruimte wordt omgezet in een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij of stichting."

"d. een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij of stichting [- naar analogie met artikel 334jj -] wordt omgezet in een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte of een andere rechtspersoon [zoals vermeld op Annex I, zie hierna onder 4.] onderscheidenlijk indien een kapitaalvennootschap of andere rechtspersoon naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte wordt omgezet in een vereniging, coöperatie vereniging of onderlinge waarborgmaatschappij of stichting."

2 Invloed op de regeling in het Voorontwerp t.a.v. een outbound GOM

Teneinde het aantal wijzigingen ten opzichte van het Voorontwerp in verband met de hiervoor onder 1 voorgestelde ruimere reikwijdte zo beperkt mogelijk te houden kan bijvoorbeeld de volgende aanpak worden gekozen, die hierna zal worden behandeld in 2.1. en 2.2.

2.1 Het Voorontwerp kan van overeenkomstige toepassing worden verklaard op andere rechtspersonen

De meeste regelingen uit het Voorontwerp die thans gelden voor de NV en BV kunnen grotendeels van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de andere Nederlandse rechtspersonen. Slechts op sommige plaatsen zal daarbij een nuance moeten worden gemaakt.

Dit zou bijvoorbeeld op de volgende wijze kunnen worden vormgegeven in een nieuw lid 3 van artikel 2:334nn Voorontwerp:

“Het hierna in de artt. 334oo t/m 334vv en 334xx BW bepaalde geldt mutatis mutandis ook voor de in onderdeel ((c. en d.)) bedoelde omzettingen, met dien verstande dat voor NV dan wel BV de desbetreffende andere Nederlandse rechtspersoon moet worden gelezen en dat in dat geval in plaats van: artikel 2:334pp lid 2 onderdeel d BW (prijs) geldt hetgeen ten aanzien van de schadeloosstelling is bepaald in artikel 2:334kk lid 2 en 5 BW.

Deze benadering kan worden gevolgd voor de meeste artikelen die bij een outbound GOM van toepassing zijn op grond van het Voorontwerp. Hierna volgt een korte bespreking van deze artikelen:

– Artikel 334oo Voorontwerp (verboden ten aanzien van omzetting)

Dit geldt allereerst voor de regeling in artikel 2:334oo Voorontwerp. Het verbod op de GOM van een vennootschap met een beklemd vermogen in artikel 2:334oo lid 1 Voorontwerp (dat wellicht ook in strijd is met de vrijheid van vestiging) kan komen te vervallen. Hiervoor kan het vereiste van een rechterlijke machtiging overeenkomstig de nationale regeling in de plaats komen. Zie hierna onder NB 2.

– Artikel 334pp Voorontwerp (voorstel en toelichting)

Voorts geldt dit ook voor de vereisten ten aanzien van het voorstel tot GOM en de toelichting op het voorstel tot GOM in artikel 2:334pp Voorontwerp. Onderdeel c. zal in voorkomende gevallen nog wel toepassing kunnen vinden (zie hierna ten aanzien van artikel 2:334ss Voorontwerp). Onderdeel d. zal niet van toepassing zijn indien er geen in aandelen verdeeld kapitaal is en een andere

uittreedregeling zal gelden. Voor 'aandeelhouders' zal in bepaalde gevallen 'leden' moeten worden gelezen. Zie 2.2 hierna.

– ***Artikel 334qq en artikel 334rr Voorontwerp (bescherming crediteuren en algemeen belang)***

Ook geldt dit ten aanzien van de crediteurenbescherming (verzetsregeling) in artikel 2:334qq Voorontwerp en de regeling ter bescherming van het algemeen belang in artikel 2:334rr Voorontwerp.

– ***Artikel 334ss Voorontwerp (medezeggenschap)***

De regeling met betrekking tot werknemerszeggenschap in artikel 2:334ss Voorontwerp zou ook van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard op de grote coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij in de zin van artikel 2:63a t/m 63j BW, maar niet ten aanzien van de stichting en de vereniging.

– ***Artikel 334vv Voorontwerp (attest, van kracht worden) en 334xx (uitsluiting vernietiging)***

De regelingen in artikel 2:334vv Voorontwerp en artikel 2:334xx Voorontwerp kunnen zonder problemen van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de andere rechtspersonen dan NV's en BV's.

2.2 Eigen specifieke afwijkende regeling

Voor sommige andere rechtspersonen zal ten aanzien van slechts enige onderdelen een eigen specifieke afwijkende regeling moeten worden ontworpen. Daarvoor kunnen echter onderdelen van de nationale omzettingsregeling goed als basis dienen. Deze onderdelen kunnen worden gespecificeerd in het Voorontwerp of kunnen van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Omdat de eerste benadering meer past in de gelaagde structuur van het Voorontwerp stellen wij voor deze te kiezen.

Dit zou op de volgende wijze kunnen worden bepaald.

1. Artikel 2:334tt Voorontwerp (vereiste meerderheid voor het besluit tot omzetting) wordt gewijzigd als volgt:

Artikel 2:334tt lid 2 Voorontwerp (nieuw) wordt ingevoerd en zal als volgt komen te luiden:

2. In afwijking van het bepaalde in 334tt lid 1 BW is voor een besluit tot omzetting van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij [en stichting] een meerderheid vereist van ten minste XXX [De voorgestelde regeling in artikel 334jj lid 2 sub a kan als basis dienen]

Artikel 334tt lid 2 (oud) wordt vernummerd tot artikel 334tt lid 3

2. Voor de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij geldt in plaats van artikel 2:334uu lid 1 t/m 5 Voorontwerp het volgende:

[Het huidige artikel 36 lid 4 BW in combinatie met elementen uit de voorgestelde regeling in 334kk t.a.v. een schadeloosstelling kunnen als basis dienen voor een eigen uittredingsregeling].

3. Voor de outbound GOM van een stichting zou nog kunnen worden bepaald dat bovendien rechterlijke machtiging is vereist.

3 Invloed op de regeling in het Voorontwerp t.a.v. een inbound GOM

Voor de inbound GOM van een andere buitenlandse rechtspersoon in een van de gelijkwaardige andere Nederlandse rechtspersonen kan de onder 2.1 bedoelde benadering worden gekozen en hetgeen bepaald is in artikel 2:334ww Voorontwerp van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

In aanvulling daarop moet nog wel een voorziening worden getroffen die waarborgt dat sprake is van een omzetting van een gelijkwaardige (andere) buitenlandse rechtspersoon in een bepaalde Nederlandse andere rechtspersoon. Dit zou kunnen worden gedaan door in die gevallen te vereisen dat de verklaring, zoals bedoeld in artikel 2:334ww lid 2 onderdeel a Voorontwerp, zich ook moet uitstrekken over die gelijkwaardigheid op basis van bepaalde relevante kenmerken (een leden - of kapitaalstructuur, al dan niet beperkte aansprakelijkheid van leden/stakeholders). Zie in dit kader ook de slotopmerkingen hierna onder 4.

4. Slotopmerkingen

Een van de kernvragen bij de voorgestelde uitbreiding is hoe kan worden gewaarborgd dat andere rechtspersonen binnen de EU goed kunnen worden getoetst op 'gelijkwaardigheid'. Ten aanzien van deze rechtspersonen is, in tegenstelling tot kapitaalvennootschappen binnen de EU, geen sprake van harmonisatie (zie: E. Schmieman, *'Contouren voor een wet inzake de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen'*, in: M.L. Lennarts e.a., *Europa! Europa? (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht')*, Deventer: Kluwer 2012, p. 104). Met name geldt dit ten aanzien van de coöperatie. In andere rechtsstelsels wordt de coöperatie gezien als een vennootschap in plaats van een rechtspersoon met een ledenstructuur en heeft de coöperatie geen wettelijke kapitaalstructuur, maar kent in plaats daarvan contributies of andere bijdragen en bijzondere aansprakelijkheden van haar leden.

De Nederlandse wetgever (een terzake ingestelde expertgroep zou dienaangaande kunnen adviseren) zou een Annex kunnen opstellen waarin de gelijkwaardigheid of gelijkaardigheid van bepaalde buitenlandse rechtspersonen kan worden vastgesteld en deze Annex zou dan bij AMvB van tijd tot tijd kunnen worden gewijzigd en aangevuld. Dit is een relatief kleine inspanning waarmee problemen en misbruik in de praktijk kunnen worden voorkomen, zoals bijvoorbeeld de

outbound GOM van een stichting op basis van de jurisprudentie in een (al dan niet) gelijkwaardige of vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm die uitkering wel toestaat/mogelijk maakt.

Ook zou in plaats van een dergelijke Annex kunnen worden gedacht aan een verklaring ten aanzien van de gelijkwaardigheid die moet worden afgegeven door een daartoe bevoegde autoriteit in de outbound-staat. Zie hiervoor onder 3.

Ook kan nog worden overwogen een grotere rol toe te kennen aan de rechter bij de GOM van bepaalde andere rechtspersonen. Voor een GOM van en in een stichting en van een kapitaalvennootschap in een vereniging zou in ieder geval een rechterlijke machtiging vereist moeten zijn naar analogie met artikel 2:334jj lid 4 Voorontwerp. De rechter zal deze machtiging ten aanzien van de GOM van een stichting bijvoorbeeld niet mogen onthouden indien in de inbound-staat gelijkwaardige beklemming van het vermogen is gewaarborgd.

Den Haag, 17 april 2014