

‘Zetelverplaatsing’ naar Luxemburg

Inleiding

Regelmatig wordt het notariaat verzocht een Nederlandse besloten vennootschap (BV) naar Luxemburg te verplaatsen. In de wandelgangen spreekt men van een ‘zetelverplaatsing’. Vanuit Nederlands civielrechtelijk oogpunt is dat een onjuiste term; de statutaire zetel van de BV dient immers in Nederland te zijn gelegen. De verplaatsing leidt tot de bijzondere situatie dat de BV onderworpen zal zijn aan Nederlands en Luxemburgs recht. Dat is het gevolg van de in Nederland aangehangen incorporatieleer en de in Luxemburg aangehangen leer van de werkelijke zetel, waarover hierna meer.

Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek bepaalt niet hoe een verplaatsing van de feitelijke leiding dient te geschieden, en als gevolg daarvan wordt de wijze van verplaatsing bepaald door bestendig gebruik. De Luxemburgse vennootschapswet bevat drie relevante bepalingen voor de zetelverplaatsing van een vennootschap naar Luxemburg. Artikel 159 (1) van de Luxemburgse vennootschapswet bepaalt dat een vennootschap die haar hoofdvestiging in het Groothertogdom van Luxemburg heeft, aan de Luxemburgse wet gebonden is, ook als de oprichtingsakte in het buitenland is verleden. In artikel 159 (2) staat dat een vennootschap die haar domicilie in Luxemburg heeft, de Luxemburgse nationaliteit heeft en dat de Luxemburgse wet op haar van toepassing is. En artikel 67-1 (1) van de Luxemburgse vennootschapswet bepaalt dat een besluit tot wijziging van de nationaliteit van de vennootschap slechts kan worden genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders met unanieme stemmen.

Deze bijdrage beschrijft dan ook in grote lijnen de praktische aspecten van de verplaatsing, zonder dat deze praktische aspecten een directe Nederlandse of Luxemburgse wettelijke grondslag hebben, anders dan de drie hiervoor genoemde artikelen van de Luxemburgse vennootschapswet.

Achtergrond

De verplaatsing naar Luxemburg heeft in de regel een fiscale achtergrond. In dat geval is het wenselijk dat de BV niet langer onderworpen is aan de Nederlandse belastingheffing, maar aan de Luxemburgse belastingheffing. De voornaamste redenen daarvoor zijn dat Luxemburg een gunstiger belastingregime kent en dat opgebouwde winstreserves na verplaatsing in beginsel (bijvoorbeeld in geval van gehele of gedeeltelijke vereffening) vrij van belasting kunnen worden uitgekeerd.

Op grond van de hierna te bespreken incorporatieleer blijft een BV na verplaatsing naar Luxemburg voor de Nederlandse vennootschapsbelasting een Nederlandse belastingplichtige; aan haar kan dan ook jaarlijks een aangifteformu-

lier worden uitgereikt. Haar in Nederland belastbare winst zal echter na de verplaatsing naar Luxemburg (in beginsel) nihil zijn en dientengevolge zal zij in Nederland per saldo geen belasting verschuldigd zijn.

Incorporatieleer versus leer van de werkelijke zetel

Het Nederlandse recht gaat uit van de incorporatieleer: een vennootschap wordt beheerst door het recht op grond waarvan zij is opgericht. Dat betekent voor een Nederlandse BV dat zij onafhankelijk van de plaats van haar feitelijke of bestuurswerkzaamheden een Nederlandse vennootschap blijft die is onderworpen aan het Nederlandse vennootschapsrecht.

Luxemburg hanteert de leer van de werkelijke zetel of *siège réel*: een vennootschap wordt beheerst door het recht van de staat alwaar zij haar feitelijke en bestuurswerkzaamheden heeft.¹

Wanneer dus een Nederlandse BV haar feitelijke en bestuurswerkzaamheden naar Luxemburg verhuist, heeft dat tot gevolg dat zij onderworpen zal zijn aan Nederlands en Luxemburgs recht. Zou zij nu alleen haar statuten opnieuw laten vastleggen in een akte verleden voor een Luxemburgse notaris, dan zou dat tot gevolg hebben dat de BV en de zo totstandgekomen Luxemburgse vennootschap elk een zelfstandig bestaan zouden gaan leiden.² Zij zouden elk hun eigen rechten en plichten hebben. Veel 'mooier' is te voorkomen dat de BV na zetelverplaatsing een dubbel bestaan leidt en haar te laten voldoen aan de dwingende bepalingen van het Nederlandse en Luxemburgse vennootschapsrecht. Dat kan in eerste instantie (kort gezegd) worden bereikt door haar statuten in overeenstemming te brengen met Nederlands en Luxemburgs dwingend recht; deze vast te leggen in een akte, verleden voor een Nederlandse notaris, en een akte, verleden voor een Luxemburgse notaris; en de vennootschap ingeschreven te laten in het Nederlandse Handelsregister en in te schrijven in het Luxemburgse Handelsregister (*Registre de Commerce et des Sociétés* of R.C.S.).

De laatst besproken wijze van zetelverplaatsing is 'mooier', omdat daarmee de vraag of de vennootschap in Luxemburg moet worden aangemerkt als een Luxemburgse vennootschap dan wel als een Nederlandse BV die is onderworpen aan dwingend Luxemburgs vennootschapsrecht, in het midden kan blijven.³ De procedure voor deze wijze van verplaatsing zal hierna worden besproken.

1. Zie ook J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996; Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 26 en 27 en A.M. Meerman, *Publicatieplicht van een naar Luxemburgs recht opgerichte vennootschap in Nederland*, V&O 2005, p. 181-183.
2. Vgl. Bellingwout 1996, par. 6.3.2. onder *a. Zetelverplaatsing met rechtsvormconversie* over zetelverplaatsing in België.
3. Vgl. Bellingwout 1996, par. 6.3.2. onder *b. Zetelverplaatsing zonder rechtsvormconversie* over zetelverplaatsing in België.

Procedure

De procedure van verplaatsing van de BV, vangt aan met een daartoe strekkend besluit van de directie van de vennootschap. Vanzelfsprekend valt aan te bevelen voor een dergelijk besluit goedkeuring te vragen aan een eventuele raad van commissarissen. Vervolgens zal de directie goedkeuring moeten vragen voor de verplaatsing aan de algemene vergadering van aandeelhouders en haar voorstellen te besluiten de statuten van de vennootschap te wijzigen.

De statuten worden in Nederland gewijzigd bij notariële akte van statutenwijziging, verleden voor een notaris, en dienen te luiden in de Nederlandse taal. Zoals bij de lezer van dit tijdschrift bekend is, is daarvoor een verklaring van geen bezwaar van het Nederlandse ministerie van Justitie vereist.

In Luxemburg worden de statuten eveneens gewijzigd en vastgesteld bij notariële akte, in de vorm van een notariële proces-verbaal van een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders waarin ten minste wordt besloten (1) de vennootschap naar Luxemburg te verplaatsen, (2) wat het adres van de feitelijke en bestuurswerkzaamheden van de vennootschap zal zijn, en (3) hoe haar statuten zullen luiden. In deze vergadering wordt, teneinde *substance* te creëren, doorgaans mede besloten het ontslag van bepaalde directeuren te accepteren en hun decharge te verlenen en nieuwe directeuren te benoemen. Indien de vennootschap bovendien gedurende twee opeenvolgende jaren aan twee van de volgende drie voorwaarden voldoet, dient de algemene vergadering tevens een onafhankelijke accountant (*réviseur d'entreprises*) te benoemen: (1) haar activa bedragen ten minste EUR 3.125.000; (2) haar nettowinst bedraagt ten minste EUR 6.250.000; en (3) het gemiddelde aantal werknemers dat voltijd werkt tijdens het boekjaar, bedraagt ten minste 50.

Bij de Luxemburgse akte dienen alle aandeelhouders van de vennootschap partij te zijn op grond van het hiervoor genoemde artikel 67-1 (1) van de Luxemburgse vennootschapswet. Dat heeft mede een Nederlandse grondslag: algemene vergaderingen dienen immers op grond van artikel 2:226 BW in Nederland te worden gehouden en kunnen slechts elders worden gehouden, indien het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is. Aandeelhouders kunnen zich tijdens de vergadering laten vertegenwoordigen door een schriftelijk gevolmachtigde.

De Luxemburgse akte mag in het Engels luiden, maar de tekst dient tevens in het Duits of Frans te worden opgenomen.

Het gaat te ver om in dit artikel alle wijzigingen te bespreken die veelal in de statuten moeten worden aangebracht teneinde deze in overeenstemming te laten zijn met Nederlands en Luxemburgs recht. Enkele essentialia willen wij echter niet onbesproken laten.

Vennootschap & Onderneming

Rechtsvorm

Bij een zetelverplaatsing uit het buitenland naar Luxemburg geldt als vuistregel dat de migrerende vennootschap in Luxemburg de rechtsvorm aanneemt die het nauwst aansluit bij haar oorspronkelijke rechtsvorm. Dat is geen wettelijke regel, maar de gangbare praktijk. Bellingwout trekt in zijn proefschrift een parallel tussen de omzetting van een rechtspersoon en zetelverplaatsing. Hij vraagt zich uit dien hoofde af waarom een Nederlandse BV zich wel zou kunnen omzetten in een vereniging, maar niet, in het kader van een zetelverplaatsing, een buitenlandse rechtsvorm zou kunnen aannemen die minder nauw aansluit bij haar oorspronkelijke rechtsvorm.⁴ Bij zetelverplaatsing is er in beginsel geen dwingendrechtelijke beperking tot omzetting in een vergelijkbaar type rechtspersoon. In beginsel, want om de statuten van de rechtspersoon in Nederland en Luxemburg overeen te laten stemmen, zal uiteraard wel gekozen moeten worden voor een rechtsvorm die dat mogelijk maakt.

De rechtsvorm van een BV sluit het nauwst aan bij die van de *société à responsabilité limitée* (S.à r.l.), maar niet valt op voorhand uit te sluiten dat afhankelijk van de inhoud van haar statuten haar rechtsvorm nauwer aansluit bij die van de *Société Anonyme* (S.A.).

Naam

In het Nederlandse wetboek staat dat de naam van de vennootschap dient aan te vangen of eindigen met de woorden 'Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid', hetzij voluit, hetzij afgekort. Het Luxemburgse wetboek kent een dergelijke verplichting niet. Aanbevolen wordt echter in Luxemburg in de statutaire naam van de vennootschap de letters BV/S.à r.l. (of S.à r.l./BV) op te nemen, teneinde aan eenieder duidelijk te maken dat het om een bijzondere vennootschap gaat. Het Nederlandse ministerie van Justitie verzet zich niet tegen de benaming S.à r.l./BV. Men zou kunnen vrezen dat een naam eindigend op S.à r.l./BV strijd met de Handelsnaamwet oplevert, omdat de naam kan leiden tot verwarring bij het publiek omtrent de rechtsvorm. Die vrees deel ik niet, aangezien ik juist van mening ben dat door het voeren van deze naam direct duidelijk wordt gemaakt aan derden dat er met de vennootschap iets bijzonders aan de hand is; namelijk dat zij onderworpen is aan twee rechtsstelsels.

Zetel

Artikel 2:177 lid 3 BW bepaalt dat de zetel van de vennootschap in Nederland moet zijn gelegen. Deze bepaling verhindert echter niet tevens in de statuten op te nemen dat de vennootschap haar feitelijke en bestuurswerkzaamheden in een Luxemburgse gemeente zal hebben.

Kapitaal

Het minimumkapitaal van een S.à r.l. bedraagt EUR 12.394,68 en haar kapitaal dient verdeeld te zijn in aandelen met een minimale nominale waarde van EUR 24,79. In de praktijk betekent dit dat de aandeelhouders niet hoeven bij te storten, mits het geplaatste kapitaal het huidige in Nederland voorgeschreven minimumkapitaal bedraagt, maar dat de aandelen in voorkomend geval dienen te worden samengevoegd.

Luxemburgs recht kent niet het onderscheid tussen het maatschappelijke en het geplaatste kapitaal. Het kapitaal van een Luxemburgse S.à r.l. dient in zijn geheel te zijn geplaatst en te worden volgestort. De oprichters, in geval van oprichting, en directeuren, in geval van kapitaalverhoging, zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het verschil tussen het minimumkapitaal en het gestorte kapitaal en het verschil tussen het geplaatste en gestorte kapitaal. In verband daarmee vraagt een aantal Luxemburgse notarissen de directie van de vennootschap een zogenoemd *Valuation Certificate* af te geven, een verklaring waarin de directie verklaart dat de netto vermogenswaarde van de vennootschap blijkens haar balans wordt gewaardeerd op een bepaald bedrag, gebaseerd op Luxemburgse G.A.A.P.

Plaats van de algemene vergadering

Op grond van artikel 2:226 BW kunnen algemene vergaderingen slechts in Nederland worden gehouden. Het is niet mogelijk in de statuten een plaats buiten Nederland op te nemen voor het houden van algemene vergaderingen. Dat is lastig, want vanuit fiscaal oogpunt zal het juist wenselijk zijn de vergaderingen in Luxemburg te houden. Er zit niets anders op dan in de statuten de laatste zin van artikel 2:226 BW te verwerken door aan te geven dat in een algemene vergadering, gehouden te Luxemburg, wettige besluiten kunnen worden genomen, indien het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is.

Winst

Luxemburgs recht bepaalt net als het Nederlandse dat de winst in beginsel ter beschikking van de algemene vergadering van aandeelhouders staat. Daarop is één belangrijke uitzondering, die moet worden vastgelegd in de statuten: vijf procent van de nettowinst die in een boekjaar is behaald, zal dienen te worden toegevoegd aan een gebonden reserve van de vennootschap, totdat deze tien procent van het geplaatste kapitaal van de vennootschap bedraagt. Vanuit Nederlands perspectief is deze reserve een statutaire reserve, vanuit Luxemburgs perspectief een wettelijke.

Verdere procedure

Alvorens de Nederlandse akte van statutenwijziging en de Luxemburgse akte van proces-verbaal – bij voorkeur op dezelfde dag – kunnen worden gepasseerd, dient men zich het volgende te realiseren: Luxemburg kent een gering aantal notarissen, die geen uniforme werkwijze hebben wanneer het gaat om zetelverplaatsing. Als besproken vraagt de ene notaris wel om een *Valuation Certificate* en de andere niet.

4. Bellingwout 1996, par. 2.7.

Voorts zijn er notarissen die vragen om een verklaring van een Nederlandse advocaat/(kandidaat-)notaris dat de migratie geen verlies van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap tot gevolg zal hebben (omdat de Luxemburgse notaris in dat geval een akte van oprichting zou dienen te passeren). Wanneer de zetelverplaatsing wordt voorbereid in samenwerking met een Luxemburgse advocaat in plaats van notaris, is het dus zaak in een vroeg stadium van de procedure contact te zoeken met de Luxemburgse notaris teneinde zijn specifieke 'wensen' te bespreken.

Elke Luxemburgse notaris zal vragen om een '*declaration of beneficial ownership*' van de uiteindelijke belanghebbende van de vennootschap, met het oog op de in 11 augustus 1998 ingevoerde wet als gewijzigd bij wet op 12 november 2004 met betrekking tot de strijd tegen het witwassen en de financiering van terrorisme. De uiteindelijk belanghebbende van de vennootschap dient daarin te verklaren dat de activa en passiva van de vennootschap niet zijn ontstaan door drugsverkeer of bepaalde andere misdrijven.

Na het verlijden van de akten worden afschriften van deze akten respectievelijk gedeponereerd bij het Handelsregister en het R.C.S. Vervolgens wordt de Luxemburgse akte gepubliceerd in het Luxemburgse Staatsblad, de *Mémorial* (waarvoor alle van de aandeelhouders genoemde gegevens in de akte openbaar worden!).

Direct na het verlijden van de akten wordt een bestuursvergadering gehouden in Luxemburg. In deze vergadering zullen naast formele besluiten, zoals het besluit om de zetelverplaatsing te erkennen, voornamelijk besluiten worden genomen over de praktische afhandeling van de zetelverplaatsing, zoals het aangaan van een domicilie- of managementovereenkomst met een trust, de opening en sluiting van bankrekeningen in respectievelijk Luxemburg en Nederland, en de verhuizing van de boeken en bescheiden van de vennootschap.

Met deze bestuursvergadering is de formele kant van de zetelverplaatsing afgerond.

Na zetelverplaatsing

Na de zetelverplaatsing zal de vennootschap moeten blijven voldoen aan de eisen die het Nederlandse en Luxemburgse vennootschapsrecht aan haar stelt. Deze zijn talrijk en daarom geef ik slechts enkele voorbeelden: wijzigingen van de bij het Handelsregister en R.C.S. gedeponeerde gegevens dienen aan beide registers te worden opgegeven; de vennootschap zal jaarlijks haar jaarstukken bij beide registers dienen te deponeren; de uitgifte van aandelen moet in een akte, verleden voor de Nederlandse notaris, en in een akte, verleden voor de Luxemburgse notaris, worden vastgelegd; de levering van aandelen moet in een Nederlandse akte worden vastgelegd en deze levering en gegevens van de nieuwe aandeelhouders moeten worden opgegeven aan het R.C.S. en aangekondigd in de *Mémorial*.

Tot slot

Bij zetelverplaatsing van een BV naar Luxemburg dient men nauwlettend de rechtsregels van Nederlands en Luxemburgs vennootschapsrecht in de gaten te houden. De procedure tot zetelverplaatsing vereist dan ook een zeer nauwe samenwerking en goede afstemming met een Luxemburgse advocaat of notaris. Het uiteindelijke doel, namelijk een rechtspersoon te creëren naar Nederlands en Luxemburgs recht die feitelijk dezelfde is, is vrijwel altijd haalbaar.

Mr. G.M.G. Dony
Mr. E. Reinard
Loyens & Loeff*

* Met dank aan onze kantoorgenoot mr. E.J. Spoelder voor zijn fiscale inbreng.