

Ministerie van Veiligheid & Justitie
Zijne excellentie mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Allen & Overy LLP
Apollolaan 15
1077 AB Amsterdam

Postbus 75440
1070 AK Amsterdam

Tel +31 (0) 20 674 1000
Fax +31 (0) 20 674 1111

Amsterdam, 18 april 2014
Onderwerp **Voorontwerp wetsvoorstel grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen**
Ons kenmerk /PERSONAL-RENSENG AMCO:6482324.2
Van Chr.M. Stokkermans en G.J.C. Rensen
Telefoon 020 674 1524/1563

E-mail christiaan.stokkermans@allenovery.com en gunther.rensen@allenovery.com

Excellentie,

Allen & Overy LLP maakt graag gebruik van de geboden mogelijkheid om te reageren op het voorontwerp 'Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een regeling voor grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen'.

Wij vinden het voorontwerp een juiste stap van het ministerie van Veiligheid & Justitie. Het is van groot belang dat Nederland wettelijke bepalingen krijgt die de ingrijpende figuur van een grensoverschrijdende omzetting zowel inhoudelijk als processueel reguleren. Alleen op deze manier ontstaat er duidelijkheid aan welke voorwaarden nu precies moet zijn voldaan wil een dergelijke omzetting rechtsgevolgen hebben. In de huidige praktijk komen grensoverschrijdende omzettingen ook al voor, gebaseerd op de door u in de toelichting aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU inzake de vrijheid van vestiging. Welke (vorm)vereisten daarbij in acht worden genomen, verschilt echter nogal van geval tot geval, zo is onze indruk. Het voorontwerp maakt aan de rechtsonzekerheid die dit met zich brengt terecht een einde.

Onze kernpunten ten aanzien van het voorontwerp zien op de beperkte werkingssfeer van het voorontwerp waar het betreft (i) het type rechtspersoon dat zich grensoverschrijdend kan omzetten en (ii) de inreis- en uitreislanden waar omzettingen kunnen plaatsvinden. Hierna (paragraaf 1 en 2) gaan wij op deze kernpunten in. Tot slot (paragraaf 3) maken wij nog een aantal opmerkingen van meer juridisch-technische aard.

1 Beperkte werkingssfeer kapitaalvennootschappen

Allen & Overy LLP is een partnership met beperkte aansprakelijkheid, geregistreerd in Engeland en Wales onder nummer OC306763. De partnership is erkend door en valt onder toezicht van de Solicitors Regulation Authority van Engeland en Wales. De term partner wordt gebruikt ter aanduiding van een lid van Allen & Overy LLP of van een medewerker of consultant met een vergelijkbare positie en kwalificaties. Een lijst met de leden van Allen & Overy LLP en van de niet-leden die partner worden genoemd, ligt ter inzage op de hoofdvestiging in Londen, One Bishops Square, Londen E1 6AD.

Allen & Overy LLP en de daaraan gelieerde ondernemingen zijn gevestigd in: Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerpen, Athene, Bangkok, Beijing, Belfast, Boedapest, Boekarest (geassocieerd kantoor), Bratislava, Brussel, Casablanca, Doha, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Ho Chi Minhstad, Hong Kong, Istanbul, Jakarta (geassocieerd kantoor), Londen, Luxemburg, Madrid, Mannheim, Milaan, Moskou, München, New York, Parijs, Perth, Praag, Rangoon, Riyadh (geassocieerd kantoor), Rome, São Paulo, Shanghai, Singapore, Sydney, Tokyo, Warschau en Washington, D.C.

Ingevolge art. 334nn kent het voorontwerp een reikwijdte die beperkt is tot de kapitaalvennootschappen NV en BV. Alleen deze rechtspersonen kunnen zich (*outbound*) omzetten in een buitenlandse (EU/EER) rechtspersoon, die dan ook een kapitaalvennootschap moet zijn. Gaat het om een *inbound* omzetting dan kunnen alleen buitenlandse (EU/EER) kapitaalvennootschappen zich omzetten in een Nederlandse rechtspersoon, die dan een NV of BV moet zijn. Bovendien kan een Nederlandse NV of BV zich omzetten in een NV of BV naar het recht van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius of Saba (BES) – en *vice versa*.

De beperking van de reikwijdte van de regeling tot kapitaalvennootschappen is gekozen omdat het Europees recht ten aanzien van kapitaalvennootschappen tot op zekere hoogte is geharmoniseerd door middel van Europese richtlijnen. Aldus zou het rechtsgevolg van de omzetting beter voorspelbaar zijn en daardoor zou de belangen van degenen die bij de om te zetten rechtspersoon betrokken zijn beter veilig gesteld kunnen worden, zo lezen wij in de toelichting.

Ingeval van een *outbound* omzetting bepaalt het recht van het land waarnaar de statutaire zetel wordt verplaatst, welke rechtsvorm in dat land kwalificeert als kapitaalvennootschap. En ingeval van een *inbound* omzetting is het aan het land van vertrek om te bepalen welke rechtsvorm in dit verband kwalificeert als kapitaalvennootschap.

In de toelichting wordt opgemerkt dat eerst nadat ervaring is opgedaan met de voorgestelde regeling zal worden gezien of de werkingssfeer tot andere typen rechtspersonen zal worden uitgebreid. Wij zien het als een gemiste kans om de werkingssfeer niet uit te breiden naar andere typen rechtspersonen, waarbij grensoverschrijdende mobiliteit wel degelijk een rol speelt, zoals de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, alsmede internationaal georiënteerde verenigingen en stichtingen.

De voorgestelde beperking tot NV en BV werkt rechtsonzekerheid in de hand. De overige rechtspersonen kunnen dan weliswaar niet op grond van de wettelijke Nederlandse grensoverschrijdende omzettingsregeling emigreren, maar dit laat de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU over de vrijheid van vestiging onverlet. Met andere woorden, de hiervoor gesignaleerde huidige praktijk waarin grensoverschrijdende omzettingen worden gegrond op die jurisprudentie van het Hof, zonder bijvoorbeeld regelingen die de positie van belanghebbenden bij de omzetting beschermen, zal ten aanzien van de overige rechtspersonen ongewijzigd blijven.

Het argument dat een wettelijke regeling voor NV en BV een meer voorspelbaar resultaat oplevert dan voor andere typen rechtspersonen is ook maar zeer ten dele gerechtvaardigd. Juist in het BV-recht laten de wetgevingen van de verschillende lidstaten immers grote verschillen zien.

Bovendien kan aan de grensoverschrijdende omzetting waarbij een rechtsvorm is betrokken van een ander type dan de NV of BV het bijkomende vereiste van een rechterlijke machtiging worden verbonden, zoals dat in veel gevallen ook voor nationale omzettingen geldt.

2. Beperkte werkingssfeer: territoriaal

De territoriale reikwijdte van de grensoverschrijdende omzettingsregeling is in het voorontwerp beperkt tot de EU/EER en de BES-eilanden.

Een uitbreiding van de territoriale reikwijdte achten wij wenselijk omdat de behoefte aan mobiliteit van rechtspersonen niet tot de EU/EER of BES beperkt is. Het komt met enige regelmaat voor dat een Nederlandse NV of BV zijn zetel wenst te verplaatsen naar bijvoorbeeld Delaware in de Verenigde Staten. Onder het huidige recht wordt een dergelijke vennootschap dan eerst weggefuseerd (of omgezet) in een Luxemburgse vennootschap, gevolgd door een omzetting naar een vennootschap naar het recht van Delaware. Een dergelijke omweg brengt onnodige lastenverzwaringen van het bedrijfsleven met zich, gelegen in kosten van bijvoorbeeld (juridische en fiscale) adviseurs en tijdsverloop. Ook zijn ons gevallen bekend waarin vanuit Amerika werd gezocht naar het meest geschikte Europese land om naartoe te

verhuizen, waarbij zowel Nederland als Luxemburg op verschillende criteria hoog scoorden, en waarbij uiteindelijk werd gekozen voor Luxemburg om de enkele redenen dat internationale omzetting daarheen rechtstreeks kon. Met andere woorden: de in het voorontwerp voorgestelde beperking houdt rechtspersonen die willen verhuizen niet tegen, terwijl het tegelijkertijd de aantrekkingskracht van Nederland als vestigingsland onnodig beperkt.

Aan de hiervoor genoemde bezwaren tegen uitbreiding van de territoriale reikwijdte kan tegemoet gekomen worden door toevoeging van een bepaling die omzettingen buiten de EU/EER en de BES-eilanden toestaat, maar slechts vanuit en naar in een algemene maatregel van bestuur te noemen jurisdicties. In die ambv kunnen zo nodig ook aanvullende eisen worden gesteld. Aldus wordt de mogelijkheid geboden om de mogelijkheden van internationale zetelverplaatsing in de nabije toekomst op flexibele wijze uit te breiden. Het ministerie kan criteria opstellen (waaronder een fiscale toets) aan de hand waarvan individuele jurisdicties kunnen worden beoordeeld.

3. Overige onderwerpen

Tot slot maken wij, artikelsgewijs, nog een aantal technisch-juridische opmerkingen bij het voorontwerp.

- **art. 2:334pp:**

- Zowel in de wet als de toelichting ontbreekt een opmerking over de taal waarin het voorstel tot omzetting moet worden opgesteld; denkbaar is dat er hierover tegenstrijdige bepalingen bestaan tussen EU-lidstaten. In de toelichting zou kunnen worden bevestigd dat voor grensoverschrijdende omzetting en voor (inter)nationale fusies en splitsingen de wet strikt genomen niet voorschrijft dat het voorstel in de Nederlandse taal wordt gedeponereerd, maar dat de redelijkheid en billijkheid natuurlijk wel kunnen meebrengen dat dit hetzij in het Nederlands dan wel, als de omstandigheden dit rechtvaardigen, het Engels geschiedt.

- **art. 2:334uu:**

- Een uittreedregeling voor houders van certificaten zoals bedoeld in art. 2:118a BW ontbreekt. Niet valt in te zien waarom deze certificaathouders, die in beginsel bij volmacht het stemrecht kunnen uitoefenen (en dus tegen een grensoverschrijdende omzetting kunnen stemmen), bij een grensoverschrijdende fusie wél een uittreedrecht is toegekend maar bij een grensoverschrijdende omzetting niet.
- Er is voorzien in een overnameverplichting van de vennootschap, maar er wordt geen rekening gehouden met inkoopgrens/uitkeringstest en (eventueel) voorgeschreven machtiging. Betekent dit, dat deze beperkingen niet gelden bij overname van aandelen door de vennootschap in het kader van de uittreedregeling? In de wet of de toelichting zou dit verduidelijkt moeten worden.
- Verschrijving in lid 5: verwijzing naar ‘het vijfde lid’ moet zijn ‘het vierde lid’

- **art. 2:334vv:**

- Het attest kan ‘niet eerder dan een maand’ worden afgegeven, hetgeen betekent dat de omzettingsprocedure op zijn minst drie maanden duurt. Deze extra wachtermijn van één maand lijkt ons niet nodig indien alle aandeelhouders instemmen met de omzetting (en er geen stemrechtloze aandeelhouders zijn). Dat zou de procedure voor grensoverschrijdende omzetting in situaties van bijvoorbeeld intragroep-herstructurerings aanzienlijk verkorten.

- **opmerking concepten:**

- Na een outbound omzetting is titel 9 van Boek 2 BW niet langer van toepassing; de vennootschap is onderworpen aan het jaarrekeningenrecht van het land waarnaar de zetel wordt verplaatst. Indien het een EU-lidstaat betreft zal het jaarrekeningenrecht van dit land ook (mede) zijn gebaseerd op communautaire regelgeving, maar denkbaar is (daarnaast) andere voorschriften voor de inhoud van jaarrekening gelden. Om dit te ondervangen, zou de wet in een regeling kunnen voorzien voor de jaarrekening over het boekjaar waarin de omzetting plaatsvindt.
- Indien een NV of BV waarvoor een 403-verklaring is afgegeven, wordt omgezet in een buitenlandse entiteit en het land van aankomst niet een met art. 2:403/404 BW vergelijkbare regeling kent, kan die vennootschap niet langer een beroep doen op de vrijstelling voorzien in art. 2:403 BW en is het onduidelijk of de moedervernootschap die de aansprakelijkheidsverklaring heeft afgegeven en ingetrokken haar overblijvende aansprakelijkheid (zoals bedoeld in art. 2:404 lid 2 en 3 BW) nog wel kan beëindigen, omdat de 403-dochter niet meer is ingeschreven in het Nederlandse handelsregister.

Hoogachtend,

mr. Chr.M. Stokkermans

mr. G.J.C. Rensen