

University of Groningen

Grensoverschrijdende omzetting van EU/EER-kapitaalvennootschappen

Schutte-Veenstra, Hanny; Boschma, Hylda

Published in:
Ondernemingsrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Schutte-Veenstra, H., & Boschma, H. (2022). Grensoverschrijdende omzetting van EU/EER-kapitaalvennootschappen. *Ondernemingsrecht*, 2022(10/11), 365-376. [2022/60].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Grensoverschrijdende omzetting van EU/EER-kapitaalvennootschappen

Ondernemingsrecht 2022/60

Het is verheugend dat met de inwerkingtreding op 1 januari 2020 van de Mobiliteitsrichtlijn is voorzien in een Europees regelgevend kader voor de grensoverschrijdende omzetting (hierna: GOO). Elke EU/EER-lidstaat dient uiterlijk op 31 januari 2023 te voorzien in een nationale regeling van deze rechtsfiguur. In Nederland is een eerste aanzet hiervoor gegeven in het op 7 februari 2022 verschenen Voorontwerp dat procedurele en inhoudelijke voorschriften bevat voor een GOO van EU/EER-kapitaalvennootschappen.

In deze bijdrage gaan de auteurs in op het regelgevend kader voor (grensoverschrijdende) omzetting, empirische data en redenen voor een GOO alsmede het toepassingsbereik van het Voorontwerp. Waar de Nederlandse wetgever met name nog een slag moet maken is de verduidelijking van de verhouding van de (toekomstige) wettelijke GOO-regeling met andere wet- en regelgeving. Dit betreft in ieder geval de verhouding met de noodwetgeving inzake zetelverplaatsing en de verhouding met de SE-verordening. Zo dient de Nederlandse wetgever voor de SE duidelijk te maken welke regels van toepassing zijn bij de inbound- en outbound-GOO van een SE in een BV/NV en vice versa.

De auteurs gaan voorts in op de ingrijpende rechtsgevolgen die aan de rechtsfiguur van de GOO zijn verbonden. In het te concipiëren wetsvoorstel ontbreekt duidelijkheid over de rechtskracht van AV-besluiten die voorafgaand aan de GOO zijn genomen. Hetzelfde geldt voor de rechtsgevolgen van een GOO voor beperkte rechten, zoals pandrecht en vruchtgebruik, die op de aandelen van een om te zetten kapitaalvennootschap zijn gevestigd.

Tot slot wordt de procedure voor de totstandbrenging van een GOO besproken.

1. Inleiding

Op 7 februari 2022 heeft het ministerie van Justitie en Veiligheid een Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen doen verschijnen (hierna: Voorontwerp).² De

consultatieperiode eindigde op 7 maart 2022 en leverde 23 reacties op. Doel van de beoogde wettelijke regeling is de implementatie van de EU-richtlijn inzake grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen van EU/EER-kapitaalvennootschappen.³

In deze bijdrage gaan wij in op de figuur van de grensoverschrijdende omzetting (hierna: GOO) van EU/EER-kapitaalvennootschappen. Eerst wordt het regelgevende kader voor (grensoverschrijdende) omzetting besproken (par. 2), waarna empirische data en redenen voor een GOO aan bod komen (par. 3). Vervolgens wordt het Voorontwerp besproken, waarbij achtereenvolgens wordt ingegaan op het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling inzake GOO (par. 4), de rechtsgevolgen van een GOO (par. 5) en de procedure om een GOO tot stand te brengen (par. 6). Ten slotte volgen enkele afsluitende opmerkingen (par. 7).

2. Regelgevend kader voor (grensoverschrijdende) omzetting

2.1 Huidig recht

Al lange tijd kent het Nederlandse recht een wettelijke regeling voor een binnenlandse omzetting van rechtspersonen.⁴ Deze beperkt zich niet tot NV's en BV's, maar ziet op alle in art. 2:3 BW genoemde privaatrechtelijke rechtspersonen. Met de mogelijkheid van grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting heeft de Nederlandse wetgever alleen rekening gehouden wanneer er buitengewone omstandigheden zoals oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar en revolutie spelen.⁵ Slechts voor een Europese vennootschap (SE) is in meer algemene zin bepaald dat haar statutaire zetel kan worden verplaatst naar een andere EU/EER-lidstaat.⁶

3 Tot de EER behoren alle EU-landen alsmede Liechtenstein, Noorwegen en IJsland.

4 Vgl. art. 2:18, 2:71, 2:72, 2:181, 2:182 en 2:183 BW.

5 Zie concept-MvT, p. 79/80, waar in dit verband de volgende (beperkte) mogelijkheden worden opgesomd. De Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen (*Stb.* 1994, 800) biedt enkel de mogelijkheid van verplaatsing van de statutaire zetel van onder meer NV's en BV's naar een plaats buiten het Koninkrijk in het geval van oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar, revolutie of daarmee vergelijkbare buitengewone omstandigheden. De Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen (*Stb.* 1967, 161) maakt onder vergelijkbare omstandigheden zetelverplaatsing mogelijk naar een ander deel van het Koninkrijk. Voorts is onder dezelfde bijzondere omstandigheden zetelverplaatsing van rechtspersonen en instellingen binnen het Koninkrijk mogelijk door de overheid op grond van de Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen (*Stb.* 1967, 162). Zie hierover M. van Olfen & E.J. Breukink, 'Ondernemingsrecht in oorlogstijd', *Ondernemingsrecht* 2022/50 en hierna par. 4.4.

6 Zie concept-MvT, p. 80. Vgl. art. 8 verordening (EG) Nr. 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (hierna: SE-verordening) en art. 3 Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap van 17 maart 2005, *Stb.* 2005, 150.

1 Hylde Boschma is als hoogleraar Ondernemingsrecht verbonden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de RUG. Hanny Schutte-Veenstra is als hoogleraar Corporate Law verbonden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid en de Faculteit Economie en Bedrijfskunde van de RUG en zij is redacteur van dit tijdschrift.

2 Kenbaar via: www.internetconsultatie.nl/omzettingfusiesplitsing; geraadpleegd op 15 maart 2022.

Voor een GOO van een NV of BV in een vergelijkbare kapitaalvennootschap naar het recht van een andere EU/EER-lidstaat ontbreekt voornamelijk een wettelijke regeling. Het ontbreken hiervan staat er niet aan in de weg dat in de praktijk GOO's plaatsvinden. Rechtsgrondslag hiervoor is de vestigingsvrijheid van art. 49 VWEU zoals uitgelegd door het HvJ EU in de *Cartesio*-, *Vale*- en *Polbud*-arresten.⁷ Vandaar dat in 2014 een poging is gedaan in een nationale regeling te voorzien door een voorontwerp voor een wetsvoorstel grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen (hierna: Voorontwerp 2014) in consultatie te brengen.⁸ Dit initiatief is niet doorgezet toen duidelijk werd dat een Europese richtlijn over dit onderwerp zou verschijnen. Het heeft uiteindelijk tot eind 2019 geduurd voordat deze richtlijn er kwam.

2.2 Mobiliteitsrichtlijn

Op 27 november 2019 heeft de Europese regelgever Richtlijn (EU) 2019/2121 vastgesteld tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Vennootschapsrichtlijn) met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen.⁹ De wijzigingsrichtlijn wordt ook wel als de Mobiliteitsrichtlijn aangeduid. Beoogd wordt de vrijheid van vestiging binnen de EU te bevorderen door een regelgevend kader te bieden voor een GOO en een grensoverschrijdende splitsing (hierna: GOS). Hierdoor wordt de rechtszekerheid bevorderd en wordt eveneens in de bescherming van de rechten van de betrokken (minderheids)aandeelhouders, schuldeisers en werknemers voorzien. Voorts brengt de Mobiliteitsrichtlijn wijzigingen aan in de reeds in de Vennootschapsrichtlijn opgenomen regeling voor grensoverschrijdende fusie (hierna: GOF), teneinde de doeltreffendheid en efficiëntie van deze regeling te vergroten.¹⁰ De uiterste omzettingsdatum is 31 januari 2023.

In art. 86 ter onder 2 Vennootschapsrichtlijn is een definitie van een GOO opgenomen:

“een verrichting waarbij een vennootschap, zonder te worden ontbonden of zonder in vereffening te gaan, de rechtsvorm waaronder zij in een lidstaat van vertrek is geregistreerd, omzet in een in bijlage II vermelde rechtsvorm van de lidstaat van bestemming en met behoud van haar rechtspersoonlijkheid ten minste haar statutaire zetel overbrengt naar de lidstaat van bestemming”.¹¹

7 Respectievelijk HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 (*Cartesio*), HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 (*Vale*) en HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 (*Polbud*).

8 Kenbaar via: www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting/details; geraadpleegd op 16 mei 2022.

9 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 (*PbEU* L 321/1).

10 Zie overweging 7 van de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn.

11 Deze definitie is in lijn met het door het HvJ EU gewezen *Polbud*-arrest in die zin dat het enkele verplaatsen van de statutaire zetel voldoende is om van een grensoverschrijdende omzetting te kunnen spreken.

In geval van een GOO van een kapitaalvennootschap is sprake van een rechtsvormwijziging, wat gepaard gaat met een wisseling van het op die vennootschap van toepassing zijnde recht. Op haar is niet langer het recht van de EU/EER-lidstaat van vertrek van toepassing, maar het recht van de EU/EER-lidstaat van bestemming. Een Nederlandse BV zet zich bijvoorbeeld om in een Duitse GmbH of een Franse S.à.r.l. Ook de omgekeerde weg kan worden bewandeld. In het eerstgenoemde geval spreken we van een outbound-GOO; in het tweede van een inbound-GOO.

De rechtspersoonlijkheid van de kapitaalvennootschap blijft bij de GOO behouden en wordt niet onderbroken.¹² In art. 335 lid 2 Voorontwerp wordt geëxpliciteerd dat de GOO het bestaan van de vennootschap niet beëindigt.¹³ Anders dan bij fusie en splitsing is er bij de omzetting geen sprake van een vermogensovergang onder algemene titel. Het vermogen is en blijft bij de zich omzettende respectievelijk omgezette vennootschap.

Een GOO gaat noodzakelijkerwijs gepaard met een verplaatsing van de statutaire zetel van de betrokken vennootschap naar een andere EU/EER-lidstaat. Of tegelijkertijd ook de werkelijke zetel – in de zin van het hoofdbestuur, de hoofdvestiging of de belangrijkste activiteiten – moet worden verplaatst, is afhankelijk van het internationaal privaatrecht in de EU/EER-lidstaat van bestemming. Bij toepassing van de incorporatieleer – of beter: leer van de statutaire zetel – zoals in Nederland, Duitsland en recentelijk ook in België, is de plaats van de werkelijke zetel niet relevant.¹⁴ Indien daarentegen de EU/EER-lidstaat van bestemming de werkelijke zetelleer toepast, geldt als voorwaarde voor een GOO dat de vennootschap tegelijk met de statutaire zetel de werkelijke zetel naar deze EU/EER-lidstaat verplaatst. Dit is in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJ EU dat EU/EER-lidstaten de werkelijke zetelleer nog slechts mogen toepassen op ‘eigen’ vennootschappen. Ten gevolge van de GOO is de omgezette vennootschap geworden tot een ‘eigen’ vennootschap van de EU/EER-lidstaat van bestemming.

2.3 Voorontwerp

Op 7 februari 2022 verscheen het Voorontwerp ter implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn. Nu de consultatiefase is afgelopen is het ministerie van Justitie en Veiligheid weer aan zet teneinde een wetsvoorstel te vervaardigen dat vervolgens het wetgevingsproces dient te doorlopen. Het is een grote uitdaging de uiterste omzettingsdatum van 31 januari 2023 te halen.

In par. 4 tot en met 6 wordt aan de hand van het Voorontwerp de vormgeving van de toekomstige wettelijke regeling van de GOO geschetst. Wij volstaan in deze paragraaf met enkele algemene noties.

12 Vgl. art. 86 novodicies Vennootschapsrichtlijn.

13 Vgl. art. 2:18 lid 8 BW voor de binnenlandse omzetting.

14 Vgl. het door het HvJ EU gewezen *Polbud*-arrest: het enkele verplaatsen van de statutaire zetel is voldoende om van een grensoverschrijdende omzetting te kunnen spreken.

De eerste is dat de figuur van de GOO wordt geregeld in een in Boek 2 BW op te nemen nieuwe Titel 7A, omdat zij – anders dan de figuren van GOF en GOS – niet goed past binnen de huidige gelaagde structuur van Titel 7.

Ten tweede formuleert de concept-memorie van toelichting (hierna: concept-MvT) bij het Voorontwerp een viertal uitgangspunten voor de implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn, waarvan wij met name het vierde uitgangspunt noemen. Dit houdt in dat door de Mobiliteitsrichtlijn geboden lidstaatopties door Nederland worden overgenomen indien deze bijdragen aan een lastenverlichting of aansluiten bij bestaande wetgeving, procedures en praktijk.¹⁵

Tot slot: toepassing van de bepalingen van binnenlandse omzetting wordt in art. 335a lid 1 Voorontwerp expliciet uitgesloten bij een GOO. Er is derhalve – anders dan in het Voorontwerp 2014 – een waterscheiding aangebracht tussen de wettelijke regeling van een binnenlandse en die van een grensoverschrijdende omzetting.

3. Empirische data en redenen GOO

3.1 Empirische data

Hieronder is een tabel opgenomen met de aantallen inbound- en outbound-GOO's in Nederland vanaf 2008, het jaar waarin het HvJ EU het *Cartesio*-arrest wees, waardoor duidelijk werd dat een GOO een uitoefening van het EU-vestigingsrecht van art. 49 VWEU is.¹⁶

Tabel: Aantallen inbound- en outbound-GOO's in Nederland

Jaartal	Inbound-GOO	Outbound-GOO
2008	3	9
2009	1	1
2010	2	1
2011	1	4
2012	2	8
2013	8	32
2014	6	40
2015	8	20
2016	3	7
2017	18	56
2018	21	94
2019	29	54
2020	2	4

In de concept-MvT worden alleen voor het jaar 2019 aantallen GOO's genoemd; te weten een totaal aantal van 64,

waarvan 48 outbound-GOO's en 16 inbound-GOO's.¹⁷ Deze aantallen wijken enigszins af van de in de tabel opgenomen aantallen, omdat in de tabel ook GOO's met derde landen zijn verwerkt. In het impactassessment geeft de Europese Commissie aan door de omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn een toename van 20% tot 40% GOO's te verwachten.¹⁸

3.2 Redenen GOO

Aan een GOO kunnen verschillende redenen ten grondslag liggen. Algemeen genomen zal het recht van de EU/EER-lidstaat van bestemming de voorkeur krijgen vanwege juridische, economische of fiscale redenen. Een GOO kan worden doorgevoerd vanwege het benutten van zakelijke kansen of het tegemoetkomen aan een verandering in marktomstandigheden. Ook kan een GOO van een vennootschap nodig zijn in het kader van een internationale herstructurering van het concern of om een overgenomen vennootschap te integreren binnen het concern.¹⁹

Meer specifiek kan een inbound-GOO zijn ingegeven door de omstandigheid dat anders dan in het thuisland van de betrokken vennootschap het Nederlandse recht aan beurs-NV's ruime mogelijkheden biedt loyaliteitsaandelen uit te geven aan trouwe aandeelhouders.²⁰ In dit verband wijzen wij op de inbound-GOO van de Italiaanse Davide Campari-Milano S.p.A. in de Nederlandse Davide Campari-Milano N.V. Uit de akte van GOO en statutenwijziging d.d. 4 juli 2020 blijkt dat het maatschappelijke kapitaal verdeeld is in gewone aandelen met elk een nominale waarde van € 0,05, respectievelijk bijzondere stemrechaandelen A, B en C met elk achtereenvolgens een nominale waarde van € 0,05, € 0,20 en € 0,45.²¹ Een bijzonder stemrechaandeel

17 Vgl. concept-MvT, p. 2 en 16. Deze aantallen zijn gebaseerd op M. Meyer, 'Grensoverschrijdende fusies, omzettingen en splitsingen: empirische resultaten en medezeggenschapsrechtelijke implicaties', *WPNR* 2021/7309, p. 45.

18 Vgl. concept-MvT, p. 16.

19 Vgl. de aankondiging d.d. 6 april 2022 van de GOO van ASTARTA Holding NV, een houdster- en beleggingsmaatschappij, in de Cypriotische ASTARTA Holding PLC, *Stcr.* 2022, 10317. In het bestuursvoorstel wordt de volgende reden voor de outbound-GOO gegeven: "As a consequence of a group reorganization aimed at increasing efficiency and containing overhead ..." In de *explanatory notes* wordt hieraan het volgende toegevoegd: "The main purpose for the Company to effect the Conversion, is the simplification of the legal organization of the group by removing an extra level of ownership within its structure as the Company has a subsidiary with trading activities in Cyprus." Beide documenten zijn kenbaar via: <https://astartaholding.com/en/page/73>; geraadpleegd op 13 april 2022.

20 Vgl. consultatiereactie Eumedion, p. 2. Voorbeelden zijn de GOO van de Italiaanse Davide Campari-Milano S.p.A. in de Nederlandse Davide Campari-Milano N.V. d.d. 4 juli 2020 en de GOO van de Italiaanse Ariston Thermo Holding S.p.A. in de Nederlandse Ariston Thermo Holding N.V. op 15 juni 2021. In de prospectus van de laatste is op p. 116 te lezen: "The Redomiciliation enabled the Company to create a share structure consisting out of Ordinary Shares and Multiple Voting Shares." Kenbaar via: www.aristongroup.com/media/files/4294_Ariston%20Holding%20N.V.%20-%20Prospectus.PDF; geraadpleegd op 1 juni 2022.

21 Bij akte van statutenwijziging d.d. 27 november 2020 is de nominale waarde van de bijzondere stemrechaandelen A, B, en C teruggebracht tot respectievelijk € 0,01, € 0,04 en € 0,09. Met voormelde kapitaalvermindering wordt beoogd de impact die een uitgifte van bijzondere stemrechaandelen heeft op de reserves van de vennootschap te minimaliseren, nu de nominale waarde van deze aandelen wordt volgestort ten laste van de reserves.

15 Vgl. concept-MvT, p. 9/10.

16 Deze gegevens zijn ontleend aan Biermeyer, Thomas & Meyer-Erdmann, Marcus, *Cross-Border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2021* (October 18, 2021), p. 135; kenbaar via: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3960618; geraadpleegd op 15 maart 2022. Zij maken hierbij de kanttekening dat in de aantallen ook GOO's met derde landen zijn verwerkt.

C geeft dus recht op negen stemmen in de AV. Ter vergelijking: een Italiaanse beurs-Spa kan aan aandeelhouders die hun aandelen gedurende ten minste 24 maanden onafgebroken hebben gehouden, ten hoogste twee stemmen per aandeel toekennen.²²

De werkelijke of achterliggende reden voor een GOO is niet altijd even duidelijk voor een outsider. Zo werd onlangs – op 28 januari 2022 – het van oorsprong Duitse bedrijf Gorillas Technologies GmbH, bekend van het snelle bezorgen van boodschappen, omgezet in een Nederlandse BV: Gorillas Technologies Holding BV. Het hoofdkantoor van de onderneming is niet verplaatst en bevindt zich in Berlijn. Volgens de onderneming is voor deze constructie gekozen om “een efficiënte holdingstructuur te creëren en de volgende fase van onze groei verder mogelijk te maken”.²³ Wij betwijfelen of dit de belangrijkste reden is, omdat het Duitse, wettelijk geregelde, concernrecht daartoe ook voldoende mogelijkheden biedt. In de pers is de vraag gesteld of de GOO niet was ingegeven door de wens het Duitse vennootschappelijke medezeggenschapsrecht te ontgaan. In Duitsland is sprake van een verplichte *two-tier*-bestuursstructuur bij de AG en de GmbH.²⁴ Bij beide rechtsvormen met minimaal 500 dan wel 2000 werknemers hebben werknemers(vertegenwoordigers) een benoemingsrecht voor wat betreft een derde tot de helft van de leden van de *Aufsichtsrat*; het toezichthoudende orgaan.²⁵ Aldus hebben werknemers meer ruimte dan in Nederland om het bedrijfsbeleid mede te bepalen. Ook kunnen fiscale motieven meespelen bij een herstructurering in de vorm van een GOO. Nederland is een populaire plek wanneer ondernemingen het betalen van (te veel) belasting willen ontwijken.

Ten slotte is het verlaten van het binnen de EU/EER geldende rechtssysteem soms een reden voor een GOO, maar dan betreft het de internationale variant, waarbij belastingtechnische motieven ook een rol kunnen spelen. De Mobiliteitsrichtlijn voorziet niet in een dergelijke internationale omzetting. Daarom is het nodig een tussenstop te

maken in een EU/EER-lidstaat die een omzetting naar en van derde landen mogelijk maakt. Luxemburg is – naast België en Spanje – een van de weinige EU/EER-lidstaten die een dergelijke internationale omzetting wettelijk heeft geregeld.²⁶ Daarbij komt dat Luxemburg een gevestigde en betrouwbare rechtspraktijk kent, waardoor sprake is van de benodigde rechtszekerheid en voorspelbaarheid.²⁷ Een ander voordeel is het relatief korte tijdsbestek waarin een internationale omzetting kan worden afgewikkeld. Vanwege het voorgaande staat Luxemburg met stip bovenaan in het lijstje van EU/EER-lidstaten wat betreft het doorvoeren van omzettingen binnen en buiten de EU/EER.²⁸

4. Voorontwerp: toepassingsbereik regeling GOO

4.1 Titel 7A Voorontwerp ziet slechts op EU/EER-kapitaalvennootschappen

Art. 335 Voorontwerp verklaart Titel 7A getiteld ‘Bijzondere bepalingen voor grensoverschrijdende omzettingen’ van toepassing indien een NV of BV wordt omgezet in een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere EU/EER-lidstaat (en vice versa). De NV en BV zijn hierbij uitwisselbare rechtsvormen. Een vennootschap van het NV-type uit de ene EU/EER-lidstaat kan zich omzetten in een vennootschap van het BV-type uit een andere EU/EER-lidstaat (en vice versa). In het Voorontwerp is gekozen voor een minimumharmonisatie. De voorgenomen uitvoeringsregeling beperkt zich tot een GOO van EU/EER-kapitaalvennootschappen en sluit daarmee exact aan bij de reikwijdte van de Mobiliteitsrichtlijn.

4.1.1 Rechtsvormbeperkt toepassingsbereik Voorontwerp

Er is voornamelijk van afgezien de wettelijke GOO-regeling uit te breiden tot de overige niet-kapitaalvennootschappen zoals bedoeld in art. 54 VWEU. Deze moeten voor een GOO nog steeds terugvallen op de vrijheid van vestiging van art. 49 VWEU en zijn daarbij afhankelijk van de omstandigheid of het recht van de EU/EER-lidstaten van vertrek en bestemming een dergelijke omzetting toelaat dan wel of de toezichthoudende instantie – in Nederland de notaris – hieraan medewerking verleent. Een recent voorbeeld is de voorgenomen GOO van Stichting administratiekantoor XPEQT, een beleggingsinstelling in financiële activa, met statutaire zetel in Breda in een stichting naar

22 Vgl. art. 127 quinquies Testo Unico della Finanza (TUF).

23 Vgl. www.nrc.nl/nieuws/2022/02/21/gorillas-past-bedrijf-aan-duitse-flitsbezorger-nu-nederlands-a4092432 alsmede <https://fd.nl/bedrijfsleven/1431083/duitse-flitsbezorger-kiest-voor-nederlandse-bv-status-ptf2caNxXyOy>; beide geraadpleegd op 21 april 2022.

24 Vgl. Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech & Edmund Philipp Schuster, ‘Study on Directors’ Duties and Liability prepared for the European Commission DG Markt’, Department of Law, London School of Economics, London, April 2013, p. 4-7.

25 Vgl. www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Board-level-Representation (geraadpleegd op 13 april 2022) en Rhona Fob, ‘Co-determination at management level: Germany and the Netherlands’, *Tilburg Law Review* 2007/14, nr. 1 & 2, p. 149. Voor Gorillas met meer dan 10.000 werknemers zou het gaan om het Mitbestimmungsgesetz. Op grond van § 1 Abs. 1 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer geldt voor alle vennootschappen met meer dan 2000 werknemers een paritaire samenstelling van de *Aufsichtsrat*, dat wil zeggen 50% wordt benoemd door de AV en 50% door de werknemers(vertegenwoordigers). Daarnaast is het Drittelbeteiligungsgesetz van belang voor vennootschappen met tussen de 500 en 2000 werknemers. Op grond van § 1 Abs. 1 Nr. 1 en 3 Drittelbeteiligungsgesetz hebben werknemers(vertegenwoordigers) het recht een derde van de leden van de *Aufsichtsrat* te benoemen.

26 Zie art. 1010-1 tot en met art. 1010-12 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales; kenbaar via: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1915/08/10/n1/consolide/20210816>; geraadpleegd op 26 april 2022.

27 Vgl. Janine Labusch, *Cross-Border Conversions – Why Now and Not Later?*; kenbaar via: <https://businesslawtoday.org/2022/03/cross-border-conversions-why-now-and-not-later/>; geraadpleegd op 26 april 2022.

28 Vgl. Biermeyer, Thomas & Meyer-Erdmann, Marcus, *Cross-Border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2021* (October 18, 2021), p. 10, figure 2.3; kenbaar via: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3960618; geraadpleegd op 26 april 2022.

Belgisch recht en verplaatsing van haar statutaire zetel naar Tessenderlo.²⁹

4.1.2 *Geografisch beperkt toepassingsbereik Voorontwerp*
Ook kapitaalvennootschappen uit landen buiten de EU/EER, waaronder die uit de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten vallen niet onder de reikwijdte van de beoogde wettelijke GOO-regeling.³⁰ In de concept-MvT wordt hierover opgemerkt:

“Nadat ervaring is opgedaan met deze nieuwe regeling kan worden gezien of het geografische toepassingsbereik kan worden uitgebreid naar de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten.”³¹

Niet duidelijk is welke ervaring veertien jaar na invoering van de wettelijke regeling voor een GOF nog opgedaan moet worden.³²

In verschillende consultatiereacties wordt de wens geuit om het toepassingsbereik van de GOO uit te breiden naar de BES-eilanden en ook derde landen, zoals het Verenigd Koninkrijk, Zwitserland en de Verenigde Staten.³³ In dit verband wordt gewezen op de bestaande praktijk dat vennootschappen van buiten continentaal Europa die naar Nederland willen migreren, zich eerst omzetten in een vennootschap naar het recht van bijvoorbeeld Luxemburg, Spanje of België om vervolgens via een op art. 54 VWEU gebaseerde GOO eindstation Nederland te bereiken. Opgemerkt wordt dat het openstellen van de rechtsfiguur van de GOO voor kapitaalvennootschappen die afkomstig zijn uit andere dan de EU/EER-lidstaten het Nederlandse vestigingsklimaat ten goede zou komen. Wij zouden hierbij de relativerende opmerking willen plaatsen dat het vestigingsklimaat geen heilige graal is³⁴ en dat ook (onwenselijke) motieven van dergelijke vennootschappen voor omzetting in een Nederlandse vennootschap relevant (kunnen) zijn.³⁵

29 Vgl. *Stcrt.* 2022, 5688 d.d. 23 februari 2022. Betreft KvK 41266111.

30 Dat de Mobiliteitsrichtlijn – en eveneens de nationale omzettingswetgeving – geen betrekking heeft op een zich buiten de EU/EER afspelende GOO, kan het schijnbaar tegenstrijdige gevolg hebben dat in sommige EU/EER-lidstaten – zoals Spanje – een GOO naar en van derde landen minder omslachtig is dan een GOO binnen de EU/EER. Vgl. Francisco Garcimartin & Enrique Gandi, ‘Cross-Border Conversion in the EU: The EU Commission Proposal’, *European Company and Financial Law Review* 2019, p. 22.

31 Vgl. concept-MvT, p. 5.

32 Zie consultatiereacties van BDO en *Vakstudie Nieuws*.

33 Zie consultatiereactie Allen & Overy LLP, nr. 3.

34 Zie in dit verband ook de wens van de Makkink e.a. voor een beter vestigingsbeleid van de Nederlandse overheid (Bulten e.a., *Handboek Enquête-recht (VDHI nr. 175)* 2022/3.8).

35 Als voorbeeld kan dienen dat banken, trustkantoren, advocaten- en notaris-kantoren op grond van de Wwft (Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme) klanten moeten screenen en signalen van mogelijke witwaspraktijken moeten natrekken. Een van deze signalen is dat betalingen gaan naar landen met een hoog risicogehalte, zoals Rusland of landen in het Midden-Oosten. Het toepassingsgebied van de wettelijke GOO-regeling zou niet tot dergelijke landen moeten worden uitgebreid. Zie ook de introductie van een toets om redenen van nationale veiligheid door de toekomstige Wet Vifo (Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames). Een aspect dat daarbij een rol speelt is o.a. de veiligheidssituatie in het land van de verwervende onderneming.

Mede gelet op de uit de implementatietermijn voortvloeiende tijdsdruk begrijpen wij de keuze om de wettelijke regeling van de GOO voorsnog te beperken tot EU/EER-kapitaalvennootschappen. Dat neemt niet weg dat na inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving naar onze mening een geografische uitbreiding moet plaatsvinden naar in ieder geval de kapitaalvennootschappen naar het recht van de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Voorts dient onderzocht te worden of, en zo ja, in hoeverre, een geografische uitbreiding naar kapitaalvennootschappen uit andere derde landen wenselijk is, zoals de OESO-landen.

4.2 *Uitgesloten EU/EER-kapitaalvennootschappen; no GOO*

Van belang is dat EU/EER-kapitaalvennootschappen niet onder alle omstandigheden gebruik kunnen maken van de figuur van GOO. Allereerst is in navolging van het voor een juridische fusie geldende art. 2:310 lid 5 BW bepaald dat een ontbonden NV/BV niet grensoverschrijdend mag worden omgezet, indien reeds uit hoofde van de vereffening een uitkering is gedaan.³⁶ Verder is in het Voorontwerp in navolging van het voor een juridische fusie geldende art. 2:310 lid 6 BW gebruikgemaakt van de optie een outbound-GOO niet toe te staan indien een NV/BV betrokken is in een insolventieprocedure.³⁷ Een inbound-GOO is uitgesloten indien een kapitaalvennootschap naar het recht van een EU/EER-lidstaat zich bevindt in een insolventieprocedure in de zin van de Europese Insolventieverordening.³⁸ Hiermee moet worden voorkomen dat via het doorvoeren van een GOO kan worden bewerkstelligd dat de correcte afwikkeling van een faillissement, surseance van betaling of ontbinding van een vennootschap kan worden belemmerd of bemoeilijkt.³⁹ Overigens is een GOO van ondernemingen in preventieve herstructureringsprocedures (denk aan de WHOA⁴⁰) wel toegestaan, omdat in dat geval geen faillissement of surseance van betaling intreedt. Hiermee wordt aangesloten bij het huidige recht inzake binnenlandse fusie en GOF (art. 2:310 lid 6 BW).⁴¹

4.3 *Geen uitsluiting NV/BV met beklemd stichtingsvermogen*

Het Voorontwerp 2014 sloot de GOO van een NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen uit. Wij hebben destijds in onze consultatiereactie⁴² aangegeven dat een dergelijke

36 Zie art. 335a lid 2 Voorontwerp.

37 In art. 335a lid 3 Voorontwerp is gebruikgemaakt van de optie van art. 86 bis lid 4 sub a Vennootschapsrichtlijn.

38 Vgl. concept-MvT, p. 83.

39 Vgl. concept-MvT, p. 83.

40 WHOA staat voor Wet homologatie onderhands akkoord; Wet van 7 oktober 2020 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord, *Stb.* 2020, 414, welke op 1 januari 2021 in werking is getreden.

41 Vgl. concept-MvT, p. 19–20.

42 Reactie namens het IVO op het consultatiedocument grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen d.d. 2 april 2014; kenbaar via: www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting/reactie/bb85f212-8bb1-4c93-9791-9b2e40c01017; geraadpleegd op 13 april 2022.

algehele uitsluiting van een bepaalde categorie vennootschappen onzes inziens in strijd is met het EU-vestigingsrecht, vanwege strijd met het proportionaliteitsvereiste en het vereiste dat het HvJ EU stelt dat misbruik van geval tot geval moet worden aangetoond. Wij zijn daarom verheugd te kunnen constateren dat in het Voorontwerp voormelde uitsluiting niet is teruggekeerd. Opmerkelijk is wel dat in de concept-MvT met geen woord wordt gerept over de problematiek van de NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen. Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat de notaris bij de in het kader van de afgifte van het pre-verrichting-attest te verrichten fraudetoets deze problematiek betreft. Het verdient naar onze mening aanbeveling dat in de MvT nadere *guidance* op dit punt wordt gegeven aan de notaris.

4.4 *Verhouding Voorontwerp en noodwetgeving inzake zetelverplaatsing*

In de jaren '60 en '90 van de vorige eeuw heeft de Nederlandse wetgever regelingen vastgesteld die het mogelijk maken dat rechtspersonen onder buitengewone omstandigheden zoals oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar en revolutie, hun zetel verplaatsen naar plaatsen binnen en buiten het Koninkrijk indien dat in het belang van de vennootschap is.⁴³ In het Voorontwerp is geen aandacht besteed aan een eventuele samenloop van deze noodwetgeving en de nationale omzettingswetgeving van de Mobiliteitsrichtlijn. De volgende vragen doemen op. In hoeverre kunnen NV/BV's hun zetel nog verplaatsen met een beroep op deze – enigszins gedateerde – noodwetgeving,⁴⁴ gelet op de (toekomstige) wettelijke regeling van een GOO binnen de EU/EER? Is het toepassingsbereik van de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen voor NV/BV's beperkt tot landen buiten de EU/EER of moet deze wet worden gezien als een in tijden van nood geldende *lex specialis* ten opzichte van de algemeen geldende (toekomstige) wettelijke regeling? Wij menen dat het raadzaam is dat in het te concipiëren wetsvoorstel duidelijkheid wordt verschaft over de verhouding tussen de hiervoor genoemde regelingen voor zetelverplaatsing.

4.5 *Verhouding Titel 7A Voorontwerp, Mobiliteitsrichtlijn en SE-verordening*

Art. 86 ter Vennootschapsrichtlijn definieert de vennootschap als een kapitaalvennootschap met een in Bijlage II bedoelde vorm die een GOO aangaat. Voor Nederland zijn dat de NV en de BV. Niet in deze bijlage is opgenomen de rechtsvorm van de SE. Een SE met statutaire zetel in Nederland wordt naar Nederlands recht voor alle onderwerpen die niet in de SE-verordening zijn geregeld, beschouwd als een NV (art. 10 SE-verordening). In dit verband wordt er in de concept-MvT op gewezen dat de SE-verordening een regeling bevat voor de grensover-

schrijdende zetelverplaatsing van een SE naar een andere EU/EER-lidstaat en voorts een regeling bevat voor de omzetting van een bestaande NV in een SE (en vice versa).⁴⁵ In de concept-MvT wordt hieraan de volgende conclusie verbonden:

“Om deze redenen komt men aan de toepassing van Titel 7A niet toe bij de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een SE. Kort gezegd, afdeling 7A is niet van toepassing op de zetelverplaatsing van een SE.”

Dit is naar onze mening te kort door de bocht. In dit verband wijzen wij erop dat de oprichting van een SE door omzetting van een bestaande NV ingevolge art. 37 lid 3 SE-verordening niet gepaard kan gaan met een verplaatsing van de statutaire zetel. Hetzelfde geldt voor de omzetting van een SE in een NV (art. 66 lid 1 SE-verordening). In de voorgaande twee situaties moeten de beide rechtsvormen dezelfde nationaliteit hebben en houden; met andere woorden de statutaire zetel mag bij de verrichting niet naar een andere EU/EER-lidstaat worden verplaatst. Het betreft hier dus twee varianten van een *binnenlandse* omzettingmogelijkheid waarbij een SE is betrokken; een omzettingmogelijkheid die bovendien gebonden is aan bijkomende voorwaarden. Zo kan een NV zich slechts omzetten in een SE, indien zij ten minste twee jaar een dochtervennootschap heeft die onder het recht van een andere EU/EER-lidstaat ressorteert. Voor de SE die zich wenst om te zetten in een NV geldt dat het omzettingsbesluit slechts kan worden genomen twee jaar na de inschrijving van de SE in het handelsregister en nadat de eerste twee jaarrekeningen zijn goedgekeurd.

De Mobiliteitsrichtlijn stelt echter *grensoverschrijdende* omzettingmogelijkheden open voor kapitaalvennootschappen, die bovendien niet worden beperkt door voormelde bijkomende voorwaarden. Dit brengt mee dat de Nederlandse in Titel 7A van Boek 2 BW op te nemen omzettingswetgeving wel degelijk van toepassing is op de GOO van een NV of BV in een SE (en vice versa). Het betreft hier een onderwerp dat niet of niet afdoende is geregeld in de SE-verordening. Conform het bepaalde in art. 10 SE-verordening wordt de SE dan behandeld als een NV opgericht in de EU/EER-lidstaat van haar statutaire zetel. Het voorgaande brengt mee dat een Nederlandse SE zich met inachtneming van de Nederlandse en Spaanse omzettingswetgeving van de Mobiliteitsrichtlijn kan omzetten in een Spaanse NV of BV (en vice versa). Wij wijzen erop dat hierdoor de merkwaardige situatie is ontstaan dat de SE-verordening de binnenlandse omzettingmogelijkheid van een NV in een SE (en vice versa) aan bijkomende voorwaarden verbindt, terwijl deze door de Mobiliteitsrichtlijn niet worden gesteld aan een GOO.

Nu zou ons kunnen worden tegengeworpen dat art. 8 SE-verordening een regeling geeft voor de GOO van een SE. Dat is juist. Het gaat hier echter om een GOO van een

⁴³ Zie hiervoor voetnoot 5.

⁴⁴ Zie hierover nader M. van Olffen & E.J. Breukink, 'Ondernemingsrecht in oorlogstijd', *Ondernemingsrecht* 2022/50.

⁴⁵ Vgl. concept-MvT, p. 81.

SE met wijziging van rechtsstelsel, maar niet van rechtsvorm. Bijvoorbeeld een Nederlandse SE wordt omgezet in een Spaanse SE. Bovendien gaat het in de SE-verordening om een andere invulling van het begrip GOO. Gelet op het bepaalde in art. 7 SE-verordening moet de statutaire zetel alsmede de werkelijke zetel van een SE zich in dezelfde EU/EER-lidstaat bevinden. Wanneer een SE niet langer aan deze verplichting voldoet, wordt dit gesanctioneerd in art. 64 SE-verordening met als uiterste consequentie de liquidatie van de SE. Bij een GOO in de zin van de Mobiliteitsrichtlijn kan – in navolging van de *Polbud*-uitspraak van het HvJ EU – enkel de statutaire zetel worden verplaatst naar de EU/EER-lidstaat van bestemming; zie de definitie van GOO in art. 86 ter Vennootschapsrichtlijn.

Gelet op het voorgaande is bij ons de indruk ontstaan dat zowel de Europese als de nationale wetgever zich niet goed bewust is geweest van de verhouding tussen de Mobiliteitsrichtlijn en de SE-verordening wat betreft de GOO. Nu zijn de aantallen SE's in Nederland niet groot,⁴⁶ maar dat is in andere EU-lidstaten zoals Duitsland en Tsjechië wel anders. Vandaar een aansporing aan de Nederlandse wetgever duidelijk te maken welke regels van toepassing zijn bij de inbound- en outbound-GOO van een SE in een BV/NV en vice versa. Wij geven hierbij alvast een voorzet. Wij stellen voor dat aan art. 335 Voorontwerp een lid wordt toegevoegd met de volgende tekst:

4. Deze titel is niet van toepassing indien een Europese naamloze vennootschap (SE) wordt omgezet in een Europese naamloze vennootschap (SE) naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte.

4.6 *Verhouding Voorontwerp, Mobiliteitsrichtlijn en GOO op basis van art. 49 VWEU*

De vraag komt op welke betekenis het Voorontwerp heeft voor GOO's die thans op basis van art. 49 VWEU worden verricht. In de consultatiereactie van Loyens & Loeff wordt hierover opgemerkt:

"Uit de Toelichting blijkt niet dat de wetgever enige reflexwerking van het Voorontwerp beoogt. Wat ons betreft is dit juist en kan het niet de bedoeling zijn dat de spelregels voor de staande praktijk worden gewijzigd alvorens de wet van kracht wordt. Tot dat moment leiden de procedures die in de praktijk worden gevolgd tot de beoogde rechtsgevolgen. Dit is met name relevant voor de grensoverschrijdende splitsing en de grensoverschrijdende omzetting, waarvoor thans geen wettelijke regeling bestaat."⁴⁷

⁴⁶ In 2017 waren er 31 Nederlandse SE's ingeschreven in het handelsregister.

⁴⁷ Consultatiereactie Loyens & Loeff, par. 2.1.4. Deze opvatting staat overigens lijnrecht tegenover de op de eigen website opgenomen nieuwsbrief d.d. 7 januari 2020 voor wat betreft de Mobiliteitsrichtlijn: "... the Directive is already directly relevant to limited liability companies".

Dit lijkt ons te ongenueanceerd, gelet ook op de Europese context van een GOO. Een GOO is sinds 2008 mogelijk op grond van de vestigingsvrijheid van art. 49 VWEU zoals uitgelegd door het HvJ EU. Op 1 januari 2020 is de Mobiliteitsrichtlijn van kracht geworden die een Europees rechtskader voor een GOO bevat. Dit brengt onzes inziens mee dat de Mobiliteitsrichtlijn en het ter uitvoering hiervan verschenen Voorontwerp dat een nationaal rechtskader bevat, wel degelijk relevant zijn voor GOO's die vandaag de dag worden verricht.⁴⁸ De bij het tot stand brengen van een GOO betrokkenen, waaronder het bestuur van de vennootschap en de notaris, doen er verstandig aan om zoveel mogelijk hierbij aan te sluiten.

Ter adstructie wijzen wij op een uitspraak van het Oberlandesgericht (OLG) Saarbrücken van 7 januari 2020 betreffende een outbound-GOO van een Duitse GmbH in een Franse SARL.⁴⁹ Het OLG overwoog dat bij gebrek aan nationale regelgeving betreffende een GOO de regeling betreffende interne omzetting van toepassing was en in aanvulling daarop de GOF-bepalingen. Dit werd een passend resultaat geacht in afwachting van nationale regelgeving omtrent de GOO ter omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn. Het OLG Saarbrücken kende aldus reflexwerking toe aan deze richtlijn.

5. **Voorontwerp: rechtsgevolgen GOO**

Het belangrijkste rechtsgevolg van de GOO is dat het op de kapitaalvennootschap toepasselijke recht wijzigt: voortaan is op haar het recht van de EU/EER-lidstaat van bestemming van toepassing. In dat kader plaatsen wij drie opmerkingen.

De eerste is dat een aandeelhouder ook aandeelhouder blijft in de omgezette vennootschap, tenzij hij gebruikmaakt van zijn uittredrecht. Aandeelhouders die tegen het voorstel voor de GOO hebben gestemd en houders van stemrechtloze aandelen hebben het recht uit de vennootschap te stappen en voor het verlies van hun aandelen een schadeloosstelling te ontvangen. Zie over het uittredrecht van aandeelhouders de bijdrage van Paul de Vries in dit themanummer (*Ondernemingsrecht* 2022/63).

De tweede betreft AV-besluiten die voorafgaand aan de GOO zijn genomen. Het is de vraag of dergelijke besluiten kunnen doorwerken in de rechtssfeer van de EU/EER-lid-

⁴⁸ Zie voor dit standpunt reeds: J.N. Schutte-Veenstra & M.A. Verbrugh, 'De Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing nader beschouwd', *Ondernemingsrecht* 2020/40, p. 209 en in navolging hiervan: E.R. Roelofs & H. Koster, 'Grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing in de Mobiliteitsrichtlijn', *WPNR* 2021/7309, par. 2. Zie voor een overeenkomstige opvatting betreffende de wijzigingen in de GOF-regeling: W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende fusies en de Mobiliteitsrichtlijn', *WPNR* 2021/7309, par. 2.

⁴⁹ OLG Saarbrücken, Beschluss vom 07.01.2020 - 5 W 79/19: Grenzüberschreitender 'Heraus-Formwechsel' einer GmbH = *BeckRS* 2020, 2226. Vgl. Dieter Leuering & Daniel Rubner, 'Grenzüberschreitender Hinausformwechsel', *NJW-Spezial* 2020, 175.

staat van vestiging van de omgezette vennootschap. Voor het Nederlandse recht betreft het dan AV-besluiten genomen voordat een inbound-GOO van kracht is geworden. Volgens de consultatiereactie van Allen & Overy komt deze vraag vaak op.⁵⁰ Meer concreet gaat het bijvoorbeeld om voor de GOO door de AV verleende machtigingen aan het bestuur om aandelen uit te geven, voorkeursrechten uit te sluiten en aandelen in te kopen. Een redelijke uitleg in dit verband is volgens Allen & Overy dat deze AV-besluiten hun rechtskracht behouden, mits zij binnen de kaders van de Nederlandse wetgeving vallen.

Voorgesteld wordt dat de wetgever ter bevordering van de rechtszekerheid een en ander verduidelijkt in de wet of de MvT. Wij sluiten ons hierbij graag aan.

De derde opmerking ziet op de rechtsgevolgen van een GOO voor beperkte rechten, zoals pandrecht en vruchtgebruik, die op de aandelen van een kapitaalvennootschap zijn gevestigd. Rusten deze beperkte rechten na omzetting van rechtswege op de aandelen van de kapitaalvennootschap waarop voortaan het recht van de EU/EER-lidstaat van bestemming van toepassing is of dienen deze rechten opnieuw te worden gevestigd? In het Voorontwerp ontbreekt hierover een regeling. Hoewel de Mobiliteitsrichtlijn daartoe niet verplicht, is het in het belang van de rechtszekerheid raadzaam dat iedere EU/EER-lidstaat voorziet in een regeling hieromtrent.⁵¹ Wij delen het in de consultatiereactie van Allen & Overy verwoorde voorstel expliciet in de wet op te nemen dat een naar het recht van een andere EU/EER-lidstaat op de aandelen gevestigd zekerheidsrecht dat overeenkomt met kenmerken van het Nederlandse pandrecht bij een inbound-GOO van rechtswege wordt geconverteerd in een pandrecht op aandelen in de Nederlandse kapitaalvennootschap. Een overeenkomstige opmerking kan worden gemaakt voor het recht van vruchtgebruik. De voor een inbound-GOF geldende bepaling in art. 2:319 lid 1 BW kan daarbij als voorbeeld dienen.

6. Voorontwerp: procedure GOO

6.1 Inleiding

Bij de procedure voor de totstandbrenging van een GOO zijn twee rechtsstelsels betrokken. Art. 86 quater Vennootschapsrichtlijn voorziet in een afbakening: het recht van de EU/EER-lidstaat van vertrek regelt het gedeelte van de procedures en formaliteiten tot en met het verkrijgen van het aan de omzetting voorafgaande attest van de bevoegde instantie, terwijl de EU/EER-lidstaat van bestemming het gedeelte regelt na de ontvangst van voormeld attest. De in par. 6.2 en 6.3 beschreven voorbereidende en besluitvormende fases van de GOO-procedure gelden der-

halve met name voor een outbound-GOO. In de uitvoerende fase – beschreven in par. 6.4 – spelen de bevoegde instanties van zowel de EU/EER-lidstaat van vertrek als die van bestemming een belangrijke rol.

6.2 Voorbereidende fase (art. 335b-335g Voorontwerp)

De voorbereidende fase neemt een aanvang met een door het bestuur op te stellen voorstel tot GOO. Verder volgt een kennisgeving, een schriftelijke toelichting van het bestuur en toezicht door een accountant. De voorbereidende fase eindigt met enkele openbaarmakings- en inzageverplichtingen.

De in het bestuursvoorstel op te nemen informatie (art. 335b lid 1 Voorontwerp) komt goeddeels overeen met die welke thans in geval van een GOF is voorgeschreven in art. 2:312, 2:326 en 2:333d BW. Op enkele punten bestaan er afwijkingen. Zo ontbreekt een ruilverhouding bij een GOO, omdat de aandeelhouders immers als hoofdregel aandeelhouders blijven van de vennootschap. Voorts is uniek⁵² voor het omzettingsvoorstel dat vermeld moet worden of de vennootschap in Nederland gedurende de voorafgaande vijf jaren stimulansen of subsidies⁵³ heeft ontvangen.⁵⁴ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gemeentelijke subsidies. In de concept-MvT is geëxpliciteerd dat het niet gaat om internationale of Europese stimulansen of subsidies.⁵⁵ Daargelaten dat de term 'stimulansen' niet wordt omschreven, is de achtergrond van deze bepaling onduidelijk. Het ligt naar onze mening op de weg van verstrekkers van subsidies/stimulansen om rekening te houden met een toekomstige wijziging van omstandigheden en zo nodig voorwaarden te stellen aan te verlenen subsidies/stimulansen.

Ten opzichte van de huidige GOF-regeling is nieuw dat het bestuur van de om te zetten vennootschap een kennisgeving moet doen aan de aandeelhouders, de schuldeisers en de ondernemingsraad dat zij uiterlijk vijf dagen voor de datum waarop de AV besluit over de omzetting, bij de vennootschap opmerkingen kunnen indienen over het omzettingsvoorstel (art. 335c Voorontwerp). Verder dient het bestuur een schriftelijke toelichting te geven op de GOO (art. 335d Voorontwerp). Deze bepaling komt overeen met het thans ook voor de GOF geldende art. 2:313 BW. De voor deze toelichting voorgeschreven in-

⁵⁰ Vgl. consultatiereactie Allen & Overy LLP, p. 7.

⁵¹ Vgl. consultatiereactie Van Doorne. Zie over de wenselijkheid van een wettelijke regeling op dit punt voorts de consultatiereacties van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (GCV), p. 13, Allen & Overy LLP, p. 7, HVK Stevens, p. 4-5 en VON, p. 3/4.

⁵² In dit verband werpt CMS in zijn consultatiereactie (p. 3) op waarom deze verplichting niet is uitgebreid naar de regeling van de GOF en de GOS, die er immers ook toe kunnen leiden dat subsidies/stimulansen verhuizen naar het buitenland/de Nederlandse rechts sfeer verlaten. Wij sluiten ons hierbij aan, nu er geen goede reden is om op dit punt onderscheid te maken tussen de verschillende grensoverschrijdende verrichtingen.

⁵³ In haar consultatiereactie (p. 13) merkt de GCV op dat verduidelijkt zou moeten worden (i) of ook de hoogte alsmede de afkomst van de subsidies en stimulansen moeten worden vermeld en (ii) wat onder "stimulansen" moet worden verstaan.

⁵⁴ Vgl. art. 335 lid 2 sub g Voorontwerp dat art. 86 quinquies sub h Vennootschapsrichtlijn implementeert.

⁵⁵ Vgl. concept-MvT, p. 85.

houd is echter aanzienlijk uitgebreid en bovendien wordt de toelichting gesplitst in een deel voor de aandeelhouders en een deel voor de werknemers.

Ook dient het bestuur een accountant aan te wijzen. Bij het ontbreken van een ruilverhouding⁵⁶ – zie art. 2:328 BW voor de GOF – dient de accountant zich volledig te richten op de wijze van vaststelling en de redelijkheid⁵⁷ van de schadeloosstelling (art. 335e lid 1 en 2 Voorontwerp). Voorts dient in geval van een inbound-GOO in een NV aan het slotattest van de notaris een accountantsverklaring te worden gehecht waaruit moet blijken dat het eigen vermogen van de EU/EER-vennootschap op een dag binnen zes maanden voor de omzetting ten minste het bedrag belooft van het gestorte deel van het geplaatste kapitaal volgens de akte van omzetting (art. 335m lid 3 Voorontwerp).⁵⁸ Bij een outbound-GOO is het van het recht van de EU/EER-lidstaat van bestemming afhankelijk of een dergelijke verklaring van een onafhankelijke deskundige is vereist.

Enkele openbaarmakings- en inzageverplichtingen rond de voorbereidende fase van de GOO af. De vennootschap dient het omzettingsvoorstel, de kennisgeving en de verklaring van de accountant gelijktijdig neer te leggen of elektronisch openbaar te maken bij het handelsregister (art. 335f lid 1 Voorontwerp). Tegelijkertijd dient het bestuur genoemde stukken samen met de schriftelijke toelichting van het bestuur en het verslag van de accountant neer te leggen ten kantore van de vennootschap of, bij gebreke van een kantoor, ter woonplaats van een bestuurder (art. 335f lid 2 Voorontwerp). De stukken liggen daar tot het tijdstip van de omzetting ter inzage voor aandeelhouders en bijzonder gerechtigden, zoals houders van winstbewijzen of converteerbare obligaties.⁵⁹ Zij kunnen kosteloos een afschrift van de stukken krijgen. Als alternatief voor nederlegging kan de openbaarmaking van de stukken ook langs elektronische weg plaatsvinden, bijvoorbeeld via de internetsite van de desbetreffende vennootschap.⁶⁰ Dat de vennootschap volledig digitaal kan voldoen aan de openbaarmakings- en inzageverplichtingen verlicht de administratieve druk aanmerkelijk en reduceert het kostenaspect van een GOO.

56 De concept-MvT rept op p. 87 abusievelijk wel over de voorgestelde ruilverhouding van de aandelen.

57 Bij de beoordeling van de redelijkheid van de schadeloosstelling moet de accountant rekening houden met de eventuele marktprijs van de aandelen vóór de aankondiging van het omzettingsvoorstel, of met de waarde van de vennootschap, exclusief de gevolgen van de voorgestelde omzetting, zoals bepaald volgens algemeen aanvaarde waarderingsmethoden.

58 Bij het eigen vermogen mag de waarde worden geteld van hetgeen na die dag uiterlijk onverwijld na de omzetting op aandelen zal worden gestort.

59 Vgl. concept-MvT, p. 88. Ingevolge art. 335g Voorontwerp komt het recht op inzage ook toe aan houders van met medewerking van de om te zetten NV uitgegeven certificaten respectievelijk de houders van certificaten van de om te zetten BV waaraan op grond van de statuten vergaderrecht is toegekend. Ook de pandhouder of vruchtgebruiker die stemrecht heeft op de in pand gegeven aandelen respectievelijk op de aandelen waarop het vruchtgebruik is gevestigd, komt het recht op inzage toe (zie art. 2:88 lid 4, art. 2:89 lid 4, art. 2:197 lid 4 en art. 2:198 lid 4 BW).

60 Vgl. concept-MvT, p. 88-89.

Ten slotte dient de om te zetten vennootschap in een landelijk verspreid dagblad aan te kondigen dat de stukken bij het handelsregister zijn neergelegd (art. 335f lid 3 Voorontwerp).⁶¹

Nederland heeft geen gebruik gemaakt van de lidstaatoptie om de vennootschap te verplichten de voorgenomen GOO aan te kondigen in het nationale publicatieblad de Staatscourant. In de concept-MvT wordt deze keuze als volgt toegelicht:

“De meerwaarde van een dergelijke publicatie voor schuldeisers lijkt gering, nu een publicatie op de website van de vennootschap eerder te achterhalen is dan een advertentie in de digitale Staatscourant die slechts gedurende beperkte tijd van één maand vindbaar is.”⁶²

In verschillende consultatiereacties is hierop kritiek uitgeoefend en de voorkeur uitgesproken om de aankondiging in de Staatscourant te doen, naast of zelfs in plaats van⁶³ de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad. In haar consultatiereactie merkt Allen & Overy hierover het volgende op:

“Via www.overheid.nl kan iedereen eenvoudig via een rss-feed per email push notificaties ontvangen zodra in de Staatscourant een advertentie verschijnt waarin een grensoverschrijdende verrichting wordt aangekondigd. Bij landelijke dagbladen bestaat deze mogelijkheid niet, althans niet zonder een betaald abonnement, en zullen schuldeisers dus juist minder goed op de hoogte kunnen zijn van aankondigingen. Publicatie in de Staatscourant heeft daarom wel degelijk meerwaarde.”⁶⁴

Wij sluiten ons hierbij aan en merken voorts nog op dat het voorstel ondernemingen/schuldeisers zou verplichten tot het nemen van een (digitaal) abonnement op alle dagbladen die als landelijk kunnen worden aangemerkt. Zonder een dergelijk abonnement moeten alle landelijke dagbladen dan wel alle websites van debiteuren worden geraadpleegd voor mogelijke aankondigingen van een GOO. Genoeg redenen onzes inziens om de verplichte aankondiging in een landelijk verspreid dagblad te vervangen door een verplichte aankondiging in de Staatscourant. Het in de concept-MvT genoemde nadeel dat de ad-

61 Ingeval de vennootschap gebruik heeft gemaakt van elektronische openbaarmaking bij het handelsregister dient in de aankondiging te worden vermeld waar de stukken raadpleegbaar zijn met opgave van de openbare registers waar deze elektronisch toegankelijk zijn. Verder moet bij de aankondiging opgave worden gedaan van het adres van het kantoor van de vennootschap en bij gebreke daarvan van het adres van de bestuurder waar de stukken ter inzage liggen. Als het bestuur van de om te zetten vennootschap ervoor heeft gekozen om de stukken elektronisch toegankelijk te maken via een website in plaats van de stukken op kantoor ter beschikking te stellen, moet in de aankondiging het adres worden vermeld waar de stukken elektronisch toegankelijk zijn.

62 Vgl. concept-MvT, p. 13.

63 Vgl. consultatiereactie GCV, p. 5.

64 Vgl. consultatiereactie Allen & Overy LLP, nr. 7.

vertentie in de digitale Staatscourant slechts gedurende een beperkte tijd van één maand vindbaar is, kan worden ondervangen door in de ter zake geldende regelgeving/beleid⁶⁵ deze termijn uit te breiden.

6.3 Besluitvormende fase (art. 335h Voorontwerp)

De AV van de om te zetten vennootschap is dwingendrechtelijk bevoegd tot een GOO te besluiten. Art. 335h Voorontwerp bepaalt daartoe dat het besluit tot omzetting niet mag afwijken van het omzettingsvoorstel (lid 1) en dat de AV het besluit op zijn vroegst kan nemen een maand na de dag waarop de vennootschap de nederlegging of openbaarmaking van het omzettingsvoorstel heeft aangekondigd (lid 2).

Anders dan bij een binnenlandse omzetting wordt naast het AV-besluit tot een GOO geen afzonderlijk AV-besluit tot statutenwijziging voorgeschreven. Op dit punt behoeft de voorgestelde regeling aanpassing. Gelet op het bepaalde in art. 86 nonies lid 1 Vennootschapsrichtlijn (de AV neemt een besluit over de goedkeuring van het GOO-voorstel “en over de al dan niet aanpassing van de oprichtingsakte en de statuten, indien zij in een afzonderlijke akte zijn opgenomen”), brengt een juiste omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn mee dat de wetgever expliciteert dat de AV tevens een besluit tot statutenwijziging neemt.

Op grond van het bepaalde in art. 335h lid 3 Voorontwerp kan het AV-besluit tot GOO met een volstrekte meerderheid van stemmen worden genomen, tenzij minder dan twee derden van het geplaatste kapitaal ter vergadering is vertegenwoordigd. In het laatste geval wordt dwingendrechtelijk een versterkte meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen voorgeschreven, teneinde te voorkomen dat een toevallige meerderheid het ingrijpende besluit tot GOO kan nemen.⁶⁶ Dit lijkt ons een niet geheel juiste omzetting van het bepaalde in art. 86 nonies lid 3 Vennootschapsrichtlijn, dat bepaalt dat voor elk AV-besluit tot GOO een meerderheid vereist is van niet minder dan twee derden van de stemmen die verbonden zijn aan de aandelen of aan het op de AV verte-

genwoordigde geplaatste kapitaal. Daarmee hoort als hoofdregel te gelden dat een versterkte meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen vereist is. Het maakt daarbij niet uit of minder of meer dan twee derden van het geplaatste kapitaal ter vergadering is vertegenwoordigd. Art. 335h lid 3 Voorontwerp dient in voornoemde zin te worden aangepast.

In de statuten kan de stembepel voor een AV-besluit tot GOO worden verhoogd, met dien verstande dat de vereiste meerderheid niet meer mag bedragen dan 90% van de uitgebrachte stemmen of de vertegenwoordiging van meer dan 90% van het kapitaal. Hiermee wordt voorkomen dat statutair de lat voor het nemen van een GOO-besluit te hoog wordt gelegd.⁶⁷

Art. 2:231 lid 4 BW wordt bij een GOO-besluit buiten werking gesteld (lid 4). Dit betekent dat, ook al doet de met de GOO gepaard gaande statutenwijziging specifiek afbreuk aan de rechten van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, geen afzonderlijk goedkeurend besluit van die groep aandeelhouders is vereist. De gedachte is dat elke aandeelhouder die tegen het omzettingsvoorstel heeft gestemd alsmede iedere houder van een stemrechtloos aandeel bescherming ontleent aan de uittredmogelijkheid.⁶⁸

Teneinde duidelijk vast te leggen welke aandeelhouders hebben tegengestemd, is voorgeschreven dat de notulen van de AV waarin tot een GOO wordt besloten, worden opgemaakt bij notariële akte (lid 5).

6.4 Uitvoerende fase (art. 335l-335n Voorontwerp)

In de uitvoerende fase van een GOO komen de bevoegde instanties van zowel de EU/EER-lidstaat van vertrek als de EU/EER-lidstaat van bestemming in beeld. Deze vervullen een wezenlijke rol bij het daadwerkelijk tot stand brengen van een GOO.

6.4.1 Outbound-GOO

De notaris is aangewezen om toezicht te houden op de rechtmatigheid van een outbound-GOO.⁶⁹ Voor de toezichtuitoefening geldt een termijn van drie maanden, die zo nodig kan worden verlengd met drie maanden. De notaris moet een verklaring afgeven (ook wel een *pre-omzetting-attest* genoemd) van de rechtmatigheid van de outbound-GOO van een Nederlandse vennootschap. Deze toetsing bestaat uit i) een formele toets of de GOO volgens de geldende procedure en formaliteiten is verlopen (art. 335l lid 3 Voorontwerp) en ii) een fraudetoets (art. 335l lid 7 tot en met 9 Voorontwerp).⁷⁰ Het pre-omzetting-attest dient door de notaris te worden neergelegd bij het handelsregister. Voor een uitgebreide bespreking van het toezicht van de notaris op de GOO verwijzen wij naar de

⁶⁵ Wij hebben niet kunnen achterhalen op welke wet, ministeriële regeling of besluit de éénmaandstermijn is gebaseerd. Navraag bij het Kennis- en Exploitatiecentrum Officiële Overheidspublicaties leerde dat de beperkte vindbaarheidstermijn van 30 dagen is terug te voeren op beleid dat het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties vanwege privacyoverwegingen kent met betrekking tot het geautomatiseerd beperken van de duurzame toegang in officiële publicaties.

⁶⁶ Vgl. concept-MvT, p. 90. Gelet op het in art. 86 nonies lid 3 en art. 160 nonies lid 3 Vennootschapsrichtlijn bepaalde, wordt de stembepel voor de besluitvorming door de AV over een GOF in art. 333gb Voorontwerp dienovereenkomstig aangepast. Dit betekent een verhoging van de stembepel, omdat naar huidig recht ingevolge art. 2:330 lid 1 BW de gekwalificeerde stemmenmeerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen slechts wordt vereist, indien minder dan de helft van het geplaatste kapitaal ter vergadering is vertegenwoordigd. Een juiste omzetting van genoemde richtlijnbepalingen – zie de hoofdtekst hierna – en een dienovereenkomstige aanpassing van de GOF-regeling brengt mee dat ook voor een AV-besluit tot GOF als algemene regel een versterkte meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen dient te gelden.

⁶⁷ Vgl. concept-MvT, p. 90.

⁶⁸ Vgl. art. 335i Voorontwerp.

⁶⁹ Vgl. art. 335l Voorontwerp dat art. 86 quaterdecies, 86 quindicies en 86 octodecies Vennootschapsrichtlijn implementeert.

⁷⁰ Vgl. concept-MvT, p. 93.

bijdrage van Gerco van Eck en Lard Rehr in dit themanummer (*Ondernemingsrecht* 2022/66).⁷¹

6.4.2 Inbound-GOO

Voor een inbound-GOO is ingevolge art. 335m lid 1 Voorontwerp een notariële akte van omzetting vereist, waarbij in een notariële voetverklaring het *slotattest* is opgenomen (art. 335m lid 1 Voorontwerp). Er wordt, anders dan bij een GOF of GOS, geen maximale termijn van zes maanden voorgeschreven tussen de openbaarmaking van het GOO-voorstel en het verlijden van de GOO-akte. Een dergelijke termijn kan niet worden voorgeschreven, omdat dit zou betekenen dat een kapitaalvennootschap uit een andere EU/EER-lidstaat en de bevoegde instanties uit die lidstaat verplicht zouden worden om aan een termijn te voldoen die niet voortvloeit uit de Mobiliteitsrichtlijn.⁷²

In de notariële voetverklaring moet worden vermeld dat aan alle omzettingsvereisten is voldaan. De notaris aanvaardt bij de afgifte van het slotattest het pre-omzetting-attest van de bevoegde instantie uit de EU/EER-lidstaat van vertrek van de om te zetten vennootschap als afdoend bewijs dat de toepasselijke aan de omzetting voorafgaande procedures en formaliteiten correct zijn verricht naar het recht van de EU/EER-lidstaat van vertrek. De notaris vraagt het pre-omzetting-attest op bij het Handelsregister. De om te zetten vennootschap vraagt – al dan niet elektronisch – het slotattest aan bij de notaris en deelt daarbij met de notaris het besluit tot omzetting van de AV (art. 335m lid 2 Voorontwerp).⁷³

6.4.3 Van kracht worden GOO

Het recht van de EU/EER-lidstaat van bestemming bepaalt de datum waarop de GOO van kracht wordt (art. 86 octodecies Vennootschapsrichtlijn). Deze datum hoeft niet samen te vallen met de datum van inschrijving in het handelsregister van de vennootschap. Ingevolge het Voorontwerp wordt een inbound-GOO van kracht met ingang van de dag nadat de notaris de omzettingsakte heeft verleden (art. 335l lid 1 jo. art. 335m lid 1 Voorontwerp). Hoewel de Mobiliteitsrichtlijn niet verplicht tot registratie in het handelsregister van de datum waarop de GOO van kracht is geworden, menen wij in navolging van Roelofs en Koster dat het raadzaam is dat de Nederlandse wetgever hierin wel voorziet.⁷⁴ Per de datum dat de GOO van kracht wordt, is immers op de omgezette vennootschap het Nederlandse recht van toepassing.

6.4.4 Inschrijvingen/uitschrijvingen (handels)register

In geval van een inbound-GOO doet de omgezette vennootschap binnen acht dagen na het verlijden van de om-

zettingsakte de omzetting inschrijven in het handelsregister (art. 335m lid 4 en 5 Voorontwerp).⁷⁵ Verder doet de omgezette vennootschap binnen een maand opgave van de omzetting ter inschrijving in de registers waarin zij⁷⁶ moet zijn en moet worden ingeschreven. Hierbij kan worden gedacht aan het Kadaster en het merkenregister.⁷⁷

Voor een outbound-GOO geldt dat de beheerder van het handelsregister van de EU/EER-lidstaat van bestemming onverwijld na de inschrijving van de omgezette vennootschap mededeling doet aan het handelsregister van de EU/EER-lidstaat van vertrek. De beheerder van laatstbedoeld handelsregister draagt onverwijld zorg voor doorhaling van de inschrijving van de desbetreffende vennootschap onder vermelding van de GOO (art. 335n lid 1 en 3 Voorontwerp).

6.5 Geldigheid GOO

Art. 86 unicies Vennootschapsrichtlijn bepaalt dat een GOO niet nietig mag worden verklaard indien zij overeenkomstig de procedures tot omzetting van de richtlijn van kracht is geworden.⁷⁸ De gekozen formulering roept de vraag op of nietigverklaring wel mogelijk is als de procedure op een bepaald punt niet is nageleefd.⁷⁹ Art. 335p Voorontwerp gaat ervan uit dat dit niet kan en bepaalt dat de nietigheid of vernietiging van een omzetting op grond van Titel 7A niet kan worden uitgesproken. Voor een GOF en GOS geldt dezelfde regel.⁸⁰

7. Afsluitende opmerkingen

Het is verheugend dat met de inwerkingtreding op 1 januari 2020 van de Mobiliteitsrichtlijn is voorzien in een Europees regelgevend kader voor de GOO en dat elke EU/EER-lidstaat uiterlijk op 31 januari 2023 moet voorzien in een nationale regeling van deze rechtsfiguur. In Nederland is een eerste aanzet hiervoor gegeven in het op 7 februari 2022 verschenen Voorontwerp dat procedurele en inhoudelijke voorschriften bevat voor een GOO van EU/EER-kapitaalvennootschappen.

71 Vgl. hierover ook J.N. Schutte-Veenstra & M.A. Verbrugh, 'De Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing nader beschouwd', *Ondernemingsrecht* 2020/40, p. 211-213.

72 Vgl. concept-MvT, p. 96.

73 Vgl. concept-MvT, p. 96.

74 Vgl. E.R. Roelofs & H. Koster, 'Grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing in de Mobiliteitsrichtlijn', *WPNR* 2021/7309.

75 Het recht van de EU/EER-lidstaat van vertrek bepaalt de wijze waarop de inschrijving van de omgezette vennootschap wordt doorgehaald en het recht van de EU/EER-lidstaat van bestemming bepaalt de wijze van registratie van de omgezette vennootschap (art. 86 septdecies respectievelijk art. 160 septdecies Vennootschapsrichtlijn).

76 In art. 335m lid 5 Voorontwerp wordt abusievelijk van 'hij' gesproken. Deze fout is overigens niet eenmalig.

77 Vgl. concept-MvT, p. 97.

78 Overigens is in de Nederlandse taalversie de richtlijnbevestiging niet zuiver geformuleerd: "Een grensoverschrijdende omzetting die overeenkomstig de procedures tot omzetting van deze richtlijn van kracht is geworden, wordt mag niet nietig worden verklaard." Gelet op de tekst van de richtlijnbevestiging in de overige talen kan het woordje 'wordt' worden doorgestreept. Vgl. de Engelse versie van art. 86t: "A cross-border conversion [...] may not be declared null and void."

79 De gekozen formulering wijkt af van de voor de GOF geldende bepaling. Art. 134 Vennootschapsrichtlijn bepaalt dat de nietigheid van een overeenkomstig art. 129 van kracht geworden GOF niet kan worden uitgesproken. Het is onduidelijk waarom de EU-regelgever bij de GOO en de GOS voor een hiervan afwijkende formulering heeft gekozen.

80 Vgl. concept-MvT, p. 99.

In deze bijdrage is de procedure voor de totstandbrenging van een GOO besproken (zie par. 6). De voorgestelde procedure is duidelijk. Wel menen wij dat gebruik moet worden gemaakt van de lidstaatoptie om de vennootschap te verplichten de voorgenomen GOO aan te kondigen in de Staatscourant (zie par. 6.2). Verder dienen voor wat betreft de besluitvormende fase van een GOO enkele aanpassingen in de voorgestelde wettekst te worden aangebracht teneinde deze in overeenstemming te doen zijn met de desbetreffende richtlijnbevestigingen.

Aan de rechtsfiguur van de GOO zijn ingrijpende rechtsgevolgen verbonden (zie par. 5). In het te concipiëren wetsvoorstel zal in ieder geval nog duidelijkheid moeten worden verschaft over de rechtskracht van AV-besluiten die voorafgaand aan de GOO zijn genomen. Hetzelfde geldt voor de rechtsgevolgen van een GOO voor beperkte rechten, zoals pandrecht en vruchtgebruik, die op de aandelen van een om te zetten kapitaalvennootschap zijn gevestigd. Waar de Nederlandse wetgever met name nog een slag moet maken, is de verduidelijking van de verhouding van de (toekomstige) wettelijke regeling van een GOO met andere wet- en regelgeving. Dit betreft in ieder geval de verhouding met de noodwetgeving inzake zetelverplaatsing (zie par. 4.4) en de verhouding met de SE-verordening (zie par. 4.5).

Zo dient de Nederlandse wetgever voor de SE duidelijk te maken welke regels van toepassing zijn bij de inbound- en outbound-GOO van een SE in een BV/NV en vice versa. Wij doen alvast een voorzet en stellen voor dat aan art. 335 Voorontwerp een lid wordt toegevoegd met de volgende tekst:

4. Deze titel is niet van toepassing indien een Europese naamloze vennootschap (SE) wordt omgezet in een Europese naamloze vennootschap (SE) naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte.