

Memo		
Onderwerp	Consultatie grensoverschrijdende omzetting	
Datum	5 maart 2014	
Auteur	G.J.J.M. Inden	

Geachte heer Opstelten,

Graag reageer ik op uw aanbod om reacties te krijgen op de bruikbaarheid van de voorgestelde regeling en signalering van mogelijke aanvullingen en/of lacunes.

Ten aanzien van het ontwerp heeft mijn reactie betrekking op de Memorie (de toelichting) en het wetsontwerp en specifiek de bijzondere bepalingen voor de grensoverschrijdende omzetting.

## 1. Memorie van toelichting

Uit de memorie citeer ik de volgende belangrijke zin: *“Het is van belang te onderkennen dat de vergroting van de grensoverschrijdende mobiliteit, waaronder begrepen grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen, kan leiden tot de aantasting van de belangen van crediteuren, (minderheids-)aandeelhouders en werknemers van de om te zetten rechtspersoon”.*

Verder worden enkele malen het *“algemeen belang”* (*dwingende redenen van algemeen belang*) en de *“rechtszekerheid”* genoemd.

Naar mijn mening moet er een verschil gemaakt worden tussen ondernemingen met weinig en met meer werknemers. Enkele formaliteiten en de administratieve lasten die in het wetsvoorstel worden genoemd, kunnen bij micro ondernemingen gedeeltelijk buiten toepassing worden gelaten of (veel) goedkoper worden gemaakt. De kritische reacties, genoemd in de resultaten van de Europese raadpleging, geven hier ook aanleiding toe.

<http://www.worker-participation.eu/Company-Law-and-CG/Latest-developments/Cross-border-transfers-of-registered-offices-of-companies-results-of-consultation>

Ten aanzien van de inhoud van de memorie heb ik de volgende kanttekeningen gebaseerd op de dagelijkse praktijk.

### 1.a. Zetelverplaatsingen zonder en met omzetting

In de Nederlandse praktijk worden internationale zetelverplaatsingen “sec” (zonder omzetting) met wettelijke grondslag en ook internationale zetelverplaatsingen inclusief omzetting, zonder wettelijke grondslag, in het Nederlandse handelsregister al ingeschreven, meestal vanuit het notariaat.

Immigratie van een vennootschap **zonder** omzetting, uit een land binnen de EER, is geregeld in artikel 24 Handelsregisterbesluit waarin wordt verwezen naar de bestaande Europese regelgeving.

#### **Artikel 24 Handelsregisterbesluit**

1. *Indien een in Nederland gevestigde onderneming of een in Nederland gelegen nevenvestiging van een buiten Nederland gevestigde onderneming toebehoort aan een vennootschap als bedoeld in richtlijn 68/151/EEG, opgericht naar het recht van een andere staat dan Nederland en die staat partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, zijn de artikelen 15, 22 en 23 niet van toepassing.*

4. *Bij het handelsregister wordt gedeponeerd een authentiek afschrift of een door een opgaveplichtige gewaarmerkt afschrift van de oprichtingsakte van de vennootschap en van de statuten, indien deze in een afzonderlijke akte zijn opgenomen in de Nederlandse, Duitse, Engelse of Franse taal.*

Verder blijkt dit door de omstandigheid dat een Nederlandse rechtspersoon zonder omwegen de feitelijke vestiging van de onderneming kan verplaatsen naar het buitenland, **zonder** de verplichting om zelf de statutaire zetel of de identiteit van de rechtsvorm óók te veranderen. Het interne recht van de Nederlandse vennootschap blijft dan Nederlands, ook al zijn de Nederlandse statuten vertaald in de buitenlandse taal.

Een voorbeeld van een omzettingsloze verplaatsing naar **Nederland** is de Franse immigrant. Frankrijk is een van de landen die nog steeds de leer van de feitelijke zetel gebruiken. Een Franse vennootschap zal gelijktijdig met de feitelijke ook de maatschappelijke (legale) zetel verhuizen naar Nederland, zonder dat er sprake is van de omzetting van de rechtsvorm in Nederland.

Voorbeeld: een bekende Franse dirigent verhuist naar Nederland. Hij neemt zijn privé Sarl mee. De feitelijke zetel van de Sarl (tevens de siège legal) verhuist ook naar ons land.

De leer van de feitelijke zetel heeft het gevolg dat de band met het land van oprichting wordt verbroken ("la radiation"). Maar in tegenstelling tot Nederland, hebben enkele andere landen niet de eis, dat dit in de vorm van een *notariële akte moet gebeuren. Dit vormvereiste kan door de immigrerende vennootschap worden beschouwd als een (kostbare) drempel.*

*Finale notariële omzetting in Nederland wordt in de praktijk achterwege gelaten. Dit houdt echter de verplichte registratie van de Franse onderneming in het Nederlandse handelsregister helemaal niet tegen. Het interne recht van de Franse vennootschap blijft Frans, ondanks het feit dat de Franse statuten eventueel in de Nederlands taal vertaald zijn (raadpleeg artikel 119 BW10).*

Het Verenigd Koninkrijk houdt zich afzijdig van de continentale ontwikkelingen. Raadpleeg:

<http://www.companieshouse.gov.uk/infoAndGuide/faq/transferringRegOffice.shtml>

Migration of a company from one jurisdiction to another is not possible under the Companies Act 2006. It is not possible to transfer the registered office of an overseas incorporated company into the UK, or to transfer the registered office of a UK incorporated company to an overseas country.

Een immigrerende onderneming van buiten de EER wordt in het Nederlandse handelsregister ingeschreven op grond van artikel 25 Of 26 van het Handelsregisterbesluit. Dit geldt óók voor ondernemingen afkomstig van Caribisch Nederland, Aruba, Curacao en Sint Maarten.

#### **1.b. Zetelverplaatsing tussen derde landen**

Verder is het in het Nederlandse internationale privaatrecht nu al zo, dat de *omzetting van de rechtsvorm van een buitenlandse aandeelhouder van een Nederlandse kapitaalvennootschap zonder restricties wordt geaccepteerd.*

**Artikel 120 BW10**

*Indien een rechtspersoonlijkheid bezittende corporatie haar statutaire zetel verplaatst naar een ander land en het recht van de staat van de oorspronkelijke zetel en dat van de staat van de nieuwe zetel op het tijdstip van de zetelverplaatsing het voortbestaan van de corporatie als rechtspersoon erkennen, wordt haar voortbestaan als rechtspersoon ook naar Nederlands recht erkend. Vanaf de zetelverplaatsing beheerst het recht van de staat van de nieuwe zetel de in artikel 119 van dit Boek bedoelde onderwerpen, behoudens indien ingevolge dat recht daarop het recht van de staat van de oorspronkelijke zetel van toepassing blijft.*

Om een voorbeeld te geven: een besloten vennootschap heeft een enig aandeelhouder, dit is een Curacaose B.V. Deze Curacaose B.V. verplaatst de zetel naar Luxemburg en wordt tegelijkertijd een Luxemburgse S.à.r.l.

De gewijzigde **identiteit** van de enig aandeelhouder (de verplichting tot de Nederlandse registratie van de enig aandeelhouder in het Handelsregister bestaat al) wordt nu gewoon in het Nederlandse handelsregister ingeschreven, mits de inschrijving in het handelsregister van het land van aankomst en de uitschrijving uit het handelsregister het land van vertrek is voltrokken. Hiermee accepteert Nederland al grensoverschrijdende **omzettingen** van derde landen.

### **1.c. Zetelverplaatsing tussen Nederland en de openbare lichamen BES**

In de Memorie ontbreekt helaas een verwijzing naar de Wet formeel Buitenlandse vennootschappen. BES (Bonaire, St. Eustatius, Saba) maken geen deel uit van de Europese Unie. In artikel 1 lid 1 van deze wet is duidelijk bepaald, dat deze Caribische eilanden worden beschouwd als **staten**.

#### ***Artikel 1 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv)***

*1. In deze wet wordt onder formeel buitenlandse vennootschap verstaan een naar een ander dan Nederlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht. In dit artikel worden de landen van het Koninkrijk der Nederlanden en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba als staat aangemerkt.*

Een onderneming van een besloten- of een naamloze vennootschap opgericht op één van deze eilanden, is dus voor ons een echte buitenlandse onderneming. Geografisch is dat natuurlijk zo! Het wetsontwerp maakt het in de toekomst mogelijk dat BES vennootschappen zich via Nederland door (virtuele) omzetting van de rechtsvorm in de Europese economische ruimte kunnen gaan vestigen. Gaat dit ook andersom gebeuren? Ik neem aan dat er een onderzoek is gedaan naar de mobiliteit van de ondernemers van de Caribische eilanden. De BES eilanden kennen namelijk een strikt fiscaal regime ten aanzien van ondernemingen. “Fiscale Island hopping” moet worden tegengegaan.

Island hopping means crossing an ocean by a series of shorter journeys between islands, as opposed to a single journey directly across the ocean to the destination.

In tegenstelling tot uw voorstel moet er naar mijn mening, in het kader van het (internationale) privaatrecht van Nederland en BES, bij voorrang aan de mobiliteit van de charitatieve en maatschappelijke rechtspersonen (stichtingen, verenigingen) aandacht besteed worden. Er mag niet uit het oog verloren worden dat er sprake is van maatschappelijke- en culturele uitwisselingen, die niet door kapitaalvennootschappen uitgevoerd worden.

### **1.d. Statuut van Societas Privata Europaea (SPE)**

In uw Memorie wordt met geen woord gerept over het statuut van de SPE en de Europese stichting de FE.

Raadpleeg: Europese Unie, dossier COM(2008)396 statuut van de Europese besloten vennootschap (SPE) en Europese Unie COM(2012)35 - statuut van de Europese stichting (FE).

De SPE wordt de Europese tegenhanger van de besloten vennootschap en zal voor het midden- en kleinbedrijf meer in aanmerking komen dan de bestaande SE. In de artikelen 35, 36, 37 en 38 wordt de internationale zetelverplaatsing geregeld. De SPE kan haar statutaire zetel naar een andere lidstaat verplaatsen zonder daarom haar rechtspersoonlijkheid te verliezen en te moeten worden ontbonden. De overeengekomen procedure is duidelijk: eerst wordt de vennootschap in het land van aankomst geregistreerd en daarna in het land van herkomst uitgeschreven. Publicatie wordt verricht in een *Europees medium*. *Het laatste geldt ook voor de voorgestelde Europese stichting.*

## 2. Wetsvoorstel

Geachte heer Opstelten,

U vraagt om signaleringen van mogelijke aanvullingen en/of lacunes op het wetsvoorstel. Dit doe ik per artikel.

### AFDELING 3 Bijzondere bepalingen voor grensoverschrijdende omzetting

#### Artikel 334nn

Raadpleeg mijn opmerkingen bij 1.c

#### Artikel 334oo

Aanvulling:

vertrek uit Nederland moet ook worden verhinderd, indien er sprake is van een **voornemen**, zoals bedoeld in de artikelen 19a Bw2 en artikel 185 Bw2. De KvK kan een *administratieve beslissing nemen om het voorgenomen vertrek van de rechtspersoon in een van deze gevallen vooralsnog te weigeren.*

- Artikel 19a BW2 voornemen ontbinding door KvK

Indien de Kamer op grond van haar bekende gegevens gebleken is dat een rechtspersoon als bedoeld in de leden 1 en 2 **voor ontbinding in aanmerking komt**, deelt zij de rechtspersoon en de ingeschreven bestuurders bij aangetekende brief aan hun laatst bekende adres mee, dat zij **voornemens** is tot ontbinding van de rechtspersoon over te gaan, met vermelding van de omstandigheden waarop het voornemen is gegrond. De Kamer schrijft deze mededeling in het register. Als de omstandigheid, bedoeld in lid 1, onder b zich voordoet, doet de Kamer van het voornemen tot ontbinding tevens een mededeling opnemen in de Nederlandse Staatscourant. Voor zover de kosten van deze publicatie niet uit het vermogen van de rechtspersoon kunnen worden voldaan, komen deze ten laste van Onze Minister van Justitie.

- Artikel 185 BW2 voornemen ontbinding door Rechtbank op vordering OM

1. Op verzoek van het openbaar ministerie ontbindt de rechtbank de vennootschap, wanneer deze haar doel, door een gebrek aan baten, niet kan bereiken, en kan de rechtbank de vennootschap ontbinden, wanneer deze haar **werkzaamheden tot verwezenlijking van haar doel heeft gestaakt**. Het openbaar ministerie deelt de Kamer van Koophandel mee dat het **voornemens** is een verzoek tot ontbinding in te stellen.

2. Alvorens de ontbinding uit te spreken kan de rechter de vennootschap in de gelegenheid stellen binnen een door hem te bepalen termijn het verzuim te herstellen.

Raadpleeg ook: Artikel Bw2: 22a lid 3. De beschikking wordt onverwijld, zo mogelijk op dezelfde dag, betekend aan de aandeelhouders en de vennootschap. De griffier draagt zorg voor de inschrijving van de beschikking in het handelsregister.

## Artikel 334pp

### Lid 2 sub a.

Het verdient aanbeveling om óók de nieuwe feitelijke vestigingsplaats van de rechtspersoon in het voorstel te vermelden. Het huidige internationale privaatrecht staat toe dat de werkelijke en de statutaire zetel niet in hetzelfde land worden/zijn gevestigd.

Hierbij verwijs ik naar artikel 10 lid 2 Bw1: *Een rechtspersoon heeft zijn woonplaats ter plaatse waar hij volgens wettelijk voorschrift of volgens zijn statuten of reglementen zijn zetel heeft* en naar de plaats buiten Nederland in artikel 226 Bw2:

1. *De algemene vergadering wordt gehouden ter plaatse bij de statuten vermeld of anders in de gemeente waar de vennootschap haar woonplaats heeft. De in de statuten vermelde plaats kan een **plaats buiten Nederland** zijn.*
2. *Wordt na de oprichting een **plaats buiten Nederland** aangewezen, dan kan het daartoe strekkende besluit tot wijziging van de statuten slechts worden genomen met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd en voor zover alle vergadergerechtigden met de statutenwijziging hebben ingestemd.*
3. *Een algemene vergadering kan elders dan behoort worden gehouden, mits alle vergadergerechtigden hebben ingestemd met de plaats van de vergadering en de bestuurders en de commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld om advies uit te brengen.*

De Europese landen gebruiken diverse juridische begrippen voor het begrip statutaire zetel. Bijvoorbeeld "Registered Office" in het Verenigd Koninkrijk, Maatschappelijke- en/of Sociale zetel in België. In het voorstel tot een grensoverschrijdende omzetting moet natuurlijk de betekenis van de zetel in het ontvangende land gebruikt worden (raadpleeg artikel 118 Bw10).

*A **registered office** is the official address of an incorporated company, association or any other legal entity. Generally it will form part of the public record and is required in most countries where the registered organization or legal entity is incorporated. A registered physical office address is required for incorporated organizations to receive official correspondence and formal notices from government departments, investors, banks, shareholders and the general public.*

***Siège social** (French, usually translated Head Office) is a concept in international law for determining the nationality of companies. It is essentially based on effective nationality as opposed to "paper nationality". The paper nationality is where the company has been incorporated, but the effective nationality requires a genuine link to the corporate activity. It describes the nationality based on the location of the actual activity of the corporation through where the owners are or the actual business is done. According to the criterion of **siège social**, **siège réel** or **siege réel social**, a company's nationality derives from "the place where the legal entity's judicial and economic integration is situated", or in other words the company's principal place of establishment.*

## Artikel 334pp

### Lid 2 sub. b. en c. lid 4 en 5

In tegenstelling tot Nederlandse omzettingen, zal de tekst van het **voorstel** (en de statuten zoals die luiden na de omzetting) van een grensoverschrijdende omzetting, geschreven zijn in de officiële taal van het ontvangende land. In het belang van de Nederlandse werknemers en andere betrokkenen zal bij het voorstel ook een **vertaling** in de Nederlandse of een begrijpelijke taal beschikbaar moeten worden gesteld vóór het vertrek naar het buitenland. Dit geldt natuurlijk ook voor de regeling in lid 2 sub. c.

De kosten om deze te vertalen komen ten laste van de rechtspersoon.

Micro-ondernemingen kunnen volstaan met de elektronische publicatie op de website van de KvK. Dit medium vervangt de Staatscourant en wordt vaker bezocht en gelezen.

## Artikel 334rr

Wat is de waarde van deze bepaling ten aanzien van micro-ondernemingen? De sanctie van artikel 19a BW2 is al doeltreffend.

#### **Artikel 334ss**

Zoals ik bij punt 1.c heb aangegeven zijn de BES eilanden géén EER/EU. Daarom is het nodig dat als een rechtspersoon vertrekt naar Caribisch Nederland (BES) ook de gangbare medezeggenschapsregels van rechtswege in stand blijven.

#### **Artikel 334tt Lid 2**

Er moeten volgens het wetsvoorstel notariële notulen gemaakt worden. Dit zou echter op vrijwillige basis kunnen. Lastenverlichting voor het bedrijfsleven. In het Burgerlijk Wetboek is al vastgelegd dat notulen op schrift worden gesteld. Een vertaling in een begrijpelijke taal ligt echter meer voor de hand.

#### **Artikel 334vv lid 2**

De regeling van de Europese rechtsvormen (SE, EESV, SCE, ontwerp SpE en FE) gaan ervan uit dat een grensoverschrijdende omzetting (één dag na) het moment van de registratie in het vennootschapsregister in het ontvangende land tot stand komt. Het ontvangende land deelt het land van vertrek mee, dat de grensoverschrijdende omzetting is geregistreerd. Het land van vertrek beëindigt daarop de registratie. Bij de Europese rechtspersonen vinden verder publicaties plaats in het elektronische Europese Mededelingenblad.

Ik schets het volgende beeld: Om een sloot droog over te steken leg je eerst de plank over de sloot. Steek dan over naar de overkant. Daarna kan de plank weggehaald worden. Het verband is dan verbroken.

#### **Artikel 334vw lid 3**

De notaris is volgens lid 3 de (enige) opgaveplichtige van de grensoverschrijdende omzetting. Wordt hiermee bedoeld dat de notaris tevens opgeeft dat aan lid 2 is voldaan? De notaris heeft in dit geval geen wettelijke plicht. Het lijkt mij dat het bestuur dat zelf (in het eigen belang) doet of laat doen door middel van een schriftelijke of digitale bevestiging van het ontvangende land dat de omzetting van kracht is geworden. Het ontvangende land bepaalt wanneer de omzetting van kracht is. Dit zorgt ervoor dat de rechtspersoon onafgebroken geregistreerd kan zijn, zodat **verificatie** in beide landen simpel is. Het is natuurlijk ook raadzaam dat het bestuur van de rechtspersoon opdracht geeft/de plicht heeft dat ook de andere (basis-)administraties, waarin de rechtspersoon opgenomen is, worden bijgewerkt (denk bijvoorbeeld aan het Kadaster, Scheepsregisters en dergelijke).

#### **Artikel 334ww lid 3**

De dag ná de akte is de grensoverschrijdende akte van kracht. Dit betekent dat er geen sprake kan zijn van terugwerkende kracht. Volgens de Handelsregisterwet moet de naar Nederlands recht omgezette rechtspersoon binnen één week in het handelsregister ingeschreven staan en kan daarop in het land van vertrek uitgeschreven worden.

## **Conclusie**

Ten bate van de mobiliteit van de micro-ondernemingen kan de regeling eenvoudiger en goedkoper. Voor de toegang tot de BES-eilanden geldt dat eerder nog charitatieve organisaties dan de kapitaalvennootschappen (vgl. fiscale overwegingen) bevoordeeld moeten worden.