

# GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake het ambtelijk voorontwerp

**‘Wet van [PM] tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de 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 (PbEU L 321/1) (Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen)’**

## I. Inleiding

1. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOvA en de KNB (de **GCV**) heeft kennisgenomen van de consultatie over het ambtelijk voorontwerp Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (het **Voorontwerp** en voormelde Richtlijn: de **Richtlijn**).
2. De GCV maakt hierbij graag gebruik van de gelegenheid om op het Voorontwerp te reageren.

## II. Algemene opmerkingen

*Positieve grondhouding, maar zware procedure*

3. De GCV heeft een positieve grondhouding ten aanzien van de Richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusie en splitsingen, zoals ook naar voren is gekomen in haar eerdere advies over een voorstelversie van die Richtlijn<sup>1</sup>, wat echter niet wil zeggen dat zij alle daarin door de Europese wetgever gemaakte keuzes onderschrijft.
4. Gelet op de afwezigheid van wet- en regelgeving betreffende het grensoverschrijdend juridisch splitsen en omzetten van rechtspersonen, juicht de GCV het toe dat op deze gebieden een regeling wordt ingevoerd, zodat voor deze rechtsfiguren een duidelijke procedure komt te gelden, waarbij een (rechts)zeker resultaat wordt bereikt. De bescherming van de posities van werknemers, aandeelhouders en schuldeisers bij grensoverschrijdende verrichtingen is, naar de GCV meent, terecht een belangrijk onderdeel van het Voorontwerp.
5. In het Voorontwerp wordt een uitgebreide procedure geïntroduceerd voor grensoverschrijdende juridische splitsing en omzetting en wordt de thans geldende wetgeving die de grensoverschrijdende fusie betreft, aangepast. Op zich kan de GCV zich vinden in de mededeling dat de richtlijn beoogt het voor bedrijven gemakkelijker te maken om een grensoverschrijdende rechtshandeling te effectueren,<sup>2</sup> maar het effect van de voorgestelde

---

<sup>1</sup> Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, advies d.d. 19 juni 2018, kenbaar via <https://www.knb.nl/over-knb/samenwerking/gcv-adviezen-en-rapporten>.

<sup>2</sup> Zie IAK onder 4.

regeling zou weleens tegenovergesteld kunnen zijn. De nieuwe procedure is immers langduriger en bewerkelijker dan de thans bestaande.<sup>3</sup> Ook vraagt de GCV zich af of de nieuwe wetgeving zal leiden tot een “*aanzienlijke kostenbesparing*”<sup>4</sup> ten aanzien van grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen. Gelet op de uitgebreide procedure zullen de kosten de huidige niet ontlopen en naar de GCV verwacht, zelfs toenemen. Indien het invoeren van het Voorontwerp als wet er echter toe zal leiden, dat meer ondernemingen van deze rechtsfiguren gebruik zullen maken (doordat meer rechtszekerheid over de te volgen procedure en het resultaat komt te bestaan), in plaats van alternatieven te gebruiken waarbij vennootschappen worden opgericht, vermogensbestanddelen worden overgedragen (met ook fiscale consequenties), dan zal inderdaad een kostenbesparing (in brede zin) kunnen worden bereikt.

#### *Wijze van implementatie en scope van het voorontwerp*

6. Uiteraard begrijpt de GCV dat het Voorontwerp diende te worden opgesteld binnen de kaders van de Richtlijn en dat daardoor de vrijheid afwegingen te maken sterk is beperkt. Het Voorontwerp heeft als uitgangspunt dat geen andere regels zijn opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk is. Van lidstaatopties die tot een verzwaring van de lasten van het bedrijfsleven zouden leiden (zoals een liquiditeitsverklaring) is terecht geen gebruik gemaakt. Van andere lidstaatopties, die tot een verlichting van de lasten kunnen leiden, is soms wel gebruik gemaakt. Zo vindt de GCV het een goede keuze om voor eenpersoonsvennootschappen gebruik te maken van de door de Richtlijn geboden vrijstellingen. De GCV kan zich echter niet vinden in het voorstel om van de lidstaatopties in art. 126bis, leden 4, 6 en 7 gebruik te maken; zie daarover nrs. 33 en 34.
7. De GCV begrijpt dat de beperking van het toepassingsbereik van de grensoverschrijdende verrichtingen tot kapitaalvennootschappen, voortvloeit uit de keuze van Nederland dat in het kader van de nationale implementatie geen andere regels worden ingevoerd.<sup>5</sup> Wel zou dit een aandachtspunt moeten blijven, omdat de GCV zich kan voorstellen dat andere Nederlandse rechtspersonen, zoals de coöperatie, ook kunnen profiteren van een soortgelijke regeling. Ervan uitgaande dat dergelijke andere rechtspersonen, voor zover zij onder de reikwijdte van art. 54 VWEU vallen, op basis van de vrijheid van vestiging (zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie EG in onder andere het *Sevic*-arrest<sup>6</sup>) kunnen deelnemen aan grensoverschrijdende verrichtingen, rijst de vraag of de regeling uit het Voorontwerp analoog daarop moet worden toegepast of dat deze rechtspersonen een vrijere mogelijkheid daartoe hebben.
8. Het is naar het oordeel van de GCV toe te juichen dat wordt onderzocht of de regelingen met betrekking tot grensoverschrijdende verrichtingen t.z.t. zouden kunnen worden uitgebreid naar de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint-Maarten.
9. Op grond van de in het Voorontwerp voorgestelde regelingen (en overeenkomstig de huidige regeling van grensoverschrijdende fusie), moet elke vennootschap voorbereidende handelingen verrichten volgens het eigen nationale recht.<sup>7</sup> Het is evenwel zo, dat het betreffende nationale recht verplichtingen voor de vennootschap met zich brengt die een grensoverschrijdend karakter hebben. Een goed voorbeeld dat ook in de MvT wordt vermeld, is het gezamenlijke fusievoorstel. Maar ook de verplichting onder art. 2:314 lid 1 onder b (fusie) BW en art. 2:334h lid 1 onder b (splitsing) BW, tot het neerleggen van de jaarstukken van “*de te fuseren rechtspersonen*” respectievelijk “*partijen bij de splitsing*”, brengt met zich dat de Nederlandse

---

<sup>3</sup> Zie ook de mededeling hierover in de MvT, p. 7.

<sup>4</sup> Zie IAK onder 7 en MvT p. 15.

<sup>5</sup> MvT p. 5.

<sup>6</sup> HvJ EG 13 december 2005, *JOR* 2006/33 (*Sevic*).

<sup>7</sup> MvT p. 6.

vennootschap geconfronteerd wordt met buitenlandse regelgeving.<sup>8</sup> Dat element zou wellicht nog meer naar voren gebracht kunnen worden in de MvT en/ of het Voorontwerp.

*Fraudetoets (criterium)*

10. De GCV vraagt zich af hoe het criterium: “of de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor (a) onrechtmatige of frauduleuze doeleinden, die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of onrechtmatige omzeiling van Unie- of nationaal recht of (b) criminele doeleinden” moet worden uitgelegd.
11. In dit kader is onder andere onduidelijk of er ten aanzien van het eerste criterium onder (a) sprake is van een dubbele eis: (i) zowel opgezet voor et cetera alsook (ii) leiden tot of gericht zijn op et cetera. Kan er überhaupt sprake zijn van een grensoverschrijdende verrichting die is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden, maar die niet leidt tot of gericht is op et cetera?
12. Verder is het de GCV onduidelijk hoe moet worden omgegaan met de verwijzing naar Unie- of nationaal recht in criterium (a). Niet altijd zal alleen het Unie- of nationaal recht (van de fuserende vennootschappen, van de om te zetten vennootschap etc. (of betrokken vennootschap)), hier een rol van betekenis spelen, maar bijvoorbeeld ook het nationale recht van betrokken derde landen (niet lidstaten), waar bijvoorbeeld deelnemingen van een betrokken vennootschap zijn gevestigd.
13. De GCV meent dat een en ander in de MvT nader verduidelijkt zou moeten worden.

*Fraudetoets (rol van de notaris)*

14. De GCV acht het juist dat de notaris wordt aangewezen als de in Nederland bevoegde instantie om het pre-attest en het slotattest af te geven. De notaris heeft thans deze rol al bij de nationale fusies en splitsingen en de grensoverschrijdende fusie. Zoals in de MvT (p. 12) terecht wordt geschreven, heeft het notariaat ‘*op het vlak van grensoverschrijdende verrichtingen reeds diepgaande kennis en expertise.*’
15. Voor de notaris is de fraudetoets als expliciet benoemde toets in het kader van grensoverschrijdende verrichtingen, nieuw. Dat roept vragen van praktische en dogmatische aard op, bijvoorbeeld naar de reikwijdte van het door de notaris uit te voeren onderzoek. In de MvT (p. 12) is zeer expliciet bepaald dat deze fraudetoets hetzelfde doel heeft als de notariële poortwachtersrol, zoals voortvloeit uit art. 21 van de Wet op het notarisambt (Wna). De fraudetoets is daarvan een specificatie (lex specialis).<sup>9</sup> Blijkens de MvT (p. 39) is de toetsing niet zwaarder en uitgebreider dan de huidige toets bij een grensoverschrijdende fusie. Het komt de GCV echter voor dat de voorgestelde art. 2:333i/ art. 2:334uu / art. 2:335l BW leden 7 tot en met 9, minder ruimte aan de notaris bieden zijn dienst te weigeren. Immers, deze voorschriften lijken te verplichten tot een bepaalde mate van diepgaand onderzoek, terwijl op grond van het bepaalde in art. 21 Wna een minder vergaande toets wordt opgelegd: de notaris weigert zijn dienst indien ‘*naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.*’
16. Het is aan te raden deze onderzoekplicht van de notaris in nadere regelgeving of via de KNB verder te duiden. Bijvoorbeeld kan worden verduidelijkt welke elementen het onderzoek in ieder

---

<sup>8</sup> Zie ook L.W. Kelterman, ‘Art. 2:314 lid 1 BW, een knap staaltje vintage wetgeving’, *JBN* 2019/7-8.

<sup>9</sup> MvT, o.a. p. 12 en p. 39.

geval moet betreffen, kunnen richtlijnen worden gegeven voor het uit te voeren onderzoek en/of kan worden aangegeven wanneer en welke andere deskundigen kunnen worden ingeschakeld.

17. De GCV is van mening, dat het de positie van de notaris (en derhalve de procedure) ten goede zou komen, indien een regeling over kosten (bijvoorbeeld van de door de notaris in te schakelen deskundigen) wordt toegevoegd aan de desbetreffende artikelen.
18. Een nuance op hetgeen in de MvT (p. 12) wordt vermeld ten aanzien van de notariële voetverklaring bij grensoverschrijdende fusie: de notaris zal in die verklaring niet verklaren dat de fusie *'een feit is'*, aangezien deze pas een dag later van kracht wordt.<sup>10</sup>

*Taal van het voorstel tot fusie, splitsing of omzetting, de toelichting daarop en de attesten*

19. De Richtlijn bevat geen voorschriften (ook niet van beperkende aard) over de taal van het voorstel tot grensoverschrijdende fusie, splitsing of omzetting, de toelichting daarop en de attesten die moeten worden verleend. Indachtig het hiervoor in nr. 6 genoemde uitgangspunt bij implementatie bevat ook het Voorontwerp ter zake geen regeling.
20. De GCV meent dat Nederland de implementatie moet aangrijpen om te bepalen dat het voorstel en de toelichting in een andere taal (dan die van de betrokken lidstaten) kunnen worden opgesteld, mits het gaat om een in de internationale zakelijke en financiële wereld gangbare taal. Daarbij kan bijvoorbeeld aansluiting worden gezocht bij de talen waarin de jaarrekening mag worden opgesteld. Een dergelijke regeling leidt ontegenzeggelijk tot lastenverlichting ten opzichte van een regeling waarbij deze stukken in ieder geval *ook* in de nationale talen moeten worden opgesteld.

*Toelichting op het voorstel en vrijstelling daarvan*

21. Op grond van het Voorontwerp moet in de toelichting (art. 2:333f/ art. 2:334nn / art. 2:335d) aanzienlijk meer informatie worden opgenomen in een deel voor de aandeelhouders en een deel voor de werknemers. Niet duidelijk is hoe aan deze verplichting in de praktijk steeds gestalte moet worden gegeven. Dit geldt bijvoorbeeld met betrekking tot art. 333f lid 2 onder f waarin wordt aangegeven dat over “de gevolgen van de fusie voor de aandeelhouders” een schriftelijke toelichting moet worden gegeven. Volgens de MvT (p. 23) kan hierbij worden gedacht aan het opstellen van een overzicht waarin de verschillen worden toegelicht in de positie van aandeelhouders naar Nederlands recht en naar het recht van de vennootschap in een andere lidstaat of vice versa. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om de verschillen voor wat betreft het stemrecht, winstrecht, agenderingsrecht, mogelijkheden tot aantasting van besluiten, (specifieke) meerderheids- en quorumvoorschriften. Dit alles is vrij ruim geformuleerd en onduidelijk is welke informatie nu voldoende is in dit kader. Het zou goed zijn indien de wettekst of anders de MvT duidelijkheid verschaft over hetgeen ten minste aan relevante informatie moet worden verschaft.
22. Het Voorontwerp voorziet erin (art. 2:333f lid 3 / art. 2:334nn lid 3 / art. 2:335d lid 3) dat van het gedeelte van de toelichting dat voor aandeelhouders is bestemd, kan worden afgezien indien ‘de aandeelhouders’ van de fuserende vennootschappen, de splitsende vennootschap of om te zetten vennootschap daarmee instemmen. In de MvT zou verduidelijkt moeten worden dat dit een instemming vergt van iedere aandeelhouder en dat het dus geen besluit is dat door de algemene vergadering bij meerderheid kan worden genomen.
23. In lid 5 van art. 2:333f / art. 2:334nn / art. 2:335d is, overeenkomstig het bepaalde in de Richtlijn, bepaald dat de toelichting voor de werknemers niet is vereist indien “*alle werknemers van de [...] vennootschap en, in voorkomend geval, van haar dochtermaatschappijen tot het bestuur*

---

<sup>10</sup> Op grond van het bepaalde in art. 2:318 lid 1 BW.

*behoren.*” De GCV vraagt zich af in welke situaties hiervan sprake is, naast de voor de hand liggende dat de enige gesloten arbeidsovereenkomsten die met één of meer bestuurders van de fuserende, splitsende of om te zetten vennootschap zijn. Gaat de uitzondering ook op indien de bestuurders van een dochtermaatschappij arbeidsovereenkomsten met die dochtervennootschap hebben? En wat is ‘het bestuur’ in dit verband, omvat dat slechts het statutaire bestuur? Gaat het er dus, kort gezegd, om dat de toelichting niet is vereist indien alle werknemers zelf het voorstel tot splitsing hebben ondertekend en op de hoogte geacht worden te zijn?

24. Tevens bevat het Voorontwerp in lid 8 van genoemde bepalingen dat ‘een schriftelijke toelichting’ niet is vereist indien alle aandelen in het kapitaal worden gehouden door één aandeelhouder. Is dat enkele feit ook voldoende om het gedeelte in de toelichting dat voor de werknemers is bestemd, achterwege te laten? De GCV ziet daar eigenlijk geen rechtvaardiging voor.

*Wijze van aankondiging van de grensoverschrijdende verrichting*

25. Van de optie om de grensoverschrijdende verrichting in de Staatscourant te publiceren wordt geen gebruik gemaakt. Wel blijft voor de grensoverschrijdende fusie de regeling van kracht, dat in een landelijk verspreid dagblad moet worden gepubliceerd. Voor een grensoverschrijdende splitsing en omzetting komt hetzelfde te gelden.<sup>11</sup> De GCV adviseert te overwegen of de regeling van publicatie in een nationaal verspreid dagblad kan worden vervangen door een publicatie in de Staatscourant. Het is immers efficiënter op één plaats alle aankondigingen te verzamelen, dan verspreid over meerdere kranten, waarbij de GCV bovendien sterk betwijfelt of publicatie in een landelijk dagblad in de huidige tijd nog wel adequaat is in het licht van bescherming van schuldeisers.

26. De GCV kan instemmen met het niet benutten van de lidstaatoptie om het voorstel tot de grensoverschrijdende verrichting door de vennootschappen zelf openbaar te laten maken door publicatie op hun websites. De reden daarvoor ziet de GCV vooral in de complicatie die dit mogelijkwerijs zou opleveren voor de betrokken notaris bij afgifte van het pre-verrichtingsattest. Het kan immers lastig of zelfs onmogelijk zijn voor de notaris om te na te gaan sinds wanneer en gedurende welke (onafgebroken) periode het voorstel op de website is gepubliceerd.

*Kennisgeving aan aandeelhouders, schuldeisers en werknemers*

27. De Richtlijn introduceert dat het bestuur van de vennootschap die een grensoverschrijdende verrichting aangaat een kennisgeving moet doen aan de aandeelhouders, de schuldeisers en de ondernemingsraad (of als deze niet is ingesteld: de werknemers), inhoudende dat zij tot uiterlijk vijf dagen voor de datum waarop over de verrichting wordt besloten, opmerkingen kunnen indienen over het voorstel tot de grensoverschrijdende verrichting. Het Voorontwerp neemt dit over in art. 2:333e (fusie), art. 334mm (splitsing) en art. 2:335c (omzetting). Uit het Voorontwerp blijkt niet wat deze ‘opmerkingen’ kunnen inhouden en, nog belangrijker, wat er met deze opmerkingen moet worden gedaan.
28. De opmerkingen betreffen het voorstel, zo begrijpt de GCV. Mocht het bestuur van mening zijn dat naar aanleiding van een opmerking het voorstel zou moeten worden aangepast, dan begint de procedure weer van voor af aan: het bestuur moet dan namelijk een nieuw (aangepast) voorstel deponeren. Maar, stel dat het bestuur kennisneemt van de opmerkingen en niet overgaat tot wijziging van het voorstel; moet het bestuur de opmerkingen dan wel delen met de algemene vergadering die over de verrichting besluit of zijn de opmerkingen alleen voor het bestuur van

---

<sup>11</sup> Zie voor splitsing het bestaande art. 2:334h BW en voor omzetting het voorgestelde art. 2:335f BW.

belang? De GCV vindt dat de MvT op dit punt moet worden verduidelijkt. Ook dit raakt namelijk het pre-verrichtingsattest dat de notaris moet afgeven.

#### *Redelijkheid schadeloosstelling*

29. Een accountant moet het voorstel tot de verrichting onderzoeken en moet verklaren of de voorgestelde schadeloosstelling naar zijn oordeel redelijk is. Daarbij houdt de accountant volgens art. 2:333g lid 2 / art. 2:334oo lid 2 / art. 2:335e lid 1 rekening met de eventuele marktprijs van de aandelen.
30. Onduidelijk is wat in lid 2 van art. 333g wordt bedoeld met ‘de eventuele marktprijs van de aandelen in de verdwijnende vennootschappen’. Wordt hiermee bedoeld op de ‘prijs van de aandelen op een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit’, zoals bedoeld in art. 2:325 lid 1 BW?

#### *Procedure inzake redelijkheid schadeloosstelling en ruilverhouding*

31. Het Voorontwerp bevat een regeling (art. 2:333h lid 3 en 5 / art. 2:334qq lid 3 en 4 / art. 2:335i lid 4) op grond waarvan een (iedere) aandeelhouder die daarvoor in aanmerking komt de voorgestelde schadeloosstelling of ruilverhouding opnieuw kan laten bepalen als zij menen dat deze ‘niet redelijk’ is. De wettekst stelt dat ‘de aandeelhouders’ daartoe een verzoek kunnen doen aan de voorzitter van de Ondernemingskamer die vervolgens een of meer deskundigen benoemt. Omdat iedere aandeelhouder bevoegd is tot het doen van een dergelijk verzoek, zou de wettekst beter kunnen spreken van ‘de aandeelhouder’. De GCV vraagt zich af waarom de termijn voor indiening van het verzoek zes weken is. Zou het niet logischer zijn om deze termijn gelijk te stellen aan de termijn (van een maand) zoals bedoeld in lid 1 van de hiervoor bedoelde artikelen?
32. Uit de wettekst (art. 2:333h lid 3 en 5 / art. 2:334qq lid 3 en 4 / art. 2:335i lid 4) blijkt dat de deskundigen de schadeloosstelling of ruilverhouding moeten vaststellen ‘met inachtneming van’ statutaire of contractuele bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen of schadeloosstelling. In de MvT staat echter dat de deskundigen bij de beoordeling van de schadeloosstelling of ruilverhouding ‘onder meer’ rekening houden met dergelijke statutaire of contractuele bepalingen, hetgeen de deskundigen meer ruimte lijkt te bieden dan de wettekst suggereert. Overigens komt het de GCV voor dat in deze procedure steeds kan worden volstaan met aanwijzing van één deskundige en dat dit in de wettekst tot uitdrukking wordt gebracht, omdat (in beginsel) een accountant zich ook al heeft uitgelaten over de redelijkheid van de schadeloosstelling en de ruilverhouding. De wettekst zou bovendien, om de voortgang van de procedure te bewaken, een voorschrift moeten bevatten dat de deskundige zijn bericht uitbrengt binnen (bijvoorbeeld) een maand na zijn benoeming.
33. De in het Voorontwerp opgenomen regelingen op grond waarvan de voorzitter van de Ondernemingskamer deskundigen kan aanwijzen, zijn verstrekkend. Zo is gekozen voor de lidstaatoptie om de bepaling van de hoogte van de schadeloosstelling of de ruilverhouding door deskundigen, bindend te laten zijn voor alle houders van aandelen van dezelfde soort of aanduiding die van hun uittreedrecht gebruik maken (schadeloosstelling) of, als het om de ruilverhouding gaat, een dergelijk uittreedrecht niet hebben of daar geen gebruik van maken. Die vaststelling door deskundigen werkt dan volgens de MvT als bindend advies en *erga omnes*, dus als het gaat om een procedure over de ruilverhouding, ook voor aandeelhouders die de ruilverhouding redelijk vonden. Indien de vaststelling door deskundigen leidt tot een voor een aandeelhouder in een van de fuserende vennootschappen ongunstigere ruilverhouding (en dat zal waarschijnlijk altijd het geval zijn bij een aanpassing van de ruilverhouding), dan kan die aandeelhouder de vaststelling weer aanvechten volgens de regels van aantasting van een bindend advies bij de gewone rechter. Al die tijd staat de ruilverhouding niet vast. Een dergelijk scenario

kan partijen ervan doen afzien om überhaupt een grensoverschrijdende fusie of splitsing te overwegen. De GCV meent dan ook dat Nederland niet voor deze lidstaatoptie moet kiezen.

34. De GCV kan de regeling van de laatste zin van art. 2:333h lid 5 / art. 2:333qq lid 4 niet helemaal volgen. Deze regeling voorziet in de mogelijkheid om na correctie van de ruilverhouding door de deskundigen, de aandeelhouders te compenseren in de vorm van een bijbetaling. Deze bijbetaling geschiedt in beginsel in geld, maar kan plaatsvinden door middel van toekenning van aandelen, zulks ter keuze van de aandeelhouders. De GCV meent dat de vennootschap dit zou moeten kunnen bepalen, waarbij zij bijvoorbeeld wijst op de bestaande systematiek van art. 2:320 BW, en dat dit niet ter keuze van de aandeelhouders zou moeten zijn. Ziet de GCV het goed, dan lijken art. 124bis lid 7 en art. 160decies lid 7 Richtlijn ook niet toe te staan dat dit ter keuze van de aandeelhouders wordt gelaten.

#### *Drie maanden-verzettermijn*

35. Een opvallende afwijking ten opzichte van de huidige grensoverschrijdende fusieprocedure is de invoering van een verzettermijn van drie maanden. Voor nationale juridische fusie en splitsing bedraagt deze termijn één maand. In het in 2014 gepubliceerde voorontwerp voor grensoverschrijdende omzetting was een verzettermijn van twee maanden voorgesteld. Een termijn van twee maanden geldt ook bij de zetelverplaatsing van een SE met zetel in Nederland (art. 4 lid 2 Uitvoeringswet SE-Verordening).
36. De GCV begrijpt dat de Richtlijn een verzettermijn van drie maanden voorschrijft, zodat er geen mogelijkheid is voor Nederland een kortere termijn te hanteren. De Richtlijn verzet zich echter niet tegen een regeling waarin de verzettermijn doorloopt terwijl de grensoverschrijdende verrichting al is gerealiseerd. Zo is het, als de GCV het tenminste goed leest, ook in het Voorontwerp geregeld. Bij een grensoverschrijdende fusie geldt ingevolge art. 2:333ha lid 1 een verzettermijn van drie maanden na aankondiging van de openbaarmaking van het fusievoorstel. Over het tijdstip waarop tot de fusie kan worden besloten, bevat het Voorontwerp geen bepalingen in aanvulling op de regeling van nationale fusie. Dat betekent dat het besluit tot fusie al na verloop van een maand na de dag van de aankondiging kan worden genomen (art. 2:317 lid 2 BW). In theorie kan de notaris in de situatie zoals beschreven in nr. 40 het pre-verrichtingsattest afgeven, zodat de fusie kan worden geëffectueerd terwijl de verzettermijn nog doorloopt. Voor grensoverschrijdende splitsing en omzetting geldt eenzelfde systematiek.<sup>12</sup> Dat is een belangrijk verschil ten opzichte van de huidige fusie- en splitsingsregeling, dat echter niet als zodanig wordt belicht in de MvT. Gezien het belang van deze systematiek, die voorkomt dat een grensoverschrijdende verrichting onnodig veel tijd in beslag neemt, en het vernieuwende karakter daarvan, zou dit volgens de GCV in de toelichting uitdrukkelijker dan nu het geval is moeten worden toegelicht.

#### *Formulering meerderheids- en quorumvereisten voor besluitvorming*

37. Art. 2:333gb / art. 2:334pp / art. 2:335hh lid 3 lijkt thans nog geen rekening te houden met de situatie dat zowel de vereiste meerderheid voor het besluit tot fusie als de vertegenwoordiging meer bedragen dan 90% van de uitgebrachte stemmen cq het geplaatste kapitaal (alleen met de of situatie). Dit kan eenvoudig worden verduidelijkt door twee keer in plaats van ‘of’ ’en/of’ in de desbetreffende bepaling op te nemen. Verder zou in de tweede volzin waar tweemaal wordt verwezen naar ‘vertegenwoordiging van [meer dan] 90% van het geplaatste kapitaal ter vergadering’ de tekst moeten worden aangepast. Het gaat er namelijk om dat er een

---

<sup>12</sup> Met dien verstande dat de regeling bij grensoverschrijdende omzetting duidelijk voorschrijft dat het *attest* niet kan worden afgegeven en bij fusie en splitsing, doordat bestaande nationale wetgeving (artt. 2:316 lid 4 BW respectievelijk 2:334l lid 3 BW) van toepassing is, de *notariële akte* niet kan worden gepasseerd indien verzet is aangetekend.

quorumvereiste is dat ertoe leidt dat meer dan 90% van het geplaatste kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd is.

*Pre-verrichtingsattest*

38. De vraag is hoe de notaris op een juiste en zorgvuldige wijze kan voldoen aan zijn verplichting om de fuserende, splitsende of om te zetten vennootschap(en) in kennis te stellen van de redenen van zijn besluit om de verklaring niet af te geven, zoals bedoeld in lid 6 van art. 2:333i / art. 2:334uu / art. 2:335l. In welke mate van detail moet de notaris op de desbetreffende redenen ingaan of kan hij volstaan met een algemene aanduiding? De redenen kunnen bijvoorbeeld ook uitsluitend en alleen toe te rekenen zijn aan een van betrokken vennootschappen (en vertrouwelijk van aard zijn). Staat het de notaris dan, in geval van fusie bijvoorbeeld, (toch) vrij om deze redenen dan ook aan alle andere fuserende vennootschappen mede te delen?
39. In het licht van lid 8 van genoemde bepalingen is het maar de vraag of de veronderstelling in de MvT (p. 40) ten aanzien van fusie “dat de notaris de relevante feiten en omstandigheden doorgaans zal kunnen opmaken uit de documenten en informatie die de fuserende vennootschap op grond van lid 4 aan hem moet overleggen” juist is. De GCV verwacht dat in de praktijk de notaris in het kader van de fraudetoets vaker meer informatie nodig zal hebben en/of zekerheidshalve eerder een beroep zal doen op lid 8 van genoemde bepalingen om tot een weloverwogen oordeel te kunnen komen. Wellicht zou hij dat laatste, ook zonder dat hij “ernstige twijfels” heeft, bijvoorbeeld ook al bij enige gerede twijfel en/of onzekerheid moeten kunnen doen. Anderzijds kan een notaris ook geneigd zijn om zijn rol bewust beperkter uit te leggen in de zin dat hij zich ten behoeve van de fraudetoets uitsluitend en alleen baseert op de op grond van lid 4 van art. 2:333i / art. 2:334uu / art. 2:335l overgelegde beperktere informatie. Daarmee beperkt hij in zekere zin de reikwijdte van zijn pre-verrichtingsattest, maar als hij dat bewust doet, terwijl hij vermoedt of had moeten vermoeden dat er toch meer zou kunnen spelen, kwijt hij zich niet voldoende van zijn taak en loopt hij wellicht het risico aansprakelijk te worden gesteld.
40. Het valt de GCV op dat ten aanzien van de termijnen voor de afgifte van het pre-verrichtingsattest onder andere geen rekening wordt gehouden met het al dan niet verstrijken van de verzettermijn. Dat betekent dat de notaris in principe zijn attest al kan afgeven voordat de verzettermijn is verstreken. Hoewel dit onder huidig recht atypisch is, lijkt dit wel de bedoeling van het Voorontwerp te zijn. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* ook voor de afgifte van het pre-verrichtingsattest, terwijl (i) de procedure voor de beoordeling van de ruilverhouding nog niet afgerond is (ex artikel 333h lid 5) (als gevolg waarvan ook nog aandelen ter compensatie kunnen worden toegekend) of (ii) de procedure voor het (opnieuw) bepalen van de schadeloosstelling nog niet is afgerond indien de andere fuserende vennootschappen hebben besloten dat de verkrijgende vennootschap de schadeloosstelling moet voldoen (ex art. 2:333h lid 4 juncto art. 2:333i lid 5). De toelichting zou moeten verduidelijken of, en zo ja op welke wijze, van de notaris wordt verwacht dat deze bij het afgeven van het pre-verrichtingsattest rekening houdt met dergelijke procedures.
41. Verder merkt de GCV nog het volgende op met betrekking tot de relevante termijnen voor de afgifte van het pre-verrichtingsattest en het voldoen aan de formele toets en de fraudetoets. Lid 6 van art. 2:333i / art. 2:334uu / art. 2:335l bepaalt allereerst dat de notaris in principe het pre-verrichtingsattest afgeeft binnen drie maanden nadat hij de documenten en de informatie bedoeld in lid 4 heeft ontvangen. Indien hij vaststelt dat niet aan de formele toets van lid 3 is voldaan geeft de notaris de verklaring niet af. In dat geval kan de notaris de vennootschap de mogelijkheid bieden om binnen een (door de notaris vast te stellen) passende termijn aan de relevante vormvoorschriften of overige voor de grensoverschrijdende verrichting gegeven



voorschriften te voldoen. Voor het alsnog voldoen aan de formele toets wordt derhalve geen maximale (eind)termijn gegeven.

42. Dat is anders indien de notaris bij de beoordeling van afgifte van het pre-verrichtingsattest ernstige twijfels heeft of wordt voldaan aan de fraudetoets. In dat geval kan hij - in een voorkomend geval - op grond van lid 8:

(a) aanvullende informatie en documenten verkrijgen van de fuserende, splitsende of om te zetten vennootschap of de bevoegde instantie of instanties van de lidstaat van de verkrijgende vennootschap(pen) (in geval van fusie of splitsing) dan wel in de lidstaat van bestemming (omzetting). Niet duidelijk is waarom dit laatste beperkt is tot bevoegde instanties van alleen deze lidstaat en bijvoorbeeld niet is uitgebreid tot dergelijke instanties van de lidstaat van de verdwijnende vennootschap(pen) (of van derde betrokken landen). Het is nl. ook maar de vraag of een en ander voldoende zal blijken uit het attest/de attest(en) van de bevoegde instantie(s) uit de lidstaten van de verdwijnende vennootschap(pen). In het verleden was dit wel zo voor de voldoening aan de (meer digitale) formele toets, maar bij de (ruimere) fraudetoets kan dit wel degelijk anders zijn); en

(b) beroep doen op een of meer onafhankelijke deskundigen. (In dit kader is het nog de vraag wanneer een deskundige kan worden aangemerkt als “onafhankelijk”? Kan hierbij wellicht een vergelijking gemaakt worden met de benoeming van accountants ex art. 2:328 BW indien twee of meer NVs bij een nationale fusie zijn betrokken?)

43. Wanneer het voor de beoordeling door de notaris noodzakelijk is om rekening te houden met aanvullende informatie of om aanvullende onderzoeksactiviteiten te verrichten kan de notaris ten behoeve van de fraudetoets de termijn van drie maanden van lid 6 van art. 2:333i / art. 2:334uu / art. 2:335l voor drie maanden verlengen. De notaris geeft uiteindelijk de verklaring niet af indien zijn ernstige twijfels (als bedoeld in lid 8 van genoemde bepalingen) niet zijn weggenomen binnen een termijn van maximaal negen maanden nadat hij de documenten en informatie bedoeld in lid 4 heeft ontvangen. Volgens de MvT (p. 40) is dit laatste (de *long stop date*) voorgesteld om te voorkomen dat er sprake is van een verlenging van een termijn zonder duidelijk eindtijdstip. Dit wordt niet dwingend voorgeschreven door de Richtlijn en dat maakt dit een Nederlandse vinding. Deze vinding heeft voor- en nadelen. Enerzijds biedt dit bijvoorbeeld aan de wat onzekere twijfelende notaris een veilige uitweg (door simpelweg te vertragen hoeft hij uiteindelijk het attest niet af te geven) en anderzijds kan een casus zeer complex zijn en kan het veel tijd nemen voordat de in lid 8 bedoelde informatie wordt aangeleverd door de aldaar bedoelde instanties en voordat de onafhankelijke deskundigen hun rapporten, verklaringen hebben afgerond en/of hun opinies definitief hebben afgegeven. De betreffende goedwillende notaris wordt dan gedwongen om mee te doen aan een “race tegen de klok” en kan dan in een *squeeze* terechtkomen omdat hij na het verstrijken van de long stop date niets anders mee kan doen dan de verklaring niet afgeven (duidelijkheid versus weinig flexibiliteit).

44. Ten aanzien van een eindtijdstip voor de voldoening aan de formele toets wordt de soep niet zo heet gegeten. De notaris kan daarvoor - zoals hiervoor vermeld - een passende termijn vaststellen. Deze zou in theorie zelfs nog na de long stop date van lid 9 van art. 2:333i / art. 2:334uu / art. 2:335l kunnen eindigen (vraag is natuurlijk wel of dat passend is). In geval dat voor de long stop date wordt voldaan aan de fraudetoets, zou het pre-verrichtingsattest in theorie ook nog door de notaris kunnen worden afgegeven na het verstrijken van de maximale termijn van negen maanden nadat de documenten en de informatie door de notaris zijn ontvangen (omdat na het verstrijken van die termijn, maar voordat de (langere) passende termijn is verstreken alsnog aan de formele toets wordt voldaan). De gedachte van de wetgever hierachter is uiteraard dat eenvoudiger en eerder zal kunnen worden vastgesteld of aan de formele toets

wordt voldaan (omdat deze digitaler van aard is) dan aan de fraudetoets (onder andere omdat deze minder concreet is). Overwogen kan worden om de passende termijn bij de formele toets op eenzelfde wijze te maximaleren zoals dat is voorgesteld bij de fraudetoets.

#### *Fiscale aspecten*

45. De Richtlijn en het Voorontwerp bevatten geen bepalingen over de fiscale behandeling van de diverse grensoverschrijdende verrichtingen. Desalniettemin, zoals in de MvT ook terecht wordt opgemerkt, is voor de praktijk de fiscale behandeling van groot (in veel gevallen zelfs doorslaggevend) belang. In de MvT wordt aan de praktijk gevraagd fiscale knelpunten door te geven. De GCV is van mening dat het noodzakelijk is die te ontvangen en te adresseren voordat de regeling in werking kan treden.

### **III. Opmerkingen ten aanzien van de grensoverschrijdende fusie**

46. In de eerste volzin van lid 4 van art. 2:308 BW moet ‘*kapitaalvennootschappen*’ worden vervangen door ‘*kapitaalvennootschappen*’.
47. In de MvT (p. 19) is aangegeven dat art. 2:333c lid 5 onverlet laat dat – net als onder het huidige recht – grensoverschrijdende fusies mogelijk zijn van ondernemingen in preventieve herstructurerings (zoals de WHOA-procedure in Nederland, waarbij noch faillissement noch surseance van betaling intreedt). Hetzelfde geldt wanneer een Nederlandse vennootschap fuseert met een kapitaalvennootschap die is opgericht naar het recht van een andere lidstaat die zich naar het recht van die lidstaat bevindt in een preventieve insolventieprocedure. Wellicht is beter om het laatste nog wat duidelijker te benadrukken in lid 5 van art. 2:333c.
48. Aan art. 2:333g wordt een nieuwe volzin toegevoegd die luidt als volgt: “*In afwijking van art. 328 lid 1 tweede volzin is deze verklaring alleen vereist indien de verkrijgende vennootschap of verdwijnende vennootschap een naamloze vennootschap is met haar statutaire zetel in Nederland.*” Onduidelijk is op welke verklaring wordt gedoeld met “deze verklaring”.
49. Indien slechts wordt gedoeld op de verklaring van art. 2:333g lid 1 valt niet goed in te zien waarom in de nieuwe volzin wordt aangegeven dat deze alleen is vereist indien de verkrijgende of de verdwijnende vennootschap een naamloze vennootschap is met haar statutaire zetel in Nederland. Art. 2:333h lid 1 t/m 4 vindt immers alleen toepassing bij een zogenoemde outbound grensoverschrijdende fusie, waarbij de verdwijnende vennootschap een vennootschap is met statutaire zetel in Nederland en de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat is. In dat geval geldt mogelijk wel in de lidstaat waar de verdwijnende vennootschap haar statutaire zetel heeft een met art. 2:333h vergelijkbare bepaling.
50. Indien echter wordt gedoeld op de verklaring van art. 2:328 lid 1 tweede volzin (in de brede zin) ziet de GCV niet goed in waarom deze Nederlandse regeling van kapitaalbescherming bij een outbound grensoverschrijdende fusie nog steeds zou moeten worden opgedrongen aan een verkrijgende vennootschap die een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat is.
51. Het valt te betreuren dat door de benadering van de wetgever (om slechts binnen het bestek van de Richtlijn te blijven) bepaalde omissies en onduidelijkheden in de huidige regeling voor nationale fusie niet kunnen worden weggenomen. In het kader van de wijziging van art. 2:333g zou toch op zijn minst art. 2:328 lid 1 tweede volzin ook bij nationale fusie kunnen worden beperkt tot naamloze vennootschappen?
52. Door de invoering van art. 2:333ga wordt voor de grensoverschrijdende zusterfusie geregeld dat het bestuur van de verdwijnende vennootschap tot fusie kan besluiten. Bij een nationale zusterfusie is dit nog niet mogelijk en zal helaas de reguliere procedure blijven gelden. De reden hiervoor is volgens de wetgever dat de Richtlijn niet in die mogelijkheid voorziet (zie art.111

Richtlijn). Kan de wetgever hier toch niet enige flexibiliteit betrachten? Anders wordt de besluitvorming bij grensoverschrijdende fusie meer gefaciliteerd dan bij nationale fusie. Dat komt de GCV ongewenst voor. Hetzelfde geldt volgens de MvT (p. 30) voor een vereenvoudigde procedure voor het geval de aandeelhouders in de fuserende vennootschappen hun aandelen in alle fuserende vennootschappen in dezelfde verhouding aanhouden (zie art. 132 en 119 lid 2 onderdeel d van de Richtlijn).

53. Met Van Veen zou de GCV ook willen pleiten voor de invoering van twee nieuwe vereenvoudigde fusievarianten op basis van art. 119 lid 2 sub b Richtlijn: de fusie door overneming zonder toekenning van aandelen door de verkrijgende vennootschap, mits (a) alle aandelen in de fuserende vennootschappen rechtstreeks of indirect in handen zijn van een persoon (door middel van met name een verruiming van art. 2:333 lid 2) of (b) de deelnemers in de fuserende vennootschappen hun effecten en aandelen in alle fuserende vennootschappen in dezelfde verhouding aanhouden. Zie het pleidooi van Van Veen in *WPNR* 2020/7309, p. 28-30.
54. De GCV constateert een verschil in de regeling van het voorgestelde art. 2:333h over het opnieuw laten bepalen van de schadeloosstelling door een of meer onafhankelijke deskundigen et cetera (in lid 4) en de regeling van het opnieuw laten bepalen van de ruilverhouding door een of meer onafhankelijke deskundigen (in lid 5). Het laatste verzoek staat – in tegenstelling tot in beginsel het eerste verzoek (nr. 40) - niet in de weg aan het afgeven van het pre-fusie attest (dit attest kan derhalve worden afgegeven ook al is de procedure voor de beoordeling van de ruilverhouding nog niet afgerond). Het verzoek om de ruilverhouding opnieuw te beoordelen kan worden ingediend door aandeelhouders van de fuserende vennootschappen die niet beschikten over of geen gebruik hebben gemaakt van het uittreedrecht en van mening zijn dat de ruilverhouding niet redelijk is. Van dit verzoek kan niet alleen gebruik worden gemaakt door aandeelhouders van een verdwijnende vennootschap die aandelen zouden verwerven in de verkrijgende vennootschap in een andere lidstaat (maar die niet willen uittreden), maar ook door aandeelhouders van een Nederlandse verkrijgende vennootschap. In dat laatste geval kan het ook zo zijn dat een vergelijkbare regeling is opgenomen in de wettelijke regeling van de verdwijnende vennootschap in een andere lidstaat. De vraag is dan hoe de beide regelingen zich tot elkaar verhouden. Ten slotte is de figuur in lid 5, waarbij - na het van het van kracht worden van de fusie - indien de ruilverhouding opnieuw wordt bepaald nog aandelen van rechtswege ter compensatie kunnen worden toegekend (ter keuze van de aandeelhouders) nieuw en is het de vraag hoe dit in de praktijk zal uitwerken omdat dit tot latere verschuivingen in het aandelenbezit et cetera kan leiden.

#### **IV. Opmerkingen ten aanzien van de grensoverschrijdende splitsing**

55. Op grond van art. 2:334jj zijn de bepalingen ten aanzien van grensoverschrijdende splitsing slechts van toepassing indien daarbij nieuwe vennootschappen worden opgericht. Deze beperking vloeit voort uit de Richtlijn en is volgens de preambule daarvan opgenomen omdat *“het in zulke gevallen om zeer complexe zaken gaat waarbij instanties van verschillende staten betrokken zijn en bijkomende risico’s voor omzeiling van Unie- en nationale regels kunnen opduiken”*.<sup>13</sup> Het is de GCV niet duidelijk wat hiermee precies wordt bedoeld. Daarnaast wordt in de MvT aangevoerd, dat in een splitsing naar bestaande vennootschappen niet door de Richtlijn wordt voorzien en een eenzijdige afwijking in de Nederlandse wetgeving zou kunnen leiden tot praktische onuitvoerbaarheid.<sup>14</sup> Aan dat bezwaar zou tegemoet kunnen worden gekomen door te bepalen dat een splitsing naar bestaande vennootschappen slechts mogelijk is voor zover de andere betrokken jurisdictie een grensoverschrijdende splitsing naar bestaande

<sup>13</sup> Overweging 8 preambule Richtlijn en MvT p. 49.

<sup>14</sup> MvT, p. 50.

vennootschappen toestaat. De Richtlijn laat evenwel nu geen ruimte voor de implementatie van zo een variant van splitsing.<sup>15</sup> De GCV hoopt dat de aangekondigde evaluatie van de Richtlijn in februari 2027 mogelijkheden biedt tot uitbreiding naar bestaande vennootschappen.<sup>16</sup> Datzelfde geldt voor de splitsingsvarianten en vereenvoudigingen die bij een nationale splitsing mogelijk of van toepassing zijn, maar op grond van art. 2:334kk lid 2 niet zullen gelden bij grensoverschrijdende juridische splitsing.

56. Overigens lijkt het gelet op de wetssystematiek logischer als lid 1 van art. 2:334kk wordt verplaatst naar art. 2:334jj. Dat laatste art. betreft immers de (beperking van de) toepassing van afdeling 6. In art. 2:334kk wordt dan geregeld welke artikelen van de nationale splitsingsprocedure niet van toepassing zijn op de grensoverschrijdende.
57. Ingeval van een ‘eenpersoonsvennootschap’ geldt een aantal vereenvoudigingen. In art. 2:334kk lid 3 wordt voor dat geval een aantal bepalingen van de nationale splitsing buiten toepassing verklaard. De GCV vraagt zich in dat verband af wat de verhouding is tussen het buiten toepassing verklaren van art. 334g lid 1 en de regeling van art. 334nn lid 8.
58. Op pagina 53 van de MvT, laatste alinea, moet de verwijzing naar “*art. 2:333hh lid 1 BW*” worden gewijzigd in “*art. 2:334hh lid 1 BW*.”
59. In onderdeel d van art. 2:334ll wordt aandacht besteed aan niet beschreven vermogensbestanddelen. Bij de toelichting op dit artikel spreekt de MvT van “*vergeten vermogensbestanddelen*”.<sup>17</sup> De GCV benadrukt hierbij graag dat de regeling niet slechts op *vergeten* vermogensbestanddelen moet zien, maar ook vermogensbestanddelen die na het opstellen van de beschrijving door bijvoorbeeld zaaksvervanging in het vermogen van de splitsende vennootschap terecht komen. Het is goed de wettekst hierop aan te laten sluiten.
60. Onderdeel g van art. 2:334ll biedt de mogelijkheid een “*niet-evenredige*” toedeling van aandelen te regelen. De GCV vraagt zich af of aan deze mogelijkheid niet nog wat meer aandacht moet worden besteed. Hoe moet bijvoorbeeld worden omgegaan met de over-/ onderbedeling van aandeelhouders? Ontstaat uit dien hoofde een vordering tussen aandeelhouders?
61. In de MvT, p. 65, laatste alinea van de MvT op art. 2:334qq leden 3 en 4, moet “*vennootschappen*” worden vervangen door “*vennootschappen*”.
62. In art. 2:334uu lid 1 wordt bepaald dat een splitsing pas in werking treedt op de dag nadat aan de vier in dat lid vermelde voorwaarden is voldaan. De laatst vermelde voorwaarde houdt in dat alle betrokken handelsregisters aan het Nederlandse handelsregister een bericht hebben gestuurd omtrent de registratie van de verkrijgende vennootschappen. De GCV hecht er waarde aan te benadrukken dat de wet- en regelgeving betreffende (de werking van) het handelsregister hierop moet worden aangepast. In ieder geval zal van de Kamer van Koophandel in dit proces een actieve rol mogen worden verwacht met betrekking tot het ophalen van verklaringen en het informeren van de splitsende vennootschap.
63. Met betrekking tot de in het vorige nummer bedoelde registratie vraagt de GCV zich evenwel af wat er precies in de buitenlandse handelsregisters zal worden geregistreerd. De verkrijgende vennootschappen ontstaan immers pas een dag nádat aan alle voorwaarden is voldaan. Wordt dan een i.o. registratie gedaan?
64. Een andere voorwaarde is, dat het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing is voltooid door de bevoegde instantie van de lidstaat of lidstaten van de Europese Unie

---

<sup>15</sup> MvT, p. 50,

<sup>16</sup> MvT, p. 49.

<sup>17</sup> O.a. MvT, p. 56 e.v.

of de Europese Economische Ruimte waar de verkrijgende vennootschappen opgericht worden. De vraag komt op wat “rechtmatigheid” en het onderzoek daarnaar nu precies inhoudt en wanneer dus een afdoende bericht wordt ontvangen, op basis waarvan de splitsing (een dag later) effectief kan worden. Vanuit Nederlands perspectief, geeft art. 334vv een regeling voor zo een ‘slotattest’. In dat artikel staat, dat voor de beoordeling van een en ander mag worden afgegaan op het pre-splitsingsattest. Maar bijvoorbeeld een fraudetoets wordt in 334vv niet voorgeschreven. Wat is nu het geval indien dat in een andere jurisdictie wel wordt bepaald? Moet de Nederlandse notaris dan onderzoeken of het onderzoek wel is ‘voltooid’? Naar de mening van de GCV verdient het de voorkeur in deze bepaling zeer nauwkeurig te beschrijven welke mededeling precies moet worden ontvangen en wat het toezicht op de ‘rechtmatigheid’ vanuit inbound-perspectief precies inhoudt. Zodoende kan geen onduidelijkheid komen te bestaan over de vraag of en wanneer een grensoverschrijdende splitsing (met alle bijbehorende gevolgen) van kracht is geworden.

65. Op grond van het art. 2:334yy, is een grensoverschrijdende splitsing niet nietig of vatbaar voor vernietiging. Deze regeling is al bekend van de grensoverschrijdende fusie. Wel dringt de vraag zich op wat het geval is indien een op grond van art. 2:334kk lid 2 niet toegestane splitsingsvariant wordt uitgevoerd. Is er dan sprake van een non-existente of een geldige splitsing?

#### V. Opmerkingen ten aanzien van de grensoverschrijdende omzetting

66. Het Voorontwerp schrijft in art. 2:335d lid 2 sub f voor dat in de toelichting aandacht moet worden besteed aan de gevolgen van de omzetting voor de aandeelhouders. In de MvT (p. 86) wordt ter zake verwezen naar de toelichting van de corresponderende bepaling bij grensoverschrijdende fusie. Het gaat hier vooral over de positie van de aandeelhouder en de wijzigingen die eventueel optreden in zijn rechten en verplichtingen.
67. De GCV zou graag zien dat de wet (of in de MvT) enige verduidelijking biedt over de vraag wat er met de aandelen in een Nederlandse BV gebeurt bij een grensoverschrijdende outbound omzetting. Hoe moet bijvoorbeeld worden omgegaan met een nog openstaande stortingsplicht op aandelen? De GCV signaleert vragen in de huidige praktijk van grensoverschrijdende omzettingen over aandelen die met een pandrecht zijn bezwaard. Is het pandrecht na de omzetting van rechtswege gevestigd op de aandelen in de (dan) buitenlandse vennootschap of moet daarop een nieuw pandrecht worden gevestigd?
68. Het omzettingsvoorstel moet ingevolge art. 2:335b lid 2 sub g vermelden ‘of de om te zetten vennootschap in Nederland gedurende de voorafgaande vijf jaar stimulansen of subsidies heeft ontvangen’. De MvT zwijgt over deze bepaling, maar de GCV zou menen dat enige verduidelijking op zijn plaats is. Moet alleen worden vermeld *of* deze zijn ontvangen of ook van wie deze afkomstig zijn en de hoogte daarvan? Verder is onduidelijk wat onder ‘stimulansen’ moet worden verstaan.
69. In de MvT (p. 91) staat dat ‘aandeelhouders die willen uittreden maar *niet tevreden* [curs. GCV] zijn met de door de vennootschap voorgestelde ruilverhouding een verzoek bij de voorzitter van de Ondernemingskamer kunnen indienen [...]’. Het criterium dat in art. 2:335i lid 4 is opgenomen is dat de schadeloosstelling volgens de aandeelhouder ‘niet redelijk’ is, wat strenger is dan het ‘niet tevreden’ zijn.
70. Aan jaarrekeningtechnische aspecten besteedt de Richtlijn geen aandacht. Ook het Voorontwerp laat deze ongeregeld. Feit is dat door een outbound omzetting Titel 9 van Boek 2 BW niet langer op de vennootschap van toepassing is, maar het recht van de lidstaat van bestemming. Nu zal ook dat recht voor een groot gedeelte zijn gebaseerd op communautaire wet- en regelgeving,

maar denkbaar is dat (daarnaast) andere voorschriften voor de inhoud van jaarrekeningen gelden. In de wet zou in ieder geval kunnen worden geregeld hoe moet worden omgegaan met de opmaak- en deponeringsverplichtingen (waaronder de vrijstelling zoals bedoeld in art. 2:403 BW) betreffende de jaarrekening over het boekjaar waarin de omzetting plaatsvindt. Dit geldt uiteraard ook voor inbound-omzettingen. In de praktijk rijst ook regelmatig de vraag of een omzetting verslaggeving-technisch met economisch terugwerkende kracht in de jaarrekening kan worden verwerkt en hoe de vennootschapsrechtelijke mogelijkheden daartoe zich verhouden tot voorschriften voor de inhoud van de jaarrekening. Het Voorontwerp noch de MvT gaat op dergelijke aspecten in.

71. De GCV constateert dat volgens de MvT (p. 81) op de zetelverplaatsing van een SE niet de regeling van het Voorontwerp van toepassing is. Aan toepassing van Titel 7A komt men dan niet toe. De verklaring daarvoor is dat de SE-Verordening de regels bepaalt voor de zetelverplaatsing van een SE. Het is de vraag of deze opmerking wel geheel juist is.

Den Haag, 7 maart 2022

## Bijlage

### Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht:

mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam - voorzitter

mr. Y. (Yvette) Borrius, advocaat Florent, Amsterdam

mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam

prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat Stibbe, Amsterdam

prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen

mr. L.W. (Laurens) Kelterman, notaris VBC, Amsterdam

prof. mr. B. (Bastiaan) Kemp, advocaat Loyens & Loeff, Amsterdam

mr. drs. R.H. (Reinier) Kleipool, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam

mr. M.L.E. (Mariëtte) Plaggemars, notaris Damsté, Enschede

prof. mr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, professional support lawyer Allen & Overy, Amsterdam

mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Finnius, Amsterdam

mr. K.A. (Karen) Verkerk, notaris Dirkzwager, Arnhem

### Secretariaat:

mr. N.J.M. Sjerps  
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)  
Postbus 16020  
2500 BA Den Haag  
T 070 3307226  
E j.sjerps@knb.nl