

COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

Datum: 20 juni 2022

De Minister voor Rechtsbescherming
F.M. Weerwind
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Excellentie,

Hierbij treft u aan het advies van de Commissie vennootschapsrecht over het wetsvoorstel inzake de wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt 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 2019, L 321/1) (Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen). Het advies is gebaseerd op het wetsvoorstel dat op 16 mei 2022 aan de Commissie is gezonden. Het wetsvoorstel is, mede aan de hand van een door drie leden van de Commissie opgestelde notitie, besproken in de vergadering van de Commissie op 8 juni 2022. Het voortraject van het wetsvoorstel is ook tijdens eerdere vergaderingen van de Commissie aan de orde geweest.

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van de 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 2019, L 321/1). De Richtlijn beoogt de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie te bevorderen door het voor ondernemingen gemakkelijker te maken grensoverschrijdende verrichtingen (omzetting, fusies en splitsing) te effectueren, terwijl de rechten van belanghebbenden (aandeelhouders, schuldeisers en werknemers) worden versterkt.

De Commissie maakt de volgende opmerkingen over het wetsvoorstel.

Algemeen

- De Commissie spreekt haar waardering uit voor de omvangrijke implementatie-operatie. De materie is technisch en weerbarstig, maar het wetsvoorstel en de toelichting daarop bieden verduidelijking en zijn toegankelijk geschreven. De Commissie onderschrijft de in paragraaf 3.1 van de toelichting geformuleerde uitgangspunten bij de implementatie.

Toepassingsbereik

- De implementatie van de Richtlijn betreft de wettelijke verankering van de mogelijkheid voor kapitaalvennootschappen om gebruik te maken van grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing. Daarnaast worden enkele bepalingen van grensoverschrijdende fusie aangepast. De Richtlijn ziet enkel op kapitaalvennootschappen en is niet van toepassing op andere rechtsvormen. Bij de implementatie van de Richtlijn is er niet voor gekozen de drie grensoverschrijdende verrichtingen (omzetting, fusie en splitsing) eveneens mogelijk te maken voor andere rechtsvormen, zoals stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. De Commissie beveelt aan op dit punt nader onderzoek te initiëren. De Commissie wijst er voorts op dat in de praktijk ook bij sommige personenvennootschappen, zoals commanditaire vennootschappen (die naar huidig recht geen rechtspersoonlijkheid bezitten), behoefte kan bestaan aan grensoverschrijdende verrichtingen.
- Op basis van de Europeesrechtelijke vrijheden en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) kan betoogd worden dat andere Nederlandse rechtsvormen die onder het bereik van artikel 54 VWEU vallen zich naar huidig recht (reeds) grensoverschrijdend kunnen herstructureren. Een dergelijke grensoverschrijdende verrichting is thans – en blijft op grond van het onderhavige wetsvoorstel – echter ongeregeld, zonder wettelijke waarborgen voor bijvoorbeeld schuldeisers of andere vormen van (rechts)zekerheid. De Commissie geeft daarom in overweging in paragraaf 2.2 van de toelichting na de zin “Dit betekent dat (...) geen gebruik kunnen maken van deze regeling” een opmerking toe te voegen met als strekking dat dit niet wegneemt dat de bestaande jurisprudentie van het HvJ EU inzake grensoverschrijdende verrichtingen van vennootschappen een ruimere reikwijdte heeft dan nu in de Richtlijn – en daarmee in het onderhavige wetsvoorstel – is geformuleerd en mogelijk ook betrekking heeft op andere Nederlandse rechtsvormen die onder het bereik van artikel 54 VWEU vallen. De Commissie geeft voorts in overweging op te nemen dat andere rechtsvormen die zich grensoverschrijdend willen herstructureren de drie fasen als opgenomen in het wetsvoorstel kunnen volgen. Dat draagt bij aan de rechtszekerheid.

- Omdat het wetsvoorstel de implementatie van een Richtlijn betreft, blijft grensoverschrijdende herstructurering buiten het territorium van de EU/EER buiten schot. De Commissie acht de vraag gerechtvaardigd of het Nederlandse recht niet ook zou moeten voorzien in grensoverschrijdende herstructurering in wijder internationaal verband. De Commissie adviseert ook op dit punt nader onderzoek te initiëren. Bezien kan bijvoorbeeld worden of, en zo ja, hoe, andere EU-lidstaten dergelijke faciliteiten hebben geregeld.
- Het wetsvoorstel voorziet niet in (grensoverschrijdende) afsplitsing naar een bestaande vennootschap of driehoeksplitsing. De Richtlijn verbiedt deze twee figuren niet, terwijl de Commissie ziet dat de praktijk en het bedrijfsleven er baat bij kunnen hebben. De Commissie geeft in overweging ook op dit punt nader onderzoek te initiëren.

Verhouding tot Rijkswetten inzake zetelverplaatsing in oorlogstijd

- In de toelichting (onder W, op pagina 92) wordt verwezen naar twee Rijkswetten inzake de zetelverplaatsing in oorlogstijd: de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen en de Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen. De Commissie vraagt zich af wat de impact van de implementatie van de Richtlijn is op deze Rijkswetten. Naar het oordeel van de Commissie moet die wijze van zetelverplaatsing (in oorlogstijd of daarmee vergelijkbare situaties van dreiging, gevaar en nood) snel en eenvoudig kunnen geschieden en mag een zetelverplaatsing onder dergelijke omstandigheden niet conflicteren met de procedure die volgt uit de Richtlijn. De Commissie onderkent dat in dergelijke omstandigheden altijd een zetelverplaatsing naar andere delen van het Koninkrijk of naar landen buiten de EU/EER mogelijk blijft, maar beveelt niettemin aan in de toelichting nader in te gaan op de verhouding van het onderhavige wetsvoorstel tot de Rijkswetten inzake zetelverplaatsing in oorlogstijd.
- De Commissie constateert dat de in de toelichting genoemde verwijzingen (onder W, op pagina 92) naar het Staatsblad niet juist zijn. Voor beide Rijkswetten wordt verwezen naar Stb. 1967, 257, voor het laatst gewijzigd Stb. 2010, 388, hetgeen ziet op de inwerkingtreding.

Erga omnes-werking in procedure over schadeloosstelling/ruilverhouding bij voorzitter OK

- Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid voor aandeelhouders een verzoek in te stellen bij de voorzitter van de Ondernemingskamer (OK) om de schadeloosstelling respectievelijk de ruilverhouding bij een grensoverschrijdende verrichting opnieuw te laten bepalen door onafhankelijke deskundigen. In het wetsvoorstel wordt van de lidstaattoptie uit de Richtlijn gebruikgemaakt het oordeel van deze onafhankelijke deskundigen te laten gelden voor, kort gezegd, alle houders van aandelen van dezelfde soort of aanduiding. De Commissie begrijpt het belang van deze *erga omnes*-werking. Op deze wijze kan onder meer voorkomen worden dat een veelvoud aan procedures ontstaat. De Commissie merkt op dat het een verzoekschriftprocedure betreft. In de Commissie leven bezwaren over de positie van de

vennootschap(pen) in deze procedure. De Commissie beveelt aan de betrokken vennootschap(pen) expliciet als belanghebbende aan te wijzen. De Commissie onderstreept het belang van de waarborgen die het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt voor de oproeping van belanghebbenden, ook als die zich in het buitenland bevinden. De Commissie wijst op de parallel met artikel 2:16 BW, waarin de mogelijkheid van herroeping en derdenverzet is opgenomen en waarin *erga omnes*-werking alleen bestaat indien de rechtspersoon partij is geweest in het geding. De Commissie geeft in overweging ook voor de onderhavige procedure een mogelijkheid van herroeping en derdenverzet in het leven te roepen.

- De Commissie beveelt aan in de toelichting aan te sluiten bij de wettekst en (steeds) te spreken over 'een of meer deskundigen' die de schadeloosstelling of de ruilverhouding beoordelen.

Fiscaliteit

- De Commissie heeft begrip voor de keuze om fiscale flankerende maatregelen nader uit te werken in een separaat wetsvoorstel (paragraaf 6.9 van de toelichting). In het verlengde van de reeds in paragraaf 6.9 vermelde aandacht voor de vestigingsplaatsficties in de diverse fiscale heffingswetten, geeft de Commissie in overweging de reikwijdte van de vestigingsplaatsficties, in elk geval waar het de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de Wet op de dividendbelasting 1965 en de Wet bronbelasting 2021 betreft, te herzien, en deze ficties van toepassing te verklaren op rechtsvormen die voor wat betreft hun bestaan beheerst worden (of in het geval van de Societas Europaea (SE): mede beheerst worden) door Nederlands recht. Dit betekent dat het naar de mening van de Commissie wenselijk is om een Nederlandse NV of BV die grensoverschrijdend is omgezet in een buitenlandse (EU/EER) rechtsvorm (c.q. een SE die haar statutaire zetel naar een andere EU-lidstaat heeft verplaatst) niet meer als fictief binnenlands belastingplichtige en inhoudingsplichtige aan te merken, en, omgekeerd, dat in geval van een 'inbound' omzetting de in een Nederlandse NV of BV omgevormde voormalig buitenlandse rechtspersoon vanaf het moment van de omzetting (c.q. vanaf het moment van verplaatsing van de statutaire zetel van een SE naar Nederland) als fictief binnenlands belastingplichtige en inhoudingsplichtige kan worden aangemerkt.
- De Commissie ziet dat de fiscale regelgeving als uitgangspunt neemt dat sprake is van fiscale neutraliteit bij herstructurering van rechtspersonen. De Commissie geeft in dat verband in overweging artikel 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opnieuw te redigeren met een tekst die kenbaar mede gebaseerd is op de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting van zowel kapitaalvennootschappen als andere subjectief belastingplichtige rechtsvormen in een vergelijkbare rechtsvorm naar het recht van een andere EU/EER-lidstaat, met behoud van de reeds in paragraaf 10.1 van het Besluit van 30 maart 2022, nr. 2022-107231 (Beleidsbesluit omzetting rechtspersonen) neergelegde fiscale neutraliteit. Artikel 28a lid 2 Wet Vpb '69 vermeldt dat deze bepaling van overeenkomstige toepassing is voor de

inkomstenbelasting en dividendbelasting. Uit een oogpunt van kenbaarheid acht de Commissie het wenselijk bepalingen met dezelfde strekking separaat op te nemen in de relevante andere heffingswetten.

Fraudetoets in het kader van afgifte prefusie-attest

- De Commissie constateert dat de Richtlijn – en daarmee het onderhavige implementatievoorstel – geen duidelijkheid biedt over de precieze reikwijdte van de zogenoemde fraudetoets die de notaris behoort uit te voeren voor het afgeven van het prefusie-attest. De notaris dient nader onderzoek te verrichten wanneer hij ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of (onrechtmatige) omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden en de notaris dient het prefusie-attest te weigeren als hij of zij vaststelt dat de grensoverschrijdende verrichting, kort gezegd, is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn blijkt dat de reikwijdte van deze toets is ingeperkt ten opzichte van het oorspronkelijke Richtlijnvoorstel. De Commissie acht het nuttig dat bij de invulling van deze toets wordt aangesloten bij de notariële poortwachtersrol zoals die al sinds jaar en dag bestaat. De Commissie verwacht dat de KNB nuttige procedurele *guidance* kan geven voor de door de notaris te verrichten fraudetoets. De Commissie merkt op dat de notaris voor de toegang tot informatie in dit verband afhankelijk is van de medewerking van andere (ook buitenlandse) instanties. De Commissie benadrukt dat op de notaris een inspanningsverplichting rust en merkt voorts op dat afgifte van het prefusie-attest door de notaris bevoegdheden van instanties als de belastingdienst ter eigener beoordeling van een grensoverschrijdende verrichting onverlet laat.

Door vennootschap aan te leveren informatie voor aanvraag prefusie-attest

- De vennootschap behoort specifieke informatie aan te leveren bij de notaris voor de aanvraag van het prefusie-attest (zie paragraaf 3.3.3 laatste alinea van de toelichting). Een van de onderdelen is 'de nakoming van verbintenissen ten aanzien van overheidsinstanties'. De Commissie vraagt zich af welke soort verbintenissen de toelichting op het oog heeft. Zijn dit bijvoorbeeld alle overeenkomsten die de vennootschap met een overheidsinstantie gesloten heeft (wat mogelijk concurrentiegevoelige informatie kan zijn); en (ook) verbintenissen uit onrechtmatige daad? De Commissie adviseert deze kwestie in de toelichting te verduidelijken.

Waarborgen voor vennootschapsrechtelijke medezeggenschap

- De hoofdregel in artikel 2:333k BW en de daarmee vergelijkbare bepalingen voor andere grensoverschrijdende verrichtingen is dat de regels van werknemerszeggenschap van de lidstaat van de verkrijgende vennootschap van toepassing zijn. Onder bepaalde voorwaarden wordt een uitzondering op die regel gemaakt. In dat geval zijn niet de regels van werknemersmedezeggenschap van de lidstaat van bestemming van toepassing maar geldt de 'Europese regeling' op grond waarvan de vennootschap met de werknemers moet onderhandelen over de vorm van werknemersmedezeggenschap die na de grensoverschrijdende verrichting van toepassing is. In de toelichting wordt erop gewezen dat voor Nederland deze uitzonderingsgrond van belang is voor de toepassing van de structuurregeling. De Commissie onderschrijft dat, maar merkt op dat Boek 2 BW nog meer bepalingen kent die als vennootschapsrechtelijke medezeggenschap uitgelegd zouden kunnen worden. De Commissie noemt als voorbeelden artikel 2:107a en 2:135 BW. De Commissie beveelt aan hieraan in de toelichting aandacht te besteden. In de toelichting wordt ten onrechte de suggestie gewekt dat deze uitzonderingsgrond uitsluitend van belang is voor de toepassing van de structuurregeling.

"Rechtstreeks of middellijk" aandeelhouderschap

- In artikel 2:332 lid 2 BW wordt een aanpassing doorgevoerd die verduidelijkt dat een belang in een vennootschap rechtstreeks of indirect kan worden gehouden. De Commissie erkent dat deze aanpassing noodzakelijk is in verband met artikel 119 lid 1 sub d en artikel 132 lid 1 Richtlijn. In de toelichting wordt voorts opgemerkt dat ook de voorloper van artikel 2:333 lid 2 BW bij de zusterfusie uitging van het "rechtstreeks of middellijk" aandeelhouderschap. De woorden "rechtstreeks of middellijk" zijn echter zonder toelichting vervallen bij de invoering van de Wet Regeling van de fusie van verenigingen en van stichtingen (Stb. 1987, 209). De wetgever maakt nu van de gelegenheid gebruik om die wijziging terug te draaien, aldus de toelichting. De Commissie beveelt aan eenzelfde wijziging door te voeren in artikel 2:333a lid 2 BW en artikel 2:334ii lid 2 BW. Hoewel de implementatie van de Richtlijn dat niet vergt, acht de Commissie het doorvoeren van eenzelfde wijziging ook voor de andere genoemde bepalingen van belang voor de rechtseenheid.

Bepalingen in aandeelhoudersovereenkomst of statuten over de waarde van de aandelen

- De Commissie acht het wenselijk dat in artikel 2:333g BW of de toelichting daarop aandacht wordt besteed aan bepalingen in een overeenkomst waarbij de vennootschap en aandeelhouders partij zijn of bepalingen in de statuten van de betrokken vennootschap over de waarde van de aandelen.

Overgangsrecht

- De Commissie constateert dat in het wetsvoorstel geen aandacht wordt besteed aan overgangsrecht ten opzichte van de huidige bepalingen van grensoverschrijdende fusie. Naar het oordeel van de Commissie is dat wel nodig. De Commissie noemt als voorbeeld de termijn van drie naar na de grensoverschrijdende fusie in het huidige artikel 2:333k lid 15 BW. De termijn wordt in het wetsvoorstel verlengd tot vier jaar na de grensoverschrijdende fusie. Geldt de verlenging van die termijn ook voor grensoverschrijdende fusies die hebben plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel of blijft voor die gevallen de termijn van drie jaar gelden?

Overige opmerkingen van ondergeschikte aard

- De Commissie beveelt aan de kromme zin op pagina 47 van de toelichting te herformuleren.
- De Commissie adviseert de onjuiste verwijzing op pagina 80 van de toelichting te herstellen.
- De Commissie acht het omwille van de leesbaarheid wenselijk artikel 2:333gb, 2:334pp en 2:335h BW op te knippen in twee leden.

Hoogachtend,

Voorzitter