



**REACTIE DLA PIPER NEDERLAND N.V.
INZAKE HET VOORONTWERP
GRENSOVERSCHRIJDENDE OMZETTING**



REACTIE DLA PIPER NEDERLAND N.V INZAKE HET VOORONTWERP GRENSOVERSCHRIJDENDE OMZETTING

INLEIDING

1. DLA Piper Nederland N.V. ("**DLA Piper**") heeft kennis genomen van het voorontwerp Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een regeling voor grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen (het "**Voorontwerp**"). Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid om hierop te reageren. Hieronder treft u ons commentaar per onderwerp aan.
2. DLA Piper juicht het initiatief om een regeling omtrent de grensoverschrijdende omzetting in de Nederlandse wet vast te leggen zeer toe. Met het oog op de internationalisering en flexibilisering van het vennootschapsrecht mag een wettelijke regeling omtrent de grensoverschrijdende omzetting niet ontbreken. In het Voorontwerp is, onder meer, een goede aanzet gedaan tot een evenwichtige regeling, gebaseerd op de arresten van het Hof van Justitie van de EU op 16 december 2008 (C-201/06, Cartesio) en op 12 juli 2012 (C-378/1010, Vale).
3. In onderstaand commentaar hebben wij ons beperkt tot de regeling omtrent de grensoverschrijdende omzetting zoals vervat in het Voorontwerp. De overige in het Voorontwerp opgenomen onderwerpen laten wij in dit consultatiedocument buiten beschouwing.

KAPITAALVENNOOTSCHAPPEN (ARTIKEL 334NN)


4. Het Voorontwerp voorziet uitsluitend in een regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen. Volgens de Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp ("**MvT**") is gekozen om de regeling te beperken tot kapitaalvennootschappen omdat het Europese recht ten aanzien van kapitaalvennootschappen tot op zekere hoogte is geharmoniseerd.
5. DLA Piper kan deze redenering goed volgen, waarbij wel wordt opgemerkt dat het Cartesio arrest zag op grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen in het algemeen, en niet slechts op kapitaalvennootschappen. De onzekerheid ten aanzien van de toepasselijke procedure en bescherming van crediteuren en werknemers bij grensoverschrijdende omzetting van andere

rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen blijft dan ook voortbestaan.

6. Ons inziens bestaat ook ten aanzien van de omzetting van andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen behoefte aan een nationale regeling, juist omdat een Europese regeling ontbreekt.

VOORSTEL TOT GRENSOVERSCHRIJDENDE OMZETTING (ARTIKEL 334PP)

7. Het Voorontwerp bevat geen regeling ten aanzien van de ondertekening van het voorstel tot omzetting.
Om duidelijkheid te scheppen omtrent de in acht te nemen formaliteiten stelt DLA Piper voor om, analoog aan de bepalingen ten aanzien van de fusie (art 2:312 lid 3 en 4 BW), op te nemen dat het voorstel ondertekend dient te worden door alle bestuurders en commissarissen.
8. Tevens ontbreekt een voorschrift omtrent de taal van het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting.
DLA Piper zou het toejuichen als wordt aangehaakt bij de regeling omtrent jaarrekeningen (art 2:394 lid 1 BW) en op te nemen dat het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting naast het Nederlands ook gesteld mag worden in de Engelse, Franse of Duitse taal. Een dergelijke bepaling doet recht aan het, per definitie, internationale karakter van een dergelijke omzetting.
9. De wetgever heeft ervoor gekozen om geen publicatie in een landelijk verspreid dagblad voor te schrijven; uitsluitend publicatie van de deponering in de Staatscourant is verplicht. Om welke reden de wetgever gekozen heeft om af te wijken van de bepalingen omtrent de grensoverschrijdende fusie is niet toegelicht in de MvT.
Omwille van de eenduidigheid stelt DLA Piper voor om de publicatieverplichtingen van de grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende omzetting identiek te maken.
10. In lid 5 is opgenomen dat ook crediteuren inzage mogen hebben in de stukken die ten kantore van de vennootschap worden neergelegd. De toevoeging van crediteuren aan de kring van personen die inzage mogen hebben in de ten kantore neergelegde stukken, zoals bijvoorbeeld de toelichting, is nieuw in vergelijking tot (grensoverschrijdende) fusie. De reden van de uitbreiding van deze kring van personen wordt niet gegeven.

- 
11. Naar onze mening worden de crediteuren voldoende beschermd door bekendmaking van (de deponering van) het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting en de overige toepasselijke bepalingen. Inzage in de toelichting (zo die al wordt gemaakt) heeft geen toegevoegde waarde in de bescherming van hun belangen.


CERTIFICAATHOUDERS EN PANDRECHT (ARTIKEL 334QQ)

Certificaathouders

12. Bij een grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV, waarbij certificaten zijn uitgegeven voor de aandelen in het kapitaal van die NV of BV, wijzigt het object van certificering. Naar wij aannemen zal de aandeelhouder (het administratiekantoor) bij de uitoefening van het stemrecht rekening moeten houden met de veranderende positie van de certificaathouder in het algemeen en de administratievoorwaarden in het bijzonder.
13. Met name geldt dit indien de certificaathouder in kwestie volgens de statuten vergaderrechten heeft. Veel andere jurisdicties kennen immers het begrip certificering niet of kennen in ieder geval geen regeling omtrent de vergaderrechten. Indien door de omzetting van een BV het vergaderrecht van de certificaathouders wordt gewijzigd of ontnomen, kan dit uitsluitend met instemming van de betrokken certificaathouder (art 2:227 lid 4 BW).
14. In het Voorontwerp is geen enkele regeling getroffen omtrent houders van certificaten van aandelen.
Gezien het bovenstaande zou het raadzaam zijn om in ieder geval een vergelijkbare bepaling als bij de fusie op te nemen (art 2:329 BW), waarbij aan certificaathouders met vergaderrechten (of ingeval van een NV: aan de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten) het inzagerecht wordt toegekend.

Pandhouders en vruchtgebruikers

15. Ook een regeling omtrent houders van pandrechten of vruchtgebruik ontbreekt in het Voorontwerp.
Bij een grensoverschrijdende omzetting geldt uiteraard de algemene regeling omtrent zaaksvervanging en komt het pandrecht te rusten op het object dat daarvoor in de plaats treedt.
Ingeval van een grensoverschrijdende omzetting zal het pandrecht komen te rusten op de aandelen (of vergelijkbare instrumenten) van de omgezette rechtspersoon. Indien de houder van de verpande aandelen kiest voor de mogelijkheid tot inkoop rust het pandrecht op de opbrengst van de inkoop.

- 
16. Onduidelijk is echter wat de gevolgen zijn indien de statuten na de grensoverschrijdende omzetting bepalen dat geen pandrecht mogelijk is. Naar wij aannemen geldt dan dat een dergelijke bepaling niet geldt voor pandrechten die voordien reeds gevestigd waren.
 17. Ook is mogelijk dat de statuten na de grensoverschrijdende omzetting bepalen dat het stemrecht niet aan de pandhouders en vruchtgebruikers kan worden toegekend. In dat geval vissen de betreffende pandhouders en vruchtgebruikers achter het net; in beginsel hebben zij immers het stemrecht op de verpande aandelen tenzij de statuten dat na omzetting niet toestaan.
 18. Gezien het bovenstaande kan overwogen worden om de pandhouders en vruchtgebruikers met (voorwaardelijk) stemrecht het recht op inzage te geven - zie onze opmerking onder 14.

BESLUIT TOT GRENSOVERSCHRIJDENDE OMZETTING (ARTIKEL 334TT)

19. DLA Piper mist in het Voorontwerp een koppeling tussen het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting en het besluit daartoe.
20. Wij raden dan ook aan om in lid 1 een volzin toe te voegen: "Het besluit mag niet afwijken van het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting".

MOGELIJKHEID TOT INKOOP TEGENSTEMMENDE AANDEELHOUDER OF HOUDER VAN STEMRECHTLOZE AANDELEN (ARTIKEL 334UU)

21. In de MvT is vermeld dat de tegenstemmende aandeelhouder of stemrechtloze aandeelhouder er recht op hebben dat hun aandelen worden overgenomen door de vennootschap. Op basis van de tekst van het Voorontwerp is het echter geen automatisme dat de tegenstemmende aandeelhouder kan uitstappen; de Ondernemingskamer moet dat verzoek immers nog toewijzen, en kan dus ook afwijzen. Überhaupt zijn geen gronden vermeld op basis waarvan de Ondernemingskamer dient te toetsen.
22. Indien bedoeld is om de tegenstemmende aandeelhouder of stemrechtloze aandeelhouder een automatisch recht op uitstappen te verlenen, dan zal de wettekst moeten worden aangepast. DLA Piper zou het toejuichen als opgenomen wordt dat de Ondernemingskamer het verzoek slechts op een aantal limitatief

opgesomde gronden mag afwijzen. Terzijde wordt nog opgemerkt dat in ieder geval onder Nederlands recht de vennootschap in bepaalde gevallen niet tot inkoop kan of mag overgaan - van een volledig vanzelfsprekend recht op inkoop door de vennootschap kan derhalve sowieso geen sprake zijn.


23. In lid 1 en 4 is abusievelijk verwezen naar artikel 334pp lid 1; dat moet artikel 334pp lid 2 zijn.
Bovendien is in de tweede volzin van lid 5 abusievelijk "vijfde lid" opgenomen; dat moet "vierde lid" zijn.
24. In artikel 2:181 lid 4 BW (overgenomen in artikel 334kk lid 5 laatste volzin) is bepaald dat de benoeming van deskundigen achterwege kan blijven, indien de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld.
Onduidelijk is waarom deze regeling niet is opgenomen in lid 2.
Naar onze mening komt een dergelijke regeling de praktijk ten goede.
25. Gezien de regeling neergelegd in dit artikel 334uu, en in het bijzonder gezien het bepaalde in lid 5, is het mogelijk dat de toewijzing van de Ondernemingskamer inzake de inkoop pas plaatsvindt na omzetting. In dat geval zal een ander rechtsstelsel van toepassing zijn op de vennootschap en op de bepalingen van inkoop. Het is goed denkbaar dat het buitenlandse rechtsstelsel aanvullende eisen stelt aan inkoop, als gevolg waarvan de vennootschap niet in staat is of het haar niet is toegestaan alsnog tot inkoop over te gaan.
26. In dat geval is de tegenstemmende aandeelhouder gebaat bij aanvullende zekerheid of waarborgen. In de huidige regeling wordt overgelaten aan de tegenstemmende aandeelhouder om die aanvullende waarborgen te vragen.
DLA Piper raadt een regeling aan waarbij de positie van de tegenstemmende aandeelhouder wordt zeker gesteld, mede met het oog op een mogelijke toewijzing van de Ondernemingskamer eerst na de omzetting.
Wellicht zou opgenomen kunnen worden dat de Ondernemingskamer ook ambtshalve kan besluiten tot het stellen van zekerheden of andere maatregelen mag treffen indien de bepalingen van het nieuwe rechtsstelsel ten aanzien van de inkoop daartoe aanleiding geven.

ROL NOTARIS EN ÉÉN MAAND WACHTTERMIJN (ARTIKEL 334VV)

27. In lid 1 is opgenomen dat de notaris niet eerder dan één maand na het besluit tot grensoverschrijdende omzetting zijn verklaring mag afgeven omtrent de vormvoorschriften.
28. DLA Piper veronderstelt dat de maand wachttermijn is opgenomen in verband met het bepaalde in artikel 334uu lid 1.
Het is ons echter onduidelijk waarom de notaris telkens een maand moet wachten met zijn verklaring als vervolgens in artikel 334uu lid 5 is bepaald dat een verzoek van de tegenstemmende aandeelhouder of stemrechtloze aandeelhouder aan de Ondernemingskamer het afgeven van de verklaring van de notaris niet in de weg staat. Ook is niet duidelijk hoe de notaris moet of kan controleren of een verzoek tot inkoop is ingediend bij de vennootschap zelve of bij de Ondernemingskamer.
29. Het zou de snelheid bevorderen als bepaald wordt dat de notaris onmiddellijk de verklaring mag afgeven nadat alle aandeelhouders vóór het besluit tot grensoverschrijdende omzetting hebben gestemd en bovendien, indien van toepassing, de stemrechtloze aandeelhouders hebben verklaard af te zien van hun recht een verzoek als bedoeld in artikel 2:334uu in te dienen bij de Ondernemingskamer.
Hetzelfde dient te gelden indien het besluit niet unaniem is genomen maar de tegenstemmende aandeelhouders (en de eventuele stemrechtloze aandeelhouders) allen hebben verklaard af te zien van hun recht genoemd verzoek in te dienen.
30. In het algemeen acht DLA Piper de combinatie van twee maanden verzettermijn én één maand wachttermijn te lang. Een termijn van effectief ten minste drie maanden is vergeleken met de toepasselijke termijn bij een grensoverschrijdende fusie ongekend lang en onpraktisch.


INKOMENDE GRENDOVERSCHRIJDENDE OMZETTING (ARTIKEL 334WW)

31. In het Voorontwerp is geen maximale termijn opgenomen tussen openbaarmaking van het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting en de omzetting zelve. De MvT merkt op dat dit niet nodig lijkt omdat er geen specifiek belang is dat met een dergelijke termijn wordt beschermd.

- 
32. Naar de mening van DLA Piper zou in het algemeen een maximum termijn bijdragen aan de rechtszekerheid, al was het maar om uitwassen en ongewenst lange termijnen te voorkomen.
 33. Het is bovendien niet denkbeeldig dat door (langdurig) tijdsverloop mutaties in het vermogen optreden als gevolg waarvan de vennootschap niet meer in staat is tot het betalen van de inkoopprijs aan de tegenstemmende of stemrechtloze aandeelhouders.
In ieder geval uit beschermingsoogpunt van hun belangen lijkt het eveneens raadzaam een termijn op te nemen - wellicht een maximum termijn tussen het publiceren van (de deponering van) het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting en het besluit.
 34. De in lid 2 sub b genoemde termijn van vijf maanden dient in overeenstemming met artikel 2:94a lid 1 juncto lid 2 gewijzigd te worden in zes maanden.
 35. In het Voorontwerp is geen vergelijkbare bepaling opgenomen als artikel 2:333j BW. Volgens dat artikel dient de beheerder van het handelsregister waar de verkrijgende rechtspersoon is ingeschreven onverwijld mededeling te doen aan het register waar de verdwijnende vennootschap.
 36. Het zou raadzaam zijn om een dergelijke regeling (art 2:333j BW) naar analogie op te nemen in combinatie met een verplichting voor de notaris om in de akte van omzetting de aanduiding van en het inschrijvingsnummer bij het register waarin de gegevens van de betreffende rechtspersoon vóór omzetting is ingeschreven, te vermelden.

NIETIGHEID OF Vernietigbaarheid (ARTIKEL 334XX)

37. Dit artikel sluit de nietigheid of vernietigbaarheid van een grensoverschrijdende omzetting op grond van het bepaalde in titel 7A, afdeling 3 uit.
38. Wij nemen aan dat indien de procedure niet gevolgd is dit in beginsel grond voor schadevergoeding zal opleveren. De schade in een dergelijk geval is echter lastig aan te tonen. Daarmee lijkt de belangenbescherming die de wetgever met de voorgeschreven procedure wenst te bereiken dus niet altijd even effectief.
39. De waarborg voor de juiste uitvoering van de voorgeschreven procedure ligt in beginsel vervat in het voorschrift dat de notaris de in artikel 334vv genoemde verklaring moet afgeven. Maar wat als het



andere rechtsstelsel een dergelijke verklaring niet eist? Dat is niet denkbeeldig nu overkoepelende Europese regelgeving ontbreekt. In dat geval is er geen enkele effectieve controle of sanctie op het niet doorlopen van de juiste procedure.

40. Volgens de MvT zou nietigheid of vernietiging van de grensoverschrijdende omzetting aanleiding geven tot teveel rechtsonzekerheid. De MvT licht dat echter niet verder toe.
41. Wat DLA Piper betreft dient er een afweging gemaakt te worden tussen de belangen die door het volgen van een juiste procedure beschermd moeten worden en de eventuele chaos bij vernietiging of nietigheid. Nu de regeling omtrent het waarborgen van de juiste procedure niet waterdicht is en het een omzetting betreft (waarbij de vennootschap dus als zodanig blijft voortbestaan), zien wij het bewaar niet tegen een mogelijke nietigheid of vernietiging van de grensoverschrijdende omzetting. Zeker indien de bevoegdheid tot het instellen van de vordering daartoe slechts gedurende een korte periode na omzetting bestaat, analoog aan artikel 2:323 lid 2 bij een (binnenlandse) fusie.

DLA Piper Nederland N.V.
12 april 2014

CONTACTPERSONEN DLA PIPER



Sander Wiggers
Notaris - Partner
T 020 5419928
M 06 29555644
sander.wiggers@dlapiper.com



Manon den Boer
Notaris - Partner
T 020 5419871
M 06 13270322
manon.denboer@dlapiper.com



Philip Jonker
Advocaat - Senior Associate
T 020 5419807
M 06 52005912
philip.jonker@dlapiper.com



Daphne Bens
Advocaat - Partner
T 020 5419834
M 06 52005904
daphne.bens@dlapiper.com



Noor Gerver
Kandidaat-Notaris -
Senior Associate
T 020 5419840
M 06 13635596
noor.gerver@dlapiper.com

