



## Reactie op het Voorontwerp 'Grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen'

18 april 2014

Aan:  
Ministerie van Veiligheid en Justitie

Van:  
Loyens & Loeff N.V.  
Contactpersoon:  
mr. G.C. van Eck

15939382-v1

## **1 Inleiding**

Loyens & Loeff N.V. ("Loyens & Loeff") maakt graag gebruik van de mogelijkheid deel te nemen aan de publieke consultatie betreffende het ambtelijk voorontwerp grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen (het "Voorontwerp").

Wij zijn van mening dat het op korte termijn introduceren van wettelijke (procedure)voorschriften met betrekking tot grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zeer gewenst is in verband met (i) het tegengaan van misbruik van door Nederlands recht beheerste kapitaalvennootschappen, (ii) de ontwikkeling van de Nederlandse rechtspraak, (iii) de toegang tot en de versterking van Nederland als vestigingsland binnen de interne markt van de EU en voor (iv) de bevordering van de (notariële) rechtszekerheid bij dergelijke grensoverschrijdende omzettingen. In deze bijdrage zal Loyens & Loeff enige suggesties doen tot aanpassing van het Voorontwerp op onderdelen die naar haar mening van belang zijn.

## **2 Wettelijke procedurevoorschriften zeer gewenst**

In de dagelijkse praktijk heeft Loyens & Loeff veelvuldig te maken met rechtspersonen die gebruik wensen te maken van grensoverschrijdende herstructureringen. Bij sommige van deze herstructureringen is gewenst dat niet alleen de onderneming haar zetel verplaatst, maar ook de rechtspersoon zelf haar feitelijke domicilie verplaatst naar een andere staat, waarbij tevens het op de rechtspersoon toepasselijke recht wijzigt. De verplaatsing van de statutaire zetel waarbij het op de rechtspersoon toepasselijke recht wijzigt, zullen wij hierna aanduiden als "grensoverschrijdende omzetting".

Tot enkele jaren geleden bestond onduidelijkheid over de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting. Sinds de opvolgende arresten van het Hof van Justitie van de EG/EU inzake Sevic Systems, Cartesio en Vale,<sup>1</sup> ervaren wij dat een toenemend aantal verzoeken tot grensoverschrijdende omzetting wordt gedaan, zowel 'inbound' als 'outbound' (vanuit Nederland naar het buitenland). Loyens & Loeff is, evenals de meeste schrijvers in de vakliteratuur, van mening dat naar Nederlands recht grensoverschrijdende

---

<sup>1</sup> HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03, Sevic, Jurisprudentie 2005 p. I-10805, HvJ EG 16 december 2008, Zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, p. I-09641 en HvJ EU 12 juli 2012, Zaak C-378/10, Vale Építési kft., Jurisprudentie 2012, p. 00000.

omzetting op basis van Europees recht in beginsel mogelijk is (mits de nodige waarborgen worden ingebouwd).

Nu echter, bij gebrek aan wetgeving omtrent grensoverschrijdende omzetting, nog steeds onduidelijkheid bestaat over de wijze waarop een grensoverschrijdende omzetting zou moeten worden vormgegeven, levert de uitvoering van een grensoverschrijdende omzetting (rechts-)onzekerheid op voor alle betrokken partijen. Hierdoor wordt de vestigingsvrijheid van ondernemingen de facto belemmerd. Sommige EU landen zoals Luxemburg, Spanje en Cyprus voorzien thans reeds wel in een (ruimere) regeling voor grensoverschrijdende omzetting. Wij menen dat het zeer gewenst is dat ook in Nederland op korte termijn een heldere en rechtzekerheid biedende regeling beschikbaar komt waarop de praktijk zich zal kunnen baseren.

De mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting zal naar onze mening de positie van Nederland als vestigingsland met een attractief en flexibel vennootschapsrecht voor ondernemingen versterken. Indien de regels van het Voorontwerp tot wet zullen worden verheven, geeft dat de juridische (notariële) praktijk niet alleen de vereiste rechtszekerheid, maar wordt ook het misbruik van door Nederlands recht beheerste rechtspersonen bestreden en doet daarmee recht aan 'faciliteiten' die het Nederlandse vennootschapsrecht te bieden heeft, zoals de Flex BV, de enquêteprocedure en de uitkoopregeling.

### **3 Samenvoeging regels nationale en grensoverschrijdende omzetting**

Loyens & Loeff juicht de verplaatsing van regels betreffende nationale omzetting naar de voorgestelde afdelingen 2.7A.1 en 2.7A.2 van Boek 2 BW toe. Wij stellen voor bij deze verplaatsing enkele tekstuele onvolkomenheden, zoals de verwijzing naar het 'voorstel tot omzetting' in het voorgestelde artikel 2:334kk lid 5, te herstellen.

### **4 Beperking tot EU-kapitaalvennootschappen**

Wij onderschrijven de pragmatische keuze in het Voorontwerp om de regeling (voorlopig) te beperken tot de grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen. Dit neemt niet weg dat naar onze mening grensoverschrijdende omzetting van andere rechtsvormen eveneens mogelijk is op basis van de vrijheid van vestiging (artikelen 49 en 54 VWEU) en zoals bevestigd in de vorenbedoelde Europese rechtspraak. Daarom hechten wij eraan dat in de nabije toekomst uitbreiding van de regeling omtrent

grensoverschrijdende omzetting naar andere rechtsvormen (niet-kapitaalvennootschappen) nader onderzocht wordt.

Wij ondersteunen voorts het voorstel om de 'grensoverschrijdende' omzetting van vennootschappen naar het recht van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba ("BES") in Nederlandse naamloze en besloten vennootschappen en vice versa mede mogelijk te maken. Wij zien echter bovendien geen bezwaren tegen een verdere uitbreiding van de regeling door deze ook toepasselijk te laten zijn op de grensoverschrijdende omzetting van en in niet-EU-vennootschappen. Op die manier wordt de toegang tot het Nederlandse rechtssysteem van buiten de EU verbeterd en kan Nederland bovendien een (vennootschapsrechtelijke) 'poortwachtersfunctie' vervullen binnen de EU. Die aanpassing zou bovendien grensoverschrijdende omzetting van en in vennootschappen beheerst door het recht van andere landen van het Koninkrijk der Nederlanden – Aruba, Curaçao en Sint Maarten – mogelijk maken.

## **5 Opzet van de procedurevoorschriften**

In het Voorontwerp wordt wat betreft de procedurevoorschriften voor grensoverschrijdende omzetting onderscheid gemaakt tussen de inbound grensoverschrijdende omzetting en de outbound grensoverschrijdende omzetting.

Wij begrijpen de keuze voor een beknopte wettelijke regeling in het Voorontwerp met betrekking tot de inbound grensoverschrijdende omzetting. Bij een (vanuit Nederlands perspectief) inbound grensoverschrijdende omzetting moeten de procedurevoorschriften van het recht van de outbound staat bescherming bieden aan de belangen van de minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers van de (buitenlandse) rechtspersoon.

Overeenkomstig datzelfde principe bevat het Voorontwerp Nederlandse beschermingsregels voor belanghebbenden bij een Nederlandse rechtspersoon in geval van een outbound grensoverschrijdende omzetting.

Loyens & Loeff is positief over de gekozen benadering. Ten aanzien van de voorgestelde tekst maken wij nog de volgende specifieke opmerkingen.

## **6 Crediteurenbescherming (artikel 2:334qq Voorontwerp)**

De voorgestelde regeling tot bescherming van crediteuren bij een outbound omzetting in het voorgestelde artikel 2:334qq wijkt op enkele onderdelen af van de regeling van artikel 2:316 BW inzake fusie. Daardoor kan verwarring ontstaan over welke vorderingen onder de reikwijdte van artikel 2:334qq vallen. Wij bepleiten daarom volledig aansluiting te zoeken bij de inhoud van artikel 2:316 BW. Ook voor de verzettermijn geldt dat aansluiting bij de verzettermijn voor fusie (één maand in plaats van de voorgestelde twee maanden) naar onze mening beter passend is dan aansluiting te zoeken bij de regeling omtrent zetelverplaatsing bij de SE.

## **7 Verzet minister en DNB (artikel 2:334rr Voorontwerp)**

Het voorgestelde artikel 2:334rr lid 1 voorziet in een verzetrecht van de minister van Veiligheid en Justitie om redenen van algemeen belang. Dit is ontleend aan het verzetrecht zoals dit ook aan de minister van Veiligheid en Justitie is toegekend bij de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een Europese vennootschap (SE). Bij een outbound grensoverschrijdende fusie bestaat dit verzetrecht voor de minister van Veiligheid en Justitie niet. Ons is niet duidelijk waarom op dit punt een verschil tussen beide vormen van grensoverschrijdend herstructureren zou moeten gelden. Van belang daarbij is nog dat een dergelijk verzetrecht evenmin bestaat indien de rechtspersoon zou besluiten om slechts de onderneming te verplaatsen naar het buitenland, zonder de rechtsvorm te wijzigen. Dit terwijl de verplaatsing van de onderneming zelf (met haar werknemers) grotere gevolgen zal hebben dan het enkele wijzigen van de rechtsvorm. Wij bepleiten dan ook het voorgestelde verzetrecht van de minister van Veiligheid en Justitie te laten vervallen.

Ook vragen wij ons af wat de toegevoegde waarde is van de specifieke verzetregeling van de De Nederlandsche Bank N.V. ("DNB") als voorgesteld in artikel 2:334rr lid 2. Voor Nederlandse banken geldt dat een verklaring van geen bezwaar van DNB nodig is om te mogen overgaan tot een vennootschappelijke of financiële reorganisatie (artikel 3:96 lid 1 sub f Wft). Een grensoverschrijdende omzetting zal ook binnen de reikwijdte van artikel 3:96 lid 1 sub f Wft vallen. Ten aanzien van de termijn zien wij niet waarom deze langer zou moeten zijn dan een periode van één maand (zie ook 6 hiervoor).

## **8 Bescherming vennootschapsrechtelijke medezeggenschap (artikel 2:334ss Voorontwerp)**

Uit het Voorontwerp blijkt dat het bestaan van enige vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap na de grensoverschrijdende omzetting voldoende is om een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap met vennootschapsrechtelijke medezeggenschap te effectueren. Dit neemt niet weg dat uiteindelijk, niet alleen door een opvolgende statutenwijziging in de inbound-staat, maar ook in het kader van de grensoverschrijdende omzetting zelf, vennootschapsrechtelijke medezeggenschap verloren kan gaan.

Artikel 2:334ss Voorontwerp is naar de mening van Loyens & Loeff te veel toegespitst op het structuurregime. Indien wordt gehecht aan behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, dan zou deze ook moeten zien op andere vormen van vennootschappelijke medezeggenschap dan het structuurregime, indien de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van werknemers effectief gewaarborgd moet worden bij een grensoverschrijdende omzetting.

Bij zowel de SE als bij de grensoverschrijdende fusie blijkt echter de toepasselijkheid van Richtlijn 2011/86/EG tot tijdrovende en kostbare vertragingen in grensoverschrijdende herstructureringen te leiden en de vraag kan dan ook wel worden gesteld of het opportuun is om een regeling die is geïnspireerd op deze richtlijn in de nationale wetgeving op te nemen, indien daartoe geen verplichting bestaat. Wij geven dan ook in overweging om alternatieve methoden om de rechten van werknemers te waarborgen te onderzoeken.

Artikel 334ss zou dan bijvoorbeeld kunnen luiden:

1. Indien de om te zetten vennootschap voldoet aan de bepalingen van artikel 157, 158 tot en met 164 of 158 tot en met 161 en 164 dan wel 267, 268 tot en met 271 en 271, is grensoverschrijdende omzetting slechts mogelijk met instemming van de ondernemingsraad.
2. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder de ondernemingsraad verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van de vennootschap of van de onderneming van een afhankelijke maatschappij. Indien er meer dan één ondernemingsraad is, wordt de bevoegdheid van dit artikel door deze raden afzonderlijk uitgeoefend. Is voor de betrokken onderneming of ondernemingen een centrale ondernemingsraad ingesteld, dan komen de bevoegdheden van de ondernemingsraad volgens dit artikel toe aan de centrale ondernemingsraad.

## **9 Besluitvorming (artikel 2:334tt Voorontwerp)**

Het Voorontwerp schrijft geen separaat besluit tot statutenwijziging voor in artikel 2:334tt, terwijl dit op grond van het huidige artikel 2:18 BW en het voorgestelde artikel 2:334jj wel is vereist. Hoewel deze afwijking in de ontwerp memorie van toelichting is toegelicht, stellen wij voor dit vereiste toch toe te voegen aan artikel 2:334tt, om zodoende consistentie te bewerkstelligen tussen de regeling omtrent nationale omzetting enerzijds en grensoverschrijdende omzetting anderzijds.

## **10 Bescherming minderheidsaandeelhouders (artikel 2:334uu Voorontwerp)**

Bij uitoefening van het uittreedrecht kan de vennootschap door de Ondernemingskamer worden veroordeeld de aandelen waarop het verzoek tot uittreding betrekking heeft, over te nemen. De voorgestelde techniek lijkt ons onnodig gecompliceerd (denk bijvoorbeeld aan de vereiste 'uitkeringstest' ex artikel 2:216 BW) en wijkt af van de in artikel 2:334kk lid 4 gekozen methode, waarbij de aandelen per het moment van omzetting van rechtswege komen te vervallen. Wij menen dat voor de grensoverschrijdende omzetting van dezelfde systematiek gebruik kan worden gemaakt.

Voor de waardering van de aandelen waarop het verzoek van de minderheidsaandeelhouder tot uittreding betrekking heeft, adviseren wij aansluiting te zoeken bij de systematiek die is opgenomen in de uittreedregeling voor de outbound grensoverschrijdende fusie op basis van artikel 2:333h BW. Dit maakt mogelijk dat rekening wordt gehouden met (eigen) regelingen die zijn opgenomen in de statuten of een overeenkomst met betrekking tot de vaststelling van de waarde van de aandelen of een schadeloosstelling (zie artikel 2:333h lid 2 BW).

## **11 Overige opmerkingen**

Ten slotte volgen nog enige andere opmerkingen.

### *Regeling omtrent geschillen (artikel 2:334vv lid 4 Voorontwerp)*

Het begrip "geschillen" in artikel 2:334vv lid 4 behoeft nadere verduidelijking, te meer nu de wettelijke regeling voor de SE, waar in de ontwerp memorie van toelichting naar wordt verwezen, niet van toepassing is. Wij suggereren niet alleen te verwijzen naar "geschillen", maar in plaats daarvan te verwijzen naar "rechtsvorderingen die hun

grondslag of oorzaak vinden in de periode voorafgaande aan de grensoverschrijdende omzetting”.

#### *Beperkte rechten*

Wij adviseren in de wet een voorziening op te nemen die de status van beperkte rechten op aandelen in een grensoverschrijdend omgezette vennootschap regelt, zowel voor de inbound grensoverschrijdende omzetting als de outbound grensoverschrijdende omzetting.

Wij stellen daarbij voor te bepalen dat bij een inbound grensoverschrijdende omzetting bestaande zekerheidsrechten van rechtswege worden omgezet naar een pandrecht naar Nederlands recht, waarbij de belangrijkste modaliteiten van het pandrecht (stemrecht, inningsbevoegdheid) nog extra aandacht zouden moeten krijgen.

Bij een outbound grensoverschrijdende omzetting, adviseren wij, in lijn met artikel 2:319 BW voor fusie, dat de pandhouder aanspraak kan maken op een gelijkwaardige vervanging indien het pandrecht naar het recht van de inbound-staat niet in stand kan blijven, noch van rechtswege converteert in een beperkt zakelijk zekerheidsrecht met een vergelijkbaar voorrangrecht ten opzichte van gewone crediteuren.

#### *Termijn van omzetting*

Wij stellen voor dat aan artikel 2:334vv wordt toegevoegd de bepaling dat de outbound grensoverschrijdende omzetting plaats moet hebben binnen zes maanden na de aankondiging van de publicatie van het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting (vergelijk artikel 2:318 lid 1 BW).

## **12 Fiscale aspecten grensoverschrijdende omzetting**

Het valt Loyens & Loeff op dat in het Voorontwerp geen aandacht wordt besteed aan de fiscale aspecten die zijn verbonden aan een grensoverschrijdende omzetting. Loyens & Loeff doet de aanbeveling om de fiscale gevolgen in een zo vroeg mogelijk stadium in de beschouwing te betrekken. Het zou onwenselijk zijn als de fiscale gevolgen in de praktijk prohibitief blijken uit te pakken voor het uitvoeren van een grensoverschrijdende omzetting. In dit verband wijzen wij erop dat ook fiscale rechtsonzekerheid er reeds toe kan leiden dat wordt afgezien van een grensoverschrijdende omzetting. Bij gebrek aan een adequate fiscale begeleiding van een grensoverschrijdende omzetting is het niet ondenkbaar dat in de praktijk – om fiscale redenen – wordt teruggevallen op het alternatief van de grensoverschrijdende juridische fusie. Voor een grensoverschrijdende



juridische fusie bestaan immers – net zoals voor fusies tussen Nederlandse rechtspersonen – uitgebreide fiscale faciliteiten.

Naar onze mening is het in elk geval onwenselijk om een grensoverschrijdende omzetting ex artikel 2:334nn Voorontwerp fiscaal te behandelen als een liquidatie van de rechtspersoon. Thans valt het gros van de nationale omzettingen van een rechtspersoon op de voet van artikel 2:18 BW een dergelijke fiscale behandeling ten deel. Een dergelijke fiscale behandeling zou naar de mening van Loyens & Loeff haaks staan op de met het Voorontwerp beoogde mobiliteitsimpuls voor vennootschappen. Bij de fiscale inkadering van een grensoverschrijdende omzetting van een kapitaalvennootschap zou volgens Loyens & Loeff de continuering van diens fiscale positie het uitgangspunt moeten zijn.

### **13      Aanpassing artikel 2:333k BW**

Het Hof van Justitie van de EU heeft bepaald dat Nederland artikel 16 lid 2 onder b van Richtlijn 2005/56/EG niet correct heeft geïmplementeerd in nationale wetgeving. Hierdoor zou de Nederlandse wetgever niet voldoende hebben verzekerd dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van een bij een grensoverschrijdende fusie verkrijgende vennootschap met statutaire zetel in Nederland dezelfde medezeggenschapsrechten hebben als werknemers die in Nederland werkzaam zijn.

De voorgestelde wijziging van artikel 2:333k BW in het Voorontwerp is naar onze mening echter te verstrekkend, om twee redenen. In de ontwerp memorie van toelichting bij het Voorontwerp is de wijziging van artikel 2:333k BW gemotiveerd door te stellen dat het Nederlandse recht niet aan de in artikel 16 lid 2 onder b Richtlijn 2005/56/EG gestelde voorwaarde van gelijke behandeling van in Nederland werkzame en bij buitenlandse vestigingen werkzame werknemers voldoet. In het Voorontwerp is voorgesteld om in alle gevallen waarin één van de fuserende vennootschappen een werknemersmedezeggenschapsregeling heeft, toepassing van de Europese regeling voor te schrijven.

De in het Voorontwerp voorgestelde regeling is allereerst te verstrekkend omdat de in de praktijk zeer gewenste ondergrens van 500 werknemers van het huidige artikel 2:333k lid 2 sub a BW in het Voorontwerp komt te vervallen. Deze ondergrens vloeit voort uit artikel

16 lid 2 aanhef van Richtlijn 2005/56/EG<sup>2</sup>. Het arrest van het Hof van Justitie van de EU richt zich op de wijze van implementatie van sub b van het betreffende artikel uit de richtlijn en dus niet op de tekst van artikel 2:333k lid 2 sub a BW. Het arrest verplicht dan ook niet tot deze (voor de praktijk zeer ongewenste) aanpassing. Wij bevelen dan ook dringend aan de ondergrens van artikel 2:333k lid 2 sub a BW te handhaven volgens de huidige wettekst.

De tweede reden waarom de voorgestelde aanpassing van artikel 2:333kBW naar onze mening te verstrekkend is, is dat de regeling ook verplicht tot onderhandelen indien sprake is van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap welke op andere wijze is vormgegeven dan door middel van de structuurregeling. Dit is onnodig beperkend. Het is immers goed denkbaar dat een kapitaalvennootschap een andere vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent dan de structuurregeling, welke voorziet in rechten voor werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de verkrijgende vennootschap met statutaire zetel in Nederland.<sup>3</sup> De Richtlijn 2005/56/EG verplicht in dat geval niet tot het onderhandelen over de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende Nederlandse vennootschap.

Wij stellen dan ook voor de tekst van artikel 2:333k BW lid 2 sub b zodanig aan te passen dat dat de plicht tot het voeren van onderhandelingen met een Bijzondere Onderhandelingsgroep niet geldt *indien de statuten van de verkrijgende vennootschap met statutaire zetel in Nederland voorzien in een regeling omtrent vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, welke tevens dezelfde rechten geeft aan*

---

<sup>2</sup> Artikel 16 lid 2 van deze Richtlijn luidt: *De voorschriften betreffende werknemersmedezeggenschap die in voorkomend geval van toepassing zijn in de lidstaat waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft, zijn evenwel niet van toepassing, indien ten minste één van de fuserende vennootschappen in de zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het voorstel voor een grensoverschrijdende fusie als bedoeld in artikel 6 gemiddeld meer dan 500 werknemers heeft en werkt met een stelsel van werknemersmedezeggenschap in de zin van artikel 2, onder k), van Richtlijn 2001/86/EG, of indien de nationale wetgeving van toepassing op de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap, niet*

- a) *voorziet in ten minste hetzelfde niveau van 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, of*
- b) *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.*

<sup>3</sup> Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de statuten van een vennootschap zelf voorzien in een regeling omtrent vennootschapsrechtelijke medezeggenschap of indien (i) een naamloze vennootschap of besloten vennootschap is opgetreden als verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap bij een eerdere grensoverschrijdende fusie, (ii) bij de totstandkoming van die grensoverschrijdende fusie is onderhandeld met een Bijzondere Onderhandelingsgroep en (iii) de resultaten van die onderhandelingen zijn neergelegd in de statuten van de verkrijgende vennootschap (artikel 2:333k lid 5 BW). Ook is het mogelijk dat de verkrijgende vennootschap vrijwillig het structuurregime uitbreidt tot en rechten geeft aan werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de verkrijgende vennootschap.

*werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van die vennootschap* (derhalve zonder verwijzing naar de wettelijke bepalingen met betrekking tot het structuurregime).