

# EUR Research Information Portal

## De civielrechtelijke aspecten van de Mobiliteitsrichtlijn

**Published in:**  
MBB

**Publication status and date:**  
Published: 03/09/2021

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

**Document License/Available under:**  
Article 25fa Dutch Copyright Act

**Citation for the published version (APA):**  
Verbrugh, M. (2021). De civielrechtelijke aspecten van de Mobiliteitsrichtlijn. *MBB*, 90(11), 4.

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

### Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

### Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: [openaccess.library@eur.nl](mailto:openaccess.library@eur.nl). Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

# 31. De civielrechtelijke aspecten van de Mobiliteitsrichtlijn

PROF. MR. DR. M.A. VERBRUGH

Op 1 januari 2020 trad de Mobiliteitsrichtlijn in werking. Met de Richtlijn worden civielrechtelijke regels voor grensoverschrijdende omzetting en splitsing van kapitaalvennootschappen geïntroduceerd en worden de bestaande regels inzake grensoverschrijdende fusie verbeterd. Het gaat wat betreft grensoverschrijdende omzetting en splitsing om voor de interne markt en voor de praktijk belangrijke nieuwe Europese harmonisatiewetgeving. Lidstaten dienen de Richtlijn uiterlijk 31 januari 2023 te implementeren, maar omdat grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen op grond van het EU-vestigingsrecht reeds mogelijk zijn, is zij al direct voor vennootschappen relevant. In deze bijdrage worden de civielrechtelijke aspecten van de Mobiliteitsrichtlijn onderzocht. Gezien de ingrijpende rechtsgevolgen die intreden bij een grensoverschrijdende herstructurering wordt afzonderlijk ingegaan op de positie van (minderheids) aandeelhouders en op de bescherming van schuldeisers. De grootste uitdaging voor de nationale implementatie en voor de praktische uitwerking ziet op de antimisbruiktoets. Daarbij kunnen zowel civielrechtelijke, als strafrechtelijke, als fiscale aspecten een rol spelen.

## 1. Inleiding

Op 1 januari 2020 trad Richtlijn (EU) 2019/2121 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing (verder: de Mobiliteitsrichtlijn of Richtlijn) in werking.<sup>1</sup> Met de Mobiliteitsrichtlijn worden civielrechtelijke regels voor grensoverschrijdende omzetting en splitsing van kapitaalvennootschappen geïntroduceerd en worden de bestaande regels inzake grensoverschrijdende fusie verbeterd. Het gaat wat betreft grensoverschrijdende omzetting en splitsing om voor de interne markt en voor de praktijk belangrijke Europese harmonisatiewetgeving die lang op zich heeft laten wachten.

Lidstaten dienen de Mobiliteitsrichtlijn uiterlijk 31 januari 2023 te implementeren. Maar omdat grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen op grond van het EU-vestigings-

recht reeds mogelijk zijn en met name grensoverschrijdende omzettingen al plaatsvinden,<sup>2</sup> is de Richtlijn al direct en niet pas vanaf de implementatie in nationaal recht voor vennootschappen relevant. Wel geldt door de diverse opties voor lidstaten dat tot de implementatie nog steeds onzekerheid bestaat in de praktijk over de precieze wettelijke uitwerking.

<sup>1</sup> 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, zoals gerectificeerd in *PbEU* L 20/24.

<sup>2</sup> Zie art. 49 en 54 VWEU. De meest relevante arresten zijn *Cartesio* (HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723), *Vale* (HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440) en *Polbud* (HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804). Zie daarover o.a.: M.A. Verbrugh, 'De Mobiliteitsrichtlijn en het Hof van Justitie EU: belangrijke impuls voor actie van ondernemers en wetgevers', *WPNR* 2021/7309, p. 2-6; E.R. Roelofs, 'Grensoverschrijdende juridische splitsing op basis van de vrijheid van vestiging', *WPNR* 2009/6793, p. 272-281; W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing na het VALE-arrest', *WPNR* 2013/6981, p. 512-525; M.A. Verbrugh, 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing op grond van de vrijheid van vestiging: het laatste stukje van de puzzel in het Polbud-arrest?', *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming* 2018, nr. 1, p. 14-22; H. Koster, 'Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 2018/119, p. 696-703; H. Koster en E.R. Roelofs, 'Grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing in de Mobiliteitsrichtlijn', *WPNR* 2021/7309, p. 16-17. Zie voor de Nederlandse aantallen van een herstructurering, G.J.C. Rensen en K.J. Bakker, 'Grensoverschrijdende omzetting in de praktijk', in: J.J. van den Broek e.a. (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen, Civiel en fiscaal recht* (OOenR-bundel deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 147-148. Zie voorts de rapporten 'Cross-Border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings' van T. Biermeyer and M. Meyer, te raadplegen via: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), en M. Meyer, 'Grensoverschrijdende fusies, omzettingen en splitsingen: empirische resultaten en medezeggenschapsrechtelijke implicaties', *WPNR* 2021/7309, p. 42-48.

In deze bijdrage staan de civielrechtelijke aspecten van de Mobiliteitsrichtlijn centraal.<sup>3</sup> Hieronder komen achterevolvend aan de orde grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing. Omdat de regelingen voor de drie rechtshandelingen in opzet en procedure in hoofdlijnen gelijk zijn, wordt grensoverschrijdende omzetting hieronder als uitgangspunt genomen, met relevante aanvullingen voor fusie en splitsing. Gezien de ingrijpende rechtsgevolgen die intreden bij een grensoverschrijdende herstructurering wordt afzonderlijk ingegaan op de positie van (minderheids)aandeelhouders en op de bescherming van schuldeisers.<sup>4</sup> Aansluitend worden voor grensoverschrijdende fusie en splitsing de karakteristieke elementen onderzocht.

## 2. Grensoverschrijdende omzetting

### 2.1 Rechtshandeling en kapitaalvennootschap

Art. 86ter lid 2 Mobiliteitsrichtlijn geeft als definitie van grensoverschrijdende omzetting: ‘een verrichting waarbij een vennootschap, zonder te worden ontbonden of zonder in vereffening te gaan, de rechtsvorm waaronder zij in een lidstaat van vertrek is geregistreerd, omzet in een in bijlage II vermelde rechtsvorm van de lidstaat van bestemming en met behoud van haar rechtspersoonlijkheid ten minste haar statutaire zetel overbrengt naar de lidstaat van bestemming.’<sup>5</sup> Evenals bij een nationale omzetting in Nederland,<sup>6</sup> kan het behoud van rechtspersoonlijkheid als meest belangrijke eigenschap worden gezien. Anders dan bij fusie of splitsing, wijzigt het vermogen van de vennootschap dan ook niet.<sup>7</sup> Wat wel wijzigt, is het op de vennootschap toepasselijke vennootschapsrecht.

Bij de in bijlage II vermelde rechtsvormen gaat het om kapitaalvennootschappen, in Nederland de bv en de nv. Ook de regeling voor grensoverschrijdende fusie en split-

sing zien (slechts) op kapitaalvennootschappen.<sup>8</sup> Andere vennootschappen kunnen een beroep doen op de vrijheid van vestiging (art. 49 en 54 VWEU). Daarbij bestaan door het ontbreken van op maat vastgestelde regels wel meer juridische onzekerheden. Vereist is dat de deelnemende kapitaalvennootschappen zijn opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben.<sup>9</sup> Koster en Roelofs wijzen op de discussie in de literatuur over de vraag of ‘opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat’ betekent dat de vennootschap *ab initio* moet zijn opgericht in een lidstaat, of dat voldoende is dat zij wordt beheerst door het recht van een lidstaat. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval bij een vennootschap uit Delaware die is omgezet naar een vennootschapsvorm in een van de lidstaten, aangenomen dat die lidstaat deze omzetting toestaat.<sup>10</sup> Beide auteurs gaan ervan uit dat ook deze vennootschap onder het bereik van de Richtlijn valt omdat ‘opgericht’ ruim moet worden uitgelegd.<sup>11</sup> Dat daarvan moet worden uitgegaan volgt ook uit de Richtlijn zelf, nu zij in art. 86ter lid 5 als definitie van ‘omgezette vennootschap’ geeft ‘een vennootschap die in een lidstaat van bestemming wordt opgericht ten gevolge van een grensoverschrijdende omzetting’. Het gaat met andere woorden niet om een nieuw opgericht rechtspersoon, wel moet aan de relevante oprichtingsvereisten voor de vennootschap van de lidstaat van bestemming worden voldaan.

Vereist is dat de vennootschap ten minste haar statutaire zetel overbrengt naar de lidstaat van bestemming.<sup>12</sup> Dat het in de Mobiliteitsrichtlijn gaat om een minimumeis volgt uit de vrijheid die lidstaten hebben om te kiezen voor de incorporatieleer of de werkelijke zettelleer. Alleen wanneer de lidstaat van bestemming de werkelijke zettelleer toepast, moet (naast de statutaire zetel) de werkelijke zetel worden meeoverhuisd.<sup>13</sup> De vennootschap moet immers na de omzetting voldoen aan het recht van het land van bestemming. Nu in Nederland de incorporatieleer geldt,<sup>14</sup> volstaat overbrenging van de statutaire zetel bij omzetting naar een bv of nv (een inbound omzetting).

3 Zie voor een themanummer over met name de civielrechtelijke aspecten met tevens een bijdrage over de fiscale aspecten van de Mobiliteitsrichtlijn, *WPNR* 2021/7309. Zie voor de civielrechtelijke aspecten van de Richtlijn tevens bijv. J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, ‘De Richtlijn betreffende grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing nader beschouwd’, *Ondernemingsrecht* 2020/40 en M.H. Baldee en J. Nijland, ‘De Mobiliteitsrichtlijn en implementatie van deze richtlijn voor grensoverschrijdende verrichtingen’, *MvO* 2020, afl. 8-9. Zie voor civielrechtelijke en fiscale aspecten van grensoverschrijdende omzetting verder, J.J. van den Broek e.a. (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen, Civiel en fiscaal recht* (OOenR-bundel deel 103), Deventer: Wolters Kluwer 2018. Zie voor grensoverschrijdende splitsingen, E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, diss. Utrecht 2014, Deventer: Kluwer 2014.

4 Rechten van werknemers zien op informatie en raadpleging en op werknemersmedezeggenschap, zie hierover: Schutte-Veenstra en Verbrugh 2020, par. 2.2.3; W.J.M. van Veen, ‘Grensoverschrijdende fusies en de Mobiliteitsrichtlijn’, *WPNR* 2021/7309, par. 3.10; Meyer 2021, par. 3.

5 Uit lid 1 volgt dat het ook bij de vennootschap in de lidstaat van vertrek moet gaan om een in bijlage II vermelde rechtsvorm.

6 Zie art. 2:18 lid 8 BW.

7 Zie ook art. 86novodecies Richtlijn. Wel vloeit vermogen uit de vennootschap wanneer aandeelhouders gebruikmaken van het uittreedrecht. Zie daarover par. 2.3 hieronder.

8 Zie art. 86ter Richtlijn 2019/2121, resp. art. 118 en 119 Richtlijn 2017/1132, resp. art. 160ter Richtlijn 2019/2121.

9 Art. 86bis Richtlijn 2019/2121, resp. art. 118 Richtlijn 2017/1132, resp. 160bis Richtlijn 2019/2121.

10 Algemeen wordt aangenomen dat Nederland een dergelijke omzetting (of fusie of splitsing) niet toestaat. Zie (impliciet) Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen, MvT. Zie voor grensoverschrijdende fusie bijv. Van Veen, *WPNR* 2021, p. 39, en voor grensoverschrijdende fusie en splitsing, H. Koster, ‘Brexit en ondernemingsrecht’, *Bb* 2021/43, p. 184. Zie voor een andere mening, G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1994 en Roelofs 2014. Dat is bijvoorbeeld wel toegestaan in Luxemburg, zie Koster 2021, p. 184.

11 Koster en Roelofs 2021, p. 16, met literatuurverwijzing ter onderbouwing van hun standpunt.

12 Vgl. het Polbud-arrest, waaruit volgt dat het enkele verplaatsen van de statutaire zetel voldoende is om van een grensoverschrijdende omzetting te kunnen spreken.

13 Zie ook overweging 44 van de preambule.

14 Zie art. 10:118 BW.

Kapitaalvennootschappen kunnen niet deelnemen aan een grensoverschrijdende omzetting (of fusie of splitsing) wanneer (i) de vennootschap in vereffening is en is begonnen met het verdelen van activa onder haar deelnemers, of (ii) de vennootschap is onderworpen aan afwikkelingsinstrumenten, -bevoegdheden en -mechanismen waarin titel IV van Richtlijn 2014/59/EU voorziet.<sup>15</sup> De lidstaten kunnen besluiten grensoverschrijdende omzetting (en fusie en splitsing) niet mogelijk te maken voor vennootschappen (i) in een insolventieprocedure of ten aanzien waarvan een preventieve herstructureringsprocedure loopt; (ii) waartegen een andere dan de hierboven bedoelde vereffeningprocedure is ingeleid; of c) waarop crisispreventiemaatregelen als bedoeld in Richtlijn 2014/59/EU van toepassing zijn.<sup>16</sup>

## 2.2 Omzettingsprocedure

### 2.2.1 Inleiding

De procedurele voorschriften voor grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing komen grotendeels overeen. Voor de reeds bestaande procedure inzake grensoverschrijdende fusie brengt de Mobiliteitsrichtlijn enkele aanvullingen met zich. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen de voorbereidende fase, de besluitvormende fase en de uitvoerende fase.<sup>17</sup> Hieronder worden enkele aspecten van de omzettingsprocedure uitgelicht, met vermelding van bijzonderheden voor fusie en splitsing.<sup>18</sup>

### 2.2.2 Voorstel tot omzetting (en fusie en splitsing)

Een grensoverschrijdende omzetting vangt aan met een voorstel van het bestuur, waarin de belangrijkste gegevens over de omzetting worden vermeld.<sup>19</sup> Het gaat daarbij onder meer om de rechtsvorm en de naam van de vennootschap voor en na de omzetting en om de oprichtingsakte en de statuten van de vennootschap in de lidstaat van bestemming. Voor fusie en splitsing moet tevens de ruilverhouding van de aandelen die het kapitaal van de vennootschap(en) vertegenwoordigen worden opgenomen. Voor splitsing komt daar de beschrijving en verdeling van de activa en passiva bij die overgaan op de verkrijgende vennootschappen, of worden aangehouden door de gesplitste vennootschap, met inbegrip van de behandeling van activa of passiva die niet expliciet zijn toegewezen in het voorstel, zoals activa en passiva die op dat moment onbekend zijn.

Nieuw ten opzichte van de oude fusieregeling is dat tevens in het voorstel (voor omzetting, fusie en splitsing) moet worden opgenomen ‘aan de schuldeisers geboden waarborgen, zoals garanties of pandrechten’. De verplichting in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel dat, naast de officiële talen van de betrokken lidstaten, de lidstaten moeten toestaan dat

de vennootschap zich bedient van een taal die in de internationale zakelijke en financiële wereld gangbaar is voor het opstellen van het voorstel en van alle andere desbetreffende documenten, heeft de eindstreep niet gehaald. Uiteraard kunnen vennootschappen nog steeds vrijwillig een vertaling van de documenten toevoegen, maar omdat er door de grensoverschrijdende dimensie veelal behoefte zal bestaan aan een vertaling, is het wenselijk dat de Nederlandse wetgever hierover een regeling opneemt.<sup>20</sup>

### 2.2.3 Bestuursverslag en verslag van onafhankelijke deskundige

Het bestuur stelt voorts een verslag op, waarin de wettelijke en economische aspecten van de grensoverschrijdende omzetting worden toegelicht en verantwoord en waarin de gevolgen van de grensoverschrijdende omzetting voor de werknemers worden toegelicht.<sup>21</sup> In het verslag wordt met name toelichting gegeven over de gevolgen voor de toekomstige bedrijfsactiviteiten van de vennootschap.<sup>22</sup> Nieuw in vergelijking met de oude regeling voor grensoverschrijdende fusie is dat het bestuur niet alleen een verslag moet opstellen voor de aandeelhouders maar ook voor de werknemers, met voor beide groepen op maat gerichte nadere informatie. Het bestuur kan ervoor kiezen één verslag met beide delen of twee afzonderlijke verslagen op te stellen. Het verslag voor de aandeelhouders is niet vereist wanneer alle aandeelhouders ermee hebben ingestemd daarvan af te zien. Het deel voor de werknemers hoeft niet te worden opgesteld wanneer alle werknemers van de vennootschap en haar dochterondernemingen tot het bestuur behoren. De lidstaten kunnen eenpersoonsvennootschappen uitsluiten van de verplichting een bestuursverslag op te stellen. Omdat ook eenpersoonsvennootschappen werknemers in dienst kunnen hebben, ligt een algehele ontheffing bij een grensoverschrijdende herstructurering niet voor de hand. Het bestuursverslag of de verslagen worden samen met het voorstel voor de grensoverschrijdende omzetting uiterlijk zes weken vóór de datum van de te houden AV ten minste in elektronische vorm ter beschikking gesteld aan de aandeelhouders en de werknemers(vertegenwoordigers).

Een onafhankelijke deskundige stelt een schriftelijk verslag op voor de aandeelhouders, dat uiterlijk een maand voor de te houden AV ter beschikking wordt gesteld. Het verslag bevat in ieder geval een advies of de geldelijke uittreedvergoeding aan de aandeelhouders adequaat is.<sup>23</sup> Bij fusie en splitsing gaat het tevens om de vraag of de ruilverhouding adequaat is. Noch het onderzoek door een onafhankelijke deskundige noch het deskundigenverslag is vereist, indien de aandeelhouders aldus zijn overeengekomen. De lidstaten kunnen ook hier eenpersoonsvennootschappen uitsluiten van toepassing van deze bepaling. De optie uit het richt-

15 Art. 86bis lid 3, resp. art. 120 lid 4, resp. 160bis lid 3 Richtlijn.

16 Art. 86bis lid 4, resp. art. 120 lid 5, resp. 160bis lid 4 Richtlijn. Zie verder Baldee en Nijland 2020, p. 237.

17 Zie Asser/Kroeze 2-1\* 2021/462 en 474.

18 Zie voor bijzonderheden wat betreft grensoverschrijdende fusie verder Van Veen 2021.

19 Zie art. 86quinquies, resp. art. 122, resp. art. 160quinquies Richtlijn.

20 Zie ook Koster en Roelofs 2021, p. 19 en Van Veen 2021, p. 41.

21 Art. 86sexies, resp. art. 124, resp. art. 160sexies Richtlijn.

22 Uit overweging 13 van de preambule blijkt dat het hierbij ook gaat om dochterondernemingen.

23 Art. 86septies, resp. art. 125, resp. art. 160septies Richtlijn.

lijnvoorstel om kleine en micro-ondernemingen bij omzetting en splitsing vrij te stellen van het onderzoek door een onafhankelijke deskundige is niet in de aangenomen Mobiliteitsrichtlijn opgenomen.<sup>24</sup>

#### 2.2.4 Openbaarmakingsverplichtingen

De vennootschap moet het voorstel voor een grensoverschrijdende omzetting uiterlijk een maand voor de te houden AV openbaar maken en publiekelijk beschikbaar stellen via het register van de lidstaat van vertrek.<sup>25</sup> Nieuw in vergelijking met de oude regeling voor grensoverschrijdende fusie is een verplichte kennisgeving aan de aandeelhouders, de schuldeisers en de werknemers (vertegenwoordigers) dat zij uiterlijk vijf dagen voor deze AV opmerkingen over het voorstel kunnen indienen bij de vennootschap. Voor lidstaten geldt als optie het verslag van de onafhankelijke deskundige door de vennootschap openbaar te laten maken.

Lidstaten kunnen de vennootschap vrijstellen van de openbaarmakingsverplichting wanneer deze de hiervoor bedoelde documenten gedurende ten minste een maand voor de AV gratis op haar website beschikbaar stelt. In dat geval geldt wel de verplichting dat de vennootschap bepaalde informatie, waaronder een vermelding van de regelingen betreffende rechten van schuldeisers, werknemers en aandeelhouders, aan het register van de lidstaat van vertrek ter beschikking stelt. Lidstaten hebben voorts de optie openbaarmaking van de informatie betreffende een grensoverschrijdende omzetting in het nationale publicatieblad of via een centraal elektronisch platform te eisen. Daarmee komt de huidige verplichting voor openbaarmaking in het nationale publicatieblad voor grensoverschrijdende fusies te vervallen.<sup>26</sup>

#### 2.2.5 Besluit tot omzetting (en fusie en splitsing)

Het voorstel voor een grensoverschrijdende omzetting moet worden goedgekeurd door de AV en kan pas plaatsvinden na kennisname van onder meer de ingediende opmerkingen van aandeelhouders, werknemers en/of schuldeisers.<sup>27</sup> Nieuw in vergelijking met de oude regeling voor grensoverschrijdende fusie is dat de AV ook besluit over de al dan niet aanpassing van de oprichtingsakte en/of de statuten. Vermoedelijk gaat de Mobiliteitsrichtlijn ervan uit dat twee afzonderlijke besluiten worden genomen. Of daarbij nog wijzigingen in de statuten kunnen worden aangebracht volgens de Richtlijn is niet duidelijk.<sup>28</sup> Nieuw voor grensoverschrijdende fusie en tevens opgenomen voor splitsing

is dat de goedkeuring van de AV kan worden aangevochten bij een niet adequate ruilverhouding of een niet adequate uittreedvergoeding.<sup>29</sup>

Voor de goedkeuring van en elke wijziging in het voorstel, is een meerderheid vereist van niet minder dan twee derde maar niet meer dan 90% van de stemmen. Gezien het ingrijpende karakter van een grensoverschrijdende herstructurering is een vereiste van een twee derde meerderheid terecht, met een grotere meerderheid wordt mijns inziens een te grote drempel opgeworpen.<sup>30</sup> Voor grensoverschrijdende splitsing geldt eenzelfde bepaling, maar voor grensoverschrijdende fusie is verzuimd een eigen regeling in de Mobiliteitsrichtlijn op te nemen. Richtlijn 2017/1132 schrijft geen meerderheid voor bij grensoverschrijdende fusies, zodat moet worden teruggevallen op de regeling voor nationale fusies.<sup>31</sup> Hoewel daarvoor als hoofdregel wordt uitgegaan van een meerderheid van niet minder dan twee derde, biedt zij lidstaten de optie een gewone meerderheid voor te schrijven indien ten minste de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. Nederland heeft van die optie gebruikgemaakt en heeft nadien voor grensoverschrijdende fusie geen strengere eis gesteld.<sup>32</sup> Indirect blijkt wel dat ook bij grensoverschrijdende fusie een meerderheid van ten minste twee derde is bedoeld in de Mobiliteitsrichtlijn. Dat volgt zowel uit de preambule, overweging 16, als uit de toevoeging in de regeling voor grensoverschrijdende omzetting en splitsing, dat de stemdrempel hoe dan ook niet hoger is dan die waarin het nationale recht voorziet voor de goedkeuring van grensoverschrijdende fusies. Uit het voorgaande volgt dat Nederland de bepaling voor besluitvorming voor grensoverschrijdende fusie moet aanpassen.

#### 2.2.6 Attest door bevoegde instantie

De Mobiliteitsrichtlijn is gericht op het verruimen van de mogelijkheden tot grensoverschrijdende mobiliteit maar kent opvallend veel aandacht voor de bescherming van stakeholders en het tegengaan van misbruik.<sup>33</sup> Dat laatste blijkt vooral uit de regeling inzake het attest. In navolging van de regeling voor grensoverschrijdende fusies, voorziet de Mobiliteitsrichtlijn in een rechtmatigheidstoets bij grensoverschrijdende omzetting en splitsing. In Nederland is de rechtmatigheidstoets voor fusies opgedragen aan de notaris.

Lidstaten dienen een rechterlijke, notariële of andere bevoegde instantie of instanties aan te wijzen voor het toezicht op de rechtmatigheid van grensoverschrijdende omzettingen voor de onderdelen van de procedure die

24 Zie daarover M.A. Verbrugh, 'Richtlijnvoorstel voor grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een (geheel) nieuwe stap in het harmonisatieproces', *MvO* 2018, afl. 8-9, p. 235.

25 Zie art. 86octies, resp. art. 123, resp. 160octies Richtlijn.

26 Zie daarover Van Veen 2021, p. 33.

27 Zie art. 86nonies, resp. art. 126, resp. art. 160nonies Richtlijn. Opvallend is dat ook bij splitsing door afscheiding een besluit van de AV is vereist.

28 Zie voor een ontkenning antwoord voor grensoverschrijdende omzetting en splitsing, *Koster en Roelofs* 2021, p. 22, en voor een positieve grondhouding bij grensoverschrijdende fusie, *Van Veen* 2021, p. 34-35. Hoewel ik het inhoudelijk eens ben met Van Veen, meen ik met *Koster en Roelofs* dat de Richtlijn niet in die mogelijkheid voorziet.

29 Zie voor dat laatste P.P. de Vries, 'Het uittredingsrecht voor aandeelhouders bij grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing onder de Mobiliteitsrichtlijn', *Ondernemingsrecht* 2020/41. Zie ook par. 2.3 hieronder.

30 Daarbij speelt een rol dat het in de Richtlijn slechts gaat om kapitaalvennootschappen en daarmee om vergelijkbare vennootschapsvormen.

31 Zie art. 126 en art. 93 Richtlijn 2017/1132.

32 Zie art. 2:317 en 2:330 lid 1 BW.

33 Zie daarover Verbrugh, *MvO* 2018.



door het recht van de lidstaat van vertrek worden geregeld, en voor de afgifte van een aan de omzetting voorafgaand attest waaruit blijkt dat aan alle relevante voorwaarden is voldaan en alle procedures en formaliteiten correct zijn vervuld in de lidstaat van vertrek.<sup>34</sup> Overweging 34 van de preambule noemt als mogelijke andere instantie een belastingdienst of een autoriteit voor financiële diensten. Die vervulling van procedures en formaliteiten kan betrekking hebben op het voldoen of het verzekeren van geldelijke of niet-geldelijke verplichtingen ten aanzien van overheidsinstanties of op de naleving van specifieke sectorale vereisten, met inbegrip van het verzekeren van uit lopende procedures voortvloeiende verplichtingen, aldus de Richtlijn. Voor de toezichtuitoefening staat een termijn van drie maanden, met de mogelijkheid tot een verlenging.

Nieuw in vergelijking met de oude regeling voor grensoverschrijdende fusie is dat de rechtmatigheidstoets in de Mobiliteitsrichtlijn voor grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing is aangevuld met een antimisbruiktoets. De bevoegde instantie geeft het benodigde attest niet af indien overeenkomstig het nationale recht wordt vastgesteld 'dat een grensoverschrijdende omzetting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden.' Op de in het richtlijnvoorstel opgenomen bewoordingen van de toets is stevige kritiek gekomen en hoewel de toets in de aangenomen Mobiliteitsrichtlijn is gewijzigd en minder ver gaat, kan hij gezien de ruime bewoordingen nog steeds als vergaand en daarmee voor de praktijk vermoedelijk problematisch worden beschouwd. In het richtlijnvoorstel gaat het om 'een kunstmatige constructie die bedoeld is om onterechte belastingvoordelen te verkrijgen of de wettelijke of contractuele rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsdeelnemers aan te tasten.'<sup>35</sup> In Nederland ziet de kritiek en de bezorgdheid over dit oorspronkelijke voorstel vooral op het deel 'onterechte belastingvoordelen'.<sup>36</sup>

Fiscale aangelegenheden zijn dus niet meer expliciet opgenomen in de bepaling over de antimisbruiktoets in de

Mobiliteitsrichtlijn, in overweging 35 van de preambule wordt als voorbeeld bij de toets wel het omzeilen van fiscale verplichtingen genoemd. Verder wordt daarbij als voorbeelden gewezen op het omzeilen van de rechten van werknemers, socialezekerheidsbetalingen en witwaspraktijken, met als aanvulling dat de praktijk van het hiertoe inzetten van 'lege vennootschappen' of 'brievenbusmaatschappijen' moet worden bestreden.<sup>37</sup> Volgens Stokkermans kan het onderzoek naar onder meer belastingontwijking en ontwijking van sociale verplichtingen, en criminele activiteiten, niet aan de notaris of de civiele rechter worden opgedragen, nu deze instanties daartoe niet zijn uitgerust.<sup>38</sup> Als mogelijke instantie noemt hij Justis. Deze dienst is onderdeel van het ministerie van Justitie en Veiligheid en speelt op grond van de Wet controle op rechtspersonen al een belangrijke rol bij het opsporen van fraude, aldus Stokkermans.

Indien er bij de bevoegde instantie(s) ernstige twijfels rijzen die erop wijzen dat de grensoverschrijdende omzetting (of fusie of splitsing) is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden, neemt zij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking, zoals indicatieve factoren, indien van belang en niet op zichzelf beschouwd, waarvan de bevoegde instantie, onder meer door raadpleging van de relevante instanties, kennis heeft genomen. De beoordeling wordt per geval verricht volgens een door het nationale recht geregelde procedure.<sup>39</sup> In overweging 36 van de preambule zijn veel voorbeelden gegeven van indicatieve factoren, waaronder de fiscale woonplaats en de activa en de plaats waar deze zich bevinden. Daarbij is voorts te lezen dat de bevoegde instantie het feit dat de grensoverschrijdende verrichting ertoe zou leiden dat de plaats van de werkelijke leiding of de economische activiteit van de vennootschap zich in de lidstaat zou bevinden waar de registratie van de vennootschap(pen) na de grensoverschrijdende verrichting moet plaatsvinden, kan beschouwen als een aanwijzing dat er geen omstandigheden zijn die leiden tot misbruik of fraude. Dat uitgangspunt staat op gespannen voet met het Polbud-arrest, waarin het Hof expliciet heeft geoordeeld dat een vennootschap bij een grensoverschrijdende omzetting alleen de statutaire zetel kan verplaatsen en zij niet verplicht is economische activiteiten in de lidstaat van bestemming te verrichten.<sup>40</sup>

34 Zie art. 86quaterdecies, resp. art. 127, resp. 160quaterdecies Richtlijn. Vgl. art. 8 lid 8 Verordening (EG) nr. 2157/2001 betreffende zetelverplaatsing. Zie over het attest verder: Chr.M. Stokkermans, 'Notariële bemoeienis bij grensoverschrijdende structuurwijziging', *WPNR* 2021/7309; Schutte-Veenstra en Verbrugh 2020, par. 2.1.5; Koster en Roelofs 2021, p. 24-25. Zie voor het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende omzetting door de lidstaat van bestemming, art. 86sexdecies, en voor splitsing art. 160sexdecies Richtlijn. Zie voor grensoverschrijdende fusie art. 128 Richtlijn 2017/1132.

35 Zie over de toets in het richtlijnvoorstel, Verbrugh, *MvO* 2018, p. 235-236 en Schutte-Veenstra en Verbrugh 2020, par. 2.1.5.1.

36 Zie o.a.: G.T.K. Meeusen, 'Het richtlijnvoorstel met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een opmerkelijke paragraaf', *NTRF* 2018/1329; reactie van de NOB van 29 juni 2018 op de Nederlandse internetconsultatie voor het voorstel, te vinden via: <https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdendeomzettingfusiesplitsing/reacties>; Verbrugh 2018, *MvO* 2018, p. 236-237; en J.J. van den Broek, 'Fiscale aspecten van grensoverschrijdende omzetting onder Richtlijn 2019/2121', *WPNR* 2021/7309, p. 63.

37 Zie voor kritiek voor het bestrijden van brievenbusmaatschappijen door de Mobiliteitsrichtlijn, Schutte-Veenstra en Verbrugh 2020, par. 2.1.5.2.

38 Stokkermans 2021, p. 12.

39 Art. 86 lid 9 quaterdecies, resp. art. 127 lid 9, resp. 160quaterdecies lid 9 Richtlijn. Indien nodig kan de termijn voor het toezicht bij ernstige twijfels met drie maanden worden verlengd en wanneer ook dat niet haalbaar is vanwege de complexiteit, moet de aanvrager in kennis worden gesteld van de redenen van de vertraging. Zie lid 10 en 11.

40 Zie verder: de noot van J.N. Schutte-Veenstra bij het Polbud-arrest in *Ondernemingsrecht* 2018/8; M.V. Verbrugh, *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming* 2018; M.A. Verbrugh, 'European Company Law in 2020: Mobility and Sustainability', *European Company Law Journal* 2020, Vol. 17, Issues 1, p. 4-6 en Koster en Roelofs 2021, p. 25.

### 2.3 Bescherming van (minderheids)aandeelhouders

De omzettingprocedure kent ruime aandacht voor de positie van aandeelhouders in het algemeen, wat betreft specifieke bescherming van (minderheids)aandeelhouders speelt het uittreedrecht een belangrijke rol. Aandeelhouders die tegen het voorstel voor een grensoverschrijdende omzetting hebben gestemd, hebben het recht hun aandelen te vervreemden voor een adequate geldelijke vergoeding.<sup>41</sup> De redengeving voor het uittreedrecht is dat het toepasselijke vennootschapsrecht met de omzetting wijzigt. Om die reden kent de Mobiliteitsrichtlijn tevens een uittreedrecht toe bij grensoverschrijdende fusie en splitsing aan de aandeelhouders die aandelen zouden verwerven in een vennootschap van een andere lidstaat (een outbound fusie of splitsing).<sup>42</sup> Hiermee wordt de bescherming van aandeelhouders bij de drie structuurwijzigingen terecht geharmoniseerd en geldt voor grensoverschrijdende fusie een nieuwe koers. Voor grensoverschrijdende fusie gold namelijk tot de aanpassing van Richtlijn 2017/1132 door de Mobiliteitsrichtlijn (slechts) de optie voor lidstaten om minderheidsaandeelhouders te beschermen.<sup>43</sup> Omdat Nederland van deze optie gebruik heeft gemaakt met een uittreedrecht voor aandeelhouders van een Nederlandse verdwijnende vennootschap, behoeft de regeling weinig aanpassing.<sup>44</sup>

De Mobiliteitsrichtlijn schrijft verder voor dat aandeelhouders die een beroep hebben gedaan op het uittreedrecht maar die van oordeel zijn dat de geldelijke vergoeding niet adequaat is vastgesteld, het recht hebben een aanvullende geldelijke vergoeding te verzoeken.<sup>45</sup> Voor fusie en splitsing geldt hetzelfde voor de ruilverhouding voor aandeelhouders die geen gebruik hebben gemaakt of konden maken van het uittreedrecht.<sup>46</sup> Lidstaten kunnen voor beide regelingen bepalen dat de uitspraak tot wijziging van de vergoeding/ruilverhouding bindend is voor alle aandeelhouders. Dat is ter voorkoming van verschillende procedures en met het oog op een gelijke behandeling van aandeelhouders mijns inziens wenselijk. De Nederlandse regeling voor grensoverschrijdende fusie kent op dit moment geen vergelijkbare regelingen.

### 2.4 Bescherming van schuldeisers

Bescherming van schuldeisers is door de overgang van vermogen onder algemene titel, en daarmee zonder bemoeienis van schuldeisers, bij fusie en splitsing belangrijker dan

bij omzetting.<sup>47</sup> Maar door de grensoverschrijdende dimensie brengt ook grensoverschrijdende omzetting bijkomende uitdagingen voor schuldeisers met zich.<sup>48</sup> In dat licht is er wel wat voor te zeggen dat de Europese wetgever voor de drie rechtshandelingen in de Mobiliteitsrichtlijn heeft gekozen voor een vrijwel identiek regime ter bescherming van schuldeisers. Het regime is gebaseerd op de regeling voor nationale fusies, met enkele belangrijke aanvullingen.<sup>49</sup>

De lidstaten dienen een passende bescherming te bieden van de belangen van de schuldeisers wier vorderingen vóór de openbaarmaking van het voorstel voor de desbetreffende grensoverschrijdende herstructurering zijn ontstaan en ten tijde van die openbaarmaking nog niet opeisbaar zijn. Nieuw in vergelijking met de nationale fusieregeling is dat de waarborgen die aan de schuldeisers worden geboden moeten worden opgenomen in het bestuursvoorstel tot de desbetreffende grensoverschrijdende herstructurering. Schuldeisers die geen genoegen nemen met deze waarborgen, moeten een geschikte administratieve of gerechtelijke instanties om passende waarborgen kunnen verzoeken, mits zij op geloofwaardige wijze kunnen aantonen dat de voldoening van hun vorderingen als gevolg van de grensoverschrijdende herstructurering in het gedrang is, en dat van de vennootschap geen passende waarborgen zijn verkregen.<sup>50</sup>

Ook nieuw is dat hiervoor een termijn is vastgesteld, te weten van drie maanden na de openbaarmaking van het voorstel. Hoewel niet is voorgeschreven dat de herstructurering pas inwerking mag treden na de termijn van drie maanden, is daar veel voor te zeggen in het licht van de beschermingsgedachte. Tevens sluit deze termijn van drie maanden aan bij de termijn van het hierboven beschreven onderzoek van de bevoegde instantie(s) voor de afgifte van het attest.<sup>51</sup> Gezien het belang van een uniforme regeling op dit punt bij grensoverschrijdende herstructureringen, is het spijtig dat de Mobiliteitsrichtlijn hierover geen expliciete

41 Art. 86decies Richtlijn. Zie ook overweging 18 van de preambule, waarin als mogelijke uitbreiding van het uittreedrecht op aandeelhouders zonder stemrecht wordt gewezen. Zie over de uitbreiding verder: De Vries 2020 en Van Veen 2021, p. 35-36.

42 Art. 126bis, resp. art. 160decies Richtlijn. In het richtlijnvoorstel werd tevens voorzien in een uittreedrecht voor de aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap. Zie kritisch daarover, M.A. Verbrugh, 'Naar een beter Europees ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2020/20.

43 Zie art. 121 lid 2 Richtlijn 2017/1132.

44 Zie art. 2:333h BW en Van Veen 2021, p. 35-36.

45 Art. 86decies lid 4, resp. art. 126bis lid 4, resp. 160decies lid 4 Richtlijn.

46 Art. 86decies lid 6, resp. 160decies lid 6 Richtlijn.

47 Bij splitsing zijn de risico's voor schuldeisers groter dan bij fusie. Zie voor aanvullende bescherming bij grensoverschrijdende splitsing par. 3.2.2 hieronder.

48 Vgl. overweging 22 van de preambule.

49 Zie art. 99 Richtlijn 2017/1132 en art. 2:316 BW. Zie voor de verschillen tussen de regeling bij nationale fusies en die voor grensoverschrijdende herstructureringen verder, Schutte-Veenstra en Verbrugh 2020, par. 2.2.2. Richtlijn 2017/1132 kende vóór de inwerkingtreding van de Mobiliteitsrichtlijn geen bijzondere regels voor bescherming van schuldeisers bij grensoverschrijdende fusie.

50 In overweging 24 van de preambule wordt opgemerkt dat de instantie bij haar beoordeling rekening moet houden met het feit of de vordering ten minste dezelfde waarde en een even goede kredietkwaliteit heeft als vóór de grensoverschrijdende herstructurering en of de vordering in dezelfde jurisdictie kan worden ingediend.

51 Uit overweging 39 van de preambule blijkt dat dit onderzoek ook inhoudelijk aansluit bij de bescherming van schuldeisers. Daar is te lezen: 'Om ervoor te zorgen dat de vennootschap die de grensoverschrijdende verrichting aangaat, haar schuldeisers niet benadeelt, moet de bevoegde instantie met name kunnen nagaan of de vennootschap haar verbintenissen tegenover openbare schuldeisers is nagekomen en of eventuele openstaande verplichtingen voldoende zijn gewaarborgd.'

bepaling heeft opgenomen.<sup>52</sup> Voor de Nederlandse fusie en splitsingsregeling geldt dat de notaris de fusie/splitsingsakte eerst mag verlijden, zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is en geldt een verzettermijn van slechts een maand.<sup>53</sup>

Bij een grensoverschrijdende omzetting geldt nog een aanvullende bescherming voor schuldeisers.<sup>54</sup> Schuldeisers wier vorderingen zijn ontstaan voor openbaarmaking van het voorstel voor grensoverschrijdende omzetting hebben het recht ook in de lidstaat van vertrek een procedure tegen de omgezette vennootschap in te leiden binnen twee jaar na de datum dat de omzetting van kracht wordt. Het is niet goed te rechtvaardigen dat deze aanvullende bescherming niet geldt bij een grensoverschrijdende fusie en splitsing.

### 3. Bijzonderheden grensoverschrijdende fusie en splitsing

#### 3.1 Grensoverschrijdende fusie

Een belangrijk kenmerk van een juridische fusie is de toekenning van aandelen aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(pen). Dat rechtvaardigt de vrij grote aandacht voor de aandelenruil in de fusieprocedure, zoals de ruilverhouding. Wanneer geen aandelen worden toegekend bij de fusie kan dan ook sprake zijn van enkele versoepelingen in de procedure. Vóór de inwerkingtreding van de Mobiliteitsrichtlijn kende Richtlijn 2017/1132 alleen een vereenvoudigde procedure voor de moeder-dochterfusie.<sup>55</sup> De Mobiliteitsrichtlijn voegt daar twee fusievarianten aan toe indien de overnemende vennootschap geen aandelen toekent: (i) de fusie door vennootschappen waarvan alle aandelen rechtstreeks of indirect in handen zijn van één persoon, en (ii) de aandeelhouders in de fuserende vennootschappen hun effecten en aandelen in alle fuserende vennootschappen in dezelfde verhouding aanhouden.<sup>56</sup> De eerste variant, de zusterfusie, is in Nederland al wettelijk geregeld bij een nationale fusie.<sup>57</sup>

#### 3.2 Grensoverschrijdende splitsing

##### 3.2.1 Splitsingsmogelijkheden

De Mobiliteitsrichtlijn voorziet voor grensoverschrijdende splitsing, waarbij ten minste twee van de bij de splitsing betrokken vennootschappen worden beheerst door verschillende lidstaten, in drie varianten: (1) volledige splitsing, (ii) gedeeltelijke splitsing; en (iii) splitsing door scheiding.<sup>58</sup> In

de eerste variant houdt de splitsende vennootschap op te bestaan, zoals ook het geval is bij de Nederlandse zuivere splitsing.<sup>59</sup> In de tweede en derde variant draagt de splitsende vennootschap, die niet ophoudt te bestaan, een deel van haar activa en passiva over en is daarmee te vergelijken met de Nederlandse afsplitsing.<sup>60</sup> Het verschil tussen de gedeeltelijke splitsing en de splitsing door scheiding ziet op de toekenning van aandelen: in het eerste geval worden de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder in de verkrijgende vennootschap(pen), in het tweede geval is dat de splitsende vennootschap zelf. Die laatste variant staat in Nederland bekend als de hybride splitsing.<sup>61</sup> De mogelijkheid bij grensoverschrijdende splitsing tot afsplitsing naast zuivere splitsing is nieuw ten opzichte van nationale splitsing in Richtlijn 2017/1132.

Opvallend is dat volgens de Mobiliteitsrichtlijn in alle gevallen de verkrijgende vennootschap nieuw moet worden opgericht en daarmee een grensoverschrijdende splitsing door verwerving niet mogelijk is.<sup>62</sup> De motivering in de preambule (overweging 8) dat het in zulke gevallen om zeer complexe zaken gaat waarbij instanties van verschillende lidstaten betrokken zijn en bijkomende risico's voor omzeiling van Unie- en nationale regels kunnen opduiken, overtuigt niet. Zo is splitsing van vermogen op bestaande vennootschappen mogelijk met een beroep op het vestigingsrecht en is een belangrijke doelstelling van de Mobiliteitsrichtlijn het wegnemen van rechtsonzekerheid.

##### 3.2.2 Bescherming van schuldeisers

Omdat het risico op niet-nakoming voor schuldeisers bij een (grensoverschrijdende) splitsing groter is dan bij een omzetting of fusie, voorziet de Mobiliteitsrichtlijn in een aansprakelijkheidsregeling bij grensoverschrijdende splitsing.<sup>63</sup> Wanneer een schuldeiser van de gesplitste vennootschap geen voldoening krijgt van de vennootschap waaraan het passief is toegewezen, zijn de andere verkrijgende vennootschappen, en bij afsplitsing, de gesplitste vennootschap, samen met de vennootschap waaraan het passief is toegewezen hoofdelijk tot nakoming van die verbintenis gehouden. Het maximumbedrag van de hoofdelijke aansprakelijkheid van een vennootschap die aan de splitsing deelneemt, is beperkt tot de waarde van het nettoactief dat aan die vennootschap is toegewezen. Anders dan bij de bescherming van schuldeisers bij nationale splitsingen is de beperking tot het nettoactief hiermee geen optie voor

52 Bij uiteenlopende bescherming *ex ante* en *ex post* in de deelnemende lidstaten, kunnen schuldeisers worden benadeeld. Zie daarover Van Solinge 1994 en Bech-Bruun en Lexidale, 'Study on the application of the Cross-border Mergers Directive', 2013.

53 Zie art. 2:316 lid 2/334I lid 2 BW.

54 Zie art. 86undecies lid 4 Richtlijn.

55 Zie art. 132 Richtlijn (EU) 2017/1132, waarin in lid 2 tevens enkele versoepelingen staan bij houderschap van ten minste 90% van alle aandelen.

56 Art. 119 onder punt 2, sub d en art. 132 lid 1 Richtlijn.

57 Art. 2:333 lid 2 BW. Een verschil met de Richtlijn is dat in lid 2 ontbreekt 'of indirect'. Zie daarover Van Veen, 2021, p. 28.

58 Zie art. 160ter lid 4 Richtlijn.

59 Zie art. 2:334a lid 2 BW.

60 Zie art. 2:334a lid 3 BW, waar het gaat om 'het vermogen of een deel daarvan'.

61 Zie art. 2:334a lid 3 BW en art. 2:334hh lid 1 BW.

62 Zie art. 160ter Richtlijn. Anders dan onder sub a, is dat onder sub b en sub c niet in de definitie opgenomen. Dat ook daar sprake moet zijn van een of meer nieuwe vennootschappen blijkt uit art. 160ter lid 3 Richtlijn. Voor de hybride splitsing in Nederland geldt ook als eis dat het om nieuw opgerichte bv's of nv's gaat, zie art. 2:334hh BW.

63 Zie art. 160undecies lid 2 Richtlijn. Zie voor het recht op passende waarborgen bij omzetting, fusie en splitsing, par. 2.4 hierboven.



de lidstaten.<sup>64</sup> Deze terechte harmonisatie brengt met zich dat op dit punt geen onzekerheid of verrassingen kunnen ontstaan na splitsing wanneer een schuldeiser geen voldoening verkrijgt.

Ook voor schuldeisers is relevant wat de gevolgen zijn als er passiva of activa blijken te zijn die niet expliciet zijn opgenomen in het voorstel tot splitsing en ook de interpretatie van het voorstel geen uitsluitsel geeft over de toewijzing. Hoewel de Mobiliteitsrichtlijn verplicht hiervoor een regeling bij de beschrijving van de activa en passiva in het voorstel op te nemen, kent zij tevens een bepaling die de verdeling daarvan regelt.<sup>65</sup> Het gaat daarbij om een verdeling van deze activa en passiva evenredig aan het nettoactief dat aan ieder van de vennootschappen in het voorstel is toegewezen. Dat is voor ‘vergeten’ passiva een afwijking van de regeling bij nationale splitsingen. Daar geldt een hoofdelijke aansprakelijkheid en kunnen de lidstaten bepalen dat die hoofdelijke aansprakelijkheid wordt beperkt tot het aan elke verkrijgende vennootschap toegewezen nettoactief.<sup>66</sup> Van die optie is in Nederland (in art. 2:334s BW) geen gebruik gemaakt.

#### 4. Slot

Bij een grensoverschrijdende herstructurering treden ingrijpende civielrechtelijke gevolgen op, hetgeen om een uitgebreid wettelijk kader vraagt. Omdat het gaat om een

grensoverschrijdende dimensie, is EU-harmonisatie op zijn plaats. Hoewel er verbeterpunten zijn aan te wijzen in de Mobiliteitsrichtlijn, is positief dat de drie grensoverschrijdende herstructureringen in grote lijnen op dezelfde manier worden geregeld en dat de bescherming van aandeelhouders en schuldeisers voor belangrijke onderdelen wordt geharmoniseerd. Gebleken is dat de preambule bij de Mobiliteitsrichtlijn eveneens belangrijke en soms op de richtlijnartikelen concrete aanvullende informatie bevat. De grootste uitdaging voor de nationale implementatie en voor de praktische uitwerking ziet op de antimisbruiktoets. Daarbij kunnen zowel civielrechtelijke, als strafrechtelijke, als fiscale aspecten een rol spelen.

Hoewel grensoverschrijdende omzetting en splitsing reeds mogelijk zijn op grond van het recht op vrije vestiging, werd daarvan door het ontbreken van een wettelijk kader nog niet zo veel gebruik gemaakt. De vaststelling en inwerkingtreding van de Mobiliteitsrichtlijn geeft dan ook een belangrijke impuls voor grensoverschrijdende mobiliteit, zeker na implementatie van de richtlijn in de lidstaten. Het is te hopen dat de Nederlandse wetgever vaart kan maken met het implementatietraject.

##### Over de auteur

**Prof. mr. dr. M.A. Verbrugh**

Hoogleraar Europees en rechtsvergelijkend ondernemingsrecht,  
Erasmus School of Law.

64 Zie art. 146 Richtlijn (EU) 2017/1132, waar tevens de optie voor splitsing onder toezicht van de rechter in plaats van een aansprakelijkheidsregeling is opgenomen, en voor Nederland art. 2:334t BW.

65 Zie voor het voorstel tot splitsing, art. 160quinquies sub I en voor de verdeling, art. 160novodecies lid 4 Richtlijn, waar ten onrechte naar sub m en niet (ook) naar sub I wordt verwezen.

66 Zie art. 137 lid 3 Richtlijn (EU) 2017/1132. Zoals gezegd, gaat het in deze richtlijn bij nationale splitsing alleen om zuivere splitsing.