

**Reactie wetsvoorstel  
Wet implementatie richtlijn  
grensoverschrijdende  
omzettingen, fusies en splitsingen**

**L. (Lard) Rehr  
R.L.P. (Rick) van der Velden  
E.H. (Eline) Viersen  
E.W. (Rik) Walschot**

## 1 INLEIDING

Met veel interesse hebben wij (Loyens & Loeff N.V.) kennisgenomen van het voorontwerp (**Voorontwerp**) van het wetsvoorstel ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (**Richtlijn**) en het bijbehorende concept van de memorie van toelichting (**Toelichting**). Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid deel te nemen aan de publieke consultatie betreffende het Voorontwerp.

In deze bijdrage zullen wij suggesties doen tot aanpassing van het Voorontwerp op bepaalde onderdelen. Daarnaast doen wij suggesties tot aanvullende wetgeving.

Na een onderdeel waarin algemene onderwerpen worden behandeld die zien op meer dan één van de grensoverschrijdende verrichtingen (*hoofdstuk 2*), zullen wij specifieke punten behandelen die zien op achtereenvolgens de grensoverschrijdende fusie (*hoofdstuk 3*), de grensoverschrijdende splitsing (*hoofdstuk 4*) en de grensoverschrijdende omzetting (*hoofdstuk 5*). Hoofdstuk 6 bevat onze overwegingen vanuit fiscaal perspectief. Wij sluiten af met onze conclusies en aanbevelingen (*hoofdstuk 7*).

Uiteraard zijn wij graag bereid om onze reactie op het Voorontwerp nader toe te lichten en met u te bespreken. Onze contactgegevens zijn opgenomen op de laatste pagina van deze reactie.

## 2 ALGEMEEN

### 2.1 Toepassingsbereik

#### 2.1.1 *Kapitaalvennootschappen*

2.1.1.1 Het toepassingsbereik van het Voorontwerp is, in lijn met de Richtlijn, beperkt tot kapitaalvennootschappen, zijnde naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Hierdoor is geen sprake van volledige harmonisatie van de vrijheid van vestiging op dit punt. De beperkte werkingssfeer doet dan ook niets af aan de mogelijkheid voor andere rechtspersonen die kwalificeren als vennootschap in de zin van artikel 54 VWEU (waaronder de coöperatie en de stichting) om deel te nemen aan grensoverschrijdende verrichtingen op basis van de vrijheid van vestiging (artikelen 49 en 54 VWEU), zoals is bevestigd door het Europese Hof van Justitie. Het ontbreken van een wettelijke basis voor dergelijke grensoverschrijdende verrichtingen leidt tot rechtsonzekerheid. Bovendien zal hierdoor ten aanzien van grensoverschrijdende verrichtingen van rechtspersonen, niet zijnde kapitaalvennootschappen, mogelijk niet op gelijkwaardige wijze worden voorzien in de bescherming van aandeelhouders/leden/aangeslotenen, crediteuren en werknemers wanneer hier geen wettelijke regeling voor is.

2.1.1.2 De Toelichting stelt dat met 'een uitbreiding naar andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen zou worden afgeweken van het uitgangspunt dat in een implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk is'. Wij nodigen de wetgever uit om uitbreiding van de wetgeving naar andere rechtspersonen spoedig na inwerkingtreding van onderhavig wetsvoorstel nader te onderzoeken.

### 2.1.2 *Grensoverschrijdende splitsing*

Het Voorontwerp beperkt zich daarnaast voor wat betreft grensoverschrijdende splitsingen tot splitsingen waarbij een of meerdere nieuwe vennootschappen worden opgericht. Een grensoverschrijdende splitsing naar een of meerdere bestaande vennootschappen valt hiermee niet onder het bereik van het Voorontwerp. Dit beperkte toepassingsbereik is conform de Richtlijn. Dit laat onverlet dat een grensoverschrijdende splitsing naar een of meer bestaande vennootschappen of splitsingsvarianten die niet expliciet in de Richtlijn zijn genoemd<sup>1</sup> mogelijk blijft op basis van de vrijheid van vestiging.

### 2.1.3 *Geografische toepassing*

2.1.3.1 Vanuit geografisch oogpunt is het toepassingsbereik van het Voorontwerp, in lijn met de Richtlijn, beperkt tot lidstaten van de EU of de EER.

2.1.3.2 In de praktijk zien wij vaak de behoefte om vennootschappen van buiten de EU of de EER om te zetten in of te fuseren met een Nederlandse vennootschap. Deze mogelijkheid kan thans worden gerealiseerd via een 'tussenstop' in bepaalde andere EU/EER lidstaten waaronder Luxemburg. Om het vestigingsklimaat en de concurrentiepositie van Nederland te versterken bevelen wij aan, zij het niet in het kader van implementatie van de Richtlijn dan zo spoedig mogelijk hierna, grensoverschrijdende verrichtingen met niet-lidstaten eveneens te faciliteren.

### 2.1.4 *Geen reflexwerking*

Uit de Toelichting blijkt niet dat de wetgever enige reflexwerking van het Voorontwerp beoogt. Wat ons betreft is dit juist en kan het niet de bedoeling zijn dat de spelregels voor de staande praktijk worden gewijzigd alvorens de wet van kracht wordt. Tot dat moment leiden de procedures die in de praktijk worden gevolgd tot de beoogde rechtsgevolgen. Dit is met name relevant voor de grensoverschrijdende splitsing en de grensoverschrijdende omzetting, waarvoor thans geen wettelijke regeling bestaat.

## 2.2 **Taal op te stellen documentatie**

2.2.1 In de praktijk merken wij dat onduidelijkheid bestaat omtrent de taal waarin bepaalde documenten in het kader van grensoverschrijdende verrichtingen gesteld dienen te worden.

---

<sup>1</sup> Zoals de driehoekssplitsing van artikel 2:334ii en de zuivere splitsing van artikel 2:334cc BW.

Het betreft onder meer (i) de taal van het voorstel tot grensoverschrijdende fusie, splitsing of omzetting, (ii) de taal van de statuten van de niet-Nederlandse verkrijgende vennootschap bij grensoverschrijdende fusie (vast te stellen ter gelegenheid van de oprichting of voor zover deze in het kader van de fusie worden gewijzigd) en grensoverschrijdende splitsing (de statuten van de op te richten vennootschap) en (iii) de taal van de statuten van de voortgezette vennootschap na grensoverschrijdende omzetting.

2.2.2 In het Voorontwerp is verduidelijking op dit punt gewenst. De praktijk heeft er behoefte aan dat het voorstel tot grensoverschrijdende verrichting in een gemeenschappelijke taal kan worden opgesteld, zoals het Engels, zonder te vereisen dat ook een Nederlandse tekst beschikbaar is. Dit voorkomt dat verschillende versies van het voorstel onderling tegenstrijdigheden bevatten en leidt tot een kostenbesparing. Hoewel het voorstel gedeponereerd dient te worden bij het handelsregister, hoeft dit niet te worden ingeschreven in de openbare registers. Dit biedt de wetgever derhalve ruimte het opstellen van een voorstel in een gemeenschappelijke taal toe te staan.<sup>2</sup>

2.2.3 Aan het voorstel dient de tekst van de statuten van de niet-Nederlandse verkrijgende of voortgezette vennootschap te worden gehecht (voor zover van toepassing). Wij vragen de wetgever te verduidelijken of een Nederlandse vertaling van de statuten aan het voorstel gehecht dient te worden indien deze statuten in een vreemde taal luiden.

2.2.4 In de huidige praktijk wordt bij een *outbound* grensoverschrijdende omzetting de tekst van de statuten van de voortgezette vennootschap veelal volledig in de door de Nederlandse notaris te verlijden akte van omzetting (tevens inhoudende statutenwijziging) opgenomen. De desbetreffende akte dient in de Nederlandse taal te worden verleden. Indien niet vereist is om de statuten in het Nederlands aan het voorstel te hechten, resteren de volgende vragen: (i) dient de tekst van de statuten zoals deze zal luiden na omzetting van de vennootschap integraal in de akte te worden opgenomen of kan worden volstaan door deze aan de akte te hechten en (ii) indien de tekst van de statuten in de akte dient te worden opgenomen, is dan vereist dat naast de originele tekst van de statuten (in een vreemde taal) ook een Nederlandse vertaling in de akte wordt opgenomen? Wij vragen de wetgever deze punten te verduidelijken.

### 2.3 **Rechtmatigheids- en fraudetoets**

2.3.1 Onder de vigeur van de huidige bepalingen in Titel 7 van Boek 2 BW voert de notaris zowel bij de fusie als de splitsing een rechtmatigheidstoets uit. Bij grensoverschrijdende fusies

---

<sup>2</sup> Op basis van artikel 35 Wet beëdigde tolken en vertalers dienen bij stukken die krachtens wettelijk voorschrift in de openbare registers dienen te worden ingeschreven een getrouwe vertaling in het Nederlands te worden gevoegd indien deze in een vreemde taal zijn gesteld.

geeft de notaris een attest af waarin hij het resultaat van deze toets weergeeft. Deze toets heeft thans een sterk formalistisch karakter.

- 2.3.2 Op grond van de huidige Boek 2 BW bepalingen blijven belangen die niet in de daarin opgenomen procedurele voorschriften zijn afgedekt – en derhalve niet in de rechtmatigheidstoets worden meegewogen – in het pre-verrichting attest buiten beschouwing.
- 2.3.3 In het Voorontwerp blijft de notaris de door de Nederlandse wetgever beoogde instantie die de rechtmatigheidstoets uitvoert. Wij kunnen ons hierin vinden aangezien de notaris op basis van de aan hem te verstrekken informatie in staat is hieromtrent in zijn attest te verklaren.
- 2.3.4 Als uitbreiding op de bestaande rechtmatigheidstoets dient de notaris te beoordelen of de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden, die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden (hierna: **fraudetoets**). Deze toets is voor alle verrichtingen gelijk.
- 2.3.5 Blijkens de Toelichting (i) sluit de fraudetoets aan bij de huidige rol van de notaris als poortwachter zoals voorzien in de Wet op het notarisambt en (ii) heeft de fraudetoets in de ogen van de wetgever dezelfde zwaarte en omvang als de toetsing die de notaris thans bij grensoverschrijdende verrichtingen verricht uit hoofde van deze poortwachtersrol. Hierbij plaatsen wij de volgende opmerkingen/bedenkingen:
- (a) Het Voorontwerp schrijft, conform de Richtlijn, geen actief onderzoek door de bevoegde instanties voor zolang geen sprake is van ‘ernstige twijfels’. Aldus is er een concrete aanleiding nodig om tot dit onderzoek over te gaan. Wij zouden erop willen aandringen in de Toelichting te expliciteren welke indicatieve factoren hierbij in overweging dienen te worden genomen. Hierbij denken wij onder meer aan de factoren die in overweging 36 van de preambule van de Richtlijn zijn opgenomen, maar bijvoorbeeld ook aan indicatoren die worden toegepast bij de kwalificatie als ‘ongebruikelijke transactie’ in de zin van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.<sup>3</sup> Wij verwachten dat de wetgever zelf ook nadere gedachten heeft bij de indicatieve factoren die aanleiding geven tot actief onderzoek.
  - (b) De Richtlijngever zal de Nederlandse notariële poortwachtersrol niet specifiek voor ogen hebben gehad toen hij de fraudetoets in de Richtlijn opnam. Hoewel de reikwijdte van het begrip ‘frauduleuze en criminele doeleinden’ wellicht nog in lijn met de poortwachtersrol van de notaris kan worden uitgelegd, is dat voor het deel ‘onrechtmatige doeleinden gericht op omzeiling van Unie- of nationaal recht’ niet zonder meer het geval. Er lijkt nu discrepantie te (kunnen) ontstaan tussen de

---

<sup>3</sup> In paragraaf 6.2 behandelen wij separaat onze opmerkingen ten aanzien van de rechtmatigheids- en fraudetoets vanuit fiscaal perspectief.

ogenshijnlijke reikwijdte van de fraudetoets in de Richtlijn en de reikwijdte van diezelfde toets in het Voorontwerp.

- (c) Het is naar onze mening aan te bevelen de verantwoordelijkheid voor het actief onderzoek niet enkel bij de notaris neer te leggen, maar gebruik te maken van de door de Richtlijn geboden mogelijkheid hier een samenwerking van verschillende instanties en deskundigen te creëren. De Richtlijn lijkt er juist toe te bewegen dat instanties onderling communiceren, waarbij geldt dat de vennootschap zich slechts tot één instantie dient te richten en deze instantie vervolgens met de andere bevoegde instanties overleg pleegt. Het Voorontwerp biedt geen basis voor de notaris om rechtstreeks andere Nederlandse instanties te raadplegen. Wij bevelen aan in elk geval aan het wetsvoorstel toe te voegen dat (bepaalde) Nederlandse instanties rechtstreeks door de notaris kunnen worden geraadpleegd.

Wij denken hierbij onder andere aan de rechtbank, Justis, de Belastingdienst en de Kamer van Koophandel. Door de desbetreffende instanties zouden (gestandaardiseerde) verklaringen kunnen worden afgegeven die blijk geven van de status van de desbetreffende vennootschap en bepaalde voor de rechtmatigheidstoets relevante gegevens. Het dient in onze ogen (verder) te worden onderzocht in hoeverre en op welke wijze andere Nederlandse instanties kunnen worden betrokken bij deze fraudetoets.

- (d) Voorts dient te worden verduidelijkt welke onafhankelijke deskundigen door de notaris onder welke omstandigheden kunnen worden geraadpleegd.

Wij zien graag dat de wetgever in de Toelichting nader aandacht besteedt aan bovenstaande punten.

2.3.6 Vanuit een deontologisch perspectief zijn wij verder benieuwd hoe de wetgever aankijkt tegen de vraag hoe de rol van de notaris in het kader van de fraudetoets zich verhoudt tot diens (i) geheimhoudingsplicht (indien hij bijvoorbeeld door een niet-Nederlandse instantie wordt benaderd, maar de betreffende vennootschap niet instemt met het uitwisselen van informatie) en (ii) tuchtrechtelijke aansprakelijkheid.

2.3.7 In dit kader zouden wij graag van de wetgever weten of de notaris als onderdeel van de rechtmatigheids- en fraudetoets bij de rechtbank dient na te gaan of er verzet is gedaan tegen het voorstel tot de desbetreffende grensoverschrijdende verrichting (op grond van de artikelen 2:333ha lid 1 BW (Voorontwerp), 2:334l lid 1 BW (Voorontwerp) en 2:335j lid 2 BW (Voorontwerp)). Ten aanzien van de grensoverschrijdende omzetting bepaalt het Voorontwerp dat indien tijdig verzet is gedaan, de notaris het pre-omzetting attest eerst mag afgeven zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing uitvoerbaar is. Een dergelijke

bepaling ontbreekt voor de grensoverschrijdende fusie en splitsing.<sup>4</sup> De Toelichting beschrijft echter een situatie dat de grensoverschrijdende omzetting reeds van kracht is geworden, waarbij het pre-omzetting attest door de notaris is afgegeven terwijl de schuldeisersverzetsperiode nog niet is verstreken. Wat ons betreft is laatstgenoemde situatie enkel denkbaar indien de notaris niet hoeft na te gaan bij de rechtbank of er tijdig verzet is gedaan.

## **2.4 Bescherming minderheidsaandeelhouders**

- 2.4.1 Wij vinden het vanuit het oogpunt van consistentie positief dat het Voorontwerp één lijn aanbrengt in welke aandeelhouders (en certificaathouders) een verzoek tot schadeloosstelling kunnen indienen.
- 2.4.2 Artikel 2:334qq BW (Voorontwerp) inzake de grensoverschrijdende splitsing spreekt, conform de Richtlijn, over de aandeelhouder die 'krachtens de ruilverhouding recht heeft op aandelen'. In artikel 2:333h BW (Voorontwerp) inzake de grensoverschrijdende fusie ontbreekt dit. Het zou de consistentie ten goede komen als beide artikelen op dit punt gelijk worden getrokken.
- 2.4.3 Op grond van het Voorontwerp komen de aandelen waarop het verzoek tot schadeloosstelling betrekking heeft, te vervallen op het moment dat de grensoverschrijdende fusie van kracht wordt. Voor de grensoverschrijdende omzetting wordt in het Voorontwerp een soortgelijke regeling voorgesteld. De voorgestelde regeling in het Voorontwerp voor de grensoverschrijdende splitsing zwijgt over het al dan niet vervallen van aandelen waarop het verzoek tot schadeloosstelling betrekking heeft. Verduidelijking op dit punt is gewenst, mede indachtig en met inachtneming van de verschillende grensoverschrijdende splitsingsvarianten.
- 2.4.4 Het is onzes inziens ongewenst dat de vrijstelling voor de benoeming van deskundigen ter vaststelling van de schadeloosstelling onder het huidige artikel 2:333h lid 2 BW komt te vervallen. Op grond van het Voorontwerp blijven (eigen) regelingen van de vennootschap die zijn opgenomen in de statuten of een overeenkomst desondanks – met betrekking tot de vaststelling van de waarde van de aandelen of een schadeloosstelling – een mogelijke rol spelen bij grensoverschrijdende verrichtingen, nu het Voorontwerp bepaalt dat de door de voorzitter van de Ondernemingskamer benoemde deskundigen hun bericht dienen op te stellen met inachtneming van dergelijke regelingen.
- 2.4.5 Wij vragen ons daarbij af of het niet voor de hand zou liggen ook te bepalen en/of toe te lichten in hoeverre een accountant ter (eerdere) beoordeling van de 'redelijkheid' ook dergelijke (eigen) regelingen in acht dient te nemen.

---

<sup>4</sup> Artikelen 2:316 lid 4 en 2:334l lid 3 BW (huidig) bepalen dat een akte tot fusie respectievelijk splitsing eerst mag worden verleden, zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is.

- 2.4.6 Verder is gebruikmaking van de term ‘adequaat’ (in plaats van ‘redelijk’) meer in lijn met de Richtlijn en zouden wij, waar mogelijk, nadere duiding van het waarderingscriterium door de wetgever toejuichen.
- 2.4.7 Het is positief te noemen dat in het Voorontwerp gebruik wordt gemaakt van:
- (a) de lidstaatoptie dat de bepaling van de hoogte van de schadeloosstelling door de onafhankelijke deskundigen bindend is voor alle houders van aandelen van dezelfde soort of aanduiding die een verzoek tot schadeloosstelling hebben ingediend; en
  - (b) de lidstaatoptie dat de bepaling van de ruilverhouding van de aandelen door de onafhankelijke deskundigen bindend is voor alle houders van aandelen van dezelfde soort of aanduiding die niet over de mogelijkheid beschikten om een verzoek tot schadeloosstelling in te dienen of een dergelijk verzoek niet hebben ingediend.
- 2.4.8 Voor de bepaling van de ruilverhouding door de onafhankelijke deskundigen is expliciet opgenomen dat deze ook – naast de desbetreffende aandeelhouder(s) – bindend is voor de vennootschap(pen). Het ligt onzes inziens in de rede dat een soortgelijk bindend karakter voor de vennootschap(pen) ook wordt opgenomen in de regeling inzake de bepaling van de hoogte van de schadeloosstelling door de onafhankelijke deskundigen.
- 2.4.9 Wat ons betreft is het verder wenselijk om toe te voegen op welke wijze en waar de vennootschap het elektronische adres waarop het verzoek tot schadeloosstelling kan worden ingediend dient op te geven.

## **2.5 Werknemersmedezeggenschap**

- 2.5.1 Op het gebied van werknemersmedezeggenschap beoogt de Richtlijn dat – vaker dan dat nu het geval is – in het kader van een grensoverschrijdende verrichting de ‘Europese regeling’ gevolgd dient te worden en de bij de verrichting betrokken vennootschap(pen) in beginsel verplicht zal/zullen zijn een bijzondere onderhandelingsgroep (**BOG**) in te stellen waarmee zal worden onderhandeld over de vorm van werknemersmedezeggenschap zoals deze na de verrichting van toepassing zal zijn (de mogelijkheid tot directe toepassing van de referentievoorschriften voor regelingen met betrekking tot medezeggenschap, bedoeld in artikel 1:31 leden 2 en 3 van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen, hierna: **referentievoorschriften**, daargelaten).
- 2.5.2 Uitgangspunt bij de grensoverschrijdende fusie en splitsing is dat een verkrijgende vennootschap onderworpen is aan de regelingen met betrekking tot medezeggenschap die in een voorkomend geval van toepassing zijn in de lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft. Wanneer het een grensoverschrijdende omzetting betreft, zal het recht van de lidstaat waarnaar de statutaire zetel wordt overgebracht van toepassing zijn.



- 2.5.3 Op deze hoofdregel zijn enkele uitzonderingen geformuleerd, in welk geval niet het recht van de desbetreffende lidstaat van toepassing is, maar de 'Europese regeling' gevolgd dient te worden.
- 2.5.4 De eerste uitzondering betreft onder het huidige artikel 2:333k BW het geval waarin bij ten minste één van de fuserende vennootschappen in de zes maanden voorafgaand aan de datum van neerlegging of openbaarmaking van het fusievoorstel gemiddeld meer dan 500 werknemers werkzaam zijn en op deze fuserende vennootschap regelingen met betrekking tot medezeggenschap van toepassing zijn. In lijn met de Richtlijn scherpt het Voorontwerp dit criterium aan in die zin dat de uitzondering (reeds) geldt indien een gemiddeld aantal werknemers werkzaam is van vier/vijfde van de toepasselijke drempel inzake werknemersmedezeggenschap als neergelegd in nationale wetgeving van toepassing op de vennootschap. In de Toelichting wordt opgemerkt dat hierbij voor wat betreft de Nederlandse wetgeving dient te worden aangesloten bij het structuurregime.
- 2.5.5 Wij vragen ons hierbij af of in de Toelichting niet ook aandacht besteed moet worden aan de vorm van medezeggenschap zoals volgt uit artikel 2:134a BW (het recht van de ondernemingsraad om in de gelegenheid te worden gesteld een standpunt te bepalen inzake een voorstel tot benoeming, schorsing of ontslag van een bestuurder van een naamloze vennootschap)? Er wordt van uitgegaan dat onder regelingen met betrekking tot werknemersmedezeggenschap alleen het structuurregime wordt bedoeld zonder aandacht te besteden aan andere vormen van werknemersmedezeggenschap. Te denken valt verder aan een vennootschap waarvan de statuten voorzien in een regeling van werknemersmedezeggenschap anders dan de structuurregeling, waaronder naar aanleiding van onderhandelingen met de BOG in het kader van een eerdere grensoverschrijdende verrichting.
- 2.5.6 De eerste zin van lid 12 van artikel 2:333k BW (Voorontwerp) luidt: 'De algemene vergadering van elke fuserende vennootschap kan besluiten af te zien van het openen van onderhandelingen over regelingen met betrekking tot medezeggenschap, indien op ten minste één van de fuserende vennootschappen regelingen met betrekking tot medezeggenschap van toepassing zijn.'. Het verdient aanbeveling te verduidelijken dat ook indien een vennootschap onder de fictie van lid 3 onder a (de nieuwe drempel betreffende het gemiddeld aantal werknemers dat werkzaam is geweest bij de fuserende vennootschappen) valt de mogelijkheid bestaat om af te zien van onderhandelingen en de referentievoorschriften toe te passen.

## **2.6 Duur van de procedure en schuldeisersverzetsperiode**

- 2.6.1 Het Voorontwerp brengt wijzigingen aan in de algemene tijdlijn en de duur van de procedure voor een grensoverschrijdende fusie. Voor wat betreft de meeste fasen van het traject lopen

de termijnen van de procedures voor een grensoverschrijdende splitsing of omzetting hiermee gelijk.

- 2.6.2 Voor elk van de verrichtingen dient op basis van het Voorontwerp, en zulks conform de Richtlijn, een in vergelijking met de huidige Nederlandse wetgeving langere schuldeisersverzetsperiode van in totaal drie maanden in acht te worden genomen.
- 2.6.3 In de praktijk zullen het voorstel en de toelichting in veel gevallen min of meer gelijktijdig worden afgerond, waarna spoedig wordt overgegaan tot nederlegging/openbaarmaking en aankondiging daarvan. Ondanks dat op grond van de artikelen 2:317 lid 2 BW (huidig), 2:334m lid 2 BW (huidig) en 2:335h lid 2 BW (Voorontwerp) geldt dat het besluit tot grensoverschrijdende verrichting kan worden genomen na verloop van een maand na de dag waarop de nederlegging of openbaarmaking van het voorstel is aangekondigd, schrijven de artikelen 2:333f lid 6 BW (Voorontwerp), 2:334nn lid 6 BW (Voorontwerp) en 2:335d lid 6 BW (Voorontwerp) voor dat uiterlijk zes weken voor de datum van het besluit de schriftelijke toelichting en, indien beschikbaar, het voorstel minstens elektronisch toegankelijk zijn voor de aandeelhouder en voor de ondernemingsraad. Omwille van deze termijn van zes weken zal het besluit tot grensoverschrijdende fusie, splitsing of omzetting in de praktijk niet eerder dan zes weken na nederlegging/openbaarmaking geschieden.
- 2.6.4 In de bepalingen omtrent de aanvraag van het pre-fusie of pre-splitsing attest is niet terug te vinden of de aanvraag bij de notaris reeds kan worden ingediend c.q. of het attest kan worden afgegeven gedurende de schuldeisersverzetsperiode. Voor beide verrichtingen geldt op grond van de huidige algemene bepalingen omtrent fusies en splitsingen dat de akte eerst mag worden verleden, zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is. Voor het pre-omzetting attest geldt dat indien tijdig verzet is gedaan, dit eerst mag worden afgegeven zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is. Aangezien de Richtlijn niet dwingend voorschrijft dat de schuldeisersverzetsperiode volledig moet zijn doorlopen op het moment dat het pre-verrichting attest wordt afgegeven, en de bepalingen van artikel 2:316 leden 3 tot en met 5 BW (huidig), 2:334l leden 2 tot en met 4 BW (huidig) en 2:335j leden 3 tot en met 5 BW (Voorontwerp) niet voortvloeien uit Europees regels, is het aan de wetgever op dit punt verdere duidelijkheid te verschaffen.
- 2.6.5 Voor de grensoverschrijdende fusie en splitsing leidt een verlenging van de termijn waarbinnen de notaris zijn beoordeling van de aanvraag van het pre-atteest dient af te ronden tot een gelijke verlenging van de termijn waarbinnen de akte van fusie of splitsing mag worden verleden. Het Voorontwerp voorziet niet in een dergelijke maximale termijn tussen de openbaarmaking van het voorstel en het verlijden van de akte met betrekking tot de grensoverschrijdende omzetting. Reden voor dit verschil zou – zo begrijpen wij – erin gelegen zijn dat vennootschappen uit andere lidstaten niet verplicht zouden moeten worden te voldoen aan termijnen enkel voortvloeiend uit Nederlands recht. Vanuit deze optiek

vragen wij ons af of er in de ogen van de wetgever een rechtvaardiging is om deze maximale termijn voor de grensoverschrijdende fusie en splitsing te laten vervallen.

## **2.7 Vereiste meerderheid besluitvorming algemene vergadering**

2.7.1 De Richtlijn schrijft onder meer voor dat de 'stemmingsdrempel' voor het nemen van een besluit tot grensoverschrijdende omzetting of grensoverschrijdende splitsing hoe dan ook niet hoger is dan die in nationale wetgeving is voorgeschreven voor het nemen van een besluit tot grensoverschrijdende fusie.

2.7.2 Gezien de Toelichting (i) wordt de huidige meerderheidsregel voor het nemen van een besluit tot grensoverschrijdende fusie onder het nationale Nederlandse recht aangescherpt en (ii) sluiten de voorgestelde meerderheidsregels voor het nemen van een besluit tot grensoverschrijdende omzetting of grensoverschrijdende splitsing hierop aan. Daarmee brengt het Voorontwerp consistentie aan in de vereiste meerderheid voor een besluit van de algemene vergadering tot een grensoverschrijdende verrichting.

2.7.3 Over de meerderheidsvereisten het volgende. Het Voorontwerp bepaalt (x) ten aanzien van een besluit tot grensoverschrijdende omzetting: 'in de statuten kan een meerderheid van meer dan twee derden van de uitgebrachte stemmen of een vertegenwoordiging van meer dan twee derden van het geplaatste kapitaal ter vergadering worden vereist, met dien verstande dat deze in de statuten vereiste meerderheid niet meer mag bedragen dan 90% van de uitgebrachte stemmen of vertegenwoordiging van meer dan 90% van het kapitaal' en (y) ten aanzien van een besluit tot grensoverschrijdende fusie of splitsing: 'in het geval uit het bepaalde in de leden 3 en 4 van artikel [317 respectievelijk 334m] voortvloeit dat de vereiste meerderheid voor het besluit meer bedraagt dan 90% van de uitgebrachte stemmen of vertegenwoordiging van meer dan 90% van het geplaatste kapitaal ter vergadering, wordt het besluit met 90% van de uitgebrachte stemmen of vertegenwoordiging van 90% van het geplaatste kapitaal ter vergadering genomen'.

2.7.4 Wij merken daarbij het volgende op:

(a) Zou bij een grensoverschrijdende omzetting onder (x) aan het einde van de zin niet opnieuw gesproken dienen te worden van het 'geplaatste kapitaal ter vergadering', in plaats van 'kapitaal'?

(b) Omwille van de rechtszekerheid zou het onzes inziens gewenst zijn als (nader) wordt verduidelijkt en/of toegelicht wat precies wordt verstaan onder 'vertegenwoordiging van (...) van het geplaatste kapitaal ter vergadering'. Wij begrijpen dat deze bepaling ziet op de stemmeerderheid binnen het ter vergadering aanwezige/vertegenwoordigde geplaatste kapitaal. Aldus wordt niet beoogd een quorumvereiste (geplaatst kapitaal ter vergadering aanwezig/vertegenwoordigd) te introduceren, zo is ons begrip.

- (c) In het verlengde van onze opmerking onder (b), behoeft onzes inziens zowel bij de omzetting, fusie als splitsing verduidelijking/toelichting hoe deze maximering uitwerkt indien de statuten voorschrijven dat een dergelijk besluit enkel kan worden genomen (i) met algemene stemmen (ii) in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd is (of elk ander vergaderquorum van boven de 90%). Als ons begrip van de regeling in het Voorontwerp juist is, biedt deze maximering geen oplossing voor de statuten die voorzien in een vergaderquorum van boven de 90% van het geplaatste kapitaal.

## **2.8 Toelichting**

- 2.8.1 Conform de Richtlijn maakt het Voorontwerp onderscheid tussen (i) een deel van de toelichting voor de aandeelhouders en (ii) een deel voor de werknemers van de vennootschap.
- 2.8.2 Het deel van de toelichting voor de werknemers hoeft niet te worden gegeven wanneer alle werknemers van de fuserende, splitsende of om te zetten vennootschap en, in voorkomend geval, van haar<sup>5</sup> dochtermaatschappijen tot het bestuur behoren.
- 2.8.3 De wetgever heeft in het Voorontwerp gebruikgemaakt van de optie om eenpersoonsvennootschappen uit te sluiten van de verplichting tot het opstellen van een toelichting. In het kader van de lastenverlichting voor de bij de verrichting betrokken vennootschappen juichen wij deze keuze toe.
- 2.8.4 Opvallend resultaat is evenwel dat (i) voor een eenpersoonsvennootschap mét werknemers geen toelichting vereist is (noch het deel voor de aandeelhouders noch dat voor de werknemers hoeft te worden opgesteld), terwijl (ii) voor een vennootschap zónder werknemers – niet zijnde een eenpersoonsvennootschap – wel een toelichting voor de werknemers vereist lijkt te zijn, ook indien de aandeelhouders instemmen met het achterwege laten van het deel van de toelichting voor de aandeelhouders.
- 2.8.5 Ten aanzien van (ii) kan worden opgemerkt dat in een dergelijk geval een toelichting in de regel niet voor de hand lijkt te liggen, zij het dat de huidige Nederlandse regels voor (nationale) fusie en splitsing reeds in algemene zin een toelichting voorschrijven met een uiteenzetting over de verwachte gevolgen voor de werkzaamheden en een toelichting uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt. Men zal hier in de praktijk dus op bedacht moeten zijn.

## **2.9 Beperkte rechten**

- 2.9.1 Hoewel het aanbeveling had verdiend, bevat de Richtlijn (en in navolging daarvan het Voorontwerp) helaas geen regels over het onderwerp van bestaande beperkte rechten op

---

<sup>5</sup> In artikel 2:333f lid 5 BW (Voorontwerp) wordt per abuis gesproken van 'hun' in plaats van 'haar'.

aandelen in geval van een grensoverschrijdende fusie, splitsing of omzetting. In het huidige Nederlandse recht zijn regels opgenomen voor fusie (artikel 2:319 BW) en splitsing (artikel 2:334o BW) over pandrecht en vruchtgebruik, maar deze regels zijn geen implementatie van een eerdere richtlijn. Voor de (grensoverschrijdende) omzetting ontbreekt enige regeling hieromtrent in het Voorontwerp.

- 2.9.2 Indachtig het vereiste om de aan schuldeisers geboden waarborgen, zoals garanties of pandrechten, in het voorstel tot grensoverschrijdende fusie, splitsing of omzetting te vermelden, is het bij gebrek aan harmonisering naar onze mening aan te bevelen in het Voorontwerp aandacht te besteden aan beperkte rechten op aandelen.

### **3 GRENDOVERSCHRIJDENDE FUSIE**

#### **3.1 Vereenvoudigde fusie**

- 3.1.1 De Richtlijn introduceert in artikel 119 sub d twee nieuwe (vereenvoudigde) fusievarianten. Het betreft fusies door overneming waarbij de verkrijgende vennootschap *geen* aandelen toekent, in het geval dat (i) alle aandelen in de fuserende vennootschappen rechtstreeks of indirect in handen zijn van één persoon *of* (ii) de deelnemers in de fuserende vennootschappen hun effecten en aandelen in alle fuserende vennootschappen in dezelfde verhouding aanhouden.
- 3.1.2 Ten aanzien van de fusievariant onder (i) merken we op dat de woorden 'rechtstreeks of indirect' zorgen voor een bredere strekking van deze (vereenvoudigde) fusievariant dan is opgenomen in artikel 2:333 BW (huidig). Wij zouden toejuichen dat artikel 2:333 BW op dit punt wordt aangepast (en daarmee via de gelaagde structuur van toepassing is op zowel de grensoverschrijdende als de nationale fusies), zodat ook deze (grensoverschrijdende) fusievariant naar de letter van de wet 'vereenvoudigd' kan worden uitgevoerd.
- 3.1.3 Ten aanzien van de fusievariant onder (ii) valt ons met de wetgever op dat deze fusievariant (onzes inziens zeer wel mogelijk per abuis) niet is vermeld in artikel 132 van de Richtlijn, waarin bepaalde formaliteiten buiten toepassing worden verklaard voor vereenvoudigde fusievarianten. Het zou in de rede liggen dat ook een dergelijke (grensoverschrijdende) fusievariant – waarbij gelijk aan de andere 'vereenvoudigde' fusievarianten geen aandelen worden toegekend door de verkrijgende vennootschap – vereenvoudigd kan worden uitgevoerd.
- 3.1.4 Voor betere overeenstemming van het nationale recht met de Richtlijn dient artikel 2:333 BW (huidig) te worden aangevuld met vorenbedoelde vereenvoudigde fusievarianten. Wat ons betreft past een dergelijke aanpassing binnen de bestaande voorzieningen voor vereenvoudigde fusies. Indachtig de uitgangspunten van de wetgever bij de implementatie van de Richtlijn draagt dit bovendien bij aan lastenverlichting.

### **3.2 Inbrengverklaring (artikel 2:333g lid 1 BW)**

- 3.2.1 In afwijking van artikel 2:328 BW (huidig) zal de inbrengverklaring van de accountant<sup>6</sup> alleen vereist zijn in geval de verkrijgende of verdwijnende vennootschap een naamloze vennootschap is met statutaire zetel in Nederland.
- 3.2.2 Met de accountantsverklaring wordt beoogd dezelfde waarborg te geven als de verklaring vereist op grond van artikel 2:94b BW betreffende inbreng in natura. Voor invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht gold eenzelfde verplichting ten aanzien van een inbreng in natura op aandelen in een besloten vennootschap (destijds artikel 2:204b BW). Met het vervallen van deze verplichting voor de besloten vennootschap is gerechtvaardigd de keuze van de wetgever de inbrengverklaring in het kader van een grensoverschrijdende fusie slechts ten aanzien van een naamloze vennootschap te verlangen. Gezien de ratio van de wijziging zouden we graag zien dat ook voor nationale fusies de verplichte inbrengverklaring ten aanzien van besloten vennootschappen komt te vervallen.
- 3.2.3 De inbrengverklaring kan in de Nederlandse wetgeving niet verplicht worden gesteld ten aanzien van een buitenlandse verkrijgende of verdwijnende vennootschap omdat deze verplichting voortvloeit uit de Nederlandse wetgeving. Onzes inziens zou deze verplichting derhalve slechts dienen te gelden ten aanzien van een verkrijgende naamloze vennootschap.
- 3.2.4 Het valt verder te overwegen in artikel 2:333g BW (Voorontwerp) te verduidelijken dat in geval van een *inbound* grensoverschrijdende fusie naast het bedrag aan schadeloosstellingen ook het bedrag aan uittreedvergoedingen verschuldigd door de buitenlandse vennootschap in aanmerking dient te worden genomen. Onzes inziens ligt het in de rede hetgeen van toepassing is ten aanzien van het verdisconteren van de schadeloosstellingen analoog toe te passen op eventuele uittreedvergoedingen welke zijn verschuldigd door de buitenlandse vennootschap (welke aandeelhouders zich niet op artikel 2:333h BW kunnen beroepen).

## **4 GRENDOVERSCHRIJDENDE SPLITSING**

### **4.1 Moment waarop de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt (artikel 2:334uu lid 1 BW)**

- 4.1.1 De Richtlijn schrijft voor dat het recht van de lidstaat van de splitsende vennootschap bepaalt op welke datum de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt. Indien de splitsende vennootschap een Nederlandse vennootschap is, moet deze datum in ieder

---

<sup>6</sup> Waarin dient te worden verklaard dat de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen ten minste overeenkwam met het nominaal gestorte bedrag op de aandelen die de aandeelhouders ingevolge de fusie verkrijgen vermeerderd met betalingen waarop zij krachtens de ruilverhouding recht op hebben en het totaalbedrag van de schadeloosstelling waarop aandeelhouders krachtens artikel 2:330a BW recht op hebben.

geval liggen na het moment van (i) het tekenen van de akte van grensoverschrijdende splitsing door de notaris, (ii) afgifte van het pre-splitsing attest door de notaris, (iii) voltooiing van het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing door de bevoegde instantie van de verkrijgende lidstaat of lidstaten en (iv) ontvangst door de beheerder van het Nederlandse handelsregister van de bevestiging dat de verkrijgende vennootschap(en) is/zijn ingeschreven in het desbetreffende handelsregister/de desbetreffende handelsregisters. In de praktijk zal de ontvangst van de desbetreffende verklaring(en) door het Nederlandse handelsregister het slotstuk zijn en bepalend voor het moment van het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing.

- 4.1.2 Aangezien de snelheid waarmee de beheerders van buitenlandse handelsregisters hun mededelingen zullen doen aan het Nederlandse handelsregister (vooralsnog) niet te voorspellen is, leidt dit tot onzekerheid omtrent het moment waarop de splitsing van kracht zal worden.
- 4.1.3 Hierbij kan de vraag worden gesteld hoe om te gaan met vermelding van het tijdstip waarop de financiële gegevens betreffende het deel van het vermogen dat bij de splitsing zal overgaan in de jaarrekening of andere financiële verantwoording van de verkrijgende vennootschap zal worden verantwoord, indien deze afwijkt van het moment waarop de splitsing van kracht wordt, en het moment van ondertekening van het splitsingsvoorstel en het moment van het van kracht worden van de splitsing door vertraging in verschillende boekjaren komen te liggen. In de praktijk kan een overgangsbepaling in het splitsingsvoorstel hiervoor uitkomst bieden. Het voorstel vermeldt in dat geval het tijdstip waarop de financiële verantwoording overgaat indien de splitsing in boekjaar [X] van kracht wordt, alsmede het tijdstip indien de splitsing in boekjaar [Y] van kracht wordt. Wij zouden graag verduidelijkt zien hoe de wetgever dit probleem in de praktijk graag opgelost ziet worden.
- 4.1.4 Ten aanzien van de door het Nederlandse handelsregister te ontvangen bevestiging dat de verkrijgende vennootschap(en) is/zijn ingeschreven stellen wij voor het handelsregister elektronisch te laten bevestigen aan (het kantoor van) de Nederlandse notaris (middels een gestandaardiseerde verklaring) dat de bevestiging is ontvangen alsmede de datum waarop de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt. Dit zou elektronisch dienen te geschieden om vertraging bij verzending via de post te voorkomen.

#### **4.2 Splitsing van een vennootschap in faillissement of surséance van betaling (artikel 2:334kk lid 4 BW)**

Wij verzoeken de wetgever in de Toelichting te verduidelijken waarom bij grensoverschrijdende splitsing wel de mogelijkheid wordt geboden tot splitsing van een naamloze of besloten vennootschap in faillissement of surséance van betaling en de

mogelijkheid tot grensoverschrijdend fuseren of omzetten van een naamloze of besloten vennootschap in faillissement of surséance van betaling is uitgesloten.

## **5 GRENDOERSCHRIJDENDE OMZETTING**

### **5.1 Voorstel tot grensoverschrijdende omzetting (artikel 2:335b lid 2 BW)**

Artikel 2:335b lid 2 BW (Voorontwerp) vereist niet dat in het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting wordt vermeld 'de oprichtingsakte van de vennootschap in de lidstaat van bestemming'. Dit is op grond van art. 86*quinquies* lid 1 onder d) van de Richtlijn wel een vereiste en zou om die reden wat ons betreft aan deze bepaling moeten worden toegevoegd.

### **5.2 Adres van de bestuurder (artikel 2:335f lid 2 BW)**

In artikel 2:335f lid 2 BW (Voorontwerp) zou wat ons betreft 'aan de woonplaats van de bestuurder' moeten worden vervangen door 'op het adres van een bestuurder'. Ter toelichting op dit punt vragen wij ons af of dit adres het privé-woonadres van de desbetreffende bestuurder dient te zijn of dat het de bestuurder vrij staat voor het doel van deze bepaling elders adres te kiezen.

### **5.3 Schadeloosstelling (artikel 2:335l lid 5 BW)**

Wij zijn van mening dat het laatste deel van de slotzin van artikel 2:335l lid 5 BW (Voorontwerp) – voor zover het ziet op de voldoening van de schadeloosstelling binnen twee maanden na het van kracht worden van de omzetting – logischerwijs zou moeten worden geplaatst in artikel 2:335j BW (Voorontwerp), nu in laatstgenoemd artikel de rest van de bepaling uit artikel 86*decies* van de Richtlijn is opgenomen.

## **6 FISCAAL**

### **6.1 Algemeen**

6.1.1 In het Voorontwerp wordt niet ingegaan op de fiscale aspecten van de te regelen grensoverschrijdende verrichtingen. In lijn met doel en strekking van de fiscale Fusierichtlijn<sup>7</sup> dienen fiscale gevolgen echter niet prohibitief te zijn voor het uitvoeren van deze op de vrijheid van vestiging gestoelde grensoverschrijdende verrichtingen. Het is daarom goed om te zien dat in de consultatie aan de praktijk wordt gevraagd om fiscale knelpunten en behoeften te identificeren. Wij dragen hier graag aan bij.

6.1.2 In de navolgende onderdelen wordt eerst ingegaan op enkele fiscale onderwerpen die bij alle vormen van grensoverschrijdende verrichtingen van belang zijn. Er wordt ingegaan op de rechtmatigheids- en fraudetoets (6.2) en op de fiscale behandeling van

---

<sup>7</sup> Richtlijn 2009/133/EG van 19 oktober 2009, PbEG L 310/34, zoals laatstelijk gewijzigd op 13 mei 2013, PbEU L 141/30.



schadeloosstellingen (6.3). Paragraaf 6.4 besteedt kort aandacht aan het fiscale transactietijdstip. Enkele aspecten van verliesverrekening komen aan de orde in paragraaf 6.5, gevolgd door een korte paragraaf over invordering, overdrachtsbelasting en schenken en erfbelasting in 6.6.

- 6.1.3 De bestaande Nederlandse fiscale wetgeving biedt op dit moment al een kader voor de fiscale gevolgen van grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing. Hoewel dit kader op punten zou kunnen worden verfijnd<sup>8</sup>, is binnen de fiscale praktijk met name behoefte aan een regeling voor de grensoverschrijdende omzetting. In paragraaf 6.7 komt dit nader aan de orde.
- 6.1.4 Vooraf wijzen wij erop dat, zoals eerder opgemerkt, de niet in het Voorontwerp geregelde grensoverschrijdende verrichtingen (zoals splitsing naar bestaande vennootschappen en driehoeksvarianten) onder omstandigheden mogelijk blijven op grond van de vrijheid van vestiging en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Het is wenselijk dat in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel uitdrukkelijk naar voren komt dat dergelijke verrichtingen eenzelfde fiscale behandeling tegemoet kunnen blijven zien als de wél expliciet geregelde grensoverschrijdende fusie- en splitsingsvarianten.

## 6.2 Rechtmatigheids- en fraudetoets

- 6.2.1 Zoals reeds opgemerkt in 2.3.5(b) betwijfelen wij of de Richtlijngever de poortwachtersrol van de Nederlandse notaris voor ogen heeft gehad bij de formulering van de fraudetoets. Gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn lijkt de Richtlijngever met de fraudetoets aansluiting te hebben gezocht bij het Unierechtelijke beginsel van het verbod van rechtsmisbruik. Daarvan is fiscaal sprake wanneer weliswaar formeel aan de voorwaarden voor de grensoverschrijdende verrichting is voldaan, maar niettemin sprake is van een 'volstrekt kunstmatige constructie' die geen verband houdt met de economische realiteit en die erop gericht is om een Unierechtelijk (of nationaalrechtelijk) voordeel te verkrijgen of belasting te ontwijken.<sup>9</sup>
- 6.2.2 Wij verzoeken daarom om in het wetsvoorstel – in aanvulling op de onderwerpen zoals genoemd in paragraaf 2.3.5 – (veel) uitgebreider in te gaan op de reikwijdte van de fraudetoets. De daarbij te stellen kernvraag lijkt te moeten zijn of de grensoverschrijdende verrichting leidt tot een 'daadwerkelijke vestiging' in de lidstaat van ontvangst (geen *brievensmaatschappij* in Europeesrechtelijke zin).
- 6.2.3 Daarnaast vragen wij aandacht voor de verhouding tussen de fraudetoets van de Richtlijn/het Voorontwerp (die voorafgaand aan de verrichting plaatsheeft), het EU-

<sup>8</sup> Zo zou het bijvoorbeeld wenselijk zijn dat wordt verduidelijkt dat ook een (grensoverschrijdende) fusie of splitsing waarbij géén aandelen worden toegekend omdat sprake is van één of dezelfde aandeelhouders onder de reikwijdte van de aandeelhoudersfaciliteiten valt (artikel 4.16, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001).

<sup>9</sup> Zie voor een uitgebreide uiteenzetting R.L.P. van der Velden, 'De Richtlijn Grensoverschrijdende Mobiliteit – enige fiscale aspecten', *MBB* 2021/11.

rechtelijke verbod van rechtsmisbruik en de (fiscale) toetsing achteraf op grond van bijvoorbeeld het antimisbruikvoorbehoud van de Fusierichtlijn. Het belangrijkste punt van deze fiscale toetsing achteraf is dat ingeval van 'misbruik' de transactie wel doorgang kan vinden (maar dat dit zonder toepassing van fiscale faciliteiten zal zijn). Ingeval de fraudetoets van de Richtlijn/het Voorontwerp ook een fiscale toets omvat, doet zich een samenloop van fiscale toetsen voor.

- 6.2.4 Een eerste vraag die in dat kader opkomt, is of het fiscale antimisbruikvoorbehoud in de Fusierichtlijn dezelfde reikwijdte heeft als een fiscale toets als onderdeel van de fraudetoets in de Richtlijn/het Voorontwerp. Gelet op de oorsprong van beide toetsen (het Unierechtelijke beginsel dat rechtsmisbruik verboden is) zouden beide toetsen dezelfde reikwijdte moeten hebben. In dat geval moet worden geconstateerd dat het feit dat de verrichting onmogelijk wordt ingeval van fiscaal misbruik, een beperking van de vrijheid van vestiging is die verder gaat dan de Fusierichtlijn voorschrijft. Mogelijk moet dan ook worden vastgesteld dat deze beperking verder gaat dan strikt noodzakelijk is, omdat er andere, meer proportionele waarborgen zijn om fiscaal misbruik tegen te gaan (zoals toetsing achteraf op grond van de Fusierichtlijn).
- 6.2.5 Ook in praktische zin komen vragen op over de verhouding tussen de verschillende misbruiktoetsen. Wat is bijvoorbeeld het gevolg als in het kader van de toetsing vooraf op grond van het Voorontwerp niet tot fiscaal misbruik wordt geconcludeerd, terwijl fiscale autoriteiten achteraf tot een andere conclusie komen? Wat als het attest vanwege fiscaal misbruik wordt geweigerd, terwijl er (achteraf) geen misbruik blijkt te zijn? Wij verzoeken om in het wetsvoorstel uitgebreid in te gaan op de fraudetoets en de verhouding met andere (fiscale) misbruiktoetsen.

### **6.3 Schadeloosstellingen**

- 6.3.1 Het Voorontwerp voorziet in een verplichting om de uittreding van tegenstemmende minderheidsaandeelhouders te faciliteren bij grensoverschrijdende omzetting, grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing. Tegenstemmende minderheidsaandeelhouders krijgen het recht om hun aandelen aan te bieden tegen een adequate vergoeding. De hoogte van de schadeloosstelling en de ruilverhouding van de aandelen kunnen op verzoek opnieuw (bindend) worden beoordeeld door een onafhankelijke deskundige.
- 6.3.2 Dit roept de vraag op hoe schadeloosstellingen en wijzigingen in de ruilverhouding naar Nederlands fiscaal recht worden behandeld.
- 6.3.3 In de eerste plaats is van belang of de uittreedvergoeding in de weg kan staan aan fiscale begeleiding van de verrichting (waarvoor onder de Fusierichtlijn geldt dat een eventuele bijbetaling 10% van de nominale waarde van de toegekende aandelen niet te boven mag gaan). Een uittreedvergoeding zal echter al snel meer kunnen bedragen dan 10% van de

nominale waarde van de toegekende aandelen. In de parlementaire toelichting bij de grensoverschrijdende fusie is in dit verband aangegeven dat een schadeloosstelling voor uittreedende aandeelhouders voor de toepassing van de 10%-grens niet wordt aangemerkt als een bijbetaling in contanten, maar als een daarvan gescheiden vorm van kapitaalsvermindering. Het zou goed zijn als dit in bredere zin voor alle onderhavige grensoverschrijdende verrichtingen kan worden bevestigd.

- 6.3.4 Een volgende vraag is hoe de belastingheffing over de uittreedvergoeding verloopt. De aandeelhouder die van dit recht gebruikmaakt, vervreemdt in feite zijn aandelen. Ook de Richtlijn spreekt in dit verband van een 'vervreemding'. Het ligt voor de hand om een schadeloosstelling (en eventuele aanpassingen na interventie door een deskundige) derhalve ook fiscaal te behandelen als een verkoop van aandelen (c.q. een prijsaanpassing van de verkoopprijs als de schadeloosstelling of ruilverhouding wordt aangepast). Wij vragen om een toelichting op dit punt.

#### **6.4 Fiscale transactietijdstip**

- 6.4.1 Bij een grensoverschrijdende verrichting zal steeds het fiscaal relevante transactietijdstip moeten worden vastgesteld. Als hoofdregel geldt dat het fiscale transactietijdstip het moment is waarop de verrichting van kracht wordt. Hiervoor hebben wij al opgemerkt dat hierover in het kader van een grensoverschrijdende splitsing onduidelijkheid kan ontstaan. Vanuit fiscale optiek kan dit leiden tot dubbele heffing of dubbele niet-heffing (lidstaten zien ieder een ander transactietijdstip), hetgeen onwenselijk is.

- 6.4.2 Een andere situatie van dubbele heffing of dubbele niet-heffing zou kunnen ontstaan voor zover één van de betrokken jurisdicties voorziet in fiscale terugwerkende kracht van de transactie, terwijl de andere betrokken jurisdictie deze fiscale terugwerkende kracht niet kent. Het zou om die reden wenselijk zijn een fiscale regeling te treffen die dergelijke situaties stroomlijnt, bijvoorbeeld door fiscale terugwerkende kracht van een grensoverschrijdende verrichting alleen toe te staan voor zover de andere betrokken jurisdictie deze terugwerkende kracht ook aan de verrichting verleent. Het ligt voor de hand om daarbij het fiscale transactietijdstip in de 'verkrijgende' lidstaat leidend te laten zijn.

#### **6.5 Verliesverrekening**

- 6.5.1 Bij een grensoverschrijdende verrichting kunnen 'verdwijnende' rechtspersonen betrokken zijn die beschikken over voorwaarts verrekenbare verliezen. Als gevolg van de

grensoverschrijdende verrichting kan zich een situatie voordoen dat deze verliezen niet meer verrekenbaar zijn in de lidstaat van vertrek.

- 6.5.2 De situatie waarin als gevolg van de verrichting verliezen niet meer verrekenbaar zijn, kan onder bijzondere omstandigheden in strijd zijn met de vrijheid van vestiging.<sup>10</sup> Dit is, kortweg, het geval als sprake is van in feitelijke en in juridische zin definitieve verliezen, waarbij de in het vertrekland bestaande mogelijkheden van verliesverrekening voor alle jaren volledig zijn uitgeput, er lokaal geen activiteiten meer worden verricht en er geen mogelijkheid is voor de belastingplichtige of een derde om het verlies in toekomstige belastingjaren in die staat te verrekenen of anderszins economisch te gelde te maken. In een dergelijk geval dient het ontvangstland deze definitieve verliezen (herrekenend naar eigen maatstaven) te respecteren en over te nemen.
- 6.5.3 Hoewel de reikwijdte van de *final loss*-jurisprudentie onduidelijk is – zo is na *Aures Holding* de vraag of slechts van verliesovername sprake kan zijn wanneer de ontvangststaat reeds enige vorm van heffingsbevoegdheid had voorafgaand aan de verrichting – is het in het kader van de vrijheid van vestiging gepast als zou worden voorzien in een regeling voor de overname van definitieve verliezen bij een grensoverschrijdende verrichting waarbij Nederland ontvangststaat is. Wij vragen om een visie op dit onderwerp.

## **6.6 Invordering, overdrachtsbelasting en schenk- en erfbelasting**

- 6.6.1 In voorkomende gevallen zal Nederland als vertrekstaat bij een grensoverschrijdende verrichting aan de vertrekkende vennootschap of haar aandeelhouders een exitheffing opleggen, bijvoorbeeld op grond van artikel 15c en/of artikel 15d Wet Vpb of op grond van artikel 4.16, lid 1, onderdeel d Wet IB jo. artikel 17, lid 3, onderdeel b Wet Vpb. De onmiddellijke invordering van een dergelijke exitheffing zou in beginsel in strijd komen met de vrijheid van vestiging. Daarom voorziet de Invorderingswet in de artikelen 25a en 25b in uitstel van betaling.
- 6.6.2 De exitheffing bij grensoverschrijdende omzettingen wordt gedekt door de bewoordingen van art. 25b IW (belastingsschuldige is de omgezette rechtspersoon). Bij grensoverschrijdende fusie en splitsing zijn belastingsschuldige en verkrijgende rechtspersoon daarentegen niet dezelfde; bij fusie en zuivere splitsing zal de belastingsschuldige zelfs ophouden te bestaan. Uit de parlementaire toelichting bij art. 25a IW kan worden opgemaakt dat bij fusie en splitsing (zuivere splitsing én afsplitsing) de uitstelregeling niettemin toepassing vindt. De aan het uitstel verbonden verplichtingen (zoals zekerheidstelling) gaan over op de verkrijgende rechtspersoon. Deze toepassing van artikel 25a IW ligt gelet op doel en strekking van de regeling ook voor de hand. In de parlementaire toelichting op art. 25b IW is echter niet op de toepassing van de bepaling bij fusie of splitsing ingegaan. Gelet op de vergelijkbare bewoordingen van beide

---

<sup>10</sup> Vgl de jurisprudentie van het HvJEU in o.m. *Marks & Spencer* (C-446/03), *Bevola* (C-650/16), *Memira* (C-607/17) en *Aures Holding* (C-405/18).

uitstelregelingen ligt voor de hand dat art. 25b IW ook kan worden toegepast op exitheffingen bij fusie of splitsing. Het is wenselijk dat dit expliciet wordt bevestigd.

- 6.6.3 De Wet belastingen van rechtsverkeer kent een vrijstelling van de heffing van overdrachtsbelasting als onroerende zaken overgaan in het kader van fusie, splitsing interne reorganisatie of taakoverdracht (artikel 15, lid 1, onderdeel h Wbr). Deze vrijstellingen zouden eveneens van toepassing moeten zijn ingeval van grensoverschrijdende verrichtingen en het zou goed zijn als dit door de wetgever wordt bevestigd.
- 6.6.4 Bij grensoverschrijdende omzetting eindigt het bestaan van de rechtspersoon niet en is, ingeval de omgezette rechtspersoon Nederlands vastgoed houdt of een rechtspersoon is in de zin van artikel 4 Wbr, geen sprake van een voor de overdrachtsbelasting belaste verkrijging door de vennootschap of haar aandeelhouders. Ook op dit punt is expliciete bevestiging gewenst.
- 6.6.5 De Successiewet kent in het kader van de bezitsperiode en voortzettingsperiode van de bedrijfsopvolgingsregeling, tegemoetkomingen waarbij een juridische fusie of splitsing niet als relevante gebeurtenis wordt aangemerkt voor de vraag of de bedrijfsopvolgingsregeling wordt teruggenomen of niet zou kunnen worden toegepast. Dit zou bij een grensoverschrijdende fusie of splitsing niet anders moeten zijn. De (grensoverschrijdende) omzetting wordt in deze tegemoetkomingen niet genoemd. Nu het bestaan van de rechtspersoon bij een (grensoverschrijdende) omzetting niet eindigt, zou het goed zijn als wordt bevestigd dat ook een dergelijke gebeurtenis niet in strijd komt met het bezits- of voortzettingsvereiste van de bedrijfsopvolgingsregeling.

## **6.7 Grensoverschrijdende omzetting**

- 6.7.1 Daar waar de Nederlandse belastingwetgeving reeds voorziet in regelingen voor de grensoverschrijdende fusie en splitsing, is er nog geen regeling voor de grensoverschrijdende omzetting. Het invoeren van civiele wetgeving voor de grensoverschrijdende omzetting, waarvoor in de fiscale wetgeving geen toereikende bepalingen zijn opgenomen, zonder toelichting en adequate flankerende fiscale regelingen achten wij ongewenst. Implementatie vergt ook dat de fiscale aspecten van deze verrichting volstrekt duidelijk zijn.
- 6.7.2 Artikel 28a Wet Vpb is in beginsel niet van toepassing (ziet op omzettingen op de voet van artikel 2:18 BW) én voorziet als hoofdregel bij omzettingen in een fictieve liquidatie voor toepassing van de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting én dividendbelasting. Nu bij een grensoverschrijdende omzetting sprake is van continuïteit van de rechtspersoon, zou een dergelijke fictie geen recht doen aan het wezen van de verrichting.
- 6.7.3 Een kwalificatie van een grensoverschrijdende omzetting als fiscale liquidatie sluit evenmin aan bij de regelingen voor grensoverschrijdende fusie en splitsing, zou de vrijheid van

vestiging niet ten goede komen en zou in het licht van het Voorontwerp daarom in lijn moeten worden gebracht met de regelingen voor fusie en splitsing.<sup>11</sup> Wij doen de volgende suggesties, waarbij wij opmerken dat naar onze mening ook voor binnenlandse omzettingen herziening van artikel 28a Wet Vpb wenselijk is.

- (a) Er dient te worden voorzien in een regeling waarbij doorschuif van eventuele belastingclaims de hoofdregel (en niet de uitzondering) wordt. Voor de heffing van vennootschapsbelasting kan daarbij voor de om te zetten rechtspersoon worden gedacht aan een regeling langs de lijnen van artikel 14b Wet Vpb.
- (b) Voor zover latere heffing niet is verzekerd (omdat de grensoverschrijdende omzetting gepaard gaat met een verplaatsing van de feitelijke leiding en/of activiteiten en Nederland het heffingsrecht dreigt te verliezen), dienen de invorderingskaders van artikel 25b IW te worden toegepast.
- (c) Voor omgezette rechtspersonen die deel uitmaken van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting zou een omzetting naar onze mening in de meeste gevallen niet tot een ontvoeging moeten leiden. Voor gevallen dat dit wel het geval zou zijn, is behoefte aan stroomlijning, bijvoorbeeld langs de lijnen van de regeling van artikel 40 Besluit Fiscale Eenheid (zetelverplaatsingen).
- (d) Voor de in Nederland woonachtige/gevestigde aandeelhouders van omgezette rechtspersonen zou ofwel (i) de omzetting niet als een relevante gebeurtenis kunnen worden aangemerkt, mits het belang (in economische zin) behouden blijft, ofwel (ii) dient te worden voorzien in doorschuifregelingen langs de lijnen van artikel 3.57 Wet IB, artikel 4.41 Wet IB en artikel 13k Wet Vpb.
- (e) Voor de niet in Nederland woonachtige/gevestigde aandeelhouders van omgezette rechtspersonen, ten aanzien van wie Nederland als gevolg van de grensoverschrijdende omzetting het heffingsrecht zou verliezen, zou kunnen worden voorzien in een heffings- en invorderingskader op basis van de conserverende aanslag voor aanmerkelijkbelanghouders bij emigratie (artikel 2.8 Wet IB en artikel 25, lid 8 IW), waarbij uitstel van betaling wordt verleend en de invordering plaatsvindt voor zover er in de toekomst voordelen uit de aandelen worden genoten.
- (f) Voor de heffing van dividendbelasting zou, evenals bij een juridische fusie, naar huidige maatstaven geen sprake moeten zijn van een belastbaar feit in het geval van een *outbound* omzetting. Uiteraard komt dat anders te liggen als het wetsvoorstel 'Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting' tot wet zou worden verheven.

---

<sup>11</sup> Zie ook R.L.P. van der Velden, 'Grensoverschrijdende mobiliteit en exitheffingen', *WFR* 2021/207.

- (g) Bij een *inbound* omzetting zou het voor de dividendbelasting (en Wet Bronbelasting) fiscaal erkende kapitaal kunnen worden bepaald langs de lijnen van artikel 3a, lid 5 Wet DB (juridische fusie), waarbij, behoudens misbruik, het fiscaal erkende kapitaal van de omgezette rechtspersoon wordt gesteld op de waarde economisch verkeer voor zover het vermogen niet bestaat uit in Nederland gevestigde vennootschappen.

6.7.4 De vennootschapsbelasting en dividendbelasting kennen een zogenaemde 'oprichtingsfictie', op basis waarvan naar Nederlands recht opgerichte rechtspersonen voor toepassing van deze heffingen steeds worden geacht in Nederland te zijn gevestigd. Volgens de staatssecretaris van Financiën blijft de oprichtingsfictie ook bij een rechtsvormwijziging ná zetelverplaatsing van toepassing.<sup>12</sup> Een dergelijke uitbreiding van het Nederlandse nationale heffingsrecht ná grensoverschrijdende omzetting is op zichzelf een belemmering van de vrijheid van vestiging en kan onder omstandigheden zijn beperkt onder belastingverdragen of in strijd komen met de goede trouw die Nederland jegens haar verdragspartners verschuldigd is. Gelet op het feit dat (a) de in het Voorontwerp getroffen regelingen voorzien in een fraudetoets vooraf en (b) de Fusierichtlijn en de Nederlandse implementatie daarvan voorzien in antimisbruikbepalingen die het Nederlandse heffingsrecht volledig waarborgen, zijn er andere, volledig dekkende en meer proportionele middelen om de Nederlandse belastingclaim zeker te stellen. Wij roepen daarom op om de oprichtingsfictie op dit punt te heroverwegen.

## **7 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN**

### **7.1 Conclusies**

7.1.1 Met het Voorontwerp en de uitgebreide Toelichting ligt er een gedegen basis voor de implementatie van de Richtlijn, welke wij met veel genoegen hebben voorzien van onze reactie.

7.1.2 Vanuit de rechtspraktijk is gewenst het Voorontwerp en de Toelichting op bepaalde punten verder uit te werken teneinde (i) te voorzien in bepaalde behoeften vanuit de praktijk en de markt, (ii) verdere duiding van de keuzes die de wetgever in de implementatie van de Richtlijn heeft te maken en (iii) de rechtszekerheid te waarborgen daar waar het betreft de procedure en de toetsing van de grensoverschrijdende verrichtingen.

### **7.2 Aanbevelingen**

7.2.1 Gezien de behoefte aan spelregels voor (i) grensoverschrijdende verrichtingen met niet-kapitaalvennootschappen en (ii) grensoverschrijdende verrichtingen met niet-lidstaten verdient het in algemene zin aanbeveling dergelijke verrichtingen eveneens te faciliteren (zie paragraaf 2.1).

---

<sup>12</sup> Besluit van 19 maart 2019, nr. 2019-30576.

- 7.2.2 Verduidelijking is gewenst omtrent de taal waarin bepaalde documenten in het kader van grensoverschrijdende verrichtingen gesteld dienen te worden (zie paragraaf 2.2).
- 7.2.3 Ter bevordering van de rechtszekerheid en duidelijkheid verzoeken wij met klem de reikwijdte van de fraudetoets en de wijze waarop de Nederlandse instanties hier gezamenlijk aan kunnen bijdragen verder uit te werken (zie paragraaf 2.3).
- 7.2.4 Enkele bepalingen omtrent de bescherming van minderheidsaandeelhouders behoeven in onze ogen verduidelijking (zie paragraaf 2.4).
- 7.2.5 De regelingen op het gebied van werknemersmedezeggenschap zouden niet uitsluitend oog moeten hebben voor het structuurregime (zie paragraaf 2.5).
- 7.2.6 Verduidelijking is gewenst omtrent de mogelijkheid c.q. wenselijkheid van het afgeven van het pre-verrichting attest gedurende de schuldeisersverzetsperiode (zie paragraaf 2.6).
- 7.2.7 De vereiste meerderheid voor de totstandkoming van het besluit van de algemene vergadering tot een grensoverschrijdende verrichting behoeft nadere verduidelijking (zie paragraaf 2.7).
- 7.2.8 De voorgestelde bepalingen ten aanzien van de uitsluiting van de verplichting tot het opstellen van een toelichting leiden in sommige gevallen tot opvallende situaties (zie paragraaf 2.8).
- 7.2.9 Het verdient aanbeveling aandacht te besteden aan regelingen omtrent bestaande beperkte rechten op aandelen bij grensoverschrijdende verrichtingen (zie paragraaf 2.9).
- 7.2.10 De in de Richtlijn toegevoegde vereenvoudigde fusievarianten dienen (ook voor nationale fusies) te worden gefaciliteerd (zie paragraaf 3.1).
- 7.2.11 De inbrengverklaring van de accountant zou slechts vereist zijn ten aanzien van een verkrijgende naamloze vennootschap. Bij nationale fusies zou de inbrengverklaring van de accountant ten aanzien van besloten vennootschappen moeten komen te vervallen (zie paragraaf 3.2).
- 7.2.12 Het bepalen van het moment waarop de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt leidt tot enkele (praktische) aandachtspunten, waarbij de wetgever verdere duidelijkheid kan verschaffen (zie paragrafen 4.1 en 4.2).
- 7.2.13 Wij doen enkele suggesties tot aanpassing van specifieke bepalingen omtrent de grensoverschrijdende omzetting (zie paragrafen 5.1, 5.2 en 5.3).
- 7.2.14 Het Voorontwerp betreft de implementatie van een vennootschapsrechtelijke richtlijn. De Toelichting bevat slecht één korte passage inzake de fiscale aspecten. Wij menen dat zorgvuldige implementatie vereist dat ook de fiscale aspecten voldoende duidelijk zijn.



Zulks vergt dat een fiscaal kader wordt geschetst waarmee de praktijk goed uit te voeren kan, zowel voor verrichtingen waarin de belastingwet nog niet voorziet (grensoverschrijdende omzetting) als voor nieuwe aspecten van verrichtingen waarvoor wel al in regelgeving is voorzien. Bij de implementatie van de Derde en de Zesde Richtlijn vennootschapsrecht zijn, na eenzelfde verzoeken, ook fiscale kaders geschetst bij het implementatiewetsvoorstel. Dat zou ook in dit geval moeten gebeuren. Wij vragen om deze in de Toelichting (of fiscale wetgeving) mee te nemen (zie hoofdstuk 6).



**L. (Lard) Rehr**  
Senior Associate

E: [Lard.Rehr@loyensloeff.com](mailto:Lard.Rehr@loyensloeff.com)

T: +31 (0)10 224 6120

M: +31 (0)6 3192 9068



**R.L.P. (Rick) van der Velden**  
Partner

E: [Rick.van.der.Velden@loyensloeff.com](mailto:Rick.van.der.Velden@loyensloeff.com)

T: +31 (0)10 224 6740

M: +31 (0)6 5158 1126



**E.H. (Eline) Viersen**  
Senior Associate

E: [Eline.Viersen@loyensloeff.com](mailto:Eline.Viersen@loyensloeff.com)

T: +31 (0)20 578 5531

M: +31 (0)6 8311 7578



**E.W. (Rik) Walschot**  
Senior Associate

E: [Rik.Walschot@loyensloeff.com](mailto:Rik.Walschot@loyensloeff.com)

T: +31 (0)20 578 5141

M: +31 (0)6 8225 3812