

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Aanvullende opmerkingen op de EU Survey inzake Grensoverschrijdende fusies en splitsingen.

1. Inleiding

Dit document is een bijlage bij de vragenlijst van de Europese Commissie inzake de evaluatie van de huidige EU-wetgeving voor grensoverschrijdende activiteiten van ondernemingen en bij de beantwoording van de vraag of deze eventueel moet worden gewijzigd.

2. Opmerkingen

II. Grensoverschrijdende fusies

Vraag 1:

De Nederlandse wetgeving staat volgens de huidige stand van de literatuur in Nederland een grensoverschrijdende fusie van vennootschappen die niet in de EU/EER zijn opgericht, maar het gevolg zijn van een omzetting van een vennootschap in een niet EUR/EER-vorm in een vennootschap in een EU/EER-vorm, niet in de weg. Het verdient de voorkeur om dit op EU-niveau te verduidelijken.

Vraag 2:

Een fusie tussen een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en een naamloze vennootschap, is op grond van de Nederlandse wetgeving al mogelijk omdat deze twee rechtsvormen uitdrukkelijk in de Nederlandse wet als rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm worden aangemerkt.

De Commissie meent dat een grensoverschrijdende fusie tussen verschillende rechtsvormen (zoals een coöperatie en een besloten vennootschap) onder omstandigheden mogelijk zou moeten zijn, zoals thans ook al naar Nederlands recht mogelijk is bij nationale fusies (vergelijk artikel 2:310 lid 4 BW).

Het zou mogelijk moeten worden dat een verkrijgende vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting ook kan ook fuseren met een naamloze of besloten vennootschap waarvan zij alle aandelen houdt.

Een verkrijgende stichting, naamloze of besloten vennootschap zou ook moeten kunnen fuseren met een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij waarvan zij het enige lid is.

Vraag 3.1:

In deze vraag wordt verwezen naar een aanpak met twee opties. De Commissie neemt aan dat met deze twee opties wordt bedoeld op de bescherming van crediteuren ex ante en ex post. In de Nederlandse literatuur (zie met name de proefschriften van mr. H.J.M.M. van Boxel (met betrekking tot de grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen) en mr. E.R. Roelofs (met betrekking tot de grensoverschrijdende splitsing van kapitaalvennootschappen)) is nadrukkelijk gewezen op de problemen die kunnen ontstaan in de praktijk doordat de beide opties casu quo systemen van bescherming van crediteuren naast elkaar in verschillende lidstaten worden toegepast.

Een sprekend voorbeeld is een grensoverschrijdende fusie van een Duitse vennootschap als verdwijnende vennootschap in een Nederlandse vennootschap als verkrijgende vennootschap. In Duitsland geldt een systeem van crediteurenbescherming ex post, terwijl in Nederland een ex ante systeem geldt. Doordat de Duitse vennootschap ophoudt te bestaan is in Duitsland geen bescherming ex post meer mogelijk ten aanzien van de Duitse vennootschap, terwijl doordat de fusie dan al van kracht is geworden in Nederland een Duitse bescherming ex ante ten aanzien van de Nederlandse vennootschap ook niet meer mogelijk is. Om dit probleem op te lossen heeft Duitsland een specifieke voorziening getroffen in haar eigen nationale wetgeving (artikel 122 j Umwandlungsgesetz). Dit zou door een goede harmonisatie niet meer nodig moeten zijn.

Vraag 6.1:

Het is voor de Commissie niet geheel duidelijk welke twee opties hier worden bedoeld. De Commissie meent dat één van de opties in ieder geval zou moeten betreffen een uittreedsrecht met verzoek tot schadeloosstelling van een minderheidsaandeelhouder van de verdwijnende rechtspersoon, zoals thans ook in de Nederlandse wetgeving is opgenomen.

De uittreding is op zichzelf een nationale aangelegenheid. Het kan wel verschil maken of de uittredingsvergoeding ten laste van de verkrijgende of de verdwijnende vennootschap zal komen (en op welk moment deze opeisbaar zal worden) op grond van de betreffende nationale regeling. In het eerste geval gaat in beginsel het gehele vermogen van de verdwijnende vennootschap over en komt daarna de vergoeding ten laste van de verkrijgende vennootschap. In het tweede geval gaat niet het gehele vermogen over indien de uittredingsvergoeding opeisbaar zal worden voordat de fusie van kracht wordt, maar (slechts) het vermogen van de verdwijnende vennootschap na aftrek van de uittredingsvergoeding. Dit onderwerp is thans niet geharmoniseerd op EU/EER-niveau. De lidstaten hebben de vrijheid om passende maatregelen te treffen. Hierdoor kunnen ten aanzien van dit onderwerp discrepanties ontstaan en blijven bestaan.

Vraag 6.2:

Uit de vraagstelling blijkt niet duidelijk of bedoeld wordt dat "een vergoeding eisen" enkel mogelijk is in geval van het uittreden van de betrokken minderheidsaandeelhouder. De Commissie is van mening dat dit wel het geval zou moeten zijn, aangezien een recht tot vergoeding, terwijl de minderheidsaandeelhouder niet zal uittreden, tegenstrijdig lijkt.

In het kader van het vaststellen van de vergoeding dient informatie over de betrokken rechtspersoon vrijgegeven te worden. Het toekennen van een recht tot het doen van onderzoek zonder dat dit in verband staat met een verzoek tot vergoeding lijkt een onevenredig zwaar recht dat aan de minderheidsaandeelhouder toekomt. In een zodanig geval zullen de gewone regels op het recht van informatie die aan de minderheidsaandeelhouder onder lokaal recht toekomen, voldoende moeten zijn.

Vraag 9.1:

De Commissie is van mening dat in principe iedere waarderingsmethode gebruikt zou kunnen worden voor zover deze een in het maatschappelijke verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingsmethode is.

Vraag 12:

In de vraagstelling wordt verwezen naar een "versnelde procedure" (*fast track*) voor de fusie. Het is de Commissie thans niet duidelijk wat precies met deze versnelde procedure wordt bedoeld. De Commissie gaat er vanuit dat hiermee bedoeld wordt dat er geen wachtermijn voor crediteuren in acht hoeft te worden genomen.

Vraag 14:

De huidige regeling met betrekking tot de werknemerszeggenschap werkt belemmerend en schiet haar doel voorbij. In de praktijk wordt hier dan ook vaak omheen gestructureerd. De regeling is ook niet altijd waterdicht. Zo ziet artikel 16 lid 7 Tiende Richtlijn (en artikel 2:333kk lid 7 BW) alleen op binnenlandse fusies/nationale fusies die binnen drie jaar nadat een grensoverschrijdende fusie van kracht is geworden tot stand komen en niet op bijvoorbeeld opvolgende binnenlandse/nationale splitsingen. Hierdoor zit er een gat in de regeling en wordt het doel, het voorkomen van misbruik, niet bereikt. Dit is nu ook niet zo bij de grensoverschrijdende splitsingen en grensoverschrijdende omzettingen die op basis van de jurisprudentie van de EU worden geïmplementeerd. Het valt te overwegen om de bescherming uiteindelijk over te laten aan het nationale recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap. De Commissie beseft echter ook dat deze gewijzigde benadering wellicht teveel ingrijpt op de huidige systematiek die na een lange voorgeschiedenis uiteindelijk tot stand is gekomen.

III. Grensoverschrijdende splitsingen

Vraag 3:

Antwoord d) is ten aanzien van Nederland thans niet relevant omdat er nog geen wettelijke procedure bestaat met betrekking tot de implementatie van een grensoverschrijdende splitsing.

Eventueel kunnen reeds gevestigde zekerheidsrechten op aandelen van een splitsende vennootschap tot complicaties leiden. Hetzelfde geldt ten aanzien van de (subsidiare) aansprakelijkheid voor verplichtingen van de splitsende vennootschap die op grond van artikel 2:334f BW kan ontstaan.

Vraag 3.2:

Het is niet mogelijk om een specifiek bedrag in te vullen. Echter, de Commissie meent dat er aanzienlijke bedragen kunnen worden bespaard op de advieskosten van advocaten en notarissen indien een bedrijf in plaats van een nationale splitsing en een grensoverschrijdende fusie meteen een grensoverschrijdende splitsing zou kunnen uitvoeren.

IV. Algemene opmerkingen

De Commissie is van mening dat de focus van de EU meer zou moeten liggen op het opstellen van een EU richtlijn voor grensoverschrijdende omzettingen dan op een EU-richtlijn voor grensoverschrijdende splitsingen. In de praktijk blijkt hier een grotere behoefte aan te bestaan. Deze lijkt onder andere te worden veroorzaakt door de continuïteit van een omgezette rechtspersoon waardoor ook geen overgang van vermogen plaats hoeft te vinden.

Een dergelijke EU-richtlijn voor grensoverschrijdende omzettingen zou naar de mening van de Commissie tot een aanzienlijke besparing op de advieskosten moeten leiden.

Den Haag, __ november 2014