

Datum 18 april 2014

Aan Ministerie van Veiligheid en Justitie
Van Arnout Stroeve en Maarten Appels
Inzake Consultatie Voorontwerp grensoverschrijdende
omzetting kapitaalvennootschappen

1 Inleiding

Met veel belangstelling hebben wij kennis genomen van het Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen (het "**Voorontwerp**"). Het is een goede zaak dat Nederland, bij gebrek aan een Europese Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting, is over gegaan tot het opstellen van een nationale regeling die voorziet in zowel een outbound als een inbound grensoverschrijdende omzetting. Een nationale regeling zoals nu vervat in het Voorontwerp is een grote verbetering ten opzichte van de huidige (nationale) omzettingsregeling en biedt minderheidsaandeelhouders en crediteuren bepaalde waarborgen indien een Nederlandse vennootschap zich grensoverschrijdend om wenst te zetten.

Nederland zal zich echter binnen Europees verband moeten blijven inspannen voor het tot stand komen van een Europese Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting. Bedacht moet worden dat een aanzienlijk aantal Europese landen thans geen wettelijke regeling met betrekking tot de grensoverschrijdende omzetting kent. Indien een rechtspersoon uit een dergelijke jurisdictie zich wenst om te zetten in een Nederlandse vennootschap dan roept dit tal van vragen op. Een op Richtlijn gebaseerde uitvoeringswet blijft daarom vanzelfsprekend de voorkeur hebben boven een nationale regeling, de regeling vervat in het Voorontwerp moet dan ook als tijdelijk worden beschouwd.

In onderstaand overzicht maken wij eerst een algemene opmerking en vervolgens zullen wij artikelsgewijs enkele suggesties doen die veelal technisch van aard zijn.

2 Zekerheidsrechten

In zijn algemeenheid merken wij op dat het Voorontwerp niet voorziet in bepalingen die betrekking hebben op (houders van) beperkte rechten op aandelen. Wij nemen aan dat een grensoverschrijdende omzetting goederenrechtelijk geen invloed heeft op een beperkt recht op een aandeel. De aandelen worden immers niet ingetrokken ter gelegenheid van een grensoverschrijdende omzetting, het vermogen wordt niet aangetast. De rechten die beperkt gerechtigden toekomen kunnen echter als gevolg van de grensoverschrijdende omzetting wel wijzigen. Op grond van artikel 10:138 BW jo artikel 10:135 leden 1 en 2 BW wordt het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een aandeel op naam beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap die het aandeel uitgeeft dan wel heeft uitgegeven. Dit

toepasselijke recht bepaalt (onder andere) welke vereisten aan een overdracht of vestiging worden gesteld maar ook welke rechten kunnen rusten op een aandeel op naam en welke de aard en de inhoud van deze rechten zijn. Stel dat een Nederlandse vennootschap zich grensoverschrijdend omzet in een vennootschap beheerst door het recht van Europees land X en dat de aandelen van deze Nederlandse vennootschap zijn verpand. Op grond van Boek 2 en de statutaire regeling van de Nederlandse vennootschap kan het stemrecht op de aandelen overgaan op de pandhouder. Echter, in land X kan het stemrecht op aandelen niet overgaan op een pandhouder. De positie van een pandhouder verslechtert in dat geval als gevolg van de grensoverschrijdende omzetting.

Het lijkt goed om bij de behandeling van het Voorontwerp de positie van beperkt gerechtigden bij een grensoverschrijdende omzetting in ogenschouw te nemen bij zowel de inbound omzetting als bij de outbound omzetting al zal de invloed die de Nederlandse wetgever kan uitoefenen op de positie van beperkt gerechtigden nadat de grensoverschrijdende omzetting van kracht is, beperkt zijn. Wij hebben in onderstaand artikelsgewijs commentaar bij de artikelen 334pp lid 5, 334vv lid 1, 334ww lid 2 sub a en 334ww enkele suggesties gedaan die betrekking hebben op de positie van beperkt gerechtigden.

3 Artikelsgewijs commentaar Voorontwerp

Artikel 334jj lid 2

Dubbele besluitvorming

Het tweede lid van artikel 2:334jj geeft aan welke rechtshandelingen vereist zijn voor een omzetting. In sub a wordt het besluit tot omzetting genoemd en in sub b een besluit tot wijziging van de statuten (zoals thans opgenomen in artikel 2:18 lid 2 BW). Een omzetting leidt per definitie tot statutenwijziging, in deze statuten zijn namelijk de statuten van de omgezette rechtspersoon vervat. Het lijkt daarom overbodig om de tweedeling van besluitvorming te handhaven in het gewijzigde artikel 2:334jj lid 2, dit des te meer nu voor een grensoverschrijdende omzetting slechts een besluit tot omzetting vereist is (zie artikel 2:334tt). De gekwalificeerde meerderheid als bedoeld in sub a dient in dat geval te gelden ten aanzien van het besluit tot omzetting.

Voorstel

Het separate besluit tot statutenwijziging wordt geschrapt.

Artikel 334jj lid 5

Rechtelijke machtiging.

Op grond van de huidige opzet van Boek 2 zijn er twee procedures te onderscheiden indien een vennootschap zich wenst om te zetten in een vereniging of in een stichting. Ten eerste de procedure als neergelegd in artikel 2:18 lid 4 BW op grond waarvan rechtelijke machtiging is vereist voor een omzetting.

De om te zetten vennootschap dient middels een verzoekschriftprocedure de rechtbank te verzoeken tot machtiging en dient daarbij een notarieel ontwerp van de akte te overleggen. Vervolgens is er een separate verzetsprocedure opgenomen in artikel 2:71 BW respectievelijk artikel 2:182 BW. Het besluit tot omzetting wordt niet van kracht zolang verzet kan worden gedaan. Deze twee procedures zijn integraal overgenomen in artikel 2:334jj leden 4 en 5 en artikel 2:334ll.

In de praktijk bestaat onduidelijkheid over de toepassing van beide procedures. Is het mogelijk om een verzoekschriftprocedure ter verkrijging van rechtelijke machtiging aanhangig te maken gelijktijdig met het publiceren van het besluit tot omzetting als gevolg waarvan de crediteurenverzetsperiode van twee maanden aanvangt? Rechtbanken hebben in de praktijk geen eenduidig standpunt. Sommige rechtbanken zijn van mening dat een verzoekschrift alsmede de rechtelijke machtiging binnen de verzetsperiode ingediend en afgegeven kunnen worden, terwijl andere rechtbanken verzoekschriften pas in ontvangst nemen nadat de verzetstermijn is verstreken en geen verzet is gedaan. Als argument wordt gesteld dat de rechter op grond van de wet machtiging dient te weigeren indien een vereist besluit nietig is of indien een rechtsvordering tot vernietiging aanhangig is. Het besluit tot omzetting is echter niet van kracht zolang verzet kan worden gedaan. Gedurende de verzetsperiode is het besluit tot omzetting niet van kracht, de rechter zou in het verlengde van deze gedachte niet kunnen vaststellen of een besluit nietig is of dat er een rechtsvordering tot vernietiging aanhangig is gemaakt.

Betwifteld kan worden of bovenstaand argument hout snijdt. Het besluit is formeel dan wel niet van kracht, er is in vennootschapsrechtelijke zin wel een besluit tot stand gekomen, zij het onder een (wettelijke) opschortende voorwaarde. Na afloop van de verzetsperiode wordt het besluit van rechtswege van kracht, geen aanvullende rechtshandelingen zijn vereist. Het besluit kan dus wel degelijk door de rechter worden getoetst op nietigheid binnen de verzetsperiode van twee maanden.

Om aan de in de praktijk bestaande onduidelijkheid een einde te maken lijkt het goed om van de gelegenheid gebruik te maken door in de wet te bepalen dat het verzoekschrift ter verkrijging van rechtelijke machtiging één maand nadat het besluit tot omzetting is genomen, ingediend kan worden. Zo hebben belanghebbenden één maand de tijd een vordering tot vernietiging tegen het besluit tot omzetting in te stellen zodat de rechter zijn machtiging zal weigeren indien een vordering tot vernietiging is ingesteld. De rechter heeft vervolgens een maand de tijd om kennis te nemen van de inhoud van de akte van omzetting en kan de machtiging tot omzetting verlenen voordat de verzetsperiode van twee maanden afloopt. Het zou in de praktijk dan haalbaar moeten zijn om na verloop van twee maanden (i) rechtelijke machtiging te verkrijgen en (ii) de verklaring van non-verzet te verkrijgen, zodat de akte van omzetting gepasseerd kan worden. Een dergelijke wetswijziging zou de omzetting vereenvoudigen en versnellen.

Voorstel

Aan lid 5 van artikel 334jj wordt de volgende volzin toegevoegd:

"Indien een vennootschap zich omzet in een stichting of vereniging kan de vennootschap na verloop van één maand na aanvang van de in artikel 334ll vermelde aankondiging, machtiging tot omzetting verzoeken aan de rechtbank."

Artikel 334pp lid 2 sub d

Voorstel tot omzetting.

In lid 2 van artikel 2:334pp wordt vermeld welke informatie het voorstel tot omzetting moet vermelden. Sub d bepaalt dat het voorstel dient te vermelden de "*prijs die de vennootschap zal betalen voor een aandeel bij toepassing van artikel 334uu, met een cijfermatige onderbouwing van de hoogte van de geboden prijs*".

Het is waarschijnlijk dat veel grensoverschrijdende omzettingen plaatsvinden binnen concernverband. In dat geval neemt de enig aandeelhouder van de om te zetten vennootschap het besluit tot grensoverschrijdende omzetting. Artikel 2:334uu zal in een dergelijk geval geen toepassing vinden, er zijn immers geen minderheidsaandeelhouders die tegen het besluit tot omzetting kunnen stemmen. Ook indien er meerdere aandeelhouders zijn, zouden deze aandeelhouders de vrijheid moeten hebben om af te wijken van de hoofdregel om de te betalen prijs (inclusief cijfermatige onderbouwing) bij toepassing van artikel 2:334uu te vermelden in het voorstel. Bedacht moet worden dat dergelijke informatie met betrekking tot de prijs en daarmee de waarde van de onderneming, concurrentiegevoelig kan zijn, publicatie kan in voorkomende gevallen ongewenst zijn.

Voorstel

Artikel 2:334pp lid 2 sub d wordt gewijzigd en komt te luiden als volgt:

"d. de prijs die de vennootschap zal betalen voor een aandeel bij toepassing van artikel 334uu, met een cijfermatige onderbouwing van de hoogte van de geboden prijs tenzij de aandeelhouders hebben ingestemd dat deze informatie niet wordt opgenomen in het voorstel."

Artikel 334pp lid 5

Positie vergadergerechtigden.

Lid 5 van artikel 2:334pp regelt de deponering van het voorstel tot omzetting en de schriftelijke toelichting. De stukken liggen vanaf de aankondiging tot het tijdstip van de omzetting ter inzage of zijn elektronisch toegankelijk voor de aandeelhouders en voor hen die een bijzonder recht jegens de vennootschap hebben, zoals een recht op uitkering van winst of tot het nemen van aandelen, crediteuren, de ondernemingsraad of, indien bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming een ondernemingsraad ontbreekt, voor werknemers van de vennootschap. De bepaling lijkt te zijn gebaseerd op het inzage-recht van artikel 2:314 lid 2 BW. Op grond van artikel 334pp lid 5 hebben certificaathouders met vergaderrecht en andere vergadergerechtigden geen recht op inzage. Dit lijkt een omissie in het wetsontwerp. Certificaathouders met vergaderrecht en overige vergadergerechtigden (bij de BV vruchtgebruikers en pandhouders met stem/vergaderrecht) hebben namelijk in geval van grensoverschrijdende fusie op grond van de schakelbepaling van artikel 2:329 BW wel recht op inzage.

Voorstel:

Artikel 2:334pp lid 5 tweede volzin wordt als volgt gewijzigd:

"De stukken liggen vanaf de aankondiging als bedoeld in lid 4 en tot het tijdstip van de omzetting ter inzage of zijn elektronisch toegankelijk voor de aandeelhouders, certificaathouders met vergaderrecht,

vergadergerechtigden en voor hen die een bijzonder recht jegens de vennootschap hebben, zoals een recht op uitkering van winst of tot het nemen van aandelen, crediteuren, en de ondernemingsraad of, indien bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming een ondernemingsraad ontbreekt, voor werknemers van de vennootschap."

Artikel 334ss

Structuurregeling.

De voorgestelde bepaling is van toepassing 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 274 of 268 tot en met 271 en 274*". Vennootschappen die voldoen aan deze criteria kunnen zich niet omzetten tenzij de voorgestelde statuten voorzien in een regeling met betrekking medezeggenschap als bedoeld in de Wet rol werknemers bij de Europese Vennootschap. Blijkens de Memorie van Toelichting dient deze bepaling de belangen van de werknemers te beschermen ingeval zij in de NV of BV zogenoemde "vennootschapsrechtelijke medezeggenschap" hebben.

De structuurregeling is van toepassing op NV's en BV's die gedurende drie jaren voldoen aan de in artikel 2:153/263 genoemde criteria en hiervan (onafgebroken) opgaaf hebben gedaan bij het handelsregister. Op grond van artikel 2:154/264 is de structuurregeling als bedoeld in 2:158/268 tot en met 2:164/274 van toepassing. Artikel 162/272 is niet van toepassing indien het gemitigeerde structuurregime van toepassing is. NV's en BV's die niet op grond van de wet onderworpen zijn aan het structuurregime, kunnen op grond van artikel 2:157/267 het structuurregime vrijwillig toepassen.

Onduidelijk is of de Wetgever bewust artikel 2:334ss van toepassing heeft willen verklaren op vennootschappen die op vrijwillige basis statutair voldoen aan de structuurregeling. De Memorie van Toelichting maakt geen onderscheid tussen verplichte toepassing en vrijwillige toepassing van de structuurregeling. Wel wordt opgemerkt dat "*in andere lidstaten andere varianten van vennootschappelijke medezeggenschap bestaan, terwijl andere landen geen dwingend systeem hebben*". Verder wordt gesteld dat "*Teneinde te bewerkstelligen dat door Nederlandse werknemers verworven vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsrechten zoveel mogelijk behouden blijven in geval van een grensoverschrijdende omzetting*". De Wetgever wekt de indruk dat met artikel 2:334ss is beoogd de werknemers van een NV of BV, die op grond van Nederlands dwingend recht "vennootschappelijke medezeggenschap" hebben, te beschermen. Indien deze interpretatie van de Memorie van Toelichting de bedoeling van de Wetgever juist weergeeft, dient het toepassingsbereik van artikel 2:334ss niet te strekken tot NV's of BV's die de structuurregeling op vrijwillige basis toepassen. Werknemers hebben in deze gevallen immers geen "vennootschapsrechtelijke medezeggenschap" op grond van dwingend recht. Deze benadering ligt in lijn met de juridische status van een vennootschap die het structuurregeling vrijwillig toepast. Deze vennootschap kan namelijk door middel van een statutenwijziging afstand doen van het structuurregime als gevolg waarvan het 'gewone regime' weer van toepassing wordt op de desbetreffende vennootschap. Ook kan een vennootschap die de structuurregeling vrijwillig toepast zich 'nationaal' omzetten in een andere rechtsvorm waarbij na omzetting de structuurregeling niet meer van toepassing is.

Het lijkt daarom niet voor de hand te liggen dat een vennootschap die op vrijwillige basis de structuurregeling toepast, zich niet grensoverschrijdend kan omzetten tenzij de voorgestelde statuten voorzien in een regeling met betrekking tot medezeggenschap als bedoeld in de Wet rol werknemers bij de Europese Vennootschap. Dit werkt beperkend en leidt tot onnodige kosten aangezien een vennootschap die het structuurregime vrijwillig toepast en voornemens is zich grensoverschrijdend om te zetten, eerst haar NV/BV statuten overeenkomstig de 'gewone' regeling zal moeten wijzigen alvorens de procedure voor een grensoverschrijdende omzetting in gang te zetten.

Tenslotte merken wij op dat het toepassingsbereik van artikel 2:334ss is beperkt tot vennootschappen die *voldoen* aan de structuurbepalingen. Indien de structuurregeling echter *van toepassing is* op een vennootschap, en deze vennootschap haar statuten niet wijzigt dan voldoet deze vennootschap niet aan de structuurbepalingen. De wettelijke regeling blijft echter onverkort van toepassing. Onzes inziens zou artikel 2:334ss daarom van toepassing moeten zijn op vennootschappen die op grond van artikel 2:154/264 onderworpen zijn aan het (gemitigeerde) structuurregime.

Voorstel:

Artikel 334ss komt te luiden als volgt:

"Indien het bepaalde in artikel 154 respectievelijk artikel 264 op de om te zetten vennootschap van toepassing is, is grensoverschrijdende omzetting niet mogelijk tenzij de voorgestelde statuten voorzien in een regeling met betrekking tot medezeggenschap als bedoeld in artikel 1:1 lid 1, onderdeel n, van de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap."

Artikel 334vv lid 1

Verklaring notaris.

Het voorgestelde eerste lid van artikel 2:334vv bepaalt dat *"de notaris pas een maand nadat het besluit tot omzetting is genomen, een verklaring kan afgeven dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die deze titel en de statuten vereisen voor de omzetting van de vennootschap en dat voor het overige de daarvoor in deze afdeling gegeven voorschriften zijn nageleefd"*. Dat de notaris de hierboven bedoelde verklaring pas een maand nadat het besluit tot grensoverschrijdende omzetting is genomen kan afgeven, vloeit voort uit het feit dat minderheidsaandeelhouders die tegen het besluit tot omzetting hebben gestemd, gedurende een maand na het besluit tot omzetting, een verzoek als bedoeld in artikel 2:334uu kunnen instellen.

Als gezegd mag verwacht worden dat in de praktijk veel grensoverschrijdende omzettingen zullen plaatsvinden binnen concernverband. In dat geval neemt de enig aandeelhouder van de om te zetten vennootschap het besluit tot grensoverschrijdende omzetting. Artikel 2:334uu zal derhalve geen toepassing vinden, er zijn immers geen minderheidsaandeelhouders die tegen het besluit tot omzetting hebben gestemd. Ditzelfde geldt indien het besluit bij unanimité is genomen of indien alle aandeelhouders hebben ingestemd dat artikel 334uu geen toepassing vindt indien in onderling overleg een prijs is overeengekomen (zie eerdere opmerkingen bij artikel 334pp lid 2 sub d).

Voor dergelijke gevallen werkt artikel 2:334vv lid 1 onnodig belemmerend; de omzettingsprocedure loopt een maand vertraging op terwijl artikel 2:334uu geen toepassing vindt. Artikel 2:334vv lid 1 zal dus in die zin gewijzigd moeten worden dat de notaris zijn verklaring ook direct na het nemen van het besluit tot omzetting kan afgeven indien aandeelhouders hiermee instemmen.

Tevens lijkt het voor de rechtszekerheid nuttig als de notaris op basis van het aan hem overlegde aandeelhoudersregister tevens verklaart of de aandelen van de om te zetten vennootschap al dan niet zijn bezwaard met een recht van vruchtgebruik of pand. De notaris of andere bevoegde autoriteit/instantie in het land waar de vennootschap statutair gevestigd zal worden, wordt op die manier in kennis gesteld of aandelen al dan niet zijn bezwaard. Hij zal dan op basis van eigen nationale wet- en regelgeving moeten vaststellen welke invloed de omzetting heeft op de rechten van de beperkt gerechtigden.

Voorstel

Artikel 334vv lid 1 wordt gewijzigd en komt te luiden als volgt:

"De notaris verklaart niet eerder dan een maand nadat het besluit tot omzetting van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap is genomen dat hem gebleken is dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die deze titel en de statuten vereisen voor de omzetting van de vennootschap, of aandelen zijn bezwaard met een recht van vruchtgebruik of pand en dat voor het overige de daarvoor in deze afdeling gegeven voorschriften zijn nageleefd. De termijn van een maand als bedoeld in de voorgaande zin hoeft niet door de notaris in acht te worden genomen indien alle aandeelhouders hebben ingestemd dat artikel 334uu niet van toepassing is."

Artikel 334vv lid 4

Toepasselijk recht.

Het vierde lid van artikel 2:334vv regelt de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wanneer een grensoverschrijdende omzetting heeft plaatsgevonden, maar een geschil met de vennootschap is ontstaan voor de datum van de omzetting. Lid 4 bepaalt dat de vennootschap waarvan de statutaire zetel is verplaatst ten gevolge van een grensoverschrijdende omzetting, met betrekking tot voor de datum van de omzetting opgetreden geschillen geacht wordt haar statutaire zetel te hebben in Nederland, zelfs indien een rechtsvordering tegen de vennootschap wordt ingeleid na de omzetting.

Deze bepaling is gebaseerd op een vergelijkbare bepaling in artikel 8 lid 16 van de Verordening Europese vennootschap. Een Europese verordening heeft een algemene strekking en kent haar oorsprong in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.

Nu de voorgestelde regeling vervat in lid 4 niet is opgenomen in een verordening maar slechts in nationale wetgeving, dient zich de vraag aan of deze bepaling aan te merken valt als 'een bepaling van dwingend recht' in de zin van artikel 10:7 BW. Het is daarom niet zeker of deze bepaling na grensoverschrijdende omzetting (als gevolg waarvan de omgezette rechtspersoon niet meer valt aan te merken als Nederlandse

vennootschap) werkt ten opzichte van de omgezette rechtspersoon. Hetzelfde geldt ten aanzien van artikel 2:334qq lid 5 op grond waarvan de Nederlandse rechter bevoegd wordt geacht na omzetting op een ingesteld rechtsmiddel, de omgezette vennootschap te bevelen tot het stellen van een waarborg.

Artikel 334ww lid 2 sub a

Inbound omzetting.

Lid 2 van artikel 2:334ww bepaalt welke documenten er aan de akte van omzetting gehecht dienen te worden indien een rechtspersoon zich omzet in een NV of BV. Lid a luidt als volgt: *"een verklaring van een rechterlijke, administratieve of andere bevoegde instantie, daartoe aangewezen in de lidstaat waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft, waaruit blijkt dat de aan de zetelverplaatsing voorafgaande handelingen en formaliteiten zijn vervuld"*.

Indien alle EU lidstaten een (nationale) regeling voor grensoverschrijdende omzetting zouden kennen, zou het verkrijgen van een in a. bedoelde verklaring relatief eenvoudig zijn. Het toepasselijk recht zal immers bepaalde handelingen en/of formaliteiten voorschrijven. Het moet echter bedacht worden dat de nationale wetgeving van veel EU lidstaten geen procedure kent voor een grensoverschrijdende (outbound) omzetting (zoals dit thans het geval is in Nederland). Op grond van nationale wetgeving kan het dus zo zijn dat het in een EU lidstaat onmogelijk is om een verklaring als bedoeld in sub a te krijgen inhoudende dat aan de zetelverplaatsing voorafgaande handelingen en formaliteiten zijn vervuld, aangezien er simpelweg:

- (i) geen handelingen (althans niet in formele zin) en formaliteiten vervuld kunnen worden en, in het verlengde daarvan,
- (ii) geen rechterlijke, administratieve of andere bevoegde instantie is aangewezen om een dergelijke verklaring af te geven.

De bewoording van lid 2 sub a is op het eerste gezicht begrijpelijk, maar biedt de notaris weinig flexibiliteit. De vraag is hoe de notaris dient te handelen indien geen verklaring kan worden afgegeven, dan wel in de situatie dat een verklaring materieel niet voldoet aan lid 2 sub a. Kan hij de akte van omzetting als bedoeld in lid 1 passeren indien de bijlage als bedoeld in lid 2 sub a niet afgegeven kan worden? Indien de desbetreffende lidstaat slechts een regeling voor de nationale omzetting kent, volstaat in dat geval een verklaring dat aan de regels voor de nationale omzetting is voldaan? Omdat hier veelal sprake zal zijn van de omzetting van een kapitaalvennootschap in een ander type kapitaalvennootschap naar hetzelfde recht, valt te betwijfelen of een dergelijke verklaring voldoende waarborgen biedt. Wij zijn van mening dat de zorgplicht van de notaris in dergelijke gevallen met zich meebrengt dat niet volstaan kan worden met een hiervoor bedoelde summiere verklaring indien deze verklaring geen waarborgen biedt. De notaris zal in dat geval nader onderzoek moeten uitvoeren om zich ervan te vergewissen dat belanghebbenden niet onevenredig worden benadeeld door de grensoverschrijdende omzetting naar Nederland. Hij zou bijvoorbeeld om een "legal opinion" kunnen vragen waarbij door een deskundige wordt bevestigd dat de om te zetten rechtspersoon op grond van Europese jurisprudentie bevoegd is zich om te zetten en dat de handelingen en formaliteiten die leiden tot de omzetting, de belangen van betrokkenen in materiële zin waarborgt (bijvoorbeeld verzetsmogelijkheid crediteuren en consultatie werknemers).

In het verlengde van onze eerdere suggestie bij artikel 334vv lid 1 lijkt het ten slotte wenselijk om in de verklaring van de rechterlijke, administratieve of andere bevoegde instantie, tevens op te nemen of aandelen al dan niet zijn bezwaard. De notaris die de akte van grensoverschrijdende omzetting passeert wordt op die manier geïnformeerd of aandelen in de om te zetten rechtspersoon al dan niet zijn bezwaard met een beperkt recht. Dit is van belang om vast te kunnen stellen wat de rechten zijn van eventuele beperkt gerechtigden na omzetting (zie ook onze suggestie bij artikel 334ww).

Voorstel:

De wettelijke regeling dient te anticiperen op situaties waarbij in het land van herkomst, op grond van nationale wet- en regelgeving, geen formaliteiten zijn voorgeschreven in het kader van een (grensoverschrijdende) zetelverplaatsing en/of er geen bevoegde rechterlijke, administratieve of andere bevoegde instantie is om een in sub a bedoelde verklaring af te geven. Overwogen zou kunnen worden om in dergelijke gevallen de verplichting om een verklaring als bedoeld in sub a aan de akte te hechten, te laten vervallen. Hiervoor in de plaats zou in de akte van omzetting een bepaling opgenomen kunnen worden waarin:

(i) wordt vastgesteld dat in het land van herkomst op grond van nationale wet geen formaliteiten zijn voorgeschreven in het kader van een (grensoverschrijdende) zetelverplaatsing en/of er geen bevoegde rechterlijke, administratieve of andere bevoegde instantie is om een in sub a bedoelde verklaring af te geven;

(ii) op welke wijze de vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende omzetting, de rechten van belanghebbenden heeft gewaarborgd.

Op deze manier kan een rechtspersoon bij gebrek aan een verklaring als bedoeld in sub a zich toch omzetten in een Nederlandse vennootschap maar wordt de om te zetten vennootschap alsmede de bij de grensoverschrijdende omzetting betrokken notaris is dan verplicht om van geval tot geval te bekijken welke alternatieve handelingen/waarborgen gewenst zijn alvorens zich om te kunnen zetten in een NV of BV. Het is uiteraard niet de bedoeling dat enerzijds een buitenlandse rechtspersoon zich zou kunnen omzetten in een NV of BV terwijl de verklaring in materiële zin weinig tot niets voorstelt terwijl anderzijds landen die geen verklaring in de zin van sub a kennen, uitgesloten worden van grensoverschrijdende omzetting naar Nederland (dit nog los van de vraag of een dergelijke beperking is toegestaan op basis van het VALE arrest, wij zouden menen dat een dergelijke beperking niet is toegestaan). Wij doen daarom de omroep om meer mogelijkheden in de wet op te nemen op basis waarvan de notaris de akte van grensoverschrijdende omzetting kan passeren.

Artikel 334ww

Uitoefenen rechten jegens omgezette vennootschap.

Artikel 2:334mm lid 4 bepaalt ten aanzien van een nationale omzetting dat na de omzetting in een besloten vennootschap, een aandeelhouder, een vruchtgebruiker en een pandhouder de aan een aandeel verbonden rechten niet kunnen uitoefenen, zolang zij niet in het in artikel 194 bedoelde register zijn ingeschreven. Voor zover aandeelbewijzen zijn uitgegeven, vindt geen inschrijving plaats dan tegen afgifte van de aandeelbewijzen aan de vennootschap. Een dergelijke bepaling ontbreekt indien grensoverschrijdend wordt omgezet in een NV of BV.

In het belang van de rechtszekerheid is het belangrijk dat de omgezette NV of BV zo snel mogelijk haar houders van aandelen op naam, vruchtgebruikers en een pandhouders van die aandelen, inschrijft in het aandeelhoudersregister. Het lijkt daarom ook goed een soortgelijke bepaling op te nemen ten aanzien van een grensoverschrijdende omzetting waarbij wordt omgezet in een NV of BV.

Voorstel:

Een vierde lid toevoegen aan artikel 334ww die luidt als volgt:

"4. *Wanneer een rechtspersoon zich krachtens dit artikel omzet in een naamloze of besloten vennootschap kunnen een houder van aandelen op naam, een vruchtgebruiker en een pandhouder van die aandelen, de aan een aandeel verbonden rechten niet uitoefenen, zolang zij niet in het in artikel 85 respectievelijk artikel 194 bedoelde register zijn ingeschreven.*

Van Doorne N.V.

Arnout Stroeve (notaris) en Maarten Appels (kandidaat-notaris)