



Luxemburg, 6 februari 2014

**Betreft: Reactie op voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen**

Geachte heer/mevrouw,

Hierbij doe ik u een reactie toekomen op het voorontwerp van voorstel van wet inzake grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen. Ik leid deze bijdrage in door kort de twee belangrijkste Europese arresten aan te stippen en leg daarna het voorontwerp langs de Europese meetlat. Ik sluit af met een conclusie dat het voorontwerp herschreven moet worden.

1. Jurisprudentie Hof van Justitie van de EU

Het ambtelijk voorontwerp van de memorie van toelichting (hierna: de MvT) haalt twee belangrijke arresten aan. Enerzijds het arrest van het Hof van Justitie van de EU, 16 december 2008, nr. C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt* (hierna: Cartesio-arrest), hetwelk een baanbrekende uitspraak is inzake grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen, en anderzijds Hof van Justitie van de EU, 12 juli 2012, nr. C 378/10, *VALE Építési kft* (hierna: Vale-arrest), waarin het Hof de met het Cartesio-arrest ingeslagen weg nader uitwerkt.

Beide arresten zijn geweest in het kader van een beroep op de Europese regels inzake vrijheid van vestiging en maken duidelijk dat een grensoverschrijdende omzetting met een beroep op de vestigingsvrijheid onder omstandigheden mogelijk is. Het Cartesio-arrest maakte duidelijk dat een Lidstaat de grensoverschrijdende omzetting van een rechtspersoon naar binnenlands recht in een rechtspersoon naar het recht van een andere Lidstaat niet algemeen kan verbieden indien de andere Lidstaat de rechtspersoon welkom heet (uitreisomzetting). Het Vale-arrest maakt duidelijk dat een Lidstaat onder het mom van de vrijheid van vestiging er in beginsel toe kan worden gedwongen om de grensoverschrijdende omzetting toe te staan van een rechtspersoon naar het recht van een andere Lidstaat die haar statutaire zetel naar de betreffende Lidstaat wenst te verplaatsen (inreisomzetting).

Concreet oordeelt het Hof in het Vale-arrest dat de vrijheid van vestiging meebrengt dat een Lidstaat die een regeling voor binnenlandse omzettingen kent, in beginsel eveneens moet toestaan dat een rechtsvorm uit een andere Lidstaat in een nationale rechtsvorm wordt omgezet.

Onder verwijzing naar de Cartesio- en Vale-arresten en zoals ook verwoord in de MvT, lijkt het er op dat een Lidstaat alleen nog vanwege dwingende redenen van algemeen belang, zoals de

**ATTORNEYS AT LAW**



bescherming van de belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers, de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting kan beperken.<sup>1</sup>

Echter, waar de MvT terecht opmerkt dat volgens het Hof een beperking van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, laat de MvT na op te merken dat het Hof in de punten 48 en 49 van het Vale-arrest eveneens overweegt dat bij gebreke van een communautaire regeling terzake, een nationale regeling voor grensoverschrijdende omzetting niet ongunstiger mag zijn dan de omzettingsregeling die voor binnenlandse situaties geldt (gelijkwaardigheidsbeginsel), almede dat een van de regeling voor binnenlandse omzetting afwijkende nationale regeling voor grensoverschrijdende omzetting, de daadwerkelijke grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen in die Lidstaat in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken (doeltreffendheidsbeginsel).

Met andere woorden: schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en/of werknemers mogen in geval van een grensoverschrijdende omzetting op een andere wijze worden beschermd dan bij een binnenlandse omzetting, doch zij mogen niet in een andere (heftigere) mate dan bij een binnenlandse omzetting worden beschermd.<sup>2</sup> Het gelijkwaardigheidsbeginsel verzet zich daartegen.

Op gespannen voet met het Vale-arrest stelt de MvT daarentegen dat voor de gevallen dat een vennootschap grensoverschrijdend wordt omgezet en aan een ander vennootschapsrechtelijk regime wordt onderworpen, specifieke voorwaarden dienen te gelden. Zo zouden er grenzen moeten worden gesteld aan de mogelijkheid van een grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV zodat meer rechtszekerheid wordt gecreëerd. Ook zouden waarborgen voor schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers van de vennootschap die zich grensoverschrijdend wil omzetten niet mogen ontbreken. En tot slot moet het mogelijk zijn voor de Minister van Veiligheid en Justitie (alsmede in sommige gevallen voor De Nederlandsche Bank N.V.) om zich om redenen van algemeen belang te verzetten tegen een voorgenomen grensoverschrijdende omzetting.

## 2. Gelijkwaardigheidsbeginsel

Hierna zal ik per categorie justitiabelen (schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers) bezien of de mate van bescherming die de voorgestelde nieuwe afdeling 7A.2 biedt, afwijkt van de mate van bescherming die de voorgestelde nieuwe afdeling 7A.3 biedt, in de zin dat de binnenlandse bescherming minder heftig is dan de grensoverschrijdende, en dus of de betreffende

---

<sup>1</sup> Denk ook aan het waarborgen van de "doeltreffendheid van fiscale controles" en "de eerlijkheid van handelstransacties".

<sup>2</sup> Omdat het Hof zo nadrukkelijk wijst op het ontbreken van een "Unieregeling" en "Unieregels" in de punten 48 en 49 van het Vale-arrest, lijkt het Hof welhaast te willen zeggen dat alleen de Europese wetgever de vestigingsvrijheid (vergaand) kan beperken.



bepalingen van de voorgestelde nieuwe afdeling 7A.3 de Europese toets der kritiek kunnen doorstaan.

### *Schuldeisers*

Bij binnenlandse omzettingen is er, zowel naar huidig recht als in het voorontwerp, uitsluitend in het geval een kapitaalvennootschap zich omzet in een andersoortige rechtsvorm een actieve rol voor schuldeisers weggelegd. Alleen dan kunnen zij in verzet komen. Als daarentegen één van de twee Nederlandse vormen van kapitaalvennootschap zich omzet in de andere vorm van kapitaalvennootschap, komen de schuldeisers er in het geheel niet aan te pas.

Nu er dus geen bescherming van schuldeisers is bij een binnenlandse omzetting van kapitaalvennootschappen, is bescherming van schuldeisers in geval van een grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen niet te verdedigen en zonder meer in strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel.<sup>3</sup> Het is ook moeilijk voor te stellen dat het "algemeen belang" in geval van een binnenlandse omzetting geen bescherming van schuldeisers voorschrijft maar in het geval van een grensoverschrijdende omzetting opeens wél.<sup>4</sup>

### *Minderheidsaandeelhouders*

Bij binnenlandse omzettingen worden minderheidsaandeelhouders, zowel naar huidig recht als in het voorontwerp, uitsluitend betrokken in het geval een kapitaalvennootschap zich omzet in een andersoortige rechtsvorm alsmede wanneer een BV zich omzet in een NV. Aandeelhouders hebben

---

<sup>3</sup> De MvT stelt dat de verplaatsing van de statutaire zetel van een rechtspersoon naar een plaats buiten Nederland en de omstandigheid dat de rechtspersoon zich onderwerpt aan ander recht, tot gevolg heeft dat schuldeisers van de rechtspersoon zich moeten afvragen of de omzetting verandering brengt in hun mogelijkheid om vorderingen te innen. Deze stelling doet vreemd aan. Alsof een buitenlandse rechtspersoon uitsluitend in het eigen land in rechte kan worden betrokken. De MvT lijkt te miskennen dat bij de inning van een vordering niet zozeer de "nationaliteit" van een schuldenaar-rechtspersoon ertoe doet, eigenlijk helemaal niet, als wel het recht dat de vordering beheerst alsmede het recht van de locatie van de vermogensbestanddelen van de rechtspersoon (omdat aldaar naar lokaal recht beslag zal moeten worden gelegd en zal moeten worden uitgewonnen). Een grensoverschrijdende omzetting brengt in beide regimes geen verandering. De MvT bevestigt één en ander elders: "De verandering van de statutaire zetel leidt niet tevens tot een verplaatsing van de onderneming van de vennootschap; indien deze voor de omzetting in Nederland was gevestigd, dan verandert dat niet door de omzetting."

Waarom schuldeisers zich *moeten* afvragen of de omzetting verandering brengt in hun mogelijkheid om vorderingen te innen wordt niet duidelijk.

<sup>4</sup> Daarbij moet worden opgemerkt dat in tegenstelling tot een NV, een BV geen minimumkapitaal kent, noch enige vorm van kapitaalbescherming, en er dus alle reden is om schuldeisers te betrekken bij een omzetting van een NV in een BV.



in geval van een dergelijke omzetting een uittreedrecht, dat wil zeggen ze kunnen schadeloosstelling verzoeken en worden alsdan geen lid c.q. blijven geen aandeelhouder. Als daarentegen een NV zich omzet in een BV, hebben de minderheidsaandeelhouders geen uittreedrecht.

Nu er dus niet altijd sprake is van een uittreedrecht bij een binnenlandse omzetting van een kapitaalvennootschap in andersoortige kapitaalvennootschap, is het voorschrijven van een algemeen uittreedrecht in geval van een grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen in strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Temeer nu een aandeelhouder van een NV eerder beducht moet zijn voor gevaar in geval de betreffende NV binnenlands wordt omgezet in een BV dan wanneer de NV grensoverschrijdend wordt omgezet in – pak 'm beet – een Belgische NV/SA of een Duitse AG. Het Europese recht ten aanzien van naamloze vennootschappen is immers tot op zekere hoogte geharmoniseerd, zoals de MvT terecht opmerkt, en van allerlei waarborgen voorzien, waarborgen die na de invoering van de flex-BV vreemd zijn aan het BV-recht.

#### *Werknemers*

Bij binnenlandse omzettingen worden werknemers, zowel naar huidig recht als in het voorontwerp, in het geheel niet betrokken. Onder die omstandigheid kan artikel 334pp lid 5 niet voorschrijven dat het voorstel tot omzetting en de schriftelijke toelichting ter inzage dienen te liggen van (of elektronisch toegankelijk dienen te zijn voor) werknemers c.q. de ondernemingsraad, althans niet zonder dat dat strijd oplevert met het Europese gelijkwaardigheidsbeginsel.

#### 3. Voorstel tot omzetting

In het verlengde van het voorgaande, kan het voorontwerp niet voorschrijven dat in geval van een grensoverschrijdende omzetting een voorstel tot omzetting moet worden opgesteld, laat staan een schriftelijke toelichting. Het moge duidelijk zijn dat de verplichting tot het opstellen van een voorstel en de bijbehorende toelichting, enerzijds een regeling voor grensoverschrijdende omzettingen in het leven roept die ongunstiger is dan de regeling voor binnenlandse situaties en anderzijds de daadwerkelijke grensoverschrijdende omzetting van een rechtspersoon uiterst moeilijk maakt vergeleken met een binnenlandse omzetting.

#### 4. Conclusie

Het ambtelijk voorontwerp zal moeten worden herschreven omdat het in strijd is met de Europese vrijheid van vestiging zoals nader uitgewerkt in het Vale-arrest. Men zal de gedachte moeten laten varen dat, ten behoeve van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers, de



grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen heftiger (anders) moet worden gereguleerd dan een binnenlandse omzetting van kapitaalvennootschappen.

Hoogachtend,

Mr. H.A. Schuurman,  
Advocaat