

Grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing in de Mobiliteitsrichtlijn

1. Inleiding

Richtlijn (EU) 2019/2121¹ (hierna: 'Wijzigingsrichtlijn') bevat een raamwerk voor grensoverschrijdende omzetting (hierna eveneens: 'omzetting') en grensoverschrijdende splitsing (hierna eveneens: 'splitsing'). De regels over omzetting zijn neergelegd in artikel 86 *bis* tot en met 86 *uvicis* Richtlijn en vormen tezamen Hoofdstuk I van Titel II van Richtlijn 2017/1132² (hierna: 'Richtlijn'). De regels over splitsing zijn neergelegd in artikel 160 *bis* tot en met artikel 160 *duovicis* en vormen tezamen Hoofdstuk IV van Titel II van de Richtlijn.³ De Mobiliteitsrichtlijn trad op 1 januari 2020 in werking. De omzettingstermijn loopt af op 31 januari 2023.

Met de Wijzigingsrichtlijn is wat betreft grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing een belangrijke stap gezet in het codificatieproces op het niveau van de Europese Unie (hierna: 'EU'). Niet eerder heeft de Uniewetgever regels gecodificeerd over deze onderwerpen. Wat betreft de mogelijkheden tot grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen heeft de Uniewetgever tot het van kracht worden van de Wijzigingsrichtlijn geen andere regels gegeven dan (i) de regels zoals neergelegd in de SE-Verordening⁴ en de SCE-Verordening⁵ en (ii) de regels zoals neergelegd in de Richtlijn over grensoverschrijdende fusie zoals die golden voor het van kracht worden van de Wijzigingsrichtlijn.

In dit artikel staan zowel de grensoverschrijdende omzetting als de grensoverschrijdende splitsing centraal. Aangezien zowel de grensoverschrijdende omzetting als de grensoverschrijdende splitsing nieuwe onderwerpen zijn in Uniewetgeving en de bepalingen in de Richtlijn grotendeels op dezelfde principes gestoeld zijn, worden deze twee vormen van herstructurering in dit artikel gezamenlijk behandeld.

In paragraaf 2 zal de reikwijdte van de Richtlijn en de wisselwerking tussen de regels over omzetting en splitsing uit de Richtlijn en de vrijheid van vestiging centraal staan. In paragraaf 3 en paragraaf 4 zullen wij achtereenvolgens stilstaan bij de omzetting en splitsing. In de paragrafen 5 tot en met 8 zullen wij aandacht besteden aan de belangrijkste onderdelen uit de procedure tot omzetting en splitsing, zijnde: (i) het voorstel tot omzetting / splitsing; (ii) verslagen bij het voorstel tot omzetting / splitsing, (iii) publicatie--



Mr. dr. E.R. Roelofs*



Prof. mr. H. Koster**

verplichtingen en (iv) besluitvorming. In de paragrafen 9 en 10 zal aandacht worden besteed aan de bescherming van schuldeisers en minderheidsaandeelhouders. Op de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij omzetting en

* Notarieel jurist.
(e.r.roelofs@hetnet.nl)

** Hoogleraar ondernemingsrecht Universiteit Leiden en hoogleraar arbitragerecht Universiteit van Dubai.
(h.koster@law.leidenuniv.nl)

1. 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 (Voor de EER relevante tekst) PE/84/2019/REV/1 OJ L 321, 12.12.2019, p. 1 – 44.
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. Zie over het (eerdere) voorstel voor de Wijzigingsrichtlijn M.A. Verbrugh, 'Richtlijnvoorstel voor grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een (geheel) nieuwe stap in het harmonisatieproces', *MvO*, 2018 (8-9), p. 232 – 240, H. Koster, 'EU-voorstel voor richtlijn voor grensoverschrijdende omzetting en juridische splitsing en aanpassing van de regeling van de grensoverschrijdende fusie', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2018(4), p. 1 – 8, en H. Koster, 'De voorgestelde EU richtlijn voor omzetting, juridische fusie en splitsing over de grens: een analyse van de bescherming van aandeelhouders'. In: JB - Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.B. Huizink. ZIFO-reeks nr. 29 Deventer: Wolters Kluwer 2019.
4. Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) *PB L* 294 van 10.11.2001, p. 1 – 21.
5. Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) *PB L* 207 van 18.8.2003, p. 1 – 24.

splitsing gaan wij niet in, nu dit uitgebreid door Meyer in dit themanummer wordt besproken. In paragraaf 11 wordt het attest behandeld en in paragraaf 12 het van kracht worden van een omzetting en splitsing. Paragraaf 13 en 14 ten slotte behandelen de registratie van een omzetting en een splitsing en de geldigheid van een omzetting en splitsing.

2. Reikwijdte van de Richtlijn en wisselwerking met de vrijheid van vestiging

De regeling over omzetting en splitsing ziet alleen op kapitaalvennootschappen die zijn opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging in de EU hebben (artikel 86 *bis* en 160 *bis* Richtlijn). In artikel 86 *ter* en artikel 160 *ter* Richtlijn wordt ‘vennootschap’ die betrokken is bij een omzetting of een splitsing gedefinieerd als een kapitaalvennootschap met een in Bijlage II van de Richtlijn genoemde vorm. Kort gezegd zijn dat naamloze en besloten vennootschappen zoals die onder de wetgevingen van de lidstaten ressorteren.

Zoals ook in andere bepalingen van de Richtlijn geldt ten aanzien van zowel de omzetting als de splitsing het vereiste van de dubbele aanknopings: (i) de vennootschap moet zijn opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat en (ii) de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdvestiging binnen de EU hebben. Het criterium ‘opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat’ dient ruim te worden uitgelegd. Het zou logischer zijn geweest als de Uniewetgever in dat verband had gekozen voor de woorden ‘beheerst door het recht van een lidstaat’. In de literatuur is al veelvuldig bediscussieerd of een vennootschap *ab initio* moet zijn opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat, of dat voldoende is dat de vennootschap wordt beheerst door het recht van een lidstaat. Dat laatste is het geval, aangezien de woorden ‘opgericht naar’ ruim moeten worden uitgelegd.⁶ Het klassieke voorbeeld van een niet *ab initio* naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap is de vennootschap die *ab initio* werd beheerst door het recht van Delaware en vervolgens grensoverschrijdend werd omgezet in een rechtsvorm naar het recht van een EU lidstaat. Aangenomen dat die laatste grensoverschrijdende omzetting perfect is, wordt deze vennootschap niet meer beheerst door het recht van Delaware maar door het recht van de betreffende EU lidstaat en heeft deze te gelden als een vennootschap ‘opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat’ en kan deze betrokken zijn bij een omzetting of splitsing in de zin van de Richtlijn.

Zoals in paragraaf 3 en paragraaf 4 hierna zal blijken, is de reikwijdte van de regeling over omzetting en splitsing in de Richtlijn beperkt, zowel wat betreft de vennootschappen die betrokken kunnen zijn bij de omzetting of splitsing (namelijk: beperkt tot de in de Bijlage II van de Richtlijn genoemde kapitaalvennootschappen) als wat betreft bepaalde vormen van omzetting en splitsing. In dat kader moet goed in het oog worden gehouden dat de vrijheid van vestiging (artikel 49 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: ‘VWEU’)) van toepassing is op ‘vennootschappen’ als bedoeld in artikel 54 VWEU en dat reikwijdte van het begrip ‘vennootschappen’ in artikel 54 VWEU meer omvat dan de in Bijlage II van de Richtlijn genoemde ‘kapitaalvennootschappen’. Voorts volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU dat de vrijheid van vestiging ziet op alle vormen van herstructurering die onder het nationale recht van een lidstaat mogelijk zijn en – op straffe van strijd met de vrijheid van vestiging – niet alleen kunnen worden voorbehouden voor zuiver interne, nationale gevallen maar ook in grensoverschrijdende gevallen gebruikt kunnen worden.⁷ De vrijheid van vestiging heeft sinds de eerder geciteerde arresten van het Hof van Justitie van de EG/EU een basis gevormd voor het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende omzetting en split-

6. Zie hierover bijvoorbeeld: W.J.M. van Veen, “‘Opgericht’ naar het recht van een lidstaat. Over de vestigingsvrijheid voor vennootschappen die zijn opgericht buiten de EER, onder meer in relatie tot art. 2:333c BW” in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce en M. Zilinsky, *TPR in de spiegel van Paul Vlas*, Deventer: Kluwer 2012, p. 229 – 238 en in dezelfde zin: W.J.M. van Veen, ‘Grensoverschrijdende omzetting, - fusie en -splitsing na het VALE-arrest’, in: WPNR 2013/6981, p. 512 – 525.
7. Zie hierover onder meer: HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03, (*Sevic*), HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*), HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10 (*Vale Építési kft*) en HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (*Polbud Wykonawstwo sp.z o.o.*).

sing.⁸ Ook nu de Richtlijn van kracht is geworden, blijft de vrijheid van vestiging gelden en kunnen vennootschappen die binnen de reikwijdte van artikel 54 VWEU vallen gebruik maken van de vrijheid van vestiging als basis voor een grensoverschrijdende omzetting of splitsing.⁹ Bij de implementatie van een grensoverschrijdende omzetting of splitsing vóór het aflopen van de implementatietermijn (31 januari 2023) zijn de bepalingen van de Richtlijn reeds nu relevant, omdat deze handelingen al toegestaan zijn op grond van de vrijheid van vestiging en er nu een EU juridisch raamwerk is en de regels uit dit raamwerk (zijnde: de Richtlijn) handvatten kunnen bieden bij de implementatie van een grensoverschrijdende omzetting of splitsing in de praktijk.¹⁰

Bepaalde vennootschappen kunnen niet betrokken zijn bij een omzetting of een splitsing. Het gaat hierbij om (i) vennootschappen die in vereffening zijn en zijn begonnen met een verdeling van activa onder de aandeelhouders en (ii) vennootschappen die zijn onderworpen aan afwikkelingsinstrumenten als bedoeld in Richtlijn 2014/59/EU¹¹ (artikel 86 *bis* lid 3 en artikel 160 *bis* lid 3 Richtlijn). De lidstaten kunnen niet afwijken van deze bepaling. Lidstaten kunnen er voorts voor kiezen de omzetting en splitsing niet mogelijk te maken voor (i) vennootschappen die in een insolventieprocedure verwickeld zijn of ten aanzien waarvan een preventieve herstructureringsprocedure loopt, (ii) waartegen een andersoortige vereffeningprocedure is ingeleid of (iii) waarop crisismaatregelen als bedoeld in Richtlijn 2014/59/EU van toepassing zijn (artikel 86 *bis* lid 4 en artikel 160 *bis* lid 4 Richtlijn).¹²

3. Grensoverschrijdende omzetting

De omzetting is in artikel 86 ter lid 2 Richtlijn gedefinieerd als: ‘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’.

Uit deze definitie blijkt dat de omzetting in ieder geval plaatsvindt met behoud van identiteit van de vennootschap en rechtspersoonlijkheid (de omzetting vindt immers plaats zonder ontbinding en vereffening) en dat de rechtsvorm wijzigt van een rechtsvorm onder het recht van de lidstaat van vertrek in een rechtsvorm onder het recht van de lidstaat van aankomst. Binnen de reikwijdte van de Richtlijn valt dus ook de omzetting van bijvoorbeeld een door Nederlands

recht beheerste besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (B.V.) in een door Belgisch recht beheerste naamloze vennootschap (NV). De gevolgen van een grensoverschrijdende omzetting zijn ook nog eens herhaald en verduidelijkt in artikel 86 novodecies Richtlijn: (i) de activa en passiva, alle overeenkomsten, kredieten, rechten en verplichtingen bestaan voort in de omgezette vennootschap, (ii) de aandeelhouders blijven aandeelhouder van de omgezette vennootschap en (iii) de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsrelaties bestaan voort in de omgezette vennootschap.

Niet binnen de reikwijdte van de Richtlijn valt de omzetting van een door Nederlands recht beheerste B.V. in een rechtsvorm naar het recht van een andere lidstaat die gelijkenissen vertoont met de coöperatie beheerst door Nederlands recht aangezien de coöperatie niet is opge-

8. Zie hierover onder meer: E.R. Roelofs, ‘Grensoverschrijdende juridische splitsing op basis van de vrijheid van vestiging’, *WPNR* 2009/6793, p. 272 – 281, E.R. Roelofs, ‘Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen’, diss. Utrecht 2014, Deventer: Kluwer 2014, M.A. Verbrugh, ‘Grensoverschrijdende zetelverplaatsing op grond van de vrijheid van vestiging: het laatste stukje van de puzzel in het Polbud-arrest?’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, 7 (1), p. 14 – 22, H. Koster, ‘Grensoverschrijdende omzettingen: Polbud in perspectief’, *Onderneming en Financiering* 26(3), p. 57 – 75 en H. Koster, ‘Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen’, *Ondernemingsrecht* 2018/119, p. 696 – 703.
9. Dit volgt ook met zo veel woorden uit considerans no. 2 en no. 6 bij de Wijzigingsrichtlijn.
10. Zie hierover ook J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, ‘De Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing nader beschouwd’, in: *Ondernemingsrecht* 2020-5, p. 209.
11. Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad Voor de EER relevante tekst, *PB L* 173 van 12.6.2014, p. 190 – 348.
12. Zie hierover ook M.H. Baldee en J. Nijland, ‘De Mobiliteitsrichtlijn en implementatie van deze richtlijn voor grensoverschrijdende verrichtingen’, *MvO* 2020 (8-9), p. 237.

nomen in Bijlage II van de Richtlijn. Naar Nederlands recht is de omzetting van een B.V. in een coöperatie mogelijk (artikel 2:181 BW). Deze omzetting valt weliswaar niet onder de reikwijdte van de Richtlijn maar wel onder de reikwijdte vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 49 VWEU. Voorwaarde daarbij is wel dat een dergelijke omzetting is toegelaten onder het recht van de lidstaat van bestemming.

Voorts is voor de omzetting vereist dat ten minste de statutaire zetel wordt overgebracht naar de lidstaat van bestemming. Dat laatste is logisch aangezien de statutaire zetel, het hoofdbestuur en de hoofdvestiging van een vennootschap als elementen van aanknopings (ter bepaling van het op een vennootschap toepasselijke recht) op gelijke voet zijn geplaatst.¹³ Een omzetting in een door Nederlands recht beheerste rechtsvorm houdt derhalve altijd in de verplaatsing van de statutaire zetel naar Nederland (vanwege het in Nederland gehanteerde incorporatiestelsel, zie artikel 10:118 BW). Het hoofdbestuur of de hoofdvestiging hoeft in het kader van een omzetting in een door Nederlands recht beheerste rechtsvorm niet noodzakelijkerwijs naar Nederland overgebracht te worden; immers op basis van het in Nederland gehuldigde incorporatiestelsel kan een door Nederlands recht beheerste corporatie (in de zin van artikel 10:117 sub a BW) het hoofdbestuur of de hoofdvestiging buiten Nederland hebben. Bij een omzetting in een rechtsvorm beheerst door het recht van een lidstaat die de leer van de werkelijke zetel hanteert is dat anders: bij zo een omzetting zal in de regel eveneens het hoofdbestuur / de hoofdvestiging worden verplaatst omdat het toepasselijke recht voorschrijft dat het hoofdbestuur / de hoofdvestiging in die lidstaat moet zijn gesitueerd. Dat mag die lidstaat ook zo bepalen, aangezien iedere lidstaat de vrijheid heeft het aanknopingscriterium te bepalen.¹⁴

4. Grensoverschrijdende splitsing

Bij een grensoverschrijdende splitsing worden ten minste twee van de bij de splitsing betrokken vennootschappen beheerst door het recht van verschillende lidstaten. Artikel 160 *ter* lid 4 Richtlijn onderscheidt (i) de volledige splitsing, (ii) de gedeeltelijke splitsing en (iii) de splitsing door scheiding.

De ‘volledige splitsing’ laat zich het best vergelijken met de zuivere splitsing zoals omschreven in artikel 2:334a lid 2 BW. De gesplitste vennootschap houdt op te bestaan, ten minste twee nieuw opgerichte verkrijgende vennootschappen worden opgericht en verkrijgen alle activa en passiva van de gesplitste vennootschap en de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap

worden aandeelhouder van de verkrijgende vennootschappen.¹⁵

De ‘gedeeltelijke splitsing’ lijkt op de afsplitsing zoals omschreven in artikel 2:334 lid 3 BW. De gesplitste vennootschap houdt niet op te bestaan en slechts een deel van haar activa en passiva gaat over op een of meer nieuw opgerichte verkrijgende vennootschappen. De aandeelhouders van de gesplitste vennootschap worden aandeelhouder van de nieuw opgerichte verkrijgende vennootschap (pen).

Bij de ‘splitsing door scheiding’ wordt een deel van de activa en passiva verkregen door een of meer nieuw opgerichte verkrijgende vennootschappen. De splitsing door scheiding verschilt van de gedeeltelijke splitsing omdat niet de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap (pen), maar de gesplitste vennootschap zelf. Deze splitsing lijkt op de ‘hybride splitsing’ zoals opgenomen in artikel 2:334a lid 3 BW.

In de omschrijving van ‘volledige splitsing’ wordt expliciet gerefereerd aan het vereiste dat de verkrijgende vennootschappen nieuw worden opgericht, terwijl dat in de omschrijving van ‘gedeeltelijke splitsing’ en ‘splitsing door scheiding’ niet het geval is. Echter, ook bij de gedeeltelijke splitsing en de splitsing door scheiding geldt het vereiste dat de verkrijgende vennootschap (pen) nieuw worden opgericht. Dat volgt uit de definitie van artikel 160 *ter* lid 3 Richtlijn.

13. Zie eveneens considerans no. 3 Wijzigingsrichtlijn.

14. Zie o.a. HvJ EG 27 september 1988 (The Queen/ H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.), 81/87.

15. De gevolgen van een grensoverschrijdende splitsing zijn eveneens uitgewerkt in artikel 160 *novodecies* Richtlijn.

De Uniewetgever heeft nadrukkelijk niet de splitsing waarbij reeds bestaande verkrijgende vennootschappen optreden als verkrijgende vennootschap willen regelen, ‘omdat het in zulke gevallen om zeer complexe zaken gaat waarbij instanties van verschillende staten betrokken zijn en bijkomende risico’s voor omzetting van Unie- en nationale regels kunnen opduiken.’¹⁶ Hoewel de implementatie van een grensoverschrijdende splitsing in de praktijk in iedere betrokken jurisdictie nieuwe praktische vragen zal oproepen, vinden auteurs deze gedachtegang van de Uniewetgever moeilijk te volgen. Immers, het moment van oprichting van een verkrijgende vennootschap verschilt per lidstaat en juist het laten samenvallen van het moment van oprichting van de verkrijgende vennootschap(en) met het moment van het van kracht worden van de splitsing kan de nodige uitdagingen in de praktijk opleveren.¹⁷

5. Het voorstel tot omzetting en splitsing

Een belangrijke stap in de procedure tot grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing is het opstellen van een voorstel tot grensoverschrijdende omzetting / grensoverschrijdende splitsing. Het voorstel bevat belangrijke informatie over de voorgenomen omzetting of splitsing. Voor de door de Richtlijn voorgeschreven inhoud van het voorstel wordt verwezen naar de opsomming in artikel 86 quinquies en artikel 160 quinquies Richtlijn. Specifiek wordt stilgestaan bij een aantal onderdelen van het voorstel.

5.1. Oprichtingsakte

Het voorstel dient de ‘oprichtingsakte’ en de statuten van de vennootschap in de lidstaat van bestemming (in het geval van een omzetting) en verkrijgende vennootschap(en) (in het geval van een splitsing) te bevatten. Het doel hiervan is belanghebbenden te informeren over de toekomstige inhoud van de op de (verrijgende) vennootschap van toepassing zijnde regels.

Juist in het kader van een grensoverschrijdende omzetting of splitsing zal het veelal voorkomen dat deze documenten in een andere taal dan het Nederlands zijn opgesteld. Het zou wenselijk zijn als de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Richtlijn duidelijkheid zou geven in welke taal de oprichtingsakte en/of statuten moeten luiden: in de taal waarin deze documenten uiteindelijk in de lidstaat van bestemming zullen luiden (zoals bijvoorbeeld het Duits, Frans of Spaans), dan wel dat daarbij een (al dan niet gecertificeerde) vertaling in het Nederlands dient te worden gevoegd teneinde belanghebbenden op goede wijze te informeren over de

potentiële wijzigingen die de omzetting of splitsing met zich kunnen brengen.¹⁸

In het kader van een omzetting of splitsing kan het voorkomen dat de rechten van aandeelhouders jegens de (verrijgende) vennootschap wijzigen, hetzij omdat de statuten andersluidende bepalingen bevatten, hetzij omdat na de omzetting of splitsing het recht van een andere staat van toepassing is op de relatie tussen de vennootschap en de aandeelhouder. Het is op zich vreemd dat de Richtlijn niet expliciet voorschrijft dat het voorstel een beschrijving moet bevatten van de wijzigingen die optreden in de relatie tussen de vennootschap en de aandeelhouder(s). Kennelijk zullen de aandeelhouders zich moeten verlaten op de akte van oprichting en statuten van de betreffende vennootschap na de omzetting of splitsing en zelf deze vergelijking moeten maken.

16. Considerans no. 8 Wijzigingsrichtlijn.

17. Verwezen wordt bijvoorbeeld naar de grensoverschrijdende juridische afsplitsing van Arotec Investments B.V., als afsplitsende vennootschap, in het kader van welke grensoverschrijdende juridische afsplitsing Techint Financial Services S.L.U., een vennootschap naar het recht van Spanje, werd opgericht en een gedeelte van het vermogen Arotec Investments B.V. verkreeg, welke splitsing is aangekondigd in de Staatscourant op 29 mei 2019. Op basis van artikel 2:334n lid 1 BW werd de splitsing van kracht met ingang van de dag na de dag waarop de akte van splitsing was verleden. Dat betekende dat ook met ingang van die dag (i.e. 00.00 uur van de dag na de dag waarop de akte van splitsing was verleden) de verkrijgende vennootschap, zijnde een vennootschap beheerst door Spaans recht, moest worden opgericht ten overstaan van een notaris in Spanje.

18. Wij kunnen ons voorstellen dat een vertaling van de oprichtingsakte of statuten in het Nederlands of Engels behulpzaam kan zijn, met name wanneer lidstaten betrokken zijn waarvan de taal niet algemeen wordt gesproken en begrepen door de belanghebbenden van de om te zetten of de gesplitste vennootschap.

5.2. Aan crediteuren geboden waarborgen, garanties, pandrechten

Nieuw is dat het voorstel eveneens de aan crediteuren geboden waarborgen, zoals garanties en pandrechten, dient te vermelden. Naar onze mening zal hierbij specifieke aandacht moeten worden besteed aan zekerheidsrechten die reeds op de aandelen in de om te zetten of gesplitste vennootschap rusten. De Richtlijn bevat hier geen regels over. In het Nederlandse recht is ten aanzien van juridische splitsing in artikel 2:334o BW met zoveel woorden opgenomen dat de rechthebbende van een pandrecht of vruchtgebruik op aandelen in het kapitaal van de splitsende rechtspersoon eenzelfde recht verkrijgt op hetgeen de aandeelhouder krachtens de akte van splitsing verkrijgt, maar deze regel is geen implementatie van een bepaling uit een eerdere richtlijn. Hoewel het aanbeveling had verdiend ook het onderwerp van de beperkte rechten op aandelen in de om te zetten of gesplitste vennootschap te harmoniseren middels de Wijzigingsrichtlijn, is dat helaas niet gebeurd. Het zou te adviseren zijn als de bestuurs- of leidinggevende organen van de betreffende vennootschap nadere aandacht aan dit onderwerp besteden in het voorstel tot omzetting of splitsing.

5.3. Ruilverhouding en wijze van uitreiking van aandelen

Specifiek in het kader van splitsing speelt de problematiek van aandelenruil: de aandeelhouder(s) van de gesplitste vennootschap worden immers als gevolg van de splitsing aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap(en) (artikel 160 *ter* Richtlijn). De wijze waarop de aandeelhouder(s) van de gesplitste vennootschap de aandelen goederenrechtelijk verkrijgen (bijvoorbeeld derivatief – in het geval van levering – of originair – bijvoorbeeld door middel van toekenning –) is niet geharmoniseerd in de Richtlijn en is ter bepaling van de lidstaten. Het ligt voor de hand dat de Nederlandse wetgever in het geval een Nederlandse vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap zal kiezen voor de mogelijkheid tot toekenning van aandelen (een originele wijze van verkrijging) zoals dat nu reeds bij nationale en grensoverschrijdende fusie en nationale splitsing volgt uit artikel 2:311 lid 2 BW en artikel 2:334e lid 1 BW.

5.4. Splitsingsbeschrijving

Een belangrijk element van zowel nationale als grensoverschrijdende juridische splitsing is dat het voorstel tot splitsing een beschrijving dient te bevatten van de activa en passiva die in het kader van de splitsing overgaan naar de verkrijgende vennootschap(en), dan wel worden behouden door de gesplitste vennootschap.

De beschrijving bij een nationale splitsing is in de praktijk een onderwerp dat veel vragen oproept en dat is in een grensoverschrijdende context niet anders. De Richtlijn laat expliciet de mogelijkheid aan de opstellers van het voorstel tot splitsing te bepalen wat dient te gebeuren met activa en passiva die niet expliciet zijn benoemd in het voorstel tot splitsing (artikel 160 *quinquies* sub l) Richtlijn). In een eerdere versie van de Richtlijn werd deze mogelijkheid voor nationale splitsing niet expliciet benoemd en wij juichen het toe dat dit met de Wijzigingsrichtlijn expliciet is verduidelijkt.

Voor het geval een actief of passief niet is benoemd in het voorstel tot splitsing en ook de interpretatie van het voorstel tot splitsing geen uitsluitel geeft over de toewijzing van het betreffende actief of passief, dienen de lidstaten er middels wetgeving voor te zorgen dat het actief of de waarde daarvan, dan wel het passief wordt verdeeld over alle verkrijgende vennootschappen of over alle verkrijgende vennootschappen en de gesplitste vennootschap, evenredig aan het nettoactief dat aan ieder van die vennootschappen in het voorstel tot splitsing is toegewezen (artikel 160 *novodecies* lid 4 Richtlijn). In het kader van de implementatie van de Zesde richtlijn¹⁹ heeft de Nederlandse wetgever artikel 2:334s BW opgenomen. Deze bepaling zou gehandhaafd kunnen blijven in het kader van de implementatie van de bepalingen van de Wijzigingsrichtlijn.

6. De verslagen betreffende het voorstel tot omzetting en splitsing

Bij het voorstel dienen verschillende ‘verslagen’ te worden opgesteld. Deze ‘verslagen’ kunnen worden gezien als toelichtingen op het voorstel, opgesteld ten behoeve van specifieke belanghebbenden.

19. Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, *PB L* 378 van 31.12.1982, blz. 47 – 54.

Allereerst dient het bestuurs- of leidinggevende orgaan een verslag (toelichting) op te stellen voor de aandeelhouders en werknemers van de vennootschap waarin de wettelijke en economische aspecten van de omzetting of splitsing worden toegelicht en verantwoord en waarin de gevolgen voor de werknemers worden toegelicht (artikel 86 *sexies* en artikel 160 *sexies* Richtlijn). De Richtlijn biedt de mogelijkheid twee afzonderlijke verslagen (één voor de aandeelhouders en één voor de werknemers) op te stellen, dan wel beide verslagen te combineren in één verslag. Dat die mogelijkheden worden geboden is goed naar onze mening, aangezien het gewenst kan zijn dat werknemers niet beschikken over (financieel gevoelige) informatie die (vooralsnog) alleen voor aandeelhouders bestemd is.

Op grond van artikel 86 *sexies* en artikel 160 *sexies* dient in het verslag met name een toelichting te worden gegeven over de gevolgen van de grensoverschrijdende omzetting respectievelijk splitsing voor de toekomstige bedrijfsactiviteiten van de vennootschap. In de considerans no. 13 van de Wijzigingsrichtlijn staat evenwel dat dit ziet op de toekomstige activiteiten van de vennootschap, met inbegrip van haar dochterondernemingen. Het had ons inziens de voorkeur gehad als dit in de tekst van de bepalingen van de Richtlijn was opgenomen. Wat hier ook van zij, in de praktijk dient men hier rekening mee te houden.

De aandeelhouders hebben de mogelijkheid af te zien van het opstellen van het verslag voor de aandeelhouders. De Richtlijn biedt nadrukkelijk geen mogelijkheid af te zien van het verslag voor de werknemers, tenzij een uitzondering geldt. De Richtlijn bepaalt allereerst dat een verslag voor de werknemers niet hoeft te worden opgesteld als alle werknemers (en in voorkomend geval van haar dochterondernemingen) tot het bestuurs- of leidinggevende orgaan behoren. De tweede uitzondering houdt in dat de lidstaten eenpersoonsvennootschappen kunnen uitsluiten van deze verplichtingen. Het is ons inziens evenwel de vraag of toepassing van deze uitzondering voor de hand ligt bij eenpersoonsvennootschappen (met werknemers). In andere gevallen kan niet worden afgezien van het verslag voor werknemers. Indien echter de vennootschap in het geheel geen werknemers heeft – hetgeen zeer wel het geval kan zijn als de vennootschap alleen de functie van holdingvennootschap vervult – ligt het naar onze mening niet voor de hand dat een verslag voor werknemers is vereist en wordt opgesteld. Dit zou toegelicht kunnen worden in het voorstel.

In de tweede plaats dient een verslag te worden opgesteld door een onafhankelijke deskundige.

Het verslag door een deskundige wordt opgesteld na onderzoek van het voorstel ten behoeve van de aandeelhouders (artikel 86 *septies* en artikel 160 *septies* Richtlijn). Het verslag dient een advies van de deskundige te bevatten of de geldelijke vergoeding die geboden wordt voor aandeelhouders adequaat is. In het verslag dient eveneens aangegeven te worden volgens welke methode(s) de geldelijke vergoeding is vastgesteld, of deze passend is/zijn en tot welke waarde die methode(s) leiden en welke bijzondere moeilijkheden zich hebben voorgedaan bij de waardering. Van het verslag opgesteld door de onafhankelijke deskundige kan worden afgezien als de aandeelhouders daar mee instemmen.

7. Publicatieverplichtingen

De publicatieverplichtingen bij een omzetting of splitsing zijn neergelegd in artikel 86 *octies* en 160 *octies* Richtlijn. De Richtlijn biedt twee opties: (i) het publiek beschikbaar maken van bepaalde documenten en gegevens in het (handels) register van de lidstaat van vertrek en het publiek beschikbaar maken van een kennisgeving aan belanghebbenden of (ii) het publiceren van bepaalde gegevens op de website van de vennootschap en het indienen van bepaalde gegevens bij het handelsregister.

De eerste mogelijkheid bestaat in het publiek beschikbaar maken van (i) het voorstel tot omzetting / splitsing in het (handels)register van de lidstaat van vertrek en (ii) een kennisgeving aan de deelnemers, de schuldeisers en de vertegenwoordigers van de werknemers van de vennootschap of, indien er geen zulke vertegenwoordigers zijn, aan de werknemers zelf, dat zij uiterlijk vijf werkdagen vóór de datum van de algemene vergadering bij de vennootschap opmerkingen kunnen indienen betreffende het voorstel voor de grensoverschrijdende omzetting of splitsing. De Richtlijn schrijft niet voor dat de kennisgeving aan specifieke schuldeisers geadresseerd moet zijn. Daaruit zou de conclusie getrokken kunnen worden dat een algemene, aan alle schuldeisers gerichte kennisgeving volstaat.

De tweede mogelijkheid bestaat in het beschikbaar stellen van het voorstel tot omzetting / splitsing en de kennisgevingen op de website én het indienen van bepaalde informatie (zoals (i) de rechtsvorm en de naam van de vennootschap en de plaats van haar statutaire zetel in de lidstaat van vertrek, en de rechtsvorm en de naam die worden voorgesteld voor de omgezette vennootschap in de lidstaat van bestemming en de voorgestelde plaats van haar statutaire zetel in die lidstaat, (ii) het inschrijvingsnummer in het handelsregister, (iii) de regelingen die voor de uitoefening van de rechten van schuldeisers,

werknemers en deelnemers in de vennootschap zijn getroffen en (iv) de details van de website waar het voorstel tot omzetting / splitsing en de hiervoor genoemde gegevens raadpleegbaar zijn bij het (handels)register.

De Richtlijn biedt eveneens de mogelijkheid dat lidstaten voorschrijven dat het voorstel tot omzetting of splitsing of de hiervoor opgesomde gegevens openbaar worden gemaakt in het nationale publicatieblad (artikel 86 *octies* lid 5 en artikel 160 *octies* lid 5 Richtlijn).

8. Besluitvorming tot omzetting en splitsing

Het besluit tot omzetting en splitsing dient te worden genomen door de algemene vergadering van de vennootschap (artikel 86 *nonies* en artikel 160 *nonies* Richtlijn). Opvallend is dat de Richtlijn geen mogelijkheid biedt dat een besluit tot splitsing door afscheiding wordt genomen door het bestuur in plaats van door de algemene vergadering.

Het besluit door de algemene vergadering dient uitdrukkelijk een besluit te bevatten over de goedkeuring van het voorstel tot omzetting / splitsing en 'over de al dan niet aanpassing van de oprichtingsakte en de statuten' (artikel 86 *nonies* lid 1 en artikel 160 *nonies* lid 1 Richtlijn). Hoewel een afzonderlijk besluit tot wijziging van de statuten (in het kader van een omzetting), dan wel tot vaststelling van de statuten van de verkrijgende vennootschap(en) (in het kader van een splitsing) voor de hand ligt, moet deze regel naar onze mening niet zodanig worden geïnterpreteerd dat de algemene vergadering naar eigen wens wijzigingen kan aanbrengen in de akte van oprichting dan wel statuten in afwijking van (het ontwerp van) de akte van oprichting en statuten die deel hebben uitgemaakt van het voorstel tot omzetting of splitsing. Zou dat wel het geval zijn, dan zou de betekenis en (informatieve) functie die het voorstel heeft aan belang inboeten en dat kan niet de bedoeling van het voorstel zijn.

De Richtlijn schrijft expliciet voor met welke meerderheid een besluit tot omzetting of splitsing moet worden genomen. De bandbreedte van de meerderheid waarmee het besluit tot omzetting of splitsing moet worden genomen ligt tussen twee derden en negen tienden van de stemmen die verbonden zijn aan de aandelen of aan het op de algemene vergadering vertegenwoordigde kapitaal. Quorumvereisten worden in de Richtlijn niet gesteld. Wel biedt de Richtlijn de mogelijkheid voor lidstaten te bepalen dat wanneer een clause in het voorstel of een wijziging in de oprichtingsakte (of statuten) leidt tot

een toename van de economische verplichtingen van een aandeelhouder ten opzichte van de vennootschap of derden, deze wijziging de instemming van de betrokken aandeelhouder vereist (artikel 86 *nonies* lid 4 en artikel 160 *nonies* lid 6 Richtlijn). Opvallend is dat de Richtlijn alleen refereert aan een toename van economische verplichtingen terwijl een afname van zeggenschapsrechten verbonden aan aandelen in het kader van een omzetting of splitsing eveneens goed denkbaar is.

9. Bescherming van schuldeisers

De wijze van bescherming van schuldeisers bij een fusie of splitsing is een van de klassieke onderwerpen die niet in verregaande mate geharmoniseerd is in regelingen op Unieniveau. De 'oude' richtlijnen betreffende juridische fusie en splitsing schreven slechts voor dat de lidstaten een 'passende bescherming' moesten bieden voor schuldeisers wier vorderingen vóór de openbaarmaking van het fusie- of splitsingsvoorstel zijn ontstaan en ten tijde van die openbaarmaking nog niet opeisbaar waren. Dat beginsel is nog steeds neergelegd in de Richtlijn, zowel wat betreft nationale fusie als wat betreft nationale splitsing.²⁰

Zowel artikel 86 *undecies* Richtlijn (wat betreft grensoverschrijdende omzetting) als artikel 160 *undecies* Richtlijn (wat betreft grensoverschrijdende splitsing) breken niet met dit principe en voorzien eveneens niet in een totale harmonisatie van systemen van schuldeisersbescherming.

20. Zie bijvoorbeeld artikel 99 en 146 Richtlijn.

Bij een grensoverschrijdende omzetting of splitsing is primair het uitgangspunt dat de vennootschap waarborgen dient te bieden aan schuldeisers, zoals garanties of pandrechten, en deze dient te beschrijven in het voorstel tot omzetting / splitsing (artikel 86 *quinquies* lid 1 sub f Richtlijn en artikel 160 *quinquies* lid 1 sub f Richtlijn). Artikel 86 *undecies* en artikel 160 *undecies* Richtlijn schrijven voor dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat schuldeisers die geen genoegen nemen met de geboden waarborgen, een administratieve of rechterlijke instantie moeten kunnen verzoeken om passende waarborgen binnen drie maanden na de openbaarmaking van het voorstel tot omzetting of splitsing.

De Richtlijn schrijft niet dwingend voor dat de periode van drie maanden waarin toegang tot de administratieve of gerechtelijke instanties open moet staan, moet zijn doorlopen op het moment dat de bevoegde autoriteit het attest (als bedoeld in artikel 86 *quaterdecies* jo. artikel 86 *quindecies* en artikel 160 *quaterdecies* jo. artikel 160 *quindecies* Richtlijn) afgeeft. Dat biedt de mogelijkheid dat de bescherming van schuldeisers voorafgaande aan het van kracht worden (*ex ante*), dan wel na het van kracht worden (*ex post*), dan wel zowel *ex ante* als *ex post* plaatsvindt.

Nieuw en vergaand is dat de lidstaten, onder meer om schuldeisers te beschermen, het bestuur van de om te zetten of te splitsen vennootschap mogen verplichten met het voorstel een verklaring te verstrekken (solvabiliteitsverklaring) waarin nauwkeurig de actuele financiële toestand van de vennootschap wordt weergegeven op de datum van de verklaring, die ten vroegste één maand voor de openbaarmaking van die verklaring valt. In de verklaring dient te worden aangegeven dat het bestuur van die vennootschap op basis van de informatie waarover het bestuur beschikt op de datum van die verklaring en na redelijke verzoeken om inlichtingen, niet op de hoogte is van enige redenen waarom de (om te zetten/gesplitste en verkrijgende) vennootschap wanneer de omzetting of splitsing van kracht wordt, niet in staat zou zijn te voldoen aan haar verplichtingen wanneer deze opeisbaar worden. De bedoeling is dat de lidstaten regelen dat de bestuurders persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden als de nauwkeurigheid van deze verklaring te wensen over laat.²¹ Alhoewel wij de ratio van dit artikel begrijpen, zijn de vereisten waaraan de solvabiliteitsverklaring moet voldoen niet geconcretiseerd in de Richtlijn. Dat is jammer aangezien de lidstaten wel moeten regelen dat de bestuurders persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden als de nauwkeurigheid van de verklaring te wensen

over laat. Het bestuur zal bij het opstellen van de solvabiliteitsverklaring een afweging moeten maken welke gegevens worden opgenomen teneinde de solvabiliteitsverklaring nauwkeurig de actuele financiële toestand van de vennootschap te laten weergeven. Hierbij kan het bestuur in een spagaat komen tussen enerzijds de mogelijke sanctie van persoonlijke aansprakelijkheid en anderzijds het prijsgeven van te gedetailleerde (en wellicht marktgevoelige) informatie. Het zou zeer welkom zijn als de Nederlandse wetgever (hetzij in de wet, hetzij in de parlementaire geschiedenis) zou aanduiden welke solvabiliteitsratio's zouden kunnen worden gebruikt in de solvabiliteitsverklaring, mocht de wetgever deze optie overnemen.

Voor grensoverschrijdende omzettingen is voorts een tweejarige beschermingsperiode opgenomen in de Richtlijn op basis waarvan crediteuren waarvan de vorderingen zijn ontstaan voor openbaarmaking van het voorstel, het recht hebben ook in lidstaat van vertrek een procedure tegen de omgezette vennootschap in te leiden. Bijzonder is dat eenzelfde regeling niet voor splitsing is vastgelegd.

10. Bescherming van minderheidsaandeelhouders

De Richtlijn schrijft dwingend voor dat (minderheids)aandeelhouders die tegen het voorstel tot omzetting / splitsing stemmen het recht moeten hebben hun aandelen in de vennootschap te 'vervreemden' voor een adequate geldelijke vergoeding (artikel 86 *decies* en artikel 160 *decies* Richtlijn).²² De Richtlijn bevat eenzelfde bepaling voor grensoverschrijdende fusies (artikel 126 *bis* Richtlijn).

21. Considerans no. 25 Wijzigingsrichtlijn.

22. Zie hierover ook P.P. de Vries, 'Het uitredingsrecht voor aandeelhouders bij grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing onder de Mobiliteitsrichtlijn', *Ondernemingsrecht* 2020/4, p. 219 – 226.

Dat de Richtlijn dwingend voorschrijft dat ‘tegenstemmende’ minderheidsaandeelhouders een recht moeten hebben hun aandelen te vervreemden tegen een geldelijke vergoeding kan worden gezien als een trendbreuk ten opzichte van het verleden. In het verleden hadden lidstaten de mogelijkheid voor tegenstemmende minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende fusie een uittreedrecht in hun wetgeving op te nemen en met het van kracht worden van de Wijzigingsrichtlijn is deze mogelijkheid komen te vervallen.

De Richtlijn schrijft dwingend voor dat de kennisgeving van een aandeelhouder dat hij gebruik wenst te maken van de mogelijkheid de aandelen te vervreemden niet later mag geschieden dan één maand na de algemene vergadering. Dit is in overeenstemming met het huidige artikel 2:333h BW. De lidstaten dienen voorts een termijn vast te stellen voor de betaling van de in het voorstel voor de grensoverschrijdende rechtshandeling gespecificeerde vergoeding in geld. Deze termijn mag niet later eindigen dan twee maanden nadat de grensoverschrijdende rechtshandeling van kracht wordt. Op basis van de Richtlijn geldt dus dat deze twee maanden niet per se moeten zijn doorlopen vóór het van kracht worden van de omzetting of splitsing. Gelet op artikel 2:333i lid 4 BW lijkt de huidige Nederlandse regeling met betrekking tot deze termijn aanpassing te behoeven.

De rechten die betrekking hebben op de ‘vervreemding’ worden exclusief beheerd door het recht van de lidstaat van vertrek (artikel 86 *decies* lid 5 Richtlijn) of het recht van de lidstaat van de gesplitste vennootschap (artikel 160 *decies* lid 5 Richtlijn). Wat betreft de Nederlandse wetgeving ligt het in dit geval voor de hand aan te sluiten bij het mechanisme van intrekking van aandelen, dan wel bij het mechanisme van het vervallen van de aandelen waar het verzoek betrekking op heeft, zulks naar analogie met de regel uit het huidige artikel 2:333h lid 3 BW.

Daarnaast schrijft de Richtlijn ten aanzien van splitsing voor dat deelnemers in de gesplitste vennootschap die niet beschikten over of geen gebruik hebben gemaakt van het recht op vervreemding van hun aandelen, maar die van mening zijn dat de in het voorstel uiteengezette ruilverhouding van de aandelen niet passend is, deze ruilverhouding kunnen aanvechten en een betaling in geld kunnen vorderen. Deze procedure verhindert de inschrijving van de splitsing echter niet. De gegeven beslissing bindt de verkrijgende vennootschappen en in het geval van een gedeeltelijke splitsing ook de gesplitste vennootschap.

11. Attest

De lidstaten dienen een rechterlijke, notariële of andere bevoegde instantie of instanties voor het toezicht op de rechtmatigheid van grensoverschrijdende omzetting aan te wijzen voor de onderdelen van de procedure die door het recht van de lidstaat van vertrek worden geregeld dan wel door het recht van de lidstaat van de gesplitste vennootschap, en voor de afgifte van een aan de omzetting dan wel splitsing voorafgaand attest waaruit blijkt dat aan alle relevante voorwaarden is voldaan en alle procedures en formaliteiten correct zijn vervuld in die lidstaat (van vertrek) (artikel 86 *quaterdecies* en artikel 160 *quaterdecies* Richtlijn). Die vervulling van procedures en formaliteiten kan betrekking hebben op het voldoen of het verzekeren van geldelijke of niet-geldelijke verplichtingen ten aanzien van overheidsinstanties of op de naleving van specifieke sectorale vereisten, met inbegrip van het verzekeren van uit lopende procedures voortvloeiende verplichtingen. Indien er meer dan één bevoegde instantie is, moet de vennootschap een aanvraag voor het aan de operatie voorafgaande attest kunnen indienen bij één instantie, die dan vervolgens met de andere bevoegde instanties overleg moet plegen. Zie over het attest en de bevoegde instantie ook de bijdrage van Stokkermans in dit themanummer.

Door de bevoegde instantie of instanties moet worden beoordeeld of aan alle relevante voorwaarden is voldaan en of alle procedures en formaliteiten correct zijn vervuld in die lidstaat en moet binnen drie maanden na de indiening van het verzoek door de vennootschap worden beslist over de afgifte van het attest. Indien er ernstige twijfels rijzen bij de bevoegde instantie(s) over de vraag of de grensoverschrijdende omzetting of splitsing 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 zij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking, zoals indicatieve factoren, indien van belang en niet op zichzelf beschouwd, waarvan de bevoegde instantie in het kader van toezicht, onder meer door raadpleging van de relevante instanties, kennis heeft genomen. Deze beoordeling wordt per geval verricht volgens een procedure die onder het nationale recht valt (artikel 86 *quaterdecies* lid 9 en artikel 160 *quaterdecies* lid 9). In dat geval kan de bevoegde instantie de termijn voor de beoordeling voor nog eens maximaal drie maanden verlengen. Wanneer het evenwel door de complexiteit van de grensoverschrijdende procedure niet mogelijk is de beoordeling binnen die termijnen uit te voeren, wordt de aanvrager vóór het verstrijken van de oorspronkelijke termijn in kennis gesteld

van de redenen voor de vertraging. Aldus is sprake van verdere verlenging zonder duidelijk eindtijdstip en daarmee ook van verdere vertraging.

Constateert de bevoegde instantie dat de grensoverschrijdende rechtshandeling is opgezet voor dergelijke doeleinden, dan mag zij het attest betreffende de grensoverschrijdende omzetting of splitsing niet afgeven. De bevoegde instantie kan het als een aanwijzing beschouwen dat er geen omstandigheden zijn die tot misbruik of fraude leiden, indien de grensoverschrijdende rechtshandeling ertoe leidt dat de plaats van de werkelijke leiding en/of de economische activiteit van de vennootschap zich in de lidstaat bevindt waar de registratie van de vennootschap of vennootschappen na de grensoverschrijdende rechtshandeling moet plaatsvinden. Het is de vraag hoe dit te rijmen valt met het Polbud-arrest en de daarin bevestigde regel dat de statutaire zetel, het hoofdbestuur en de hoofdvestiging van een vennootschap als elementen van aanknoping (ter bepaling van het op een vennootschap toepasselijke recht) op gelijke voet zijn geplaatst.²³

Om ervoor te zorgen dat de vennootschap die de grensoverschrijdende operatie aangaat, haar schuldeisers niet benadeelt, moet de bevoegde instantie met name kunnen nagaan of de vennootschap haar verbintenissen tegenover openbare schuldeisers is nagekomen en of eventuele openstaande verplichtingen voldoende zijn gewaarborgd. De bevoegde instantie moet met name ook kunnen nagaan of de vennootschap nog verwickeld is in rechtszaken over bijvoorbeeld inbreuken op het sociaal, arbeids- of milieurecht, die kunnen leiden tot verdere verplichtingen van de vennootschap, onder meer tegenover burgers en particuliere entiteiten.²⁴ Bij de beoordeling kan de bevoegde instantie bovendien een beroep doen op een van de vennootschap onafhankelijke deskundige.²⁵

Het betreft daarmee een zeer vergaande bepaling die in de praktijk tot veel vertraging, rechtsonzekerheid en onduidelijkheid kan leiden en het lijkt ons bovendien bepaald niet eenvoudig voor de bevoegde instantie(s) en de onafhankelijk deskundige om dit alles te beoordelen. Dat de notaris als enige bevoegde instantie wordt aangewezen voor een dergelijke toets ligt in elk geval niet voor de hand. Niet onwaarschijnlijk is voorts dat de Europese vennootschap als middel om te komen tot een grensoverschrijdende herstructurering, zo lang daarvoor niet een gelijke regeling geldt, aan populariteit zal winnen. Alhoewel de rechtmatigheidstoetsing vanuit het perspectief van bescherming van aandeelhouders positief lijkt, kent deze bepaling dus ook,

zo zou gezegd kunnen worden, een negatief effect voor aandeelhouders.

De lidstaten wijzen voorts een rechterlijke, notariële of andere instantie aan die bevoegd is om toezicht te houden op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende omzetting en splitsing wat betreft het gedeelte van de procedure dat betrekking heeft op de voltooiing van de grensoverschrijdende omzetting en splitsing die door het recht van de lidstaten van de verkrijgende vennootschappen of bestemming wordt geregeld, en om de grensoverschrijdende omzetting of splitsing goed te keuren. Die instantie zorgt er met name voor dat de verkrijgende vennootschappen voldoen aan de bepalingen van het nationale recht inzake de oprichting en registratie van vennootschappen en, indien van toepassing, dat de regelingen inzake werknemersmedezeggenschap correct zijn vastgesteld.

12. Het van kracht worden van een omzetting en splitsing

De Richtlijn bepaalt dat een omzetting van kracht wordt op het moment zoals bepaald in het recht van de lidstaat van bestemming (artikel 86 *octodecies* Richtlijn). Wat betreft de splitsing verwijst de Richtlijn naar het moment zoals bepaald in het recht van de lidstaat van de gesplitste vennootschap (artikel 160 *octodecies* Richtlijn).

De charme van beide regelingen is dat deze duidelijk en ondubbelzinnig het recht van één lidstaat aanwijzen aan de hand waarvan wordt bepaald wanneer de omzetting of splitsing van kracht wordt. Echter, wat betreft de splitsing kan dit tot praktische uitvoeringsproblemen leiden als het moment van oprichting van de verkrijgende vennootschappen krachtens het op de verkrijgende vennootschappen toepasselijke recht moeilijk is samen te brengen met het moment waarop de splitsing van kracht wordt. Indien bijvoorbeeld een door Nederlands recht beheerste B.V. grensoverschrijdend wordt

23. HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (*Polbud Wykonawstwo sp.z o.o.*).

24. Considerans no. 39 Wijzigingsrichtlijn.

25. Considerans no. 38 Wijzigingsrichtlijn.

gesplitst, leidt de in de Richtlijn neergelegde regel tot toepassing van artikel 2:334n lid 1 BW, op basis waarvan de splitsing van kracht wordt met ingang van de dag na de dag waarop de notariële akte van splitsing is verleden. In zo een geval zal gezocht moeten worden naar een oplossing waarbij de verkrijgende vennootschappen op hetzelfde moment (namelijk: met ingang van de dag na de dag waarop de akte van splitsing is verleden) worden opgericht.

13. Registratie grensoverschrijdende omzetting en splitsing

De registratie van een grensoverschrijdende omzetting of splitsing wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar de betreffende vennootschappen zijn of worden ingeschreven. Zowel in het geval van een grensoverschrijdende omzetting als in het geval van een grensoverschrijdende splitsing bepaalt het recht van de lidstaat van vertrek de wijze waarop de inschrijving wordt doorgehaald en het recht van de lidstaat van bestemming bepaalt de wijze waarop de vennootschap wordt ingeschreven (artikel 86 *septdecies* en artikel 160 *septdecies* Richtlijn). Opmerkelijk is dat de Richtlijn niet voorschrijft dat de datum waarop de omzetting of splitsing van kracht is geworden, dient te worden geregistreerd. Die datum zal immers niet in alle gevallen gelijk zijn aan de datum van registratie van de vennootschap, aangezien het moment van het van kracht worden van de omzetting wordt beheerst door het recht van de lidstaat van bestemming (artikel 86 *octodecies*). De Nederlandse wetgever zou er goed aan doen in ieder geval voor te schrijven dat ook de datum waarop de omzetting of splitsing van kracht is geworden wordt ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Dat gebeurt wat betreft (nationale) juridische splitsing en grensoverschrijdende omzetting reeds nu en het zou goed zijn als dit gecontinueerd wordt.

14. Geldigheid

De Richtlijn bepaalt expliciet dat, om de rechtszekerheid te waarborgen,²⁶ een grensoverschrijdende omzetting of splitsing niet nietig kan worden verklaard (artikel 86 *unvicies* en artikel 160 *duovicies* Richtlijn). Dat is in principe geheel in lijn met de reeds jaren bestaande regel dat een grensoverschrijdende fusie niet nietig kan worden verklaard. Wel stippen wij aan dat de Richtlijn rept over een omzetting of splitsing die overeenkomstig de procedures tot omzetting van de Richtlijn van kracht is geworden, niet nietig mag worden verklaard. Dat impliceert dat als er een misslag is met betrekking tot de procedure, nietigheid wel mogelijk is. Dit is opvallend, omdat het afwijkt van het huidige – en niet door de Wijzigingsrichtlijn aangepaste – artikel 134 van de

Richtlijn (EU) 2017/1132 volgens welke bepaling de nietigheid van een van kracht geworden grensoverschrijdende fusie niet kan worden uitgesproken.

15. Slot

Het is positief dat er nu eindelijk een Europese regeling is voor de grensoverschrijdende omzetting en splitsing. Meest opmerkelijke aspect van de voorgestelde regeling is de vergaande bepaling dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de bevoegde instantie(s) de grensoverschrijdende rechtshandeling niet toestaan als niet wordt voldaan aan de zogenoemde rechtmatigheidstoets. De opgenomen beperking dat splitsing niet ziet op een splitsing waarbij reeds bestaande verkrijgende vennootschappen optreden als verkrijgende vennootschap, is ons inziens niet een logische keuze en wij roepen de Nederlandse wetgever op deze keuze niet te volgen.

Positief is ons inziens dat dwingend wordt voorgeschreven dat aandeelhouders overal in de EU over een uittreedrecht moeten beschikken. Het wachten is nu op het Nederlandse (consultatie) wetsvoorstel. Wij zijn benieuwd.

26. Considerans no. 50 Wijzigingsrichtlijn.