



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**De Mobiliteitsrichtlijn en het voorstel Wet implementatie richtlijn  
grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen doorgelicht**  
Koster, H.

**Citation**

Koster, H. (2023). De Mobiliteitsrichtlijn en het voorstel Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen doorgelicht. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2023(3), 181-190. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3719599>

Version: Publisher's Version  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3719599>

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

# De Mobiliteitsrichtlijn en het voorstel Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen doorgelicht

Prof. mr. H. Koster\*

## 1. Inleiding

Richtlijn (EU) 2019/2121 van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132<sup>1</sup> met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (hierna: Mobiliteitsrichtlijn) bevat regels voor de grensoverschrijdende omzetting en juridische splitsing.<sup>2</sup> Daarnaast herziet de Mobiliteitsrichtlijn de regels die gelden voor grensoverschrijdende fusies. Boek 2 BW kent thans (nog) geen regeling voor de grensoverschrijdende omzetting en juridische splitsing,<sup>3</sup> doch al wel een regeling voor de grensoverschrijdende fusie.<sup>4</sup> De bestaande regels voor de grensoverschrijdende fusie zijn gebaseerd op de tiende richtlijn (2005/56/EG)<sup>5</sup> en zijn thans opgenomen in de Richtlijn 2017/1132 (EU) (hierna: Vennootschapsrichtlijn).<sup>6</sup> Met de Mobiliteitsrichtlijn is wat betreft de grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing een belangrijke stap gezet in de harmonisatie van het vennootschapsrecht op het niveau van de Europese Unie (hierna: EU), omdat de EU nog geen regels over deze onderwerpen had uitgevaardigd. Het ontbreken van regels voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen brengt juridische versnippering en rechtsonzekerheid mee en vormt daardoor een belemmering voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging binnen de EU. Het gebrek aan regels voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen leidt voorts tot minder optimale bescherming voor de aandeelhouders, schuldeisers en werknemers.<sup>7</sup> De Mobiliteitsrichtlijn is daarmee voor

de uitbouw van het grensoverschrijdende rechtspersonenrecht binnen de EU een belangrijke ontwikkeling. In Nederland heeft het Ministerie van Justitie en Veiligheid op 7 februari 2022 een Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen ter consultatie gepubliceerd.<sup>8</sup> Vervolgens is op 5 december 2022 het wetsvoorstel ter implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn (hierna: Wetsvoorstel) bij de Tweede Kamer ingediend. In dit artikel bespreek ik de regeling van de grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing in de Mobiliteitsrichtlijn en het Wetsvoorstel.<sup>9</sup>

## 2. Waarom kennen we de omzetting, juridische fusie en splitsing?

De (binnenlandse) omzetting is al in Boek 2 BW geregeld en houdt in dat een Nederlandse rechtspersoon zich met inachtneming van bepaalde vereisten kan omzetten in een ander type Nederlandse rechtspersoon zoals de omzetting van een besloten vennootschap in een stichting. Een belangrijk kenmerk van een omzetting is dat door de omzetting het bestaan van de rechtspersoon niet eindigt. Het karakter van de rechtspersoon is gewijzigd, maar niet de levensduur. De rechtspersoonlijkheid bestaat voort en aldus hoeft er geen levering of overgang plaats te vinden van zaken en vermogensrechten. De praktijk is gebaat met een dergelijke herstructureringsfaciliteit die niet al

\* Harold Koster is verbonden aan de afdeling ondernemingsrecht van de Universiteit Leiden.

1. 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) (*PbEU* 2017, L 169/46-127).
2. De Mobiliteitsrichtlijn werd van kracht op 1 januari 2020 en had uiterlijk 31 januari 2023 moeten zijn geïmplementeerd in Nederland, maar deze termijn is niet gehaald. Daarover zijn door leden van de Tweede Kamerfractie van de VVD inmiddels vragen gesteld. Zie hierover het verslag van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid, vastgesteld 26 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 36267, nr. 5, p. 9.
3. Boek 2 BW bevat wel regels voor de juridische fusie en splitsing van rechtspersonen binnen Nederland. Deze regeling is gebaseerd op de derde en zesde vennootschapsrichtlijn, welke thans zijn samengevoegd in de Richtlijn (EU) 2017/1132. Voorts bevat Boek 2 BW ook een regeling van de omzetting van rechtspersonen in Nederland.
4. Wet van 27 juni 2008, *Stb.* 2008, 260. Deze wet is in werking getreden op 15 juli 2008.
5. Richtlijn 2005/56/EG van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (*PbEU* 2005, L 310).
6. In de Richtlijn (EU) 2017/1132 van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht is zonder inhoudelijke wijzigingen samengevoegd de inhoud van de navolgende zes richtlijnen die daardoor zijn komen te vervallen: i) de Zesde Richtlijn 82/891/EEG over de splitsingen van naamloze vennootschappen; ii) de Elfde Richtlijn 89/666/EEG over de openbaarmakingsplicht voor bijkantoren; iii) de Richtlijn 2005/56/EG over de grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen; iv) de Richtlijn 2009/101/EG over waarborgen van vennootschappen; v) de Richtlijn 2011/35/EU over de fusies van naamloze vennootschappen; en vi) de Richtlijn 2012/30/EU, eveneens over waarborgen van vennootschappen.
7. Zie consultatiedocument Beantwoording IAK-vragen, p. 1.
8. De consultatieperiode liep tot 7 maart 2022 en er zijn 23 reacties ontvangen. Zie over dit voorontwerp het themanummer van *Ondernemingsrecht* 2022, afl. 10-11 alsmede A.C. Stroeve & M.A.C. Appels, 'Implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn. Een Europese regeling voor grensoverschrijdende verrichtingen', *MvO* 2022, afl. 8-9, en H. Koster, 'Het Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen onderzocht', *MvO* 2022, afl. 8-9.
9. Op de medezeggenschap ga ik in deze bijdrage niet in.

te hoge transactiekosten meebrengt en bovendien relatief eenvoudig is te bewerkstelligen.

De (binnenlandse) juridische fusie wordt in art. 2:309 BW gedefinieerd als de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt. Bij een juridische fusie is er altijd een verkrijgende rechtspersoon en minimaal een verdwijnende rechtspersoon. Uitgangspunt bij een juridische fusie van kapitaalvennootschappen is voorts dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap. Als laatste de splitsing. De huidige wettelijke regeling van de (binnenlandse) splitsing kent op grond van art. 2:334a lid 1 BW twee hoofdvormen van splitsing, namelijk de zuivere splitsing en de afsplitsing. Zuivere splitsing betreft de rechtshandeling waarbij het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving door twee of meer andere rechtspersonen wordt verkregen. Afsplitsing behelst de rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een rechtspersoon die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door een of meer andere rechtspersonen. In principe dienen de betrokken rechtspersonen bij een juridische fusie en splitsing dezelfde rechtsvorm te hebben, waarbij de naamloze en de besloten vennootschap als rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm worden aangemerkt.

Voor de juridische fusie en splitsing geldt dat een belangrijk voordeel is dat het vermogen bij de juridische fusie en splitsing onder algemene titel overgaat. Deze overgang is een belangrijke en waardevolle juridische vondst waar in de praktijk behoefte aan bestaat. Naast verkrijging of overgang onder algemene titel kent het Nederlandse recht de overgang onder bijzondere titel. Dit kan onder meer door overdracht. Een overdracht is niet altijd eenvoudig te realiseren. Zo dienen bij de overdracht van een onderneming voor alle goederen die deel uitmaken van het vermogen van de onderneming de specifieke leveringsvoorschriften gevolgd te worden. Doordat het Nederlandse recht voor specifieke goederen verschillende van elkaar afwijkende leveringsformaliteiten behelst, kan dit behoorlijk kostbaar en/of arbeidsintensief zijn. Bovendien is een overdracht in sommige situaties geen optie, omdat dan medewerking van bepaalde derden zoals contractspartijen vereist is, hetgeen te hoge kosten en uitvoeringsrisico's meebrengt. In die gevallen geniet een overgang op grond van een juridische fusie of splitsing de voorkeur, omdat dan in principe sprake is 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 en er hoeven daarom geen specifieke leveringsformaliteiten gevolgd te worden. Niet-

vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen kunnen soms op basis van specifieke voorschriften ook overgaan onder algemene titel. Zo gaat op basis van art. 2:34 lid 2 BW, tenzij de statuten van de vereniging anders bepalen, het lidmaatschap van een vereniging 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.

Een ander voordeel van zowel een omzetting, juridische fusie als splitsing is dat één procedure volstaat die leidt tot meerdere (deel)rechtsgevolgen. Hierbij kan gedacht worden aan het ophouden te bestaan van een of meer rechtspersonen, de oprichting van een of meer rechtspersonen, de levering van goederen en vermogensrechten evenals de uitgifte van aandelen en inkoop/intrekking van aandelen. Een laatste voordeel dat ik aanstip is de rechtszekerheid die de regeling van de omzetting, juridische fusie en splitsing biedt. Dit berust in belangrijke mate op de notariële betrokkenheid bij de totstandkoming. De gedachte hierbij is dat de notaris zoveel mogelijk ervoor zal zorgen dat de omzetting, juridische fusie of splitsing rechtsgeldig tot stand komt.

### **3. Ontwikkelingen voor de Mobiliteitsrichtlijn**

Voor inwerkingtreding van de Mobiliteitsrichtlijn was er reeds een regeling voor grensoverschrijdende fusies. Thans is deze regeling opgenomen in Richtlijn (EU) 2017/1132. Deze richtlijnregeling ziet op grensoverschrijdende 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 Unie hebben. De Nederlandse wettelijke regeling ter implementatie van deze richtlijn faciliteert dat een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een Europese coöperatieve vennootschap kan fuseren met een kapitaalvennootschap of coöperatieve vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte. Omdat grensoverschrijdende juridische fusies van andere rechtspersonen niet geharmoniseerd zijn, werd er daarom van afgezien om regels voor grensoverschrijdende juridische fusies van andere rechtspersonen zoals coöperaties te geven.<sup>10</sup> Afdeling 3A van titel 7 Boek 2 BW faciliteert vijf vormen van grensoverschrijdende juridische fusie, te weten: i) de grensoverschrijdende juridische fusie door overneming; ii) de grensoverschrijdende juridische fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap; iii) de moeder-dochterfusie; iv) de zusterfusie; en v) de grensoverschrijdende driehoeksfusie. Ter toelichting, bij een moeder-dochterfusie gaat het vermogen van een bij de fusie verdwijnende dochtervennootschap onder algemene titel over op de verkrijgende moedervennootschap, terwijl bij een zusterfusie het vermogen van een dochtervennootschap onder algemene titel overgaat op een andere dochtervennootschap van dezelfde moedervennootschap. Een

10. Zie de memorie van toelichting bij Wetsvoorstel 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).

driehoeksfusie wordt zo genoemd omdat wordt afgeweken van het uitgangspunt dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(en) aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap. Bij een driehoeksfusie worden de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen namelijk aandeelhouder van een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap.<sup>11</sup> In de praktijk is dat nogal eens een vennootschap die (in)direct enig aandeelhouder is van de verkrijgende vennootschap. Doorgaans is deze groepsmaatschappij die de aandelen toekent de topholding die toch al verschillende aandeelhouders kent. Hiermee wordt voorkomen dat op een lager niveau in de groep er een of meer minderheidsaandeelhouders bijkomen waardoor een honderdprocentverhouding in de groep wordt aangetast. Dit wordt doorgaans onwenselijk gevonden omdat bij een honderdprocentbelang bepaalde formaliteiten voor de algemene vergadering niet gevolgd hoeven te worden en voorts omdat dan sommige fiscale faciliteiten gewaarborgd blijven zoals de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Een grensoverschrijdende juridische fusie is naar Nederlands recht overigens alleen toegestaan indien de verkrijgende vennootschap en de groepsmaatschappij beide Nederlandse vennootschappen zijn en het recht van de verdwijnende buitenlandse vennootschap de driehoeksfusie erkent. In 2019 waren er 31 grensoverschrijdende fusies met een Nederlandse verkrijgende vennootschap en 59 grensoverschrijdende fusies met een Nederlandse verdwijnende vennootschap.<sup>12</sup> Hieruit blijkt dat de faciliteit van de grensoverschrijdende fusie in de praktijk in een behoefte voorziet.

Naast het al bestaande kader voor grensoverschrijdende fusie geeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de vrijheid van vestiging van art. 49 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) verduidelijking over de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing. De relevante uitspraken zijn *Sevic*, *Cartesio*, *Vale* en *Polbud*.<sup>13</sup> Deze arresten vormen nu met de Mobiliteitsrichtlijn de kern van het leerstuk van grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing.<sup>14</sup>

Het *Sevic*-arrest betrof een grensoverschrijdende moederdochterfusie, waarbij de Luxemburgse dochter ‘opging’ in de Duitse moedervernootschap, waardoor een filiaal in Luxemburg ontstond. Het *Sevic*-arrest is nader toege-

licht in het *Cartesio*-arrest. In dat arrest is verduidelijkt dat het *Sevic*-arrest betekent dat als een grensoverschrijdende fusie rechtsgeldig is naar het recht van het land waar de verdwijnende vennootschap was gevestigd, deze fusie in het land waar de verkrijgende vennootschap is gevestigd erkend moet worden. Dit mits het recht van de lidstaat van de verkrijgende vennootschap nationale juridische fusies toestaat. Dit oordeel lijkt ook te gelden voor grensoverschrijdende splitsingen. In het *Sevic*-arrest is namelijk toegelicht dat grensoverschrijdende fusies, evenals overige omzettingen van vennootschappen, bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging zijn.<sup>15</sup>

Het Hof overwoog voorts dat dwingende redenen van algemeen belang een maatregel kunnen rechtvaardigen die de vrijheid van vestiging beperkt. Onder meer 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. Een dergelijke 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.

Het *Cartesio*-arrest zag op een Hongaarse commanditaire vennootschap die haar werkelijke zetel wenste te verplaatsen (een outbound-verplaatsing), maar zonder verandering van het toepasselijke vennootschapsrecht. Het Hof van Justitie overwoog dat een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepaalt. Daardoor mag een lidstaat van oprichting beperkingen stellen aan de verplaatsing van de zetel van een op basis van zijn recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat, wanneer deze vennootschap de rechtspersoonlijkheid op grond van het recht van de lidstaat van oprichting wenst te behouden.<sup>16</sup> Bij een grensoverschrijdende omzetting met verandering van recht ligt dit anders, zo volgt uit een overweging ten overvloede uit het *Cartesio*-arrest. In een dergelijke situatie mag een lidstaat in beginsel geen beperkingen stellen. Mits het recht van de lidstaat van ontvangst een dergelijke omzetting toestaat.

11. Op grond van art. 2:333a lid 2 BW is een driehoeksfusie slechts toegestaan, indien de groepsmaatschappij alleen of samen met een andere groepsmaatschappij het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft.

12. Zie M. Meyer, ‘Grensoverschrijdende fusies, omzettingen en splitsingen: empirische resultaten en medezeggenschapsrechtelijke implicaties’, *WPNR* 2021, afl. 7309, p. 44.

13. HvJ EG 13 december 2005, C-411/03 (*Sevic*); HvJ EG 16 december 2008, C-210/06 (*Cartesio*); HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10 (*Vale*) en HvJ EU 25 oktober 2017, C-106/16 (*Polbud*). Zie hierover ook M.A. Verbrugh, ‘Grensoverschrijdende omzetting na de arresten *Cartesio* en *Vale*’, *SEW* 2014, afl. 11, p. 512-523; M.A. Verbrugh, ‘Grensoverschrijdende zetelverplaatsing op grond van de vrijheid van vestiging: het laatste stukje van de puzzel in het *Polbud*-arrest?’, *TAO* 2018, afl. 1, p. 14-22; en H. Koster, ‘Grensoverschrijdende omzettingen. *Polbud* in perspectief’, *O&F* 2018, afl. 3, p. 57-75.

14. Zie voor grensoverschrijdende omzetting ook J.J. van den Broek & G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen. Civiel en fiscaal recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018. Zie voor grensoverschrijdende fusie G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1994 en H.J.M.M. van Boxel, *Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011. Zie voor grensoverschrijdende splitsing E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende splitsing van kapitaalvennootschappen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2014.

15. Zie r.o. 19.

16. Zie ook HvJ EG 27 september 1988, 81/87 (*Daily Mail*).

In het *Vale*-arrest is verduidelijkt dat een inbound grensoverschrijdende omzetting met verandering van recht ook kan. Omdat er destijds geen specifieke EU-regels voor grensoverschrijdende omzettingen waren, geldt voor de grensoverschrijdende omzetting het nationale recht voor omzettingen van de staat van oorsprong, waaronder de vennootschap waarvan de omzetting wordt gevraagd valt, alsmede het nationale recht voor omzettingen van de lidstaat van ontvangst, waaronder de vennootschap na voltooiing van de omzetting valt.

Als laatste het *Polbud*-arrest. Dit betrof de door Pools recht beheerste vennootschap Polbud die (alleen) haar statutaire zetel van Polen naar Luxemburg verplaatst had.<sup>17</sup> Uit deze uitspraak blijkt dat de vrijheid van vestiging ook van toepassing is op de verplaatsing van alleen de statutaire zetel. Niet vereist is dus dat de verplaatsing van de statutaire zetel van een vennootschap noodzakelijkerwijs – omdat dat afhangt van het/de aanknopingspunt(en) dat/die het land van ontvangst kent – samen moet gaan met de verplaatsing van de werkelijke zetel.

De vraag is wat deze jurisprudentie nu in de praktijk betekent. Uit onderzoek blijkt dat vooral grensoverschrijdende omzettingen regelmatig voorkomen. In 2019 waren er 64 grensoverschrijdende omzettingen met een inkomende (16) of uitgaande (48) Nederlandse betrokkenheid en in 2018 waren er 115 grensoverschrijdende omzettingen met een inkomende (21) of uitgaande (94) Nederlandse betrokkenheid.<sup>18</sup> Grensoverschrijdende splitsingen komen vooralsnog nauwelijks voor in Nederland. Tussen 2010 en 2019 zijn twee grensoverschrijdende splitsingen bewerkstelligd waarbij een Nederlandse rechtspersoon betrokken was.<sup>19</sup> Mogelijk wordt dit geringe aantal mede veroorzaakt door het ontbreken van regels hiervoor waardoor partijen in de praktijk een route kiezen die wel in een rechtskader is vastgelegd en daarmee (meer) rechtszekerheid geeft.

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.<sup>20</sup>

#### 4. Achtergronden Mobiliteitsrichtlijn

Uitgangspunt is, zo valt te lezen in overweging 4 van de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn, dat door de ontwikkelingen in de rechtspraak voor vennootschappen in

de interne markt nieuwe kansen zijn ontstaan om economische groei, daadwerkelijke concurrentie en productiviteit te bevorderen. Tegelijkertijd dient de doelstelling van een interne markt zonder interne grenzen voor vennootschappen ook in overeenstemming te worden gebracht met andere doelstellingen van Europese integratie zoals sociale bescherming<sup>21</sup> en de bevordering van de sociale dialoog.<sup>22</sup> Van belang is dat het recht van vennootschappen om zich grensoverschrijdend te kunnen omzetten, fuseren en splitsen tezamen moet gaan met en naar behoren worden afgewogen tegen de bescherming van werknemers, schuldeisers en aandeelhouders.

Verder wordt opgemerkt in overweging 5 van de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn dat het ontbreken van een specifiek rechtskader voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen juridische versnippering en rechtsonzekerheid meebrengt. Dit vormt daardoor een hinderpaal voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging. Voorts leidt het ook tot een minder optimale bescherming voor werknemers, schuldeisers en minderheidsdeelnemers in de interne markt. Die vrijheid van vestiging is in de praktijk van groot belang.<sup>23</sup> Door uitoefening van de vrijheid van vestiging kunnen vennootschappen op een stabiele basis in andere lidstaten economische activiteiten ondernemen. Thans is het in de praktijk voor vennootschappen nogal eens ingewikkeld om die vrijheid van vestiging uit te oefenen. Dit komt onder meer omdat het vennootschapsrecht onvoldoende de grensoverschrijdende herstructureringsmogelijkheden, met name grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen, reguleert. Zo waren er in meer dan de helft van de EU-lidstaten geen specifieke regels voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen.<sup>24</sup> Daardoor dienden vennootschappen die hun zetel naar het buitenland wensten te verplaatsen of zich grensoverschrijdend wensten te splitsen, zich te baseren op nationale wetgeving voor binnenlandse omzettingen respectievelijk splitsingen. Die nationale wettelijke regels waren voorts nogal eens niet of moeilijk met elkaar te verenigen.<sup>25</sup> Geharmoniseerde regels voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen dragen derhalve bij aan het opheffen van beperkingen op de vrijheid van vestiging en daarmee kan tevens voorzien worden in een passende bescherming voor belanghebbenden zoals werknemers, schuldeisers en aandeelhouders.

Naast voorschriften voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen bevat de Mobiliteitsrichtlijn ook wijzigingen van de in de Vennootschapsrichtlijn opgenomen regeling voor grensoverschrijdende fusies. Dit mede na

17. Volgens Polbud gold dat ook voor haar werkelijke zetel, maar het Hof van Justitie beoordeelde de kwestie alsof alleen de statutaire zetel was verplaatst, hetgeen dit arrest daardoor voor de praktijk van groot belang maakt, omdat exact over die vraag nog onduidelijkheid bestond.

18. Zie M. Meyer, 'Grensoverschrijdende fusies, omzettingen en splitsingen: empirische resultaten en medezeggenschapsrechtelijke implicaties', *WPNR* 2021, afl. 7309, p. 45.

19. Zie M. Meyer, 'Grensoverschrijdende fusies, omzettingen en splitsingen: empirische resultaten en medezeggenschapsrechtelijke implicaties', *WPNR* 2021, afl. 7309, p. 46.

20. Zie M. van Olffen & F.K. Buijn, *Splitsing van ondernemingen*, Den Haag: BJU 2004, p. 105.

21. Zie art. 3 en 9 VWEU.

22. Zie art. 151 en 152 VWEU.

23. Voor de concurrentiepositie en reputatie van een rechtstelsel zijn efficiëntie, betrouwbaarheid en rechtszekerheid belangrijke elementen. Zie R. Romano, *The Market for Corporate Law Redux*, p. 50, vindplaats: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2514650](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514650).

24. Zie de toelichting bij het Voorstel tot de Mobiliteitsrichtlijn, p. 3 en 8.

25. Zie de toelichting bij het Voorstel tot de Mobiliteitsrichtlijn, p. 3.

onderzoek om te bezien of het nodig is de bestaande regels te actualiseren, opdat het voor kleine, middelgrote en micro-ondernemingen eenvoudiger zou worden de bedrijfsstrategieën van hun voorkeur te kiezen en zich beter aan wijzigingen van de marktomstandigheden aan te passen, zonder dat daardoor echter de bestaande arbeidsbescherming zou worden afgezwakt.<sup>26</sup> Uit de preambule bij de Mobiliteitsrichtlijn en de memorie van toelichting (hierna ook: MvT) blijkt dat wijziging van de regeling voor grensoverschrijdende fusies op bepaalde punten noodzakelijk werd geacht om de doeltreffendheid en efficiëntie van de regeling te vergroten.<sup>27</sup>

Ten slotte, de Mobiliteitsrichtlijn is onderdeel van een pakket van maatregelen van de Europese Commissie voor billijke, faciliterende en moderne voorschriften op het gebied van het vennootschapsrecht in de EU. Dit behelst naast de Mobiliteitsrichtlijn de Richtlijn (EU) 2019/1151 van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht.<sup>28</sup>

## 5. Toepassingsbereik

### 5.1. Ten aanzien van alle verrichtingen<sup>29</sup>

De regeling in de Mobiliteitsrichtlijn en het Wetsvoorstel is alleen van toepassing 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 EU hebben.<sup>30</sup> Voor Nederland zijn dat de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.<sup>31</sup> Voorts betreft het de Europese naamloze vennootschap (SE).<sup>32</sup> Dit betekent dat de coöperatie, vereniging en stichting geen gebruik kunnen maken van deze regeling.<sup>33</sup> Op basis van art. 49 en 54 VWEU zoals verduidelijkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU geldt evenwel dat de vrijheid van vestiging ook van toepassing kan zijn op grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen van deze rechtspersonen.<sup>34</sup> Dit betekent dat deze rechtspersonen in bepaalde situaties met een beroep op de vrijheid van vestiging ook kunnen par-

ticiperen in een grensoverschrijdende omzetting, fusie of splitsing.<sup>35</sup> In de praktijk gebeurt dit ook.<sup>36</sup> Voor deze rechtspersonen zal dus rechtsonzekerheid blijven bestaan. Van belang is voorts dat het mijns inziens verdedigbaar is dat de regels van de Mobiliteitsrichtlijn, waar dat mogelijk is en voor zover de wet lacunes bevat, analoog kunnen worden toegepast ten aanzien van deze rechtspersonen. Ik beveel daarom aan om de wettelijke regeling ook open te stellen voor coöperaties, verenigingen en stichtingen. Het Wetsvoorstel sluit voorts kapitaalvennootschappen uit de BES-eilanden en Aruba, Curaçao en Sint Maarten uit. Volgens de MvT geldt: ‘nadat ervaring is opgedaan met deze nieuwe regeling zal overigens worden bezien of het geografische toepassingsbereik kan worden uitgebreid naar de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten.’<sup>37</sup> Dit is mijns inziens 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. Ook dit zou daarom heroverwogen dienen te worden. Het roept bovendien de vraag op waarom 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. Dit is ook positief voor het Nederlandse vestigingsklimaat. Het is daarom mijns inziens een gemiste kans dat dit niet wordt meegenomen. Wel wordt in de MvT genoemd dat als onderdeel van de aangekondigde modernisering van het ondernemingsrecht verkend zal worden of de regeling uitgebreid kan worden naar andere rechtsvormen en buiten het territorium van de EU en EER.<sup>38</sup>

### 5.2. Enkele opmerkingen over een specifieke verrichting

De Mobiliteitsrichtlijn introduceert twee nieuwe fusievarianten.<sup>39</sup> Beide zien op een grensoverschrijdende juridische fusie door overneming zonder toekenning van aandelen door de verkrijgende fuserende vennootschap. Deze zijn toegelaten ingeval i) alle aandelen in de fuserende vennootschappen rechtstreeks of indirect in handen zijn van één persoon of ii) de aandeelhouders in de fuse-

26. In de mededeling van 25 oktober 2016 met als titel ‘Werkprogramma van de Europese Commissie voor 2017. Naar een Europa dat ons beschermt, sterker maakt en verdedigt’ werd een initiatief aangekondigd om het aangaan van grensoverschrijdende fusies te vergemakkelijken.

27. Zie overweging 7 preambule Mobiliteitsrichtlijn en *Kamerstukken II 2022/23*, 36267, nr. 3, p. 2.

28. *PbEU* 2019, L 186.

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

30. Het gaat hierbij om kapitaalvennootschappen die zijn opgenomen in bijlage II van de Richtlijn (EU) 2017/1132.

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

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

33. Ik laat de onderlinge waarborgmaatschappij hierbij buiten beschouwing, omdat ik vermoed dat bij deze rechtspersonen de behoefte (bijna) non-existent is.

34. Zie hierover HvJ EG 13 december 2005, C-411/03 (*Sevic*); HvJ EG 16 december 2008, C-210/06 (*Cartesio*); HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10 (*Vale*) en HvJ EU 25 oktober 2017, C-106/16 (*Polbud*).

35. Dit volgt ook uit de overwegingen 2 en 6 in de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn.

36. Een recent voorbeeld is de voorgenomen grensoverschrijdende omzetting van stichting administratiekantoor XPEQT, met statutaire zetel in Breda, in een stichting naar Belgisch recht (*Stcrt.* 2022, 5688).

37. Zie MvT, p. 4.

38. *Kamerstukken II 2022/23*, 36267, nr. 3, p. 23.

39. Art. 119 lid 2 sub d.

rende vennootschappen hun aandelen in alle fuserende vennootschappen in dezelfde verhouding aanhouden. De eerste optie lijkt op de nu al in art. 2:333 lid 2 BW geregelde zusterfusie, maar is ruimer, omdat de woorden ‘of indirect’ in het huidige art. 2:333 lid 2 BW missen. Deze nieuwe variant staat een dergelijke fusie ook toe, als de aandelen geheel of deels indirect worden gehouden door één persoon. In het Wetsvoorstel is deze optie overgenomen. Dat is mijns inziens een goede zaak. De tweede optie kennen we nu in Nederland nog niet. In de MvT wordt hierover opgemerkt: ‘Deze bepaling behoeft geen implementatie in het Nederlands recht omdat de huidige fusietitel in Boek 2 BW niet in de weg staat aan deze fusievariant van “gelijk gehouden vennootschappen” waarbij er geen aandelen worden toegekend door de verkrijgende vennootschap.’<sup>40</sup> Van belang is dat art. 2:311 lid 2 BW limitatief omschrijft wanneer aandeelhouders van een verdwijnende rechtspersoon door de fusie geen aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon worden. Het betreft de mogelijkheden opgenomen in art. 2:310 lid 4, art. 2:325 lid 4, art. 2:330a, art. 2:333, art. 2:333a en art. 2:333h lid 3 BW, en ook wanneer krachtens de ruilverhouding van de aandelen zelfs geen recht bestaat op een enkel aandeel. Deze tweede variant die de Mobiliteitsrichtlijn biedt, tref ik niet aan tussen deze Boek 2 BW-uitzonderingen. Het verdient daarom de voorkeur dit alsnog uitdrukkelijk toe te staan door dit in de wettelijke regeling op te nemen. De praktijk en de rechtszekerheid zijn hiermee gebaat.

Wat betreft de grensoverschrijdende splitsing geldt dat art. 160 ter lid 4 Mobiliteitsrichtlijn uitgaat van drie varianten, te weten: de volledige splitsing, de gedeeltelijke splitsing en de splitsing door scheiding.<sup>41</sup> De ‘volledige splitsing’ valt te vergelijken met de zuivere splitsing van art. 2:334a lid 2 BW en komt erop neer dat de gesplitste vennootschap ophoudt te bestaan, ten minste twee nieuw opgerichte verkrijgende vennootschappen worden opgericht die alle activa en passiva van de gesplitste vennootschap verkrijgen, terwijl de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouder van de verkrijgende vennootschappen worden. De ‘gedeeltelijke splitsing’ lijkt op de afsplitsing van art. 2:334 lid 3 BW. Bij een gedeeltelijke splitsing houdt de gesplitste vennootschap niet op te bestaan en gaat slechts een deel van haar activa en passiva over op een of meer nieuw opgerichte verkrijgende vennootschappen. De aandeelhouders van de gesplitste vennootschap worden aandeelhouder van de nieuw opge-

richte verkrijgende vennootschap(pen). De derde variant, de ‘splitsing door scheiding’, ziet erop dat een deel van de activa en passiva wordt verkregen door een of meer nieuw opgerichte verkrijgende vennootschappen. Hierbij wordt de gesplitste vennootschap aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap(pen). Deze splitsing lijkt op de ‘hybride splitsing’ van art. 2:334a lid 3 BW. Wat hierbij opvalt is dat een grensoverschrijdende splitsing met betrokkenheid van een al bestaande verkrijgende vennootschap niet is toegestaan.<sup>42</sup> Het Wetsvoorstel volgt deze keuze. In de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn valt te lezen 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.’<sup>43</sup> In de MvT staat voorts nog: ‘In een door de Europese Commissie georganiseerd overleg heeft de Commissie aangegeven dat de informatie-uitwisseling via het Europese systeem van gekoppelde registers (BRIS) beperkt is tot de reikwijdte van de richtlijn en daarmee niet geldt voor grensoverschrijdende splitsingen door verwerving.’<sup>44</sup> In het Wetsvoorstel wordt daarom ervan afgezien om de grensoverschrijdende (af)splitsing naar een bestaande vennootschap te regelen. Zonder nadere toelichting is mij niet duidelijk waarom dit laatste een belemmering vormt voor deze splitsingsvorm, nu de nationale registers immers wel te raadplegen zijn. Ik merk ook nog op dat op basis van de vestigingsvrijheid een grensoverschrijdende inbound-splitsing<sup>45</sup> door Nederland zal moeten worden erkend, voor zover die verrichting in die andere EU-lidstaat rechtsgeldig is.<sup>46</sup> Mijns inziens verdient deze beperking daarom heroverweging.

Ten slotte de grensoverschrijdende omzetting. In de Mobiliteitsrichtlijn wordt hiermee een verrichting verstaan 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. Daarbij is de ‘lidstaat van vertrek’ een lidstaat waarin een vennootschap is geregistreerd voordat een grensoverschrijdende omzetting plaatsvindt en een ‘lidstaat van bestemming’ een lidstaat waarin een omgezette vennootschap wordt geregistreerd ten gevolge van een grensoverschrijdende omzetting. In Nederland is de omzetting, die geen Europeesrechtelijke

40. *Kamerstukken II 2022/23*, 36267, nr. 3, p. 46.

41. Deze verschillende vormen van splitsing in deze alinea zijn op ongeveer gelijke wijze omschreven in een andere bijdrage mede van mijn hand. Zie E.R. Roelofs & H. Koster, ‘Grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing in de Mobiliteitsrichtlijn’, *WPNR* 2021, afl. 7309.

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

43. Overweging 8 preambule Mobiliteitsrichtlijn.

44. *Kamerstukken II 2022/23*, 36267, nr. 3, p. 27.

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

46. Zie hierover HvJ EG 13 december 2005, C-411/03 (*Sevic*), verduidelijkt in HvJ EG 16 december 2008, C-210/06 (*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.

oorsprong heeft, niet in titel 7 vastgelegd, maar is verspreid over Boek 2 BW terug te vinden.<sup>47</sup> In het Wetsvoorstel is ervoor gekozen om de voorschriften voor de grensoverschrijdende omzetting in een nieuwe titel 7A vast te leggen. Dat lijkt mij een goede keuze.

## 6. Procedure

Elke grensoverschrijdende verrichting vangt aan met de voorbereidende handelingen met als belangrijkste element het opstellen en openbaar maken van een fusievoorstel. Voor een grensoverschrijdende verrichting zijn naast het opstellen van een voorstel tot de grensoverschrijdende verrichting twee verslagen met informatie vereist voor i) de aandeelhouders en ii) de werknemers over de gevolgen van de grensoverschrijdende verrichting. Dit kan ter keuze ook in een samengesteld verslag. De toelichting voor de aandeelhouders is niet vereist indien de aandeelhouders van de vennootschap daarmee instemmen of indien alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap, uitgezonderd de aandelen gehouden door de vennootschap of haar dochtermaatschappijen, worden gehouden door één aandeelhouder. Voor de werknemers wordt een schriftelijke toelichting gegeven over: i) de gevolgen van de verrichting voor de arbeidsrelaties en, in voorkomend geval, alle maatregelen om die arbeidsrelaties te borgen; ii) materiële wijzigingen van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden of van vestigingsplaatsen van de vennootschap; en iii) de vraag hoe de in de onderdelen i en ii bedoelde factoren van invloed zijn op dochtermaatschappijen van de vennootschap.<sup>48</sup> Deze toelichting voor de werknemers kan achterwege blijven indien alle werknemers van de betrokken vennootschap en, in voorkomend geval, van haar dochtermaatschappijen tot het bestuur behoren of indien deze vennootschap en, in voorkomend geval, haar dochtermaatschappijen geen werknemers hebben.

Het bestuur van elke betrokken vennootschap stelt een kennisgeving op gericht aan de aandeelhouders, de schuldeisers en de ondernemingsraad of, indien bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming een ondernemingsraad ontbreekt, aan de werknemers van de vennootschap, dat zij uiterlijk vijf werkdagen voor de datum waarop de algemene vergadering een besluit neemt over de verrichting, bij de vennootschap opmerkingen kunnen indienen over dit voorstel. De ingediende opmerkingen zijn overigens niet bindend voor het bestuur van de betrokken vennootschap.<sup>49</sup> De betrokken vennootschappen dienen in de *Staatscourant* aan te kondigen dat de bij wet voorgeschreven stukken en de kennisgeving zijn neergelegd of raadpleegbaar zijn, met opgave van de openbare registers waar zij liggen of elektronisch toegankelijk zijn en van het adres waar zij ter inzage liggen of elektronisch toegankelijk zijn. In het voorontwerp was

er nog voor gekozen – in lijn met de huidige regeling voor binnenlandse fusies, splitsingen en omzettingen – om ook voor de grensoverschrijdende verrichting een aankondiging in een landelijk verspreid dagblad te verplichten. Het is positief dat nu is gekozen voor de *Staatscourant* aangezien plaatsing in de *Staatscourant* gratis is en aankondiging in een landelijk verspreid dagblad niet.<sup>50</sup> Bovendien hoeft een schuldeiser dan niet alle landelijk verspreide dagbladen te monitoren. Het verdient aanbeveling als dit ook voor binnenlandse fusies, splitsingen en omzettingen voorgeschreven wordt in plaats van publicatie in een landelijk verspreid dagblad. Voor de kennisgeving is niet vereist dat de vennootschap alle aandeelhouders of schuldeisers van de vennootschap afzonderlijk benadert met de kennisgeving. Voldoende is als er ruchtbaarheid wordt gegeven aan de kennisgeving in overeenstemming met de hiervoor genoemde vereisten over openbaarmaking.<sup>51</sup> Ontvangt het bestuur een advies of opmerkingen van de ondernemingsraad of een vakorganisatie, dan dienen deze aan de schriftelijke toelichting te worden gehecht.

Belangrijk is voorts de besluitvorming door in beginsel de algemene vergadering. Daarvoor geldt dat voor het besluit van de algemene vergadering een meerderheid van ten minste twee derden vereist is van de uitgebrachte stemmen. Bedraagt de vereiste meerderheid voor het besluit tot fusie meer dan negentig procent van de uitgebrachte stemmen of is vereist dat in de vergadering meer dan negentig procent van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, dan wordt het besluit tot fusie genomen met negentig procent van de uitgebrachte stemmen of in een vergadering waar negentig procent van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.

Ten slotte is van belang dat de nietigheid of vernietiging van een grensoverschrijdende verrichting niet kan worden uitgesproken. Bestaan hier nog uitzonderingen op? Ik stip hier de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*IGI/Cicenia*) aan. Daarin merkt het Hof op dat de *actio pauliana* alleen bedoeld is voor de bescherming van de door de splitsing benadeelde (rechten van) schuldeisers, terwijl de vordering tot nietigverklaring tot doel heeft het sanctioneren van het niet naleven van de totstandkomingsvoorwaarden van de splitsingshandeling. Deze laatste overweging lijkt te impliceren dat een vordering tot nietigverklaring die niet tot doel heeft het sanctioneren van het niet naleven van de totstandkomingsvoorwaarden van de splitsingshandeling buiten het bereik van de splitsingsnietigheidsregeling valt. Geldt dit ook voor de grensoverschrijdende verrichtingen?<sup>52</sup> Door analoge toepassing van de *IGI/Cicenia*-uit-

47. Zie de huidige art. 2:18, 2:71, 2:72, 2:181, 2:182 en 2:183 BW.

48. Art. 4 SER-fusiegedragsregels 2015 bevat ook voorschriften over de gevolgen van een fusie in de zin van de SER-fusiegedragsregels voor de werkgelegenheid.

49. *Kamerstukken II 2022/23, 36267, nr. 3, p. 36.*

50. De huidige verplichting op basis van art. 2:333e BW om bepaalde (aanvullende) informatie over de grensoverschrijdende fusie aan te kondigen in de *Staatscourant* komt daarmee te vervallen.

51. *Kamerstukken II 2022/23, 36267, nr. 3, p. 36-37.*

52. In overweging 50 van de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn staat dat om de rechtszekerheid te waarborgen, het niet mogelijk mag zijn om een grensoverschrijdende verrichting die overeenkomstig de procedure van deze richtlijn van kracht is geworden, nietig te verklaren.



spraak alsmede richtlijnconforme interpretatie lijkt mij dit zeker verdedigbaar.

## 7. Bescherming van schuldeisers

In de Mobiliteitsrichtlijn is voor grensoverschrijdende verrichtingen vastgelegd dat de vennootschap waarborgen dient te bieden aan schuldeisers en deze dient te beschrijven in het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing. Schuldeisers die geen genoegen nemen met de geboden waarborgen, kunnen een administratieve of rechterlijke instantie verzoeken om passende waarborgen binnen drie maanden na de openbaarmaking van het voorstel. Bij de beoordeling van de waarborgen moet rekening worden gehouden met de vraag of de vordering van een schuldeiser ten minste dezelfde waarde en een even goede kredietkwaliteit heeft als zij had voor de grensoverschrijdende verrichting en of de vordering in dezelfde jurisdictie kan worden ingediend.<sup>53</sup> In Nederland kennen we hiervoor een verzetprocedure die al in de wettelijke regeling voor grensoverschrijdende fusies is opgenomen en deze zal ook gaan gelden voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen. De verzettermijn gaat naar drie maanden, conform de Mobiliteitsrichtlijn.

Voorts keert ook het pre-fusie-attestvereiste – in herziene vorm – terug. Het betreft het toezicht van de notaris op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting. Deze rechtmatigheidstoetsing op basis van de Mobiliteitsrichtlijn kent twee onderdelen, te weten een formele toets en een fraudetoets. De formele toets behoudt in het Wetsvoorstel op hoofdlijnen dezelfde opzet als onder het huidige recht. Daarentegen is de fraudetoets nieuw. In het Wetsvoorstel is de notaris (weer) aangewezen als bevoegde instantie die met deze toetsen is belast. Een pre-verrichting-attest van de Nederlandse notaris is vereist voor: i) een grensoverschrijdende fuserende vennootschap naar Nederlands recht; ii) een Nederlandse splitsende vennootschap bij een grensoverschrijdende splitsing en iii) een Nederlandse om te zetten vennootschap bij een grensoverschrijdende omzetting. De formele toets kennen we al van de regeling voor grensoverschrijdende fusies en is te vinden in het huidige art. 2:333i lid 3 BW. De formele toets betreft de vraag of de grensoverschrijdende verrichting met inachtneming van alle geldende procedures en formaliteiten is bewerkstelligd. Het pre-fusie-attest moet worden opgenomen in een notariële akte. Het Wetsvoorstel komt met enkele aanpassingen voor de formele toets. Zo moet de notaris de door de betrokken vennootschap bij de aanvraag ingediende documenten en informatie onderzoeken. Voorts is nieuw dat, waar dat aan de orde is, de notaris de melding door de fuserende vennootschappen dat de procedure over de medezeggenschap is aangevangen, onderzoekt.

De (nieuwe) fraudetoets behelst dat de notaris het pre-fusie-attest niet afgeeft en de grensoverschrijdende verrichting daarmee niet toestaat, wanneer hij vaststelt dat

voor een grensoverschrijdende verrichting is gekozen voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden. Heeft de notaris ernstige twijfels of de grensoverschrijdende verrichting de fraudetoets kan doorstaan, dan kan hij een beroep doen op een onafhankelijke deskundige of op de relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende verrichtingen van een lidstaat of lidstaten van de EU/EER om informatie of documenten op te vragen.<sup>54</sup> Een belangrijke vraag is hoever de zorgplicht van de notaris hier reikt. Dat is vooralsnog niet echt duidelijk. Relevant in dit kader is dat de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB) op grond van het voorgestelde art. 21 lid 6 van de Wet op het notarisambt de bevoegdheid krijgt om een verordening op te stellen om verdere invulling te geven aan het nadere onderzoek dat plaats dient te vinden wanneer de notaris ernstige twijfels heeft 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. Daarnaast kan de KNB ook praktische richtlijnen geven voor dit nader onderzoek. Daarin kunnen onder meer richtlijnen worden gegeven over het uit te voeren onderzoek, over welke relevante feiten en omstandigheden bij het onderzoek in acht kunnen worden genomen en over wanneer en welke onafhankelijke deskundigen kunnen worden ingeschakeld.

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 (hierna: Wna). Dit omdat de notaris immers nu al op grond van art. 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. Dat geldt ook wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.<sup>55</sup> Deze toetsing zou, zo valt te lezen in de MvT, daarmee dezelfde zwaarte en omvang hebben als de toetsing die de notaris thans bij een grensoverschrijdende fusie verricht uit hoofde van zijn notariële poortwachtersrol, waarbij nieuw is dat de notaris bevoegdheid heeft tot nader onderzoek en inschakeling van een deskundige.<sup>56</sup> Het is afwachten met welke verordening of richtlijnen de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie dit gaat invullen. Eenvoudig zal dit niet zijn, zo lijkt mij. Ook vraag ik mij af of vol te houden is dat de fraudetoetsing bij een grensoverschrijdende verrichting dezelfde zwaarte en omvang zal hebben als de toetsing die de notaris thans verricht bij een grensoverschrijdende fusie uit hoofde van zijn notariële poortwachtersrol. Als ik in overweging 36 van de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn lees dat indicatieve factoren voor de vraag of er ernstige twijfels dienen te rijzen

53. Overweging 23 preambule Mobiliteitsrichtlijn.

54. Overweging 37 preambule en art. 2:333i lid 8, art. 2:334uu lid 8, art. 2:335l lid 7 BW. Zie ook *Kamerstukken II 2022/23, 36267*, nr. 3, p. 54.

55. *Kamerstukken II 2022/23, 36267*, nr. 3, p. 13-14.

56. *Kamerstukken II 2022/23, 36267*, nr. 3, p. 13-14.

die erop wijzen dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden, onder meer zijn: de investering, de netto-omzet en winst of verlies, het aantal werknemers, de samenstelling van de balans, de fiscale woonplaats, de activa en de plaats waar deze zich bevinden, de uitrusting, de gebruikelijke werkplek van de werknemers en van specifieke werknemersgroepen, de plaats waar de sociale bijdragen verschuldigd zijn en de commerciële risico's van de vennootschap of vennootschappen vóór en na de grensoverschrijdende verrichting, dan lijkt het erop dat er wel veel wordt gevraagd van de notaris. Het roept ook de nodige vragen op. Hoe gaat bijvoorbeeld een notaris de commerciële risico's beoordelen? Kan de notaris dat wel? En worden met 'de uitrusting' de bedrijfsmiddelen bedoeld? En indien ja, welke hoeveelheid bedrijfsmiddelen is in een specifieke situatie 'verdacht' en welke niet? Bij de aanvraag van de verklaring van de notaris moet door de betrokken vennootschap onder meer worden overgelegd de ingediende opmerkingen van de aandeelhouders, de schuldeisers en de ondernemingsraad of, indien deze ontbreekt, de werknemers, alsmede informatie over de nakoming van verbintenissen van de vennootschap ten aanzien van overheidsinstanties. De vraag die dit oproept is wat van de notaris verwacht wordt in het kader van de beoordeling van deze stukken voor de fraudetoets. 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 vennootschap die het betreft. In zoverre zullen notarissen dus niet in staat zijn om vooraf een 'fixed fee' af te spreken.

Qua procedure en tijdsduur is relevant dat binnen drie maanden na de indiening van het verzoek door de vennootschap moet worden beslist over de afgifte van het pre-fusie-attest. Het pre-fusie-attest 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 de notaris de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking. In deze situatie kan de notaris de termijn voor de beoordeling met nog eens maximaal drie maanden verlengen. Is het door de complexiteit van de grensoverschrijdende procedure niet haalbaar om de beoordeling op tijd af te ronden, dan weigert de notaris de afgifte van de verklaring

indien zijn ernstige twijfels nog niet zijn weggenomen na het verstrijken van een termijn van negen maanden na de aanvraag van het pre-fusie-attest.

De notaris is 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. Voor de grensoverschrijdende fusie geldt dit nu al op basis van art. 2:333i lid 5 BW. Dit slotattest is alleen vereist als de verkrijgende vennootschap of omgezette vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is.

Ten slotte, op basis van het voorgestelde art. 2:334t BW geldt in afwijking van art. 2:334t lid 2 BW – welk artikel-lid voor binnenlandse splitsingen geldt – dat voor ondeelbare verbintenissen van de gesplitste vennootschap de verkrijgende vennootschap waarop de verbintenis is overgegaan of, zo de verbintenis niet op een verkrijgende vennootschap is overgegaan, de voortbestaande gesplitste vennootschap voor het geheel aansprakelijk is. De aansprakelijkheid voor ondeelbare verbintenissen van de gesplitste vennootschap is voor elke andere vennootschap beperkt tot de waarde van het vermogen dat zij bij de splitsing heeft verkregen of behouden.

## **8. Bescherming van minderheidsaandeelhouders**

De Mobiliteitsrichtlijn schrijft dwingend voor dat aandeelhouders die tegen het voorstel tot grensoverschrijdende verrichting stemmen het recht moeten hebben hun aandelen in de vennootschap te vervreemden<sup>57</sup> voor een adequate geldelijke vergoeding.<sup>58</sup> 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 waarin de besluitvorming plaatsvond. In het voorstel tot de grensoverschrijdende verrichting moet de hoogte van de schadeloosstelling aangeboden aan uittrekkende minderheidsaandeelhouders worden opgenomen. Het is dus de vennootschap zelf die de schadeloosstelling bepaalt. Daarnaast dient een nadere omschrijving van de schadeloosstelling voor een aandeel te worden gegeven zoals een beschrijving volgens welke methode(s) de schadeloosstelling is vastgesteld. Een accountant moet in principe over de redelijkheid van de schadeloosstelling een verklaring afgeven.

Nieuw is dat aandeelhouders het recht hebben om na 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 bij een grensoverschrijdende fusie of splitsing. Zowel aandeelhouders van een verdwijnende vennootschap als aandeelhouders van een Nederlandse verkrijgende vennootschap kunnen een

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

58. 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 zoveel mogelijk aangesloten.

verzoek indienen om de ruilverhouding opnieuw te laten vaststellen. In het Wetsvoorstel 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. Het verzoek tot benoeming van deskundigen kan worden gedaan binnen een maand na de datum van het besluit tot de grensoverschrijdende verrichting. 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. Een vraag die opkomt is of een aandeelhouder dan de vaststelling bij wijze van bindend advies kan aanvechten bij de gewone rechter. En is dat wel wenselijk nu dat de afhandeling vertraagt?

Het oordeel van de onafhankelijke deskundigen over de hoogte van de schadeloosstelling geldt voor alle houders van aandelen van dezelfde soort of aanduiding die gebruikmaken van het uittredingsrecht. Het oordeel van de onafhankelijke 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. Dit verzoek kan niet leiden tot een aanpassing van de ruilverhouding ten nadele van de verzoekende aandeelhouder. Verduidelijkt is voorts in het Wetsvoorstel dat een aandeelhouder een verzoek tot het opnieuw bepalen van de ruilverhouding alleen kan indienen als er geen verzoek tot schadeloosstelling is gedaan of kon worden gedaan.

## **9. Conclusie**

De aanstaande invoering van wetgeving die grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (nader) reguleert, valt toe te juichen. Tegelijkertijd zijn er nog wel enkele kanttekeningen te plaatsen ten aanzien van de voorgestelde regeling en zijn verbeteringen denkbaar. Ik heb in dit artikel daartoe een aantal suggesties gedaan. Dit neemt niet weg dat ik hoop dat de wettelijke regeling nu spoedig tot stand wordt gebracht.