



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Het Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn
grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen onderzocht**
Koster, H.

Citation

Koster, H. (2022). Het Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen onderzocht. *Maandblad Voor Ondernemingsrecht*, 2022(8/9), 217-223. doi:10.5553/MvO/245231352022008008003

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514181>

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

Het Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen onderzocht

*Prof. mr. H. Koster**

In dit artikel bespreekt en analyseert de auteur drie deelonderwerpen van het Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen. Hij gaat in op het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling en de bescherming van schuldeisers en minderheidsaandeelhouders.

1 Inleiding

Op 7 februari 2022 heeft het Ministerie van Justitie en Veiligheid ter consultatie een voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen gepubliceerd (hierna: Voorontwerp).¹ Met de beoogde wettelijke regeling wordt de Richtlijn (EU) 2019/2121² (hierna: Mobiliteitsrichtlijn) inzake grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen van EU/EER-kapitaalvennootschappen geïmplementeerd.³ De Mobiliteitsrichtlijn, die uiterlijk 31 januari 2023 moet zijn geïmplementeerd, bevat

aanvullingen op de Richtlijn 2017/1132 (EU)⁴ en behelst een regeling van de grensoverschrijdende omzetting en juridische splitsing. Voorts worden de voorschriften voor de al bestaande regeling van de grensoverschrijdende fusie deels herzien. De Nederlandse wetgeving bevat thans geen regeling voor de grensoverschrijdende omzetting en juridische splitsing. Ondanks het ontbreken van regels voor de grensoverschrijdende omzetting en juridische splitsing geldt op basis van rechtspraak van het Hof van Justitie dat de vrijheid van vestiging (ook) ziet op (bepaalde vormen van) de grensoverschrijdende omzetting en juridische splitsing, waardoor deze nu al toegestaan zijn.⁵ Doordat er thans geen specifieke Nederlandse wettelijke regeling is voor de grensoverschrijdende omzetting en de juridische splitsing is echter onduidelijk welke procedurele voorschriften gelden, en ook de bescherming van aandeelhouders, schuldeisers en werknemers is daardoor niet goed geregeld. De beoogde wettelijke regeling zal deze lacune invullen.

In dit artikel bespreek en analyseer ik drie deelonderwerpen van de voorgestelde regeling. Na deze inleidende paragraaf wordt in paragraaf 2 ingegaan op het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling.⁶ Daarna bespreek ik in paragraaf 3 en 4 de bescherming van schuldeisers respectievelijk minderheidsaandeelhouders. Ik sluit in paragraaf 5 af met enkele conclusies.

* Prof. mr. H. Koster is als hoogleraar verbonden aan de afdeling Ondernemingsrecht van de Universiteit Leiden.

1 De consultatieperiode liep tot 7 maart 2022 en er zijn 23 reacties ontvangen.

2 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 december 2019, p. 1-44.

3 Nader over het voorstel voor de Mobiliteitsrichtlijn zie M.A. Verbrugh, Richtlijnvoorstel voor grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een (geheel) nieuwe stap in het harmonisatieproces, MvO 2018, afl. 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, A&O 2018, afl. 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 nr. 29), Deventer: Wolters Kluwer 2019. Zie over de vastgestelde Mobiliteitsrichtlijn de themanummers van Ondernemingsrecht 2020, afl. 5 en WPNR 2021, afl. 7309 en M.H. Baldee & J. Nijland, De Mobiliteitsrichtlijn en implementatie van deze richtlijn voor grensoverschrijdende verrichtingen, MvO 2020, afl. 8-9, p. 233-242.

4 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 juni 2017, p. 46-127.

5 Zie hierover HvJ EG 13 december 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762 (Sevic), HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 (Cartesio), HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 (Vale) en HvJ EU 25 oktober 2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:440 (Polbud).

6 Meerdere aspecten die in par. 2 aan de orde komen, zijn ook zo besproken in een andere bijdrage van mijn hand over de grensoverschrijdende splitsing: H. Koster, Grensoverschrijdende splitsing van EU/EER-kapitaalvennootschappen, Ondernemingsrecht 2022/62.

2 Toepassingsbereik van de voorgestelde regeling

2.1 Enkele opmerkingen over alle verrichtingen⁷

De regeling in de Mobiliteitsrichtlijn 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 binnen de Europese Unie (hierna ook: EU) hebben. Het gaat hierbij om kapitaalvennootschappen die zijn opgenomen in bijlage II van de Richtlijn (EU) 2017/1132. Voor Nederland zijn dat de NV en de BV met beperkte aansprakelijkheid.⁸ Voorts betreft het de Europese naamloze vennootschap, ook wel aangeduid als SE.⁹ Andere rechtspersonen zoals de coöperatie, vereniging en stichting kunnen dus geen gebruik maken van de wettelijke regeling.¹⁰

Op basis van de vrijheid van vestiging van artikel 49 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) die ziet op ‘vennootschappen’ als omschreven in artikel 54 VWEU, geldt evenwel dat de reikwijdte van het begrip ‘vennootschappen’ in artikel 54 VWEU op meer entiteiten ziet dan de onder de Mobiliteitsrichtlijn vallende kapitaalvennootschappen.

Voorts worden in artikel 54 VWEU onder vennootschappen verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, coöperatieve verenigingen of vennootschappen en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen die geen winst beogen. Nu uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU volgt dat de vrijheid van vestiging (ook) van toepassing kan zijn op grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen,¹¹ is het gevolg dat entiteiten die als vennootschap gelden op basis van artikel 54 VWEU ook in bepaalde situaties met een beroep op de vrijheid van vestiging kunnen participeren in een grens-

overschrijdende omzetting, fusie of splitsing.¹² In de praktijk gebeurt dit ook.¹³

In de memorie van toelichting behorend bij het Voorontwerp (hierna: MvT) wordt voor het jaar 2019 genoemd dat 64 grensoverschrijdende omzettingen hebben plaatsgevonden,¹⁴ waarvan 48 outbound en 16 inbound.¹⁵ Tussen 2011 en 2019 hebben in Nederland in totaal 59 inbound en 262 outbound omzettingen plaatsgevonden.¹⁶ In de periode 2000-2019 zijn 1270 grensoverschrijdende fusies waarbij Nederland betrokken is, bewerkstelligd. Bij 507 betrof het een Nederlandse vennootschap die optrad als de overnemende vennootschap, en bij 763 een Nederlandse vennootschap die optrad als de fuse-rende vennootschap. Dit hogere aantal kan vermoedelijk mede worden verklaard doordat Nederland sinds 2008 een wettelijke regeling kent voor grensoverschrijdende fusies. Voorts is er vanuit Nederland twee keer een grensoverschrijdende splitsing geweest en naar Nederland eveneens twee keer. In totaal is er in de EU/EER blijkens deze cijfers tussen 2010 en 2020 31 keer een grensoverschrijdende splitsing bewerkstelligd. Een gedeeltelijke verklaring voor dit lage aantal zou kunnen zijn dat de meeste EU/EER-lidstaten geen wettelijke regeling kenden voor een grensoverschrijdende splitsing. Slechts zes EU/EER-lidstaten beschikten over een regeling.¹⁷ In de MvT is opgenomen dat geschat wordt dat na invoering van de wettelijke regeling jaarlijks gemiddeld rond de 150 tot 200 grensoverschrijdende verrichtingen gaan plaatsvinden waarbij een Nederlandse verdwijnende of verkrijgende vennootschap, een Nederlandse splitsende vennootschap of een Nederlandse om te zetten vennootschap betrokken is.¹⁸

Gelet op de vestigingsvrijheid in de EU en de behoefte in de praktijk is het niet per se logisch om de reikwijdte van de wettelijke regeling te beperken tot de NV en BV. Immers, voor andere Boek 2 BW-rechtspersonen zoals de vereniging, coöperatie en stichting is nu ook onduidelijk welke voorschriften gelden. Bovendien is het naar mijn mening verdedigbaar dat

⁷ ‘Verrichting’ hanteer ik als verzamelterm voor de grensoverschrijdende fusie, splitsing en omzetting. Ik zal zowel de term verrichting in dit artikel hanteren alsook grensoverschrijdende fusie, splitsing en omzetting.

⁸ Zie art. 86 ter, 119 en 160 ter Richtlijn (EU) 2017/1132.

⁹ Een Europese naamloze vennootschap wordt voor alle onderwerpen die niet in de SE-Verordening zijn geregeld, aangemerkt als een naamloze vennootschap naar Nederlands recht.

¹⁰ Mocht de personenvennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgen, dan zal zonder nadere, specifieke regeling die personenvennootschap ook geen gebruik kunnen maken van deze wettelijke regeling. Wat mij betreft wordt dit overigens ook toegestaan.

¹¹ Zie hierover HvJ EG 13 december 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762 (Sevic), HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 (Cartesio), HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 (Vale) en HvJ EU 25 oktober 2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:440 (Polbud).

¹² Dit volgt ook met zoveel woorden uit considerans nr. 2 en 6 bij de Mobiliteitsrichtlijn.

¹³ Een recent voorbeeld is de voorgenomen grensoverschrijdende omzetting van stichting administratiekantoor XPEQT, met statutaire zetel in Breda, in een stichting naar Belgisch recht. Zie Stcrt. 2022, 5688 van 23 februari 2022. Zie hierover J.N. Schutte-Veenstra & H.E. Boschma, Grensoverschrijdende omzetting van EU/EER-kapitaalvennootschappen, Ondernemingsrecht 2022/60.

¹⁴ MvT, p. 2 en 16.

¹⁵ Een inbound grensoverschrijdende omzetting is een omzetting waarbij een vennootschap beheerst door het recht van een ander land wordt omgezet in een vennootschap beheerst door Nederlands recht. Voorts kennen we een outbound grensoverschrijdende omzetting. Dit is een omzetting waarbij een vennootschap die wordt beheerst door Nederlands recht, wordt omgezet in een vennootschap beheerst door het recht van een andere staat.

¹⁶ Deze aantallen zijn gebaseerd op M. Meyer, Grensoverschrijdende fusies, omzettingen en splitsingen: empirische resultaten en medezeggenschapsrechtelijke implicaties, WPNR 2021, afl. 7309, p. 45.

¹⁷ Zie T. Biermeyer & M. Meyer-Erdmann, Cross-border corporate mobility in the EU: Empirical findings 2021, 2022, p. 13-14.

¹⁸ MvT, p. 16.

de regels van de Mobiliteitsrichtlijn hierbij, waar dat mogelijk is en voor zover de wet lacunes bevat, analoog kunnen worden toegepast. Mijns inziens zou daarom moeten worden heroverwogen of de wettelijke regeling niet ook voor die andere rechtspersonen kan gelden. In de MvT wordt nog opgemerkt dat een Europese of nationale regeling voor deze rechtspersonen niet eenvoudig tot stand te brengen is, omdat het onderliggende recht niet op dezelfde wijze is geharmoniseerd als het Europese vennootschapsrecht en sommige rechtsvormen zelfs geheel onbekend zijn.¹⁹ Naar mijn mening kan aan dit bezwaar evenwel eenvoudig tegemoet worden gekomen door te bepalen dat een grensoverschrijdende omzetting, fusie of splitsing met betrokkenheid van een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting slechts toegelaten is voor zover die andere betrokken EU-lidstaat of -lidstaten dit ook toestaan. Voorts wordt in de MvT aangestipt dat bij een uitbreiding naar andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen bij de Nederlandse implementatie zou worden afgeweken van het uitgangspunt dat in een implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk is.²⁰ Ook hier valt wel iets tegen in te brengen. Alhoewel inderdaad in de MvT is toegelicht dat in principe is gekozen voor een zo strikt mogelijke, beleidsarme implementatie van de bepalingen uit de richtlijn, en daarmee zonder aanvullend nationaal beleid of nationale regels, wordt er ook op gewezen dat waar lidstaatopties ruimte bieden voor lastenverlichting, daarvan gebruik wordt gemaakt.²¹ Hier lijkt mij dat zeker het geval.

Aangezien de voorgestelde regeling alleen EU/EER-kapitaalvennootschappen betreft, sluit het Voorontwerp kapitaalvennootschappen op de BES-eilanden en Aruba, Curaçao en Sint Maarten uit van de reikwijdte van de beoogde wettelijke regeling. Volgens de MvT geldt dat ‘nadat ervaring is opgedaan met deze nieuwe regeling kan worden bezien of het geografische toepassingsbereik kan worden uitgebreid naar de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten’.²² Dit is geen voor de hand liggende keuze, omdat de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten een goed ontwikkeld rechtspersonenrecht kennen, dat gebaseerd is op het Nederlandse recht. Naar mijn mening verdient deze keuze aldus heroverweging. In aansluiting hierop zou mijns inziens kunnen worden heroverwogen of de reikwijdte van de regeling niet uitgebreid kan worden naar andere landen buiten de EU/EER. Een logische verruiming van het toepassingsgebied zou kunnen zijn uitbreiding tot de OESO-lidstaten. Dit sluit ook goed aan bij de regelingen in enkele andere EU-lidstaten, zoals België, Luxemburg en Spanje, waar deze mogelijkheid al toegestaan is. Een dergelijke verruiming is ook positief voor het Nederlandse vestigingsklimaat.

2.2 Enkele opmerkingen over een specifieke verrichting

Wat opvalt ten aanzien van de grensoverschrijdende fusie is dat Richtlijn 2019/2121 twee nieuwe fusievarianten bevat.²³ Beide zien op de grensoverschrijdende juridische fusie door overneming zonder toekenning van aandelen door de verkrijgende fuserende vennootschap. Dit kan, zo stelt de richtlijn, mits (1) alle aandelen in de fuserende vennootschappen rechtstreeks of indirect in handen zijn van één persoon, of (2) de deelnemers 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 artikel 2:333 lid 2 BW geregelde zusterfusie. Deze richtlijnbevestiging is evenwel ruimer dan artikel 2:333 lid 2 BW, omdat daar de woorden ‘of indirect’ ontbreken. De richtlijnbevestiging 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. Uit de transponeringstabel behorende bij de Mobiliteitsrichtlijn, die is opgenomen in de MvT, blijkt dat deze fusievormmogelijkheden niet in het Voorontwerp zijn overgenomen.²⁴ In de toelichting opgenomen in de transponeringstabel wordt uiteengezet dat er geen behoefte is aan implementatie van deze mogelijkheid omdat dit reeds uit artikel 2:333 lid 2 BW volgt, en voor het overige zou de huidige wettelijke fusieregeling in Boek 2 BW er niet aan in de weg staan dat een fusie kan worden uitgevoerd met de bepaling dat er geen aandelen in de verkrijgende vennootschap worden toegekend in ruil voor de aandelen in de verdwijnende vennootschappen. Met betrekking tot de zusterfusie vind ik deze toelichting niet goed te volgen. Immers, de richtlijnbevestiging is ruimer dan artikel 2:333 lid 2 BW, omdat daar de woorden ‘of indirect’ ontbreken. In artikel 2:333 lid 2 BW betreft het de situatie dat iemand, of een ander voor zijn rekening, alle aandelen houdt in het kapitaal van de te fuseren vennootschappen. Bij middellijk (of indirect) aandeelhouderschap kan deze bepaling mijns inziens dus niet worden toegepast.²⁵ Althans waar dat wenselijk wordt gevonden, omdat er immers blijkt uit artikel 2:333 lid 2 BW ook voor kan worden gekozen om wel aandelen toe te kennen. Omdat in de MvT erop wordt gewezen dat waar lidstaatopties ruimte bieden voor lastenverlichting, daarvan gebruik wordt gemaakt,²⁶ zou ik willen bepleiten om deze mogelijkheid alsnog in het wetsvoorstel op te nemen.²⁷ De praktijk is gebaat bij deze flexibiliteit. Wel zou een middellijk aandeelhouder het recht moeten hebben om naar keuze aandelen toegekend te krijgen, ingeval deze daarom verzoekt. Het ligt wat mij betreft voorts in de rede dat dit ook voor nationale juridische fusies wordt geregeld. Ten aanzien van de tweede mogelijkheid uit de Mobiliteitsrichtlijn geldt dat artikel 2:311 lid 2

²³ Art. 119 lid 2 sub d Richtlijn 2019/2121.

²⁴ MvT, p. 114.

²⁵ Zo ook P.J. Dortmond, *Enige beschouwingen rondom aandelen* (VDHI nr. 31), Deventer: Kluwer 1989, p. 92 en Asser/Kroeze 2-I 2021/451.

²⁶ MvT, p. 14.

²⁷ Over de vraag of deze mogelijkheid wellicht al door een richtlijnconforme interpretatie kan worden toegepast, zie W.J.M. van Veen, *Grensoverschrijdenden fusies en de Mobiliteitsrichtlijn*, WPNR 2021, afl. 7309, p. 29.

¹⁹ MvT, p. 5.

²⁰ MvT, p. 5.

²¹ MvT, p. 14.

²² Zie MvT, p. 4.

BW limitatief omschrijft wanneer aandeelhouders van een verdwijnende rechtspersoon door de fusie geen aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon worden. Dit betreft de gevallen van artikel 2:310 lid 4, 2:325 lid 4, 2:330a, 2:333, 2:333a of 2:333h lid 3 BW, dan wel wanneer krachtens de ruilverhouding van de aandelen zelfs geen recht bestaat op een enkel aandeel. De tweede variant die de Mobiliteitsrichtlijn bevat, kan ik niet ontdekken tussen deze Boek 2 BW-uitzonderingen. Ook deze mogelijkheid wordt wat mij betreft daarom alsnog in het wetsvoorstel opgenomen. De praktijk is hiermee gebaat.

Wat opvalt ten aanzien van de grensoverschrijdende splitsing is dat een grensoverschrijdende splitsing met betrokkenheid van een al bestaande verkrijgende vennootschap niet is toegestaan.²⁸ Het Voorontwerp sluit hiervoor aan bij de keuze in de Mobiliteitsrichtlijn, waar deze verrichting ook is uitgesloten. Uit de considerans van de Mobiliteitsrichtlijn volgt dat dit is gebeurd '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 nationale regels kunnen opduiken'.²⁹ In de MvT staat voorts nog dat eenzijdige afwijking in de Nederlandse wetgeving het risico zou meebrengen van complexe uitvoerbaarheid en rechtsonzekerheid. Dit is het geval omdat in de nationale wetgeving van de andere betrokken lidstaat of lidstaten geen spiegelbeeldige bepalingen behoeven te zijn opgenomen, of een regeling van toepassing kan zijn die aan zo'n splitsing in de weg staat.³⁰ Ook hier geldt dat dit geen belemmering hoeft te vormen. Immers, dit bezwaar kan tegemoet worden gekomen door te bepalen dat een grensoverschrijdende splitsing naar bestaande vennootschappen slechts mogelijk is indien die andere betrokken EU-lidstaat of -lidstaten dit ook toestaan. Relevant is ook dat op grond van de vestigingsvrijheid een grensoverschrijdende inbound splitsing³¹ door Nederland zal moeten worden erkend, voor zover die verrichting in die andere EU-lidstaat rechtsgeldig is.³² Het lijkt daarom logisch om voor deze gevallen ook duidelijkheid te bieden over welke voorschriften gelden.

3 Bescherming van schuldeisers

Bij een grensoverschrijdende verrichting geldt als uitgangspunt op basis van de Mobiliteitsrichtlijn dat de vennootschap

waarborgen dient te bieden aan schuldeisers en deze dient te beschrijven in het voorstel tot omzetting/fusie/splitsing. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat schuldeisers die geen genoeg nemen met de geboden waarborgen, een administratieve of rechterlijke instantie kunnen verzoeken om passende waarborgen binnen drie maanden na de openbaarmaking van het voorstel tot de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing. Bij de beoordeling van de waarborgen moet de instantie rekening houden met de vraag of de vordering van een schuldeiser ten minste dezelfde waarde en een even goede kredietkwaliteit heeft als zij had vóór de grensoverschrijdende verrichting, en of de vordering in dezelfde jurisdictie kan worden ingediend.³³ In Nederland is dit de verzetprocedure, die al in de wettelijke regeling is opgenomen en dus ook zal gaan gelden voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen, maar met inachtneming van een termijn van drie maanden.

Een belangrijke regeling uit de Mobiliteitsrichtlijn is het pre-fusieattestvereiste. In het Voorontwerp is de notaris aangewezen als bevoegde instantie die dient te beoordelen of aan alle relevante voorwaarden is voldaan, en of alle procedures en formaliteiten correct zijn vervuld. Het pre-fusieattestvereiste betreft het toezicht van de notaris op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting. Een pre-verrichtingattest van de Nederlandse notaris is vereist voor (1) een grensoverschrijdende fuserende vennootschap naar Nederlands recht, (2) een Nederlandse splitsende vennootschap bij een grensoverschrijdende splitsing en (3) een Nederlandse om te zetten vennootschap bij een grensoverschrijdende omzetting. De rechtmatigheidstoetsing van de notaris bestaat uit een formele toets en uit een fraudetoets. De formele toets is voor grensoverschrijdende fusies reeds geregeld in het huidige artikel 2:333i lid 3 BW en ziet op de vraag of de grensoverschrijdende fusie volgens de geldende procedure en formaliteiten is verlopen. De formele toets behoudt in het wetsvoorstel op hoofdlijnen dezelfde opzet als onder het huidige recht. De (specifieke) fraudetoets is nieuw.

Op basis van de formele toets onder het huidige recht moet de notaris in zijn pre-fusieattest ten aanzien van de Nederlandse vennootschap(pen) verklaren dat (1) alle op grond van de fusiewetgeving en de statuten genomen besluiten met betrekking tot de fusie genomen zijn met inachtneming van de daarvoor gestelde (vorm)voorschriften en (2) alle voorschriften uit de fusiewetgeving zijn nageleefd. In het wetsvoorstel blijft dit gelijk. De formele toets brengt met zich dat de notaris de procedure en formaliteiten moet nalopen, maar van hem wordt geen inhoudelijke toetsing verlangd.³⁴ Het Voorontwerp bevat drie aanpassingen. Ten eerste moet de vennootschap een aanvraag doen bij de notaris om een pre-fusieattest af te geven. Ten tweede is bepaald dat de notaris de door de fuserende vennootschap bij de aanvraag ingediende documenten en informatie moet onderzoeken. In dat kader merk ik op dat de Mo-

28 Dit blijkt uit de tekst van art. 160 ter lid 3.

29 Considerans nr. 8 bij de Mobiliteitsrichtlijn.

30 MvT, p. 50.

31 Een inbound grensoverschrijdende splitsing is een splitsing waarbij ten minste één vennootschap beheerst door Nederlands recht vermogen verkrijgt ten gevolge van een splitsing van een vennootschap beheerst door het recht van een andere staat.

32 Zie hierover HvJ EG 13 december 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762 (Sevic), verduidelijkt in HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 (Cartesio). Uit het Sevic-arrest volgt dat grensoverschrijdende fusies, evenals overige omzettingen van vennootschappen zoals een grensoverschrijdende splitsing en omzetting, bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging zijn. Ik merk in dit kader op dat het Hof van Justitie, anders dan doorgaans in de literatuur, 'omzetting' ook hanteert als verzamelterm voor grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing.

33 Considerans nr. 23 bij de Mobiliteitsrichtlijn.

34 MvT, p. 37.

biliteitsrichtlijn evenals het Voorontwerp aanvullend benoemt dat de bevoegde instantie, de notaris dus, bij de vennootschap die de grensoverschrijdende verrichting aangaat, of bij andere bevoegde instanties, met inbegrip van die van de lidstaat van bestemming, alle relevante informatie en documenten moet kunnen verkrijgen met het oog op het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting binnen het vastgestelde procedurele kader.³⁵ De vraag die opkomt is wanneer de notaris proactief actie moet ondernemen, en hoe respectievelijk in hoeverre hij deze onderzoekstaak kan invullen. Bevoegdheids-, geheimhoudings- en privacyissues zouden deze onderzoekstaak bijvoorbeeld kunnen belemmeren. Voorts speelt de vraag naar de wenselijkheid dat een notaris over bepaalde informatie kan beschikken. Is dat wel altijd passend? En hoever reikt de zorgplicht van de notaris hier? Hier zou de wetgever mijns inziens nog nadere duiding moeten geven. Deze vragen zijn denk ik te belangrijk om onbeantwoord te laten. Ten derde is verduidelijkt dat, waar dat aan de orde is, de notaris de melding door de fuserende vennootschappen dat de procedure over de medezeggenschap is aangevangen, onderzoekt.³⁶

Er moet binnen drie maanden na de indiening van het verzoek door de vennootschap worden beslist over de afgifte van het pre-fusieattest. Het pre-fusieattest moet worden opgenomen in een notariële akte. De notaris kan als een aanwijzing beschouwen dat er geen omstandigheden zijn die tot misbruik of fraude leiden, indien de grensoverschrijdende verrichting 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 verrichting moet plaatsvinden. Indien er ernstige twijfels rijzen bij de notaris over de vraag of de grensoverschrijdende verrichting 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 hij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking. Dit betreft onder meer indicatieve factoren, indien van belang en niet op zichzelf beschouwd, waarvan de notaris in het kader van toezicht, onder meer door raadpleging van de relevante instanties, kennis heeft genomen. In deze situatie kan de notaris de termijn voor de beoordeling met nog eens maximaal drie maanden verlengen. Ook hier zou de wetgever mijns inziens nog nadere duiding moeten geven wat van de notaris precies verwacht wordt en hoever de zorgplicht van de notaris hier reikt. Is daarbij bijvoorbeeld het recht van Nederland bepalend of (ook) het recht van het land van bestemming?

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 geldt, alhoewel de Mobiliteitsrichtlijn dit niet bepaalt, op basis van het voorgestelde artikel 2:333i lid 9 BW dat de notaris de afgifte van de verklaring weigert indien zijn ernstige twijfels nog niet zijn weggenomen na het verstrijken van een termijn van negen maanden na de aanvraag van het pre-fusieattest. Constateert de notaris dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden, dan mag hij het attest niet afgeven. Moet de notaris dit motiveren richting de vennootschap en voorts ook richting eventuele andere betrokken vennootschappen? En kan de vennootschap daarna al dan niet na het verstrijken van enige tijd bij een andere notaris een nieuwe poging ondernemen, of is het wenselijk dat deze verklaring van de notaris (analoog aan de regeling van het bestuursverbod) in het Handelsregister wordt vastgelegd? Is er kortom één poortwachter, of kan de vennootschap ‘rondshoppen’ en bij een volgende poging de informatiestroom richting een (andere) notaris wellicht wat anders (voor de vennootschap gunstiger) vormgeven?

De notaris dient voor de fraudetoets onder meer te kunnen nagaan of de vennootschap haar verbintenissen tegenover openbare schuldeisers is nagekomen en of eventuele openstaande verplichtingen voldoende zijn gewaarborgd. De notaris moet ook kunnen nagaan of de vennootschap nog verwikkeld 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.³⁷ Hierbij kan een beroep worden gedaan op een onafhankelijke deskundige.³⁸ De kosten van het onderzoek door de notaris in verband met de afgifte van het attest, waaronder de kosten van het inschakelen van één of meer onafhankelijke deskundigen door de notaris, komen voor rekening van de fuserende vennootschap.³⁹ De notaris kan deze kosten aldus doorberekenen. Ik vermoed dat dit tot discussie kan leiden met de vennootschap, zeker als de kosten hoger uitvallen dan verwacht. De vennootschap zal denk ik niet staan te juichen als door de notaris een beroep wordt gedaan op een onafhankelijke deskundige. Hier zit voor de notaris wel een zeker spanningsveld tussen zijn rol als dienstverlener en poortwachter. Vraag is voorts ook met inachtneming van welke criteria de notaris de onafhankelijkheid van de deskundige moet beoordelen.

In de MvT wordt toegelicht dat de fraudetoets aansluit bij de huidige rol van de notaris als poortwachter zoals voorzien in de Wet op het notarisambt (Wna), omdat de notaris immers nu al op grond van artikel 21 Wna verplicht is zijn dienst te weigeren, wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt, leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben, of wanneer hij andere ge-

35 Considerans nr. 37 bij de Mobiliteitsrichtlijn en art. 2:333i lid 8, 2:334uu lid 8 en 2:335i BW.

36 MvT, p. 37.

37 Considerans nr. 39 bij de Mobiliteitsrichtlijn.

38 Considerans nr. 38 bij de Mobiliteitsrichtlijn.

39 MvT, p. 40.

gronde redenen voor weigering heeft.⁴⁰ Het zou ook passen bij het uitgangspunt om bij implementatie van de richtlijn aan te sluiten bij bestaande wetgeving, procedures en praktijk.⁴¹ Mijns inziens zal het in de praktijk niet eenvoudig zijn voor een notaris om vast te stellen dat een grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden.

Voorts wordt de notaris eveneens aangewezen als de bevoegde instantie die het door de richtlijn vereiste toezicht op de verwezenlijking van de grensoverschrijdende verrichting moet houden en daartoe het slotattest afgeeft.⁴² Aldus dient de notaris te verklaren op aanvraag van de betrokken vennootschap aan de voet van de akte ter zake dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die afdeling 2, 3 en 3a van titel 7 van Boek 2 BW en de statuten vereisen voor de deelneming van de vennootschap aan de grensoverschrijdende fusie, en dat voor het overige de daarvoor in deze afdelingen en in de statuten gegeven voorschriften zijn nageleefd. Voorts gaat het hierbij om het 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.

4 Bescherming van minderheidsaandeelhouders

De Mobiliteitsrichtlijn schrijft dwingend voor dat aandeelhouders die tegen het voorstel tot grensoverschrijdenden omzetting/fusie/splitsing stemmen het recht moeten hebben hun aandelen in de vennootschap te vervreemden⁴³ voor een adequate geldelijke vergoeding.⁴⁴ Gelet op de voorgestelde wettekst lijkt het erop dat het alle aandelen moet betreffen. Het zou goed zijn als dat nog bevestigd wordt in de definitieve memorie van toelichting. De kennisgeving van een aandeelhouder dat hij gebruik wenst te maken van de optie om de aandelen te vervreemden, mag niet later geschieden dan één maand na de desbetreffende algemene vergadering. In het voorstel tot de grensoverschrijdende verrichting moet de hoogte van de schadeloosstelling aangeboden aan uittreedende minderheidsaandeelhouders worden opgenomen. Het is derhalve de vennootschap zelf die de schadeloosstelling bepaalt. Daarnaast dient een nadere omschrijving van de schadeloosstelling voor

een aandeel te worden gegeven. Hierbij kan worden gedacht aan een beschrijving volgens welke methode(s) de schadeloosstelling is vastgesteld, en welke bijzondere moeilijkheden zich bij de vaststelling van de schadeloosstelling hebben voorgedaan. Een accountant moet over de redelijkheid van de schadeloosstelling een verklaring afgeven. De accountant moet in zijn verslag ook een oordeel geven over de informatie die over de uittreedvergoeding in de schriftelijke toelichting is opgenomen.

Nieuw is dat aandeelhouders het recht hebben om ná het besluit over de grensoverschrijdende verrichting de in het voorstel opgenomen schadeloosstelling aan te vechten als zij deze niet redelijk vinden. Hetzelfde geldt voor de ruilverhouding van de aandelen. In het Voorontwerp is dit vormgegeven door de mogelijkheid om een verzoek in te stellen bij de voorzitter van de Ondernemingskamer om de schadeloosstelling respectievelijk de ruilverhouding opnieuw te laten bepalen door onafhankelijke deskundigen bij wege van bindend advies.⁴⁵ De deskundigen dienen rekening te houden met (eigen) regelingen van de vennootschap die zijn opgenomen in de statuten of een overeenkomst met betrekking tot de vaststelling van de waarde van de aandelen of een schadeloosstelling. De vraag die dit oproept, is in hoeverre dit in de statuten of bij overeenkomst al van tevoren kan worden ingevuld. Mogen de deskundigen afwijken? Dit ook omdat de huidige regeling op basis van artikel 2:333h lid 2 BW (nog) toestaat dat een beoordeling van de schadeloosstelling door onafhankelijke deskundigen achterwege blijft, indien de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouder partij zijn, een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld. Deze regeling is evenwel strijdig met de Mobiliteitsrichtlijn en vervalt daarom. Een andere vraag is met welke statutaire of contractuele regeling de deskundigen rekening dienen te houden, en met welke niet? Of gelden er geen grenzen? En kan de aandeelhouder dan de vaststelling bij wijze van bindend advies weer aanvechten bij de gewone rechter? Is dat wel wenselijk?

Zowel aandeelhouders van een verdwijnende vennootschap als aandeelhouders van een Nederlandse verkrijgende vennootschap kunnen overigens een verzoek indienen om de ruilverhouding opnieuw te laten vaststellen. Als het een Nederlandse verkrijgende vennootschap betreft, roept dit onder tussen de vraag op wat dit betekent voor de geldigheid van de oorspronkelijke en herziene ruilverhouding in de andere betrokken lidstaat, waar de verdwijnende vennootschap haar zetel heeft.

Het oordeel van de onafhankelijke deskundigen over de hoogte van de schadeloosstelling geldt ten aanzien van alle houders van aandelen van dezelfde soort of aanduiding die gebruik maken van het uittreidingsrecht. Het oordeel van de onafhankelij-

⁴⁰ MvT, p. 39-40.

⁴¹ MvT, p. 12.

⁴² Zie art. 2:333ia BW voor de grensoverschrijdende fusie, art. 2:334vv BW voor de grensoverschrijdende splitsing en art. 2:335m BW voor de grensoverschrijdende omzetting.

⁴³ Zie hierover P.P. de Vries, Het uittreidingsrecht voor aandeelhouders bij grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing onder de Mobiliteitsrichtlijn, *Ondernemingsrecht* 2020/41.

⁴⁴ Het huidige art. 2:333h BW behelst voor een grensoverschrijdende fusie een regeling van schadeloosstelling voor aandeelhouders van een verdwijnende vennootschap die tegen de voorgestelde grensoverschrijdende fusie hebben gestemd en voor de houders van stemrechtloze aandelen, indien de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU of de EER is. De aandelen vervallen dan met het van kracht worden van de fusie. Bij deze bestaande regeling is zo veel mogelijk aangesloten.

⁴⁵ Zie art. 2:333h lid 4 en 5 BW voor de grensoverschrijdende fusie, art. 2:334qq lid 3 en 4 BW voor de grensoverschrijdende splitsing en art. 2:335i lid 4 BW voor de grensoverschrijdende omzetting.

ke deskundigen over de ruilverhouding bindt alle aandeelhouders die niet over de mogelijkheid beschikten om een verzoek tot uittreding in te dienen of geen verzoek tot uittreding hebben ingediend. Verhelderd zou mijns inziens nog kunnen worden of een verzoek tot het opnieuw bepalen van de ruilverhouding ook tot een nadelige aanpassing van de ruilverhouding mag leiden, of dat dit niet mogelijk is. En gelet op de voorgestelde wettekst, kan een aandeelhouder een verzoek tot het opnieuw bepalen van de ruilverhouding indienen en dan (direct) daarna een verzoek om schadeloosstelling?

Ten slotte noem ik dat geregeld is dat aandeelhouders in plaats van een betaling in geld ook kunnen worden gecompenseerd in aandelen in de verkrijgende vennootschap wanneer zij met succes de redelijkheid van de ruilverhouding hebben aangevochten bij de onafhankelijke deskundigen. De aandeelhouders kunnen dan kiezen tussen compensatie in de vorm van geld of aandelen. De betaling van de schadeloosstelling moet plaatsvinden uiterlijk twee maanden nadat de grensoverschrijdende verrichting van kracht wordt, ingeval de verkrijgende vennootschap de schadeloosstelling moet voldoen. Is daartoe niet besloten, dan geldt dat betaling aan de aandeelhouders uiterlijk moet geschieden op het moment dat de grensoverschrijdende verrichting van kracht wordt.

5 Conclusie

Het is positief dat er nu een wettelijke regeling voor de grensoverschrijdende omzetting en splitsing wordt ingevoerd. In dit artikel zijn enkele elementen van het Voorontwerp onderzocht en is gebleken dat het voorstel nog enkele vragen oproept. Ook zijn er bepalingen die heroverweging verdienen. Daartoe is in dit artikel een aantal suggesties gedaan. Deze kanttekeningen nemen niet weg dat de wetgever een waardevol voorstel heeft gepresenteerd. Ik hoop dat de wettelijke regeling nu spoedig tot stand komt. De praktijk is daarbij gebaat.