

Consultatie van de Wet op Grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen
Door de Wetgevingscommissie van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten
Notariaat (VON) met instemming van het bestuur van de VON de dato 6 maart 2022.

Inleiding

De Wetgevingscommissie van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten van het Notariaat (VON), hierna: de Commissie, heeft kennisgenomen van het consultatievoorstel voor de implementatie van de gewijzigde richtlijn ten aanzien van grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen.

Allereerst wil de commissie vermelden dat zij het toejuicht dat de grensoverschrijdende splitsing en omzetting een juridische basis krijgt. Daarbij vindt de commissie het verstandig om de grensoverschrijdende fusies, splitsingen en omzettingen in aparte hoofdstukken te behandelen. Daarnaast vraagt de commissie zich af of op grond van uitspraken van het Europese hof een grensoverschrijdende omzetting niet ook mogelijk is voor verenigingen, stichtingen en coöperaties. De commissie ondersteunt om in dit wetsvoorstel conform de Europese richtlijn allereerst een omzetting voor kapitaalvennootschappen mogelijk te maken.

Daarbij begrijpt de commissie dat de nationale wetgever een beperkte ruimte heeft om wetgeving te implementeren aangezien de Europese richtlijn leidend is.

Toch wil de commissie een aantal opmerkingen in algemene zin maken en voorts een aantal specifieke artikelen behandelen.

Algemeen

Alvorens in te gaan op een verdere bespreking wil de commissie opmerken dat in artikel 2:334 hh BW gesproken wordt over aandeelhouders. Dit zou kunnen impliceren dat dit artikel niet van toepassing is bij één aandeelhouder. Ook in dit wetsvoorstel komt het voor dat een artikel het meervoud benoemt zonder dat er een goede grond is als er maar één aandeelhouder is. Wij verzoeken de minister om ten minste in de Memorie van Toelichting aan te geven dat in die gevallen ook het enkelvoud wordt bedoeld, en dat dit ook geldt voor artikel 334 hh BW.

Voorts wordt bij huidige splitsing en fusie steeds gesproken over publicatie van het voorstel in een landelijk dagblad. Net als onder de huidige situatie gaat het om de aankondigingsvereisten boven op de algemene vereisten van art. 2:314 en 2:317 BW. De aankondiging in de Staatscourant vervalft. Hoewel het zeker waar is dat dit leidt tot lastenverlichting (alhoewel, publicatie daar is gratis) blijft de verplichting tot aankondiging in een landelijk verspreid dagblad overeind die én kostbaar(er) is, en ervoor zorgt dat deelnemer aan het rechtsverkeer al deze dagbladen moeten volgen. Dit is volgens de commissie ernstig uit de tijd. Het was te overwegen geweest juist de Staatscourant als enig medium (ook voor nationale fusies) aan te wijzen danwel het Handelsregister een website te laten bijhouden met gedeponeerde fusies, splitsingen en omzettingen (zowel nationaal als internationaal).

De geïntroduceerde “kennisgeving” aan aandeelhouders, crediteuren en ondernemingsraad lijkt overigens meer bijzonder dan deze is: de MvT meldt dat het niet

vereist is hen afzonderlijk te benaderen en dat ruchtbaarheid geven overeenkomstig de openbaarmakingsverplichtingen (dagblad, Handelsregister) volstaat. Indien er sprake is van een fusie, splitsing of omzetting waar de medezeggenschap als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 van de Wet rol Werknemers bij Europese vennootschappen op van toepassing is wordt de uitwerking van de zeggenschap vastgelegd in de statuten. Algemeen wordt aangenomen, hetgeen ook blijkt uit de MvT, dat de structuurregeling een Nederlandse regelgeving is die door deze regeling kan worden aangepast. De vraag dringt zich op of deze stelling juist is en of er ook andere dwingendrechtelijke regelgeving is die door deze specifieke grensoverschrijdende fusie, splitsing en overnameregeling kan worden genegeerd. Zo kan gedacht worden aan het benoemen en ontslaan van een bestuurder (of commissaris) rechtstreeks door de werknemersvertegenwoordiging of een andere regeling. Ter voorkoming van onduidelijk zou de commissie hier graag een duidelijke wettelijke basis voor zien.

De rol van de notaris in de fusie, splitsing en omzetting is duidelijk. Op de notaris rust een duidelijk omschreven taak die van groot belang is om de gewenste rechtshandeling te effectueren. Daarbij willen wij opmerken dat de notaris de gewenste verklaring niet afgeeft indien hij vaststelt dat de beoogde rechtshandeling is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of (onrechtmatige) omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden. De fraudetoets van artikel 2:333i lid 7 BW sluit daarmee aan bij de huidige rol van de notaris als poortwachter en gaat niet verder dan de algemene plicht die de notaris onder het huidige recht heeft op grond van artikel 21 van de Wet op het notarisambt (Wna). Toch wijst de commissie erop dat de rol van de notaris in sommige opzichten onder het huidige recht verder gaat als poortwachter van het financiële systeem. Op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) is de notaris naast de andere in die wet aangewezen instellingen verplicht onderzoek te doen bij zijn dienstverlening naar zijn cliënt ter voorkoming van witwassen of financiering van terrorisme. Zo bepaalt artikel 3, tweede lid, van de Wwft, dat de notaris cliëntenonderzoek verricht en is de notaris op grond van artikel 16 Wwft verplicht ongebruikelijke transacties te melden aan de Financiële inlichtingen eenheid. Wij stellen voor om in de MvT nadrukkelijk op te nemen dat ook deze taakstelling onder de bedoelde verplichting van de notaris valt om discrepantie te voorkomen. Daarbij zouden wij graag vermeld zien in de MvT dat de notaris zijn ministerie kan/moet weigeren indien hij daartoe gronden heeft en dat daartegen, net als in andere aangelegenheden, de cliënt beroep bij de rechter kan indienen, waarna de rechter die notaris kan veroordelen zijn ministerie te verlenen.

Overigens is het opvallend dat de notaris wel een zware functie heeft maar in het voorstel tot fusie, splitsing of omzetting niet wordt vermeld welke notaris de verklaring moet afgeven. Dit leidt ertoe dat bij weigering door een notaris een andere notaris kan worden aangezocht en dat partijen die opmerkingen of bedenkingen hebben zich slechts tot het bestuur van de vennootschap kunnen richten en hopen dat het bestuur de benodigde informatie doorgeeft aan de notaris. Deze problematiek wordt eenvoudig opgelost door de naam van de notaris die de verklaring gaat afgeven op te nemen in het voorstel en dat slechts die notaris, danwel zijn plaatsvervanger of opvolger, bevoegd is. De commissie wil dit dan ook voorstellen.

Overigens wordt eenvoudig gesteld dat de notaris een beroep kan doen op een onafhankelijke deskundige. 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 komen voor rekening van de vennootschap. Er wordt erg eenvoudig vanuit gegaan dat de notaris deze kosten kan doorberekenen. In de praktijk blijkt dat daarvoor toch een schriftelijke opdrachtbevestiging voor nodig is, danwel een wettelijke basis. Door de opname in de MvT is ons inziens een wettelijke basis nog niet gegeven zodat een opdrachtbevestiging noodzakelijk blijft. Dit tast de onafhankelijkheid van de notaris aan omdat een opdrachtgever niet snel genegen zal zijn om die extra kosten te voldoen. Indien de cliënt echter een notaris heeft aangewezen en niet bij een andere notaris de verklaring kan verlangen zoals hiervoor omschreven is dit probleem niet meer aan de orde. De vennootschap heeft de door hem aangewezen notaris dan nodig en kan niet naar andere notarissen gaan als de aangewezen notaris van mening is dat deskundigen gehoord moeten worden.

De commissie vraagt zich voorts af waarom de voorstellen en toelichtingen niet ook in het Engels, Duits of Frans mogen worden gepubliceerd, net als voor jaarrekeningen het geval is.

In het voorstel wordt vermeld dat er een indicatief tijdschema moet worden opgenomen bij het voorstel tot fusie, splitsing of omzetting. Aan het niet naleven van dit tijdschema worden echter geen consequenties verbonden. Dit lijkt voor de fusie en splitsing te overzien omdat deze binnen een bij de wet gemelde termijn moet zijn gerealiseerd. Deze termijn lijkt bij de omzetting te ontbreken. Het lijkt de commissie onwenselijk om na deponering van het voorstel een lange periode te kunnen wachten en dan omzetting te vorderen. De commissie stelt voor eenzelfde periode te hanteren als bij fusie en splitsing.

Omzetting

Grensoverschrijdende omzetting is een nieuwe rechtsfiguur die thans nog niet in de wet is geregeld. De commissie constateert dat er een wezenlijk verschil is tussen omzetting enerzijds en fusie of splitsing anderzijds.

Bij omzetting blijft de rechtspersoon bestaan maar wordt een andere wetgeving op die rechtspersoon van toepassing. Bij fusie en splitsing is er een overgang van vermogensbestanddelen naar een andere partij.

Dit leidt tot een aantal vraagpunten die niet in het voorstel aan de orde komen.

Indien een vennootschap zich omzet en de aandelen zijn bezwaard met een pandrecht, vruchtgebruik of beslag dan is er onduidelijk wat er met deze bezwaren gebeurt. De rechtspersoon blijft bestaan en het lijkt de commissie dat de aandelen ook blijven bestaan. In dat geval zou naar Nederlands recht beperkte rechten op de aandelen ook blijven bestaan. De in Nederland kenbare beperkte rechten zijn echter anders dan in het buitenland. Daar wil de commissie een tweetal voorbeelden bij geven.

1. Een vrouw is getrouwd en heeft een kind uit een eerdere relatie. De vrouw komt te overlijden. De man is onterfd en claimt een verzorgingsvruchtgebruik op de aandelen, zeer tegen de zin van het kind. Kan met een omzetting van de vennootschap naar het recht van een andere lidstaat het recht van vruchtgebruik worden aangetast? En kent het recht van die andere lidstaat dan tenminste dezelfde vruchtgebruik bepalingen als het Nederlandse recht? Deze vraagstukken lijken zeker

niet denkbeeldig.

2. Er is een pandrecht op aandelen in de vennootschap gevestigd. De geldverstrekker is niet bekend met de omzetting. Hoewel het voorstel vermeldt dat de pandgever een nieuw pandrecht kan verkrijgen naar het recht van het land waarin de vennootschap zich omzet wordt dit pandrecht niet daadwerkelijk gevestigd. Vervolgens gaat de schuldenaar failliet en wil de schuldeiser het pandrecht uitwinnen. Is het pandrecht er nog? Naar welk recht vindt uitwinning plaats? Welke rechter is bevoegd?

Dit probleem doet zich ook voor bij een vennootschap die zich omzet nadat een besluit tot ontbinding is genomen. Het Nederlandse recht kent mogelijkheden om een besluit tot ontbinding te herroepen waardoor de vennootschap alsnog naar een "normale" status gaat. Daarvoor is rechterlijke toetsing vereist. Indien deze rechtspersoon zich na het besluit tot ontbinding doch voor de eerste uitkering omzet naar het recht van een andere lidstaat is onduidelijk wat alsdan de status en de bevoegdheid is van de Nederlandse of de buitenlandse rechter. Vandaar dat de commissie voorstelt om een omzetting niet mogelijk te maken nadat een besluit tot ontbinding is genomen.

Artikel 335k BW

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de schuldeiser een keuze heeft. Dit blijkt niet uit dit artikel.

Voorts zijn wij van mening dat het niet alleen om de vorderingen moet gaan maar ook om de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen. Het is immers merkwaardig om de hoofdsom in Nederland te moeten vorderen en de rente na omzetting in een ander land.

De wetgevingscommissie van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat.
6 maart 2022

Voorzitter: mr. A.H.G. Wilod Versprille

Leden: mr. N.A.H. Wolswijk

Mevr. mr. S. van Suijdam