

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2023

27^e jaargang | 27 januari 2023 | nummer 1

ONDERNEMING EN BEDRIJF

Mr. A.H.B (Aaron) Bouman¹

Nieuwe regeling voor grensoverschrijdende omzettingen van BV's en NV's

2023-0003

Grensoverschrijdende omzettingen komen met enige regelmaat voor. Van een grensoverschrijdende omzetting is sprake wanneer bijvoorbeeld een Nederlandse besloten vennootschap (BV) haar rechtsvorm wijzigt in een buitenlandse rechtsvorm, bijvoorbeeld naar die van de Belgische BV. Op dit moment ontbreekt echter een wettelijke regeling voor grensoverschrijdende omzettingen. Daarin komt naar verwachting verandering, omdat op 5 december 2022 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel is ingediend tot implementatie van de zogenoemde Vennootschapsrichtlijn, die onder meer ziet op grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen. Dit strekt tot het realiseren van een rechtskader voor onder meer grensoverschrijdende omzettingen van BV's en NV's. Deze richtlijn dient uiterlijk op 31 januari 2023 geïmplementeerd te zijn. In deze bijdrage wordt verkend op welke wijze een grensoverschrijdende omzetting naar verwachting geregeld wordt. Grensoverschrijdende fusies en splitsingen blijven hier buiten beschouwing.

Achtergrond van het wetsvoorstel

Op 12 december 2019 heeft het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie (EU) een richtlijn gepubliceerd die ziet op de invoering van een wettelijk kader voor onder meer grensoverschrijdende omzettingen in nationale regelgeving.² Die richtlijn beoogt het voor vennootschappen binnen de EU en Europese Economische Ruimte (EER) gemakkelijker te maken om onder meer grensoverschrijdende omzettingen te effectueren. Ook voorziet de richtlijn in beschermingsbepalingen voor de bij een omzetting betrokken aandeelhouders, werknemers en schuldeisers.

Grensoverschrijdende omzettingen vinden de afgelopen jaren met enige regelmaat plaats in Nederland, hoewel daarvoor geen nationale regelgeving bestaat. De grondslag voor deze omzettingen of erkenning van deze omzettingen is het recht op vrijheid van vestiging, zoals opgenomen in het Verdrag betreffende de werking van de EU. In rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU is uitgemaakt dat het op basis van de vrijheid van vestiging wettelijk is toegestaan dat een vennootschap naar het recht van een EU-lidstaat zich kan omzetten in een vennootschap naar het recht van een andere EU-lidstaat, voor zover is voldaan aan de vereisten van de wetgeving van die andere lidstaat.³ Gelet daarop, is het toegestaan dat een Nederlandse BV haar rechtsvorm omzet in die van een Belgische BV, voor zover is voldaan aan de vereisten van de wetgeving van België. Het ontbreken van regelgeving omtrent grensoverschrij-

dende omzettingen zou (rechts)onzekerheid opleveren, hetgeen onwenselijk zou zijn voor het bedrijfsleven. Die rechtsonzekerheid wordt gezien als een hinderpaal voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging binnen de EU.⁴

Toepassingsbereik

Het toepassingsbereik van de te implementeren richtlijn en daarmee de nationale regeling is beperkt. Zo is de regeling geografisch beperkt tot lidstaten van de EU of de EER. Een omzetting naar de rechtsvorm van een Indonesische vennootschap valt dus niet onder het toepassingsbereik van de regeling.

Daarnaast ziet de regeling alleen op grensoverschrijdende omzettingen van kapitaalvennootschappen naar andere kapitaalvennootschappen. Voor Nederland zijn dat BV's en NV's.⁵ Hiermee is de regeling beperkter dan de regeling voor binnenlandse omzettingen, nu op grond van die laatste regeling BV's en NV's, maar ook andere rechtspersonen, hun rechtsvorm (onder voorwaarden) kunnen omzetten naar niet-kapitaalvennootschappen.⁶ Dit neemt niet weg dat rechtspersonen met rechtsvormen die buiten het toepassingsbereik van de in te voeren regeling vallen, zich grensoverschrijdend kunnen omzetten met een beroep op de vrijheid van vestiging.⁷

Een andere beperking is dat een grensoverschrijdende omzetting is uitgesloten voor BV's en NV's die

betrokken zijn in een insolventieprocedure – oftewel ingeval van faillissement of surseance van betaling.⁸ Datzelfde geldt voor ontbonden BV's en NV's, indien reeds uit hoofde van de vereffening een uitkering is gedaan.⁹ BV's en NV's die in een WHOA-traject zitten, kunnen hun rechtsvorm wel wijzigen.¹⁰ In het wetsvoorstel is geen overgangsrecht opgenomen; de wetswijziging heeft onmiddellijke werking.¹¹

Omzetting volgens het wetsvoorstel

Volgens de toelichting op het wetsvoorstel houdt een grensoverschrijdende omzetting in dat een vennootschap haar rechtsvorm naar het recht van een lidstaat van de EU of de EER verandert in een vergelijkbare rechtsvorm naar het recht van een andere lidstaat, zonder rechtspersoonlijkheid te verliezen.¹² De toelichting op het wetsvoorstel geeft als voorbeeld het geval waarin een Nederlandse BV *zich omzet* in een Duitse GmbH en andersom.¹³ Strikt genomen is dat niet zuiver, omdat het bij een omzetting alleen gaat om de wijziging van de rechtsvorm van de rechtspersoon. Het zou daarom zuiverder zijn om te spreken van een Nederlandse BV die *haarrechtsvormomzet* in die van een Duitse GmbH.

De crux bij een omzetting is dat de omgezette rechtspersoon als zodanig blijft bestaan. De rechtspersoonlijkheid blijft behouden en wordt ook niet onderbroken. De bestuurders en aandeelhouders blijven bestuurders en aandeelhouders in de omgezette rechtspersoon. Een grensoverschrijdende omzetting houdt dan ook niet in of gaat niet gepaard met een ontbinding van de rechtspersoon. Evenmin vindt bij een omzetting een vermogensovergang (onder algemene titel) plaats. Vanwege het voortduren van de rechtspersoonlijkheid blijft de omgezette vennootschap contractspartij bij overeenkomsten die zij vóór de omzetting had gesloten en procespartij in procedures waarin zij vóór de omzetting was betrokken.¹⁴ Feitelijk zou er bij een omzetting dus niets wezenlijks veranderen in het bedrijf of de onderneming van de vennootschap en evenmin in de vóór de omzetting gesloten overeenkomsten. Bestaande (arbeids)overeenkomsten veranderen niet van karakter. Het is van belang dat een omzetting wel juridische gevolgen kan hebben voor overeenkomsten van vóór de omzetting. Zo kunnen in overeenkomsten bepalingen staan over (de gevolgen van een) omzetting van contractpartijen. En ingeval in een overeenkomst niets is geregeld over een grensoverschrijdende omzetting, dan kan dat worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid. In dat geval kan de rechter onder omstandigheden op vordering van één van de partijen de gevolgen van de overeenkomst wijzigen of deze (gedeeltelijk) ontbinden.¹⁵

De plaats van de onderneming van de vennootschap verandert niet door de omzetting. Dit is van belang voor de toepasselijkheid van de Wet op de ondernemingsraden en andere wetgeving die van toepassing is op in Nederland actieve ondernemingen.¹⁶

Tegen deze achtergrond zou een omzetting praktischer zijn dan het oprichten van een buitenlandse vennootschap, het overdragen van het vermogen en activiteiten van de vennootschap en het vervolgens ontbinden van laatstgenoemde vennootschap.

Wijze van grensoverschrijdende omzetting

Uit het wetsvoorstel volgt welke procedure geldt voor een rechtsgeldige grensoverschrijdende omzetting.¹⁷ Deze procedure bestaat – overeenkomstig de richtlijn – uit drie fases: (1) de voorbereidende fase, (2) de besluitvormende fase en (3) de uitvoerende fase. Het voert te ver om in deze bijdrage elke fase in detail toe te lichten. Hierna wordt volstaan met een beschrijving van deze fases op hoofdlijnen.

Vorbereidende fase

De voorbereidende fase houdt in dat het bestuur van de om te zetten vennootschap een omzettingsvoorstel maakt en deelt met de aandeelhouders, schuldeisers en eventuele ondernemingsraad. Dat voorstel dient een groot aantal onderwerpen te bevatten, waaronder de reden voor de omzetting, alsmede de rechtsvorm, naam en statutaire zetel van de om te zetten vennootschap en de statuten zoals die zullen luiden na de omzetting. Ook dient erin te worden opgenomen: een indicatief tijdschema voor de omzetting, de waarschijnlijke gevolgen van de omzetting voor de werkgelegenheid, de eventuele schadeloosstelling aan aandeelhouders en de aan schuldeisers geboden waarborgen.¹⁸

In deze fase is ook een toezichthoudende rol weggelegd voor de accountant, die een accountantsverklaring afgeeft over onder meer de schadeloosstelling voor aandeelhouders.¹⁹ De om te zetten vennootschap dient het omzettingsvoorstel, de kennisgeving ervan en de accountantsverklaring te deponeren bij het handelsregister én kondigt deze deponering aan in de Staatscourant.²⁰

Besluitvormende fase

In deze fase dient een aandeelhoudersbesluit tot omzetting te worden genomen, waarvoor een meerderheid van minstens twee derde van de uitgebrachte stemmen is vereist.²¹ Het omzettingsbesluit kan pas worden genomen één maand na deponering van het omzettingsvoorstel of aankondiging daarvan in de Staatscourant.²²

Uitvoerende fase

In deze fase is een poortwachtersrol weggelegd voor de notaris. Zo dient de notaris een "fraudetoets" uit te voeren, waarbij een verklaring (het "pre-omzetting attest") wordt afgegeven van de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende omzetting.²³ De notaris staat de omzetting niet toe, indien deze vaststelt dat de omzetting is opgezet voor misbruik of andere frauduleuze doeleinden. Het gaat om doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzetting van EU- of nationaal recht of voor criminele doeleinden. In dat geval weigert de notaris zijn dienst en kan omzetting niet plaatsvinden.²⁴

Ook dient de notaris een "rechtmatigheidstoets" uit te voeren. Na afgifte van het pre-omzetting attest dient de notaris te beoordelen en te verklaren of aan alle (procedurele of formele) vereisten voor de omzetting is voldaan (het "slotattest").²⁵ Als sluitstuk dient de omgezette vennootschap te worden ingeschreven in het (handels)register in de lidstaat van bestemming en te worden uitgeschreven of doorgehaald uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel. In het handelsregister wordt dan tevens vermeld dat de doorhaling het gevolg is van een grensoverschrijdende omzetting, met vermelding van de datum van doorhaling en de naam en rechtsvorm van de omgezette vennootschap.²⁶

Van belang is dat het moment van omzetting van de rechtsvorm van een Nederlandse vennootschap wordt bepaald door het recht van de lidstaat waar de vennootschap na omzetting haar statutaire zetel zal hebben.²⁷ Dat is anders bij omzettingen naar de rechtsvorm van een Nederlandse vennootschap. In dat geval wordt de omzetting van kracht op het moment dat de notaris de notariële omzettingsakte heeft verleden.²⁸

Verplaatsing van de statutaire zetel?

Een ander belangrijk aspect bij een grensoverschrijdende omzetting is de noodzakelijke verplaatsing van de statutaire zetel. Uit de Vennootschapsrichtlijn volgt dat bij een grensoverschrijdende omzetting ten minste is vereist dat de statutaire zetel van de vennootschap wordt overgebracht naar de lidstaat van bestemming. Deze "verplichte" zetelverplaatsing volgt niet uitdrukkelijk uit het wetsvoorstel, maar volgt er indirect uit. Zo dient het bestuur bij de omzettingsvoorstel een voorstel voor de statutaire zetel van de omgezette vennootschap te overleggen. Een omzetting van vennootschappen in een door Nederlands recht beheerste rechtsvorm houdt altijd een statutaire zetelverplaatsing naar Nederland in.²⁹

Een verplaatsing van de statutaire zetel zonder verandering van het recht waaronder de vennootschap valt, is geen grensoverschrijdende omzetting en valt dus buiten

deze regeling. Bovendien is een besluit tot verplaatsing van de statutaire zetel naar een plaats buiten Nederland nietig zonder een grensoverschrijdende omzetting op grond van het huidige recht.³⁰

De (ver)plaats(ing) van de statutaire zetel is niet van ondergeschikt belang, omdat aan de statutaire zetel verschillende rechtsgevolgen zijn verbonden. Zo wordt bij het beoordelen van de rechtsmacht ten aanzien van een procedure waarbij een vennootschap gedaagd is, in beginsel naar de plaats van de statutaire zetel van die vennootschap gekeken.³¹ Bij gebreke van een reeds overeengekomen forumkeuze, zou een zetelverplaatsing dus met zich kunnen brengen dat een Nederlandse schuldeiser zich na de zetelverplaatsing naar bijvoorbeeld Italië, voor een procedure tegen de omgezette vennootschap dient te wenden tot de Italiaanse rechter. Dat kan voor schuldeisers een drempel vormen om een procedure te starten. Het wetsvoorstel biedt schuldeisers wiens vorderingen vóór de deponering van het omzettingsvoorstel zijn ontstaan, de mogelijkheid om de omgezette vennootschap waarvan de statutaire zetel is verplaatst naar een andere lidstaat alsnog voor de Nederlandse bevoegde gerechtelijke instantie te dagen. Die omgezette vennootschap wordt namelijk geacht haar statutaire zetel in Nederland te hebben, indien de vordering tegen de vennootschap wordt ingeleid binnen twee jaar na het van kracht worden van de omzetting.³²

Beschermingsbepalingen

De richtlijn en daarmee het wetsvoorstel beogen een regeling vast te stellen waarmee belangen van bij de omzetting betrokken personen worden beschermd. Zo voorziet het wetsvoorstel in verschillende beschermingsbepalingen voor aandeelhouders en schuldeisers, die hiervoor al zijn langgekomen. In aanvulling op het voorgaande wordt gewezen op het uitreedrecht van aandeelhouders die tegen het omzettingsbesluit hebben gekeerd. Ook hebben aandeelhouders de mogelijkheid om een niet bevredigende schadeloosstelling "aan te vechten". De procedure heeft de vorm van een bindend-adviesprocedure die bij de voorzitter van de Ondernemingskamer plaatsvindt. Deze kan op verzoek van de aandeelhouder een aanvullende schadeloosstelling laten bepalen door een of meer onafhankelijke deskundigen.³³ Schuldeisers krijgen onder meer de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden binnen drie maanden na openbaarmaking van het omzettingsvoorstel voor het afdwingen van bepaalde waarborgen (zoals een bankgarantie of pandrecht), indien zij niet tevreden zijn over de wel geboden waarborgen.³⁴

Het wetsvoorstel bepaalt voorts dat een eenmaal uitgevoerde grensoverschrijdende omzetting niet nietig kan worden verklaard of kan worden vernietigd, omdat

nietigheid of vernietigbaarheid tot teveel rechtsonzekerheid aanleiding geeft.³⁵

Conclusie

Met implementatie van de richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting wordt een – zij het wat betreft het toepassingsbereik beperkt – wettelijk kader geschept voor grensoverschrijdende omzettingen. De regeling ziet alleen op kapitaalvennootschappen, zodat voor niet-kapitaalvennootschappen een wettelijk kader voor omzettingen en daarmee rechtszekerheid vooralsnog ontbreekt. Desondanks is het een te verwelkomen voorgestelde wetswijziging, nu in de praktijk niet duidelijk is hoe een grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen dient plaats te vinden, terwijl de wetgever wel erkent dat dergelijke grensoverschrijdende omzettingen (kunnen) plaatsvinden. Met invoering van de voorgestelde nieuwe regeling verkrijgt de praktijk een duidelijk stappenplan voor grensoverschrijdende omzettingen van kapitaalvennootschappen. De regeling bevat tevens verschillende beschermingsbepalingen ten behoeve van bij de omzetting betrokken personen, waaronder aandeelhouders en schuldeisers. Ook is met het wetsvoorstel duidelijk wat volgens de wetgever de juridische gevolgen van een grensoverschrijdende omzetting zijn voor de rechtspersoon en diens positie bij lopende overeenkomsten en procedures. Zoals in de inleiding vermeld, dient de richtlijn uiterlijk op 31 januari 2023 te worden geïmplementeerd. De verwachting is dat de met dit wetsvoorstel voorgestelde wetswijziging in 2023 in werking treedt. In de toelichting wordt echter aangegeven dat mogelijk een termijn tussen de publicatiedatum van de wet en het tijdstip van inwerkingtreding wordt gelaten, zodat de

praktijk de mogelijkheid heeft zich in te stellen op de in het wetsvoorstel opgenomen wijzigingen.

Noten:

1. Mr. A.H.B (Aaron) Bouman is advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te 's-Hertogenbosch.
2. Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen, Pb EU L 321, 12 december 2019, p. 1–44.
3. HvJ EU 25 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:804 [Polbud], onder verwijzing naar onder meer HvJ EG 16 december 2008, ECLI:EU:C:2008:723 [Cartesio].
4. Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 2.
5. Artikel 2:335 lid 1 BW (nieuw).
6. Artikel 2:18 BW.
7. Zie ook Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 6.
8. Artikel 2:335a lid 3 BW (nieuw).
9. Artikel 2:335a lid 2 BW (nieuw).
10. Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 15.
11. Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 7.
12. Zie ook artikel 2:335 lid 2 BW (nieuw): 'De grensoverschrijdende omzetting beëindigt het bestaan van de vennootschap niet.'
13. Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 3.
14. Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 4, p. 7.
15. Artikel 6:258 BW en zie hierover voorts: Snijder-Kuipers, Omzetting als rechtsvormwijziging, Deventer: Kluwer 2010, p. 178.
16. Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 104.
17. Artikel 2:335 BW (nieuw) tot en met artikel 2:335p BW (nieuw).
18. Artikel 2:335b BW (nieuw).
19. Zie onder meer: artikel 2:335e BW (nieuw).
20. Artikel 2:335f lid 1 en 3 BW (nieuw).
21. De statuten kunnen anders bepalen; zie artikel 2:335h BW (nieuw); vergelijk artikel 2:18 lid 2 sub a BW.
22. Artikel 2:335 h lid 2 BW (nieuw).
23. Artikel 2:335l BW (nieuw).
24. Zie ook: artikel 21 Wet op het notarisambt.
25. Artikel 2:335l BW (nieuw) en artikel 2:335m BW (nieuw).
26. Artikel 2:335n BW (nieuw).
27. Artikel 2:335l lid 1 BW (nieuw).
28. Artikel 2:335m BW (nieuw).
29. Artikel 10:118 BW.
30. Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 102, onder verwijzing naar artikel 2:14 BW.
31. Zie bijvoorbeeld artikel 1 Rv en de artikelen 4 en 63 lid 1 onderdeel a Brussels I bis-Verordening (EEX-Verordening II).
32. Artikel 2:335k BW (nieuw).
33. Artikel 2:335i lid 4 en 5 BW (nieuw).
34. Artikel 2:335j BW (nieuw).
35. Vergelijk artikel 2:333l BW (nieuw).