

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Tilburg, 7 maart 2022

Referentie: Ondernemingsrecht/22-191/RF/SA
Betreft: reactie consultatie conceptwetsvoorstel grensoverschrijdende verrichtingen

Geachte heer, mevrouw,

Met belangstelling hebben wij kennis genomen van het geconsulteerde conceptwetsvoorstel 'Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen' (hierna: het wetsvoorstel) en de concept memorie van toelichting daarbij.

In het navolgende gaan wij op een aantal civielrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel in. Daarnaast stippen wij kort de fiscaliteit aan.

Algemeen

BDO juicht de wettelijke invoering van het verrichten van een grensoverschrijdende omzetting en juridische splitsing toe, zulks naast de al bestaande grensoverschrijdende juridische fusie. Juist het ontbreken van een wettelijk kader zorgde tot nu toe voor rechtsonzekerheid. Deze onzekerheid wordt door het conceptwetsvoorstel weggenomen.

Ook onderschrijven wij de uitgangspunten waarvoor bij de implementatie is gekozen, met name om (zo dicht mogelijk) aan te sluiten bij bestaande wetgeving, procedures en praktijk. Dit, in combinatie met gelijke fasen en in belangrijke mate gelijksoortige voorschriften voor de verschillende grensoverschrijdende verrichtingen, zorgt op het eerste gezicht voor een voor de praktijk werkbare wettelijke regeling. Wel maken wij hierna enkele opmerkingen met de uitwerking van voornoemde uitgangspunten.

Ten slotte merken wij in dit verband op dat wij instemmen met de keuze inzake de voornaamste lidstaatopties uit de EU-richtlijn die via het wetsvoorstel in de Nederlandse wetgeving wordt geïmplementeerd. Ten behoeve van onze klanten, met in veel gevallen een enig aandeelhouder, zijn de vrijstellingen voor eenpersoonsvennootschappen een welkome lastenverlichting. In lijn met het huidige BV-recht en de uitkeringstest in dat verband, in combinatie met de huidige wetgeving voor een (nationale) omzetting, fusie en splitsing alsmede met de waarborgen voor schuldeisers (alsmede werknemers en aandeelhouders) in het wetsvoorstel, is het ook naar ons oordeel juist om geen liquiditeitsverklaring te eisen voor de grensoverschrijdende verrichtingen.

Uitbreiding tot buiten de Europese Economische Ruimte

Bij het conceptwetsvoorstel wensen wij echter een aantal kanttekeningen te plaatsen. Het toepassingsbereik van het wetsvoorstel is (net zoals de EU-richtlijn) beperkt tot lidstaten van de EER. Daarbij wordt in de concept memorie van toelichting (pagina 5) opgemerkt dat wordt

bezien of het toepassingsbereik kan worden uitgebreid tot de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten, nadat ervaring is opgedaan met het wetsvoorstel na invoering.

Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en meer specifiek het waarborgen van de belangen van aandeelhouders, werknemers en schuldeisers begrijpen wij de terughoudendheid in het uitbreiden van het toepassingsbereik. In ieder geval wat betreft de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten willen wij ervoor pleiten om het toepassingsbereik hiernaar direct bij invoering van het wetsvoorstel uit te breiden. Wij noemen hiervoor drie redenen:

1. met de uitbreiding wordt allereerst voldaan aan een behoefte bij (bepaalde) Nederlandse ondernemers;
2. de rechtszekerheid is met de uitbreiding naar onze mening niet in het geding, in ieder geval in die zin dat de belangen van aandeelhouders, werknemers en schuldeisers onder druk komen te staan, althans niet meer dan het geval is binnen de EER. Wij noemen in dit verband de waarborgen ter bescherming van genoemde belangen; en
3. al sinds 2008 is ervaring opgedaan met grensoverschrijdende fusies. Door het wetsvoorstel wijzigt de regeling voor grensoverschrijdende fusies niet wezenlijk. Daarbij gaat voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen een vergelijkbare regeling gelden.

De eerste twee redenen: de behoefte van ondernemers, waarbij in het waarborgen van belangen van aandeelhouders, werknemers en schuldeisers wordt voorzien via het van toepassing verklaren van de waarborgen die ook gelden voor de verschillende grensoverschrijdende verrichtingen binnen de EER.

Zou er toch voor worden gekozen om de beslissing van het uitbreiden van het toepassingsbereik uit te stellen, dan stellen wij voor om deze beslissing nader toe te lichten: waarom is het opdoen van ervaring met het wetsvoorstel na invoering - 14 jaar na invoering van de mogelijkheid van de grensoverschrijdende fusie - in dit geval noodzakelijk?

Fraudetoets als onderdeel pre-attest

Bij een 'outbound' grensoverschrijdende fusie moet een Nederlandse notaris al in de huidige regeling een zogenaamd 'pre-attest' afgeven. Dit pre-attest houdt in dat notaris moet onderzoeken of en verklaren dat alle wettelijke en statutaire vormvoorschriften en overige voorschriften voor de grensoverschrijdende fusie zijn nageleefd (art. 2:333i BW). In het wetsvoorstel blijft deze regeling (in gewijzigde vorm) bestaan voor de grensoverschrijdende fusie en een vergelijkbare regeling wordt ingevoerd voor de grensoverschrijdende omzetting en splitsing (art. 2:335l BW respectievelijk art. 2:334uu BW).

Het onderzoek van de notaris wordt voor alle grensoverschrijdende verrichtingen uitgebreid met de zogenaamde fraudetoets. De fraudetoets houdt in dat de notaris de afgifte van het pre-attest weigert, als hij vaststelt dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of (onrechtmatige) omzeiling van EU-recht of nationale wetgeving, of voor criminele doeleinden.

Uiteraard onderschrijven wij het doel van de fraudetoets. Tegelijkertijd moet de fraudetoets naar onze mening niet leiden tot onnodige vertraging in de procedure van een verrichting of het onnodig weigeren van pre-attest. Om deze reden achten wij het van groot belang dat de notaris voldoende handvatten krijgt voor de uitvoering en afronding van de fraudetoets. Aanvullende guidance is wenselijk.

Op dit moment verwijst de concept memorie van toelichting op diverse plaatsen vooral naar de invulling van de poortwachtersfunctie op grond van art. 21 Wna door de notaris, met als toevoeging dat de toetsing volgens de fraudetoets dezelfde zwaarte en omvang heeft als de toetsing volgens de poortwachtersfunctie. Onduidelijk blijft naar onze mening bijvoorbeeld of de notaris de fraudetoets afzonderlijk moet uitvoeren of dat hij daarbij kan steunen op zijn werkzaamheden volgens de Wna. Ook de noodzaak van het inschakelen van één of meer onafhankelijke deskundigen of het verkrijgen van informatie en documenten van bevoegde instanties kan nader worden toegelicht, mede in verband met de geheimhoudingsplicht en de verplichtingen onder de Algemene verordening gegevensbescherming.

Grensoverschrijdende splitsing door verwerving

Art. 2:334kk BW regelt de toepassingsmogelijkheden van de grensoverschrijdende splitsing. Het zijn echter juist de uitzonderingen op de toepassingsmogelijkheden die in het oog springen. Zo is een splitsing door verwerving, in die zin dat een reeds bestaande kapitaalvennootschap (een) verkrijgende vennootschap is, niet mogelijk; alleen splitsing via oprichting wordt gefaciliteerd. Het uitsluiten van een splitsing door verwerving is in lijn met de EU-richtlijn, waarbij uit deze richtlijn naar voren komt dat de uitsluiting samenhangt met de complexiteit van een grensoverschrijdende splitsing door verwerving en (mogelijke) bijkomende risico's voor omzeiling van EU- en nationaal recht. Daarbij zal de Europese Commissie (onder andere) de uitsluiting uiterlijk op 1 februari 2027 evalueren. Wat betreft de uitsluiting in het wetsvoorstel wordt daarbij in de concept memorie van toelichting gewezen op rechtsonzekerheid, omdat nationale wetgeving van lidstaten van elkaar kan verschillen betreffende de mogelijkheid van een splitsing door verwerving, en een afwijking van het Nederlandse uitgangspunt dat in implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk is.

Een korte evaluatie van nationale splitsingen waarbij wij betrokken zijn (geweest), leert dat splitsing door verwerving een veel gebruikte toepassing is. Naar onze inschatting zou hetzelfde gelden voor grensoverschrijdende splitsingen. In ieder geval wordt met het uitsluiten van de grensoverschrijdende splitsing door verwerving de bruikbaarheid van de regeling duidelijk beperkt. Om deze reden pleiten wij ervoor om nogmaals te onderzoeken of een grensoverschrijdende splitsing door verwerving, in ieder geval voor 'inbound' gevallen, alsnog mogelijk gemaakt kan worden. In ieder geval stellen wij voor om er bij de Europese Commissie er in het kader van genoemde evaluatie op aan te dringen om in een toekomstige aanpassing van genoemde richtlijn ook de splitsing door verwerving grensoverschrijdend mogelijk te maken, waar nodig voorzien van (aanvullende) waarborgen.

Grensoverschrijdende driehoekssplitsing

Het wetsvoorstel sluit in lijn met het voorafgaande ook de driehoekssplitsing (art. 2:334ii BW) uit van het toepassingsmogelijkheden van een grensoverschrijdende splitsing, in tegenstelling tot grensoverschrijdende fusie waar een grensoverschrijdende driehoeksfusie wel mogelijk is. Ook dit beperkt de bruikbaarheid van de regeling. Zou de EU-richtlijn er al aan in de weg staan om de driehoekssplitsing mogelijk te maken, dan stellen wij voor om het bereik van art. 2:334ii BW uit te breiden tot een nationale (en hiermee indirect een grensoverschrijdende) driehoekssplitsing door oprichting.

Grensoverschrijdende ruziesplitsing

Ook uitgesloten van het toepassingsbereik is de zogenaamde ruziesplitsing uit art. 2:334cc BW. Naar onze mening wordt in de MvT terecht geconcludeerd dat deze wijze van splitsing

volgens bedoelde EU-richtlijn niet mogelijk is. In de praktijk is de ruziesplitsing nationaal een met enige regelmaat gebruikte splitsingsvorm. Wij gaan er vanuit dat dit grensoverschrijdend ook het geval zal zijn, zou deze toepassingsmogelijkheid worden geboden. Een voorbeeld is het opheffen van een joint-venture tussen partners uit verschillende lidstaten. Ook hier stellen wij voor om er bij de Europese Commissie op aan te dringen dat in een toekomstige aanpassing van genoemde richtlijn de grensoverschrijdende ruziesplitsing mogelijk wordt gemaakt, wederom waar nodig voorzien van (aanvullende) waarborgen.

Betrokkenheid accountant

Art. 2:333g lid 1 BW verplicht tot een inbrengverklaring bij grensoverschrijdende fusie. Hiervoor verwijst dit artikel naar art. 2:328 lid 1, tweede zin BW, waarin de inbrengverklaring wordt voorgeschreven voor fusies tussen enkel naar Nederlands recht opgerichte BV's en NV's.

Het conceptwetsvoorstel voegt aan het bepaalde in art. 2:333g lid 1 BW toe, dat de inbrengverklaring alleen is vereist als een verkrijgende of verdwijnende vennootschap een NV is met haar statutaire zetel in Nederland. De concept memorie van toelichting (pagina 27) overweegt dat de beperking tot de NV wordt opgenomen, omdat sinds de invoering van 'de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' (hierna: 'Flexwet') voor de BV het minimumkapitaal en de daarbij behorende accountantsverklaring in art. 2:204b BW zijn komen te vervallen. Om die reden is het niet langer nodig om een inbrengverklaring te vereisen bij de grensoverschrijdende fusie, zo concludeert de concept memorie van toelichting.

Wij kunnen deze conclusie enkel onderschrijven. Daarbij merken wij op dat deze ook geldt, wanneer sprake is van een fusie tussen enkel naar Nederlands recht opgerichte BV's en NV's. Art. 2:328 lid 1, tweede volzin BW is hierop bij invoering van de Flexwet echter niet aangepast. Dit laatste heeft in de juridische praktijk tot onzekerheid geleid, waardoor een inbrengverklaring ook bij een bv als verkrijgende vennootschap (volledigheidshalve) wordt afgegeven. Wij stellen voor om deze onzekerheid weg te nemen en in het wetsvoorstel door aanpassing van art. 2:328 lid 1 BW op te nemen, dat een inbrengverklaring in de zin van de tweede volzin alleen is vereist als de verkrijgende vennootschap een NV is, zulks in lijn met voornoemde overweging en conclusie in de concept memorie van toelichting.

Het voorafgaande is van overeenkomstige toepassing voor een afsplitsing. Voor een grensoverschrijdende afsplitsing beperkt art. 2:334oo lid 1 BW de in dat geval af te geven inbrengverklaring in de zin van art. 2:334aa lid 2 BW tot een splitsende NV met statutaire zetel in Nederland die na de splitsing blijft voortbestaan. Wederom met een verwijzing naar de Flexwet bepaalt de concept memorie van toelichting (pagina 60) dat de inbrengverklaring niet is vereist voor een BV die na de splitsing voortbestaat.

Ook art. 2:334aa lid 2 BW is (anders dan art. 2:334bb BW dat de inbrengverklaring voor een verkrijgende vennootschap voorschrijft) bij de Flexwet niet aangepast. Onzekerheid in de juridische praktijk kan worden weggenomen, door dit artikel te beperken tot het geval dat de splitsende vennootschap een NV is. Het wetsvoorstel is hiervoor de geëigende mogelijkheid.

Fiscaliteit

Wat betreft de fiscaliteit verwijzen wij naar de publicatie van M. Muller op TaxLive, waarin zij de heren G.F. Boulogne en G.C. van der Burgt interviewt.¹ Daarnaast verwijzen wij naar de reactie op de consultatie van G.F. Boulogne van 6 maart 2022.

Afsluiting

Uiteraard zijn wij steeds tot een nadere toelichting bereid.

Met vriendelijke groet,

BDO Legal - Bureau Vaktechniek
namens deze,

Mr. R.H.A. Franken

¹ <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/tijd-rijp-voor-fiscale-modernisering-van-de-fusie-splitsings-en-omzettingsfaciliteiten/>.