



REACTIE HVK STEVENS OP HET VOORONTWERP

"Wetsvoorstel implementatie
richtlijn
grensoverschrijdende
omzettingen, fusies en
splittingsen"

7 maart 2022

mr. W.E.P. Gerbers
mr. dr. E.R. Roelofs



HVK —
STEVENS



1. INLEIDING

- 1.1. HVK Stevens heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorontwerp "Wetsvoorstel implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen" d.d. 7 februari 2022 (het "**Voorontwerp**").
- 1.2. Met de bepalingen zoals neergelegd in het Voorontwerp wordt volgens HVK Stevens 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 (de "**Richtlijn**") op een correcte wijze geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving en wordt tevens tegemoet gekomen aan de reeds lang bestaande wens tot het opnemen van regels omtrent grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende juridische splitsing.
- 1.3. Niettemin zou het uiteindelijke wetsvoorstel waarmee de Richtlijn wordt geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving (het "**Wetsvoorstel**") nog beter aan reeds bestaande wensen in de praktijk tegemoet kunnen komen als het Wetsvoorstel zou voorzien in hetgeen in de voorliggende consultatie en deze reactie wordt aangedragen.
- 1.4. In dat kader wenst HVK Stevens enkele specifieke onderdelen onder de aandacht te brengen van de Nederlandse wetgever. Deze onderdelen betreffen (i) de (territoriale) reikwijdte van de regels van het Voorontwerp, (ii) de regels omtrent grensoverschrijdende juridische splitsing, (iii) de rechtmatigheidstoets en (iv) beperkte rechten op aandelen in vennootschappen. Op deze onderwerpen zal achtereenvolgens worden ingegaan in de paragrafen 2, 3, 4 en 5 van deze reactie.

2. (TERRITORIALE) REIKWIJDTE VAN DE REGELS VAN HET VOORONTWERP

- 2.1. Het Voorontwerp voorziet in regels omtrent grensoverschrijdende juridische fusie, grensoverschrijdende juridische splitsing en grensoverschrijdende omzetting (hierna tezamen te noemen: "**Grensoverschrijdende Herstructurering**"). De mogelijkheid tot betrokkenheid bij een Grensoverschrijdende Herstructurering is beperkt tot naamloze vennootschappen ("**N.V.'s**") en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid ("**B.V.'s**") beheerst door Nederlands recht en kapitaalvennootschappen beheerst door het recht van andere lidstaten van de Europese Unie ("**EU**") of Europese Economische Ruimte ("**EER**").
- 2.2. Hoewel met de regels van het Voorontwerp de regels uit de Richtlijn op een correcte wijze worden geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving, zou het een welkome aanvulling zijn als het Wetsvoorstel zou voorzien in (i) de mogelijkheid dat ook andere rechtsvormen dan N.V.'s en B.V.'s (zoal coöperaties) betrokken kunnen zijn bij Grensoverschrijdende Herstructureringen en (ii) dat vennootschappen die niet worden beheerst door het recht van een van de lidstaten van de EU of EER betrokken kunnen zijn bij een

Grensoverschrijdende Herstructurering. Op dit moment bestaat die wens in de praktijk al en worden dergelijke Grensoverschrijdende Herstructureringen met vennootschappen die niet worden beheerst door het recht van een lidstaat van de EU of EER geïmplementeerd met behulp van een Grensoverschrijdende Herstructurering in andere jurisdictie. Het zou de procedure tot het verrichten van een dergelijke Grensoverschrijdende Herstructurering vereenvoudigen en de concurrentiepositie van Nederland versterken indien de in het Voorontwerp neergelegde Grensoverschrijdende Herstructureringen ook mogelijk zouden zijn met betrokkenheid van niet door het recht van de lidstaten van de EU/EER beheerste vennootschappen.

- 2.3. In het verlengde van het voorgaande merken wij op dat het Voorontwerp niet voorziet in de mogelijkheid tot het implementeren van een Grensoverschrijdende Herstructurering met vennootschappen beheerst door het recht van andere landen van het Koninkrijk der Nederlanden, (i.e. Aruba, Curaçao en Sint Maarten) of de openbare lichamen (Bonaire, Sint Eustatius en Saba).
- 2.4. Deze landen en openbare lichamen maken geen deel uit van de EU of de EER en kunnen geen beroep doen op de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in artikel 49 en 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, maar het zou een welkome aanvulling zijn wanneer het Wetsvoorstel ook zou voorzien in een regeling omtrent Grensoverschrijdende Herstructurering tussen Nederland en andere landen en openbare lichamen van het Koninkrijk der Nederlanden. In de praktijk blijkt hier ook sterke behoefte aan te bestaan. Dat het Wetsvoorstel ook in deze mogelijkheden van Grensoverschrijdende Herstructurering zou voorzien, is naar onze mening ook wenselijk gezien het in het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden neergelegde 'concordantiebeginsel' en dat de wetgevingen van de genoemde landen en openbare lichamen reeds voorzien in de mogelijkheid tot Grensoverschrijdende Herstructurering. Voor de volledigheid merken wij tevens op dat het reeds in 2014 ter publieke consulatie neergelegde 'Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen'¹ wél reeds voorzag in de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting van door Nederlands recht beheerste N.V.'s en B.V.'s in naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen beheerst door het recht van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en vice versa. Het zou naar onze mening wenselijk zijn inspiratie op te doen in het 'Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen' uit 2014.
- 2.5. De Nederlandse wetgever heeft de mogelijkheid de regels van het Wetsvoorstel uit te breiden tot Grensoverschrijdende Herstructureringen voor gevallen waarbij vennootschappen betrokken zijn die niet worden beheerst door het recht van een EU of EER-lidstaat. De Richtlijn voorziet immers alleen in een minimumniveau van harmonisatie en Nederland heeft zonder meer de vrijheid in dit kader een meer ruimhartige regeling op te nemen.

¹ https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting/details

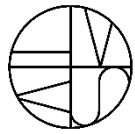
3. REGELS OMTRENT GRENSOVERSCHRIJDENDE JURIDISCHE SPLITSING

- 3.1. De Richtlijn voorziet slechts in de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing ("GOS") indien in het kader van een GOS een of meer kapitaalvennootschappen worden opgericht naar het recht van een andere lidstaat van de EU of de EER. Met deze regel wordt de Richtlijn weliswaar op een correcte wijze geïmplementeerd, maar wordt voorbij gegaan de mogelijkheid dat bij een GOS vermogen wordt afgesplitst naar een reeds bestaande verkrijgende vennootschap.
- 3.2. In het kader van de Richtlijn zijn bij deze stellingname reeds kanttekeningen geplaatst² en deze gelden naar onze mening ook in dit geval. In de praktijk blijkt het effectueren van een grensoverschrijdende afsplitsing naar een reeds bestaande verkrijgende vennootschap eenvoudiger te zijn dan de afsplitsing naar een in het kader van een GOS nieuw op te richten verkrijgende vennootschap. Voorts is het reeds mogelijk dat een GOS naar een reeds bestaande verkrijgende vennootschap wordt geëffectueerd op basis van de vrijheid van vestiging.
- 3.3. Gezien (i) de praktische voordelen bij het effectueren van een GOS naar een reeds bestaande verkrijgende vennootschap, (ii) de technische moeilijkheden bij het effectueren van een GOS waarbij de verkrijgende vennootschap in het kader van de splitsing nieuw wordt opgericht en (iii) het feit dat een GOS naar een reeds bestaande verkrijgende vennootschap reeds mogelijk is op basis van de vrijheid van vestiging, zouden wij het toejuichen als de mogelijkheid tot GOS naar een reeds bestaande verkrijgende vennootschap wordt opgenomen in het Wetsvoorstel. Dat zou ook de rechtszekerheid ten goede komen.

4. RECHTMATIGHEIDSTOETS

- 4.1. Conform de regels van het Voorontwerp dient de notaris in het kader van een Grensoverschrijdende Herstructurering een attest af te geven. Het notariaat is inmiddels in ruime mate bekend met het afgeven van attesten in het kader van grensoverschrijdende fusies.
- 4.2. In het Voorontwerp is bepaald dat de notaris het attest in het kader van een Grensoverschrijdende Herstructurering niet kan afgeven indien een Grensoverschrijdende Herstructurering is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van het recht van de EU of nationaal recht, of voor criminele doeleinden.

² E.R. Roelofs en H. Koster, *Grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing in de Mobiliteitsrichtlijn*, WPNR 2021/7309, p. 18-19.



- 4.3. Hoewel voornoemde bepaling uit het Voorontwerp de notaris een ruime discretionaire bevoegdheid geeft bij de afgifte van het attest, kan deze bevoegdheid ook klemmend werken als de notaris moet beoordelen of een Grensoverschrijdende Herstructurering is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van het recht van de EU of nationaal recht, of voor criminele doeleinden.
- 4.4. In commentaren bij de Richtlijn is reeds naar voren gekomen dat het niet voor de hand ligt dat de taak om dit te bepalen volledig bij de notaris komt te liggen.³ In het Voorontwerp is weliswaar duidelijk gemaakt dat de notaris de nodige informatie en documenten, die noodzakelijk zijn voor het toezicht op de rechtmatigheid van een Grensoverschrijdende Herstructurering, kan verkrijgen van de vennootschap en bevoegde instanties en een beroep kan doen op één of meer onafhankelijke deskundigen, maar dat neemt niet weg dat uiteindelijk de notaris is aangewezen als (enige) bevoegde autoriteit tot het afgeven van het attest en de daaraan voorafgaande afwegingen te maken.
- 4.5. Het verdient aanbeveling dat het Wetsvoorstel voorziet in duidelijke en limitatief omschreven documenten en instanties waar de notaris zich op kan baseren bij het afgeven van een attest. Hierbij kan gedacht worden aan documenten (attesten) die worden afgegeven door rechtbanken, de Kamer van Koophandel en de Belastingdienst. Door documenten en instanties limitatief op te sommen, kunnen kosten en termijnen van de procedure ook beter bewaakt worden.

5. BEPERKTE RECHTEN OP AANDELEN

- 5.1. Aandelen in vennootschappen die betrokken zijn bij een Grensoverschrijdende herstructurering kunnen bezwaard zijn met beperkte rechten, zoals een recht van vruchtgebruik of een recht van pand. Dit geldt zowel voor grensoverschrijdende juridische fusies en grensoverschrijdende juridische splitsingen waarbij een door Nederlands recht beheerste N.V. of B.V. fuseert (en ophoudt te bestaan) of splitst (en al dan niet ophoudt te bestaan) als voor de gevallen waarin een door Nederlands recht beheerste N.V. of B.V. in het kader van een grensoverschrijdende fusie of splitsing optreedt als verkrijgende vennootschap. Voor zowel juridische fusie als voor juridische splitsing zijn hiervoor wettelijke bepalingen opgenomen in respectievelijk artikel 2:319 BW en artikel 2334o BW.
- 5.2. Voor het geval van nationale omzetting bevat de Nederlandse wetgeving geen regels omtrent beperkte rechten op aandelen indien de betreffende vennootschap wordt omgezet in een andere rechtsvorm. Het Voorontwerp bevat eveneens geen regels omtrent beperkte rechten op aandelen in vennootschappen die grensoverschrijdend omgezet worden.

³ E.R. Roelofs en H. Koster, *Grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing in de Mobiliteitsrichtlijn*, WPNR 2021/7309, p. 25.

Hoewel in de praktijk artikel 10:130 BW naar analogie toegepast zou kunnen worden,⁴ verdient het naar onze mening aanbeveling als het Wetsvoorstel zou voorzien in een regeling omtrent 'overgang' van beperkte rechten in het geval van een grensoverschrijdende omzetting. Deze regels zouden kunnen worden neergelegd in Boek 2, dan wel in Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek.

6. TOT SLOT

Met de regels uit het Voorontwerp wordt naar onze mening op een goede wijze aan de op de Nederland rustende verplichting tot implementatie van de Richtlijn voldaan. De (rechts)praktijk kan naar onze mening geholpen zijn met enkele aanpassingen aan de regels zoals neergelegd in het Voorontwerp. Hiermee wordt niet alleen de rechtszekerheid vergroot, maar kan ook de concurrentiepositie van Nederland verbeterd worden.

Tot nadere gedachtewisselingen zijn ondergetekenden vanzelfsprekend gaarne bereid.

mr. Willem E.P. Gerbers
w.gerbers@hvkstevens.com

mr. dr. Erwin R. Roelofs
e.roelofs@hvkstevens.com

HVK Stevens
Prins Bernhardplein 200
1097 JB Amsterdam

⁴ E.R. Roelofs, Overgang van pandrecht en vruchtgebruik op aandelen bij grensoverschrijdende fusie, grensoverschrijdende splitsing en grensoverschrijdende omzetting, WPNR 2014/7013, p. 337.