

Azië-Pacific

Bangkok
Beijing
Brisbane
Hanoi
Ho Chi Minhstad
Hong Kong
Jakarta
Kuala Lumpur*
Manila*
Melbourne
Seoul
Shanghai
Singapore
Sydney
Taipei
Tokyo
Yangon

Europa, Midden- Oosten & Afrika

Abu Dhabi
Almati
Amsterdam
Antwerpen
Bahrein
Barcelona
Berlijn
Boedapest
Brussel
Cairo
Casablanca
Djedda*
Doha
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt
Genève
Istanbul
Johannesburg
Kiev
Londen
Luxemburg
Madrid
Milaan
Moskou
München
Parijs
Praag
Riyad*
Rome
Sint Petersburg
Stockholm
Warschau
Wenen
Zurich

Amerika

Bogota
Brazilië**
Buenos Aires
Caracas
Chicago
Dallas
Guadalajara
Houston
Júarez
Lima
Los Angeles
Mexico Stad
Miami
Monterrey
New York
Palo Alto
Porto Alegre**
Rio de Janeiro**
San Francisco
Santiago
São Paulo**
Tijuana
Toronto
Valencia
Washington, DC

* Gelieerde Kantoren
** In samenwerking met
Trench, Rossi e Watanabe
Advogados

7 maart 2022

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Consultatie voorontwerp grensoverschrijdende fusie, splitsing en omzetting

L.S.,

Hierbij doen wij u onze reactie toekomen op het voorontwerp grensoverschrijdende fusie, splitsing en omzetting.

1. Algemene opmerkingen

In de concept-memorie van toelichting ("MvT") is uiteengezet welke uitgangspunten zijn gekozen bij het onderhavige ontwerp. Deze zijn de volgende:

1. Voor zover het nationale recht al in overeenstemming is met onderdelen uit de Richtlijn, is implementatie niet nodig;
2. Bij het implementeren van onderdelen uit de Richtlijn wordt zoveel mogelijk aangesloten bij bestaande wetgeving, procedures en praktijk;
3. Als aansluiting bij bestaande wetgeving niet mogelijk of zinvol is, wordt zo dicht mogelijk aangesloten bij de tekst van de artikelen uit de Richtlijn;
4. Lidstaatopties worden overgenomen indien ze bijdragen aan lastenverlichting of aansluiten bij bestaande wetgeving, procedures en praktijk.

Wij onderkennen dat het bij een groot wetgevingsproject als het onderhavige het formuleren van uitgangspunten een nuttig instrument is om te komen tot een systematisch en coherent eindresultaat. In het onderhavige ontwerp komt dit mooi tot uiting. Het ontwerp en de toelichting zijn helder van structuur en consistent van opzet. Dit laat onverlet dat soms met de geformuleerde uitgangspunten in de hand bepaalde keuzes in het voorontwerp ter discussie kunnen worden gesteld en dat sommige uitgangspunten ter discussie kunnen staan.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is statutair gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34208804.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is lid van Baker & McKenzie International, een Zwitserse Verein. Wij verwijzen naar <http://www.bakermckenzie.com/nl/netherlands/generalconditions/>.

Geografische restricties: - ook grensoverschrijdende herstructurering binnen het Koninkrijk niet toegestaan

Een van de keuzes in het voorontwerp is dat het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling geografisch is beperkt tot lidstaten van de EU of de EER. Dit is het minimale toepassingsbereik dat het Unierecht verlangt. Ook de huidige regeling van de grensoverschrijdende fusie is op deze wijze beperkt. Een dergelijke beperking is naar wij menen onwenselijk en niet nuttig. Onwenselijk omdat het de grensoverschrijdende mobiliteit van rechtspersonen beperkt, niet nuttig omdat het inbound en outbound verplaatsingen niet verhindert maar daarvoor slechts financiële drempels opwerpt.

Dit behoeft wellicht enige toelichting: verschillende lidstaten kennen de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie of splitsing zonder geografische restrictie. Indien in voorkomend geval een grensoverschrijdende fusie of omzetting moet plaats vinden naar bijvoorbeeld Delaware of binnen het koninkrijk bijvoorbeeld Aruba, dan is de oplossing hiervoor dat de rechtspersoon zich eerst omzet in een rechtspersoonsvorm naar (bijvoorbeeld) Luxemburgs recht om vervolgens de gewenste herstructurering te voltooien. Dit is uiteraard omslachtiger en kostbaarder dan een rechtstreekse verplaatsing. Betreft het bijvoorbeeld een vennootschap naar het recht van Aruba of Bonaire die zich zou willen vestigen in Nederland, dan wordt duidelijk hoe wonderlijk de situatie is. De vennootschap zou zich daartoe eerst moeten omzetten in een Luxemburgse vennootschap om daarna de omzetting in een Nederlandse vennootschap te kunnen voltooien. En dat terwijl een omzetting is beoogd binnen het koninkrijk. Betreft het een vennootschap naar het recht van bijvoorbeeld Bonaire, dan betreft het bovendien een omzetting binnen het staatkundige land Nederland.

In de MvT wordt hierover opgemerkt dat uitbreiding van het geografische toepassingsbereik kan worden gezien nadat ervaring is opgedaan met deze nieuwe regeling. In dit verband kan erop worden gewezen dat met de regeling betreffende de grensoverschrijdende fusie al vele jaren ervaring is opgedaan. Bovendien kennen Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES eilanden een modern rechtspersonenrecht vastgelegd in Boek 2 van hun Burgerlijk Wetboek, dat een op het Nederlandse recht geënte regeling omtrent grensoverschrijdende fusie en omzetting kent. Deze regelingen sluiten derhalve naadloos aan op de Nederlandse. Er is dan ook te minder grond om deze landen en gebieden van het toepassingsbereik uit te sluiten.

Beperking tot kapitaalvennootschappen

Het toepassingsbereik van de Richtlijn is beperkt tot kapitaalvennootschappen. In lijn hiermee is het toepassingsbereik van het onderhavige voorstel beperkt tot kapitaalvennootschappen, zoals ook reeds de keuze was bij de eerdere implementatie van de regeling betreffende grensoverschrijdende fusies. Op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie EU, komt evenwel ook aan andere rechtspersoonsvormen en vennootschappen het recht op vrije vestiging toe. Hierbij is bijvoorbeeld te denken aan verenigingen, stichtingen en coöperaties die economisch actief zijn. Ook deze rechtsvormen zijn, binnen bepaalde kaders, gerechtigd tot grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing. Het ontbreken van een wettelijk kader voor deze

verrichtingen, blijkt in de praktijk vaak een obstakel om deze uit te voeren. Hierdoor wordt effectief de vrijheid van vestiging voor deze rechtsvormen belemmerd. Wij bepleiten daarom om het toepassingsbereik van de onderhavige regeling uit te breiden tot alle rechtsvormen die zich kunnen omzetten, fuseren of splitsen overeenkomstig Boek 2 BW. Wij onderkennen overigens dat het, indachtig de implementatiedatum voor de onderhavige Richtlijn, wel wat ambitieus is om deze uitbreiding in dit wetgevingsproject mee te nemen.

Geen implementatie art. 119 lid 2, onder d Richtlijn

Artikel 119 lid 2, onder d Richtlijn voorziet in twee vereenvoudigde fusievarianten, namelijk de fusie waarbij (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.

In de transponeringstabel bij deze bepaling is te lezen dat implementatie van deze regeling niet nodig is omdat het vereenvoudigde karakter van de fusie reeds zou volgen uit artikel 2:333 lid 2 BW (vermoedelijk is bedoeld op de hierboven onder (i) bedoelde fusievariant) en dat voor het overige de fusietitel in Boek 2 BW er niet aan in de weg staat dat een fusie kan worden uitgevoerd met de bepaling dat er geen aandelen in de verkrijgende vennootschap worden toegekend in ruil voor de aandelen in de verdwijnende vennootschappen.

In dit verband merken wij op dat over de beide hierboven geformuleerde vooronderstellingen tegengestelde standpunten worden ingenomen in de literatuur. Hieraan is ten aanzien van de onder (i) bedoelde fusie debet dat art. 2:333 lid 2 BW slechts benoemt de situatie dat de aandelen direct worden gehouden door dezelfde persoon. De situatie dat de aandelen indirect in handen zijn van dezelfde persoon, stond aanvankelijk wel in art. 2:333 lid 2 BW maar is bij een wetwijziging - overigens zonder toelichting - verwijderd. In de literatuur bestaat daarom verdeeldheid over het antwoord op de vraag of de fusie ook vereenvoudigd kan worden uitgevoerd in het geval dat alle aandelen indirect worden gehouden door een persoon. Dit komt onder andere tot uitdrukking in de discussie over hoe een zogenoemde rolluikfusie kan worden uitgevoerd. Wij bevelen daarom aan dat in overeenstemming met art. 119 lid 2, onder d Richtlijn, in art. 2:333 lid 2 BW (weer) wordt ingevoegd dat de fusie ook vereenvoudigd kan worden uitgevoerd indien alle aandelen indirect in handen zijn van een persoon. Een aanvullend argument hiervoor is dat dit als voordeel heeft dat tevens helder is dat ook de vereisten en formaliteiten die zijn voorgeschreven in relatie tot het toekennen van aandelen buiten toepassing blijven.

Ten aanzien van de tweede situatie, de aandelen in de fuserende vennootschappen worden in dezelfde verhouding gehouden in alle fuserende vennootschappen, merken wij op dat er een stroming is in de literatuur die van mening is dat het toekennen van aandelen een essentieel kenmerk is van een juridische fusie en dat de fusieregeling derhalve niet toelaat dat de fusie plaats vindt zonder toekenning van aandelen, buiten gevallen waarin de wet dat expliciet toelaat. Deze opvatting lijkt inderdaad betwistbaar gezien vanuit het

Nederlandse fusierecht, maar dit neemt niet weg dat het bestaan van verschil van mening in de literatuur enige onzekerheid kan bewerkstelligen. Deze kan thans eenvoudig worden weggenomen ten aanzien van de onderhavige fusie van gelijk gehouden vennootschappen, door deze aan art. 2:333 BW toe te voegen. Ook implementatie van deze bepaling in art. 2:333 BW bevelen wij daarom aan.

Beperkingen splitsingsmogelijkheden

In lijn met de Richtlijn voorziet het voorontwerp slechts in de grensoverschrijdende splitsing van een Nederlandse vennootschap door oprichting van een vennootschap in een andere lidstaat dan wel door oprichting van een Nederlandse verkrijgende vennootschap bij een splitsing van een buitenlandse vennootschap (art. 334kk lid 1). Het voorontwerp volgt hier de Richtlijn.

In dit kader merken wij op dat bij de implementatie van deze bepaling de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen om ook een andere splitsingsvariant toe te staan, namelijk de afsplitsing waarbij vermogen wordt verkregen door een reeds bestaande vennootschap. De Richtlijn voorziet niet in deze splitsingsmogelijkheid. Het Unierecht verzet zich hiertegen echter niet. Door dat deze variant is toegestaan in een nationale context, volgt uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie EU, zal het Nederlandse recht een dergelijke splitsing ook grensoverschrijdend moeten toestaan, althans inbound. De voorgestelde regeling, waarin de inbound afsplitsing naar een bestaande vennootschap niet is voorzien, is daarom niet in overeenstemming met het Unierecht. We memoreren dat de Richtlijn slechts voorschriften geeft betreffende de minimaal te regelen grensoverschrijdende verrichtingen. Het gegeven dat de Nederlandse wetgever bij de regeling van de nationale splitsingen heeft voorzien in ruimere splitsingsmogelijkheden dan voorzien in de Richtlijn, heeft ook implicaties voor de grensoverschrijdende splitsingen die inbound moeten worden toegelaten. Hoewel de Richtlijn hiertoe strikt genomen niet verplicht, zou de praktijk ermee zijn gediend dat deze splitsingsvariant een wettelijke basis krijgt. Dit sluit goed aan bij het tweede uitgangspunt dat aan het ontwerp tot grondslag ligt, - bij het implementeren van onderdelen uit de Richtlijn wordt zoveel mogelijk aangesloten bij bestaande wetgeving, procedures en praktijk.

De positie van beperkt gerechtigden op aandelen bij een outbound omzetting, fusie of splitsing

Het voorontwerp voorziet in lijn met de Richtlijnbevestigingen in bepalingen ter bescherming van crediteuren van de vennootschap. In de regeling betreffende nationale fusies en splitsingen is in aanvulling daarop een regeling opgenomen ter bescherming van crediteuren van aandeelhouders die een beperkt recht hebben. Deze regeling houdt kort gezegd in dat het beperkte recht op aandelen in de verdwijnende vennootschap komt te rusten op hetgeen de aandeelhouder in ruil voor zijn vervallen aandelen verkrijgt. Verkrijgt hij in ruil daarvoor niets dan heeft hij recht op een passende compensatie.

Een regeling ter bescherming van de beperkt gerechtigde op aandelen bij een grensoverschrijdende omzetting, fusie of splitsing ontbreekt daarentegen in het voorstel,

zoals dit overigens ook ontbreekt in de huidige regeling voor de grensoverschrijdende fusie. Hierbij is aan te tekenen dat de beperkt gerechtigde ook geen verzet kan aantekenen tegen de voorgenomen verrichting (dat recht is voorbehouden aan crediteuren van de vennootschap) en dat zonder adequate maatregelen het beperkt recht vermoedelijk zal komen te vervallen zonder dat daarvoor iets in de plaats treedt. Een aanvulling in het onderhavige voorstel ter bescherming van de positie van beperkt gerechtigden op aandelen/certificaten van aandelen verdient daarom overweging.

Taalvoorschriften

De taal waarin de documenten moet zijn gesteld is in de praktijk onderwerp van discussie ten aanzien van het notarieel attest en de voorstellen tot grensoverschrijdende fusie, - splitsing en -omzetting. Dat het attest een authentiek geschrift dient te zijn, is op zichzelf begrijpelijk. Een punt is evenwel dat bij strikte lezing en naleving van art. 42 lid 1 Wet op het notarisambt, gesteld zou kunnen worden dat het attest in het Nederlands opgemaakt dient te worden. In de praktijk bestaat echter niet zelden behoefte aan een in een andere taal, gewoonlijk het Engels, gesteld attest. Het door de notaris opgestelde attest zou dus moeten worden vertaald en samen met de Nederlandse versie ter hand moeten worden gesteld. Gezien het belang van het attest met name bij outbound grensoverschrijdende verrichtingen en op grond van redelijke wetstoepassing kan worden bepleit dat het attest ook in een andere taal kan worden gesteld, vermits de notaris deze verstaat, maar het verdient de voorkeur dat dit wettelijk wordt vastgelegd.

Het tweede punt betreft de taal waarin het voorstel voor de grensoverschrijdende verrichtingen moet zijn gesteld, evenals de bijlagen bij een dergelijk voorstel, waaronder de statuten van verkrijgende vennootschappen. Het voorstel is een document als bedoeld in art. 35 Wet beëdigde tolken en vertalers, aldus het standpunt in de parlementaire geschiedenis. Het moet daarom in het Nederlands zijn gesteld of indien het in een andere taal is gesteld, worden voorzien van een beëdigde Nederlandse vertaling. Dit laat onverlet dat het fusievoorstel meertalig kan worden opgesteld en dat als een van die talen het Nederlands is, deponering mogelijk is zonder beëdigde vertaling.¹ Hoewel de parlementaire geschiedenis op dit punt helder is, wordt de juistheid hiervan in de praktijk ook in twijfel getrokken en blijkt ook de Kamer van Koophandel deponering van voorstellen die niet in het Nederlands zijn gesteld te accepteren zonder dat daaraan een beëdigde vertaling in het Nederlands is gehecht. Wellicht kan de implementatie van de nieuwe Richtlijnbepalingen worden aangegrepen om op dit punt (nog) meer duidelijkheid te creëren.

2. Artikelsgewijs commentaar

Bij enkele van de voorgestelde bepalingen plaatsen wij de volgende kanttekeningen:

¹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 7, p. 5.

Het voorstel tot grensoverschrijdende fusie, splitsing en omzetting

Artikel 333d - Artikel 334ll - Artikel 335b

In de nieuw voorgestelde artikelen 334ll voor de grensoverschrijdende splitsing en 335b voor de grensoverschrijdende omzetting wordt toegevoegd dat de voorstellen tot splitsing en omzetting het voorgestelde indicatieve tijdschema voor deze grensoverschrijdende verrichtingen bevatten. Een vergelijkbaar indicatief tijdschema is niet toegevoegd aan artikel 333d voor de grensoverschrijdende fusie. Niet duidelijk is of dat bewust weg is gelaten voor de fusie. Voor een eenduidig proces zou het goed zijn deze aanvullende informatie ook voor de fusie in artikel 333d toe te voegen.

Accountsverklaring bij grensoverschrijdende fusie, splitsing en omzetting

Artikel 333g - Artikel 334k lid 2 - Artikel 335 lid 3

Artikel 333g geeft aanvullende regels betreffende de accountantsverklaring als bedoeld in art. 2:328 lid 1 tweede volzin. Deze verklaring zal alleen nog van toepassing zijn als een naamloze vennootschap bij de fusie is betrokken of daarbij wordt opgericht. Deze bepaling houdt verband met de zogenoemde inbrengcontrole; de accountsverklaring dient ter borging dat tegenover de bij de fusie toegekende aandelen reële vermogenswaarden staan die als gevolg van de fusie worden verkregen. De accountant moet bij het afgeven van deze verklaring rekening houden met het bedrag dat maximaal aan schadeloosstelling krachtens art. 2:333h BW kan worden toegekend.

In dit verband merken wij op dat bij een zogenoemde inbound fusie aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon een recht op schadeloosstelling kunnen doen gelden. Zij ontlenen dan dat recht aan hun nationale wetgeving en niet aan art. 2:333h BW. Het verdient dan ook overweging om de eerste volzin van art. 2:333g zodanig te wijzigen dat het maximale bedrag dat beschikbaar is voor schadeloosstelling niet is beperkt tot het bedrag dat krachtens art. 2:333h (dus bij een *outbound* fusie) verschuldigd kan worden. Bij een *inbound* fusie moet evenzeer rekening worden gehouden met het bedrag aan schadeloosstelling waarop aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon aanspraak kunnen maken.

Terzijde merken wij nog op dat verdedigbaar is om de Nederlandse regels inzake de inbrengcontrole ook bij een outbound fusie toe te passen - dit in relatie tot het belang van de aandeelhouders dat zij volgestorte aandelen verkrijgen -, maar dat evengoed bepleit kan worden dat deze kwestie kan worden overgelaten aan het recht van de lidstaat van de verkrijgende rechtspersoon. Het toepassingsbereik van art. 2:333g zou dan nog verder kunnen worden teruggebracht, namelijk tot de grensoverschrijdende fusie met een Nederlandse naamloze vennootschap als verkrijgende rechtspersoon.

De met art. 2:333g corresponderende bepaling voor de grensoverschrijdende splitsing is opgenomen in art. 2:334aa lid 2. Voorgesteld wordt om ook het toepassingsbereik van deze bepaling te beperken tot de naamloze vennootschap. De voorgestelde regeling ziet op een outbound splitsing waarbij de splitsende naamloze vennootschap blijft bestaan. Gezien de strekking van de accountantscontrole, die hierboven is uiteengezet, is het

opmerkelijk dat zij niet wordt vereist bij een inbound grensoverschrijdende splitsing waarbij een Nederlandse naamloze vennootschap verkrijgende rechtspersoon is. Dit komt doordat in art. 2:334k lid 2, ook art. 2:334bb buiten toepassing wordt verklaard. In de MvT wordt hieromtrent opgemerkt dat dit een pre-splitsing voorschrift betreft, zodat het de lidstaat van de verkrijgende rechtspersoon niet vrijstaat om inbrengcontrole te eisen. Een andere benadering is de accountantscontrole in het Nederlandse recht te relateren aan de oprichting (c.q. het toekennen van aandelen) als zodanig, gezien ook de verwijzing in art. 2:334bb naar art. 2:94a BW (de verwijzing naar 2:94b ziet op het toekennen van aandelen bij splitsing naar een bestaande vennootschap). Dat de accountantsverklaring in het Nederlandse recht onderdeel moet uitmaken van de splitsingsdocumentatie, doet hieraan niet af. Uit art. 160^{quater} van de Richtlijn vloeit ons inziens dan ook voort dat de lidstaten en dus ook Nederland, eisen mogen stellen aan het eigen vermogen van de vennootschap en de controle daarop zoals dat ook het geval is bij nationale oprichtingen krachtens splitsing. In dit verband wijzen wij ook op het voorgestelde art. 2:335m lid 3, waarin bij de grensoverschrijdende omzetting wordt vereist dat een accountantsverklaring als hierbedoeld aan de akte van omzetting wordt gehecht. De notaris kan in ieder geval een dergelijke controle niet uitvoeren, zoals is vermeld in de MvT (p.51). De notaris is daartoe niet opgeleid. Die zal zich daartoe ook moeten verlaten op een accountantsverklaring, aan te leveren door de splitsende vennootschap. Aanpassing van art. 2:334k lid 2 of een met het voorgestelde art. 2:335m lid 3 vergelijkbare regel, is daarom ons inziens geïndiceerd. Blijkt het eigen vermogen niet toereikend, dan zal het tekort moeten worden aangezuiverd alvorens de splitsing van kracht wordt. In de accountsverklaring kan hiermee rekening worden gehouden.

Besluit tot grensoverschrijdende fusie bij bestuursbesluit

Artikel 333ga lid 3

Lid 3 van artikel 333ga bepaalt dat indien bij geen enkele fuserende vennootschap een besluit van de algemene vergadering over de fusie vereist is (in de Nederlandse context betekent dit dat bij elke fuserende vennootschap het besluit tot fusie door het bestuur kan worden genomen), het fusievoorstel, de kennisgeving, de schriftelijke toelichting alsmede de verklaring en het verslag van de accountant, ten minste één maand voor de datum van het door de vennootschap overeenkomstig de nationale wetgeving te nemen besluit over de fusie beschikbaar worden gesteld.

Niet geheel duidelijk is aan wie dit beschikbaar moet worden gesteld. Verduidelijking op dit punt zou gewenst zijn. Indien beschikbaarstelling hier ook nederlegging en openbaarmaking betekent, rijst de vraag hoe zich dit verhoudt met het nieuwe artikel 333ha. Zou wellicht aangesloten kunnen worden bij de termijn van drie maanden waarbinnen schuldeisers de tijd krijgen om verzet aan te tekenen? In de praktijk zal het besluit tot een grensoverschrijdende verrichting niet zelden pas genomen worden nadat de termijn waarbinnen schuldeisers verzet aan kunnen tekenen is verlopen. En op begrijpelijke gronden. De huidige artikelen 317 lid 2 en 334m lid 2 blijven ongewijzigd, wat betekent dat een besluit tot fusie en een besluit tot splitsing genomen kan worden na verloop van een maand na de dag waarop nederlegging of openbaarmaking van het voorstel heeft plaatsgevonden. Hetzelfde wordt nu voorgesteld voor de

grensoverschrijdende omzetting. Eenduidigheid voor wat betreft deze termijnen zou voor de praktijk een welkome aanvulling zijn en dus ook een aanpassing van de termijn voor het besluit tot de grensoverschrijdende verrichting vereisen, in overeenstemming met de termijn van drie maanden voor het schuldeisersverzet. Zie ook het commentaar bij artikel 333ha.

Bescherming aandeelhouders

Artikel 333h - Artikel 334qq Artikel 335i

Door herziening van de ruilverhouding kan alsnog recht ontstaan op een aandeel - hoe zit het dan met het recht op schadeloosstelling?

In deze bepaling wordt overeenkomstig art. 86*decies*/126*bis*/160*decies* Richtlijn, aan minderheidsaandeelhouders onder meer het recht toegekend om de hoogte van de schadeloosstelling en bij fusie en splitsing de ruilverhouding opnieuw te laten vaststellen.

Tussen deze regelingen kan enige spanning ontstaan. Denkbaar is dat een aandeelhouder² die aanvankelijk geen recht had op een aandeel, en dus ingevolge het fusie-/splitsingsvoorstel uitsluitend recht heeft op een vergoeding in geld, als gevolg van een aanpassing van de ruilverhouding wel een of meer aandelen verkrijgt. Denkbaar is evenzeer dat de desbetreffende aandeelhouder daar geen belangstelling voor heeft en de voorkeur heeft voor schadeloosstelling maar die mogelijkheid lijkt er dan niet meer te zijn. De regeling leidt er dan onbedoeld toe dat een minderheidsaandeelhouder tegen zijn zin aandeelhouder wordt in de verkrijgende rechtspersoon. Dit lijkt eenvoudig te kunnen worden voorkomen door een hierop toegesneden aanpassing te doen in de slotzin van art. 2:333h lid 5/334qq lid 4.

Op welke aandelen ziet het recht op schadeloosstelling bij soort aandelen en bij verkrijging van aandelen na uitoefening van het recht op schadeloosstelling of het verstrijken van de daarvoor beschikbare termijn?

Een tweede punt in relatie tot het uittreedrecht van minderheidsaandeelhouders is dat in de literatuur een aantal vraagstukken is gesignaleerd waarover onduidelijkheid bestaat. Dit betreft bijvoorbeeld de vraag of een aandeelhouder die van het uittreedrecht gebruik wenst te maken, dit moet doen voor zijn gehele aandelenpakket of dat de aandeelhouder hierin een keuze kan maken, bijvoorbeeld door de ene soort aandelen te houden en voor de andere soort gebruik te maken van het uittreedrecht. Een vergelijkbare vraag doet zich voor als een aandeelhouder stemrechtdragende aandelen heeft en stemrechtloze aandelen en niet tegen het voorstel heeft gestemd.

Een andere vraag is of een aandeelhouder die van het uittreedrecht gebruik kan maken, dit ook kan doen ten aanzien van aandelen die hij heeft verkregen van een aandeelhouder die niet (meer) gebruik kan maken van het uittreedrecht. Hier zijn verschillende benaderingen mogelijk. Een van de mogelijke benadering is dat het recht om schadeloosstelling te verlangen (het recht om uit te treden) vervalt als een aandeelhouder na het omzettings-

² Voor bepaalde certificaathouders geldt hetzelfde. Omwille van de leesbaarheid wordt dit niet steeds herhaald.

/fusie-/splittingsbesluit nog aandelen verkrijgt van een of meer aandeelhouders die van het uittreedrecht geen gebruik kunnen maken. De andere mogelijkheid is dat de desbetreffende aandeelhouder voor alle aandelen gebruik kan maken van het uittreedrecht (indirect zou dan de kring van aandeelhouders die van de uittreed-/schadeloosstellingsregeling gebruik kunnen maken worden verruimd) dan wel dat alleen voor de aandelen die hij bezat ten tijde van het omzettings-/fusie-/splittingsbesluit of het uitoefenen van het uittreedrecht, schadeloosstelling kan verzoeken. Hierbij is te bedenken dat het moeten voldoen van de schadeloosstelling een financiële belasting is voor de vennootschap. De praktijk zou er mede hierom mee gebaat zijn dat op deze punten meer duidelijkheid wordt verschaft, bijvoorbeeld door het formuleren van eenduidige uitgangspunten. Deze aanbeveling betreft de artikelen 333h/334qq/335i.

Wie kan het recht op schadeloosstelling doen gelden bij de overgang van het stemrecht op aandelen bij verpanding of vruchtgebruik?

Het uittreedrecht met recht op schadeloosstelling komt slechts toe aan aandeelhouders die tegen het voorstel hebben gestemd en aan houders van aandelen zonder stemrecht. Een onduidelijkheid die in de literatuur is gesignaleerd betreft de vraag wie gerechtigd is om van het uittreedrecht gebruik te maken indien het stemrecht is overgegaan in het kader van een verpanding of het recht op vruchtgebruik van de aandelen. Zowel de aandeelhouder als de beperkt gerechtigde zijn hierbij belanghebbenden. De aandeelhouder kan zijn aandelen wensen te behouden, terwijl de beperkt gerechtigde mogelijk schadeloosstelling prefereert omdat het beperkt recht als gevolg van de outbound fusie mogelijk komt te vervallen. Zie ook elders. Wij bevelen aan om deze kwestie op te helderen.

Schuldeisersverzet

Artikel 333ha - Artikel 334rr Artikel 335j

De artikelen geven schuldeisers het recht om tot drie maanden na nederlegging van het voorstel tot fusie, splitsing of omzetting in verzet te komen tegen het voorstel door het indienen van een verzoek bij de rechtbank. De besluitvorming voor de grensoverschrijdende verrichtingen kan echter al na verloop van een maand na de dag van de nederlegging of openbaarmaking van het voorstel. In lijn met ons commentaar bij lid 3 van artikel 333ga zouden we ter overweging mee willen geven om de termijn voor het besluit tot de grensoverschrijdende verrichting parallel te laten lopen met de termijn van drie maanden voor het schuldeisersverzet.

Toezicht en verklaring van de notaris

Artikel 333i - Artikel 334uu - Artikel 335l

Deze artikelen regelen aan welke eisen het toezicht van de notaris op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichtingen moet voldoen. De notaris moet een verklaring afgeven (het attest) over de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie, splitsing of omzetting voor wat betreft de Nederlandse vennootschappen. Het attest moet worden

opgenomen in een notariële akte. De rechtsmatigheidstoetsing van de notaris bestaat uit i) een formele toets, of de grensoverschrijdende verrichting volgens de geldende procedure en formaliteiten is verlopen en ii) een fraudetoets. Bij de formele toets moet de notaris nagaan of kort gezegd de procedure en formaliteiten voor de grensoverschrijdende verrichting in acht zijn genomen. Hierbij wordt geen inhoudelijke toetsing verlangd. Bij de fraudetoets is dat wel het geval. De notaris mag de verklaring niet afgeven indien hij vaststelt dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking van Unie- of nationaal recht of voor criminele doeleinden. De memorie van toelichting meent dat deze fraudetoets aansluit bij de huidige rol van de notaris als poortwachter en gezien kan worden als een specificatie van artikel 21 van de Wet op het notarisambt (Wna). Ten aanzien van lid 8 van de voorgestelde artikelen zegt de memorie van toelichting dat de notaris een (diepgaand) onderzoek moet uitvoeren wanneer hij ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking van Unie- of nationaal recht of voor criminele doeleinden.

Wij plaatsen hierbij de volgende opmerkingen:

1. Artikel 21 Wna lid 2 *verplicht* de notaris om zijn dienst te weigeren wanneer 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. *Niet* wordt verlangd dat hij vervolgens een “(diepgaand) onderzoek” instelt. De vraag is dus of de notaris toekomt aan het diepgaande onderzoek, of dat hij verplicht is om zijn dienst te weigeren wanneer hij al een redelijke overtuiging heeft dat zijn werkzaamheid leidt tot strijd met het recht of de openbare orde. In dit kader kan de vraag worden gesteld of de notaris de aangewezen persoon is om dit diepgaande onderzoek uit te voeren. Daarnaast zal dit onderzoek al plaats vinden vóórdat de notaris toekomt aan het behandelen van een grensoverschrijdende verrichting. Namelijk bij het cliëntenonderzoek dat hij dient te verrichten op grond van de Wwft. Indien de fraudetoets vóóder gaat dan het reeds uitgebreide cliëntenonderzoek op grond van de Wwft zouden wij de wetgever willen vragen dit specifiek toe te lichten en op welke aspecten dit dan zou zien.
2. De voorgestelde tekst bevat veel subjectieve begrippen als “onrechtmatige doeleinden” of “omzeiling van Unierecht” waarbij van de notaris wordt verwacht daar een oordeel over te geven en bovendien vrij specialistische kennis wordt verwacht. Niet is duidelijk hoe de notaris tot een oordeel moet komen om de verklaring af te geven, anders dan het inschakelen van deskundigen, of welke documentatie hij daarbij dient te overleggen. Het zou goed zijn als de wetgever specifieke en concrete handvatten aan de notaris biedt waar hij zijn oordeel op kan en mag baseren om de verklaring af te geven.

Het attest dient neergelegd te worden ten kantore van het handelsregister.

Op grond van lid 10 dient de notaris het attest neer te leggen ten kantore van het handelsregister. De beheerder van het handelsregister deelt de verklaring dan met het register van de “verkrijgende” lidstaat. Deze procedure wijkt sterk af van de huidige praktijk waarbij de notarissen of autoriteiten betrokken bij de grensoverschrijdende verrichtingen over het algemeen direct met elkaar contact hebben. Het toesturen van het attest zal zeker ook rechtstreeks tussen notarissen of autoriteiten plaatsvinden conform de huidige praktijk. De vraag die dan opkomt is of degene die het attest rechtstreeks van de notaris ontvangt op basis daarvan mag handelen of dat deze formeel moet wachten totdat er een bericht komt van het register in de lidstaat aldaar. Dezelfde vraag speelt uiteraard bij de inbound grensoverschrijdende verrichting: mag de notaris de akte passeren op basis van een attest rechtstreeks ontvangen van de behandelende notaris in de andere lidstaat of moet hij wachten op bericht van het handelsregister? Wij vragen de wetgever om dit punt te verduidelijken.

Medezeggenschap werknemers

Artikel 333k

In artikel 2:333k BW wordt een aantal wijzigingen voorgesteld die zijn ingegeven door de daarmee corresponderende Richtlijntekst. De wijzigingen roepen de nodige vragen op in relatie tot de afstemming op de Nederlandse structuurregeling. De nieuwe regeling geeft in aansluiting op art. 123 Richtlijn als uitzondering op de hoofdregel dat werknemersmedezeggenschap wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, dat bij (ten minste) een van de fuserende vennootschappen in de genoemde periode (ten minste) gemiddeld vier vijfde van het aantal werknemers in dienst is dat leidt tot de verplichting om werknemersmedezeggenschap in te stellen. De Unierechtelijke voorschriften omtrent werknemersmedezeggenschap moet dan dus óók worden gevolgd als er bij de fuserende vennootschappen nog géén medezeggenschap van toepassing is. Deze bepaling heeft een anti-misbruik karakter.

Deze bepaling geeft aanleiding tot een aantal kanttekeningen.

(i) Uitbreiding van medezeggenschap tot vennootschappen die van toepassing van het structuurregime zijn vrij gesteld of niet aan de andere materiële vereisten voor toepasselijkheid van het structuurregime voldoen

Aangezien het werknemersvereiste in de Nederlandse structuurregeling is gesteld op 100, zou bij een Nederlandse fuserende vennootschap met gemiddeld 80 werknemers of meer, reeds de medezeggenschapsregeling van art. 2:333k BW moeten worden gevolgd. Dit geldt ook indien de vennootschap, gesteld al dat zij gemiddeld meer dan 100 werknemers in dienst heeft gedurende drie of meer jaar, niet onderworpen is aan het structuurregime. Het werknemersvereiste is immers slecht één van de drie relevante criteria - de vereiste opgaaf bij het handelsregister buiten beschouwing gelaten. De andere vereisten zijn i) dat er bij de fuserende vennootschap en/of een van haar afhankelijke maatschappijen een ondernemingsraad is ingesteld en ii) dat het eigen vermogen van de genoemde vennootschappen 16 miljoen euro of meer bedraagt.

Door in het voorgestelde art. 2:333k BW alleen aan te knopen bij het werknemersaantal met voorbij gaan aan de andere materiële vereisten voor toepasselijkheid van het structuurregime, wordt het voorschrift beduidend stringenter dan is beoogd. Een benadering waarbij naast het werknemersaantal ook de andere materiële vereisten voor het structuurregime worden betrokken, doet meer recht aan de ratio van de regeling. Hierbij is op te merken dat toepasselijkheid van de regeling betreffende rol van de werknemers in praktijk een zware wissel trekt op het fusieproces en deelname aan de fusie beslist zal ontmoedigen. Een proportionele bestrijding van mogelijk misbruik is daarom te prefereren.

In aansluiting op het voorgaande, wijzen wij erop dat een fuserende vennootschap die aan alle materiële vereisten voor toepasselijkheid voldoet, ook voor de toepassing van het structuurregime kan zijn vrij gesteld op grond van art. 2:153/263 lid 4 BW, bijvoorbeeld omdat zij een dochtermaatschappij is van een structuurvennootschap. De voorgestelde regeling zou ertoe leiden dat ook deze vennootschap bij een grensoverschrijdende fusie onderworpen zou raken aan de regels betreffende medezeggenschap. Dit kan er bij een inbound fusie gemakkelijk toe leiden dat een stapeling van medezeggenschapsregelingen zou moeten worden geïmplementeerd - een op het niveau van de moedervernootschap en een op het niveau van de desbetreffende dochtervennootschap. Dit gaat het bestrijden van misbruik ver voorbij en kan ingrijpende gevolgen hebben voor de bestuurbaarheid van het concern.

(ii) De anti-misbruikregeling zou alleen van toepassing moeten zijn bij outbound fusies

De hierboven gesignaleerde knelpunten houden verband met het feit dat de anti-misbruikregeling ook van toepassing wordt verklaard op een inbound fusie. De hieraan voorgaande vraag behoort te zijn of er überhaupt van misbruik kan zijn bij een inbound fusie. Dit is per definitie niet het geval omdat de vennootschap zich niet onttrekt aan het Nederlandse medezeggenschapsrecht. Misbruik zou slechts aan de orde kunnen zijn bij een outbound fusie, waarbij de vennootschap zich onttrekt aan toepassing van het Nederlandse regime. Het verdient het daarom aanbeveling om het toepassingsbereik van de anti misbruik regeling bij inbound fusies te beperken tot de buitenlandse fuserende vennootschappen. Hiermee zouden veel van de gesignaleerde knelpunten worden opgelost, zonder afbreuk te doen aan de ratio van art. 133 van de Richtlijn.

(iii) geen mogelijkheid tot afzien van onderhandelingen als nog geen medezeggenschap van toepassing is.

Het voorgestelde art. 2:333k lid 12 implementeert art. 133 lid 4 onder a Richtlijn. Deze laatste bepaling geeft naar de letter genomen niet de mogelijkheid om af te zien van onderhandelingen met de BOG door toepasselijkheid van de referentievoorschriften te accepteren, indien de zojuist besproken anti misbruik regeling van toepassing is. In het voorgestelde art. 2:333k lid 12 is dit uitgangspunt overgenomen. Hiermee is geen redelijk belang gediend. Immers ook indien wel een of meer medezeggenschapsregelingen van toepassing zijn, kan de BOG van onderhandelen afzien en referentievoorschriften accepteren. Het verdient aanbeveling om de op dit punt gemaakte keuze te herzien. Het feit dat art. 133 lid 4 Richtlijn hierin niet voorziet, staat hieraan ons inziens niet aan in de weg.

(iv) de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (WRW) behoeft aanpassing

Wij voegen hier aan toe dat de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (WRW) thans geen medezeggenschapsregime aanwijst indien de hier besproken uitzondering van toepassing is. Dit komt omdat er in deze situatie feitelijk geen medezeggenschapsregime van toepassing is (ervan uitgaande dat dit ook bij de andere fuserende vennootschappen het geval is). Het lijkt noodzakelijk om in de WRW de fictie op te nemen dat het medezeggenschapsregime van toepassing is dat zou gelden indien aan alle voorwaarden voor toepasselijkheid daarvoor zou zijn voldaan. Een aanpassing van de WRW is nog niet voorzien in het voorontwerp.

(v) kan worden volstaan met het aantal werknemers bij de fuserende vennootschap?

Zoals hierboven reeds is benoemd, wordt voor de beoordeling of het voor toepassing van het structuurregime vereiste aantal werknemers niet alleen gekeken naar het aantal werknemers bij de vennootschap zelf maar ook bij haar afhankelijke maatschappijen. In het voorgestelde derde lid van art. 333k wordt evenwel alleen het aantal werknemers bij de fuserende vennootschap betrokken. De vraag dringt zich op of dit, gezien het anti-misbruik karakter van de regeling, correct is. Gezien de doelstelling van de nieuwe bepaling en mede gezien de verplichting Richtlijnen getrouw te implementeren, lijkt het in de rede te liggen dat moet worden uitgegaan van de regeling in het structuurregime, dat wil zeggen dat de werknemers van de afhankelijke maatschappijen en van de fuserende vennootschap voor de toepassing van art. 2:333k lid 3 onder a BW, bij elkaar moeten worden opgeteld.

3. Tot slot

Wij danken u voor de mogelijkheid om op het voorstel te reageren. Wij verzoeken u om onze reactie mee te nemen in het verdere wetgevingsproces.

Hoogachtend,

Wino van Veen

Gillis Kempe

Heleen Vrolijk