



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Enkele reflecties over de regulering van grensoverschrijdende omzettingen

Koster, H.; Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat

Citation

Koster, H. (2024). Enkele reflecties over de regulering van grensoverschrijdende omzettingen. In *Bundel VON-symposium "Omzetting van rechtspersonen"* (pp. 1-12). Den Haag: VON. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4170158>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4170158>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Enkele reflecties over de regulering van grensoverschrijdende omzettingen

Harold Koster¹

1. Inleiding

Richtlijn (EU) 2019/2121 van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132² met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (hierna: Mobiliteitsrichtlijn) bevat onder meer regels voor de grensoverschrijdende omzetting.³ In Nederland is de richtlijn geïmplementeerd door de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (hierna: ‘Wet’). De Wet is in werking getreden op 1 september 2023.⁴ De wettelijke regeling is vastgelegd in titel 7A, de artikelen 335 tot en met 335p BW. Voorts is bepaald dat de artikelen 18, 71, 72, 181, 182 en 183 Boek 2 BW niet van toepassing zijn bij een grensoverschrijdende omzetting. Deze artikelen over de nationale omzetting zijn dus nog steeds verspreid over Boek 2 BW en niet ook overgeheveld naar Titel 7A.

Voor de Richtlijn EU 2019/2121 waren er geen Europese Unie (hierna: EU) richtlijnen over de grensoverschrijdende omzetting en ook ons Boek 2 BW bevatte voor 1 september 2023 geen regeling van de grensoverschrijdende omzetting.⁵ Met de Mobiliteitsrichtlijn is wat betreft de grensoverschrijdende omzetting derhalve een belangrijke stap gezet in de harmonisatie van het vennootschapsrecht op het niveau van de EU. Met de Mobiliteitsrichtlijn en de implementatiewetgeving is beoogd om vennootschappen heldere regels te bieden op welke wijze zij zich grensoverschrijdend kunnen omzetten en ook om in een passende bescherming van werknemers, schuldeisers en aandeelhouders te voorzien. Deze bijdrage bevat enkele reflecties over die regeling van de grensoverschrijdende omzetting vanuit het perspectief van Nederlands recht.⁶

¹ Verbonden aan de afdeling ondernemingsrecht Universiteit Leiden.

² Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (Voor de EER relevante tekst.) OJ L 169, 30.6.2017, p. 46 – 127.

³ De Mobiliteitsrichtlijn werd van kracht op 1 januari 2020 en had uiterlijk 31 januari 2023 moeten zijn geïmplementeerd in Nederland, maar deze termijn is niet gehaald.

⁴ Wet van 28 juni 2022, *Stb.* 2023, 252. Zie het inwerkingtredingsbesluit van 10 juli 2023, *Stb.* 2023, 254.

⁵ Boek 2 BW bevatte al wel regels voor de omzetting van rechtspersonen binnen Nederland.

⁶ Voor deze bijdrage is geput uit en bouwt voort op H. Koster, De Mobiliteitsrichtlijn en het voorstel Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen doorgelicht, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2023(3).

2. Enkele achtergronden

Voor inwerkingtreding van de wettelijke regeling van de grensoverschrijdende omzetting kende Boek 2 BW al een regeling van de binnenlandse omzetting. Deze houdt in dat een Nederlandse rechtspersoon zich met inachtneming van bepaalde vereisten kan omzetten in een ander type Nederlandse rechtspersoon, zoals de omzetting van een besloten vennootschap in een stichting. Een belangrijk kenmerk van een omzetting is dat door de omzetting het bestaan van de rechtspersoon niet eindigt. Het karakter van de rechtspersoon is gewijzigd, maar niet de levensduur. De rechtspersoonlijkheid bestaat voort en aldus hoeft er geen levering of overgang plaats te vinden van zaken en vermogensrechten.

Ook voor de inwerkingtreding van de Mobiliteitsrichtlijn was het overigens al toegestaan om grensoverschrijdend om te zetten. Dit was gebaseerd op jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de vrijheid van vestiging van art. 49 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). De relevante uitspraken zijn *Cartesio*, *Vale* en *Polbud*.⁷ Deze arresten vormen nu met de Mobiliteitsrichtlijn de kern van het leerstuk van grensoverschrijdende omzetting.

Het *Cartesio*-arrest betrof een Hongaarse commanditaire vennootschap die haar werkelijke zetel wenste te verplaatsen (een outbound verplaatsing)⁸, maar zonder verandering van het toepasselijke vennootschapsrecht. Het Hof van Justitie overwoog dat een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepaalt. Daardoor mag een lidstaat van oprichting beperkingen stellen aan de verplaatsing van de zetel van een op basis van zijn recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat, wanneer deze vennootschap de rechtspersoonlijkheid op grond van het recht van de lidstaat van oprichting wenst te behouden.⁹ Bij een grensoverschrijdende omzetting met verandering van recht ligt dit anders, zo volgt uit een overweging ten overvloede uit het *Cartesio*-arrest. In een dergelijke situatie

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

⁸ Een inbound grensoverschrijdende omzetting is een omzetting, waarbij een rechtspersoon beheerst door Nederlands recht ontstaat, door de omzetting van een rechtspersoon, beheerst door het recht van een andere staat. Voorts kennen we een outbound grensoverschrijdende omzetting. Dit is een omzetting waarbij een rechtspersoon, welke wordt beheerst door Nederlands recht, wordt omgezet en waarbij de omgezette rechtspersoon wordt beheerst door het recht van een andere staat.

⁹ Zie ook HvJ EG 27 september 1988 (*Daily Mail*), 81/87.

mag een lidstaat in beginsel geen beperkingen stellen, mits het recht van de lidstaat van ontvangst een dergelijke omzetting toestaat. In een dergelijke situatie wordt het vennootschapsrecht van het land van ontvangst van toepassing.

In het Vale-arrest is verduidelijkt dat een inbound grensoverschrijdende omzetting met verandering van recht ook kan. Omdat er destijds geen specifieke EU-regels voor grensoverschrijdende omzettingen waren, geldt voor de grensoverschrijdende omzetting het nationale recht voor omzettingen van de staat van oorsprong, waaronder de vennootschap waarvan de omzetting wordt gevraagd valt, alsmede het nationale recht voor omzettingen van de lidstaat van ontvangst, waaronder de vennootschap na voltooiing van de omzetting valt. Ook belangrijk is dat volgens het Hof van Justitie een grensoverschrijdende omzetting in de lidstaat van ontvangst leidt tot – of eigenlijk: kwalificeert als - de oprichting van een vennootschap naar het recht van die lidstaat.

De derde relevante uitspraak is het Polbud-arrest. Dit betrof de door Pools recht beheerste vennootschap Polbud die (alleen) haar statutaire zetel van Polen naar Luxemburg verplaatst had.¹⁰ Uit deze uitspraak blijkt dat de vrijheid van vestiging ook van toepassing is op de verplaatsing van alleen de statutaire zetel. Niet vereist is dus dat de verplaatsing van de statutaire zetel van een vennootschap noodzakelijkerwijs – omdat dat afhangt van het/de aanknopingspunt(en) dat/die het land van ontvangst kent – samen moet gaan met de verplaatsing van de werkelijke zetel.

Uit onderzoek blijkt dat grensoverschrijdende omzettingen regelmatig voorkomen. In 2019 waren er 64 grensoverschrijdende omzettingen met een inkomende (16) of uitgaande (48) Nederlandse betrokkenheid en in 2018 waren er 115 grensoverschrijdende omzettingen met een inkomende (21) of uitgaande (94) Nederlandse betrokkenheid.¹¹

Uit overweging 5 van de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn blijkt dat er voor inwerkingtreding van de Mobiliteitsrichtlijn geen specifiek rechtskader was voor onder andere grensoverschrijdende omzettingen en dat dit juridische versnippering en rechtsonzekerheid

¹⁰ Volgens Polbud gold dat ook voor haar werkelijke zetel, maar het Hof van Justitie beoordeelde de kwestie alsof alleen de statutaire zetel was verplaatst, hetgeen dit arrest daardoor voor de praktijk van groot belang maakt, omdat exact over die vraag nog onduidelijkheid bestond.

¹¹ Zie M. Meyer, Grensoverschrijdende fusies, omzettingen en splitsingen: empirische resultaten en medezeggenschapsrechtelijke implicaties, *WPNR* 2021, afl. 7309, p. 45.

meebracht. Dit vormde daardoor een hinderpaal voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging. Voorts was het gevolg dat het tot een minder optimale bescherming voor werknemers, schuldeisers en minderheidsdeelnemers in de interne markt leidde. Zo waren er in meer dan de helft van de EU lidstaten geen specifieke regels voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen.¹² Daardoor dienden vennootschappen die hun zetel naar het buitenland wensten te verplaatsen, zich te baseren op nationale wetgeving voor binnenlandse omzettingen. Die nationale wettelijke regels waren voorts nogal eens niet of moeilijk met elkaar te verenigen.¹³ Geharmoniseerde regels voor grensoverschrijdende omzettingen dragen derhalve bij aan het opheffen van beperkingen op de vrijheid van vestiging en daarmee kan tevens voorzien worden in een passende bescherming voor belanghebbenden zoals werknemers, schuldeisers en aandeelhouders.

3. Toepassingsbereik

De grensoverschrijdende omzetting wordt in de Mobiliteitsrichtlijn omschreven als een verrichting waarbij van een vennootschap, zonder te worden ontbonden of zonder in vereffening te gaan, de rechtsvorm waaronder zij in een lidstaat van vertrek is geregistreerd, wordt omgezet in een in bijlage II vermelde rechtsvorm van de lidstaat van bestemming en die met behoud van haar rechtspersoonlijkheid ten minste haar statutaire zetel overbrengt naar de lidstaat van bestemming. Daarbij is de ‘lidstaat van vertrek’ een lidstaat waarin een vennootschap is geregistreerd voordat een grensoverschrijdende omzetting plaatsvindt en een ‘lidstaat van bestemming’ een lidstaat waarin een omgezette vennootschap wordt geregistreerd ten gevolge van een grensoverschrijdende omzetting.

De regeling in de Mobiliteitsrichtlijn en de Wet is alleen van toepassing op kapitaalvennootschappen die zijn opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de EU hebben.¹⁴ Voor Nederland zijn dat de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.¹⁵ Voorts betreft het de Europese naamloze vennootschap (SE).¹⁶

¹² Zie de toelichting bij het Voorstel tot de Mobiliteitsrichtlijn p. 3 en 8.

¹³ Zie de toelichting bij het Voorstel tot de Mobiliteitsrichtlijn p. 3.

¹⁴ Het gaat hierbij om kapitaalvennootschappen die zijn opgenomen in bijlage II van de Richtlijn (EU) 2017/1132.

¹⁵ Zie de artikelen 86 ter, 119 en 160 ter Richtlijn (EU) 2017/1132.

¹⁶ Een Europese naamloze vennootschap wordt voor alle onderwerpen die niet in de SE Verordening zijn geregeld, aangemerkt als een naamloze vennootschap naar Nederlands recht. Zie over de doorwerking op de SE

Deze rechtspersonen kunnen zich op basis van de wettelijke regeling omzetten in een gelijksoortige buitenlandse EU kapitaalvennootschap en vice versa. Een ontbonden naamloze of besloten vennootschap mag evenwel niet grensoverschrijdend worden omgezet, indien reeds uit hoofde van de vereffening een uitkering is gedaan. De grensoverschrijdende omzetting van een naamloze of besloten vennootschap is eveneens uitgesloten gedurende faillissement of surséance van betaling en omzetting naar een Nederlandse vennootschap is ook uitgesloten bij toepassing van een insolventieprocedure in de zin van de Verordening (EU) 2015/848.

Het begrenzen tot kapitaalvennootschappen betekent ook dat de coöperatie, vereniging en stichting geen gebruik kunnen maken van deze regeling.¹⁷ Op basis van art. 49 en 54 VWEU zoals verduidelijkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU geldt evenwel dat de vrijheid van vestiging ook van toepassing kan zijn op grensoverschrijdende omzettingen van deze rechtspersonen.¹⁸ Dit betekent dat deze rechtspersonen in bepaalde situaties met een beroep op de vrijheid van vestiging ook kunnen participeren in een grensoverschrijdende omzetting.¹⁹ In de praktijk gebeurt dit ook.²⁰ Voor deze rechtspersonen zal dus rechtsonzekerheid blijven bestaan. Ik meen in dat kader dat het verdedigbaar is dat de regels van de Mobiliteitsrichtlijn, waar dat mogelijk is en voor zover de wet lacunes bevat, analoog kunnen worden toegepast ten aanzien van deze rechtspersonen. Een vraag die hierbij nog opkomt is of een notaris in deze gevallen wel een voetverklaring²¹ kan afgeven nu een wettelijke basis lijkt te ontbreken. Mijns inziens kan de notaris dat en geldt analoog aan de redenering van het Hof van Justitie EU in Vale dat het nationale recht dan toegepast kan worden en dat daaronder in dit geval waar dat kan ook de regels voor grensoverschrijdende omzettingen voor kapitaalvennootschappen onder vallen.

De Wet sluit voorts kapitaalvennootschappen uit de BES-eilanden en Aruba, Curaçao en Sint Maarten uit. Volgens de MvT geldt dat “nadat ervaring is opgedaan met deze nieuwe regeling

nader H. Koster en J.C.M. Verboom, Zien de Boek 2 BW-fusieregels ook op de grensoverschrijdende fusie waarbij een SE ontstaat?, *WPNR* 2023(7436).

¹⁷ Ik laat de onderlinge waarborgmaatschappij hierbij buiten beschouwing, omdat ik vermoed dat bij deze rechtspersonen de behoefte (bijna) non-existent is.

¹⁸ Zie hierover HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio), HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10 (Vale) en HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (Polbud).

¹⁹ Dit volgt ook uit de overwegingen 2 en 6 in de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn.

²⁰ Een voorbeeld is de voorgenomen grensoverschrijdenden omzetting van stichting administratiekantoor XPEQT, met statutaire zetel in Breda, in een stichting naar Belgisch recht. Zie *Staatscourant* 2022, 5688, van 23 februari 2022.

²¹ Zie art. 2:335m lid 1 BW.

zal overigens worden gezien of het geografische toepassingsbereik kan worden uitgebreid naar de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten.”²² Dit is mijns inziens geen voor de hand liggende keuze, omdat de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten een goed ontwikkeld rechtspersonenrecht kennen dat gebaseerd is op het Nederlandse recht. De wettelijke regeling had dit daarom toe moeten staan. Hopelijk gaat dat op enig moment alsnog gebeuren.

Het roept bovendien de vraag op waarom de reikwijdte van de regeling niet uitgebreid kan worden naar andere landen buiten de EU/EER. Een logische verruiming van het toepassingsgebied zou kunnen zijn uitbreiding tot de OESO-lidstaten. Dit sluit ook goed aan bij de regelingen in enkele andere EU-lidstaten zoals België, Luxemburg en Spanje waar deze mogelijkheid al toegestaan is. Dit is ook positief voor het Nederlandse vestigingsklimaat. Het is daarom mijns inziens een gemiste kans dat dit niet wordt meegenomen. Wel wordt in de MvT genoemd dat als onderdeel van de aangekondigde modernisering van het ondernemingsrecht verkend zal worden of de regeling uitgebreid kan worden naar andere rechtsvormen en buiten het territorium van de EU en EER.²³ Ik hoop dat dit de komende jaren alsnog zal worden toegelaten.

4. Procedure

Elke grensoverschrijdende omzetting vangt aan met de voorbereidende handelingen met als belangrijkste element het opstellen en openbaar maken van een omzettingsvoorstel. Het voorstel tot omzetting bevat onder andere informatie over: i) het voorgestelde indicatieve tijdschema voor de omzetting; ii) of de om te zetten vennootschap in Nederland gedurende de voorafgaande vijf jaar stimulansen of subsidies heeft ontvangen; iii) de waarschijnlijke gevolgen van de omzetting voor de werkgelegenheid; iv) indien van toepassing informatie over de procedure voor de vaststelling van regelingen met betrekking tot medezeggenschap als bedoeld in art.2:335o BW in de omgezette vennootschap; v) de aan schuldeisers geboden waarborgen, zoals garanties of pandrechten.

Voor een grensoverschrijdende omzetting zijn naast het opstellen van een voorstel tot de grensoverschrijdende omzetting twee verslagen met informatie vereist voor i) de

²² Zie MvT p. 4.

²³ *Kamerstukken II 2022/23*, 36 267, nr. 3, p. 23.

aandeelhouders en ii) de werknemers over de gevolgen van de grensoverschrijdende omzetting. Dit kan ter keuze ook in een samengesteld verslag. Dit verslag (schriftelijke toelichting) dient uiterlijk zes weken voor de datum waarop de algemene vergadering een besluit neemt over de omzetting overeenkomstig art. 2:335h lid 1 BW elektronisch toegankelijk voor de aandeelhouders en voor de ondernemingsraad c.q. werknemers te zijn. De toelichting voor de aandeelhouders is niet vereist indien de aandeelhouders van de vennootschap daarmee instemmen of indien alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap, uitgezonderd de aandelen gehouden door de vennootschap of haar dochtermaatschappijen, worden gehouden door één aandeelhouder. Voor de werknemers wordt een schriftelijke toelichting gegeven over: i) de gevolgen van de verrichting voor de arbeidsrelaties en, in voorkomend geval, alle maatregelen om die arbeidsrelaties te borgen; ii) materiële wijzigingen van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden of van vestigingsplaatsen van de vennootschap; en iii) de vraag hoe de in de onderdelen i en ii bedoelde factoren van invloed zijn op dochtermaatschappijen van de vennootschap.²⁴ Deze toelichting voor de werknemers kan achterwege blijven indien alle werknemers van de betrokken vennootschap en, in voorkomend geval, van haar dochtermaatschappijen tot het bestuur behoren of indien deze vennootschap en, in voorkomend geval, haar dochtermaatschappijen geen werknemers hebben.

Het bestuur van elke betrokken vennootschap stelt een kennisgeving op gericht aan de aandeelhouders, de schuldeisers en de ondernemingsraad of, indien bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming een ondernemingsraad ontbreekt, aan de werknemers van de vennootschap, dat zij uiterlijk vijf werkdagen voor de datum waarop de algemene vergadering een besluit neemt over de omzetting, bij de vennootschap opmerkingen kunnen indienen over dit voorstel. De ingediende opmerkingen zijn overigens niet bindend voor het bestuur van de betrokken vennootschap.²⁵ De betrokken vennootschappen dienen in de Staatscourant aan te kondigen dat de bij wet voorgeschreven stukken en de kennisgeving zijn neergelegd of raadpleegbaar zijn, met opgave van de openbare registers waar zij liggen of elektronisch toegankelijk zijn en van het adres waar zij ter inzage liggen of elektronisch toegankelijk zijn. Voor de kennisgeving is niet vereist dat de vennootschap alle aandeelhouders of schuldeisers van de vennootschap afzonderlijk benadert.

²⁴ Art. 4 SER-fusiegedragsregels 2015 bevat ook voorschriften over de gevolgen van een fusie in de zin van de SER-fusiegedragsregels voor de werkgelegenheid.

²⁵ *Kamerstukken II 2022/23*, 36 267, nr. 3, p. 36.

Voldoende is als er ruchtbaarheid wordt gegeven aan de kennisgeving in overeenstemming met de hiervoor genoemde vereisten over openbaarmaking.²⁶ Ontvangt het bestuur een advies of opmerkingen van de ondernemingsraad of een vakorganisatie, dan dienen deze aan de schriftelijke toelichting te worden gehecht. Dit vereiste conflicteert evenwel met het vereiste van art. 2:335d lid 6 BW op grond waarvan de schriftelijke toelichting uiterlijk zes weken voor de datum waarop de algemene vergadering een besluit neemt over de omzetting overeenkomstig art. 2:335h lid 1 BW elektronisch toegankelijk voor de aandeelhouders en voor de ondernemingsraad dan wel werknemers dient te zijn, nu de ondernemingsraad dan wel de werknemers tot uiterlijk vijf werkdagen voor de datum waarop de algemene vergadering een besluit neemt over de omzetting, bij de vennootschap opmerkingen kunnen indienen over het voorstel. In zoverre moet dit denk ik voor niet geschreven worden gehouden en lijkt het praktisch om dit analoog aan art. 2:335f lid 4 BW zo in te vullen dat vereist is dat het onmiddellijk na ontvangst wordt neergelegd ten kantore van de om te zetten vennootschap en alsdan elektronisch toegankelijk wordt gemaakt.

Belangrijk is voorts de besluitvorming door in beginsel de algemene vergadering. Daarvoor geldt dat voor het besluit van de algemene vergadering een meerderheid van ten minste twee derden vereist is van de uitgebrachte stemmen. De statuten kunnen een hogere meerderheid en/of een quorum eisen. Bedraagt de vereiste meerderheid voor het besluit tot omzetting evenwel meer dan negentig procent van de uitgebrachte stemmen of is vereist dat in de vergadering meer dan negentig procent van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, dan wordt het besluit genomen met negentig procent van de uitgebrachte stemmen of in een vergadering waar negentig procent van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.

5. Bescherming van schuldeisers

In de Mobiliteitsrichtlijn is voor grensoverschrijdende omzettingen vastgelegd dat de vennootschap waarborgen dient te bieden aan schuldeisers en deze dient te beschrijven in het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting. Schuldeisers die geen genoegen nemen met de geboden waarborgen, kunnen een administratieve of rechterlijke instantie verzoeken om passende waarborgen binnen drie maanden na de openbaarmaking van het voorstel. In Nederland kenden we al een verzetprocedure die in de wettelijke regeling voor

²⁶ *Kamerstukken II 2022/23*, 36 267, nr. 3, p. 36-37.

grensoverschrijdende fusies was opgenomen en deze is ook gaan gelden voor grensoverschrijdende omzettingen. De verzettermijn is drie maanden geworden.

Voorts is het pre-fusie attestvereiste - in herziene vorm – gebleven en ook voor de grensoverschrijdende omzetting (en splitsing) gaan gelden. Dit ziet op het toezicht van de notaris op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende omzetting. Deze rechtmatigheidstoetsing op basis van de Mobiliteitsrichtlijn kent twee onderdelen, te weten een formele toets en een fraudetoets. De formele toets kenden we al van de fusieregeling. De fraudetoets is nieuw. In de wettelijke regeling is de notaris aangewezen als bevoegde instantie die met deze toetsen is belast. Een pre-omzetting attest van de Nederlandse notaris is vereist voor een Nederlandse om te zetten vennootschap bij een grensoverschrijdende omzetting. De formele toets betreft de vraag of de grensoverschrijdende omzetting met inachtneming van alle geldende procedure en formaliteiten is bewerkstelligd. Het pre-omzetting attest moet worden opgenomen in een notariële akte. Nieuw is dat de notaris de door de betrokken vennootschap bij de aanvraag ingediende documenten en informatie moet onderzoeken. Eveneens nieuw is dat, waar dat aan de orde is, de notaris de melding door de vennootschap dat de procedure over de medezeggenschap overeenkomstig artikel 2:335o lid 3 BW is aangevangen, onderzoekt. In de nota naar aanleiding van het verslag²⁷ wordt nog opgemerkt:

“Voorts vragen de aan het woord zijnde leden op welke manier wordt gewaarborgd dat de notaris kennis heeft van de SER-Fusiegedragsregels 2015 en van cao-bepalingen waarin de Fusiegedragsregels van toepassing zijn verklaard.”

Het antwoord van de minister voor Rechtsbescherming luidde:

“In zijn algemeenheid geldt dat notarissen die zich bezighouden met ondernemingsrecht kennis hebben van de Fusiegedragsregels en de toepassing hiervan. De Fusiegedragsregels komen aan de orde tijdens reguliere cursussen over fusie en splitsing en tijdens opleidingen op het gebied van het ondernemingsrecht die notarissen die zich bezighouden met (grensoverschrijdende) fusies volgen.”

²⁷ Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 6, p. 12.

Blijkbaar moet de notaris naar aanleiding van de melding door de vennootschap dat de procedure over de medezeggenschap is aangevangen niet alleen onderzoeken of aan art. 2:335o BW wordt voldaan, maar ook deze aspecten meenemen. Waar deze taak van de notaris op gebaseerd is, is evenwel onduidelijk en het was beter geweest als dit uitdrukkelijk in de wettelijke regeling was vastgelegd.

De (nieuwe) fraudetoets behelst dat de notaris het pre-omzetting attest niet afgeeft en de grensoverschrijdende omzetting daarmee niet toestaat, wanneer hij vaststelt dat voor een grensoverschrijdende omzetting is gekozen voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden. Heeft de notaris ernstige twijfels of de grensoverschrijdende omzetting de fraudetoets kan doorstaan, dan kan hij een beroep doen op een onafhankelijke deskundige of op de relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende omzetting van een lidstaat of lidstaten van de EU/EER om informatie of documenten op te vragen.²⁸ Een belangrijke vraag is hoe ver de zorgplicht van de notaris hier reikt. De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB) heeft op grond van art. 21 lid 6 van de Wet op het notarisambt de bevoegdheid om een verordening op te stellen om verdere invulling te geven aan het nadere onderzoek dat plaats dient te vinden wanneer de notaris ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende omzetting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden. De KNB heeft dit inmiddels opgesteld.²⁹

In de MvT wordt toegelicht dat de fraudetoets aansluit bij de rol van de notaris als poortwachter zoals voorzien in de Wet op het notarisambt (hierna: Wna). Dit omdat de notaris immers nu al op grond van art. 21 Wna verplicht is zijn dienst te weigeren, wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt, leidt tot strijd met het recht of de openbare orde. Dat geldt ook wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.³⁰ Deze toetsing zou, zo valt te lezen in de

²⁸ Overweging 37 preambule en art. 2:333i lid 8, 2:334uu lid 8, 2:335 l lid 7 BW. Zie ook *Kamerstukken II* 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 54.

²⁹ Het betreft een interne, niet openbare KNB publicatie van 12 juli 2023 getiteld ‘ Praktische richtlijnen fraudetoets grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing’ .

³⁰ *Kamerstukken II* 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 13-14.

MvT, daarmee dezelfde zwaarte en omvang hebben als de toetsing die de notaris voor 1 september 2023 bij een grensoverschrijdende fusie verrichtte uit hoofde van zijn notariële poortwachtersrol, waarbij nieuw is dat de notaris nu ook de bevoegdheid heeft tot nader onderzoek en inschakeling van een deskundige.³¹

Ik vraag mij af of vol te houden is dat de fraudetoetsing bij een grensoverschrijdende omzetting (en fusie en splitsing) dezelfde zwaarte en omvang heeft als de toetsing die de notaris voor 1 september 2023 verrichtte bij een grensoverschrijdende fusie uit hoofde van zijn notariële poortwachtersrol. Als ik in overweging 36 van de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn lees dat indicatieve factoren voor de vraag of er ernstige twijfels dienen te rijzen die erop wijzen dat de grensoverschrijdende omzetting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden, onder meer zijn: de investering, de netto-omzet en winst of verlies, het aantal werknemers, de samenstelling van de balans, de fiscale woonplaats, de activa en de plaats waar deze zich bevinden, de uitrusting, de gebruikelijke werkplek van de werknemers en van specifieke werknemersgroepen, de plaats waar de sociale bijdragen verschuldigd zijn en de commerciële risico's van de vennootschap of vennootschappen vóór en na de grensoverschrijdende omzetting; dan lijkt het erop dat er wel veel wordt gevraagd van de notaris. Het roept ook de nodige vragen op. Hoe gaat bijvoorbeeld een notaris de commerciële risico's beoordelen? Kan de notaris dat wel? En worden met 'de uitrusting' de bedrijfsmiddelen bedoeld? En indien ja, welke hoeveelheid bedrijfsmiddelen is in een specifieke situatie 'verdacht' en welke niet? Bij de aanvraag van de verklaring van de notaris moet door de betrokken vennootschap onder meer worden overgelegd de ingediende opmerkingen van de aandeelhouders, de schuldeisers en de ondernemingsraad of, indien deze ontbreekt, de werknemers, alsmede informatie over de nakoming van verbintenissen van de vennootschap ten aanzien van overheidsinstanties.

Qua procedure en tijdsduur is relevant dat binnen drie maanden na de indiening van het verzoek door de vennootschap moet worden beslist over de afgifte van het pre-omzetting attest. Het pre-omzetting attest moet worden opgenomen in een notariële akte. Indien er ernstige twijfels rijzen bij de notaris over de vraag of de grensoverschrijdende omzetting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden, neemt de

³¹ *Kamerstukken II 2022/23, 36 267, nr. 3, p. 13-14.*

notaris de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking. In deze situatie kan de notaris de termijn voor de beoordeling met nog eens maximaal drie maanden verlengen. Is het door de complexiteit van de grensoverschrijdende procedure niet haalbaar om de beoordeling op tijd af te ronden, dan weigert de notaris de afgifte van de verklaring indien zijn ernstige twijfels nog niet zijn weggenomen na het verstrijken van een termijn van negen maanden na de aanvraag van het pre-omzetting attest.

De notaris is eveneens aangewezen als de bevoegde instantie die het door de richtlijn vereiste toezicht op de verwezenlijking van de grensoverschrijdende omzetting moet houden en daartoe het slotattest afgeeft. Voor de grensoverschrijdende fusie gold dit al op basis van art. 2:333i lid 5 BW. Dit slotattest is alleen vereist als de omgezette vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is geworden (inbound omzetting).

6. Conclusie

De invoering van de wetgeving die grensoverschrijdende omzettingen (nader) reguleert, is zeker positief te noemen. Tegelijkertijd zijn er nog wel enkele kanttekeningen te plaatsen ten aanzien van de wettelijke regeling en zijn verbeteringen denkbaar. Ik heb in deze bijdrage daartoe een aantal suggesties gedaan. Hopelijk kan hier nog eens naar gekeken worden door de wetgever.