

University of Groningen

Startschot voor de omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn in Nederland

Schutte-Veenstra, Hanny; Verbrugh, M.A.; de Vries, P.P.

Published in:
Ondernemingsrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Schutte-Veenstra, H., Verbrugh, M. A., & de Vries, P. P. (2022). Startschot voor de omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn in Nederland. *Ondernemingsrecht*, 2022(10/11), 363-364. Artikel 2022/59.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Startschot voor de omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn in Nederland

Ondernemingsrecht 2022/59

Column

Voor u ligt een themanummer met een achttal bijdragen over verschillende aspecten van het Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen. De te implementeren richtlijn – Richtlijn (EU) 2019/2121 – wordt ook wel de Mobiliteitsrichtlijn genoemd. De Mobiliteitsrichtlijn biedt een nieuw regelgevend kader voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen van kapitaalvennootschappen en brengt wijzigingen aan in de reeds in de Vennootschapsrichtlijn – Richtlijn (EU) 2017/1132 – opgenomen regeling voor grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen. Als eerste stap in het implementatieproces heeft het ministerie van Justitie en Veiligheid op 7 februari 2022 het hiervoor genoemde Voorontwerp ter consultatie openbaar gemaakt. De consultatieperiode was kort; deze eindigde op 7 maart 2022. Enige haast is ook wel geboden. Alle landen behorende tot de EU/EER dienen uiterlijk op 31 januari 2023 te voorzien in nationale wetgeving ter omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn.

In de eerste bijdrage van de hand van Hanny Schutte-Veenstra en Hylda Boschma staat de rechtsfiguur van de grensoverschrijdende omzetting (GOO) centraal. Tot dusverre heeft de Nederlandse wetgever slechts in twee gevallen rekening gehouden met deze rechtsfiguur: in geval van buitengewone omstandigheden, zoals onmiddellijk oorlogsgevaar, en bij de SE-regeling. Dit is ook meteen een kritiekpunt van beide auteurs: duidelijkheid dient te worden verschaft over de verhouding tussen deze wetgeving en de voorgestelde GOO-regeling in titel 7A Boek 2 BW. In de bijdrage wordt niet alleen het (voorgestelde) regelgevende kader voor een GOO besproken, maar ook worden empirische data verstrekt en wordt ingegaan op de redenen voor een GOO. Waarom zet flitsbezorger Gorillas zich om van een Duitse GmbH in een Nederlandse BV? Bij de omzetting van de Italiaanse beursvennootschap Davide Campari-Milano S.p.A. in een Nederlandse beurs-NV was de reden duidelijk: het gebruik kunnen maken van de ruime mogelijkheden die er hier zijn om loyaliteitsaandelen uit te geven.

De wijzigingen die ten gevolge van de omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn (moeten) worden aangebracht in de regeling van de grensoverschrijdende fusie (GOF) van kapitaalvennootschappen worden beschreven en becommentarieerd door Peter Exel en Günther Rensen. Daarbij valt de weinig ambitieuze insteek van het Voorontwerp op waarbij grensoverschrijdend herstructureren wordt beperkt tot de EU/EER en andere jurisdicties worden uitgesloten. Een verruiming zou het Nederlandse vestigingsklimaat ten goede komen, al was het alleen maar tot de overzeese delen van het Koninkrijk. Ook de keuze om in het Voorontwerp minder GOF-varianten op te nemen dan de Mobiliteitsrichtlijn mogelijk maakt, is opmerkelijk te noemen. Verder signaleren Exel en Rensen dat de nieuwe regels een verzwarende betekenen voor de huidige GOF-praktijk, met name ten aanzien van de lange verzettermijn van drie maanden, de nieuwe fraudetoets door de notaris en de procedures voor de toetsing van de hoogte van schadeloosstelling en de ruilverhouding.

Het voorstel voor een nieuwe regeling van grensoverschrijdende splitsing (GOS) wordt onderzocht door Harold Koster. Ook Koster is kritisch over het gebrek aan ambitie in het Voorontwerp en hij roept de wetgever onder meer op het voorstel over het toepassingsbereik en de splitsingsvarianten te verruimen. Voorts besteedt Koster aandacht aan de verhouding van het Voorontwerp met het recht op vrije vestiging, worden empirische data verstrekt en wordt ingegaan op de redenen voor een GOS.

Na deze algemene beschouwingen over de drie vormen van grensoverschrijdende herstructurering van EU/EER-kapitaalvennootschappen, wordt in de volgende bijdragen ingezoomd op deelaspecten.

De aandacht van Paul de Vries gaat uit naar de bescherming van aandeelhouders bij GOO, GOF en GOS. Deze bescherming wordt met name vormgegeven door besluitvormingsregels,

¹ Hanny Schutte-Veenstra is redacteur van dit tijdschrift. Maarten Verbrugh en Paul de Vries zijn gastredacteur bij dit themanummer.

informatieverschaffing en nieuwe regels over de schadeloosstelling bij uittreding en de ruilverhouding. Met name de toetsing van de hoogte van de schadeloosstelling en de ruilverhouding lijken heikle punten in het Voorontwerp. Worden hierbij door de wetgever de juiste keuzes gemaakt en wordt voldoende tegenwicht geboden aan opportunisme bij de vennootschap of bij aandeelhouders? Staat de regeling daarmee niet in de weg aan het mogelijke succes van de GOO, GOF en GOS?

Daarna bespreekt Maarten Verbrugh de positie van een andere stakeholder bij een grensoverschrijdende herstructurering: de schuldeiser. In lijn met de Mobiliteitsrichtlijn worden schuldeisers bij een GOO, GOF en GOS in het Voorontwerp zo veel mogelijk op dezelfde wijze beschermd, met enkele specifieke bepalingen bij GOO en GOS. Centraal staat de verzetregeling, met een termijn van drie maanden. Onduidelijk is welke gevolgen deze – ten aanzien van binnenlandse herstructurerings – langere termijn met zich brengt voor het pre-attest van de notaris. Voor GOO geldt als aanvulling dat de (vertrokken) vennootschap gedurende twee jaar geacht wordt haar statutaire zetel in Nederland te hebben, voor GOS voorziet het Voorontwerp in een aansprakelijkheidsregeling. Verbrugh ziet op onderdelen ruimte voor verbetering en moedigt de wetgever aan tevens te bezien welke wijzigingen wenselijk zijn voor binnenlandse omzettingen, fusies en splitsingen.

Joti Roest bespreekt de weerbarstige materie van de (ondernemingsrechtelijke en vennootschappelijke) medezeggenschap van werknemers bij GOO, GOF en GOS. Het toepassingsgebied van de regeling van de vennootschappelijke medezeggenschap – kenbaar uit de desbetreffende GOF-bepaling – wordt uitgebreid naar GOO en GOS. Deze regeling is bedoeld om te voorkomen dat vennootschappen een grensoverschrijdende herstructurering gebruiken om aan de in sommige EU-lidstaten sterk ontwikkelde medezeggenschapswetgeving te ontkomen. De gewijzigde drempel van 500 werknemers ten gunste van een werknemersaantal van vier vijfde van de nationale drempel voor medezeggenschap wordt kritisch besproken. In het Voorontwerp wordt opgemerkt dat het in Nederland bij vennootschappelijke medezeggenschap gaat om de structuurregeling. De auteur dringt erop aan duidelijk te maken of ook het spreekrecht van de ondernemingsraad bij het voorstel tot benoeming, schorsing of ontslag van een bestuurder of commissaris van een NV onder de vennootschappelijke medezeggenschap moet worden begrepen.

Bij de procedure voor GOO, GOF en GOS en bij de uiteindelijke verwezenlijking daarvan speelt de notaris een belangrijke rol. In de bijdrage van Gerco van Eck en Lard Rehr wordt aan deze rol aandacht besteed, die meer omvat dan voorheen bij de GOF het geval was. Daarbij kunnen met name bij de fraudetoets kritische vragen worden gesteld. Valt de rol die de notaris hierbij speelt wel samen met de huidige taken op grond van de Wna of zal de toetsing niet veel uitgebreider en zwaarder uitvallen? Is de notaris met zijn huidige bevoegdheden wel in staat tot een diepgravend onderzoek? Is het gewenst dat instanties en deskundigen met bijvoorbeeld fiscale expertise de notaris hierin ondersteunen? En hoe wordt gewaarborgd dat notarissen hierbij een uniforme aanpak hanteren?

De laatste bijdrage aan dit themanummer komt van de hand van Chantal Presilli. Zij bespreekt de fiscale behandeling van GOO, GOF en GOS. Dit onderwerp komt in het Voorontwerp niet aan de orde, terwijl de fiscaliteit wel een belangrijke en soms een doorslaggevende rol kan spelen bij het doorvoeren van grensoverschrijdende herstructurerings. Denk daarbij aan verschillen in nationale regelingen betreffende vennootschapsbelasting en dividendbelasting. De auteur bespreekt in haar bijdrage niet alleen het algemene wettelijke fiscale kader voor grensoverschrijdende herstructurerings, maar gaat ook in op belastingontwijking. Zo kennen de fiscale fusiefaciliteiten een anti-misbruiktoets die in de rechtspraak uitvoerig aan de orde is gekomen. Ten slotte doet de auteur enkele aanbevelingen tot aanpassing van de huidige fiscale regelgeving om de grensoverschrijdende herstructurerings (beter) te faciliteren.

Het is verheugend dat met de inwerkingtreding op 1 januari 2020 van de Mobiliteitsrichtlijn is voorzien in een Europees regelgevend kader voor GOO en GOS en dat elke EU/EER-lidstaat binnenkort voorziet in een nationale regeling van deze rechtsfiguren. Voorts is de regelgeving voor de GOF verbeterd. Met het Voorontwerp heeft het ministerie van Justitie en Veiligheid een goede eerste stap gezet, met op onderdelen ruimte voor verbetering. Wij hopen dat dit themanummer daaraan een waardevolle bijdrage zal leveren.