

I

SPIGT DUTCH CARIBBEAN

SEMINAR ONDERNEMINGSRECHT

“Cross-border omzetting en fusie na 10-10-10”

Maandag 22 oktober 2012 – Avila, Curaçao

Mr. K. Frielink

18.25 – 20.00 uur

Hieronder volgt de uitgeschreven tekst van de voordracht als toelichting bij het cursusmateriaal. Op *Karel's Legal Blog* (<http://www.curaçao-law.com>) wordt uitvoerig verhaald over het recht van de Nederlandse Cariben. Voor vragen en opmerkingen: Karel.Frielink@SpigtDC.com.

II

We gaan vandaag – vanzelfsprekend – uit van Curaçao en dus ook van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao, zoals dat met ingang van 1 januari 2012 geldt. De omzetting is, net als de fusie en splitsing, geregeld in Titel 9 daarvan. Niet alleen de wijziging van Boek 2 BW in 2012 heeft veranderingen met zich gebracht, vooral de staatkundige herziening per 10-10-10 heeft tot ingrijpende gevolgen geleid.

Sinds 10-10-10 heeft Curaçao een eigen Boek 2 BW. Dat geldt ook voor Sint Maarten. De BES-eilanden (Bonaire, Saba en St. Eustatius) hebben ook een eigen Boek 2 BW, dat (ook) afwijkt van Boek 2 BW in Nederland. Met ingang van

genoemde datum zijn St. Maarten en Bonaire, gelijk dat voor Aruba al langer gold, vanuit het perspectief van Boek 2 BW Curaçao - tot op zekere hoogte¹ - als 'buitenland' te beschouwen.

Waarom zou je als rechtspersoon naar het buitenland willen verhuizen? Sommige rechtspersonen zijn uit fiscale overwegingen in Curaçao gevestigd en maken bijvoorbeeld deel uit van een internationaal concern. Als de fiscale vestigingsplaats om de een of andere reden niet langer interessant of wenselijk is, kan worden gekozen voor liquidatie of omzetting naar het buitenland. Dat laatste zal de voorkeur verdienen ingeval de betrokken vennootschap bijvoorbeeld is gebonden aan allerlei contracten en de overzetting daarvan op een andere entiteit niet kan of bewerkelijk is. Het kan ook zijn dat een liquidatie wel en een omzetting niet tot nadelige fiscale consequenties leidt. Om dezelfde soort redenen kunnen buitenlandse rechtspersonen natuurlijk ook naar Curaçao willen verhuizen.

III

De grensoverschrijdende omzetting stond vroeger bekend als het leerstuk van de zetelverplaatsing. Een enkel woord daarover.

De zetelverplaatsing was geregeld in de *Landsverordening zetelverplaatsing derde landen*. Deze landsverordening is per 1 maart 2004 ingetrokken; de regeling is vervangen door de regeling van de grensoverschrijdende omzetting. Zie echter artikel II van de reparatiewet van 24 december 2004, P.B. 2004, 198, die voor bepaalde vennootschappen deze Landsverordening laat herleven: in geval een NV op 1 maart 2004 de mogelijkheid van zetelverplaatsing op voet van deze Landsverordening in haar statuten had staan, kan daarvan nog steeds

¹ Er staat 'tot op zekere hoogte' vanwege artikel 38 lid 4 van het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden. Daarover later meer.

gebruik worden gemaakt, op voorwaarde dat de statuten daarin (nog steeds of wederom) voorzien.

Stel dus dat een NV deze mogelijkheid op 1 maart 2004 in haar statuten had staan, maar die bepaling bij een latere statutenwijziging heeft geschrapt, dan kan bij een volgende statutenwijziging die bepaling worden teruggeplaatst. Het enige criterium is dus of de NV de bepaling op 1 maart 2004 in haar statuten had staan en uiteraard op het moment dat zij van deze regeling gebruik wil maken.

Op grond van de *Landsverordening zetelverplaatsing derde landen* kan met ingang van 1 maart 2004 dus uitsluitend nog emigratie van genoemde naamloze vennootschappen plaatsvinden. Er kan alleen geëmigreerd worden naar landen die zulks toestaan. Omdat het hier om 'derde landen' gaat kan een zetelverplaatsing niet betrekking hebben op een verplaatsing binnen het Koninkrijk. De regeling wordt hier verder niet inhoudelijk besproken.

Er wordt nog slechts opgemerkt dat destijds – voor 1 maart 2004 – voor het opnemen in de statuten van een NV van deze vorm van zetelverplaatsing toestemming nodig was van de Minister van Justitie.² De NV die deze mogelijkheid op 1 maart 2004 in haar statuten had staan, maar deze nadien heeft verwijderd, kan deze bepaling wederom opnemen zonder dat toestemming van de Minister van Justitie is vereist. In het verleden was deze toestemming gekoppeld aan de regeling in het Wetboek van Koophandel die de 'verklaring van geen bezwaar' voorschreef voor elke statutenwijziging; die regeling is afgeschaft.

² Artikel 3 lid 2 Landsverordening zetelverplaatsing derde landen.

IV

Op grond van deze Landsverordening is verplaatsing naar bijvoorbeeld Aruba of St. Maarten niet mogelijk. Artikel 38 lid 4 van het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden bepaalt dat in het onderwerp van de zetelverplaatsing van rechtspersonen bij rijkswet moet worden voorzien. Omtrent deze voorziening is overeenstemming tussen de regeringen van de landen vereist. Zolang dat onderwerp niet bij rijkswet is geregeld, is zetelverplaatsing binnen het Koninkrijk niet mogelijk; omdat grensoverschrijdende omzetting daarmee materieel gelijk is te stellen, wordt ervan uitgegaan dat ook die eerst in een rijkswet moet zijn geregeld alvorens deze binnen het Koninkrijk kan plaatsvinden.

De vraag is hoe moet worden aangekeken tegen een grensoverschrijdende *fusie* tussen de landen in het Caribische deel van het Koninkrijk; Nederland kent daarvoor nog geen wettelijke regeling. Curaçao en Aruba (VBA) kennen zowel de *outbound* als de *inbound* fusie; Sint Maarten en Bonaire kennen op dit moment alleen de *inbound* fusie. Kan bijvoorbeeld een Curaçaose NV als verdwijnende vennootschap fuseren met een NV te Sint Maarten als verkrijgende vennootschap? Deze fusie verschilt wezenlijk van het leerstuk zetelverplaatsing en omzetting, zodat verdedigbaar is dat artikel 38 lid 4 van het Statuut niet aan een dergelijke fusie in de weg staat.³

³ Zie in dat verband ook de Memorie van Toelichting bij de Arubaanse *Landsverordening vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*: “Opgemerkt wordt, dat anders dan bij grensoverschrijdende omzetting, artikel 38, vierde lid, van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, geen beletsel vormt voor het totstandbrengen van een grensoverschrijdende fusie met een vennootschap uit een ander land dat behoort tot het Koninkrijk. Dit is slechts anders met betrekking tot de fusie door overneming, waarbij de buitenlandse verkrijgende vennootschap zich met het van kracht worden van de fusie omzet in een VBA, hetgeen op grond van artikel 84 jo. artikel 70 mogelijk is. Omdat deze vorm van fusie veel gelijkenis vertoont met de figuur van de zetelverplaatsing, brengt artikel 38, vierde lid, van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, mee dat deze vorm van fusie niet is toegelaten met een vennootschap die ressorteert onder het recht van een ander land dat behoort tot het Koninkrijk” (p. 71).

Binnen het Koninkrijk kan een zetelverplaatsing slechts plaatsvinden op grond van de *Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen*⁴ en bovendien slechts in geval van (een dreigende) oorlog of buitengewone (politieke) omstandigheden (revolutie). Om van deze mogelijkheid gebruik te maken is het niet vereist dat terzake een bepaling in de statuten van de rechtspersoon is opgenomen. Ik bespreek deze Rijkswet verder niet inhoudelijk.

Tot 10-10-10 kon je de statutaire zetel van een Antiliaanse NV of BV van bijvoorbeeld Curaçao naar Sint Maarten verplaatsen door middel van een eenvoudige wijziging van de statuten: je vulde gewoon een ander eiland in als statutaire plaats van vestiging (een binnenlandse zetelverplaatsing). Dat kan sinds 10-10-10 niet meer. Je kunt je zelfs afvragen of het daarvoor wel kon, gezien artikel 38 lid 4 van het Statuut, maar net als bij zetelverplaatsingen binnen Nederland (van bijvoorbeeld Amsterdam naar Rotterdam), werd het gewoon gedaan en maakte niemand zich daar verder druk om.

V

In 2011 is geprobeerd een BV die statutair is gevestigd in Bonaire te verplaatsen naar Rotterdam door middel van een statutenwijziging, waarbij de oude door de nieuwe statutaire plaats van vestiging werd vervangen en de statuten van de BV overeenkomstig het Nederlandse Boek 2 BW werden ingericht. De Kamer van Koophandel te Rotterdam heeft de inschrijving van die BV geweigerd. De Kamer van Koophandel stelde zich op het standpunt dat deze gang van zaken in strijd is met de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing en met Boek 2 BW-BES. Daarover loopt nog een procedure.

Dat eerste argument lijkt mij niet direct overtuigend, omdat de Rijkswet ziet op de verplaatsing van de zetel van een rechtspersoon naar een ander land binnen het

⁴ De *Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen* (Stb. 1967, 162, laatstelijk per 10-10-10 gewijzigd; Stb. 2010, 339) laat ik hier onbesproken.

Koninkrijk, en het Koninkrijk sinds 10-10-10 bestaat uit vier landen: Nederland (inclusief de BES-eilanden), Aruba, Curaçao en St. Maarten. Vanuit het perspectief van de Rijkswet verschilt een zetelverplaatsing van Amsterdam naar Rotterdam niet van die van Bonaire naar Rotterdam.

Wel steekhoudend lijkt mij het argument, als ik het zo mag begrijpen, dat Nederland en Bonaire elk een eigen Boek 2 BW hebben en dus beiden een eigen rechtsdomein hebben, waarbij de incorporatieleer in beide wetboeken het uitgangspunt is. Een Bonairiaanse BV wordt dus door een ander rechtsregime beheerst dan een Nederlandse BV. Boek 2 BW-NL laat een formele zetelverplaatsing binnen het toepasselijke grondgebied toe, dus binnen het Europese deel van het Koninkrijk, door simpelweg een andere in dat grondgebied gelegen stad of gemeente als statutaire vestigingsplaats te vermelden, maar ook niet meer dan dat.

In Bonaire geldt dat een rechtspersoon aldaar alleen kan worden opgericht door een aldaar bevoegde notaris en in het Europese deel van Nederland geldt dat een NV of BV alleen door een in dat deel van Nederland bevoegde notaris kan worden opgericht. Deze wettelijk vastgelegde normen kunnen niet worden doorbroken door in een te Bonaire te passeren notariële akte van oprichting van een BV (of bij een latere statutenwijziging) als vestigingsplaats bijvoorbeeld Rotterdam op te nemen. Anders gezegd: het is in strijd met Boek 2 BW-BES om in de statuten van een te Bonaire gevestigde BV als plaats van statutaire vestiging Rotterdam op te nemen. Naar mijn mening is het dus niet mogelijk vanuit de Bonairiaanse rechtsorde in die van Nederland in te grijpen.

Daarbij komt dat volgens artikel 1 lid 1 van de (Nederlandse) *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* de landen van het Koninkrijk der Nederlanden en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba als staat worden aangemerkt. In deze wet wordt onder formeel buitenlandse vennootschap verstaan een naar een ander dan Nederlands recht opgerichte,

rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht. Met andere woorden: een in Bonaire gevestigde BV die alleen werkzaamheden in Nederland verricht, wordt wat de werking van deze wet betreft als een formeel buitenlandse vennootschap aangemerkt.

Artikel 40 van het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden lijkt mij hier overigens ook niet van toepassing. Dat artikel bepaalt dat de rechtskracht van vonnissen en authentieke akten afkomstig uit een deel van het Koninkrijk, in de andere delen van het Koninkrijk moet worden erkend. Het Koninkrijk bestaat uit vier delen: Nederland (inclusief de BES-eilanden), Aruba, Curaçao en St. Maarten. Aan artikel 40 Statuut komen we dus mijns inziens sowieso niet toe, omdat Bonaire wat het Statuut betreft deel uitmaakt van Nederland en hier dus geen vraagstuk van interregionaal privaatrecht speelt. Maar als dat anders zou zijn, dan zegt de erkenning van de elders in het Koninkrijk gepasseerde authentieke akte op zichzelf niets over de vraag of hetgeen in die authentieke akte is vastgelegd (materieelrechtelijk) juist of niet juist is en welke rechtsgevolgen daaraan moeten worden verbonden. De te Bonaire gepasseerde notariële akte kan (en moet) mijns inziens wel worden erkend, maar het (beoogde) rechtsgevolg (de zetelverplaatsing) hoeft in Nederland niet te worden aanvaard en zal ook niet worden aanvaard.

Kortom, de BV in Bonaire is een rechtspersoon naar het recht van Bonaire, niet naar het recht van Nederland. Wat men dus mijns inziens in feite heeft beoogd is een omzetting van een Bonairiaanse BV in een Nederlandse BV. Echter, een *cross-border* omzetting is naar huidig Nederlands recht niet mogelijk (noch *inbound*, noch *outbound*).

De Nederlandse Commissie Vennootschapsrecht heeft een voorontwerp gemaakt voor een wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 BW-NL, inhoudende een

regeling van de grensoverschrijdende *omzetting* (in de zin van wijziging van rechtsvorm met behoud van rechtspersoonlijkheid). Ik kom daar straks op terug. Maar tot die tijd is het dus niet mogelijk een BV die statutair te Bonaire is gevestigd (rechtstreeks) naar Nederland te verplaatsen.

Wat nu wel mogelijk is, is dat de Bonairiaanse vennootschap zich omzet in een rechtsvorm van een EU-lidstaat die de cross-border omzetting wel kent (bijv. Spanje, Luxemburg), vervolgens een dochtervennootschap opricht in Nederland, waarna moeder en dochter *downstream* fuseren met als resultaat een Nederlandse vennootschap. Daarmee bereik je het gewenste resultaat, maar op een omslachtige manier. Om die reden is eerder genoemd wetsvoorstel gemaakt.

Enige discussie over deze route is wellicht nog mogelijk, omdat de Europese richtlijn inzake grensoverschrijdende fusie (2005/56; PbEU L 310)⁵ aldus in de Nederlandse wet is geïmplementeerd, dat een Nederlandse BV of NV alleen kan fuseren met kapitaalvennootschappen die zijn *opgericht* naar het recht van een lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte (art. 2:333c lid 1 BW-NL). Strikt genomen is de Luxemburgse of Spaanse vennootschap die na de omzetting ontstaat niet in dat land opgericht, maar in Bonaire. Het begrip 'opgericht' moet hier mijns inziens worden begrepen als (ter gelegenheid van de fusie) '*worden beheerst door of bestaan naar het recht van een andere lidstaat van de EU of EER*'. De (voor)geschiedenis doet daarbij niet terzake.

⁵ Uit de Memorie van Toelichting bij het voorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van Nederland in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (TK 2006-2007, 30 929, nr. 3): "*Met de richtlijn, ook wel aangeduid als de Tiende vennootschapsrichtlijn, wordt beoogd de grensoverschrijdende samenwerking tussen ondernemingen te vergemakkelijken door het instrument van de grensoverschrijdende juridische fusie in alle lidstaten aan te reiken. Ondernemingen met verschillende rechtsvormen, bijvoorbeeld een Nederlandse naamloze vennootschap en een Engelse limited liability company, kunnen zo samengaan in één rechtspersoon. Dat kan doordat één van de bestaande fusiepartners het vermogen van de andere(n) onder algemene titel verkrijgt, ook wel fusie door overneming genoemd, of doordat alle activa en passiva onder algemene titel overgaan op een daartoe nieuw op te richten rechtspersoon, de fusie door oprichting. De te fuseren rechtspersonen die ophouden te bestaan, worden aangeduid als «verdwijnende rechtspersonen»; de nieuwe of resterende rechtsvorm als de «verkrijgende rechtspersoon»*".

Stel dat een BV te Bonaire (alleen) haar *feitelijke* zetel naar België verplaatst en haar statuten aldaar door een notaris in een notariële akte laat vastleggen. Omdat België het “*siège réel*” systeem toepast (de leer van de werkelijke zetel) ontstaat een Belgische BVBA. Naar Nederlands internationaal privaatrecht echter, blijft de BV een Bonairiaanse vennootschap omdat zij slechts haar werkelijke zetel heeft verplaatst. In die opvatting wordt zij blijvend beheerst door BES-recht, ondanks de aanpassing van de statuten aan het Belgische recht. Daardoor blijft het een hinkende rechtsverhouding. Een grensoverschrijdende fusie met een vennootschap in Nederland is in een dergelijk geval dus niet mogelijk.

VI

Aruba is ten opzichte van bijvoorbeeld Curaçao al veel langer ‘buitenland’. Een zetelverplaatsing naar of vanuit de Nederlandse Antillen was met het uittreden van Aruba uit de Nederlandse Antillen niet meer mogelijk. Als de wens bestond om de zetel van een te Aruba gevestigde vennootschap naar Curaçao te verplaatsen, of omgekeerd, moest dat via een omweg, bijvoorbeeld eerst een zetelverplaatsing naar de Cayman Islands en dan doorplaatsing naar Curaçao respectievelijk Aruba.

Op 1 januari 2009 is in Aruba de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA) geïntroduceerd. Artikel 66 van de Landsverordening VBA voorziet in de mogelijkheid van een grensoverschrijdende omzetting van een buitenlandse rechtspersoon in een VBA. En artikel 67 Landsverordening VBA voorziet in de grensoverschrijdende omzetting van een VBA in een buitenlandse rechtspersoon. Voor de Arubaanse NV geldt die regeling niet, maar die Arubaanse NV kan zich wel in een VBA omzetten om zichzelf vervolgens grensoverschrijdend om te zetten in een buitenlandse rechtspersoon. In tegenovergestelde richting kan een buitenlandse rechtspersoon uiteindelijk een Arubaanse NV worden.

Ook ten aanzien van de grensoverschrijdende omzetting geldt dat artikel 38 lid 4 van het Statuut eraan in de weg staat om dit binnen het Koninkrijk te doen.

VII

Terug naar Curaçao en het leerstuk van de omzetting. De bedoeling is om daarvan slechts enkele onderdelen te bespreken. De omzetting is geregeld in de artikelen 2:300 e.v. BW. De omzetting van een buitenlandse rechtspersoon in een Curaçaose is geregeld in artikel 2:303 BW (*immigratie*).

De grensoverschrijdende omzetting van de NV en de BV in een buitenlandse rechtspersoon is geregeld in de artikelen 2:304 en 2:305 BW, en de regeling van de stichting die zich in een buitenlandse rechtspersoon wil omzetten vinden we in artikel 2:306 BW (*emigratie*).

Met een 'buitenlandse rechtspersoon' wordt hier verder bedoeld op een rechtspersoon die wordt beheerst door het recht van een land dat niet tot het Koninkrijk der Nederlanden behoort.

VIII

Laten we wat de omzetting betreft beginnen met de buitenlandse rechtspersoon, in het bijzonder de kapitaalvennootschap, die zich wil omzetten in een Curaçaose equivalent (art. 2:303 BW). Voor zover ik heb kunnen nagaan gebeurt het zelden of nooit dat een buitenlandse kapitaalvennootschap zich in een Curaçaose stichting of omgekeerd omzet. De wet laat dit wel toe.

De wet bepaalt dat de bepalingen inzake de binnenlandse omzetting (dus van de ene Curaçaose rechtsvorm in de andere) zoveel mogelijk van toepassing zijn. Het gaat dan om de bepalingen van de artikelen 2:301 en 2:302 BW. Artikel

2:300 BW is uiteraard ook zoveel mogelijk van toepassing: artikel 2:303 BW heeft het immers over de toepassing van artikel 2:300 BW in een geval van immigratie.

Dit betekent onder meer dat er een (Curaçaose) notariële akte van omzetting nodig is. Voor omzetting is eveneens vereist een besluit tot omzetting en statutenwijziging, genomen met inachtneming van ten minste de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging. Wordt de buitenlandse rechtspersoon omgezet in een Curaçaose NV of BV, dan wordt een omzettingsbalans aan de akte gehecht⁶ en bovendien mag het getoonde eigen vermogen niet negatief zijn; heeft de NV of BV waarin de buitenlandse rechtspersoon wordt omgezet een nominaal kapitaal dan mag het eigen vermogen niet lager zijn dan dat nominaal kapitaal.

Ingeval van *immigratie* moeten bij de toepassing van artikel 2:300 lid 2 BW (de vereisten voor de besluitvorming) en voor het tijdstip van de totstandkoming van de omzetting ook de terzake relevante buitenlandse regels mede in aanmerking worden genomen. Door als voorwaarde te stellen dat ook de buitenlandse voorschriften in acht moeten worden genomen, wordt gepoogd de kansen op gebreken in de besluitvorming die aan de omzetting ten grondslag ligt zo klein mogelijk te laten zijn. Bovendien zou het emigratieland bijvoorbeeld als voorwaarde voor de (effectuering van de) omzetting de uitschrijving uit een register kunnen voorschrijven, zodat die uitschrijving bepalend is voor het tijdstip waarop de omzetting tot stand komt. Zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat een rechtspersoon zweeft (in een juridisch vacuüm verkeert), maar ook dat hij in twee jurisdicties tegelijk bestaat.⁷

⁶ De omzettingsbalans heeft betrekking op een tijdstip dat ten hoogste een maand voor de dag van de akte ligt. Zij wordt getekend door alle bestuurders en commissarissen (art. 2:301 lid 4 BW).

⁷ Het ligt voor de hand een dergelijke - opschortende - voorwaarde, die bijvoorbeeld in Luxemburg wordt gesteld, in de notariële akte te vermelden. Nadat de voorwaarde is vervuld is het niet nodig zulks in een separate notariële akte te constateren, maar zal het schriftelijke stuk waaruit de vervulling van de voorwaarde blijkt aan de akte moeten worden gehecht en ten kantore van het handelsregister gedeponeerd moeten worden; artikel 2:5 lid 1 BW vindt immers overeenkomstige toepassing.

De wet bepaalt voorts dat het recht dat de buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de omzetting en de modaliteiten daarvan mag verzetten. Een verklaring van die strekking, afgelegd door een op dit rechtsgebied deskundige, wordt aan de akte van omzetting gehecht. De wet heeft het hier over een deskundige, maar geeft geen invulling aan dit begrip. Het wordt aan de notaris te Curaçao die de akte moet passeren overgelaten om te beoordelen of de betrokken persoon als voldoende deskundig kan worden aangemerkt. Gaat het om een advocaat in dat andere land of een jurist die vergelijkbaar is met een notaris bij ons of een hoogleraar ondernemingsrecht, dan zal die deskundigheid al gauw mogen worden verondersteld. Het is uiteraard aan te bevelen om degene aan wie een verklaring wordt gevraagd, tevens te vragen om in die verklaring aan te geven op grond waarvan de betrokkene (meent dat hij) deskundig is. Een materieel onderzoek naar de juistheid van een dergelijke verklaring kan niet van de notaris worden verlangd.

IX

Als een buitenlandse rechtspersoon zich in een Curaçaose stichting wil omzetten (*inbound*) is toestemming van het Gerecht te Curaçao vereist (art. 2:303 lid 2 BW). In de Memories van Toelichting van Boek 2 BW van 2003 en 2010 heb ik daarvoor geen toelichting kunnen vinden.

Dat bij omzetting van een stichting in een andere – al dan niet buitenlandse – rechtsvorm rechterlijke machtiging is vereist laat zich wèl verklaren (art. 2:306 lid 2 juncto 2:300 lid 4 BW). Stichtingen zijn immers bijzondere beestjes. Zij kennen geen leden of aandeelhouders, maar hebben dikwijls wel een vermogen dat – als het een gewone stichting betreft – slechts mag worden aangewend met inachtneming van het uitkeringsverbod als neergelegd in artikel 2:50 lid 4 BW. Met een knipoog naar het begrip ‘gebonden reserves’, zou dit vermogen als ‘gebonden’ kunnen worden aangemerkt. Dit wettelijke voorschrift moet niet eenvoudig ontdoken kunnen worden door de stichting in een andere rechtsvorm

om te zetten. Daarom is bepaald dat bij omzetting van een stichting uit de akte van omzetting moet blijken welk vermogen de stichting heeft en hoe dit is samengesteld.

Na de (binnenlandse) omzetting moet uit de statuten blijken dat het netto vermogen dat de stichting bij de omzetting had, niet door uitkeringen aan aandeelhouders, leden of derden mag verminderen zonder toestemming van de rechter (art. 2:300 lid 8 BW).⁸ Dat vermogen kan na omzetting natuurlijk wel op andere gronden verminderen, bijvoorbeeld door het voldoen van vorderingen of door verliezen die de rechtspersoon in zijn nieuw gekozen rechtsvorm lijdt. De rechter kan toestemming geven voor uitkeringen ten laste van het voormalige stichtingsvermogen, zolang die maar niet aan aandeelhouders of leden van de nieuwe rechtsvorm worden gedaan. De rechtspersoon in zijn nieuwe rechtsvorm wordt dus in dit opzicht in zijn vrijheid beperkt doordat deze in het verleden een stichting is geweest.

In het hier besproken geval is de ratio van de rechterlijke machtiging duidelijk: de rechter toetst of het gebonden vermogen wordt gebruikt voor het doel waarvoor het was bestemd (de vermogensklem). Het gaat dan om de bescherming van het doelvermogen.⁹ Wat echter de gedachte achter het vereiste van rechterlijke machtiging bij grensoverschrijdende omzetting *in* een Curaçaose stichting is (dus bij immigratie) en wat de rechter dan precies zou moeten toetsen heb ik nog niet kunnen achterhalen. Ik zou menen dat als een buitenlandse rechtspersoon met een beklemd vermogen zich wil omzetten in een Curaçaose rechtspersoon, het voor ons voldoende zou moeten zijn als uit de verklaring van de deskundige blijkt dat aan alle voorwaarden van het uitreisland is voldaan. Wat mij betreft kan de eis van rechterlijke machtiging in dit geval dan ook komen te vervallen.

⁸ Artikel 3:300 lid 8 BW luidt: “*Bij omzetting van een stichting moet uit de akte van omzetting blijken welk vermogen de stichting heeft en hoe dit is samengesteld. Na de omzetting moet uit de statuten blijken dat het netto vermogen dat zij bij de omzetting had, niet door uitkeringen aan aandeelhouders of leden mag verminderen en niet door uitkeringen aan derden mag verminderen zonder toestemming van de rechter.*” Als een Curaçaose stichting zich omzet in een buitenlandse rechtspersoon is van lid 8 alleen de eerste volzin van toepassing (art. 3:306 lid 2 BW).

⁹ Dat geldt ook in Nederland: artikel 18 Boek 2 BW-NL.

X

De belangrijkste wijziging in de Curaçaose regeling inzake de omzetting van een NV of BV in een buitenlandse rechtspersoon (*outbound*), is dat het vereiste van persoonlijke aansprakelijkstelling door bestuurders en aandeelhouders met ingang van 1 januari 2012 is geschrapt, behoudens in het hierna te noemen geval. De regeling is vervangen door de mogelijkheid voor schuldeisers of contractuele wederpartijen van de vennootschap die zich in een buitenlandse rechtspersoon wil omzetten, om in verzet te komen op de grond dat zij in hun positie als crediteur of contractuele wederpartij worden geschaad (art. 2:305 BW). Deze regeling volgt hetgeen we reeds kennen van het leerstuk fusie.

Het verzoekschrift vermeldt welke zekerheid, waarborg, contractswijziging, ontbinding of schadevergoeding wordt verlangd. Als de rechter het verzet gegrond oordeelt bepaalt hij de door de NV of BV of een derde te stellen zekerheid of waarborg of te betalen schadevergoeding, dan wel de contractswijziging of -ontbinding die zal gelden wanneer de omzetting tot stand komt. Aan een contractswijziging of -ontbinding kan de rechter een per de datum van de omzetting ingaande, op de NV of BV rustende verplichting tot schadevergoeding verbinden.

De akte van omzetting mag niet worden verleden voordat het verzet is ingetrokken, de beslissing waarbij het verzet ongegrond is verklaard uitvoerbaar is of, bij gegrondverklaring, de vastgestelde waarborg of zekerheid is gesteld. Als de akte van omzetting toch reeds is verleden, kan de rechter, al dan niet op een ingesteld rechtsmiddel, het stellen van een door hem omschreven waarborg bevelen en daaraan een dwangsom verbinden.¹⁰

¹⁰ De Memorie van Toelichting zegt daarover: “De woorden “al dan niet” zijn in het vierde lid ingevoegd om rekening te houden met de mogelijkheid dat de voor de aanvang van de relevante eerste mededeling minder dan een maand voor de omzetting is gedaan en dat nog binnen die maand maar na de omzetting het verzoekschrift tot verzet is ingediend. In een dergelijk geval cumuleren dus voor de verzoeker de

Van de voorgenomen omzetting wordt door de zorg van de notaris niet eerder dan drie maanden en niet later dan vijf weken voor de dag van het verlijden van de akte van omzetting mededeling gedaan in een hier te lande verschijnend nieuwsblad en, zoveel mogelijk gelijktijdig, in het blad waarin van overheidswege de officiële berichten worden geplaatst. In gevallen waarin het belang van de vennootschap dit bepaaldelijk vordert kan hiervan worden afgeweken (art. 2:304 lid 5 BW).

Van de mededelingsregeling kan dus worden afgeweken in gevallen waarin het belang van de NV of BV dit bepaaldelijk vordert. Hierbij is blijkens de Memorie van Toelichting in het bijzonder gedacht aan het geval, waarin een omzetting in een buitenlandse rechtspersoon geheel wordt voorbereid, tot en met het passeren van de notariële akte, echter met dien verstande dat zij pas van kracht wordt wanneer aan een bepaalde voorwaarde is voldaan. Aan een dergelijke regeling kan behoefte bestaan in tijden van oorlog of oorlogsgevaar.

De wetgever stelt overigens aan dit criterium ('als het belang van de vennootschap dit bepaaldelijk vordert') geen nadere eisen. In de praktijk wordt er dan ook geregeld gebruik van gemaakt ter vermijding van de wachtperiode die de verzetregeling meebrengt. De hoofdelijke aansprakelijkstelling wordt in die gevallen zonder problemen geaccepteerd.

Met het achterwege blijven van de mededeling komt de verzetregeling in gevaar en bestaat de kans dat crediteuren en contractuele wederpartijen daarvan de dupe worden. Voor dat geval is de regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid opgenomen.

mogelijkheid van verzet en de rechten uit de hoofdelijke aansprakelijkstelling, die wegens het niet volledig naleven van de mededelingsplichten uit de akte van omzetting moeten zijn ontstaan. Bij "op een rechtsmiddel" kan worden gedacht aan het geval dat het verzet in eerste instantie met uitvoerbaarverklaring bij voorraad is afgewezen, de akte van omzetting daarna is verleden en vervolgens de afwijzende beslissing in hoger beroep of cassatie wordt vernietigd."

Vindt namelijk afwijking plaats (dus als er geen mededeling wordt gedaan) dan moet de akte van omzetting een verklaring bevatten van alle bestuurders die ten tijde van het omzettingsbesluit in functie waren en, tenzij het gaat om een beursvennootschap, van alle stemgerechtigde aandeelhouders die niet tegen het voorstel tot omzetting hebben gestemd, waarin deze zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle schulden van de vennootschap die bestaan op het tijdstip van het verlijden van de akte van omzetting; behoudens in het geval van kwade trouw vervalt deze aansprakelijkheid drie maanden na dat tijdstip en in elk geval een jaar na de aanvang van het voortgezette bestaan van de vennootschap in de nieuwe rechtsvorm (art. 2:304 lid 5 BW).

Vóór 1 januari 2012 gold de meer algemene regel dat alle stemgerechtigde aandeelhouders die niet tegen de omzetting hadden gestemd, zich hoofdelijk aansprakelijk moesten stellen voor alle schulden van de vennootschap. Tegen die regeling bestonden allerlei bezwaren,¹¹ die ook ten aanzien van de meer beperkte regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid gelden. Ik laat die vandaag onbesproken.

In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat een verklaring van aansprakelijkheid van bestuurders dan wel aandeelhouders in de praktijk niet bezwaarlijk hoeft te zijn. De eenvoudigste wijze om aan de gevolgen daarvan te ontkomen is het tijdig betalen van de schulden. Het bestuur moet in staat worden geacht daarop voldoende zicht te hebben. Voor zover dat in een bepaald geval niet zo is of betaling niet mogelijk is, en de betrokkenen de omzetting toch willen doorzetten zonder aan de mededelingsvoorschriften te voldoen, kunnen over en weer garanties en zekerheidstellingen worden bedongen.

Ik merk hier nog op dat artikel 5 lid 3 BW van toepassing is verklaard. Bij de naleving van de mededelingsvoorschriften en het onder ogen zien van de

¹¹ Zie voor commentaar op de oude regeling: K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, Deventer: Kluwer 2006, blz. 206-208, alsmede J.B.M. Clement en K. Frielink, *De Besloten Vennootschap*, TAR-Justicia 3 (2005), blz. 174-182.

consequenties van niet-naleving, rust een zware verantwoordelijkheid op de notaris. Bij verzuim in de naleving van deze uit de wet voortvloeiende verplichtingen is de notaris persoonlijk aansprakelijk jegens hen die daardoor schade hebben geleden.

XI

Dan kijken we nu naar de grensoverschrijdende (*cross-border*) juridische fusie. Voor 1 januari 2012 bestond reeds de mogelijkheid dat in het kader van een fusie een buitenlandse rechtspersoon als verdwijnende rechtspersoon fuseerde met een vergelijkbare rechtsvorm van Boek 2 BW, op voorwaarde dat het recht dat die buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de fusie en de wijze waarop deze tot stand komt verzette (art. 2:323a BW). Deze *inbound* fusiemogelijkheid bestaat nog steeds.

Sinds 1 januari 2012 is het ook mogelijk dat een rechtspersoon in de zin van Boek 2 BW (een Curaçaose rechtspersoon) als verdwijnende rechtspersoon fuseert met een verkrijgende rechtspersoon naar buitenlands recht (art. 2:323b BW). De zogeheten *outbound* fusie. Een voorwaarde is ook in dit geval dat het recht dat die buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de fusie en de wijze waarop deze tot stand komt verzet.

Met betrekking tot de verkrijgende (buitenlandse) rechtspersoon worden de voor een zodanige fusie geldende regels van het op die rechtspersoon toepasselijke buitenlandse recht zoveel mogelijk in acht genomen. De artikelen 2:310 tot en met 2:334 BW zijn van toepassing, maar uitsluitend ten aanzien van de verdwijnende rechtspersoon. Dit houdt in dat bijvoorbeeld de verzetregeling van artikel 2:316 BW van toepassing is.

De Nederlandse regeling, waarbij een minderheidsaandeelhouder die tegen de fusie heeft gestemd, de rechter kan verzoeken om hem een schadevergoeding

toe te kennen, is in Boek 2 BW niet opgenomen. Overigens is denkbaar dat een aandeelhouder die als gevolg van de fusie schade lijdt, onder omstandigheden aanspraak op vergoeding daarvan kan maken. Een vordering in die zin moet echter worden beoordeeld naar de gewone regels van het vermogensrecht, zoals deze door het rechtspersonenrecht worden gekleurd, aldus de Memorie van Toelichting.

Nederland kent op dit moment alleen een regeling voor grensoverschrijdende *fusie* van kapitaalvennootschappen binnen de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte (art. 2:333b tot en met 2:333l BW-NL).¹² Als eerder aangegeven betekent dit dat een Curaçaose NV of BV niet kan fuseren met een Nederlandse kapitaalvennootschap. En hoewel Bonaire in staatkundige zin tot Nederland behoort, kan een NV of BV die statutair in Bonaire is gevestigd evenmin met een Nederlandse kapitaalvennootschap fuseren. Het omgekeerde is ook niet mogelijk.

Als eerder gezegd is het wel mogelijk dat een vennootschap gevestigd in Bonaire of Curaçao zich omzet in bijvoorbeeld een Luxemburgse vennootschap, die vervolgens een dochtervennootschap opricht in Nederland, waarna moeder en dochter *downstream* fuseren met als resultaat een Nederlandse vennootschap. Mijns inziens is verdedigbaar dat een grensoverschrijdende fusie mogelijk is tussen een vennootschap gevestigd te Curaçao als verdwijnende vennootschap en een in Bonaire gevestigde vennootschap als verkrijgende vennootschap. Het omgekeerde is niet mogelijk, omdat Bonaire alleen de *inbound* fusie kent.

In Nederland ligt sinds begin 2012 een voorontwerp voor een wetsvoorstel grensoverschrijdende *omzetting* van kapitaalvennootschappen gereed.¹³ Dit voorstel is ontworpen door de Commissie Vennootschapsrecht.

¹² Terzijde: een besluit tot verplaatsing van de statutaire zetel van een Nederlandse rechtspersoon naar een locatie buiten Nederland is op grond van het thans geldende recht nietig (art. 2:14 BW-NL).

¹³ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/01/12/wetsvoorstel-grensoverschrijdende-omzetting-van-kapitaalvennootschappen.html>

Het Hof van Justitie van de EG heeft in 2008 (16 december 2008, C-210/06, NJ 2009, 202, *Cartesio*) beslist dat grensoverschrijdende zetelverplaatsing – en daarmee omzetting in een rechtspersoon naar het recht van een andere lidstaat – binnen de Europese Unie moet kunnen plaatsvinden, onder de voorwaarde dat de lidstaat van inreis daarvoor openstaat en tenzij een dwingende reden van algemeen belang daaraan in de weg staat. Dit Nederlandse wetsvoorstel is een reactie op deze uitspraak en beoogt een aanpassing van Boek 2 BW-NL. Alle bepalingen inzake omzetting worden samengebracht in een nieuwe Titel 7A.

Het wetsvoorstel geeft een regeling voor:

- de situatie dat een Nederlandse NV of BV zich omzet in een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU of EER¹⁴ of zich omzet in een NV of BV naar het recht van de openbare lichamen Bonaire, St. Eustatius of Saba (artikelen 2:334oo onderdeel a, 334pp-334ww en 334yy BW-NL); en
- de situatie dat een kapitaalvennootschap uit een andere lidstaat van de EU of EER of een NV of BV naar het recht van de openbare lichamen Bonaire, St. Eustatius of Saba zich omzet in een Nederlandse NV of BV (artikelen 2:334oo onderdeel b, 334xx-334yy BW-NL).

De voorgestelde regeling betreft uitsluitend kapitaalvennootschappen (in Nederland: de NV of BV). Buiten het Europese grondgebied ziet de mogelijkheid van omzetting – in beide richtingen – alleen op kapitaalvennootschappen in de BES-eilanden. Het is aan te bevelen het ontwerp zodanig aan te passen dat omzetting ook in relatie tot Aruba, Curaçao en St. Maarten mogelijk wordt. Dat vergt dan wel aanpassing van het Statuut!

¹⁴ De Europese Economische Ruimte (EER) is een akkoord dat in 1992 is gesloten tussen de landen van de Europese Gemeenschap (EG) (later de Europese Unie) en de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), met uitzondering van Zwitserland. Het akkoord bevordert vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal tussen de deelnemende landen. Ook wordt er samengewerkt op economisch gebied.

Ik merk over deze regeling nog slechts op dat de grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV geen rechtsgevolg heeft wanneer de Nederlandse Minister van Veiligheid en Justitie zich daartegen verzet om redenen van algemeen belang door nederlegging van een daarop betrekking hebbende verklaring ten kantore van het handelsregister, binnen twee maanden na de aankondiging van de nederlegging van het voorstel. Tegen het verzet staat voor de vennootschap beroep open bij het College van beroep voor het bedrijfsleven

XII

Tot nu toe hebben we alleen gekeken naar niet onder toezicht van de Centrale Bank van Curaçao en St. Maarten (CBCS) staande rechtspersonen. Een enkel woord nog over wel onder toezicht staande instellingen.

Voor bijvoorbeeld statutair in Curaçao gevestigde banken geldt nog het volgende. Deze entiteiten beschikken over een vergunning van de CBCS ingevolge de *Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994* (Ltbk). Voor elke statutenwijziging is de voorafgaande goedkeuring van de Centrale Bank vereist (art. 23 lid 1 Ltbk). Dat geldt ook voor elke vennootschappelijke reorganisatie, al is niet volledig duidelijk wat daaronder precies moet worden verstaan.

Bovendien kwalificeert een zetelverplaatsing of grensoverschrijdende omzetting zeer waarschijnlijk als een liquidatie van de activiteiten in Curaçao, hetgeen aan de Centrale Bank moet worden gemeld en onder toezicht en op aanwijzingen van de Centrale Bank moet worden uitgevoerd (art. 26 Ltbk).

Voor Curaçaose banken geldt dus per definitie dat een grensoverschrijdende fusie of omzetting (*outbound*) niet mogelijk is zonder toestemming van de CBCS. Wil een buitenlandse bank zich *omzetten* in een Curaçaose vennootschap

(*inbound*) dan kan dat alleen als van de CBCS een vergunning wordt verkregen (art. 2 lid 1 Ltbk).

Als een buitenlandse bank als verdwijnende vennootschap wil *fuseren* met een in Curaçao gevestigde bank dan is evenzeer toestemming van de CBCS nodig. Op grond van artikel 23 lid 1 onder d Ltbk mag een fusie met een andere instelling of onderneming namelijk niet zonder voorafgaande toestemming van de CBCS worden aangegaan. De CBCS kan aan die toestemming overigens voorwaarden verbinden.

* * * * *