

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht



Advies EU richtlijnvoorstel grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing

29 juni 2018

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de
Nederlandse orde van advocaten
en de
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

de consultatie over het EU-richtlijnvoorstel grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing (COM (2018) 241)

1. Inleiding

- 1.1 Op 18 mei 2018 is het EU-richtlijnvoorstel over grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing ter consultatie aangeboden (het **Voorstel**). De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (de **GCV**) maakt hierbij graag van de gelegenheid gebruik om op het Voorstel te reageren. Op deze manier hoopt de GCV een constructieve bijdrage te kunnen leveren aan het verdere wetgevingsproces op het niveau van de Europese Unie over het Voorstel.
- 1.2 De reactie kent de volgende opbouw. In § 2 worden eerst enkele algemene bevindingen van de GCV over het Voorstel besproken. Vervolgens wordt de reactie artikelsgewijs gegeven, waarbij de nadruk ligt op de voorgestelde regeling inzake omzetting (§ 3). Omdat het Voorstel voor de splitsingsregeling de omzettingsregeling in grote lijnen volgt, kan voor de splitsingsregeling in § 4 grotendeels met verwijzing worden volstaan. Tot slot wordt in § 5 nog ingegaan op de voorgestelde wijzigingen in de bestaande richtlijn over grensoverschrijdende fusie.

2. Algemeen

- 2.1 De interpretatie van de vrijheid van vestiging (art. 49 en 54 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) door het Hof van Justitie in zijn arresten *Cartesio*¹, *VALE*² en *Polbud*³ heeft in de praktijk vanaf 2012 geleid tot een (nog steeds) toenemend aantal grensoverschrijdende omzettingen.⁴ Uit deze jurisprudentie blijkt dat rechtspersonen uit EU lidstaten hun zetel in beginsel vrijelijk binnen de EU moeten kunnen verplaatsen, zonder dat dit leidt tot ontbinding en vereffening. Wel zal aan de vereisten voor oprichting in het land van bestemming moeten worden voldaan, hetgeen tot gevolg kan hebben dat (wanneer dit een lidstaat is die uitgaat van de werkelijke zetel-leer) niet volstaan kan worden met wijziging van de statutaire zetel maar dat de werkelijke zetel moet worden verplaatst.
- 2.2 Omzettingen vinden plaats zonder dat daarvoor, in Nederland althans, een regelend kader bestaat. De grondslag voor de omzetting wordt gevonden in de hiervoor genoemde uitleg van

¹ HvJ EU 16 december 2008, zaak C-210/06.

² HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10.

³ HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16.

⁴ Zie G.J.C. Rensen & K.J. Bakker, *Grensoverschrijdende omzetting in de praktijk*, in: J.J. van den Broek e.a. (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen*, Serie Onderneming en Recht, deel 103, Wolters Kluwer, Deventer 2018, p. 147-148.

het Hof van Justitie EU en voor de inrichting van het proces van omzetting knoopt men aan bij de Verordening inzake de Europese Vennootschap (SE-Vo) (waarin een regeling voor zetelverplaatsing is opgenomen in art. 8) en/of het ambtelijk voorontwerp grensoverschrijdende omzetting dat in het voorjaar 2014 door het Ministerie van Veiligheid & Justitie ter consultatie is gelegd; soms worden ook nog procedurele aspecten ontleend aan de regeling van de grensoverschrijdende fusie (art. 2:333b e.v. BW). Aldus wordt er vaak een voorstel tot omzetting (al dan niet met bijlagen) opgesteld door het bestuur van de vennootschap en wordt dit ter inzage gelegd bij het Handelsregister, hetgeen wordt aangekondigd in de Staatscourant. Daarbij wordt dan veelal nog de mogelijkheid geboden aan schuldeisers om verzet in te stellen tegen de voorgenomen omzetting. Er zullen echter, bij gebrek aan een wettelijke regeling, ook omzettingen plaatsvinden waarbij deze route niet wordt gevolgd. Gelet op deze verscheidenheid en gezien het (potentieel) verstrekkende gevolg van een grensoverschrijdende omzetting voor (minderheids)aandeelhouders, schuldeisers en werknemers, acht de GCV een wettelijke regeling ter zake wenselijk. Een dergelijke regeling kan op nationaal niveau worden ingevoerd, zoals voorgesteld in het ambtelijk voorontwerp uit 2014, maar werkt (juist) vanwege het lidstaat overschrijdende karakter van een grensoverschrijdende omzetting eigenlijk alleen goed als het op Europees niveau wordt geregeld. De GCV ondersteunt dan ook graag het onderhavige initiatief van de Europese Commissie om de grensoverschrijdende omzetting in een Europese richtlijn te reguleren. Het belang daarvan kan moeilijk worden overschat. Dit geldt overigens niet alleen voor de grensoverschrijdende omzetting, maar ook voor de grensoverschrijdende splitsing die het Voorstel regelt. Voor zover bekend bij de GCV komen grensoverschrijdende splitsingen waarbij Nederlandse vennootschappen zijn betrokken slechts sporadisch voor in de huidige praktijk. Nog meer dan bij omzettingen speelt hier volgens de GCV het ontbreken van een wettelijke regeling een rol, ook al is goed verdedigbaar dat dit type herstructurering eveneens onder de hiervoor genoemde vrijheid van vestiging valt zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. Daar komt bij dat, in ieder geval wat nationale splitsingen in Nederland betreft, de procedure enkele bijzondere bepalingen kent voor de bescherming van schuldeisers (zoals art. 2:334t BW) die niet zonder meer analoog kunnen worden toegepast op een grensoverschrijdende splitsing.

- 2.3 Ondanks de positieve grondhouding van de GCV ten aanzien van het Voorstel heeft zij wel enkele algemene punten van kritiek. Zo komt de GCV de voorgestelde procedure voor grensoverschrijdende omzetting (en splitsing) relatief zwaar voor. Haar hoofdpunt van kritiek spitst zich in dit opzicht toe op de voorgestelde toets door de ‘bevoegde instantie’ of de omzetting een, wat de GCV gemakshalve aanduidt als, kunstmatige constructie beoogt. De voorgestelde toets ziet op een aantal elementen. Allereerst dient een fiscale toets plaats te vinden. Dat de uitkomst van een dergelijke fiscale toets de juridische effectuering van een herstructurering kan belemmeren, komt de GCV ongerijmd voor. De toets inzake de kunstmatige constructie ziet niet alleen op fiscale aspecten. Er moet, zo begrijpt de GCV het Voorstel althans, namelijk ook worden vastgesteld dat geen sprake is van een kunstmatige constructie om de wettelijke of contractuele rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsaandeelhouders aan te tasten. Nu het Voorstel ter waarborging van de positie van deze stakeholders bijzondere bepalingen bevat, ziet de GCV eigenlijk niet in dat hier snel sprake van kan zijn; indien deze bepalingen worden nageleefd worden hun rechten in beginsel niet aangetast. De toets, zowel wat betreft de fiscale als de stakeholders-aspecten, staat in de ogen van de GCV op gespannen voet met de vrijheid van vestiging en daarmee met de aan het Voorstel ten grondslag liggende gedachte dat ondernemingen zich binnen de EU vrijelijk moeten kunnen verplaatsen. Mocht er een vorm van een toets worden ingevoerd, dan rijst uiteraard de belangrijke vraag welke instantie in Nederland geschikt is om die toets uit te voeren. In het licht van zijn bestaande taak als bewaker en coördinator van zowel inhoudelijke als processuele kanten van juridische fusies en splitsingen, lijkt volgens de GCV de notaris daarvoor

het meest geschikt; hetgeen niet wegneemt dat de toets in plaats van door de notaris, door de rechter kan worden verricht zoals gesuggereerd door het kabinet.⁵

- 2.4 De toets wordt voorgesteld voor de grensoverschrijdende omzetting en splitsing, maar maakt geen onderdeel uit van de wijzigingen van de bestaande regeling voor grensoverschrijdende fusie; het is de GCV niet duidelijk waarom dit onderscheid wordt gemaakt. Ook op andere onderdelen wijkt de regeling van grensoverschrijdende fusie af van de in het Voorstel opgenomen regeling voor omzetting en splitsing, waarbij de GCV bijvoorbeeld wijst op de voorgeschreven beroepsmogelijkheid bij de rechter tegen het pre-omzetting/splitsings-attest. De achtergrond van deze verschillen blijkt niet uit het Voorstel. De GCV is ervan overtuigd dat zoveel mogelijk gelijkvormigheid van herstructureringsprocedures de herkenbaarheid, en daarmee de toepassing, van deze procedures in de praktijk bevordert. Gezien een en ander is de GCV er voorstander van om de voorgestelde procedures voor grensoverschrijdende omzetting en splitsing meer in lijn te brengen met die van grensoverschrijdende fusie dan het Voorstel doet.

3. Grensoverschrijdende omzetting: artikelsgewijze opmerkingen

Artikel 86 bis

- 3.1 Het toepassingsgebied van het Voorstel is blijkens leden 1 en 3 van deze bepaling beperkt tot kapitaalvennootschappen en ‘coöperatieve vennootschappen’ met een vennootschappelijk karakter, waarbij lidstaten ervoor kunnen kiezen om laatstgenoemde rechtspersonen buiten het bereik van de regeling te laten vallen. Onduidelijk is wat nu precies moet worden verstaan onder een coöperatieve vennootschap zoals hier bedoeld, maar gezien de laatste zinsdelen van lid 3 concludeert de GCV dat de Nederlandse coöperatie daar wel onder valt. Daarvan uitgaande pleit de GCV ervoor dat Nederland van de geboden lidstaatoptie geen gebruik maakt zodat de voorgestelde omzettingsregeling ook op de Nederlandse coöperatie van toepassing is. Nederland zou er in de besprekingen over het Voorstel voor kunnen pleiten om de omzettingsregeling voor alle rechtspersonen, dus ook verenigingen, stichtingen en onderlinge waarborgmaatschappijen, te laten gelden. Voor zover deze rechtspersonen commerciële activiteiten uitoefenen, is dat namelijk ook in lijn met het toepassingsbereik van de vrijheid van vestiging zoals volgt uit art. 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Artikel 86 ter

- 3.2 In onderdeel (6) van deze bepaling wordt gesproken over de ‘nieuw opgerichte’ vennootschap, hetgeen enigszins verwarring wekt omdat het bij een omzetting juist de voortzetting van een bestaande vennootschap betreft (zij het in de rechtsvorm van een andere lidstaat) en niet een nieuwe oprichting, zoals ook blijkt uit onderdeel (2).
- 3.3 In onderdeel (3) van dit artikel wordt ‘lidstaat van vertrek’ omschreven als ‘een lidstaat waarin een vennootschap in haar rechtsvorm is geregistreerd voordat de grensoverschrijdende omzetting plaatsvindt’. De GCV meent dat deze omschrijving vragen kan oproepen bij een zogenaamde bi-patride vennootschap, bijvoorbeeld een Nederlandse BV die tevens voldoet aan de vereisten van een Luxemburgse S.a.r.l. (*dual residency*). Indien deze vennootschap wordt omgezet in een Duitse GmbH zijn er twee lidstaten van vertrek. Deze mogelijkheid wordt echter niet onderkend in het Voorstel.

Artikel 86 quater

- 3.4 In lid 3 van deze bepaling, die de voorwaarden voor grensoverschrijdende omzetting regelt, is het criterium neergelegd dat een omzetting niet moet worden toegestaan indien de bevoegde

⁵ *Kamerstukken II* 2017/18, 22112, nr. 2590, p. 9-10.

instantie vaststelt dat sprake is van een ‘kunstmatige constructie die bedoeld is om onterechte belastingvoordelen te verkrijgen of de wettelijke of contractuele rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsdeelnemers aan te tasten’. Uit de preambule (p. 4) blijkt dat dit een ‘essentieel’ element van de procedure is. De bepaling roept echter een aantal vragen op.

- 3.5 In de eerste plaats de, meer fundamentele, vraag of een vooral civielrechtelijk richtlijnvoorstel zoals het onderhavige wel de juiste plaats is om een fiscale anti-misbruiktoets in op te nemen. Vanuit wetgevingsprocedureel oogpunt ziet de GCV dit als een zorgelijk en belangrijk punt van aandacht: door opname van deze fiscale toets in een civiele richtlijn volstaat een meerderheidsbesluit van de lidstaten in plaats van het voor de vaststelling van fiscale richtlijnen geldende vereiste van unanimiteit.
- 3.6 Een andere vraag is of het verstrekkende gevolg van het niet voldoen aan de fiscale toets, het niet-toestaan van de omzetting, wel proportioneel is. De GCV meent van niet. Het zou volgens haar meer voor de hand liggen, en bovendien in lijn zijn met de bestaande regeling van grensoverschrijdende fusie, om de sanctie op het niet-voldoen aan de fiscale toets in de fiscale sfeer te regelen door bijvoorbeeld een fiscale omzettingsfaciliteit niet van toepassing te laten zijn. Het absoluut verhinderen van een civielrechtelijke herstructurering gaat de GCV te ver. In dit verband verwijst de GCV naar de Mandatory Disclosure richtlijn, op grond waarvan belastingadviseurs, advocaten en notarissen verplicht worden om potentieel fiscaal agressieve belastingstructuren te melden bij de Belastingdienst.
- 3.7 De toets omvat niet alleen fiscale aspecten. Ook moet worden bekeken of de wettelijke of contractuele rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsaandeelhouders worden aangetast. Onduidelijk is waar op moet worden getoetst. Ook uit de preambule blijkt niet wanneer sprake is van een ‘kunstmatige constructie’ en wat bijv. moet worden verstaan onder ‘onterechte belastingvoordelen’. De GCV vraagt zich daarom af hoe de ‘bevoegde instantie’ dit kan toetsen. En aan welke instantie moet worden gedacht? Zoals onder 2.3 al opgemerkt, lijkt hier, vertaald naar de Nederlandse context bij uitstek een rol weggelegd voor de notaris als bewaker en regisseur van juridische fusie- en splitsingsprocedures. Het beoordelen van de fiscale voorwaarde vergt enige belastingtechnische kennis waarover de notaris, gezien zijn opleiding geacht kan worden te beschikken. Zijn oordeel wordt (in beginsel) gebaseerd op gegevens zoals aangeleverd door de onafhankelijke deskundige.

Artikel 86 quinquies

- 3.8 De GCV kan zich vinden in de mogelijkheid dat het Voorstel ruimte laat om het omzettingsvoorstel ook in een andere taal dan die van de betrokken lidstaten op te stellen indien het om een in de internationale zakelijke en financiële wereld gangbare taal gaat. De GCV zou zich kunnen voorstellen dat hier nog een stap verder wordt gegaan en dat de richtlijn het ook toestaat dat het voorstel *alleen* in die gangbare andere taal wordt opgesteld. Dat zou dan tot kostenbesparing leiden ten opzichte van de huidige regeling in het Voorstel.

Artikel 86 sexies

- 3.9 Dit artikel schrijft een verslag voor aandeelhouders voor over de wettelijke en economische aspecten van de omzetting. De GCV vindt het praktisch dat in lid 4 de mogelijkheid wordt geboden om het verslag achterwege te laten indien alle aandeelhouders daarmee hebben ingestemd.

Artikel 86 septies

- 3.10 In lijn met artikel 86 sexies schrijft deze bepaling een verslag voor werknemers voor waarin de gevolgen voor de omzetting voor de werknemers worden toegelicht. In lid 5 is een uitzondering op deze verplichting opgenomen voor de situatie waarin de vennootschap geen werknemers

(anders dan de statutair bestuurders) heeft. Dit kan, zo blijkt uit de voorgestelde tekst, evenwel alleen als dochterondernemingen van de vennootschap ook geen werknemers hebben.

- 3.11 De GCV meent dat wanneer een dochtermaatschappij van de om te zetten vennootschap wel werknemers heeft (en de om te zetten vennootschap niet), het niet vanzelfsprekend is dat een verslag ten behoeve van de werknemers moet worden opgesteld.

Artikel 86 octies

- 3.12 De GCV begrijpt het hierin voorgestelde systeem waarin de bevoegde instantie een onafhankelijk deskundige aanwijst, aldus dat de rol van deze deskundige inhoudt het verzamelen en aanleveren van de feitelijke informatie die is opgesomd in lid 3(b), maar ook van *alle* overige feitelijke gegevens die de bevoegde instantie nodig heeft voor de uitvoering van de fiscale toets. De deskundige kan derhalve niet volstaan met overhandigen van de opgesomde minimumgegevens.
- 3.13 In het verlengde van onze opmerking over de onduidelijkheid rondom de fiscale toets (zie hierboven onderdelen 2.3 en 3.7), rijst hier de vraag wanneer de deskundige zijn taak heeft vervuld, met andere woorden welke informatie (naast die expliciet wordt genoemd in lid 3(b)) nu eigenlijk precies relevant is.
- 3.14 In lid 6 is een vrijstelling opgenomen voor kleine en micro-ondernemingen. De GCV begrijpt dit zo, dat indien zij een grensoverschrijdende omzetting aangaan er geen deskundige hoeft te worden aangewezen. Maar dat laat onverlet de fiscale toets door de bevoegde instantie, die dan dus zelf de relevante informatie moet zien te vergaren op grond waarvan hij zijn oordeel kan baseren.
- 3.15 Wat de timing betreft, signaleert de GCV dat in lid 1 de vennootschap het verzoek tot aanwijzing van een deskundige ‘uiterlijk 2 maanden’ voor de algemene vergadering moet doen. Bij het verzoek, althans de aanwijzing, moet het verslag voor de aandeelhouders en het verslag voor de werknemers worden gevoegd. Hoewel bedoeld zal zijn dat het verzoek slechts kan worden gedaan nadat de beide verslagen ook aan de betrokken aandeelhouders en werknemers ter beschikking zijn gesteld, noopt de tekst niet per se tot deze volgordelijkheid. Dat zou echter wel wenselijk zijn, mede gelet op de in lid 4 neergelegde bevoegdheid van de deskundige om zelf contact op te nemen met werknemers, aandeelhouders en schuldeisers. Het kan niet de bedoeling zijn dat werknemers en aandeelhouders zelf nog niet op de hoogte zijn van de (details van de) omzetting, maar in voorkomend geval al wel worden benaderd door de deskundige. In dit verband vraagt GCV ook aandacht voor de zelfstandige bevoegdheid van de deskundige om schuldeisers te benaderen: deze hoeven op dat moment nog niet op de hoogte te zijn van de voorgenomen omzetting; openbaarmaking vindt immers uiterlijk plaats 1 maand voor de algemene vergadering waarin het besluit tot omzetting voorligt. Dit kan mogelijk tot ongerijmde situaties leiden.
- 3.16 De verwijzing in lid 1 eerste alinea, laatste regel, naar lid 6 moet volgens de GCV een verwijzing naar lid 3 zijn.

Artikel 86 nonies

- 3.17 De GCV is van mening dat Nederland gebruik zou moeten maken van de in lid 2 geboden lidstaatoptie om de publicatie van de omzettingsdocumentatie te laten plaatsvinden op de website van de vennootschap. De bespaart de kosten van een advertentie in een landelijk verspreid dagblad, waar lid 1 aan refereert en zoals nu nog voorgeschreven bij nationale fusies en splitsingen.

- 3.18 Van de lidstaatoptie genoemd in lid 5, die er – vertaald naar de Nederlandse situatie – op neer zou komen dat de omzetting tevens wordt aangekondigd in de Staatscourant, moet Nederland volgens de GCV geen gebruik maken. De meerwaarde van een dergelijke publicatie voor schuldeisers is volgens de GCV gering, nu een publicatie op de website eerder te achterhalen is dan een advertentie in de digitale Staatscourant die slechts gedurende beperkte tijd van één maand vindbaar is. Dat laatste heeft te maken met het zogenaamde cluster waarin deze advertenties binnen het elektronische systeem van de Staatscourant kennelijk worden geplaatst; de advertenties staan in hetzelfde cluster als privacy gevoelige advertenties inzake bijvoorbeeld schuldsanering en bewindvoering natuurlijke personen. De GCV meent dat aankondigingen van grensoverschrijdende omzetting (en fusie en splitsing) in een afzonderlijk cluster zouden moeten worden ondergebracht, althans via een archief-zoekfunctie in de Staatscourant toegankelijk moeten zijn. Een centraal systeem waarin alle wettelijk voorgeschreven aankondigingen van ondernemingen elektronisch toegankelijk zouden zijn, bijvoorbeeld via de Kamer van Koophandel, ziet de GCV overigens als de beste vervanging van het huidige stelsel van aankondigingen in een landelijk verspreid dagblad, de website van de vennootschap of Staatscourant. De GCV ziet echter ook in dat dit een afzonderlijke (en grote) operatie vergt.

Artikel 86 decies

- 3.19 Deze bepaling voorziet in de algemene vergadering waarop tot de grensoverschrijdende omzetting wordt besloten. In het systeem van het Voorstel fungeert de dag waarop deze vergadering wordt gehouden als een ijkpunt in tijd, omdat op veel plaatsen in het Voorstel wordt teruggerekend van deze dag.
- 3.20 In lid 1 wordt gerept over ‘goedkeuring van het voorstel voor de grensoverschrijdende omzetting’. Vertaald naar de Nederlandse context is het de algemene vergadering die *besluit tot de grensoverschrijdende omzetting*, op basis van het voorstel tot omzetting.
- 3.21 Ingevolge de laatste zin van lid 1 moet de vennootschap het besluit van de algemene vergadering meedelen aan de bevoegde instantie. De GCV begrijpt deze bepaling aldus dat ook indien de algemene vergadering geen goedkeuring verleent (niet tot de omzetting besluit), deze uitkomst aan de bevoegde instantie moet worden medegedeeld. In verband met de planning van de bevoegde instantie van haar activiteiten, komt de GCV dit nuttig voor.
- 3.22 Het voorgestelde lid 3 opent de mogelijkheid om wijzigingen aan te brengen in het omzettingsvoorstel. Dat is een praktische regeling. Deze bevoegdheid van de algemene vergadering is echter vergaand, nu niet ondenkbaar is dat dergelijke wijzigingen ook de positie van werknemers en/of schuldeisers raken.
- 3.23 De formulering van het voorgestelde lid 4 lijkt niet helemaal goed te zijn. De GCV leest deze bepaling zo dat de algemene vergadering naast het omzettingsbesluit, een besluit tot statutenwijziging neemt; althans als dat noodzakelijk is. Een outbound-omzetting vanuit Nederland zal steeds een dergelijk besluit vergen, omdat de vennootschap bij gebreke van wijziging van de statutaire zetel een Nederlandse vennootschap zal blijven.

Artikel 86 undecies

- 3.24 Deze bepaling bevat een uittreedrecht voor (i) aandeelhouders die niet hebben ingestemd met het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting en (ii) voor de houders van stemrechtloze aandelen.
- 3.25 Het komt de GCV logisch voor dat een dergelijke uittreedregeling in het Nederlandse recht zoveel mogelijk de bestaande uittreedregeling bij de Nederlandse grensoverschrijdende fusie-regeling (art. 2:333h BW) volgt. Het is echter de vraag in hoeverre het Voorstel daar mogelijkheden toe biedt. Zo lijkt deze bijvoorbeeld niet te voorzien in het laten vervallen van

aandelen (vgl. art. 2:333h lid 3 BW), maar uit te gaan van inkoop van de aandelen door de vennootschap (met alle beperkingen die de wet daaraan stelt van dien); zie het voorgestelde lid 2.

Artikel 86 duodecies

- 3.26 Deze bepaling geeft in lid 1 een lidstaattoptie die inhoudt dat het bestuur een verklaring afgeeft waarin zij verklaart niet op de hoogte te zijn van enige redenen waarom de vennootschap wanneer de omzetting van kracht wordt, niet in staat zou zijn te voldoen aan haar opeisbare verplichtingen. De GCV ziet de meerwaarde van een dergelijke liquiditeitsverklaring niet in, nu de omzetting als zodanig de vermogenspositie van de vennootschap ongewijzigd laat. Een dergelijke verklaring past bovendien minder goed in het Nederlandse ondernemingsrecht, waar bij de flexibilisering van het BV-recht per 1 oktober 2012 juist is afgezien van de introductie van een dergelijke bestuursverklaring inzake liquiditeit bij uitkeringen aan aandeelhouders.⁶
- 3.27 De GCV leest de leden 2, 3 en 4 als verplichte bepalingen, waarmee zij overigens graag instemt.

Artikel 86 terdecies

- 3.28 De in het Voorstel voorgestelde regeling inzake de positie van werknemers staat in groot contrast met de in het Nederlandse voorontwerp grensoverschrijdende omzetting voorgestelde regeling. Zulks laat onverlet dat het Voorstel aansluit bij de bestaande regeling voor grensoverschrijdende fusie. De GCV ziet in dat een omzetting ingrijpend kan zijn voor de werknemers en dat de vennootschappelijke medezeggenschap op dezelfde wijze wordt geregeld als bij andere grensoverschrijdende herstructureringen. Daarom kan zij zich, kennelijk anders dan het kabinet⁷, vinden in de regeling van het Voorstel.

Artikel 86 quaterdecies

- 3.29 Deze bepaling regelt het pre-omzettingsattest. Daaruit moet blijken dat aan alle voorwaarden is voldaan en dat alle procedures en formaliteiten in de lidstaat van vertrek correct zijn vervuld. Dit attest wordt afgegeven door, naar de GCV aanneemt, de bevoegde instantie. Nu bij de afgifte van dit attest ook de fiscale toets een rol speelt, is het de GVC niet duidelijk aan welke instantie moet worden gedacht. Er zijn drie mogelijkheden voor de bevoegde instantie: afgifte, weigering tot afgifte (na geboden mogelijkheid aan de vennootschap om alsnog aan de noodzakelijke voorwaarden te voldoen) of uitvoeren van een diepgaande beoordeling omdat zij 'ernstig bezorgd' is dat er mogelijk sprake is van (kort gezegd) een kunstmatige fiscale constructie.
- 3.30 Zoals hiervoor al meermalen aangegeven, is de fiscale toets onduidelijk waardoor het ook voor de bevoegde instantie uiterst moeizaam kan zijn om te achterhalen of zij ernstig bezorgd moet zijn over een voorgestelde grensoverschrijdende omzetting.

Artikel 86 quindecies

- 3.31 De diepgaande beoordeling is verder uitgewerkt in deze bepaling. Een dergelijk onderzoek zal de bevoegde instantie zelf moeten verrichten, waarbij het gaat om een totaalbeoordeling van allerlei aspecten van de omzetting. Uit lid 2 laatste zin blijkt dat een definitief besluit door de bevoegde instantie moet worden genomen binnen 2 maanden na de aanvang van de diepgaande beoordeling. Uit het Voorstel wordt echter niet duidelijk wanneer de diepgaande beoordeling een aanvang moet nemen. Het ligt voor de hand dat dit meteen geschiedt na de 1 maandstermijn van artikel 86 quaterdecies lid 7, maar dat staat nergens met zoveel woorden.

⁶ Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 72.

⁷ Kamerstukken II 2017/18, 22112, nr. 2590, p. 8.

Artikel 86 sexdecies

- 3.32 Het pre-omzettingsattest moet volgens deze bepaling rechterlijk kunnen worden getoetst indien de bevoegde instantie geen rechterlijke instantie is. Een dergelijke systematiek kent de richtlijn inzake grensoverschrijdende fusie niet.
- 3.33 Het is de GCV niet duidelijk wie de ‘partijen’ zijn waaraan lid 1 refereert en die beroep kunnen instellen. Is dat alleen de vennootschap? Of gaat het hier ook om de aandeelhouders, werknemers en schuldeisers?
- 3.34 De GCV leest lid 2 zo, dat het attest moet worden afgegeven aan de bevoegde autoriteiten in de lidstaat van ontvangst.

Artikel 86 septdecies

- 3.35 Deze bepaling betreft in wezen het inbound-attest. Gelet op de aard van de werkzaamheden ziet de GCV in de Nederlandse context hier een rol weggelegd voor de notaris.
- 3.36 Lid 4 bepaalt dat de betrokken instantie een besluit tot goedkeuring van de grensoverschrijdende omzetting afgeeft wanneer zij de voorwaarden heeft beoordeeld. De toelichting (onderdeel 23) op het Voorstel geeft als voorbeeld dat de omgezette vennootschap voldoet aan de oprichtingsvoorwaarden in de lidstaat van bestemming, hetgeen in een lidstaat die uitgaat van de werkelijke zetelleer (onder meer) betekent dat de vennootschap zijn werkelijke zetel op zijn grondgebied heeft. Dit zou betekenen dat op het moment van afgifte van het inbound-attest een om te zetten vennootschap reeds verhuisd moet zijn naar de lidstaat van bestemming, terwijl de omzetting nog niet effectief is. Dit lijkt de GCV een ongewenste situatie, aangezien de verhuizing reeds fiscale consequenties kan hebben (terwijl de omzetting nog niet effectief is). In lid 4 laatste zin blijkt overigens niet binnen welke uiterste termijn de bevoegde instantie een besluit tot goedkeuring van de omzetting moet nemen.

Artikel 86 octodecies

- 3.37 Geen opmerkingen.

Artikel 86 novodecies

- 3.38 De GCV begrijpt deze bepaling aldus dat de inschrijving in het register bepalend is voor de datum van de effectuering van de omzetting. Voor een inbound-omzetting naar Nederland zal de inschrijving in het Handelsregister dus beslissend zijn.

Artikel 86 vicies

- 3.39 De terminologie die in deze bepaling wordt gebruikt lijkt soms niet helemaal aan te sluiten op de figuur van de omzetting waarbij het bestaan van de om te zetten vennootschap (juist) niet eindigt. Zie in lid 1 onder (a) ‘gaan over op’ en onder (c) ‘op de uit de grensoverschrijdende omzetting voortkomende vennootschap’.

Artikel 86 unvicies

- 3.40 Dit artikel ziet op de aansprakelijkheid van de deskundige. De GCV vraagt zich af hoe het zit met de aansprakelijkheid van de bevoegde instantie. Wat als achteraf blijkt dat de omzetting toch een kunstmatige constructie was en dus ten onrechte is goedgekeurd door de instantie? Kan in dat geval een door de Belastingdienst ingediende claim worden verhaald op de bevoegde instantie omdat deze een verkeerde beoordeling heeft gemaakt?

Artikel 86 duovices

- 3.41 Anders dan bij grensoverschrijdende fusie lijkt het Voorstel de mogelijkheid tot vernietiging van de omzetting open te houden. De GCV vraagt zich af wat daar de achtergrond van is.

Overige opmerkingen

- 3.42 De GCV mist in het Voorstel een regeling voor het op de jaarrekening van een om te zetten vennootschap toepasselijke regime, zoals wél is voorgesteld voor grensoverschrijdende fusie (art. 126 bis) en splitsing (art. 160 septies). De GCV kan zich voorstellen dat een grensoverschrijdende omzetting ook aandacht vergt vanuit het oogpunt van de zogenaamde 403-verklaring. Als de om te zetten vennootschap een Nederlandse BV is waarvoor een verklaring zoals bedoeld in art. 2:403 BW is afgegeven, rijst bijvoorbeeld de vraag of en hoe de overblijvende aansprakelijkheid na omzetting van de BV in bijvoorbeeld een Duitse GmbH kan worden beëindigd (Duitsland, en de meeste andere lidstaten, kennen geen 403-regime).

4. Grensoverschrijdende splitsing; artikelsgewijze opmerkingen

- 4.1 De voorgestelde regeling voor grensoverschrijdende splitsing komt procedureel grotendeels overeen met die voor de grensoverschrijdende omzetting. De GCV benadrukt dat haar opmerkingen in paragraaf 3 *mutatis mutandis* betrekking hebben op de voorgestelde regeling van grensoverschrijdende splitsing; zij zal deze hier niet herhalen.

Artikel 160 ter

- 4.2 Het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling is beperkt tot grensoverschrijdende zuivere splitsingen of afsplitsingen waarbij de verkrijgende vennootschap een nieuw opgerichte vennootschap is. Dit blijkt uit onderdeel (3) van art. 160 ter. Splitsing naar bestaande vennootschappen is niet toegestaan omdat het dan om ‘zeer complexe zaken gaat waarbij instanties van verschillende lidstaten betrokken zijn en bijkomende risico’s voor fraude en omzeiling van deze regels kunnen opduiken’, aldus valt te lezen in de preambule, onderdeel 38. De GCV ziet niet in waarom deze aspecten in de ogen van de Europese Commissie vooral (of juist) spelen bij een grensoverschrijdende splitsing met een bestaande vennootschap als verkrijgende vennootschap, en niet bij een splitsing naar een nieuwe vennootschap. De GCV is voorstander van een in dit opzicht ruim toepassingsbereik om het bedrijfsleven zoveel mogelijk faciliteiten te bieden die ook onder het nationale recht bestaan.

Artikel 160 quinquies

- 4.3 Het opschrift van deze bepaling vermeldt het woord ‘fusies’ waar ‘splitsingen’ bedoeld zal zijn.
- 4.4 De GCV signaleert een tekstueel verschil in de kunstmatigheids-toets zoals neergelegd in art. 160 quinquies lid 3 (‘onnodig te schaden’) en die in art. 86 quater lid 3 (‘aan te tasten’).

Artikel 160 terdecies

- 4.5 Deze bepaling bevat een uittreedrecht voor tegenstemmende (of niet-stemmende) aandeelhouders en voor houders van stemrechtloze aandelen. De GCV kan de gedachte achter een dergelijk uittreedrecht volgen waar het een zuivere splitsing betreft, maar minder goed als het om een afsplitsing gaat. De splitsende vennootschap houdt in dat laatste geval immers niet op te bestaan, de bestaande aandeelhouders krijgen (naast hun aandelen in de splitsende vennootschap) aandelen in de verkrijgende vennootschap erbij. Het gaat ver om deze aandeelhouders in dat geval een volledige exit mogelijkheid te bieden.
- 4.6 De GCV plaatst vraagtekens bij de in lid 7 geboden mogelijkheid dat aandeelhouders die zich niet tegen de splitsing hebben verzet, een procedure bij de rechtbank over de ruilverhouding kunnen entameren. De onafhankelijk deskundige moet namelijk ook reeds beoordelen of de ruilverhouding ‘billijk en redelijk’ is; zie art. 160 decies lid 3 sub (e). Dat daarnaast nog een

gerechtelijke procedure in het leven wordt geroepen, is volgens de GCV onevenredig zwaar en tijdrovend.

5. Grensoverschrijdende fusie; artikelsgewijze opmerkingen

- 5.1 De voorgestelde wijzigingen in de regeling van grensoverschrijdende fusie komen procedureel gedeeltelijke overeen met die voor de grensoverschrijdende omzetting. De GCV benadrukt dat haar opmerkingen in paragraaf 3 *mutatis mutandis* betrekking hebben op de voorgestelde regeling van grensoverschrijdende fusie; zij zal deze hier in beginsel niet herhalen.

Artikel 126 bis

- 5.2 Deze bepaling introduceert een uittreedrecht voor tegenstemmende (of niet-stemmende) aandeelhouders en voor houders van stemrechtloze aandelen. Nederland kent een dergelijke regeling in art. 2333h BW. De voorgestelde regeling gaat echter uit van een andere techniek, namelijk vervreemding van de aandelen aan (o.a.) de vennootschap hetgeen neerkomt op een inkoop van eigen aandelen door de vennootschap. In de huidige Nederlandse regeling 'vervallen' de aandelen. GCV kan zich voorstellen dat Nederland deze optie wenst te behouden onder de regeling van de richtlijn; het voorkomt problemen die toepasselijkheid van bepalingen over inkoop met zich brengen (zie ook lid 3 slot alinea van het voorstel).
- 5.3 De GCV constateert dat in deze bepaling de onafhankelijke deskundige nagaat of de voor de aandelen te betalen vergoeding 'adequaat' is (lid 5). De vraag rijst bij de GCV waarom de voorgestelde regeling op dit punt afwijkt van de in art. 86 undecies en art. 160 terdecies voorgestelde regeling van het uittreedrecht bij grensoverschrijdende omzetting en splitsing, waarin de deskundige geen rol heeft. Wat daar ook van zij, de huidige Nederlandse regeling van art. 2:333h BW lijkt niet zonder meer te kunnen worden gehandhaafd onder het voorstel, omdat (i) in die bestaande regeling onder omstandigheden (overeenkomst of statutaire bepaling) geen deskundige nodig is voor de prijsbepaling en (ii) er geen rechterlijke toets is van de vastgestelde prijs. Dit laatste schrijft de richtlijn wél voor in lid 7.

Artikel 126 ter

- 5.4 Deze bepaling voorziet in een continuïteitsverklaring, waarover ook hiervoor onderdeel 3.25. Ook in dit geval zou Nederland een dergelijke verklaring niet moeten voorschrijven.

Artikel 132

- 5.5 Het voorgestelde onderdeel (a) voorziet in de zogenaamde zusterfusie als vereenvoudigde grensoverschrijdende fusie. Deze handreiking aan de praktijk ondersteunt de GCV graag. Tegelijkertijd vraagt zij zich af waarom niet ook de driehoeksfusie in grensoverschrijdende context in deze richtlijn wordt geregeld.

Den Haag, 29 juni 2018

bijlage: samenstelling van de GCV

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht:

Prof. mr. M. (Martin) van Olfen, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam, voorzitter,

Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam,

Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam,

Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam,

Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen,

Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam,

Mr. F.J. (Frank) Oranje, notaris Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag,

Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam,

Mr. dr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, prof. support lawyer Allen & Overy, Amsterdam,

Mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Jones Day, Amsterdam,

Mr. drs. D.A.M.H.W. (Daniella) Strik, advocaat Linklaters, Amsterdam,

Mr. A.H.G. (Arnaud) Wilod Versprille, notaris Olenz, Veenendaal.

Secretariaat:

Mr. C. (Corrie) Heck-Vink,
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
Postbus 16020
2500 BA 's-Gravenhage
Tel. 070-3307158
e-mail: c.heck@knb.nl