

## Reactie consultatie Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen

### Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO)

Amsterdam, 17 april 2014

#### I Algemeen

Het voorliggende ontwerp voorziet in een regeling voor grensoverschrijdende omzetting. Uit rechtspraak van het Europese Hof van Justitie EU volgt dat grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen in de zin van art. 54 VWEU binnen de reikwijdte van het recht op vrije vestiging vallen. Hoewel dergelijke omzettingen in de praktijk op basis van die jurisprudentie reeds worden uitgevoerd, is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en de bescherming van belangen van de bij de rechtspersoon betrokkenen een wettelijke regeling wenselijk. Wij juichen het daarom toe dat hiertoe thans met dit voorontwerp het initiatief wordt genomen.

Het voorontwerp brengt voorts de verschillende, reeds bestaande bepalingen over omzetting samen in een nieuwe titel. Door de regeling omtrent omzetting en grensoverschrijdende omzetting in één titel samen te brengen, wordt de overzichtelijkheid en gebruiksvriendelijkheid van de regeling bevorderd. Dit is naar wij menen een goede keuze.

Juist omdat de regeling omtrent omzetting op systematische wijze bijeen wordt gebracht, springen enkele, voornamelijk niet goed verklaarbare verschillen in het oog. Naast tekstuele en technische kanttekeningen stellen wij hierna deze verschillen aan de orde, te samen met andere suggesties die naar wij menen de gebruiksvriendelijkheid en praktische uitvoerbaarheid van de regeling ten goede kunnen komen. Achtereenvolgens gaan wij in op Art. 2:333k BW, Art. 334kk lid 4, Art. 334kk lid 6, Art. 334nn lid 1, Art. 334nn lid 2, Art. 334oo, Art. 334pp, Art. 334qq, Art. 334rr, Art. 334ss, Art. 334tt, Art. 334uu, Art. 334vv, Art. 334ww, Art. 334xx en wij sluiten af met kanttekeningen betreffende (het ontbreken van) de fiscale begeleiding van grensoverschrijdende omzettingen.

#### II Artikelsgewijs

##### *Artikel 2:333k BW*

###### *(i) Verval van de vrijstelling bij toepassing van het structuurregime*

De gelegenheid tot het treffen van een regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting wordt benut om in art. 2:333k BW een wijziging aan te brengen naar aanleiding van het arrest van het Europese Hof van Justitie EU d.d. 20 juni 2013, C-635/11. De wijziging bestaat hieruit dat de vrijstelling van de verplichting om met werknemersvertegenwoordigers in onderhandeling te treden over medezeggenschap in de fusievennootschap indien de verkrijgende vennootschap de structuurregeling toepast, komt te vervallen. De Nederlandse wetgever is hiertoe gehouden na voornoemde uitspraak van het Europese Hof.

Met deze wijziging is evenwel niet gezegd dat de Richtlijn<sup>1</sup> op dit punt volledig is geïmplementeerd. De Richtlijn geeft namelijk als hoofdregel dat het nationale recht van de verkrijgende vennootschap de medezeggenschap bepaalt. In art. 16 lid 2 worden hierop enkele uitzonderingen geformuleerd, waarvan er twee in art. 2:333k BW niet zijn verwerkt. Dit betreft de uitzondering dat a) het recht dat op de verkrijgende vennootschap van toepassing is niet voorziet in ten minste hetzelfde niveau van

<sup>1</sup> Waar in dit document wordt gerefereerd aan de 'Richtlijn', is bedoeld op Richtlijn 2005/56/EG van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

werknemersmedezeggenschap dat van toepassing is in de betrokken fuserende vennootschappen, gemeten naar het werknemersaantal in het toezichthoudend of het bestuursorgaan, in de commissies van die organen of in het leidinggevende orgaan dat verantwoordelijk is voor de winstbepalende entiteiten van de vennootschap, en b) datzelfde recht niet voorschrijft dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben als de werknemers in de lidstaat waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft. Door de complexe structuur van art. 2:333k BW brengt een en ander mee dat niet in alle gevallen waarin art. 16 Richtlijn (bij volledige implementatie) vrijstelling zou verlenen, ook art. 2:333k BW vrijstelling verleent van de verplichting om in onderhandeling te treden. Indien in de andere lidstaat art. 16 Richtlijn wel volledig is geïmplementeerd, kan dit gemakkelijk tot spanningen leiden die de uitvoerbaarheid van de regeling niet ten goede komt.

Ten einde dit te voorkomen, bevelen wij aan om de reikwijdte van art. 2:333k BW in overeenstemming te brengen met art. 16 lid 2 van de Richtlijn. Dit in verband met het feit dat art. 2:333k BW van toepassing is zowel bij de grensoverschrijdende fusie waarbij een Nederlandse vennootschap verkrijgende vennootschap is, als bij die waarbij een buitenlandse vennootschap de verkrijgende vennootschap. Ook in het laatste geval is het wenselijk dat (ook) het Nederlandse recht een vrijstelling geeft van de verplichting om in onderhandeling te treden, waar art. 16 Richtlijn bij volledige implementatie die vrijstelling verleent.

In de huidige structuur van art. 2:333k BW zouden daartoe de bovengenoemde uitzonderingen moeten worden opgenomen in art. 2:333k lid 2 onder b in plaats van de verwijzing naar het structuurregime. Een alternatief is om de structuur van deze bepaling in overeenstemming te brengen met art. 16 Richtlijn.

***(ii) Herstel enkele andere hiaten***

Indien de gelegenheid te baat wordt genomen om art. 2:333k BW in overeenstemming te brengen met de Richtlijn, geven wij in overweging om de bepalingen uit de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (“WRW”) die in art. 2:333k lid 2 BW van toepassing worden verklaard, aan te vullen opdat deze bepaling op dit punt richtlijnconform is.

Zo zijn wij van mening dat in art. 2:333k lid 2 BW, ook art. 1:21 lid 2 sub b van toepassing moet worden verklaard. Dit gezien het voorschrift van art. 16 lid 3 onder e Richtlijn dat onder meer verwijst naar art. 7 lid 2 1<sup>e</sup> alinea onder b van de SE-richtlijn.<sup>2</sup> Deze bepaling luidt:

2. Bovendien zijn referentievoorschriften die overeenkomstig deel 3 van de bijlage bij de wetgeving van de lidstaat van inschrijving zijn vastgesteld slechts van toepassing:

a) (...);

b) in het geval van een SE opgericht door fusie:

- indien er vóór de inschrijving van de SE in een of meer van de deelnemende vennootschappen een of meer vormen van medezeggenschap van toepassing waren die ten minste 25 % van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestreken, of

- indien er vóór de inschrijving van de SE in een of meer van de deelnemende vennootschappen een of meer vormen van medezeggenschap van toepassing waren die

<sup>2</sup> Richtlijn 2001/86/EG van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, PbEG, van 10 november 2001, nr. L 294/22.

minder dan 25 % van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestreken en de bijzondere onderhandelingsgroep daartoe besluit;

De onder sub b, eerste alinea gegeven regeling is opgenomen in art. 1:21 lid 1 sub a WRW. De onder sub b, tweede alinea gegeven regeling is opgenomen in art. 1:21 lid 1 sub WRW. Beide elementen dienen volgens art. 16 lid 3 Richtlijn in de nationale regeling omtrent grensoverschrijdende fusies te worden geïmplementeerd.

Voorts dient ons inziens art. 1:30 WRW van overeenkomstige toepassing te worden verklaard. Dit houdt verband met art. 16 lid 3 sub a Richtlijn, dat bepaalt dat art. 3 lid 5 SE-Richtlijn van overeenkomstige toepassing moet worden verklaard in de nationale regeling omtrent grensoverschrijdende fusie. Deze bepaling heeft betrekking op de recht van de bijzondere onderhandelingsgroep om zich door deskundigen te laten bijstaan. Dit is geïmplementeerd in art. 1:30 WRW. Dit artikel moet daarom eveneens worden genoemd in art. 2:333k lid 2 BW.

***(iii) Beperking definitie medezeggenschap: strijd met het voor- en na beginsel***

De gelegenheid zou ook te baat kunnen worden genomen om een met het onderwerp verband houdende oneffenheid uit de regeling omtrent de rol van de werknemers weg te nemen.

Dit betreft dat in de definitie van medezeggenschap in art. 1:1 WRW, waarnaar wordt verwezen in art. 2:333k lid 1 BW, is bepaald dat medezeggenschap bij toepassing van het one tier model is beperkt tot non executives. De toepassing van de referentievoorschriften kan er evenwel toe nopen dat bij afwezigheid van een toezichthoudend orgaan, bij de buitenlandse vennootschap medezeggenschap bestaat ten aanzien van de uitvoerend bestuurders. De beperking van medezeggenschap tot non executives conflicteert dan met het voor-en na beginsel dat ten grondslag ligt aan de Richtlijn. De regeling zou ons inziens wel kunnen inhouden dat indien medezeggenschap tot stand komt op grond van de referentievoorschriften, de medezeggenschap bij toepassing van het one tier model is beperkt tot niet-uitvoerend bestuurders indien medezeggenschap bij de fuserende vennootschappen uitsluitend betrekking had op (i) leden van het toezichthoudend orgaan en/of (ii) bij toepassing van het one tier model, niet-uitvoerend bestuurders.

***Artikel 334kk lid 4***

Art. 334kk lid 4 bepaalt dat het voorstel tot omzetting het bedrag van de schadeloosstelling moet vermelden. Het bedrag van de schadeloosstelling wordt vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen. De bepaling is overgenomen van art. 2:181 lid 4 BW. Hieraan is evenwel een element toegevoegd, dat is ontleend aan art. 2:71 lid 3 BW, dat alleen geldt voor de NV en dat indien art. 334kk lid 4 ongewijzigd zou worden ingevoerd, ook (weer) zou gelden voor de BV.

Naar wij menen ligt deze keuze niet voor hand. De wetgever heeft er bij de invoering van de regeling tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht (de 'invoeringswet Flex-BV'),<sup>3</sup> voor gekozen de regelingen omtrent de schadeloosstelling bij omzetting, fusie en splitsing zoveel mogelijk te uniformeren.<sup>4</sup> In dat kader is ten aanzien van de BV juist de met art. 2:71 lid 3 BW corresponderende bepaling vervallen. Het lijkt dan niet voor de hand te liggen om deze bepaling weer te herintroduceren. Vanuit oogpunt van consistentie met de door de wetgever uitgezette lijn tot

<sup>3</sup> Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht).

<sup>4</sup> Zie *Kamerstukken II* (2011–2012), 32 426, nr. 25.

uniformering ligt het veeleer voor de hand dat de regeling die thans is opgenomen in art. 2:71 lid 3 BW niet terugkeert in de wet. Zie nader ons commentaar bij art. 334uu, hierna.

Met het oog op consistentie en praktische bruikbaarheid, bepleiten wij de bij de invoeringswet Flex-BV ingezette lijn te continueren.

### **Artikel 334kk lid 6**

De bepaling opgenomen in lid 6 correspondeert met het huidige art. 2:181 lid 5 BW. Het voorontwerp voorziet niet in wijziging van deze bepaling. De regeling stelt bij het voor een omzetting vereiste besluit tot statutenwijziging art. 2:231 lid 4 BW buiten werking. Deze regeling bepaalt 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 die aandeelhouders. Een en ander behoudens indien de bevoegdheid tot wijziging bij de toekenning van het recht uitdrukkelijk was voorbehouden.

Als reden voor het buiten toepassing verklaren van deze bepaling bij omzetting van een BV in een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting, is vermeld dat hiermee wordt voorkomen dat zowel bescherming tegen de in het besluit tot omzetting besloten liggende statutenwijziging wordt geboden, alsook een recht op uittreden met schadeloosstelling.<sup>5</sup> Bij de omzetting van een BV in een NV komt echter alleen aan de houders van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen het recht toe om schadeloosstelling te verzoeken. Hun aandelen vervallen dan bij het totstandkomen van de omzetting. De gedachte achter dit uittreedrecht is niet zozeer omdat sprake zou zijn van afbreuk van rechten, maar omdat de desbetreffende aandeelhouders mogelijk tegen hun zin stemrecht dan wel winstrecht zouden verkrijgen.<sup>6</sup> Een algemeen uittreedrecht bestaat niet bij de omzetting in een NV.

De regeling zoals opgenomen in art. 334kk lid 6 (thans art. 2:181 lid 5 BW ) brengt aldus mee dat bij de omzetting van een BV in een NV afbreuk kan worden gedaan aan rechten van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, welke afbreuk niet mogelijk zou zijn bij een reguliere statutenwijziging, althans niet zonder instemmend besluit van de desbetreffende aandeelhouders. De door de wetgever beoogde bescherming van minderheidsaandeelhouders kan aldus op oneigenlijke wijze worden gefrustreerd.

Wij geven in overweging deze bres te dichten. Dit kan in theorie op twee wijzen. De eerste is dat ook bij omzetting van een BV in een NV een algemeen uittreedrecht wordt toegekend. Deze maatregel gaat ons inziens echter verder dan noodzakelijk is. Het komt ons voor dat een beperktere aanpassing van art. 334kk lid 6 tot een beter resultaat leidt. Deze aanpassing zou kunnen zijn dat hierin wordt bepaald dat art. 2:231 lid 4 niet van toepassing is ten aanzien van een besluit tot statutenwijziging in het kader van een omzetting van de besloten vennootschap *in andere rechtsvorm dan een naamloze vennootschap*. Wij voegen hieraan toe dat het ons inziens gezien de strekking van de regeling voor de hand ligt om dan niet alleen art. 2:231 lid 4 BW buiten toepassing te verklaren, maar ook andere bepalingen die (verdergaande) bescherming bieden tegen een afbreuk van rechten bij statutenwijziging.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> *Kamerstukken I* (2011–2012), 31 058/32 426, C, p. 18.

<sup>6</sup> Zie *Kamerstukken II* (2011–2012), 32 426, nr. 25, p. 7..

<sup>7</sup> Genoemd kunnen worden de art. 2:216 lid 8, 2:226 lid 2, 2:228 leden 4 en 5, 2:242 lid 1, 2:252 lid 1 en 2:253 BW.

## **Artikel 334nn lid 1**

### **(i) Beperking tot kapitaalvennootschappen**

De regeling zoals opgenomen in het voorontwerp is voor wat betreft de Nederlandse rechtspersoonsvormen die zich grensoverschrijdend kunnen omzetten, beperkt tot de NV en de BV. De regeling sluit daarmee niet aan bij de ruimere mogelijkheden tot omzetting op grond van het Europese recht, dat omzetting toelaat van andere rechtspersoonsvormen die kwalificeren als vennootschap in de zin van art. 54 VWEU, zoals de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschap, maar ook de nijvere vereniging en stichting. De beperking van de reikwijdte van de regeling wordt aldus toegelicht dat de regelingen betreffende kapitaalvennootschappen in de Europese economische ruimte is geharmoniseerd zodat beter voorspelbaar is wat het rechtsgevolg van de omzetting in een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU/EER dan wanneer het de omzetting zou betreffen in bijvoorbeeld een vereniging naar het recht van een andere lidstaat. De belangen van de personen die bij de om te zetten rechtspersoon betrokken zijn, kunnen in de gekozen opzet beter veilig worden gesteld, aldus de toelichting.

Tegen deze benadering kan worden ingebracht dat het ontbreken van een wettelijke regeling er niet aan in de weg staat dat een grensoverschrijdende omzetting van een kapitaalvennootschap in bijvoorbeeld een vereniging indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, mogelijk is op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie EU. Door geen regeling voor een dergelijke omzetting te treffen, worden aldus gezien geen problemen opgelost of voorkomen. Hieraan kan worden toegevoegd dat door deze wijzen van omzetting niet in de regeling te betrekken, de wet voor deze omzettingen – anders dan voor de wel in de wet geregelde omzettingen - niet voorziet in bescherming van aandeelhouders, crediteuren, werknemersmedezeggenschap en de Staat, dit laatste in de vorm van het verzetsrecht ex art. 334rr. De bedoelingen met dit wetsvoorstel op het punt van de bescherming van bovengenoemde belangen, lijken met gekozen benadering niet optimaal te zijn gediend.

Wij geven daarom in overweging om de handschoen op te pakken en het toepassingsbereik van de regeling uit te breiden zodanig dat overeenkomstig de regeling voor omzettingen in de Nederlandse rechtssfeer, ook de andere grensoverschrijdende omzettingsvarianten zijn opgenomen.

### **(ii) Beperking tot EU/EER**

Met het oog op het bevorderen van het vestigingsklimaat bepleiten wij bovendien dat de geografische reikwijdte van de regeling niet wordt beperkt tot de EU/EER. Ook andere landen binnen de EU kennen de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting zonder geografische restricties.<sup>8</sup> Via deze landen kan een grensoverschrijdende omzetting vanuit of naar Nederland naar een land buiten de EU/EER worden uitgevoerd. Dat het vennootschapsrecht binnen de EU/EER tot op zekere hoogte is geharmoniseerd, achten wij geen doorslaggevend argument om aan de genoemde restrictie vast te houden. Harmonisatie leidt immers niet tot uniformering zodat er nog steeds belangrijke verschillen bestaan in nationale rechtsstelsels. Het gewenste inzicht in de rechtsgevolgen van de omzetting zal ook bij een omzetting binnen de EU/EER moeten worden verkregen uit het voorstel tot omzetting.

### **(iii) Het begrip kapitaalvennootschap**

In de toelichting is ten aanzien van het begrip kapitaalvennootschappen opgemerkt dat dit begrip ook wordt gehanteerd in art. 2:333b BW dat is opgenomen in de regeling voor grensoverschrijdende fusies en voorts dat het recht van de lidstaat waarnaar de statutaire zetel wordt verplaatst, bepaalt welke rechtsvormen in die lidstaat kwalificeren als kapitaalvennootschap. Wij merken hierbij op dat, nu art. 2:333b BW uitvoering geeft aan art. 2 Tiende Richtlijn, bij de toepassing van art. 2:333b BW de het

<sup>8</sup> Bijvoorbeeld Cyprus, Italië, Luxemburg, Spanje.

begrip kapitaalvennootschap moet worden uitgelegd in overeenstemming met art. 2 Tiende Richtlijn.<sup>9</sup> Laatstgenoemd artikel geeft de volgende definitie van het begrip kapitaalvennootschap:

*“Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:*

*1. "kapitaalvennootschap hierna vennootschap genoemd":*

*a) een vennootschap als bedoeld in art. 1 van Richtlijn 68/151/EEG van de Raad;*

*of*

*b) een vennootschap die rechtspersoonlijkheid bezit, een afgescheiden vermogen heeft dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken en die overeenkomstig de op haar van toepassing zijnde nationale wetgeving zich moet houden aan de waarborgen zoals bedoeld in Richtlijn 68/151/EEG om de belangen te beschermen van zowel de deelgerechtigden als derden.”*

Voor de goede orde zij vermeld dat Richtlijn 68/151/EEG inmiddels is vervangen door Richtlijn 2009/101/EG, PbEU L 258. Voor Richtlijn 68/151/EEG moet derhalve worden gelezen Richtlijn 2009/101/EG.

Het is wenselijk dat in de toelichting wordt verduidelijkt of wordt beoogd om voor de toepassing van art. 334nn hetzelfde begrip kapitaalvennootschap te hanteren als in art. 2:333b BW, of dat inderdaad het recht van de lidstaat waarnaar de zetel wordt verplaatst c.q. van waaruit de zetel wordt verplaatst naar Nederland, bepalend is voor de kwalificatie als kapitaalvennootschap in de zin van art. 334nn lid 1.

### **Artikel 334nn lid 2**

Het tweede lid van art. 334nn bepaalt dat de grensoverschrijdende omzetting als bedoeld in het eerste lid, het bestaan van de rechtspersoon niet beëindigt. Een bepaling van deze strekking is nodig nu door de aanhef van art. 334nn lid 1, onder meer art. 334jj lid 8 buiten toepassing wordt verklaard bij de grensoverschrijdende omzetting.

In de huidige formulering lijkt art. 334nn lid 2 evenwel te zien op zowel omzetting van een buitenlandse rechtspersoon in een Nederlandse kapitaalvennootschap (de zogenoemde ‘inbound omzetting’) als de situatie waarin een Nederlandse kapitaalvennootschap zich omzet in een buitenlandse vennootschapsvorm. Ten aanzien van deze laatste omzetting, de ‘outbound omzetting’, kan naar wij menen het Nederlandse recht niet bepalen dat de omzetting gepaard gaat met volstrekte juridische en economische continuïteit. Art. 344nn lid 2 kan slechts garanderen dat de om te zetten vennootschap tot het moment van de daadwerkelijke omzetting blijft bestaan als vennootschap naar Nederlands recht. Of van een daadwerkelijke juridische en economische continuïteit sprake is, wordt bij gebreke van Europese harmonisatie op dit punt, bepaald door het recht dat op de door de omzetting gevormde rechtspersoon van toepassing is. Deze kwestie is relevant omdat uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie blijkt dat er op dit punt verschillen kunnen bestaan tussen de lidstaten en dat soms een omzetting gepaard gaat met ontbinding van de zich omzettende vennootschap zonder in liquidatie te treden met (gelijktijdige) oprichting van een nieuwe vennootschap die geldt als

<sup>9</sup> Zie Losbladige Rechtspersonen, artikel 333b, aant. 1.1.2.

rechtsvoorganger van de omgezette vennootschap.<sup>10</sup> Het vermogen van de zich omzettende vennootschap gaat in dat geval onder algemene titel over op de nieuwe vennootschap.<sup>11</sup>

De in art. 334nn lid 2 BW opgenomen formulering zou mogelijk ook zo kunnen worden opgevat dat een omzetting als hierboven bedoeld niet – althans niet op basis van de regeling voor grensoverschrijdende omzetting – kan worden uitgevoerd. Dat de desbetreffende omzetting kan worden uitgevoerd op basis van het Europese recht, staat evenwel vast. Het is daarom weinig zinvol om de reikwijdte van de onderhavige regeling zodanig te beperken dat de grensoverschrijdende omzetting die gepaard gaat met ontbinding en overgang van vermogen buiten haar toepassingsbereik valt. Een argument om deze wijzen van omzetting binnen de reikwijdte te brengen van de voorliggende regeling is ons inziens dat de hierin voorziene bepalingen tot bescherming van (minderheids)aandeelhouders, werknemersmedezeggenschap en de Staat ook op deze omzettingen van toepassing zijn.

Wij bepleiten daarom om de regel die thans is opgenomen in art. 334nn lid 2 te beperken tot de inbound omzetting. Ten aanzien van de outbound omzetting geven wij in overweging om in de wettekst en/of toelichting tot uitdrukken te brengen dat bij de outbound omzetting de kwestie of het bestaan van de vennootschap al dan niet wordt beëindigd, wordt beheerst door recht van het land waarnaar de zetel wordt verplaatst. Voorts geven wij in overweging om tot uitdrukking te brengen dat een overgang van vermogen onder algemene titel waarin in het desbetreffende recht in geval van omzetting in een rechtsvorm naar het recht van dat land is voorzien, in Nederland wordt erkend.

### *Artikel 334oo*

In art. 334oo is bepaald dat een grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV niet is toegestaan indien de vennootschap een beklemd vermogen heeft als bedoeld in art. 334jj lid 6. Door deze bepaling wordt een bepaalde categorie vennootschap als zodanig afgesneden van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting. Naar wij menen moet worden betwijfeld of een dergelijke categorische uitsluiting in overeenstemming is met het recht op vrije vestiging. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie EU blijkt dat het Hof beperkingen van het recht op vrije vestiging wel toelaat maar dat deze beperkingen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken, het zogenoemde proportionaliteitsvereiste.<sup>12</sup>

Uit de bij art. 334oo gegeven toelichting blijkt dat de regeling is ingegeven door het feit dat de aan de rechter in art. 334jj gegeven rol bij een grensoverschrijdende omzetting niet kan worden gegarandeerd (p. 10). Evenmin is evenwel uitgesloten dat die rol in een concreet geval wel degelijk kan worden gegarandeerd. Vanuit oogpunt van proportionaliteit lijkt daarom een categorisch verbod op grensoverschrijdende omzetting discutabel. Het beoogde resultaat kan ook worden bereikt door te bepalen dat de grensoverschrijdende omzetting van een rechtspersoon die een beklemd vermogen heeft als bedoeld in art. 334jj lid 6, slechts kan geschieden met rechterlijke machtiging waarbij de rechter in het bijzonder dient te vast te stellen of de met art. 334jj lid 6 beoogde bescherming ook na de omzetting is gewaarborgd.

Bij dit alles tekenen wij aan dat de problematiek omtrent de bescherming van een beklemd vermogen niet alleen bij grensoverschrijdende omzetting maar ook bij grensoverschrijdende fusie aan de orde is. Ten einde adequate bescherming te bewerkstelligen, zou bij invoering van een regeling tot

<sup>10</sup> Zie HvJ EU 12 juli 2012, zaak C 378/10, ro. 30.

<sup>11</sup> Zie conclusie AG Jääskinen, nr. 71. Zie hierover W.J.M. van Veen, Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en –splitsing: theorie en praktijk, in: Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en –splitsing, ZIFO-reeks dl10, Kluwer 2013, p. 17 en 30.

<sup>12</sup> Vgl. o.m. HvJ EU 12 juli 2012, zaak C 378/10, ro. 39.

bescherming van het bekleemd vermogen bij grensoverschrijdende omzetting ook in de regeling omtrent grensoverschrijdende fusie moeten worden opgenomen.<sup>13</sup>

### *Artikel 334pp*

*Lid 2:* In art. 334pp lid 2 wordt bepaald welke onderwerpen ten minste in het omzettingsvoorstel moeten worden vermeld. Vooruitlopend op hetgeen hierna zal worden besproken bij art. 334uu, kan worden opgemerkt dat sub d is gebaseerd op een regeling waarbij de aandelen van een aandeelhouder die wenst uit te treden, worden ingekocht. Zoals hierna zal worden uitgewerkt ligt dit niet voor hand en zou veeleer aansluiting moeten worden gezocht bij de regeling in art. 334kk lid 5. De regeling zou dan aldus komen te luiden: “Het voorstel tot omzetting vermeldt het bedrag van de schadeloosstelling als bedoeld in [art. 334uu], vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen].

Wij geven voorts in overweging om voor te schrijven dat in het voorstel tot omzetting het voor de omzetting voorziene tijdschema wordt opgenomen. Zie ook art. 8 lid 2 SE-verordening. Dit tijdschema dient de te volgen procedure te vermelden en de daarmee naar verwachting gemoeide tijd ten einde de omzetting te voltooien. Mogelijk bestaat de wens om de omzetting van de vervulling van een voorwaarde of tijdsbepaling afhankelijk te stellen. Vanzelfsprekend kan niet ten aanzien van elke stap in de procedure exact worden aangegeven hoeveel tijd hiermee zal zijn gemoeid - denk aan de mogelijkheid van verzet door crediteuren of indien medewerking van een autoriteit is vereist - maar wel kan de hiermee verwachte tijd worden vermeld alsmede termijn waarop de vervolgstap zal worden ingezet. In dit opzicht is het tijdschema bepalend voor het tempo waarmee de omzetting wordt uitgevoerd. Het ligt in de rede dat de algemene vergadering - en niet het bestuur - dient te besluiten over het tempo waarmee de voor de omzetting vereiste handelingen achtereenvolgens worden uitgevoerd. Dit wordt bewerkstelligd door het tijdschema in het voorstel tot omzetting op te nemen.

*Lid 3:* De formulering van de vereisten die gelden voor de toelichting is beperkt tot de verwachte gevolgen voor de werkzaamheden en een toelichting uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt. In dit verband rijst de vraag of niet specifiek zou moeten worden voorgeschreven wat de gevolgen zijn van de omzetting voor aandeelhouders en schuldeisers van de vennootschap (vgl. art. 8 lid 3 SE-Verordening).

*Lid 4:* Ingevolge lid 4 van art. 334pp, behoeft de deponering van de omzettingsdocumentatie genoemd in het vierde lid, slechts te worden aangekondigd in de Staatscourant. Gebruikelijk is evenwel dat de aankondiging dient te geschieden in een landelijk verspreid dagblad. Ook bij de grensoverschrijdende zetelverplaatsing op grond van de SE verordening is aankondiging in een landelijk verspreid dagblad vereist (art. 3 Uitvoeringswet). Bij de grensoverschrijdende fusie is daarnaast publicatie in het Staatscourant voorgeschreven. Dit omdat de Tiende Richtlijn niet toeliet dat aankondiging op andere wijze - in Nederland is thans aankondiging via de website van de Kamer van Koophandel gebruikelijk - toeliet.<sup>14</sup>

Men zou derhalve vanuit oogpunt van consistentie verwachten dat art. 334pp (ook) de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad zou voorschrijven bij een grensoverschrijdende omzetting. De regeling voorziet hierin vooralsnog niet. Nu de wet ook bij grensoverschrijdende fusies daarnaast aankondiging in de Staatscourant voorschrijft, komt het ons verdedigbaar voor dit ook bij grensoverschrijdende omzettingen voor te schrijven.

<sup>13</sup> Hierover ook P.C.S. van der Bijl, Vennootschapsrechtelijke wetgeving op het gebied van grensoverschrijdende herstructureringen; wenselijke ontwikkelingen, in: Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing, ZIFO-reeks dl10, Kluwer 2013, p. 65-66.

<sup>14</sup> Zie Losbladige Rechtspersonen, art. 333e (*Van Veen*), aant. 1 en daar vermelde literatuur.



### **Artikel 334qq**

De in dit artikel gegeven verzet termijn stemt overeen met de verzetstermijn bij zetelverplaatsing op grond van de SE/SCE-verordening maar wijkt overigens af van de in Boek 2 BW bij (grensoverschrijdende) fusie en splitsing gebruikelijke verzetstermijn van één maand. Vanuit oogpunt van consistentie van de regelingen binnen Boek 2 BW geven wij in overweging de termijn in art. 334qq te bekorten tot één maand.

### **Artikel 334rr**

Art. 334rr voorziet in een verzetsrecht voor de Minister van Veiligheid en Justitie. De vraag komt op of het niet beter zou zijn te verwijzen naar de Onze Minister van Justitie, aangezien dit de meer gebruikelijke aanduiding is (zie ook art. 5 lid 1 Uitvoeringswet SE Verordening). In overeenstemming met ons commentaar bij art. 334qq geven wij in overweging de verzettermijn te bekorten tot één maand.

Voorts merken wij op dat een regeling betreffende het verzetsrecht van de Staat ontbreekt in de regeling voor grensoverschrijdende fusies. Daar waar de grensoverschrijdende fusie een alternatief is voor de grensoverschrijdende omzetting, kan het verzetsrecht worden vermeden door te opteren voor een grensoverschrijdende fusie. De vraag rijst daarom of de regeling effectief zal blijken te zijn indien niet ook in de regeling voor de grensoverschrijdende fusie in een verzetsrecht wordt voorzien.

### **Artikel 334ss**

Blijkens de toelichting dient art. 334ss ertoe om bij grensoverschrijdende omzetting van een structuurvennootschap te bewerkstelligen dat de door Nederlandse werknemers verworven medezeggenschap zoveel mogelijk behouden blijft. In de tekst van de onderhavige bepaling wordt hiertoe verwezen naar de in art. 1:1 lid 1 onderdeel n Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap. Terzijde mag wellicht worden opgemerkt dat de juiste aanduiding van die wet is Wet rol werknemers bij Europese *rechtspersonen*, hierna verder aangeduid als ‘WRW’.

Belangrijker is dat de verwijzing naar de definitie van het begrip medezeggenschap in art. 1:1 lid 1 WRW, geen garantie biedt dat de verworven medezeggenschap zoveel mogelijk behouden blijft. Het genoemde artikel definieert immers alleen welke vormen van invloed op de samenstelling van het bestuur dan wel raad van commissarissen onder het begrip medezeggenschap vallen. Zij geeft geen voorschriften ter zake van welke vorm van medezeggenschap moet worden toegepast noch ten aanzien van het aantal bestuurders of commissarissen waarop de regeling moet zien.

Indien in het kader van de onderhavige regeling wordt beoogd dat de bestaande medezeggenschap zoveel mogelijk behouden blijft, leidt aansluiting bij systematiek van de referentievoorschriften betreffende medezeggenschap die onderdeel uitmaken van de WRW naar wij menen tot een beter resultaat. Een punt van aandacht hierbij is of de medezeggenschapsrechten beperkt zouden moeten blijven tot de in Nederland werkzame werknemers. Aansluiting bij de systematiek van de WRW zou wijzen in de richting dat alle in de EER werkzame werknemers worden betrokken in de medezeggenschapsregeling. De regeling lijkt op dit punt nadere overweging te behoeven.

De verwijzing naar de bepalingen uit het structuurregime in de onderhavige bepaling, komt ons te beperkt voor. Het is correct dat de betrokkenheid van de werknemersvertegenwoordiging bij de benoeming van commissarissen kwalificeert als medezeggenschap in de zin van art. 1:1 WRW. Anderzijds is niet ondenkbaar dat er andere vormen van medezeggenschap bestaan, bijvoorbeeld omdat een andersoortige medezeggenschapsregeling met toepassing van de WRW in een Nederlandse

NV of BV van toepassing is geworden. Het lijkt raadzaam om met deze mogelijkheid in de formulering van de onderhavige bepaling rekening te houden.

In de toelichting is voorts vermeld dat indien de desbetreffende medezeggenschapsregeling niet statutair kan worden vormgegeven na omzetting, de omzetting geen doorgang kan vinden. In de toelichting wordt niet ingegaan op de kwestie dat het recht van het land waarnaar de zetel wordt verplaatst een dergelijke regeling niet toelaat. Leidt de voorgestelde regeling er in deze gevallen toe dat de omzetting geen doorgang kan vinden? Nadere toelichting op dit punt is ons inziens wenselijk.

Een hiermee verband houdend punt is dat het ontwerp geen rekening lijkt te houden met de mogelijkheid dat bij een inbound omzetting bij de in een Nederlandse rechtsvorm om te zetten vennootschap medezeggenschapsregelingen van toepassing zijn. Uit het voorontwerp en daarbij behorende toelichting blijkt onvoldoende of is beoogd dat in dat geval de omzetting zonder behoud van medezeggenschap kan worden uitgevoerd. Indien het land van oorsprong dit als voorwaarde voor uitvoering van de omzetting stelt, leidt een bevestigend antwoord van de hier gestelde vraag ertoe dat de omzetting in voorkomende gevallen geen doorgang kan vinden. Meer duidelijkheid op dit punt is ons inziens wenselijk.

Naar wij menen verdient het aanbeveling om te bezien of de regeling niet zou moeten inhouden dat in het geval van een inbound omzetting van een vennootschap waarin regels van medezeggenschap van toepassing zijn, de desbetreffende medezeggenschapsregeling behouden blijven. Dit uitgangspunt ligt ook aan de WRW ten grondslag. In dit verband is van belang dat - evenals in art. 2:333k BW - tot uitdrukking wordt gebracht dat de medezeggenschapsregeling in de statuten kan worden vastgelegd, ook indien het Nederlandse recht een dergelijke regeling niet kent.

### **Artikel 334tt**

Art. 334tt bepaalt dat een besluit tot grensoverschrijdende omzetting wordt genomen met een meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste de helft van het geplaatste kapitaal. Voor het besluit tot grensoverschrijdende omzetting is evenals bij besluiten tot (grensoverschrijdende) fusie en splitsing - maar anders dan bij de gewone omzetting - geen separaat besluit tot statutenwijziging nodig. De statuten maken onderdeel uit van het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting en worden daarom met het nemen van het besluit tot omzetting vastgesteld, aldus de voorgestelde regeling.

Gezien het feit dat dezelfde methode wordt gebruikt als bij de (grensoverschrijdende) fusie en splitsing, komt de vraag op waarom ten aanzien van het besluit tot grensoverschrijdende omzetting niet dezelfde regel omtrent het besluit tot grensoverschrijdende fusie (en splitsing) wordt voorgeschreven. Voor een afwijkende regeling zijn ons inziens geen doorslaggevende argumenten. De regeling voor een besluit tot grensoverschrijdende fusie is enerzijds flexibeler doordat de eis van tweederde meerderheid slechts geldt indien minder dan de helft van het kapitaal ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is. Anderzijds voorziet de regeling in een betere bescherming van (minderheids-) aandeelhouders dan het voorgestelde art. 334tt. Bij ongewijzigde handhaving van art. 334tt zou zich de onwenselijke situatie kunnen voordoen dat ter vermijding van de op bescherming van (minderheids)aandeelhouders gerichte bepalingen in de regeling voor grensoverschrijdende fusie, wordt gekozen voor een grensoverschrijdende omzetting, gevolgd door een fusie naar nationaal recht in het land waar de vennootschap zich heeft gevestigd.

Het verdient daarom aanbeveling om voor het besluit tot grensoverschrijdende omzetting van een kapitaalvennootschap dezelfde regels te stellen als voor een besluit tot grensoverschrijdende fusie. Deze regeling is opgenomen in art. 2:330 BW, waarnaar wij verwijzen.

## **Artikel 334uu: het uittreedrecht**

### **(i) Algemeen**

De wet voorziet in art. 2:333h BW in een uittreedrecht bij outbound grensoverschrijdende fusies. Vanuit oogpunt van consistentie, ligt het daarom voor de hand om ook bij een outbound grensoverschrijdende omzetting te voorzien in een uittreedrecht. Art. 334uu voorziet hierin.

De wetgever heeft er bij de invoeringswet Flex-BV, voor gekozen om de regelingen omtrent de uittreden en schadeloosstelling bij omzetting, fusie en splitsing zoveel mogelijk te uniformeren.<sup>15</sup> Dit komt de rechtszekerheid ten goede en vermindert foutgevoeligheid. In grote lijnen komt deze regeling hierop neer dat (i) het voorstel de hoogte van de schadeloosstelling vermeldt die wordt vastgesteld door onafhankelijke deskundigen, dat (ii) aandeelhouders die tegen het voorstel hebben gestemd alsmede de houders van stemrechtloze aandelen een verzoek kunnen doen tot schadeloosstelling binnen een maand nadat zij van deze mogelijkheid op de hoogte zijn gesteld; en (iii) dat de aandelen vervallen met het van kracht worden van de omzetting/fusie/splitsing. Zie art. 2:181, 2:330a, 2:333h en 2:334ee1 BW.

Er lijken geen redenen waarom de uittreedregeling die is voorzien in art. 334uu op een andere leest zou moeten worden geschoeid. Integendeel, de met de wetgever beoogde uniformering wordt door een afwijkende regeling doorkruist. In dit opzicht bevreemdt het dat in art. 334uu een andere opzet zou worden gekozen. De meest in het oog springende verschillen met de thans geldende systematiek zijn (i) dat geen sprake is van het vervallen van de aandelen waarop het verzoek betrekking heeft maar van inkoop van aandelen en (ii) dat de prijs van de aandelen die is opgenomen in het voorstel tot omzetting kan worden aangevochten door daartoe een procedure te entameren bij Ondernemingskamer.

Deze regeling is niet slechts vanuit inconsistentie met de door de wetgever recent uitgezette lijn onwenselijk. De procedure tot prijsvaststelling van de Ondernemingskamer is kostenverhogend en vertragend. De in de art. 2:181, 2:330a, 2:333h en 2:334ee1 BW opgenomen regeling is in dit opzicht aantrekkelijker, waarbij de wet voorziet in waarborgen dat de in het voorstel genoemde bedrag voor de aandelen op deugdelijke - zij het wellicht niet de enig mogelijke - wijze is vastgesteld. Dit, door als voorwaarde te stellen dat dit bedrag wordt vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen die van hun waardering een verslag moeten opstellen. Dit verslag maakt onderdeel uit de documentatie die aan de aandeelhouders ter beschikking wordt gesteld.

Wellicht mag hier worden opgemerkt dat art. 2:333h BW aanvankelijk voorzag in de mogelijkheid van tussenkomst van de Ondernemingskamer bij het vaststellen van de waarde van de aandelen. Hiervoor is, zoals uit het bovenstaande blijkt, uiteindelijk niet gekozen. Hiervoor werden, naast vereenvoudiging, genoemd dat ook in andere wettelijk bepalingen betreffende een vrijwillige of gedwongen vervreemding van aandelen de wet bepaalt dat de waarde wordt vastgesteld door onafhankelijke deskundigen die zonder rechterlijke tussenkomst kunnen worden aangesteld. Genoemd kunnen worden artikel 87, 87a, 87b, 192, art. 195, art. 195a, 195b. Daarnaast wordt ook in de regeling van fusie en splitsing de redelijkheid van de ruilverhouding – en derhalve de omvang van de compensatie in de vorm van aandelen en/of betaling in geld voor het vervallen van de aandelen in de verdwijnende vennootschap – gecontroleerd door een onafhankelijke deskundigen die niet door rechterlijke tussenkomst behoeven te worden benoemd (art. 2:328/334aa). In de praktijk worden de deskundigen aangesteld door het bestuur, zijnde het orgaan dat verantwoordelijkheid draagt voor het opstellen van het voorstel tot fusie en splitsing. De statuten kunnen hieromtrent een andere regeling voorschrijven. Ook kunnen in aandeelhoudersovereenkomsten hierover nadere afspraken zijn getroffen. Er is geen reden om bij een omzetting/fusie of splitsing wel tussenkomst van de rechter voor te schrijven, temeer niet omdat de aandeelhouders de keus hebben tussen het continueren van het

<sup>15</sup> Zie *Kamerstukken II* (2011–2012), 32 426, nr. 25.

aandeelhouderschap – eventueel in de vorm van een lidmaatschap – of het verzoeken van schadeloosstelling. Het amendement sluit op dit punt aan bij reeds bestaande regelingen. Dit past tevens in het kader van vereenvoudiging en lastenverlichting, die mede met dit wetsvoorstel worden beoogd, aldus de toelichting.<sup>16</sup> Deze argumenten lijken niet aan kracht te hebben ingeboet.

De afwikkeling van de procedure in het voorontwerp is bovendien complicerend. Allereerst omdat er bij inkoop wettelijke of statutaire restricties kunnen gelden<sup>17</sup> - genoemd kunnen bijvoorbeeld worden dat niet-volgestorte aandelen niet kunnen worden ingekocht - en dat inkoop bovendien vergt dat de aandelen worden geleverd aan de vennootschap. Hiervoor moeten de daarvoor geldende leveringsformaliteiten in acht worden genomen. Voor aandelen op naam is hiervoor een notariële akte vereist, tenzij het een beursgenoteerde naamloze vennootschap betreft, in welk geval een onderhandse akte volstaat.<sup>18</sup> Dit alles is bewerkelijk en leidt tot additionele kosten. Dit kan gemakkelijk worden voorkomen door aan te sluiten bij de huidige, algemene systematiek waarbij de aandelen waarop het verzoek betrekking heeft, komen te vervallen.

Vanuit oogpunt van consistentie en vooral praktische bruikbaarheid bepleiten wij dat het uittreedrecht van aandeelhouders zoals voorzien in art. 334uu in overeenstemming wordt gebracht met de uittreedregelingen opgenomen art. 2:181, 2:330a, 2:333h en 2:334ee1 BW.

Indien men van mening mocht zijn dat bepaalde elementen aanpassing behoeven, dan ligt het in de rede om die aanpassingen ook in de andere genoemde regelingen op te nemen. Er zijn geen gronden om de grensoverschrijdende omzetting op dit punt anders te regelen dan bijvoorbeeld de grensoverschrijdende fusie. Ook daarbij moet de praktische bruikbaarheid in het oog worden gehouden. Zo zou de regeling van lid 4, die ertoe strekt dat aandeelhouders die van het uittreedrecht gebruik hebben gemaakt zekerheid hebben dat de prijs zal worden betaald, naar onze mening niet in deze vorm moeten worden opgenomen. Vooral omdat de tussenkomst van de Ondernemingskamer onnodig zwaar is aangezet. Indien een aanvullende regeling wenselijk wordt geacht, is het ons inziens adequaat en praktischer om te bepalen dat de grensoverschrijdende omzetting niet kan worden voltooid voordat de schadeloosstelling is afgewikkeld. Dit kan door de afwikkeling van de schadeloosstelling als voorwaarde te stellen voor de afgifte van het in art. 334vv bedoelde attest. Zie onze suggesties voor art. 334vv hierna.

### ***(ii) Beperking van het toepassingsbereik***

De regeling omtrent schadeloosstelling bij grensoverschrijdende fusie en in het onderhavige art. 334uu strekt ertoe om aandeelhouders die geen aandeelhouder wensen te worden in een vreemdrechtelijke vennootschap, de mogelijkheid te bieden om uit de vennootschap te treden. Hoewel gerechtvaardigd en ook naar ons inzicht wenselijk, kan niet worden ontkend dat de uittreedregeling belastend is voor het proces. In dit verband kan men zich de vraag stellen of ten aanzien van aandelen die worden verhandeld op de beurs, de uittreedregeling van toepassing dient te zijn. De houders van deze aandelen kunnen immers relatief eenvoudig hun aandelen van de hand doen. Onverkorte toepassing van het uittreedrecht zoals voorzien in art. 334uu lijkt voor die gevallen onnodig belastend te zijn.<sup>19</sup> In dit verband geven wij tevens in overweging om ook art. 2:333h BW in de herziening te betrekken.

### ***(iii) Uittreedrecht bij grensoverschrijdende zetelverplaatsing van de SE***

<sup>16</sup> Zie Kamerstukken II (2011–2012), 32 426, nr. 25, p. 6.

<sup>17</sup> Hierover P.C.S. van der Bijl, Vennootschapsrechtelijke wetgeving op het gebied van grensoverschrijdende herstructureringen; wenselijke ontwikkelingen, in: Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing, ZIFO-reeks dl10, Kluwer 2013, p. 64.

<sup>18</sup> Art. 2:86c BW.

<sup>19</sup> Wellicht mag worden vermeld dat in de (Arubaanse) Landsverordening Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (LVBA), het toepassingsbereik van de uittreedregeling inderdaad in deze zin is beperkt. Zie art. 68 lid 1 respectievelijk art. 84 lid 4 LVBA.

De wetgever heeft er in het kader van de Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap expliciet voor gekozen om geen bepalingen op te nemen tot bescherming van minderheidsaandeelhouders die tegen de zetelverplaatsing zijn. De SE Verordening biedt wel de mogelijkheid om in de uitvoeringswet te voorzien in een dergelijk uittreedrecht (zie art. 8 lid 5 SE Verordening). Wij geven in overweging om de uitvoeringswet op dit punt in overeenstemming te brengen met de regeling omtrent het uittreedrecht bij grensoverschrijdende omzetting of toe te lichten om welke reden het voorzien in een uittreedrecht in het kader van een zetelverplaatsing van de SE niet opportuun wordt geacht. Ten aanzien van het uittreedrecht bij grensoverschrijdende fusie geldt een vergelijkbare problematiek. Thans is onduidelijk of deze regelingen ook van toepassing zijn bij een grensoverschrijdende fusie op grond van de SE-verordening.<sup>20</sup> Ten aanzien van de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van de SE zal zich bij invoering van een uittreedrecht bij grensoverschrijdende omzetting dezelfde kwestie voordoen. Vanuit oogpunt van rechtszekerheid en doeltreffendheid geven wij in overweging de bescherming van minderheidsaandeelhouders consistent te regelen.

#### **Artikel 334vv lid 1**

Art. 334vv lid 1 bepaalt dat de notaris zijn attest niet eerder dan een maand nadat het besluit tot omzetting is genomen mag afgeven. In aansluiting op ons commentaar bij art. 334uu, geven wij in overweging om te bepalen dat de notaris de verklaring als bedoeld in art. 334vv lid 1 onverminderd het bepaalde in art. 334qq en 334rr, eerst kan afgeven indien geen verzoek tot schadeloosstelling is gedaan of indien de schadeloosstelling is verzocht, niet dan nadat de schadeloosstelling is betaald (vgl. art. 2:333i lid 4 BW). Naar wordt aangenomen, moet onder ‘betaald’ mede worden begrepen dat de schadeloosstelling is afgewikkeld.<sup>21</sup> Dit omvat mede dat het bedrag van de schadeloosstelling is gestort op een derdengeldrekening van de notaris. Aan de bewerkelijker bepaling omtrent zekerheidstelling van betaling zoals voorzien in art. 334uu van het voorontwerp bestaat dan naar wij menen geen behoefte meer.

#### **Artikel 334vv lid 4**

De vennootschap waarvan de statutaire zetel is verplaatst ten gevolge van een grensoverschrijdende omzetting, wordt met betrekking tot voor 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. Ook al blijkt deze bepaling van nut te zijn, nl. de Nederlandse rechter wordt (mede) bevoegd verklaard om over de geschillen ontstaan voor de omzetting (dus toen nog sprake was van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap) te oordelen, rijst de vraag of deze regeling in overeenstemming is met art. 60 EEX-Verordening.<sup>22</sup> Ingevolge deze bepaling hebben vennootschappen of rechtspersonen hun woonplaats ter plaatse van hun statutaire zetel of hun bestuur of hun hoofdvestiging. Waar de statutaire zetel van een vennootschap zich bevindt, wordt bepaald aan de hand van het toepasselijke recht op een vennootschap, dus via het incorporatierecht. Als uitgangspunt bij het bepalen van de rechtsmacht geldt dat de rechter zijn rechtsmacht *ex nunc* vaststelt (dus op het moment dat een vordering wordt ingesteld). Aangezien op dat moment de Nederlandse vennootschap in een buitenlandse vennootschap is omgezet, zal aan de hand van dat buitenlandse recht bepaald moeten worden waar de vennootschap in kwestie haar statutaire zetel heeft. Bevat dat recht een met art. 334vv lid 4 vergelijkbare bepaling, dan kan ook de Nederlandse rechter worden

<sup>20</sup> Zie nader W.J.M. van Veen e.a., *De Europese Naamloze Vennootschap (SE)*, 2e druk, Kluwer 2012, § 3.3.1.

<sup>21</sup> Zie o.m. Van Boxel, ‘Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht’ (2011), p. 279-280; Losbladige Rechtspersonen, art. 333h (*Van Veen*), aant. 4.1 met verwijzing naar parlementaire geschiedenis.

<sup>22</sup> Verordening (EG) nr. 44/2001. Naar wij menen vermeldt de Toelichting op p. 17 ten onrecht dat lid 4 van art. 334vv de rechtsmacht regelt.

geadieerd, nu de vennootschap in kwestie ook een vestigingsplaats in de zin van art. 60 EEX-Verordening in Nederland heeft. Het toepassingsbereik van art. 334vv lid 4 lijkt derhalve tot deze situatie beperkt te (moeten) zijn.

### ***Artikel 334ww lid 2 aanhef sub a***

Art. 334ww lid 2 aanhef en sub a, schrijven voor dat aan de akte van omzetting een verklaring dient te worden gehecht waaruit blijkt dat de aan de zetelverplaatsing voorafgaande handelingen en formaliteiten in de vertrekstaat zijn vervuld. In de voorgestelde tekst moet deze een verklaring zijn afgegeven door een rechterlijke, administratieve of andere bevoegde instantie, ‘daartoe aangewezen’ in de lidstaat waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft.

De woorden 'daartoe aangewezen' geven evenwel aan dat er vanuit wordt gegaan dat er bij of krachtens de wetgeving van het desbetreffende land een instantie is aangewezen die bevoegd is tot het afgeven van een attest als hier bedoeld. Deze veronderstelling lijkt niet gerechtvaardigd. Bij gebreke aan Europese harmonisatieregels, kennen tal van landen geen expliciete regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting zodat alleen al om die reden geen instantie zal zijn aangewezen tot afgifte van het bedoelde attest.

Dit doet niet af aan de wenselijkheid van een attest met de bedoelde inhoud, opdat de notaris kan vaststellen dat de omzetting ook van de zijde van de vertrekstaat voltooid kan worden. Wij bepleiten daarom om aan de onderhavige bepaling na de woorden 'waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft', een vangnetbepaling toe te voegen voor het geval dat bij of krachtens het desbetreffende recht geen instantie is aangewezen die tot het afgeven van het attest bevoegd is. Bij de hiertoe te ontwerpen regeling kan ons inziens als uitgangspunt worden genomen dat bij gebreke van een expliciete aanwijzing voor het afgeven van de bedoelde verklaring, hiertoe kwalificeert de instantie of beroepsbeoefenaar die is belast met de controle op de rechtmatigheid van een omzetting of statutenwijziging naar nationaal recht.<sup>23</sup>

### ***Artikel 334xx***

Art. 334xx van het voorontwerp bepaalt dat de nietigheid of vernietiging van een grensoverschrijdende omzetting niet kan worden uitgesproken. Met deze bepaling is beoogd de rechtszekerheid te dienen. De vraag dringt zich evenwel op of een eenzijdige regeling van deze strekking steeds tot een goed resultaat leidt. Er zijn omstandigheden denkbaar dat aan de rechtmatigheid van een grensoverschrijdende omzetting kan worden getwijfeld, bijvoorbeeld omdat hieraan geen of geen geldig besluit tot omzetting ten grondslag ligt, of omdat zij wordt uitgevoerd zonder dat het door de wet voorgeschreven toezicht is uitgevoerd. De mogelijkheid bestaat voorts dat de omzetting aan de zijde van de lidstaat van ontvangst ongeldig is of wordt verklaard, nu op dit punt - anders dan ten aanzien van de grensoverschrijdende fusie - Europese harmonisatie ontbreekt.

In deze gevallen doet de onderhavige bepaling de vraag rijzen naar de status van de betrokken vennootschap. Wij geven in dit verband in overweging de bepaling te schoeien op de leest van art. 2:323 BW betreffende de mogelijkheid van vernietiging van een fusie. Het uitgangspunt van de regeling is dat de fusie slechts kan worden vernietigd door rechtelijke tussenkomst op een limitatief opgesomde aantal gronden. Een fusie die niet is vernietigd is geldig. Hiermee is de rechtszekerheid gediend. Zou een dergelijke regeling worden opgenomen ten aanzien van de grensoverschrijdende omzetting, dan zou overwogen moeten worden of ongeldigverklaring van de omzetting naar het recht

<sup>23</sup> Vgl. Art. 66 lid 3 LVBA en de toelichting daarbij, ‘*Parlementaire geschiedenis van de Arubaanse landsverordening vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*’, Kluwer, Deventer 2009.

van de beoogde lidstaat van ontvangst ertoe leidt dat omzetting geacht wordt niet van kracht te zijn geworden dan wel of dit een grond voor vernietigbaarheid van de omzetting zou moeten zijn.

### III Fiscale begeleiding

Het concept wetsvoorstel bevat geen fiscale bepalingen. Naar onze mening schiet het ontwerp hierin tekort. Op - ten minste - het volgende belangrijke punt is een fiscale regeling ter zake van de gevolgen van omzetting dringend gewenst.

Op grond van de vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet Vpb '69 wordt een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap gedurende haar bestaan geacht in Nederland te zijn gevestigd. Deze fictie geldt ongeacht de vraag waar zich de feitelijke activiteiten, vestiging, hoofdkantoor, aandeelhouders en dergelijke van de vennootschap bevinden. Zelfs blijft deze fictie van kracht indien op grond van een belastingverdrag het inwonerschap van de vennootschap op grond van feitelijke aanknopingspunten zoals de plaats van de feitelijke leiding aan een ander land wordt toegewezen, met als gevolg dat dit andere land bevoegd is om de winst van de vennootschap als 'binnenlands belastingplichtige' te belasten. Nederland blijft in die gevallen slechts bevoegd om winstbestanddelen te belasten die op grond van het verdrag door Nederland in de heffing mogen worden betrokken, zoals winst uit een Nederlandse 'vaste inrichting' of inkomsten uit in Nederland gelegen onroerende zaken. Ook indien geen enkele inkomensbestanddeel aan Nederland ter heffing is toegewezen, blijft ondanks de buitenlandse verdragswoonplaats de Nederlandse vestigingsplaatsfictie van kracht. Dit heeft tot gevolg dat deze 'dual resident vennootschap binnenlands belastingplichtig blijft voor de Nederlandse vennootschapsbelasting en dus ook jaarlijks een aangifte, zij het vereenvoudigd, moet indienen volgens de Nederlandse fiscale regels', naast haar volledige onderworpenheid aan winstbelasting in het andere (verdrags)land.

Hoewel deze voortdurende status van 'binnenlands belastingplichtige' van de vennootschap in Nederland op gespannen voet staat met het verdragsinwonerschap van deze vennootschap in een ander land en in feite de binnenlandse belastingplicht geheel is uitgekleeft door de toewijzing van heffingsbevoegdheid aan het andere land, kan nog enig begrip worden opgebracht voor deze situatie vanuit het perspectief van het incorporatiestelsel. De naar Nederlands recht opgerichte vennootschap die zich feitelijk vestigt in een ander land, zich daarmee als inwoner voor de winstbelasting in het andere land manifesteert, en met een beroep op het vigerende belastingverdrag de dubbele heffing van belasting (door Nederland op grond van haar fictieve inwonerschap, door het andere land op grond van haar feitelijke inwonerschap) voorkomt, blijft immers vanuit Nederlandse optiek beheerst door het Nederlandse vennootschapsrecht en blijft daarmee haar bestaan als rechtspersoon vanuit Nederlands perspectief ontleen aan het Nederlandse rechtssysteem. Dat voor handhaving van deze Nederlandse vennootschapsrechtelijke nationaliteit een prijs moet worden betaald in de vorm van de voortdurende fiscale aanknopingspunt met Nederland, in feite en in de praktijk doorgaans een administratieve prijs omdat dubbele heffing wordt voorkomen en dus vooral de aangifteplicht resteert, valt enigszins te begrijpen.

Hoe anders wordt dit echter indien de naar Nederlands recht opgerichte vennootschap haar Nederlandse vennootschapsrechtelijke nationaliteit inruilt voor de onderwerping aan het vennootschapsstatuut van een ander land in het kader van een grensoverschrijdende omzetting, zoals voorzien in het onderhavige (concept) wetsvoorstel. De vennootschap heeft dan haar band met het Nederlandse rechtssysteem doorgeknipt en ontleent haar voortbestaan als rechtsvorm, als rechtspersoon, vanaf het moment van de omzetting aan haar nieuwe vestigingsland. Het valt niet in te zien waarom in die situatie, louter op grond van het historische feit dat de vennootschap ooit naar Nederlands recht is opgericht, deze vennootschap, die zich inmiddels heeft omgevormd in een buitenlandse rechtsvorm, bij voorbeeld een Duitse GmbH, nog steeds als inwoner van Nederland zou moeten worden beschouwd voor de heffing van de vennootschapsbelasting. Toch is dit het geval

zolang de vestigingsplaatsfictie niet wordt aangepast. Een even pregnant voorbeeld speelt bij de *Societas Europaea* (SE), waarvoor art. 2 lid 4 Wet Vpb '69 bepaalt dat deze ook geacht wordt naar Nederlands recht te zijn opgericht, en dus in Nederland te zijn gevestigd, indien haar oprichting mede beheerst werd door Nederlands recht (naast Europees recht, te weten de SE-Verordening). Indien deze 'Nederlandse' SE haar statutaire zetel en hoofdkantoor verplaatst naar een andere EU lidstaat, conform de regeling in art. 8 van de SE-Verordening die daarin uitdrukkelijk voorziet, blijft zij toch voor altijd vanwege de vestigingsplaatsfictie als fiscaal inwoner van Nederland gelden. Een ongerijmd resultaat, bezien vanuit de doelstelling van de SE-Verordening.

Ook bij de grensoverschrijdende omzetting van een naar Nederlands recht opgerichte NV of BV is dit resultaat ongerijmd, en naar alle waarschijnlijkheid zelfs strijdig met de jurisprudentie van het Hof van Justitie die de aanleiding vormt voor het onderhavige (concept) wetsvoorstel, met name de arresten inzake *Cartesio* en *Vale*. Uit met name het *Cartesio* arrest kan ons inziens worden afgeleid dat het een oprichtingsland weliswaar is toegestaan om het incorporatiestelsel toe te passen, maar niet is toegestaan om een vennootschap de mogelijkheid te ontnemen zich om te vormen in een rechtsvorm van een andere lidstaat indien het recht van het andere land daarin voorziet. De vennootschap heeft dus ongeacht het rechtssysteem van haar oprichtingsland, op grond van deze jurisprudentie de mogelijkheid van nationaliteitswisseling, de mogelijkheid om zich met behoud van rechtspersoonlijkheid los te maken van de jurisdictie van haar oprichtingsland. Het lijkt in strijd met deze duidelijke lijn van de jurisprudentie indien de vennootschap niet de mogelijkheid krijgt zich te ontdoen van haar Nederlandse fiscale aanknopingspunt, haar fictieve Nederlandse vestigingsplaats, die blijft resulteren in Nederlands inwonerschap voor de Nederlandse vennootschapsbelasting.

Onze conclusie is dan ook dat de vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet Vpb '69 (en in het kielzog daarvan ook de vestigingsplaatsfictie in de dividendbelasting) moet worden aangepast in die zin dat de toepassing daarvan komt te vervallen indien een aanvankelijk naar Nederlands recht opgerichte vennootschap ten gevolge van een grensoverschrijdende omzetting niet langer beheerst wordt door het Nederlandse vennootschapsrecht. Overigens zou *mutatis mutandis* het voorgaande eveneens kunnen worden opgevat als een pleidooi om een naar vreemd recht opgerichte vennootschap die zich grensoverschrijdend omvormt in een door Nederlands recht beheerste NV of BV onder de werking van de vestigingsplaatsfictie te brengen, als ware deze naar Nederlands recht opgericht. Een technische invulling van dit voorstel zou kunnen worden gevonden door de aanknopingspunt bij het historische feit van oprichting naar Nederlands recht te vervangen door een meer dynamische aanknopingspunt bij het ontlenen van het bestaan aan het Nederlandse recht. In een dergelijke oplossingsrichting zou meteen ook de hiervoor aangeduide onvolkomenheid ten aanzien van de SE zijn opgelost.

### **Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO)**

Het ZIFO is een wetenschappelijk platform voor onderzoekers, talentvolle studenten en wetenschappelijk georiënteerde juristen werkzaam in de rechtspraktijk en het bedrijfsleven. Het stelt zich ten doel om actuele, voor de rechtspraktijk relevante onderwerpen te behandelen op het terrein van het financiële recht en het ondernemingsrecht, in het bijzonder die welke (nog) niet in wetgeving zijn vervat of waarvoor wetgeving of wetswijziging in voorbereiding is. Hierbij stelt ZIFO de maatschappelijke rol van het recht centraal alsook de vraag in welke richting het recht zich zou dienen te ontwikkelen.

Deze reactie is van de hand van prof. mr. W.J.M. van Veen, dr.mr. M. Zilinsky en prof. mr. J.W. Bellingwout

Tot nadere toelichting zijn wij desgewenst gaarne bereid.