



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Grensoverschrijdend herstructureren door de juridische fusie en splitsing: reikwijdte en beschermingsmaatregelen onderzocht

Koster, H.; Stichting Landelijk Notarieel Studentencongres

Citation

Koster, H. (2022). Grensoverschrijdend herstructureren door de juridische fusie en splitsing: reikwijdte en beschermingsmaatregelen onderzocht. In *Ars Notariatus* (pp. 19-31). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513214>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513214>

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

Grensoverschrijdend herstructureren door de juridische fusie en splitsing: reikwijdte en beschermingsmaatregelen onderzocht

Harold Koster¹

1. Inleiding

Nationale herstructureringen vinden regelmatig plaats binnen ondernemingen. Door de globalisering van de wereldeconomie vinden herstructureringen daarnaast tegenwoordig ook regelmatig grensoverschrijdend plaats. Twee juridische faciliteiten die daarbij gebruikt kunnen worden, zijn de grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing. In deze bijdrage onderzoek ik enkele aspecten van grensoverschrijdende juridische fusies en splitsingen. Ik bespreek eerst in paragraaf twee de voor- en nadelen van juridische fusies en splitsingen in zijn algemeenheid. Vervolgens onderzoek ik in paragraaf drie de mogelijkheden tot grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing. In paragraaf vier analyseer ik de regels over bescherming van schuldeisers en aandeelhouders. Ik sluit in paragraaf vijf af met enkele conclusies.

2. Voor- en nadelen juridische fusie en splitsing

De regeling van de nationale juridische fusie respectievelijk splitsing van rechtspersonen is gebaseerd op de derde en zesde vennootschapsrichtlijn, welke thans zijn samengevoegd in de Richtlijn (EU) 2017/1132. Met ingang van 15 juli 2008 is vervolgens de tiende richtlijn (2005/56/EG) over grensoverschrijdende juridische fusies van kapitaalvennootschappen in nationale wetgeving gecodificeerd. Deze regeling is nu ook opgenomen in Richtlijn (EU) 2017/1132 en aangepast door de Richtlijn 2019/2121. Deze laatste richtlijn, Richtlijn 2019/2121, bevat tevens een regeling voor grensoverschrijdende juridische splitsingen. Richtlijn 2019/2121 moet uiterlijk 31 januari 2023 zijn gecodificeerd. Het ministerie van Justitie en Veiligheid werkt aan een wetsvoorstel waarmee aan Boek 2 BW een regeling voor grensoverschrijdende juridische splitsingen zal worden toegevoegd, maar (de tekst van) het (consultatie)wetsvoorstel is nog niet openbaar gemaakt.

¹ Verbonden aan de Universiteit Leiden.

Uit deze richtlijnen blijkt een eerste voordeel. Dat is dat een bijzondere eigenschap van juridische fusie en splitsing is dat het vermogen bij de juridische fusie en splitsing onder algemene titel overgaat. Deze overgang is een belangrijke en waardevolle juridische vondst waar de praktijk dankbaar gebruik van maakt.

Naast verkrijging of overgang onder algemene titel kent de wet de overgang onder bijzondere titel. Goederen kunnen onder bijzondere titel worden verkregen door overdracht, door verjaring en door onteigening, en voorts op de overige in de wet voor iedere soort aangegeven wijzen van rechtsverkrijging. In de praktijk vinden veel overdrachten plaats, maar de overdrachtsprocedure kan veel werk en lastige issues met zich meebrengen. Dit speelt bijvoorbeeld bij de overdracht van een onderneming, waarbij in beginsel voor alle goederen die deel uitmaken van het vermogen van de onderneming de specifieke leveringsvoorschriften gevolgd dienen te worden. Omdat de wet voor specifieke goederen verschillende van elkaar afwijkende leveringsformaliteiten kent, kan dit bijzonder arbeidsintensief zijn. In de praktijk is overdracht bovendien soms geen optie, omdat dan alle goederen en elke afzonderlijke relatie, contract en schuldverhouding separaat zou moeten worden overgedragen, hetgeen veel kosten en uitvoeringsrisico's meebrengt. In die gevallen geniet een overgang op grond van een juridische fusie of splitsing de voorkeur, omdat dan het vermogen onder algemene titel overgaat. Als hoofdregel is sprake van een overgang van alle in het voorstel tot fusie of splitsing beschreven zaken, vermogensrechten en schulden op de verkrijger. Dit geschiedt automatisch, van rechtswege. Er hoeven geen specifieke leveringsformaliteiten gevolgd te worden. Deze overgang onder algemene titel ziet ook op duurcontracten, zoals arbeids-, huur- en leaseovereenkomsten, en voorts ook op verbintenissen uit onrechtmatige daad.

Het is voorts ook mogelijk op basis van specifieke wetgeving dat er een overgang onder algemene titel krachtens juridische fusie of splitsing plaatsvindt van niet-vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen. Een voorbeeld betreft het lidmaatschap van een vereniging. In art. 2:34 lid 2 BW is daarover het volgende geregeld:

“Tenzij de statuten van de vereniging anders bepalen, gaat het lidmaatschap van een rechtspersoon die door juridische fusie of juridische splitsing ophoudt te bestaan, over op de verkrijgende rechtspersoon onderscheidenlijk overeenkomstig de aan de akte van juridische splitsing gehechte beschrijving op een van de verkrijgende rechtspersonen”.

Over vergunningen is er discussie in de literatuur. Verstappen noemt in zijn dissertatie de regel dat vergunningen niet overdraagbaar zijn, tenzij de wet expliciet of impliciet overgang onder algemene titel toestaat.² Van Buuren en Knijf zijn evenwel van mening dat vergunningen vatbaar zijn voor overgang onder algemene titel als deze privaatrechtelijk kunnen worden overgedragen, of als deze door een wijziging van de tenaamstelling kunnen overgaan, waarbij evenwel voorwaarden en beperkingen kunnen gelden.³

Bij een juridische fusie of splitsing kunnen voorts activa en passiva betrokken zijn waarop buitenlands recht van toepassing is zoals buitenlandse registergoederen. De vraag rijst dan of de Nederlandse overgang onder algemene titel in het buitenland wordt erkend. In de praktijk wordt dan nogal eens, zeker bij niet EU lidstaten, in het desbetreffende land een juridische opinie gevraagd over de erkenning van de Nederlandse overgang onder algemene titel.

Een tweede voordeel van een juridische fusie en splitsing is dat één procedure volstaat om een juridische fusie of splitsing te bewerkstelligen. Voor de praktijk is dit een belangrijk voordeel. Een juridische fusie en splitsing bestaat uit diverse deelhandelingen die normaal gesproken allemaal hun eigen procedures en regels kennen. Gedacht kan worden aan het ophouden te bestaan van een of meer rechtspersonen, de oprichting van een of meer rechtspersonen, de levering van goederen en vermogensrechten alsmede de emissie van aandelen en inkoop/intrekking van aandelen. Als deze deelhandelingen gecombineerd via een juridische fusie of splitsing worden volbracht, hoeven de desbetreffende reguliere procedures en regels daarvoor in principe niet toegepast te worden, maar volstaat de fusie- of splitsingsprocedure.

Een derde voordeel is de rechtszekerheid die de regeling van de juridische fusie en splitsing biedt. Dit berust op twee pijlers. Ten eerste betreft het de belangrijke notariële rol bij de totstandkoming van de juridische splitsing. De gedachte hierbij is dat de notaris zoveel mogelijk ervoor zal zorgen dat de juridische fusie of splitsing correct tot stand komt. Voor de notariële betrokkenheid wijs ik op art. 2:318 en 2:334n BW over de notariële fusie/splitsingsakte en op de verklaring die de notaris moet afleggen dat bepaalde vormvoorschriften zijn nageleefd en ook nog op artikel 2:330 en 334ee lid 4 BW op grond waarvan het fusie/splitsingsbesluit notarieel vastgelegd dient te worden. Daarnaast wijs ik op art. 2:330a lid 3 BW. De tweede pijler ziet erop dat de mogelijkheid tot aantasting

² L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, Kluwer 1996.

³ P.J.J. van Buuren en C.L. Knijf, *Preadvies KNB 2001 "De notaris en/in het bestuursrecht"*, p. 25 e.v.

(vernietiging) van juridische fusie en splitsing zeer beperkt is gehouden. Dit draagt ook in belangrijke mate bij aan de genoemde rechtszekerheid.

Bij een overgang onder algemene titel krachtens juridische fusie of splitsing komen wel de nodige formaliteiten kijken. Dit wordt wel als een nadeel gezien. Een voorbeeld is art. 2:334n BW, op grond waarvan een juridische splitsing bij notariële akte geschiedt, en voor zover door de juridische splitsing onroerende zaken overgaan, de voor de inschrijving van de juridische splitsing vereiste stukken dienen te worden aangeboden aan de bewaarder van de openbare registers. Voor juridische fusie geldt hetzelfde op basis van art. 2:318 BW. Ook dienen de nodige stukken te worden opgesteld en is er een besloten of naamloze vennootschap betrokken, dan dient een accountant een verklaring en een verslag op te stellen. Ook zijn soms tussentijdse cijfers vereist, hetgeen extra werk oplevert en extra kosten.

Een ander nadeel dat genoemd zou kunnen worden is het feit dat de regels die gelden voor juridische fusie en splitsing soms onduidelijk zijn. Kan bijvoorbeeld een juridische fusie of splitsing non-existent zijn? Hierover bestaat discussie in de literatuur.⁴ Dit ziet op de vraag of naast vernietiging van juridische fusies en splitsingen ook non-existentie mogelijk is. Van non-existentie kan sprake zijn, zo heb ik wel verdedigd, als een of meer van de essentialia van de juridische fusie of splitsing ontbreekt.⁵ Wordt niet voldaan aan deze essentialia (de wettelijke definitie), dan is mijns inziens geen sprake van een juridische fusie of splitsing. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis. Ik verwijs naar het nader rapport van de Minister van Justitie van 19 april 1996 waarin staat:

“Een rechtshandeling die ertoe strekt vermogen onder algemene titel te doen overgaan zonder dat dat gepaard gaat met de vereiste structuurwijziging, is in de gewijzigde opzet geen splitsing. De regel van artikel 334u lid 2 dat een niet door de rechter vernietigde splitsing geldig is, is op zo'n rechtshandeling niet van toepassing.”⁶

Van een non-existente rechtshandeling is naar mijn mening sprake wanneer een handeling die kenmerken vertoont van een bepaalde rechtshandeling niettemin niet een dergelijke

⁴ Zie hierover uitgebreider de dissertatie van E.R. Roelofs, par. 3.9.13.3.

⁵ H. Koster, Afwezige en aantastbare juridische fusies en splitsingen, *Ondernemingsrecht* 2013/2.

⁶ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, B.

rechtshandeling is, omdat minstens één wezensbestanddeel daarvan ontbreekt.⁷ Zou de mogelijkheid tot non-existentie niet bestaan, dan zou bijvoorbeeld⁸ een juridische fusie van twee personenvennootschappen tot stand gebracht kunnen worden.⁹ Maar als gezegd, er bestaat discussie en het is daarom onduidelijk hoe dit precies zit.

Een andere vraag is of een combinatie van juridische splitsing(en) en/of juridische fusie(s) in één notariële akte kan waarbij de ene juridische fusie of splitsing voortbouwt op de andere. Zaman aarzelt of twee juridische fusies in één notariële akte kunnen worden vastgelegd, omdat een juridische fusie net als een juridische splitsing van kracht wordt met ingang van de dag na die waarop de fusieakte is verleden.¹⁰ Positief zijn Barkey Wolf en - zo lijkt het - De Kluiver.¹¹ Mijns inziens is dit onzeker of dit kan omdat 'met ingang van' impliceert dat twee juridische fusies dan wel twee juridische splitsingen of een combinatie van beide op exact hetzelfde tijdstip van kracht worden.¹²

3. Mogelijkheden grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing

3.1 Grensoverschrijdende juridische fusie

Met ingang van 15 juli 2008 is de tiende richtlijn (2005/56/EG) over grensoverschrijdende juridische fusies van kapitaalvennootschappen in nationale wetgeving gecodificeerd. De regeling is nu opgenomen in Richtlijn (EU) 2017/1132 en aangepast door Richtlijn 2019/2121. Deze regeling vergemakkelijkt het gebruik van rechtsvormen binnen de Europese Unie. De richtlijn is van toepassing op juridische fusies van kapitaalvennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht, en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Gemeenschap hebben, indien ten minste twee vennootschappen onder de wetgeving van verschillende lidstaten ressorteren. De wettelijke regeling is overeenkomstig (destijds) de tiende richtlijn van toepassing indien een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een Europese coöperatieve vennootschap fuseert met een kapitaalvennootschap of coöperatieve

⁷ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2015, nr. 610.

⁸ Dit voorbeeld heb ik ook gebruikt in mijn bijdrage "Afwezige en aantastbare juridische fusies en splitsingen", Ondernemingsrecht, 2013-2.

⁹ Dit ondanks dat de wet deze mogelijkheid niet kent. Eventuele gebreken zoals het ontbreken van een notariële akte zijn na het verstrijken van zes maanden immers geheeld.

¹⁰ Zie D.F.M.M. Zaman, *Juridische fusie & splitsing*, Reed Business Information 2004, p. 33 en 34.

¹¹ A. Barkey Wolf, *Juridische splitsing van vennootschappen*, Gouda Quint 1998, p. 90, en H.J. de Kluiver, Rechtsvragenrubriek: Is een rolluikfusie mogelijk in één akte, *WPNR* 6484, 2002.

¹² Zo ook D.F.M.M. Zaman, *Juridische fusie & splitsing*, Reed Business Information 2004, p. 33 en 34.

vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte. De wetgever meende destijds dat de mogelijkheid van grensoverschrijdende juridische fusie van andere rechtspersonen dan de in de richtlijn genoemde op zichzelf een aantrekkelijke is, doch dat een regeling in de praktijk niet eenvoudig tot stand te brengen is, omdat het onderliggende recht van de fuserende rechtspersonen niet geharmoniseerd is. De wetgever heeft er daarom van afgezien om (bijvoorbeeld) regels voor grensoverschrijdende juridische fusies van coöperaties te geven.¹³ Dit valt mijns inziens te betreuren, omdat hierdoor coöperaties - die (zoals hierna zal worden toegelicht) op basis van EU rechtspraak grensoverschrijdend kunnen fuseren - een regelgevend kader wordt onthouden waar men zich op kan baseren om een grensoverschrijdende juridische fusie te bewerkstelligen. In de kern geldt voor verenigingen en stichtingen hetzelfde. Ik hoop daarom dat de wetgever dat alsnog mogelijk gaat maken.

Er kunnen op basis van het Nederlandse recht vijf vormen van grensoverschrijdende juridische fusie worden onderscheiden.¹⁴ Ten eerste betreft het de grensoverschrijdende juridische fusie door overneming en ten tweede de grensoverschrijdende juridische fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap. Ten derde valt de moeder-dochterfusie onder de reikwijdte van de regeling. Bij een dergelijke juridische fusie gaat het vermogen van de dochtervennootschap onder algemene titel over op de verkrijgende moedervennootschap. Ten vierde noem ik de zusterfusie (art. 2:333 lid 2 jo. 2:308 lid 3 BW). Bij een dergelijke juridische fusie gaat het vermogen van een dochtervennootschap onder algemene titel over op een andere dochtervennootschap van dezelfde moedervennootschap. Ten slotte, ten vijfde, is een grensoverschrijdende driehoeksfusie mogelijk indien de verkrijgende vennootschap en de groepsmaatschappij beide Nederlandse vennootschappen zijn en mits het recht van de verdwijnende buitenlandse vennootschap de driehoeksfusie erkent.

Richtlijn 2019/2121 bevat twee nieuwe varianten.¹⁵ Dit ziet beide op de grensoverschrijdende juridische fusie door overneming zonder toekenning van aandelen door de verkrijgende fuserende vennootschap. Dit kan, zo stelt de richtlijn, mits i) alle aandelen in de fuserende vennootschappen rechtstreeks of indirect in handen zijn van één persoon of ii) de deelnemers

¹³ Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel nr. 30929 inzake wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L310).

¹⁴ Op de mogelijkheden tot juridische fusie van beleggingsfondsen ga ik in deze bijdrage niet in.

¹⁵ Art. 119 lid 2 sub d.

in de fuserende vennootschappen hun effecten en aandelen in alle fuserende vennootschappen in dezelfde verhouding aanhouden. De eerste optie die is toegevoegd lijkt op de nu al in art. 2:333 lid 2 BW geregelde zusterfusie. Deze richtlijn bepaling is evenwel ruimer dan art. 2:333 lid 2 BW, omdat daar de woorden ‘rechtstreeks of indirect’ missen. De richtlijn bepaling maakt het mogelijk dat een dergelijke fusie ook kan, als de aandelen geheel of deels indirect worden gehouden door één persoon. De tweede variant kennen we nu in Nederland niet als zodanig. Om deze beide varianten mogelijk te maken, zal Boek 2 BW dus aangepast moeten worden. Het ligt wat mij betreft dan voor de hand dat dit ook voor nationale juridische fusies wordt toegestaan.

Daarnaast geldt, omdat een Europese vennootschap (SE) behandeld dient te worden als een naamloze vennootschap (artikel 10 SE-Verordening), dat ook een SE als verkrijgende of verdwijnende partij betrokken kan zijn bij een juridische fusie met een of meer kapitaalvennootschappen naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of Europese Economische Ruimte.¹⁶ De SE is mede bedoeld om grensoverschrijdende reorganisaties en herstructureringen te bewerkstelligen. Een SE dient op grond van artikel 7 van de verordening haar statutaire zetel en hoofdbestuur in dezelfde EU lidstaat te hebben. Een SE kan op vijf wijzen ontstaan. Eén van deze ontstaanswijzen is door een grensoverschrijdende juridische fusie van twee of meer naamloze vennootschappen of soortgelijke kapitaalvennootschappen naar het recht van een andere lidstaat.

Voorts kan dus een Europese coöperatieve vennootschap (SCE) met zetel in Nederland als verkrijgende of verdwijnende partij betrokken zijn bij een juridische fusie met een of meer coöperatieve vennootschappen naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of Europese Economische Ruimte. De SCE is geregeld in de Verordening betreffende het statuut van een Europese coöperatieve vennootschap¹⁷ en de Richtlijn tot aanvulling van het statuut van de Europese coöperatieve vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers.¹⁸ Een SCE heeft kenmerken van zowel een vennootschap als van een coöperatie. Een SCE dient op grond van artikel 6 van de verordening waar de SCE op is gebaseerd, haar statutaire zetel

¹⁶ Op 1 april 2005 zijn in Nederland de Uitvoeringswet Europese vennootschap en de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap in werking getreden. Beide wetten zijn ingevoerd ter omzetting van de EG Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap en de EG Richtlijn tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers in nationale wetgeving.

¹⁷ Verordening nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003, Pb nr. L 207 van 18/08/2003.

¹⁸ Richtlijn 2003/72 van de Raad van 22 juli 2003, Pb nr. L 207 van 18/08/2003.

en hoofdbestuur in dezelfde lidstaat te hebben. Een Europese coöperatieve vennootschap of SCE kan op vijf wijzen ontstaan. Eén van deze wijzen is door een grensoverschrijdende juridische fusie van twee of meer coöperaties. Coöperaties die overeenkomstig het recht van een EU lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel en hoofdbestuur in de Europese Unie hebben, kunnen via een juridische fusie een SCE oprichten indien ten minste twee van die coöperaties onder het recht van verschillende EU lidstaten vallen.

Wanneer de EU regelgeving geen uitkomst biedt, kan de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie nog een oplossing bieden. In dit kader zijn twee arresten van belang, het Sevic-arrest¹⁹ en het Cartesio-arrest.²⁰

Sevic betrof een moeder-dochterfusie tussen een verkrijgende moeder Sevic Systems AG, een Duitse rechtspersoon, met verdwijnende dochter Security Vision Concept SA, een Luxemburgse vennootschap. Deze grensoverschrijdende juridische fusie was naar het recht van Luxemburg rechtsgeldig. Toen Sevic Systems AG, om de juridische fusie te voltooien, het handelsregister in Duitsland verzocht om de juridische fusie in te schrijven, werd dit geweigerd door het handelsregister omdat niet alle betrokken vennootschappen hun zetel in Duitsland hadden, hetgeen de wettelijke regeling in Duitsland voorschreef. Service Systems AG ging hiertegen in beroep bij het Landsgericht Koblenz. Het Landsgericht stelde het Europese Hof vervolgens de prejudiciële of er sprake was van strijd met de artikelen 43 en 48 EG. Volgens het Hof was hiervan sprake. Het Hof oordeelde:

“In deze omstandigheden moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de artikelen 43 EG en 48 EG zich ertegen verzetten dat in een lidstaat de inschrijving in het nationaal handelsregister van een fusie door ontbinding zonder liquidatie van een vennootschap en door overdracht onder algemene titel van het vermogen ervan aan een andere vennootschap, in het algemeen wordt geweigerd wanneer één van beide vennootschappen in een andere lidstaat is gevestigd, terwijl een dergelijke inschrijving mogelijk is, voor zover bepaalde voorwaarden zijn vervuld, wanneer beide bij de fusie betrokken vennootschappen op het grondgebied van de eerstbedoelde lidstaat zijn gevestigd.”

¹⁹ Hof van Justitie van de EG 13 december 2005, C-411/03.

²⁰ Hof van Justitie van de EG 16 december 2008, C-210/06.

Het Hof overwoog voorts dat soms dwingende redenen van algemeen belang een maatregel kunnen rechtvaardigen die de vrijheid van vestiging beperkt. Hierbij kan gedacht worden aan de bescherming van de belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders, werknemers en de waarborging van de doeltreffendheid van fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties. Zulk een maatregel moet geschikt zijn om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken en mag niet verder gaan dan wat nodig is om deze te bereiken. Doordat Duitsland de inschrijving van de grensoverschrijdende juridische fusie niet toestond, ging dit verder dan hetgeen noodzakelijk is, en was er sprake van strijd met de artikelen 43 en 48 EG.

De reikwijdte van het Sevic-arrest is vervolgens nader toegelicht in het Cartesio arrest. In een overweging ten overvloede overwoog het Hof:

“De zaak waarin het arrest SEVIC Systems is gewezen betrof immers de erkenning, in de lidstaat van oprichting van een vennootschap, van een vestigingshandeling middels een grensoverschrijdende fusie door deze vennootschap in een andere lidstaat.”

Het Cartesio-arrest bevat aldus een belangrijke verduidelijking van de betekenis van het Sevic-arrest. Uit deze beide arresten volgt dat een grensoverschrijdende juridische fusie die naar het recht van het land waar de verdwijnende vennootschap was gevestigd, rechtsgeldig is, in het land waar de verkrijgende vennootschap is gevestigd, in beginsel erkend dient te worden.

Ten slotte, de heersende mening is dat een grensoverschrijdende juridische fusie van een Nederlandse rechtspersoon met een rechtspersoon uit een land dat niet in de EU/EER ligt, niet is toegestaan. Dit is gebaseerd op het feit dat de Nederlandse wetgeving hiertoe geen mogelijkheid biedt.²¹ Naar mijn mening zou de wetgever dit, evenals bijvoorbeeld in Luxemburg, kunnen faciliteren en daarmee toestaan.

3.2 Grensoverschrijdende juridische splitsing

De wettelijke regeling van de nationale juridische splitsing kent in art. 2:334a lid 1 BW twee hoofdvormen van juridische splitsing, namelijk zuivere splitsing en afsplitsing. Volgens de

²¹ Zie M. van Olfen en F.K. Buijn, *Splitsing van ondernemingen*, BJU 2004, p. 105.

wettelijke regeling is zuivere splitsing de rechtshandeling waarbij het vermogen van een rechtspersoon die bij de juridische splitsing ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van juridische splitsing gehechte beschrijving door twee of meer andere rechtspersonen wordt verkregen. Afsplitsing is de rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een rechtspersoon die bij de juridische splitsing niet ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van juridische splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door één of meer andere rechtspersonen. Daarvan kent ten minste één verkrijgende rechtspersoon lidmaatschapsrechten of aandelen in zijn kapitaal toe aan de leden of aan aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon of er wordt ten minste één verkrijgende rechtspersoon bij de juridische splitsing door de splitsende rechtspersoon opgericht. Het verschil tussen zuivere splitsing en afsplitsing is dat bij een zuivere splitsing de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan terwijl bij een afsplitsing de splitsende rechtspersoon blijft bestaan. In tegenstelling tot zuivere splitsing hoeft bij afsplitsing niet het gehele vermogen over te gaan.

In art. 2:334cc BW is een bijzondere variant van de zuivere splitsing opgenomen die een aandeelhouderssplitsing mogelijk maakt. Deze bepaling regelt dat in het geval van een zuivere splitsing de akte van splitsing kan bepalen dat onderscheiden aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon aandeelhouder worden van onderscheiden verkrijgende rechtspersonen. Ten slotte noem ik de driehoekssplitsing. Deze vorm is geregeld in art. 2:334ii BW. Het betreft een juridische splitsing waarbij de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van een groepsmaatschappij van een verkrijgende vennootschap in plaats van aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap.

Nederland kent nu nog geen wettelijke regeling die grensoverschrijdende juridische splitsingen regelt, het wachten is de wettelijke regeling ter codificatie van Richtlijn 2019/2121 en daarmee ook op het antwoord op de vraag welke vormen toegestaan zullen worden. Niettemin, op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie - het *Sevic*-arrest²² en het *Cartesio*-arrest²³ - kan een grensoverschrijdende juridische splitsing binnen de EU dus al wel worden toegepast, mits aan de voorwaarden wordt voldaan die uit deze rechtspraak blijkt. Bij het bewerkstelligen van een grensoverschrijdende juridische splitsing vóór het aflopen van de implementatietermijn van 31 januari 2023 zijn bovendien de

²² Hof van Justitie van de EG 13 december 2005, zaaknummer C-411/03.

²³ Hof van Justitie van de EG 16 december 2008, C-210/06.

bepalingen van Richtlijn 2019/2121 nu al relevant, omdat een grensoverschrijdende juridische splitsing al is toegestaan zijn op grond van de vrijheid van vestiging en er nu een EU richtlijn is waarbij de regels uit deze richtlijn aanknopingspunten bieden voor het bewerkstelligen van een grensoverschrijdende juridische splitsing.²⁴

Richtlijn 2019/2121 duidt een grensoverschrijdende splitsing aan als een rechtshandeling waarbij ten minste twee van de bij de juridische splitsing betrokken vennootschappen beheerst worden door het recht van verschillende lidstaten. Art. 160 ter lid 4 van de richtlijn onderscheidt de volledige splitsing, de gedeeltelijke splitsing en de splitsing door scheiding.

De volledige splitsing komt overeen met een zuivere splitsing zoals omschreven in art. 2:334a lid 2 BW. De gesplitste vennootschap houdt op te bestaan, ten minste twee nieuw opgerichte verkrijgende vennootschappen worden opgericht en zij verkrijgen alle activa en passiva van de gesplitste vennootschap, terwijl de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschappen.

De gedeeltelijke splitsing ziet op de afsplitsing van art. 2:334 lid 3 BW. De gesplitste vennootschap blijft voortbestaan 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 voorts aandeelhouder van de nieuw opgerichte verkrijgende vennootschap(pen).

Bij de splitsing door scheiding gaat een deel van de activa en passiva over op een of meer nieuw opgerichte verkrijgende vennootschappen. De splitsing door scheiding verschilt van de gedeeltelijke splitsing doordat niet de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap(pen), maar de gesplitste vennootschap zelf. Deze splitsingsvorm lijkt op de splitsing geregeld in art. 2:334a lid 3 BW.

Richtlijn 2019/2121 staat een grensoverschrijdende juridische splitsing waarbij reeds bestaande verkrijgende vennootschappen optreden als verkrijgende vennootschap niet toe, “omdat het in zulke gevallen om zeer complexe zaken gaat waarbij instanties van verschillende staten betrokken zijn en bijkomende risico’s voor omzeiling van Unie- en

²⁴ Zie hierover ook J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, De Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing nader beschouwd, *Ondernemingsrecht* 2020-5, p. 209.

nationale regels kunnen opduiken.”²⁵ Dit is naar mijn mening geen logische beperking,²⁶ nu immers juridische splitsing naar bestaande vennootschappen al toegestaan lijkt te zijn op basis van de Europese rechtspraak. Zonder een regeling zal er in die gevallen rechtsonzekerheid blijven bestaan. Het verdient mijns inziens daarom de voorkeur als de regeling ook gaat gelden voor de grensoverschrijdende juridische splitsing waarbij vermogen overgaat naar een of meer bestaande vennootschappen.

4. Bescherming schuldeisers en aandeelhouders

4.1. Bescherming van schuldeisers

Bij een grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing geldt als uitgangspunt dat de vennootschap waarborgen dient te bieden aan schuldeisers en deze dient te beschrijven in het voorstel tot fusie/splitsing. De lidstaten dienen ervoor 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 grensoverschrijdende juridische fusie/splitsing. De bescherming van schuldeisers kan zowel worden geboden 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 plaatsvinden.

Ten einde schuldeisers te beschermen, mogen de lidstaten voorts voorschrijven in nationale wetgeving dat het bestuur van de fuserende/te splitsen vennootschap verplicht is met het fusie/splitsingsvoorstel een solvabiliteitsverklaring af te geven 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 genoemd 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 vennootschappen wanneer de grensoverschrijdende juridische fusie/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

²⁵ Considerans no. 8 Wijzigingsrichtlijn.

²⁶ Zie ook kritisch M.A. Verbrugh, Richtlijnvoorstel voor grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een (geheel) nieuwe stap in het harmonisatieproces, *MvO* 2018//8.

nauwkeurigheid van deze verklaring te wensen over laat.²⁷ De exacte vereisten waaraan deze solvabiliteitsverklaring moet voldoen, zijn helaas niet geconcretiseerd in Richtlijn 2019/2121. Hier ligt mijns inziens een aandachtspunt voor de wetgever om dit te verduidelijken, mocht dit vereiste in Boek 2 BW worden opgenomen.

4.2 *Bescherming van minderheidsaandeelhouders*

De Richtlijn schrijft dwingend voor dat (minderheids)aandeelhouders die tegen het voorstel tot juridische fusie/splitsing stemmen het recht moeten hebben hun aandelen in de vennootschap te vervreemden voor een adequate geldelijke vergoeding.²⁸

De Richtlijn bepaalt dwingend dat de kennisgeving van een aandeelhouder dat hij gebruik wenst te maken van de optie om de aandelen te vervreemden niet later mag geschieden dan één maand na de algemene vergadering. 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.

4.3 *Attestvereiste*

Een belangrijke regeling uit Richtlijn 2019/2121 is het attestvereiste. De lidstaten dienen namelijk een rechterlijke, notariële of andere bevoegde instantie of instanties voor het toezicht op de rechtmatigheid van grensoverschrijdende juridische fusie/splitsing 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 juridische fusie 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. 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 voorafgaande attest

²⁷ Considerans no. 25 Wijzigingsrichtlijn.

²⁸ Zie hierover ook P.P. de Vries, Het uittredingsrecht voor aandeelhouders bij grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing onder de Mobiliteitsrichtlijn, *Ondernemingsrecht* 2020/4.

kunnen indienen bij één instantie, die dan vervolgens met de andere bevoegde instanties overleg moet plegen.

Door de bevoegde instantie of instanties dient te worden beoordeeld of aan alle relevante voorwaarden is voldaan en of alle procedures en formaliteiten correct zijn vervuld in die lidstaat. Er 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 juridische fusie 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. In deze situatie kan de bevoegde instantie de termijn voor de beoordeling met nog eens maximaal drie maanden verlengen. Ingeval het door de complexiteit van de grensoverschrijdende procedure niet mogelijk is de beoordeling binnen die termijnen uit te voeren, wordt de aanvrager voor het verstrijken van de oorspronkelijke termijn in kennis gesteld van de redenen voor de vertraging. Dan is er daardoor geen duidelijk eindtijdstip meer.

Constaateert de bevoegde instantie dat de grensoverschrijdende rechtshandeling is opgezet voor dergelijke doeleinden, dan mag zij het attest 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. Dit roept overigens de vraag op of dit wel verenigbaar is met het Polbud-arrest. In dit arrest werd immers bevestigd de 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.²⁹

²⁹ HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (Polbud).

De bevoegde instantie dient met name te kunnen nagaan of de vennootschap haar verbintenissen tegenover openbare schuldeisers is nagekomen en of eventuele openstaande verplichtingen voldoende zijn gewaarborgd. De bevoegde instantie moet 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.³⁰ Hierbij kan een beroep worden gedaan op een onafhankelijke deskundige.³¹

Het betreft hiermee een zeer vergaande bepaling. Dat de notaris als (enige) bevoegde instantie wordt aangewezen voor deze toets is in ieder geval niet goed voorstelbaar.

De lidstaten wijzen voorts een rechterlijke, notariële of andere instantie aan die bevoegd is om toezicht te houden op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing wat betreft het gedeelte van de procedure dat betrekking heeft op de voltooiing van de grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing die door het recht van de lidstaten van de verkrijgende vennootschap(pen) wordt geregeld, en om de grensoverschrijdende juridische fusie of splitsing goed te keuren. Het gaat er hierbij om dat de verkrijgende vennootschappen voldoen aan de bepalingen van het nationale recht over de oprichting en registratie van vennootschappen en, indien van toepassing, dat de regelingen over werknemersmedezeggenschap correct zijn vastgesteld.

5. Conclusie

In dit artikel zijn enkele aspecten van de grensoverschrijdenden juridische fusie en splitsing onderzocht. Uit het voorgaande blijkt dat sommige zaken nog vragen oproepen. Ook zijn er aspecten die heroverweging verdienen. Het is niettemin positief dat er nu eindelijk een Europese regeling is voor de grensoverschrijdende juridische splitsing. Meest opmerkelijke aspect van de richtlijnregeling is de vergaande bepaling dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de bevoegde instantie(s) de grensoverschrijdende rechtshandeling niet toestaat als niet wordt voldaan aan de zogenoemde rechtmatigheidstoets. De opgenomen beperking dat een grensoverschrijdende juridische splitsing niet ziet op een juridische splitsing waarbij een bestaande vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap, is voorts geen logische

³⁰ Considerans no. 39 Wijzigingsrichtlijn.

³¹ Considerans no. 38 Wijzigingsrichtlijn.

keuze. Het wachten is nu op het wetsvoorstel waarmee de richtlijn 2019/2121 wordt gecodificeerd. Ik ben benieuwd welke keuzes de wetgever gaat maken.