

Reactie op consultatie wetsvoorstel implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen

CMS heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorontwerp van het wetsvoorstel implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen. Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid een reactie op het voorontwerp te geven. Wij juichen de uniforme uitwerking van de drie verschillende grensoverschrijdende verrichtingen toe. Ook juichen wij toe dat er straks een wettelijk kader bestaat voor grensoverschrijdende omzettingen, zodat deze niet langer louter op basis van de Europese jurisprudentie (Vale, Cartesio en Polbud) behoeven te worden uitgevoerd.

Wij zullen een aantal artikelen van het wetsvoorstel van commentaar voorzien. Tevens geven wij enkele voorstellen voor tekstuele aanpassing.

Artikel 2:333e

Uit dit artikel volgt dat voor grensoverschrijdende fusies niet langer aankondiging in de Staatscourant is vereist. Net als bij een binnenlandse fusie is aankondiging in een landelijk verspreid dagblad vereist. Hetzelfde geldt voor de grensoverschrijdende splitsing en omzetting. Op pagina 13 van de Memorie van Toelichting staat dat het niet langer voorschrijven van de aankondiging in de Staatscourant leidt tot lastenverlichting; plaatsing in de Staatscourant is echter gratis; een aankondiging in een landelijk verspreid dagblad kost al gauw enkele honderden euro's. Wij geven in overweging om de onderhavige wetswijziging aan te grijpen om voor alle verrichtingen in boek 2 BW waarvoor aankondiging wordt voorgeschreven, te schrappen dat dit door middel van plaatsing in een landelijk verspreid dagblad dient te gebeuren. Dus niet alleen voor grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen, maar ook voor binnenlandse omzettingen, fusies, splitsingen, kapitaalverminderingen (voor de NV) en ontbindingen. In plaats van aankondiging in een landelijk verspreid dagblad, zou de aankondiging geplaatst moeten worden in een aparte omgeving op de website van het handelsregister. Op deze manier zijn alle aankondigingen centraal raadpleegbaar, in plaats van dat men alle dagbladen in de gaten zou moeten houden.

Artikel 2:333f lid 8

Uit dit artikellid volgt dat een schriftelijke toelichting op het fusievoorstel niet vereist is indien alle aandelen in het kapitaal van de fuserende vennootschap, uitgezonderd de aandelen gehouden door de vennootschap of haar dochtermaatschappijen, worden gehouden door één aandeelhouder. Het komt ons onlogisch voor dat een schriftelijke toelichting niet vereist is in alle gevallen waarin de aandelen in een fuserende vennootschap worden gehouden door één aandeelhouder. Indien het gaat om een fusie waarbij een dochtervennootschap fuseert in haar moedervernootschap kunnen wij dit nog begrijpen, maar op basis van de letterlijke tekst van het voorgestelde lid 8 is een schriftelijke toelichting ook niet vereist als BV X (met als enig aandeelhouder A) fuseert met GmbH Y (met als enig aandeelhouder B). Dit kan niet de bedoeling zijn en zeker niet voor het werknemersgedeelte van de schriftelijke toelichting.

Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de pendanten van dit artikel voor grensoverschrijdende splitsing (artikel 2:334nn lid 8) en grensoverschrijdende omzetting (artikel 2:335d lid 8).

Artikel 2:333gb

Uit dit artikel volgt dat indien uit de statuten van de fuserende vennootschap voortvloeit dat de vereiste meerderheid voor het besluit tot fusie meer bedraagt dan 90% van de uitgebrachte stemmen of vertegenwoordiging van meer dan 90% van het geplaatste kapitaal ter vergadering, het besluit tot fusie met 90% van de uitgebrachte stemmen of vertegenwoordiging van 90% van het geplaatste kapitaal ter vergadering wordt genomen. Dit volgt uit de Richtlijn. Wij zijn van mening dat het op basis van de letterlijke tekst van artikel 2:333gb niet uitgesloten is dat het besluit tot grensoverschrijdende fusie slechts genomen kan worden met goedkeuring van de houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, indien de statuten dat bepalen. Deze bepaling kan *de facto* leiden tot de eis van unanimiteit. Dit lijkt ons wellicht wenselijk in bepaalde situaties, zoals joint ventures.

Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de pendanten van dit artikel voor grensoverschrijdende splitsing (artikel 2:334pp) en grensoverschrijdende omzetting (artikel 2:335h).

Artikel 2:333h lid 5

Uit dit artikellid volgt dat aandeelhouders kunnen worden gecompenseerd door toekenning van aandelen in de verkrijgende vennootschap, indien, na een verzoek daartoe op grond van artikel 2:333h lid 1, een gunstiger ruilverhouding van de aandelen is bepaald door onafhankelijke deskundigen dan de ruilverhouding in het fusievoorstel. Wij vragen ons af hoe de toekenning van additionele aandelen ten opzichte van het fusievoorstel zich verhoudt tot regels van kapitaalbeschermingsrecht. In het bijzonder in de situatie waarin de verkrijgende vennootschap een NV is, waarvoor op grond van artikel 2:334bb juncto 2:94b een accountantsverklaring is vereist voor de fusie. Deze accountantsverklaring dient reeds bij deponering van het fusievoorstel aanwezig te zijn en tezamen met het fusievoorstel gedeponereerd te worden. Deze kan zich dus nog niet uitstrekken over het bedrag van de stortingsplicht op de krachtens artikel 2:333h lid 5 toe te kennen additionele aandelen. Dient in voorkomende geval dan een nieuwe accountantsverklaring te worden afgegeven en te worden gedeponereerd?

Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de pendant van dit artikel voor grensoverschrijdende splitsing (artikel 2:334qq).

Artikel 2:333i lid 7

Uit dit artikellid volgt dat de notaris de verklaring bedoeld in lid 3 niet afgeeft indien hij vaststelt dat de grensoverschrijdende fusie 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. Op pagina 39 van de Memorie van Toelichting wordt hierover gezegd: *Deze verplichting voor de notaris kan gezien worden als een specificatie van de algemene plicht die de notaris onder het huidige recht heeft op grond van artikel 21 van de Wet op het notarisambt (Wna). Door deze fraudetoetsing door de notaris te laten samenvallen met zijn huidige taken op grond van de Wna, is de toetsing niet zwaarder en uitgebreider dan de huidige toets bij een grensoverschrijdende fusie.*

Wij begrijpen deze stelling, maar opname in het Burgerlijk Wetboek van een dergelijk expliciet gebod aan de notaris is een *novum* en voelt om die reden alleen al aan als een verzwaaring van de taak van de notaris. Bovendien vragen we ons ook af of een notaris wel geëquipeerd is om een dergelijk onderzoek te doen. Het zou wat ons betreft meer voor de hand liggen indien een dergelijk fraudeonderzoek gedaan wordt door een screeningsdienst, zoals Dienst Justis, die ook in contact staat met andere opsporingsdiensten, zoals FIOD. Daarbij kan gedacht worden aan een systeem waarbij de notaris vóór afgifte van zijn pre-fusie attest eerst een verklaring van geen bezwaar – of beter nog: een akte van non-verzet – op moet vragen bij deze screeningsdienst. Op deze manier komt de fraudetoets te liggen bij degenen die daarvoor opgeleid en geëquipeerd zijn.

Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de pendanten van dit artikel voor grensoverschrijdende splitsing (artikel 2:334uu) en grensoverschrijdende omzetting (artikel 2:335l).

Artikel 2:333k lid 2

Uit dit artikellid volgt dat regelingen met betrekking tot medezeggenschap in het kader van grensoverschrijdende fusie voortaan eerder aan de orde zullen zijn dan thans het geval is. Het relevante aantal werknemers wordt immers significant verlaagd van 500 naar (voor Nederland) 80. Dit ter voorkoming dat grensoverschrijdende fusies misbruikt worden door vennootschappen die naderende toepasselijkheid van het structuurregime zouden willen ontduiken. Het werknemerscriterium voor toepasselijkheid van het structuurregime is echter slechts één van de drie criteria van artikelen 2:153 en 2:263, naast het kapitaalscriterium en het criterium of de vennootschap feitelijk krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad heeft ingesteld.

Er zijn dus gevallen denkbaar dat een vennootschap weliswaar 80 of meer werknemers heeft, maar overigens niet voldoet of niet snel zal voldoen aan de criteria voor toepasselijkheid van het structuurregime. Op een dergelijke vennootschap zullen dan toch de in de praktijk als bijzonder knellend ervaren regelingen met betrekking tot medezeggenschap toegepast moeten worden.

Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de pendanten van dit artikel voor grensoverschrijdende splitsing (artikel 2:334xx) en grensoverschrijdende omzetting (artikel 2:335o).

Artikel 2:333kk lid 1

Uit dit artikellid volgt, overeenkomstig de Richtlijn, dat grensoverschrijdende splitsing naar een bestaande vennootschap in een andere lidstaat niet mogelijk is. Als reden daarvoor is gegeven dat het in zulke gevallen om zeer complexe zaken gaat waarbij instanties van verschillende lidstaten betrokken zijn en bijkomende risico's voor omzeiling van Unie- en nationale regels kunnen opduiken. Juist daarom lijkt het ons echter een gemiste kans om hier geen regels voor te maken. Ook kan men zich afvragen of artikel 2:333kk lid 1 niet in strijd is met de Europese jurisprudentie omtrent vrijheid van vestiging, zoals *Cartesio*, *Vale* en *Polbud*.

Artikel 2:335b lid 1 onder g

Uit dit artikellid volgt dat in het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting vermeld moet worden of de om te zetten vennootschap in Nederland gedurende de voorafgaande vijf jaar stimulansen of subsidies heeft ontvangen. Wij begrijpen dat dit tot doel heeft inzichtelijk te maken of er ontvangen stimulansen of subsidies verhuizen naar een andere lidstaat. Ons ontgaat echter de reden waarom het vereiste van vermelding van ontvangen stimulansen of subsidies niet tevens geldt voor het voorstel tot grensoverschrijdende fusie of grensoverschrijdende splitsing. Een dergelijke verrichting kan immers ook tot gevolg hebben dat die stimulansen of subsidies verhuizen naar het buitenland.

Tekstuele aanpassingen

Tot slot nog enkele voorstellen voor tekstuele aanpassingen:

1. Artikel 2:333ga lid 1: "kan" moet zijn "kunnen", omdat het gaat om verdwijnende vennootschappen (meervoud);
2. Artikel 2:333ga lid 3: "dat" moet zijn "die": *de nationale wetgeving van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte die van toepassing is*;
3. Artikel 2:333h leden 4 en 5 (telkens vierde zin): "kan" moet zijn: "moet" in verband met genoemde termijnen van zes weken;
4. Artikel 2:333i lid 10: toe te voegen: "of maakt deze langs elektronische weg bij het handelsregister openbaar";
5. Artikel 2:333qq leden 3 en 4 (telkens vierde zin): "kan" moet zijn: "moet" in verband met genoemde termijnen van zes weken;
6. Artikel 2:334tt: er wordt teruggeregpen naar artikel 334t lid 2 dat slechts gaat over ondeelbare verbintenissen. Daarom zou het woord "ondeelbare" moeten worden ingevoegd in artikel 334tt: *In afwijking van artikel 334t lid 2 is voor **ondeelbare** verbintenissen van de gesplitste vennootschap...*;
7. Artikel 2:334uu lid 10: toe te voegen: "of maakt deze langs elektronische weg bij het handelsregister openbaar";
8. Artikel 2:335i lid 4 (vierde zin): "kan" moet zijn: "moet" in verband met genoemde termijn van zes weken;
9. Artikel 2:335l lid 10: toe te voegen: "of maakt deze langs elektronische weg bij het handelsregister openbaar".

Wij hebben geen enkel bezwaar tegen publicatie van deze reactie.

Namens CMS,



[Martijn van der Bie](#)
Notaris



[Bob van Zijl](#)
Kandidaat-notaris



[Britt Straat](#)
Kandidaat-notaris