

Azië-Pacific
Bangkok
Beijing
Brisbane
Hanoi
Ho Chi Minhstad
Hong Kong
Jakarta
Kuala Lumpur*
Manila*
Melbourne
Seoul
Shanghai
Singapore
Sydney
Taipei
Tokyo
Yangon

Europa, Midden-
Oosten & Afrika
Abu Dhabi
Almati
Amsterdam
Antwerpen
Bahrein
Bakoe
Barcelona
Berlijn
Boedapest
Brussel
Cairo
Casablanca
Djedda*
Doha
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt
Genève
Istanbul
Johannesburg
Kiev
Londen
Luxemburg
Madrid
Milaan
Moskou
München
Parijs
Praag
Riyad*
Rome
Sint Petersburg
Stockholm
Warschau
Wenen
Zurich

Amerika
Bogota
Brazilië**
Buenos Aires
Caracas
Chicago
Dallas
Guadalajara
Houston
Járez
Lima
Los Angeles
Mexico Stad
Miami
Monterrey
New York
Palo Alto
Porto Alegre**
Rio de Janeiro**
San Francisco
Santiago
São Paulo**
Tijuana
Toronto
Valencia
Washington, DC

* Gelieerde Kantoren
** In samenwerking met
Trench, Rossi e Watanabe
Advogados

29 juni 2018

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
Ministerie van Financiën
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Consultatie Voorstel voor een Richtlijn met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen

L.S.,

Onder dankzegging voor de daartoe geboden mogelijkheid doen wij u hierbij onze reactie toekomen op het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (het '**Richtlijnvoorstel**').

1. Inleiding

Het Richtlijnvoorstel heeft als centrale doelstelling om te voorzien in een duidelijk rechtskader voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen. Dit geharmoniseerde rechtskader dient bij te dragen aan het opheffen van beperkingen op de vrijheid van vestiging en tegelijkertijd voorzien in een passende bescherming van werknemers, schuldeisers en deelnemers in de vennootschap. In relatie hiermee worden ook enkele wijzigingen voorgesteld aan de huidige, in Richtlijn (EU) 2017/1132 vastgelegde richtlijnvoorschriften betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

In het hierna volgende worden bij het Richtlijnvoorstel enkele kanttekeningen geplaatst die bij de verdere uitwerking ter nadere overweging worden aangeboden.

2. Algemene opmerkingen

Baker McKenzie ziet in haar internationale adviespraktijk een groeiende behoefte aan grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen. In de praktijk worden de grensoverschrijdende omzetting en splitsing bij gebreke aan daarop toegespitste wetgeving uitgevoerd op basis van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie EU. Het ontbreken van een geharmoniseerd rechtskader kan echter in de praktijk leiden tot complicaties.

Het tot stand brengen van een geharmoniseerd rechtskader voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen is daarom toe te juichen. De regeling betreffende grensoverschrijdende fusies is het effectieve genot van de vrijheid van vestiging van kapitaalvennootschap zeer ten goede gekomen. Hetzelfde kan worden verwacht van een vergelijkbare regeling voor de grensoverschrijdende omzetting en splitsing.

Bij het Richtlijnvoorstel is evenwel een aantal algemene kanttekeningen te plaatsen.

2.1 De gevolgen van het Richtlijnvoorstel voor andere vennootschapstypen dan kapitaalvennootschappen

Het toepassingsbereik van het Richtlijnvoorstel is beperkt tot kapitaalvennootschappen. Het toepassingsbereik van de vrijheid van vestiging is evenwel niet beperkt tot kapitaalvennootschappen, maar omvat alle vennootschapstypen die voldoen aan de omschrijving van artikel 54 VWEU.

Het zou ambitieus zijn om in het Richtlijnvoorstel een rechtskader te ontwerpen dat ook voor deze andere vennootschapstypen het effectieve genot van de vrijheid van vestiging vergroot. Het ware te betreuren indien het Richtlijnvoorstel door lidstaten en autoriteiten van lidstaten zou kunnen worden uitgelegd als een grond voor verdere restricties op de vrijheid van vestiging van deze andere vennootschapstypen.

In deze context wijzen wij met name op het bepaalde in *Artikel 86 quaterdecies / 160sexdecies lid 7 (b)*. Hierin is bepaald dat indien de bevoegde instantie vaststelt dat een grensoverschrijdende omzetting niet binnen het toepassingsgebied van de nationale bepalingen tot omzetting van deze richtlijn valt, de bevoegde instantie het aan de omzetting voorafgaande attest niet afgeeft. Deze bepaling zou aldus kunnen worden uitgelegd dat de bevoegde instanties geen medewerking mogen verlenen aan een beoogde grensoverschrijdende omzetting van de hier bedoelde andere vennootschapstypen. Hierdoor zouden vennootschapstypen die bijvoorbeeld opereren volgens de principes van de sociale economie meer gehinderd worden in het effectieve genot van de vrijheid van vestiging dan in de huidige situatie, waarin een geharmoniseerd rechtskader ontbreekt.

Het verdient aanbeveling de bewoordingen van *Artikel 86 quaterdecies / 160sexdecies lid 7 (b)* in dit licht te heroverwegen.

2.2 Grensoverschrijdende herstructurerings en de positie van houders van beperkte rechten op aandelen

Een van de doelstellingen van het Richtlijnvoorstel is het voorzien in een adequaat rechtskader ter bescherming van de rechten van schuldeisers van de vennootschap. Wij vragen hier aandacht voor de positie van houders van beperkte rechten op aandelen in het kapitaal van de vennootschappen. Hierbij is te denken aan een pandrecht of een recht van vruchtgebruik of daarmee vergelijkbare rechten. Indien een vennootschap wordt omgezet in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat, verandert de voor haar geldende *lex societatis*. Dit heeft ook gevolgen voor beperkte rechten die zijn gevestigd op aandelen in haar kapitaal. Het is bepaald onzeker of bijvoorbeeld een pandrecht dat rechtsgeldig is gevestigd vóór de grensoverschrijdende omzetting, ná de wijziging van de *lex societatis* op die aandelen gevestigd kan blijven.

Bij een grensoverschrijdende fusie en splitsing speelt een soortgelijke problematiek. In het bijzonder bij de splitsing is op te merken dat zich de casus kan voordoen waarbij de aandelen in de splitsende vennootschap niet vervallen, terwijl wel nieuwe aandelen in één of meer – vanuit het perspectief van de splitsende vennootschap bezien – vreemdrechtelijke vennootschappen worden toegekend. In de praktijk kan dit bij de uitvoering van een grensoverschrijdende herstructurering tot complicaties leiden.

Hoewel de houders van beperkte rechten op aandelen zelf geen deelnemer zijn in de vennootschap, verdient het aanbeveling hen als belanghebbende bij een grensoverschrijdende omzetting, fusie of splitsing te beschouwen. Het ware daarom te overwegen om in het Richtlijnvoorstel ook te voorzien in waarborgen ten behoeve van de houders van beperkte rechten op aandelen.

2.3 Onderzoek door onafhankelijke deskundige

Het Richtlijnvoorstel beoogt door het tot stand brengen van een geharmoniseerd rechtskader voor grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen de mobiliteit van ondernemingen te vergroten en het effectieve genot van de vrijheid van vestiging te vergroten. Tevens wordt passende bescherming van werknemers, schuldeisers en deelnemers in de vennootschap beoogd.

In relatie tot bescherming van belangen van werknemers, schuldeisers en deelnemers wordt een regeling voorgesteld betreffende een onderzoek naar de relevante documentatie door een onafhankelijke deskundige, bij grensoverschrijdende omzettingen (*Artikel 86 octies*), en grensoverschrijdende splitsingen (*Artikel 160 decies*). De onafhankelijke deskundige dient te worden aangewezen door de daartoe bij de implementatiewetgeving aan te wijzen instantie. Deze regeling geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. De vennootschap die een grensoverschrijdende omzetting of splitsing wil realiseren, zal een verzoek tot de daartoe aangewezen instantie moeten richten om tot het aanwijzen van de onafhankelijke deskundige over te gaan. De bevoegdheid tot het aanwijzen van de onafhankelijke deskundige zal vermoedelijk bij een rechterlijke instantie worden belegd. Het verzoek zal door middel van een verzoekschriftprocedure moeten worden ingeleid. Vervolgens zal moeten worden

gewacht op de uitspraak. Deze procedure is omslachtig, kostenverhogend en zal vertraging in de hand werken.

De noodzaak van rechterlijke tussenkomst is bovendien onnodig om onafhankelijkheid te borgen, indien de professionele kwalificaties van de aangewezen deskundige onafhankelijkheid meebrengen, zoals reeds thans voor het onderzoek van fusiedocumentatie het geval is.

2. De onderzoeksopdracht gericht tot de onafhankelijke deskundige is omvangrijk, gedetailleerd en bestrijkt verschillende disciplines. Het schriftelijk verslag moet ten minste het volgende bevatten:
 - (a) een gedetailleerde beoordeling van de nauwkeurigheid van de verslagen en de informatie die zijn ingediend door de vennootschap die de grensoverschrijdende omzetting aangaat;
 - (b) een beschrijving van alle feitelijke gegevens die de bevoegde instantie nodig heeft voor een diepgaande beoordeling van de vraag of de voorgenomen grensoverschrijdende omzetting een kunstmatige constructie vormt, met vermelding van ten minste de kenmerken van de vestiging in de lidstaat van bestemming, waaronder de intentie, de sector, 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 gebruikelijke werkplek van de werknemers en van specifieke werknemersgroepen, de plaats waar de sociale bijdragen verschuldigd zijn en de commerciële risico's die de omgezette vennootschap loopt in de lidstaat van bestemming en de lidstaat van vertrek.

Een onderzoek en verslag dat aan deze vereisten moet voldoen vergt deskundigheid op financieel, sociaal-juridisch, fiscaal en sector-specifiek commercieel gebied (in een andere lidstaat). Het onderzoek zal vanwege de diversiteit aan onderwerpen verdragend werken. Er zullen bovendien naar verwachting significante kosten aan zijn verbonden. De prominente regeling omtrent de aansprakelijkheid van de onafhankelijke deskundige en het feit dat er niet veel partijen in de markt zijn die alle genoemde disciplines beheersen, zal dit effect versterken.

Deze maatregel zal naar verwachting een remmende werking hebben op het gebruik van het beoogde rechtskader, dat toch in de eerste plaats faciliterend is bedoeld. Het is ook de vraag of deze maatregel werkelijk noodzakelijk is. In dit verband kan erop worden gewezen dat het Richtlijnvoorstel er reeds in voorziet dat deelnemers, crediteuren en werknemers worden uitgenodigd om opmerkingen in te dienen bij de instantie die bevoegd is tot afgifte van het pre-omzettingsattest, respectievelijk pre-splitsingsattest.¹ De belangen van crediteuren, deelnemers en werknemers worden reeds beschermd door andere regelingen die onderdeel uitmaken van het Richtlijnvoorstel. In verband met het risico op onterechte belastingvoordelen, mag erop worden gewezen dat de lidstaten in hun nationale wetgeving maatregelen kunnen treffen ten ontoelaatbare belastingontwijking te

¹ Artikel 86 nonies (grensoverschrijdende omzetting), Artikel 160 undecies (grensoverschrijdende splitsingen).

voorkomen en bestrijden. Tot slot is de instantie die bevoegd is tot afgifte van het attest in voorkomende gevallen bevoegd nogmaals eenzelfde diepgaand onderzoek uit te (laten) voeren.

De onderhavige bepalingen hebben een anti-misbruik karakter. Het voorkomen en bestrijden van misbruik rechtvaardigen restricties op de vrijheid van vestiging en vrijheid van ondernemerschap. De beperkingen dienen evenwel proportioneel te zijn. Bij de proportionaliteit van de voorgestelde regeling omtrent het diepgaande onderzoek van de onafhankelijke deskundige kunnen vraagtekens worden geplaatst. Het onderzoek zal ontmoedigend kunnen werken, het Richtlijnvoorstel kent reeds de nodige beschermende maatregelen ten behoeve van werknemers, deelnemers en schuldeisers die hetzelfde doel dienen, en de lidstaten kunnen reeds maatregelen treffen ter voorkoming en bestrijding van ontoelaatbare belastingontwijking. In dit verband mag wellicht ook worden gewezen op Richtlijn (EU) 2018/822 VAN DE RAAD van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

De regeling omtrent het diepgaande onderzoek door de onafhankelijke deskundige verdient daarom heroverweging.

Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat een dergelijk onderzoek en verslag niet verplicht wordt voorgeschreven voor de grensoverschrijdende fusie, terwijl de grensoverschrijdende juridische fusie een alternatief voor een grensoverschrijdende omzetting kan zijn of onderdeel van een herstructureringsoperatie die leidt tot eenzelfde resultaat als een grensoverschrijdende splitsing. Dit gegeven bevestigt de twijfel of de voorgestelde maatregel proportioneel is in relatie tot de grensoverschrijdende omzetting en splitsing.

Vergelijkbare zorgen spelen in relatie tot het diepgaande onderzoek door de bevoegde instantie als voorzien in *Artikel 86quindecies* en *Artikel 160unvicies*.

3. Artikelsgewijs commentaar

3.1 Grensoverschrijdende omzettingen van kapitaalvennootschappen

a. Artikel 86 bis – Toepassingsgebied

Zie het algemene commentaar onder 2.1, met dien verstande dat het tweede en het vierde lid geen aanleiding geven tot commentaar.

b. Artikel 86 quater – Voorwaarden betreffende grensoverschrijdende omzettingen

Het derde lid gebiedt een bevoegde instantie een omzetting niet toe te staan wanneer sprake is van een kunstmatige constructie die bedoeld is om onterechte belastingvoordelen te verkrijgen of contractuele rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsaandeelhouders aan te tasten. Voor de praktische uitvoerbaarheid hiervan en daarmee het voorkomen van onnodige belemmeringen van het effectieve genot van de vrijheid van vestiging is van belang dat heldere criteria worden gegeven aan de hand waarvan kan worden gesproken van een 'gekunstelde constructie'. Ook het begrip 'onterecht belastingvoordeel' heeft nadere toespitsing. De recente geschiedenis wijst uit dat voorheen gebruikelijke en fiscaal-juridisch toelaatbare constructies in het huidige maatschappelijk debat kritisch worden gezien. Het is niet op voorhand duidelijk naar welke maatstaf de bevoegde instantie zich in een voorkomend geval moet richten.

Ten aanzien van de toets of rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsaandeelhouders worden aangetast, rijst de vraag hoe deze toets zich verhoudt tot de overige in het Richtlijnvoorstel opgenomen maatregelen ter bescherming van werknemers, schuldeisers en minderheidsaandeelhouders. Wellicht kan meer duidelijkheid worden gecreëerd door dit te specificeren.

Het gebrek aan duidelijkheid in het Richtlijnvoorstel op deze punten kan er gemakkelijk toe leiden dat in de onderscheidenlijke lidstaten op dit punt verschillende voorschriften en praktijken zullen ontstaan. Hiermee is het streven naar een geharmoniseerd rechtskader niet gediend.

c. Artikel 86 ter - Definities

In lid 2 wordt in heldere bewoordingen tot uitdrukking gebracht dat de omzetting plaats vindt met strikte juridische continuïteit van de vennootschap. Met deze karakterisering van de omzetting stemmen wij in. Op andere plaatsen in het Richtlijnvoorstel echter, wekken de gekozen bewoordingen de indruk dat sprake is van de oprichting van een nieuwe vennootschap, waarop de vermogensbestanddelen en contracten van de zich omzettende vennootschap overgaan.

Men zie *Artikel 86 ter lid 6*, waarin de “omgezette vennootschap” wordt gedefinieerd als “de nieuw opgerichte vennootschap in de lidstaat van bestemming vanaf de datum waarop de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt.” In *Artikel 86 quinquies lid 1(b)* worden de veel duidelijkere bewoordingen “de uit de grensoverschrijdende omzetting voortkomende vennootschap” gebruikt. Het verdient aanbeveling deze laatste bewoordingen consequent door te voeren.

Men zie voorts *Artikel 86 vicies lid 1 (a-c)*, waarin steeds wordt gesproken over het overgaan van vermogensbestanddelen en het worden van deelnemer in de omgezette

vennootschap.² Bij een omzetting met juridische continuïteit van de vennootschap gaan er geen vermogensbestanddelen over. Ook deze bepaling zou moeten worden aangepast.

In *Artikel 86 quinquies lid 1(c)* wordt gesproken van de ‘oprichtingsakte of –akten’. Wij onderkennen dat deze begrippen het gevolg kunnen zijn van een (minder gelukkige) vertaling van het brondocument. Niettemin roept in relatie tot de omzetting de meervoudsvorm in deze bepaling vragen op, aangezien er slechts één vennootschap wordt omgezet en zal voortbestaan in een vennootschapsvorm naar het recht van de lidstaat van bestemming.

d. Artikel 86 quinquies lid 2 - Taal

Het Richtlijnvoorstel maakt het mogelijk om de stukken op te stellen in een taal die gebruikelijk is in het internationaal zakelijke en financiële verkeer. De lidstaten moeten overigens een conflictbepaling opnemen voor het geval van verschillen in de taalversies van de documenten. Dit voorschrift lijkt veel vrijheid te bieden, maar leidt ook tot rechtsonzekerheid; uiteindelijk beslist namelijk de instantie die is aangewezen om het pre-omzettingsattest af te geven of de gekozen taal aan deze criteria voldoet. Het verdient daarom de voorkeur om te streven naar een duidelijker richtsnoer.

Het Richtlijnvoorstel zou voorts een handreiking kunnen doen voor een geharmoniseerde conflictbepaling, bijvoorbeeld door te bepalen welke taalversie prevaleert in geval van discrepanties tussen de verschillende taalversies van het voorstel.

e. Artikel 86 septies - Verslag van het leidinggevend of bestuursorgaan aan de werknemers

Een aantal van de onderwerpen genoemd in lid 2 roept vragen op. Een grensoverschrijdende omzetting heeft tot gevolg dat de vennootschapsvorm wijzigt. De omzetting heeft op zich zelf genomen geen verplaatsing van de onderneming of ondernemingsactiviteiten tot gevolg, evenmin als een wijziging van de dienstverbanden of arbeidsomstandigheden.

Denkbaar is wel dat de omzetting verband houdt met het voornemen om ondernemingsactiviteiten te verplaatsen. Ook dit is overigens niet zonder meer het geval. In de praktijk zet een vennootschap zich grensoverschrijdende om in een vennootschapsvorm naar het recht van een lidstaat waarin zich reeds de

² 1. Een grensoverschrijdende omzetting die is aangegaan in overeenstemming met de nationale bepalingen tot omzetting van deze richtlijn, heeft de volgende gevolgen:

(a) alle activa en passiva van de vennootschap die de grensoverschrijdende omzetting aangaat, inclusief alle contracten, kredieten, rechten en verplichtingen, gaan over op en bestaan voort in de omgezette vennootschap;

(b) de deelnemers in de vennootschap die de omzetting is aangegaan, worden deelnemers in de omgezette vennootschap tenzij zij het in Artikel 86 undecies lid 2, bedoelde uitstaprecht uitoefenen;

(c) de rechten en verplichtingen van de vennootschap die de grensoverschrijdende omzetting aangaat, welke voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of dienstverbanden en bestaan op de datum waarop de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt, gaan door het feit dat de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt, over op de uit de grensoverschrijdende omzetting voortvloeiende vennootschap op de datum waarop de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt;

ondernemingsactiviteiten bevinden. Denkbaar is ook dat de grensoverschrijdende omzetting plaatsvindt vanwege bijvoorbeeld het aantrekkelijker vennootschapsrecht, zonder dat het voornemen bestaat om ook de ondernemingsactiviteiten te verplaatsen. In dit verband mag ook worden verwezen naar het Polbud-arrest van het Hof van Justitie van de EU.

Het verdient daarom overweging om hier andere bewoordingen te kiezen. Bij voorkeur door te spreken van de *voornemens* ten aanzien van de activiteiten van de vennootschap in relatie tot de omzetting en de mogelijke implicaties daarvan voor de dienstverbanden, arbeidsomstandigheden en vestigingsplaatsen van de vennootschap en eventueel dochtervennootschappen.

f. Artikel 86 undecies - Bescherming van deelnemers in de vennootschap

Deze bepaling schrijft voor dat de lidstaten dienen te voorzien in een uittrederecht voor aandeelhouders die niet met het voorstel hebben ingestemd. De bepaling geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen:

1. Het uittrederecht moet worden geëffectueerd door middel van een overdracht van aandelen. Dit is bewerkelijk en kostenverhogend omdat hieraan formaliteiten kunnen zijn verbonden. Voor de voltooiing is medewerking vereist van zowel de vervreemder als de verkrijger van de aandelen en soms ook van een notaris of andere instantie. Deze methodiek kan daarom gemakkelijk leiden tot aanzienlijke vertraging. Bovendien kunnen inkooprestricties aan een effectieve uittredemogelijkheid (en daarmee de omzetting) in de weg staan. Indien, zoals het voorstel lijkt toe te staan, de inkoop ook kan geschieden nadat de omzetting is voltooid, is daarnaast denkbaar dat andere inkooprestricties gelden dan vóór de omzetting het geval was.

Een alternatief is voor te schrijven (of de lidstaten toe te laten te bepalen) dat de aandelen van de aandeelhouder die heeft aangegeven van het uittrederecht gebruik te maken, met het van kracht worden van de omzetting komen te vervallen. De aandelen behoeven dan niet te worden overgedragen zodat de daaraan verbonden kosten en vertraging worden vermeden en de uittredemogelijkheid niet wordt beïnvloed door mogelijke inkooprestricties.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat eventuele minimumkapitaalseisen en voorschriften omtrent kapitaalvermindering van toepassing kunnen zijn. Mocht dit in een voorkomend geval een belemmering vormen voor het realiseren van de omzetting, dan is alsnog de oplossing beschikbaar in de vorm van de overname van de aandelen door andere aandeelhouders of derden, een en ander in voorkomende gevallen met inachtneming van eventuele overdrachtsrestricties, bijvoorbeeld goedkeuring van een orgaan van de vennootschap. Het heeft evenwel niet de voorkeur om deze laatste oplossing als uitgangspunt te nemen vanwege de praktische en juridische complicaties die daaraan zijn verbonden.

2. De bepaling laat toe dat de vergoeding wordt betaald nadat de omzetting heeft plaatsgevonden. Vanuit het oogpunt van bescherming van

minderheidsaandeelhouders en een efficiënte afwikkeling is dit niet de meest gunstige regeling. Overwogen kan worden dat als uitgangspunt wordt voorgeschreven dat:

- (a) de vergoeding opeisbaar wordt met het van kracht worden van de omzetting;
- (b) moet worden voldaan door de zich omzettende vennootschap; en
- (c) kan geschieden door het daarmee gemoeide bedrag te storten op een voor het ontvangen en aan derden uitbetalen bestemde afgezonderde rekening van een advocaat, notaris of andere dienstverlener.

De bepaling in het zesde lid kan dan komen te vervallen.

- 3. De bepaling schrijft niet voor dat de aandeelhouder die van dit recht gebruik wenst te maken, daarin al diens aandelen dient te betrekken. Onduidelijk is daarom of een aandeelhouder die tegen het voorstel heeft gestemd er voor zou kunnen kiezen het uittreedrecht slechts voor een deel van zijn aandelen uit te oefenen. Wellicht is verduidelijking mogelijk.
- 4. Onduidelijk is ook of een aandeelhouder die, nadat de stemming heeft plaatsgevonden, aandelen heeft verkregen van een aandeelhouder die niet tegen het voorstel heeft gestemd, nog steeds van zijn uittreedrecht gebruik kan maken en, zo ja, of hij dit mag voor zijn volledige bezit. Wellicht is verduidelijking mogelijk.
- 5. Niet duidelijk is of het uittreedrecht is beperkt tot aandeelhouders die van hun stemrecht gebruik hebben gemaakt en tégen het voorstel hebben gestemd, of dat het betrekking heeft op alle aandeelhouders die niet met het voorstel hebben ingestemd, dus ook aandeelhouders die van hun stemrecht geen gebruik hebben gemaakt, bijvoorbeeld omdat zij ter vergadering niet aanwezig of vertegenwoordigd waren, of die een blanco stem hebben uitgebracht. Verduidelijking van het toepassingsbereik van de uittreedregeling is wenselijk gezien het oogmerk om op dit punt een geharmoniseerd rechtskader te realiseren.
- 6. De regeling lijkt geen meerwaarde te hebben ten aanzien van aandelen die via de beurs kunnen worden verhandeld. Aandeelhouders die tegen de omzetting zijn, kunnen immers hun aandelen op elk gewenst moment gemakkelijk verkopen op de beurs, zowel vóór als ná de omzetting. Mede gezien de complexiteit van de uittreedregeling, verdient het daarom overweging om houders van beursgenoteerde aandelen van het uittreedrecht uit te sluiten.
- 7. (Het verdient aanbeveling dat wordt toegelaten dat indien alle deelnemers (schriftelijk) afstand hebben gedaan van hun uittreedrecht, het omzettingsvoorstel geen gegevens bevat betreffende de omvang van de schadevergoeding als bedoeld in deze bepaling. *Artikel 86 quinquies lid 1 (i)* lijkt hiervoor thans geen ruimte te bieden.

g. Artikel 86 terdecies - Werknemersmedezeggenschap

De bepaling geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen:

1. Uit het tweede en derde lid van deze bepaling volgt dat indien in de zes maanden voorafgaand aan bekendmaking van het omzettingsvoorstel de vennootschap een gemiddeld aantal werknemers heeft van vier vijfde (of meer) van de toepasselijke drempel, zoals bepaald in het recht van de lidstaat van vertrek, die aanleiding geeft tot werknemersmedezeggenschap in de zin van Artikel 2, onder k), van Richtlijn 2001/86/EG, de regeling als bedoeld in het derde lid moet worden toegepast. Hierbij is aan te merken dat het aantal werknemers niet steeds het enige relevante criterium voor de verplichte toepassing van werknemersmedezeggenschap is. Aanvullende eisen kunnen bijvoorbeeld zijn dat bij de vennootschap een ondernemingsraad is ingesteld en/of dat het eigen vermogen van de vennootschap een bepaalde drempel heeft bereikt. Denkbaar is dat aan één van die vereisten niet is voldaan, bijvoorbeeld omdat de werknemers geen belangstelling hebben voor het instellen of in stand houden van de ondernemingsraad. Het ligt dan gezien de ratio van de regeling niet voor de hand om de vennootschap te verplichten over te gaan tot instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep en daarmee in onderhandeling te treden over medezeggenschap van de werknemers.

Het verdient daarom overweging om aan de onderhavige bepaling toe te voegen dat bovendien dient te zijn voldaan aan de andere criteria – indien van toepassing – die aanleiding geven tot verplichte werknemersmedezeggenschap.

2. Bij het voorgaande punt sluit aan dat het aantal van vier vijfde van de toepasselijke drempel een inbreuk maakt op het voor-en-na beginsel. Naar moet worden aangenomen heeft deze maatregel een anti-misbruik karakter. Hierbij tekenen wij aan dat het aantal arbitrair is gekozen en dat de maatregel voor middelgrote ondernemingen effectief een belemmering kan vormen om voor de grensoverschrijdende omzetting te opteren. Met name indien andere, minder belastende herstructureringsmethoden beschikbaar zijn, zal dit het geval kunnen zijn. Het verdient aanbeveling deze maatregel te heroverwegen.
3. De hier voorgestelde regeling lijkt niet toe te laten dat de omzetting doorgang kan vinden zonder vorming van een bijzondere onderhandelingsgroep, indien de algemene vergadering heeft ingestemd met toepassing van de referentievoorschriften. Deze mogelijkheid bestaat wel bij grensoverschrijdende fusies (zie Richtlijnvoorstel, punt 17). Vanuit een consistentie-oogpunt verdient het overweging deze mogelijkheid ook bij grensoverschrijdende omzettingen toe te laten.
4. De voorgestelde regeling voorziet in een bijzondere onderhandelingsgroep bestaande uit 10 personen. De praktijk wijst uit dat niet altijd voldoende belangstelling bestaat om tot een voltallige onderhandelingsgroep te geraken. Het verdient overweging te verduidelijken wat hiervan in voorkomende gevallen de implicaties zijn voor de verplichting in onderhandeling te treden en de besluitvorming van de onderhandelingsgroep.

h. Artikel 86 novodecies - Datum waarop de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt

In deze bepaling wordt dwingend voorgeschreven dat de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt op het moment van inschrijving van de omgezette vennootschap in de lidstaat van bestemming. Uit de praktijk blijkt dat verschillende lidstaten meer vrijheid laten om het moment van het van kracht worden van de omzetting te bepalen, zij het dat inschrijving vaak een voorwaarde is om de omzetting tot stand te brengen. In andere lidstaten is niet het moment van inschrijving bepalend, maar het moment waarop de akte van omzetting wordt gepasseerd, dan wel een ander zelf gekozen tijdstip.

Er lijkt geen noodzaak om het moment waarop de omzetting tot stand komt, dwingendrechtelijk te bepalen. Het lijkt zuiverder om te bepalen dat de wijze en het moment van effectief worden van de omzetting worden bepaald door lidstaat van ontvangst. Een argument voor een dergelijke bepaling is dat deze het recht van de aankomststaat respecteert en derhalve in de pas loopt met de bepalingen van de betreffende lidstaat die zien op het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid naar het recht van die lidstaat. De regeling zou daarmee in lijn zijn met haar pendant in de fusieregeling. Ook coherentie en consistentie binnen de richtlijn is hiermee derhalve gediend. Een voordeel hiervan is ook dat, afhankelijk van het recht van de betreffende lidstaat, de omzetting van kracht kan worden op een voor de vennootschap wenselijk moment en niet noodzakelijkerwijs afhankelijk is van het moment van inschrijving in het register.

i. Standaarden voor de jaarrekening en het bestuursverslag

Een aangelegenheid die zich leent voor opname in het voorgestelde geharmoniseerde rechtskader betreft de standaarden voor de jaarrekening en het bestuursverslag die de omgezette vennootschap dient toe te passen. In de praktijk geeft deze kwestie aanleiding tot vragen indien de omzetting effectief wordt gedurende een boekjaar. Er dienen zich dan in theorie drie mogelijkheden aan:

1. de omgezette vennootschap past voor het gehele boekjaar waarin de omzetting plaats vond de desbetreffende voorschriften toe van de lidstaat van herkomst;
2. de omgezette vennootschap past de desbetreffende voorschriften van de lidstaat van herkomst toe over de periode tot aan het tijdstip van omzetting en voor de periode daarna de voorschriften van de lidstaat van ontvangst;
3. de omgezette vennootschap past voor het gehele boekjaar waarin de omzetting plaatsvond de desbetreffende voorschriften van de lidstaat van ontvangst toe.

Wij geven in overweging om de laatste oplossing als uitgangspunt te nemen.

j. Vestigingsplaats voor fiscale doeleinden

In de praktijk blijkt dat sommige lidstaten een vennootschap die zich grensoverschrijdend heeft omgezet voor fiscale doeleinden blijven beschouwen als een vennootschap die is opgericht naar het recht van de lidstaat van vertrek. Dit verplicht de omgezette vennootschap onder meer tot het doen van een aangifte in de lidstaat van vertrek, ook indien daar geen grondslag is voor heffing. Dergelijke restricties kunnen het gebruik van een grensoverschrijdende omzetting minder aantrekkelijk maken en vormen daarom een inbreuk op de vrijheid van vestiging. Het verdient overweging om een geharmoniseerd rechtskader vast te stellen waarin wordt vastgelegd dat na een grensoverschrijdende omzetting, de lidstaat van vertrek de vennootschap ook voor fiscale en administratieve doeleinden dient te beschouwen als een vennootschap die is opgericht naar het recht van de lidstaat van ontvangst.

3.2 Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen

In het Richtlijnvoorstel wordt een aantal welkome nieuwe praktische bepalingen voor de grensoverschrijdende fusie geïntroduceerd. Deze bepalingen zien onder meer op meer mogelijkheden voor een vereenvoudigde fusieprocedure, mogelijkheden voor het achterwege laten van een bestuursverslag, de digitalisering van de fusieprocedure en een taalregeling voor het voorstel tot grensoverschrijdende fusie. Voorts beoogt het Richtlijnvoorstel de belangen van schuldeisers, werknemers en minderheidsaandeelhouders beter te beschermen door geharmoniseerde bepalingen.

a. Artikel 122 punt (i)

Verwezen kan worden naar de opmerkingen bij *Artikel 86 quinquies, lid 1(c)*: In relatie tot de fusie roept de meervoudsvorm 'oprichtingsakten' in deze bepaling vragen op, aangezien er slechts één vennootschap uit de fusie ontstaat.

b. Artikel 124 bis - Verslag van het leidinggevende of bestuursorgaan aan de werknemers

Zie m.m. het commentaar bij *Artikel 86 septies, lid 2 (a-d)*.

c. Artikel 126 bis - Bescherming van de deelnemers in de vennootschap

Ons commentaar bij *Artikel 86 undecies*, is m.m. van toepassing op de in *Artikel 126 bis* voorgestelde regeling.

In aanvulling hierop merken wij nog het volgende op:

Het tweede lid bepaalt dat de voormelde vergoeding wordt betaald door³ de betrokken fuserende vennootschappen, de overblijvende deelnemers in de betrokken fuserende vennootschappen of derden, met instemming van de betrokken fuserende vennootschappen. Aangezien echter tevens is bepaald dat de vergoeding eerst hoeft te worden betaald *ná* het van kracht worden van de fusie, kan de vergoeding niet worden betaald door de betrokken fuserende vennootschappen. Hier lijkt – in de systematiek van deze regeling – te moeten worden voorgeschreven dat de "overblijvende vennootschap" de vergoeding dient te betalen.

3.3 Grensoverschrijdende splitsingen van kapitaalvennootschappen

a. Artikel 160 ter lid 3 - Definities

1. Het voorstel beperkt de mogelijkheid van grensoverschrijdende splitsing tot splitsingen waarbij de activa en passiva van de gesplitste vennootschap overgaan op een of meer *nieuw opgerichte* vennootschappen. De argumentatie die hier voor wordt gegeven is gelegen in de veronderstelling dat risicobeheer in een situatie waarin een te splitsen vennootschap activa en passiva overdraagt aan bestaande vennootschappen in verschillende lidstaten zeer complex is en in het kader van onderzoek naar de bescherming van belangen van belanghebbenden “talrijke instanties uit verschillende lidstaten moeten worden ingeschakeld”.⁴ Uit de praktijk is ons bekend dat ook aan de figuur van splitsing naar een of meer bestaande vennootschappen behoefte bestaat. In dit verband dringt zich de vraag op waarom de waarborgen die van toepassing zijn bij de splitsing naar een nieuw opgerichte vennootschap niet adequaat zouden zijn bij de splitsing naar een bestaande vennootschap. Een vraag is ook of een dergelijke splitsing wezenlijk verschilt van een grensoverschrijdende fusie door overneming, waarbij een reeds bestaande vennootschap als verkrijgende vennootschap optreedt. Hierbij tekenen wij aan dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU meebrengt dat indien in het nationale recht is voorzien in deze vorm van splitsing, de desbetreffende lidstaat deze splitsing ook in een grensoverschrijdende context dient toe te laten. De hier in de richtlijn aangebrachte beperking verdient daarom heroverweging.
2. Het lijkt beter om onder (a) en (b) te spreken van "de splitsende vennootschap die wordt ontbonden" in plaats van "de gesplitste vennootschap die is ontbonden".

³ In de tekst wordt overigens – naar mag worden aangenomen – per abuis gesproken van betaling 'aan' in plaats van 'door'. Mogelijk stond de ontwerper iets anders voor ogen, namelijk dat de aandelen moeten kunnen worden vervreemd aan de hier genoemde partijen, die vervolgens daar een vergoeding voor moeten betalen. Voor beide gevallen geldt dat de tekst zich niet goed laat lezen.

⁴ Overweging 38.

b. Artikel 160 quinquies - Voorwaarden betreffende grensoverschrijdende splitsingen

De titel verwijst naar 'grensoverschrijdende fusies'. Dit moet gewijzigd worden in 'grensoverschrijdende splitsingen'.

Lid 3 bepaalt dat een lidstaat ervoor zorg draagt dat de bevoegde instantie de splitsing niet toestaat wanneer zij na onderzoek vaststelt dat de splitsing een kunstmatige constructie vormt met als doel onterechte belastingvoordelen te verkrijgen. Ten aanzien van deze regeling verwijzen wij naar de opmerkingen onder 2.3.

c. Artikel 160 sexies lid 1 (k) - Voorstel voor grensoverschrijdende splitsingen

Onduidelijk is waarom elke wijziging van de oprichtingsakte van de gesplitste vennootschap moet worden vermeld in het voorstel tot splitsing en waarom niet, zoals ook bij de grensoverschrijdende fusie, niet zou kunnen worden volstaan met de geldende oprichtingsakte - te prefereren ware onzes inziens overigens te spreken van de 'statuten' - van de splitsende vennootschap.

d. Artikel 160 nonies

Zie m.m. het commentaar bij *Artikel 86 septies, lid 2 (a-d)*.

e. Artikel 160 decies - Onderzoek door onafhankelijke deskundige

Zie onze opmerkingen onder 2.3.

f. Artikel 160 terdecies - Bescherming van deelnemers in de vennootschap

Zie voor de hoofdlijnen het commentaar bij *Artikel 86 undecies* en *Artikel 126 bis*.

In aanvulling hierop plaatsen wij de volgende kanttekeningen:

Bij de splitsing als bedoeld in *Artikel 160 ter, lid 2 (b)*, doet zich de bijzonderheid voor dat de splitsende vennootschap voort bestaat. In dit geval is denkbaar dat de deelnemers in de splitsende vennootschap die tegen de splitsing hebben gestemd, hun aandelen in de splitsende vennootschap wensen te behouden, maar geen aandeelhouder wensen te worden in de vreemdrechtelijke buitenlandse vennootschap of vennootschappen. Een uittreedregeling die – zo er gebruik van wordt gemaakt – ertoe dwingt mede de deelneming in de splitsende vennootschap op te geven, gaat verder dan noodzakelijk en wenselijk.

Het verdient daarom overweging om de bescherming van de deelnemers aldus te regelen, dat zij tegen een vergoeding van het waardeverlies kunnen afzien van het verkrijgen van aandelen in de verkrijgende, vreemdrechtelijke vennootschap of vennootschappen.

Aangezien het hier nieuw toe te kennen aandelen betreft, volstaat te bepalen dat aan hen geen aandelen zullen worden toegekend. Voor de wijze van betaling van de vergoeding verwijzen wij naar het commentaar bij *Artikel 86 undecies*.

In aansluiting op het voorgaande geven wij in overweging om bij de splitsing als bedoeld in *Artikel 160 ter lid 2 (a)*, te bepalen dat de bescherming van de deelnemers is beperkt tot het verkrijgen van aandelen in de vreemdrechtelijke, verkrijgende vennootschappen. Ressorteert één van de verkrijgende vennootschappen onder hetzelfde recht als de gesplitste vennootschap, dan lijkt het voor de hand te liggen dat het recht van de desbetreffende lidstaat bepaalt of de deelnemers die tegen de splitsing hebben gestemd het recht hebben om schadeloosstelling in plaats van nieuw toegekende aandelen te verlangen.

g. Artikel 160 quindicies - Werknemersmedezeggenschap

Zie m.m. het commentaar bij *Artikel 86 terdecies*.

h. Artikel 160 septdecies - diepgaande evaluatie

Verwezen kan worden naar de opmerkingen onder 2.3.

i. Artikel 160 unvicies - Datum waarop de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt.

Ingevolge deze bepaling wordt de datum waarop de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt bepaald door de wetgeving van de lidstaat van de gesplitste vennootschap. Hierbij is aan te tekenen dat de wijze en het tijdstip waarop een vennootschap kan worden opgericht, worden bepaald door het recht van de lidstaat van oprichting. Aangezien bij een grensoverschrijdende splitsing in voorkomende gevallen één of meer vennootschappen gesplitst worden in een andere lidstaat dan de lidstaat waaronder de splitsende vennootschap ressorteert, zou de voorgestelde regeling meebrengen dat de laatstgenoemde lidstaat zou kunnen bepalen op welke wijze en datum de oprichting van een vennootschap naar het recht van de andere betrokken lidstaat of lidstaten zou plaatsvinden. Indien dit effect niet is beoogd, zou de betrokken regeling kunnen meebrengen dat de splitsing naar het recht van de lidstaat van de splitsende vennootschap reeds is voltooid, terwijl de verkrijgende vennootschap of vennootschappen nog moeten worden opgericht.

In beide gevallen bevreemdt het resultaat. Het verdient in dit licht overweging om te bepalen dat de wijze en het tijdstip waarop de splitsing van kracht wordt, wordt bepaald door het recht van de betrokken lidstaten, met dien verstande dat de splitsing niet eerder van kracht wordt dan nadat aan de vereisten voor voltooiing van de splitsing is voldaan *in alle betrokken lidstaten*.

j. Boekhouddatum

Het equivalent van het bij de regeling van de grensoverschrijdende fusie voorgestelde *Artikel 122 bis*, lijkt te ontbreken in de regeling voor de grensoverschrijdende splitsing. Een geharmoniseerd rechtskader op dit punt is voor de praktijk nuttig.

4. Tot slot

Wij danken u voor de mogelijkheid om op het voorstel te reageren. Wij verzoeken u om onze reactie mee te nemen in het verdere wetgevingsproces.

Hoogachtend,

Kim Tan

Wino van Veen

Gillis Kempe

Heleen Vrolijk

M-C Brzezinski